

DERECHOS HUMANOS Y ATENCIÓN SANITARIA ANTE EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Enrique Lucas Murillo de la Cueva
Catedrático acreditado de Derecho Constitucional
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea
Socio de Gómez-Acebo & Pombo Abogados

SUMARIO: I. Introducción. II. Paradojas de la protección del Derecho a la Salud: una débil regulación compensada por una amplia garantía jurisdiccional. III. Contribución del TEDH a la definición del contenido del Derecho a la Protección de la Salud y a la Atención Sanitaria: a) Aspectos generales; b) Construcción del Derecho a la Atención Sanitaria a partir de otros conexos; c) Obligaciones negativas y positivas. IV. Supuestos destacados de la jurisprudencia del TEDH sobre la buena regulación de la Protección de la Salud y la Atención Sanitaria: a) Introducción; b) Aborto; c) Pruebas prenatales; d) Acceso a tratamientos experimentales; e) El fin de la vida, especialmente, la eutanasia. V. Sentencias piloto. VI. Dictámenes consultivos. VII. Conclusión. VIII. Bibliografía.

RESUMEN

La atención sanitaria y el derecho a la salud no está contemplados como derechos fundamentales autónomos en el ordenamiento español. Tampoco están previstos como tales en las constituciones de otros países del entorno ni en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). No obstante, su directa conexión con los derechos a la vida, a la integridad personal, a la intimidad y a otros que sí lo están ha dado lugar a una rica y variada jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en la que destaca su insistencia en las obligaciones, negativas y positivas, que han de observar los Estados para garantizar su efectividad. Tanto en el plano de la legislación, como en el de la organización y gestión de sus sistemas de salud. Ya se trate de centros públicos o privados, incluyendo las instalaciones penitenciarias, asistenciales, educativas, etc. en las que

se encuentren personas a su cargo por cuya salud han de velar. Forma parte esencial de dichas obligaciones positivas el deber de investigar las denuncias y, en su caso, perseguir y depurar las responsabilidades de los causantes de las violaciones de los derechos asociados a la salud. Es crucial a estos efectos la existencia de un sistema de recursos que permita a los interesados reaccionar frente a las lesiones que consideren haber sufrido y la garantía efectiva de un poder judicial independiente.

Tiene especial importancia la doctrina del TEDH sobre las situaciones que rodean al principio y el fin de la vida (aborto, pruebas prenatales, tratamientos experimentales, eutanasia) ya que en ellas se plantea con singular intensidad el alcance del margen de apreciación de los Estados en la aplicación de las mencionadas obligaciones al ponderar los bienes jurídicos

en juego. Con respecto a estas obligaciones, también es destacable la nueva figura de las sentencias piloto, que permite afrontar más satisfactoriamente los déficits estructurales que ocasionan la multiplicación de las vulneraciones del CEDH haciendo recaer en los Estados el deber de corregirlos a través de las medidas normativas, organizativas o de otra índole que sean precisas. Igualmente, contribuirá a una adecuada ponderación de los bienes jurídicos que concurren en esas situaciones difíciles en las que todavía no existe un consenso en los Estados signatarios del CEDH, el novísimo control de convencionalidad, mediante el que los altos tribunales pueden solicitar del TEDH una opinión sobre la adecuación de sus normas a las exigencias del CEDH.

PALABRAS CLAVE

Atención sanitaria, derechos fundamentales, obligaciones positivas de los Estados, ponderación, déficits estructurales, sentencias piloto, control de convencionalidad.

I. INTRODUCCIÓN

La atención sanitaria tiene una evidente y directa relación con el derecho a la integridad personal y con otros derechos y libertades¹. Derechos que el artículo 10.1 de la Constitución (CE) define como inherentes a la dignidad de la persona y como fundamento del orden político y de la paz social².

No es de extrañar, por tanto, que la importancia de la salud en el marco del sistema europeo de derechos humanos haya sido puesta de manifiesto desde hace tiempo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Tampoco, que su rica doctrina sobre las distintas vertientes que esa relación presenta se haya ido incorporando a la jurisprudencia e, incluso, a la legislación interna de los 47 Estados que

están bajo su jurisdicción. No en vano, en nuestro caso, el apartado 2 del mismo artículo 10 CE exige que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpreten de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. Entre ellos, destaca, por razones, obvias, la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 (CEDH) del que el TEDH es principal garante.

Pues bien, para tratar sobre la atención sanitaria, los derechos humanos y el Tribunal de Estrasburgo, dividirá la exposición en tres partes:

- En primer lugar, haré alusión al tratamiento constitucional y convencional del derecho a la atención sanitaria como parte integrante del derecho a la protección a la salud. Lo haré para poner de manifiesto una doble paradoja ya que, por un lado, pese a la señalada directa conexión con el derecho a la vida y a la integridad personal entre otros derechos humanos esenciales, su reconocimiento es comparativamente más débil que el de estos. Por otro, ese déficit no ha sido obstáculo para que, por obra, fundamentalmente, del Tribunal de Estrasburgo y, precisamente, por razón de ese estrecho vínculo con los derechos citados, el relativo a la atención sanitaria haya obtenido progresivamente, bajo ciertas condiciones, un estándar de protección muy próximo al de aquellos otros derechos fundamentales.
- En segundo lugar, me ocuparé de las líneas generales de la doctrina del TEDH sobre los derechos vinculados a la salud en la que se advierte la variedad de obligaciones, negativas y positivas, que los Estados han de cumplir con respecto a los derechos de la CEDH y, en particular, en lo que se refiere a la atención sanitaria. Para ilustrarlo, me servirá de algunos de los casos más significativos de la jurisprudencia del TEDH en los que estas obligaciones han tenido mayor peso y, en particular, aunque no exclusivamente, los que tienen que ver con las situaciones más extremas, como son las relativas al principio y al fin de la vida.
- En tercer y último lugar, haré algunas breves consideraciones mirando hacia el futuro sobre la contribución que la nueva dimensión que al diálogo entre tribunales que siempre ha estado presente en la doctrina del TEDH puedan ofrecer la

1 Sobre la conexión entre los derechos a la vida, a la integridad personal y a la salud y la de todos ellos con la dignidad de la persona, ver CANOSA USERA, Raúl, *El derecho a la integridad personal*. *Lex Nova*, 2006, pp. 99 y ss. y 77 y ss., respectivamente. Ver, asimismo, la bibliografía allí citada y las observaciones que el autor citado realiza sobre las SSTC 120/1990, FJ 8º; 137/1990, FJ 6º y 154/2004.

2 Recuerda la STC 192/2003, de 27 de octubre, FJ 7º, que “la regla del art. 10.1 CE, proyectada sobre los derechos individuales, implica que la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo, en consecuencia, un *minimum invulnerable* que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales no conlleven un menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona” [SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 4, y 57/1994, de 28 de febrero, FJ 3 a)].

figura de las “sentencias piloto” y la cuestión de convencionalidad incorporada por el Protocolo 16 de 2 de octubre de 2013. Una doble vía de acción pensada para dar un nuevo y trascendental paso en el objetivo de seguir elevando el canon europeo de protección efectiva de los derechos del CEDH y, por lo tanto, también de la atención sanitaria, de forma compatible con las peculiaridades y singularidades constitucionales de los Estados que son parte del mismo.

Este ha sido, como sabemos, el *leit motiv* que ha animado la evolución del sistema del CEDH a través de un proceso de adaptación a los cambios políticos, sociales y económicos de las sociedades europeas que ha supuesto la propia transformación de dicho sistema. No en vano, el TEDH ha venido insistiendo desde muy pronto que el CEDH es un *living instrument* y que los derechos que contempla también evolucionan y adquieren nuevos y más ricos contenidos por exigencia de la dignidad humana. De ahí que el indicado carácter evolutivo y adaptativo de su doctrina sea su nota definitoria por excelencia³.

Veamos, pues, cómo ha afectado todo ello al derecho a la atención sanitaria, pero antes he de ocuparme de las paradojas que presenta la protección del derecho a la salud y a la atención sanitaria.

II. PARADOJAS DE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD: UNA DÉBIL REGULACIÓN COMPENSADA POR UNA AMPLIA GARANTÍA JURISDICCIONAL

El título de este trabajo establece un vínculo entre los derechos humanos, la atención sanitaria y el TEDH. Una relación que, siendo evidente, encierra, sin embargo, algunas paradojas.

- Por un lado, no cabe duda de la importancia que, para la vida, la integridad personal y la propia dignidad humana en la que su fundamenta cualquier derecho, tiene la atención sanitaria. Asimismo, es de sobra conocido y, especialmente en este foro, que el TEDH cuenta con una amplia

y consolidada jurisprudencia sobre los derechos humanos que, de uno u otro modo, se relacionan con la salud y con la atención sanitaria.

- Pero, por el otro lado, ni esta ni el derecho a la protección de la salud están reconocidos como derechos humanos en sentido estricto en las constituciones europeas. En cuanto al CEDH, ni siquiera los menciona. Sí lo hacen, sin embargo, para los trabajadores, el artículo 11 de la Carta Social Europea, hecha en Turín, de 18 de octubre de 1961 y los artículos 7 a 12 del Código Europeo de la Seguridad Social, hecho en Estrasburgo el 16 de abril de 1964.

- Algo similar ocurre con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), cuyo artículo 55, siguiendo una pauta similar a la del artículo 43 CE, dice que toda persona tiene derecho a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria, pero, aquí está el matiz, “en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales” añadiendo que, “al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión, se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana.” Una precisión cuyo alcance se acabará determinando, sin duda alguna, por el Tribunal de Justicia siguiendo la estela de Estrasburgo.

Vemos, así, que en el contexto interno y en el europeo la atención sanitaria y el derecho a la salud son objeto de un reconocimiento articulado a través de una clase de normas que no prevén una consecuencia jurídica inmediata, sino que difieren al futuro su cumplimiento sin asegurar de manera precisa un contenido mínimo e inderogable.

Sobre la normatividad de esta clase de previsiones constitucionales, denominadas programáticas o de principio⁴, se discutió con intensidad en la década de los años 70 del pasado siglo, especialmente, en Italia y España, ya que para cierto sector doctrinal los mandatos genéricos al legislador y a los demás poderes públicos en tanto que están desprovistos de una sanción a su incumplimiento, no dejaban de ser píos deseos, más o menos bien intencionados, pero retóricos e incapaces de cambiar nada ni de evitar su sistemática inobservancia.

³ Ver LOPEZ GUERRA, Luis, “La evolución del sistema europeo de protección de los derechos humanos”, en UNED, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 42, 2018, pp. 111-130. Ver en ese mismo núm., “Encuesta sobre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos” realizada a los profesores Enoch Albertí Rovira, Juan María Bilbao Ubillos, Víctor Ferreres Comella, Javier García Roca, Luis Jimena Quesada, Carlos Ruiz Miguel y Rosario Tur Ausina, pp. 15-107.

⁴ Ver, LUCAS VERDÚ, Pablo, *Curso de Derecho Político*, Vol. II, Tecnos Madrid, 3ª ed. 1981, pp. 430 y ss. Ver, asimismo, la obra clásica de CRISAFULLI, Vezio, *La Costituzione e la sue disposizione di principio*. Giuffrè, Milano, 1952.

Afortunadamente, esa postura quedó hace tiempo superada. No solo porque no siempre es posible ni deseable establecer el binomio mandato o prohibición/sanción sin caer en el puro voluntarismo sino, también, porque, en el caso de los derechos de la persona que solemos llamar fundamentales, los textos constitucionales, al igual que el CEDH o la CDFUE, no definen de manera completa todos o algunos de los elementos esenciales del derecho en cuanto a su titularidad y contenido y, menos aún, regulan su modo de ejercicio. Ahora bien, eso no significa que no sean directamente eficaces ni que sea imprescindible, aunque si conveniente, la mediación del legislador para concretar dichos extremos con carácter general y así evitar diferencias en su aplicación caso por caso.

Es habitual, por lo tanto, que las normas constitucionales den por sobreentendido el contenido y el alcance de los derechos y que, como ocurre en nuestro sistema, se remitan, explícita o implícitamente, a su configuración a través de leyes que, con un diferente grado de predeterminación constitucional, son las que establecen el régimen jurídico completo sobre la titularidad y el ejercicio del derecho de que se trate. Así sucede cuando se utiliza el impersonal “se reconoce”, se alude a “todos” o a “nadie” o no se precisan las facultades elementales del propio derecho⁵. Por eso, las normas sobre derechos fundamentales tienen, frecuentemente, la estructura de principios que establecen lo que ALEXY denomina mandatos de optimización⁶ que obligan al legislador y a los demás poderes públicos a actuar en el sentido señalado por ellas. Legitiman todo lo que contribuya a su realización y deslegitiman lo que lo dificulte u obstruya.

Es decir, estas normas gozan de una doble virtualidad o eficacia jurídico-normativa, impositiva, por una parte, ya que el complemento legislativo debe

5 Un ejemplo es el derecho de asociación reconocido en el artículo 22 CE, un precepto constitucional que, a diferencia de otros, como el 16 CE, sobre la libertad ideológica y religiosa, o el 28 CE, relativo al derecho de sindicación, no especifica su doble dimensión, positiva y negativa, esto es, el derecho de asociarse y de no asociarse, sino que ha sido el Tribunal Constitucional quien lo ha deducido de una interpretación sistemática del texto constitucional con el apoyo, entre otras fuentes, de la doctrina de Estrasburgo

6 ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, CEC, Madrid 1993, pp. 81 y ss. Del mismo autor, “Sobre los derechos constitucionales a protección.”, en ALEXY, Robert, BASTIDA, Francisco J., GARCÍA AMADO, Juan Antonio, GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, GARZÓN VALDÉS, Ernesto, HIERRO, Liborio L., MORESO, José Juan, TARDO, Celestino y PECES-BARBA, Gregorio, *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2ª ed., Madrid 2009, pp. 45 y ss.

ajustarse a ese mandato de optimización, e impeditiva, por otra, pues no pueden contrariar lo establecido en la norma fundamental, ni imposibilitar que despliegue toda su eficacia.

En el ordenamiento español el colofón de la disciplina constitucional de los derechos fundamentales, además de la indicada eficacia directa y su carácter vinculante para los poderes públicos, incluido el legislador, al que se reserva su desarrollo y la regulación de su ejercicio, es, siguiendo el modelo alemán, la advertencia del artículo 53.1 CE de que este ha de respetar, en todo caso, el contenido esencial del derecho fundamental de que se trate. A ello se suman, el plus de rigidez que se otorga a dichos derechos en el artículo 168 CE, su protección judicial preferente y sumaria, a la que alude el artículo 53.2 CE, la posibilidad de acceder al amparo del Tribunal Constitucional y la exclusión de su regulación por Real Decreto-ley (artículo 86.2 CE) en los términos que ha establecido la jurisprudencia constitucional y la imposibilidad de la suspensión de algunos de ellos (artículo 55.1 y 2 CE) bajo los estados de excepción y de sitio previstos en el artículos 116.3 y 4 CE.

Ahora bien, si nos centramos en el artículo 43 CE, ubicado en el Capítulo III del Título I CE, que lleva por rúbrica “Principios rectores de la política social y económica”, vemos que, tras reconocer “el derecho a la protección de la salud” en su apartado 1, el 2 dice que “compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios” y que “la ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto”⁷.

7 Ver BASTIDA, Francisco J., “¿Son los derechos sociales derechos fundamentales? Por una concepción normativa de la fundamentalidad de los derechos”, en ALEXY, Robert y otros, *Derechos sociales...* ob. cit., pp. 103-149. Para este autor, la remisión del artículo 43.1 CE a la ley para que regule todos los elementos y aspectos del derecho que hagan posible su ejercicio, así como sus garantías, impide su consideración como derecho fundamental en el sentido que la CE ha dado a esa calificación (p. 114). Esta, se ha limitado por la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la reserva de ley orgánica del artículo 81.1 CE a los derechos comprendidos entre los artículos 15 y 29 CE (STC 76/1983, FJ 2º). BASTIDA, que reivindica la adopción de una perspectiva exclusivamente positivista de los derechos fundamentales desprovista de sus raíces iusnaturalistas y liberales, considera que esa doctrina constitucional peca de nominalismo, porque, para él, lo que denota la fundamentalidad de un derecho previsto en la CE es que esta le haya conferido su disponibilidad para su titular, que podrá ejercerlo aun sin mediar *interpositio legislatoris*, y su correlativa indisponibilidad para el legislador. De ahí que concluya que “la fundamentalidad de los derechos es una cuestión de grado: unos derechos son jurídicamente más fundamentales que otros en función de la mayor o menor preservación normativa a favor de su titular y frente al legislador” (p. 139).

A primera vista, este precepto sigue el esquema que acabamos de describir ya que, como algunos de los derechos fundamentales, no define el aquí reconocido y llama a los poderes públicos, entre los que el legislativo está a la cabeza, para que le den contenido efectivo en forma de facultades, deberes y prestaciones. Esta norma, que se ubica en el Capítulo III del Título I CE, bajo la rúbrica de los principios rectores de la política social y económica, no cuenta, como aquellos, de una reserva de ley orgánica para su desarrollo. Tampoco va seguida del expreso recordatorio de su carácter vinculante para los poderes públicos que el artículo 53.1 CE reserva para los del capítulo II del Título I CE, ni del límite de su contenido esencial del mismo artículo y apartado. Además, su rigidez es la ordinaria del artículo 167 CE y, en principio, carece de una protección judicial especial y del amparo constitucional.

En definitiva, como dice el artículo 53.3 CE, “el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

La conclusión que cabría obtener de esta rápida exposición es que el derecho a la protección de la salud queda relegado en el sistema constitucional español a un segundo plano y que goza de unas garantías debilitadas en comparación con los derechos fundamentales en sentido estricto. Su titularidad, las facultades y obligaciones que conlleva, las prestaciones que permita reclamar a los poderes públicos y su tutela jurisdiccional quedan a merced del legislador ordinario o, lo que es lo mismo, de las mayorías parlamentarias de cada momento.

Sin embargo, esa postergación del derecho que nos ocupa debe matizarse en un doble sentido:

- En primer lugar, porque, siendo cierto que el artículo 43 CE, en conjunción con el artículo 53.3 CE, confía al legislador la determinación de los aspectos señalados, no lo es menos que la libertad de este no es absoluta pues de la propia norma constitucional se deducen esos contenidos mínimos que, en todo caso, han de ser respetados por la ley y a los que ha de darse adecuada respuesta. No se olvide que el artículo 9.1 CE establece con claridad el sometimiento de los poderes públicos a la CE y que el artículo 43 CE forma parte de ella. Es decir, que, aunque no haya una garantía

específica del contenido esencial de la protección de la salud, como la del artículo 53.1 CE, si hay una cierta predeterminación constitucional de la institución en sí en el artículo 43 CE, tal y como es percibida socialmente pues, el derecho a la protección de la salud cuenta con un arraigo social muy sólido que no es posible desconocer y ello aproxima su constitucionalización a la de las denominadas garantías institucionales. Esto es, su contenido es mutable en función de la imagen social que tenga en cada momento, a la que ha de ajustarse el legislador, pero este no puede ni suprimirla ni vaciarla de contenido ni hacerla irreconocible.

- En segundo lugar, hay que tener en cuenta el principio de unidad de la constitución⁸, canon esencial en la interpretación y aplicación de la norma fundamental ya que ésta es un todo en el que cada precepto encuentra su sentido pleno valorándolo en relación con los demás (STC 6/1983), es decir, de acuerdo con una interpretación sistemática, (STC 26/1987), evitando que una previsión constitucional quede vacía de contenido por la aplicación de otra cuya finalidad sea distinta (STC, 137/1986, entre otras).

Pues bien, en nuestra opinión, este principio hermenéutico exige que en la comprensión del artículo 43 CE se tengan en cuenta las conexiones sistemáticas y de sentido existentes entre los distintos preceptos constitucionales. Esto significa que deba ser entendido en relación con el artículo 15 CE, tanto en lo que se refiere al derecho a la vida como a la integridad personal, dada la íntima e intensa vinculación que hay entre ellos. También, es inexcusable que tenga en cuenta el derecho a la intimidad del artículo 18.1 CE y otros derechos que se proyectan sobre el principio, el desarrollo y el fin de la vida, tales como la libertad ideológica, de creencias y religiosa del artículo 16 CE; o la libertad personal del 17 CE para los detenidos, presos o internos en cárceles, para los que también juega el artículo 25 CE, o en centros psiquiátricos; a la igualdad del 14 CE, cuando la enfermedad es motivo de discriminación; a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE, si no se atiende a la discapacidad de algunas personas para seguir el desarrollo de un juicio, etc.

Todos estos derechos han de ser interpretados y aplicados desde la perspectiva del artículo 10.1

⁸ Ver, entre otras, las SSTC 9/2010, de 27 de abril, FJ 3º, 154/2006 FJ, 4º y 179/1994, de 16 de junio, FJ 5º.

CE, pues su sustrato común es la afectación a la dignidad de la persona y, también, de la función transformadora del artículo 9.2 CE a fin de que la libertad y la igualdad en este campo sean reales y efectivas.

- Por último, es, igualmente, necesario, más bien inexcusable a la luz del artículo 10.2 CE, realizar esa interpretación de acuerdo, entre otras normas internacionales sobre derechos humanos, con la seguida por el TEDH conforme al CEDH, en la que esas conexiones han servido para, en ausencia total del reconocimiento del derecho a la atención sanitaria y a la protección de la salud, construir una importantísima doctrina, de la que enseguida me ocuparé.

Llegados a este punto, dado que excede al propósito de este trabajo la trascendental cuestión de si la posición o *status* constitucional del derecho a la protección de la salud son los adecuados y si sería necesario elevarlo, como propone REY MARTÍNEZ⁹, para equiparlo al de los derechos fundamentales en sentido estricto (artículos 15 a 29 CE) y, en su caso, con qué contenido y alcance atendiendo a la doctrina del TEDH, estimo conveniente insistir en la doble matización que acabo de hacer.

Quiero decir que, por más que se hayan incardinado entre los principios rectores de la política social y económica, el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria que esta implica cuentan con una sólida disciplina constitucional, merced a su íntima relación con los derechos antes citados, que hace posible extender a aquellos las garantías de estos. De ese modo, las vulneraciones del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria pueden llegar a ser objeto, siquiera de forma indirecta o refleja, del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional y, también, ser conocidas por el del de Estrasburgo.

En definitiva, la escasa densidad normativa del artículo 43 CE y el silencio del CEDH, se han visto generosamente compensados por la interpretación

⁹ REY MARTÍNEZ, Fernando., “Protección de la salud, atención primaria y derechos fundamentales”, en UNED, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 41, 2018, pp. 281 y ss., en particular, 291- 295, donde propone que se reconozca y garantice que la protección de la salud comprende en todo caso el derecho a la asistencia primaria. Ver, también, MONEREO PÉREZ, José Luis., “La salud como derecho humano fundamental”, en *LA LEY 5045/2014*. En mi opinión, el debate no ha de limitarse a promover un cambio de localización del artículo 43 CE para llevarlo al Capítulo II CE sino en ver la posibilidad de concretar un contenido mínimo, como el que REY MARTÍNEZ propone sobre la atención primaria.

del Tribunal Constitucional y, sobre todo, por la del TEDH, que le ha servido de guía estableciendo las consecuencias que se derivan de su obvia relación con el derecho a la vida, a la integridad personal, la intimidad y la vida privada tanto en cuanto a las prohibiciones de menoscabarlos como al deber de protegerlos y, de manera destacada, a las acciones positivas que han de atender los poderes públicos.

Sin embargo, ese reforzamiento no ha impedido que, con motivo de la profunda y duradera crisis económica padecida en la última década, prosperara una legislación de excepción claramente restrictiva del derecho a la protección de la salud mediante la exclusión de la atención sanitaria universal para determinados colectivos¹⁰. Una legislación, a veces de urgencia, que, también, ha desconocido el reparto competencial en materia sanitaria entre el Estado y las Comunidades Autónomas, impidiendo que estas mantuvieran a su propia costa el nivel de prestaciones anteriormente existente para los colectivos excluidos. Así y todo, ha recibido el aval del Tribunal Constitucional (SSTC 139 y 183/2016, 33, 63, 64, 97, 134 y 145/2017), si bien con una ligera corrección y con importantes votos particulares discrepantes que pudieron de manifiesto esa vulneración de las competencias autonómicas y la quiebra que ello suponía con su doctrina anterior¹¹.

Dada la tendencia que desgraciadamente se ha instalado entre nosotros de convertir lo excepcional en normal, cabe preguntarse si por la vía de la restricción del acceso a la atención sanitaria y del contenido de esta no se puede llegar a desandar el camino que tanto ha costado recorrer. Es decir, si la debilidad del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria puede acabar degradando la garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal y de los demás derechos asociados a estos.

No quisiera ser agorero ni incurrir en un pesimismo excesivo, pero el problema está ahí por más que otro Real Decreto-ley pueda devolver las cosas a su sitio ya que lo que esto demostraría es que unas cuestiones tan importantes como la universalidad de la atención sanitaria y su contenido mínimo quedan al

¹⁰ Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.

¹¹ Ver la crítica de JIMENA QUESADA, Luis, “artículo 43”, en *Comentario de la Constitución Española. 40 aniversario 1978-2018. Libro-homenaje a Luis López Guerra*, PÉREZ TREMPES, Pablo. (dir.), SAIZ ARNAIZ, Alejandro. (dir.), MONTESINOS PADILLA, Carmen. (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 838-839.

albur de las contingentes mayorías parlamentarias a través de la convalidación de las decisiones del Gobierno de turno.

De ahí que cobre mayor sentido, si cabe, ocuparse de la contribución del TEDH a la delimitación de ese derecho en la medida que pueda servir no solo de horizonte hacia el que necesariamente haya que dirigirse sino, también, de freno ante medidas de recorte de libertades y prestaciones esenciales para todas las personas. De ese modo, quizás sea posible poner coto a las políticas de austeridad basadas más en la facilidad de su aplicación y, por lo tanto, de inmediata reducción del gasto público, que en una ordenación de las prioridades inspirada en criterios de equidad y solidaridad social.

Veamos ya los rasgos generales de esa contribución.

III. CONTRIBUCIÓN DEL TEDH A LA DEFINICIÓN DEL CONTENIDO DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD Y A LA ATENCIÓN SANITARIA

a) Aspectos generales

LÓPEZ GUERRA ha distinguido tres fases en el devenir del sistema creado por el CEDH que demuestran su ya señalada capacidad de adaptación a las exigencias de cada tiempo y lugar¹². Así:

- La primera, estuvo marcada por su mismo origen ya que la CEDH nació para establecer y desarrollar la colaboración interestatal en materia de derechos humanos. Un empeño protagonizado por la Comisión de Derechos Humanos muy necesario para superar el trauma de la Segunda Guerra Mundial durante la que fueron sistemáticamente violados de manera atroz que se centró en la protección de los derechos más básicos y elementales. De manera singular, en torno a la aplicación de la pena de muerte conforme a la redacción original del artículo 2 CEDH hasta la abolición del castigo capital a través del Protocolo nº 13 de 2002.
- En una segunda fase, en la que todavía estamos, el TEDH ha dedicado todos sus esfuerzos a establecer y consolidar la protección individualizada de los derechos del CEDH de modo tal que,

con el tiempo, ha ido progresando en el establecimiento de un nivel mínimo cuyo contenido y alcance ha ensanchado, también, con la mirada siempre puesta en los más débiles y vulnerables (niños, ancianos, personas con discapacidad, enfermos, inmigrantes, marginados, etc.)

- Ahora se abre ahora una tercera fase en esa Europa de los derechos en la que el TEDH está asumiendo una función cuasi-constitucional en la medida que está dando cierta proyección normativa a sus decisiones emitiendo instrucciones y directrices sobre la adecuación de las legislaciones internas al CEDH y asumiendo una función consultiva orientada a ese fin.

En todo ese trayecto, el gran mérito del TEDH ha sido y sigue siendo la elaboración y aplicación de una serie de principios y criterios interpretativos, entre los que destaca el *test de proporcionalidad*, extraídos de las llamadas tradiciones constitucionales comunes con la pretensión de que sean válidos para los 47 Estados miembros signatarios del CEDH y los 800 millones de personas que en ellos viven. Unos principios y criterios mediante los que el TEDH se afana en hallar la solución justa en cada caso a través de:

- a) Un riguroso y exhaustivo escrutinio de los hechos;
- b) El examen y valoración del margen de apreciación del que disponga el Estado en función del grado de consenso existente en los diversos países sobre el problema o problemas planteados con respecto al derecho en cuestión;
- c) Un cuidadoso estudio de las normas internas sobre la materia a la que se refieran;
- d) La formulación de los principios y criterios que han de tenerse presentes en la solución del caso y de las obligaciones positivas y negativas que han de ser observadas.
- e) El análisis de la concreta actuación, por acción u omisión, desplegada por el Estado de que se trate para evitar o reparar la lesión invocada. tomando en consideración la ponderación y el juicio de proporcionalidad que se haya hecho de los bienes jurídicos en presencia.

Además, el TEDH no se ciñe a una lectura literal y formalista de la CEDH, sino que fundamenta sus decisiones en una concepción abierta de sus enunciados y muy apegada a la realidad ya que persigue,

¹² LOPEZ GUERRA, Luis., ob. cit., *ibidem*.

ante todo, la efectividad de los derechos de los que es celoso guardián de modo que ninguna vertiente o dimensión de los mismos quede descuidada. A ese fin, no solo toma en consideración, según hemos apuntado, los ordenamientos de los Estados miembros y las tradiciones constitucionales comunes extraíbles de su comparación, sino que acude, también, a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y a la de otros ámbitos como la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, o las de las Cortes Supremas de los Estados Unidos de América o de Canadá, en un empeño incansable de contar cuantas referencias sean útiles para enfocar y resolver los difíciles asuntos que se someten a su conocimiento.

En cuanto al derecho a la protección de la salud,¹³ está especialmente atento a los materiales jurídicos y a la orientación política sobre la salud que se han adoptado en el marco del Consejo de Europa. De hecho, como él mismo ha señalado, se refiere con bastante frecuencia a las recomendaciones del Comité de Ministros en el sector de la salud (*Biriuk c. Lituania*, § 21, de 25 de noviembre de 2008), así como a convenios como el de Oviedo (*Glass c. Reino Unido*, de 9 de marzo de 2004 § 58; VO c. Francia, de 8 de julio de 2004 § § 35 y 84; *Lopez de Sousa Fernandes c. Portugal*, de 19 de diciembre de 2017) y el Convenio del Consejo de Europa 108 (*S. y Marper c. el Reino Unido*, de 4 de diciembre de 2008). La jurisprudencia producida en el marco de la Carta Social Europea sobre cuestiones relacionadas con la salud es otra fuente de orientación (*Zehnalova y Zehnal c. la República Checa*, de 14 de mayo de 2002; *Mólka c. Polonia*, de 14 de abril de 2006).

b) Construcción del Derecho a la Atención Sanitaria a partir de otros conexos

Como vengo diciendo, es innegable, que la atención sanitaria guarda una relación directa con los derechos humanos indiscutidos, como el derecho a la vida y a la integridad personal, a la intimidad o la libertad ideológica, la religiosa, la libertad personal y otros más que están contemplados en el la CE, la CDFUE y en CEDH.

¹³ Ver el *Informe temático sobre cuestiones relacionadas con la salud en la jurisprudencia del TEDH* publicado por el TEDH en 2015. Consejo de Europa/Tribunal Europeo de derechos humanos, junio de 2015. Puede descargarse desde www.echr.coe.int (*jurisprudencia – análisis de jurisprudencia – informes de investigación sobre jurisprudencia*). Las referencias a los casos citados en el texto están tomadas casi todas ellas de dicho informe y de las fichas técnicas de Unidad de Prensa del TEDH si bien la alusión a aspectos concretos de los casos se hace sobre el texto de las correspondientes SSTEDH.

Ahora bien, por muy intensa que sea, sin duda, esa relación, lo cierto es que la CEDH no ha reconocido en su texto el derecho a la protección de la salud como un derecho autónomo, sino que lo ha construido el TEDH de forma indirecta al abordar distintas situaciones en las que concurría con alguno de los antes citados. Especialmente, con el derecho a la vida (artículo 2 CEDH), a la integridad personal (artículo 3 (CEDH) y a la protección de la vida privada, personal y familiar (artículo 8 CEDH) y a la igualdad (artículo 14 CEDH).

Un breve repaso a su doctrina sobre estos derechos de la mano del *Informe temático sobre cuestiones relacionadas con la salud en la jurisprudencia del TEDH* de 2015¹⁴ lo pone de manifiesto.

1. De conformidad con el artículo 2, los agentes estatales están obligados a abstenerse de actos u omisiones de naturaleza potencialmente mortal, o que pongan en grave riesgo la salud de las personas. Es lo que sucede cuando utilizan la fuerza en tal grado que, aunque no resulte en muerte, dé lugar a un daño grave. Así, por ejemplo, cuando se reprime una manifestación o altercado. Es lo que sucedió en el caso *Ilhan c. Turquía*, de 27 de junio de 2000, a causa de un culatazo en la cabeza a un sospechoso que le causó graves lesiones cerebrales.

Los Estados también tienen obligaciones positivas en virtud del artículo 2 para proteger la salud de las personas. Por ello, puede darse una violación del mismo cuando se demuestra que las autoridades han puesto en riesgo la vida determinada clase de personas al negarles o dificultar que se les preste atención sanitaria que sí está disponible para la población en general, como ocurrió en el norte de Chipre con la minoría de origen griego por parte de las autoridades pro turcas (*Chipre c. Turquía* § 219, de 12 de mayo de 2014. Otros casos en los que se ha apreciado la violación de este derecho son *Nitecki c. Polonia*, de 21 de marzo de 2002; *Oyal c. Turquía*, de 23 de marzo de 2010, al que enseguida aludiremos.

Las negligencias médicas también pueden dar lugar a la violación del artículo 2, no solo cuando se aprecian graves deficiencias en el funcionamiento de hospitales y residencias sino, también, si no se investigan adecuadamente ni se exige la responsabilidad de quienes lo infringen. Así:

¹⁴ Ver nota 13.

- En el asunto *Šilih c. Eslovenia*, de 9 de abril de 2009, un joven de 20 años falleció tras inyectarle un medicamento al que era alérgico. Las autoridades eslovenas no investigaron eficazmente sobre la posible negligencia médica durando los procedimientos civiles iniciados por sus padres que se prolongaron más de 13 años.
- En el caso *Dodov c. Bulgaria*, de 17 de enero de 2008, nadie rindió cuentas por la desaparición de una mujer enferma de Alzheimer de una residencia de ancianos. A pesar de la disponibilidad en la legislación búlgara de tres vías de recurso (penales, disciplinarias y civiles), el TEDH concluyó que había claros indicios de que el sistema jurídico en su conjunto no había dado la respuesta adecuada y oportuna exigida por las obligaciones procesales del estado en virtud del artículo 2.
- Más dramático fue el caso *Mehmet y Bekir Şentürk c. Turquía*, de 9 de abril de 2013, en el que una mujer embarazada acudió a un hospital universitario quejándose de dolor persistente. Fue examinada por un equipo de médicos, que descubrió que el feto había muerto y que requería una cirugía inmediata. Entonces, supuestamente, se le dijo que se le cobraría una tarifa por su operación y que debía abonar un depósito importante (aproximadamente 1.000 euros). Dado que ni ella ni su marido tenían ese dinero, el médico de emergencias ordenó el traslado de la esposa a otro hospital, pero ella murió en el camino.

Aunque no era su tarea pronunciarse en abstracto sobre la política de salud pública del Estado en el momento de los hechos, el TEDH observó que al sujetarse la prestación del tratamiento en el primer hospital a un pago anticipado se había disuadido a la paciente de someterse al mismo. En tales circunstancias, esa decisión no podría considerarse informada, ni eximir a las autoridades nacionales de la responsabilidad por lo que se refiere al trato que debería haber recibido. El personal médico había sido plenamente consciente de que transferirla a otro hospital pondría su vida en peligro. Además, la legislación nacional no aseguraba que se le diera el tratamiento médico que ella requería. En consecuencia, como resultado de las flagrantes fallas de las autoridades hospitalarias, se le negó el acceso a un tratamiento de emergencia adecuado. Esta constatación bastó para que el TEDH declarara que el Estado no había cumplido su obligación de proteger su integridad física.

- En *Oyal c. Turquía*, de 23 de marzo de 2010, el hijo de los demandantes había sido infectado con el VIH a través de una transfusión sanguínea tras un parto prematuro. Los tribunales nacionales constataron que el proveedor y el Ministerio de Sanidad eran responsables de daños y perjuicios. También establecieron que una de las razones por las que el VIH no se había detectado era que el personal médico no había realizado el análisis de la sangre del donante debido a su coste. Este es un lamentable ejemplo de lo que la carencia de medios adecuados puede provocar.

La vulneración del artículo 2 CEDH se produce, también, en la vertiente procesal cuando no se obtiene una respuesta adecuada y oportuna con respecto a las circunstancias del fallecimiento de una persona atendida en un centro sanitario, como ocurrió, por ejemplo, en el caso *Lopez de Sousa Fernandes c. Portugal*, de 19 de diciembre de 2017, ya citado, sobre el que luego volveremos.

2. En lo que respecta al artículo 3, los agentes del Estado deben abstenerse de un tratamiento que dañe la salud física de una persona bajo su custodia (por ejemplo, palizas u otras formas de violencia; *Kaçiu y Kotorri c. Albania*, de 25 de junio de 2013) o les causen daño mental o psicológico (por ejemplo, causan deliberadamente angustia, tormento u otras formas de sufrimiento psicológico; *Gäfgen c. Alemania*, de 1 de junio de 2010). También puede exigirse al Estado que tome medidas positivas para proteger la salud física y mental de las personas, como los presos, para quienes asume una responsabilidad especial.

3. El derecho al respeto de la vida privada garantizado por el artículo 8 CEDH ha adquirido una importancia particular en la jurisprudencia del TEDH sobre el “derecho a la salud”, que ha entendido que la noción de vida privada cubre el derecho a la protección de la integridad física, moral y psicológica (*Raninen c. Finlandia*, § 63, de 6 de diciembre de 1997; *Botta c. Italia*, de 24 de febrero de 1998, § 32), así como el derecho a la autonomía personal para, por ejemplo, rechazar el tratamiento médico o para solicitar una forma particular del mismo (*Glass c. el Reino Unido*, de 9 de marzo de 2004, § 74-83; *Tysiac c. Polonia*, de 20 de marzo de 2007, *Herczegfalvy c. Austria*, de 24 de Septiembre de 1992, § 86; *Pretty c. Reino Unido*, de 29 de abril de 2002, § 63).

La cuestión del consentimiento libre e informado al tratamiento médico también ha sido una

característica dominante de la jurisprudencia en virtud del artículo 8.1 CEDH.

Como recuerda la STC 37/2011 (FJ 4), el TEDH ha destacado la importancia del consentimiento de los pacientes, considerando que la imposición de un tratamiento médico sin ese consentimiento, si el paciente es adulto y sano mentalmente, supone un ataque a la integridad física del interesado que puede vulnerar el artículo 8.1 CEDH (*Pretty c. Reino Unido*, ya citado, § 63), poniendo de relieve, también, la importancia para las personas expuestas a un riesgo sobre su salud de tener acceso a la información que les permita evaluar dicho riesgo (*Guerra y otros c. Italia*, § 60, de 19 de febrero de 1998; y *Codarcea c. Rumanía*, de 2 de junio de 2009, § 104). En la última STEDH citada, el TEDH ha señalado que, al amparo de su obligación de adoptar las normas adecuadas para garantizar el respeto a la integridad física de los pacientes, los Estados parte deben imponer las normas precisas para que los médicos se pregunten sobre las consecuencias previsibles de la intervención médica proyectada sobre la integridad física de sus pacientes e informen a éstos convenientemente sobre aquéllas, de modo que la persona pueda consentir el acto con conocimiento de causa, de suerte que si se consume un riesgo previsible sin que el paciente haya sido informado por el médico, el Estado concernido podría llegar a ser directamente responsable al abrigo del artículo 8 CEDH (§ 105).

De acuerdo con esta doctrina, se resolvió el asunto *Csoma c. Rumanía*, de 15 de enero de 2018, en el que una mujer recibió medicación para inducir un aborto, pero debido a ciertas complicaciones, los médicos tuvieron que realizar una histerectomía para salvar su vida. El TEDH concluyó que, al no haber sido informada de ese riesgo, había sufrido una vulneración de su derecho al respeto de su vida privada, contrariamente al artículo 8 CEDH.

Como luego veremos, el derecho a la vida privada del artículo 8 CEDH también se puede ver lesionado por una falta o insuficiente ponderación de los bienes jurídicos en presencia, ya sea en el momento de la regulación de determinadas situaciones ya en su aplicación práctica. Asimismo, el artículo 8 se aplica cuando concurre la negligencia de las autoridades sobre el control y la vigilancia de la contaminación ambiental por olores *López Ostra c. España*, de 9 de diciembre de 1994, o acústica, caso *Moreno Gómez c. España*, de 19 de noviembre de 2004, en tanto afecten a la salud.

4. El derecho, en virtud del artículo 14 CEDH, de no ser discriminado a causa de su condición física o mental, ha sido examinado, también, por el TEDH, que ha reconocido expresamente, que la salud es uno de los motivos protegidos que pueden invocarse en casos de no discriminación en cualquier ámbito, sea para autorizar el reagrupamiento familiar, la educación o la propia asistencia sanitaria, estando el VIH presente en varios de estos casos como en el de *Kiyutin c. Rusia*, de 10 de marzo de 2011. Se pueden considerar, asimismo, los problemas derivados de las barreras arquitectónicas para las personas con discapacidad.

5. Los problemas de salud también pueden ser relevantes para el derecho a no ser sometidos a la privación arbitraria de la libertad. Por ejemplo, detener a las personas que sufren de problemas mentales agudos en un lugar de detención que está totalmente mal adaptado a su condición puede ocasionar una infracción de los artículos 3 (*M.S. c. Reino Unido*, de 3 de mayo de 2012) o 5 (*Stanev c. Bulgaria*, de 17 de enero de 2012) CEDH.

6. Por último, el hecho de que un tribunal no tenga en cuenta las discapacidades mentales o físicas de un acusado puede dar lugar a una violación del derecho a un juicio justo. Por ejemplo, un incumplimiento de las necesidades de un acusado que sufre una discapacidad auditiva extrema y que, por tanto, le impide seguir eficazmente el procedimiento, puede considerarse que menoscaba el derecho de defensa y que, en consecuencia, infringe el artículo 6 CEDH (*Timergaliyev c. Rusia*, de 14 de octubre de 2008).

c) Obligaciones negativas y positivas

Por lo demás, la doctrina del TEDH sobre la atención sanitaria y la protección de la salud versa, como en los demás derechos de la CEDH, sobre la doble dimensión, negativa y positiva, que generan en los poderes públicos:

1. En la primera -la negativa- el TEDH siempre ha hecho valer la prohibición de cualquier acto u omisión de los Estados de los que pudiera derivar la privación de la vida o la lesión de la integridad personal. Especialmente, en aquellos casos en los que se trata de personas detenidas en dependencias policiales o internas en centros penitenciarios o sanitarios, así como en orfanatos, centros escolares y residencias donde los poderes públicos tienen un cualificado

deber de preservar ambos derechos¹⁵. La dimensión negativa se extiende a la protección frente a los riesgos serios contra la vida que pueda representar la entrega o la deportación de personas a otros Estados cuando en ellos esa protección no existe o no esté suficientemente garantizada. El TEDH ha mantenido que los tribunales nacionales están obligados a evaluar cuidadosamente el presunto riesgo en esos casos (*Yoh-Ekale Mwanje c. Bélgica*, de 20 de diciembre de 2011, que se refería a un enfermo de SIDA, en *Aswat c. Reino Unido*, de 6 de abril de 2013, se trataba de un enfermo mental).

2. En la dimensión positiva¹⁶, el TEDH ha destacado el deber estatal de establecer un sistema de

15 Un ejemplo especialmente estremecedor es el que resolvió la STEDH de 17 de julio de 2014 (*Caso Centro para los Recursos Legales en nombre de Valentin Campeanu c. Rumanía*). Valentin era un joven perteneciente a la etnia Rom que fue abandonado al nacer. Creció en un orfanato, y a la edad de cinco años se le diagnosticó que padecía SIDA y un profundo retraso mental. Al poco tiempo, comenzó a manifestar síntomas asociados al SIDA (tuberculosis, neumonía y la hepatitis crónica). En septiembre de 2003, al cumplir los 18 años de edad, el Estado dejó de hacerse cargo de él y fue aceptado por una institución en la que se le administró el tratamiento antirretroviral. Medía 1.68 cm. y pesaba 48 kgs., no era capaz de orientarse en el tiempo y en el espacio y no podía alimentarse por sí mismo ni responsabilizarse por su higiene. Murió el 20 de febrero de ese mismo año, solo, en una habitación sin calefacción, vistiendo únicamente la camisa de un pijama. A pesar de que no era capaz de alimentarse ni de ir al baño por su cuenta, no le fue brindada asistencia alguna. En su nombre, actuó el Centro para los Recursos Legales. El TEDH declaró la violación del artículo 2 CEDH, tanto en su vertiente sustantiva como procesal, al no llevar a cabo una investigación efectiva de las circunstancias de su muerte. También apreció la vulneración del artículo 13 CEDH, dado que el Estado no había proporcionado un mecanismo apropiado para resarcir a las personas con discapacidades mentales víctimas de violaciones de su derecho a la vida. Este caso refleja un problema sistémico por lo que el Tribunal recomendó a Rumanía tomar las medidas generales necesarias para asegurar que las personas con discapacidades mentales en situación comparable accedan a una representación legal independiente que les permita presentar recursos referidos a su salud y tratamiento ante tribunales u otros órganos independientes.

16 Sobre las obligaciones positivas con respecto a los derechos sociales, CARMONA CUENCA, Encarnación, "Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos," en UNED. *Revista de Derecho Político* N.º 100, septiembre-diciembre 2017, pp. 1209-1238, en particular 1216-1220, donde recuerda que el primer pronunciamiento del TEDH sobre las obligaciones positivas aplicables a los derechos del CEDH, no solo a los sociales, fue el del *Caso lingüístico belga*, de 23 de julio de 1968. Doctrina que se consolidó en los asuntos *Marckx c. Bélgica* y *Airey c. Irlanda*, de 13 de junio y 9 de octubre de 1979, respectivamente. Desde entonces —señala la autora citada— los derechos convencionales a los que se ha aplicado en mayor número de ocasiones esta técnica han sido: el derecho a la vida (art. 2), el derecho a no sufrir torturas (art. 3), el derecho a la libertad y seguridad (art. 5), el derecho a un juicio justo (art. 6) y el derecho a la vida privada y familiar (art. 8). De estos derechos —continúa— se han derivado obligaciones positivas del Estado relativas a la investigación de asesinatos y torturas,

protección que disuada y sancione cualquier agresión contra la vida o la falta de diligencia que la ponga en riesgo con independencia de su origen público o privado. Es decir, un sistema jurídico-penal que tipifique como delito esas acciones, ordene y garantice la investigación policial de los hechos, la acción de los tribunales contra los presuntos responsables y, en su caso, su castigo cuando así lo determine la correspondiente resolución judicial.

Pero lo fundamental en nuestro caso es la exigencia de un diseño, normativo e institucional que asegure la adecuada protección de la salud, la integridad personal, de la vida y de los demás derechos asociados a la atención sanitaria, especialmente, en situaciones difíciles como, por ejemplo, las que plantean, entre otros, los asuntos relativos a la reproducción asistida, el aborto, la eutanasia o el acceso a los tratamientos experimentales. Es decir, un sistema de normas e instituciones que salvaguarde el necesario equilibrio entre los bienes jurídicos en potencial conflicto y que ofrezca, además, seguridad jurídica a través regulaciones claras y coherentes, de modo que sus destinatarios sepan a qué atenerse y no queden sumidos en la angustia de si les resultan plenamente aplicables o no, y que se garantice, en todo caso, una reparación eficaz y en tiempo razonable de las violaciones que se produzcan.

Todo ello está contribuyendo a definir un exigente nivel de protección en la medida que el TEDH ya no examina solamente el acto u omisión final que causa la lesión concreta que da lugar a la reacción del interesado, sino que su control se amplía a las legislaciones y a la organización y funcionamiento de los poderes públicos de los Estados que son parte del CEDH, a las normas sobre el ejercicio de las profesiones y oficios que tienen que ver con la salud, incluidas, si es preciso, las deontológicas, y, por supuesto, tienen muy en cuenta el sistema de recursos, administrativos y judiciales disponibles y su efectividad para reparar el daño y exigir las responsabilidades que correspondan¹⁷.

la planificación y control de las operaciones de las fuerzas de seguridad, las medidas de protección de los detenidos, la provisión de condiciones adecuadas para detenidos y presos, las medidas para evitar las desapariciones durante la custodia de detenidos, la investigación de las desapariciones, los deberes del Estado para garantizar un juicio justo, el reconocimiento oficial de las personas transexuales, el establecimiento de la paternidad, la reunión de los niños con sus padres, el respeto del estilo de vida de las minorías, la protección del domicilio y un largo etcétera.

17 En el caso español el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración es el regulado, de acuerdo con el artículo 106.2 CE, en el Capítulo V de la Ley 40/2015, de 1

Alcanza no solo a los hospitales públicos sino, también, a los privados y a cualquier centro o residencia donde se preste atención sanitaria de la que en última instancia ha de responsabilizarse el Estado para garantizar el respeto de la integridad física de los pacientes protegiéndoles, en la medida de lo posible, de las graves consecuencias que los actos del personal médicos pueden dar lugar.

Por eso, los Estados deben hacer lo necesario para que los centros sanitarios cuenten con personal cualificado y dispongan de las instalaciones, equipos, aparatos y medios necesarios para prescribir y aplicar los tratamientos adecuados, así como de los protocolos que aseguren su derecho a la prestación del consentimiento informado. Unas exigencias que, al objetivarse en la normativa de cada país, permitirán establecer el parámetro de referencia para resolver los supuestos en los que se alegue negligencia médica.

A pesar de todo, aunque el sistema esté bien diseñado y dispuesto, “si un riesgo previsible de esta naturaleza se materializa sin que el paciente haya sido debidamente informado de antemano por los médicos, y si, como en el presente caso, los médicos trabajan en un hospital público, el Estado puede ser directamente responsable en virtud del artículo 8 por esta falta de información” (*Trocellier c. Francia*, de 5 de octubre de 2006, § 4).

3. No obstante, la obligación positiva tiene unos límites que el TEDH ha precisado en el asunto *Lopez de Sousa Fernandes c. Portugal*, antes citado. En él se condensan los requerimientos exigibles al sistema sanitario para determinar cuándo han de responder las personas o equipos médicos que atienden a un paciente y cuándo ha de hacerlo el Estado.

El caso versaba sobre el peregrinaje al que se vio sometido un hombre al que se le había extirpado un pólipo nasal ya que, tras salir del hospital donde se le practicó, tuvo diversas complicaciones que le obligaron a visitar sin éxito distintos centros sanitarios y terminó sufriendo de meningitis bacteriana, úlceras, colitis y otros problemas médicos que lo llevaron a la

muerte tres meses después debido a una septicemia causada por peritonitis y una víscera perforada.

El TEDH precisó (§ § 216 a 221) que la elección de los medios para garantizar las obligaciones positivas en virtud del artículo 2 CEDH es, en principio, una cuestión que cae dentro del margen de apreciación del Estado y que existen diferentes vías para garantizar los derechos de la CEDH, Cabe, incluso, que, aunque el Estado no haya aplicado una medida particular prevista por el derecho interno, aún pueda cumplir su deber positivo por otros medios.

Sin embargo, para que esta obligación se cumpla, es necesario:

a) Que dichos procedimientos no solo existan en teoría, sino que también deben operar de manera efectiva en la práctica.

b) La independencia del sistema doméstico establecido para determinar la causa de la muerte de los pacientes al cuidado de la profesión médica. Esto requiere no solo la falta de dependencia jerárquica o institucional entre los investigadores y los investigados, sino también que todos los encargados de realizar una evaluación en el proceso para determinar la causa de la muerte de los pacientes disfruten de una independencia formal y de facto con respecto a los implicados en los hechos. Este requisito es particularmente importante cuando se solicitan informes médicos de testigos expertos, ya que suelen ser cruciales en la evaluación judicial de los casos altamente complejos de negligencia médica.

c) Los procedimientos deben tramitarse en un plazo razonable ya que el conocimiento de los hechos y los posibles errores cometidos en el curso de la atención médica es esencial para que las instituciones y el personal médico en cuestión puedan remediar las posibles deficiencias y evitar errores similares. El rápido examen de tales casos es, por lo tanto, decisivo para la seguridad de todos los usuarios de los servicios de atención médica. Esta es, también, la razón por la cual el TEDH ha sostenido que la prolongación de los procedimientos es una clara indicación de que son defectuosos y pueden constituir una violación de las obligaciones positivas del Estado a menos que este de razones altamente convincentes y plausibles para justificar la duración de los procedimientos.

de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público y conforme al precepto constitucional citado, esta se produce por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Sin embargo, el artículo 121 CE establece que los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley. Esta es la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial que la regula en los artículos 292 a 296.

d) Por último, esta obligación no es de resultado sino solo de medios. De ahí que el mero hecho de que los procedimientos por negligencia médica hayan finalizado de manera desfavorable para la persona afectada no significa en sí mismo que el Estado demandado haya incumplido su obligación positiva en virtud del artículo 2 CEDH.

Por lo tanto, según el TEDH, la obligación del Estado es esencialmente reguladora y solo en situaciones excepcionales puede ser responsabilizado por no proteger el derecho a la vida por actos u omisiones de los prestadores de tratamientos médicos. De hecho, dice el TEDH, cuando un Estado establece un cuadro legal (para el sector público y privado) que garantice elevadas reglas de calidad en la prestación de cuidados sanitarios no se le puede responsabilizar directamente por incumplimiento de sus obligaciones positivas (deber de proteger la vida) en los términos del artículo 2 CEDH por una decisión errónea de un profesional sanitario o una coordinación negligente entre profesionales durante un tratamiento médico.

No obstante, el Estado también tiene el deber de garantizar que ese cuadro legal funcione y sea eficaz, lo que implica tomar medidas para su implementación y supervisión.

De la STEDH del caso *López de Sousa Fernandes c. Portugal* se deduce que la protección de la vida de los pacientes no es una cuestión circunscrita al estricto ámbito médico y hospitalario, sino que concierne al Estado en su más amplio concepto. A su legislación, organización administrativa, la dotación de medios y práctica profesional y, de manera importante a la existencia y correcto funcionamiento del sistema de justicia entendido, igualmente, en sentido amplio.

Por eso, para el TEDH tiene especial relevancia la existencia de un poder judicial independiente y eficaz en la averiguación de los hechos y la depuración de las responsabilidades derivadas de una mala atención médica. De tal modo, que, en ocasiones, aunque no se aprecie la vulneración directa del derecho a la vida o a la integridad personal por parte del Estado, el TEDH condena a este por no ofrecer una respuesta suficiente y en plazo razonable, ya sea debido a la falta o deficiente investigación de los hechos o a la pasividad en la depuración de la responsabilidad de sus presuntos causantes. Ello es corolario de la indicada obligación positiva de los Estados de velar por que el marco legislativo y administrativo establecido para proteger los derechos de los pacientes se aplique

debidamente y se pongan en práctica y castiguen las infracciones. La tarea del TEDH en tales casos es examinar si el Estado ha tenido una respuesta procesal adecuada a la vulneración de los derechos a la vida y a la integridad personal.

No obstante, como se ha visto en el caso *Lopez de Sousa Fernandes c. Portugal*, el TEDH practica la autocontención y solo cuando la situación concreta se revela grave e insostenible declara la violación del derecho.

También es muy comedido con respecto a los efectos derivados de las limitaciones presupuestarias impuestas en las prestaciones de asistencia social, cuidado de ancianos y atención sanitaria, especialmente en materia de concesión de fondos, pues en ese terreno los Estados gozan de un amplio margen de apreciación. Sin embargo, admitido ese principio, tales medidas deben respetar la dignidad de las personas. Así lo apreció el TEDH en el caso *McDonald c. Reino Unido*, de 20 de mayo de 2014, en el que, en un contexto de reducción del gasto público sanitario, se retiró el cuidado nocturno a una anciana con movilidad limitada causada por una discapacidad que le impedía usar sola el inodoro sustituyéndose la atención de una persona por la entrega de pañales y sábanas impermeables. En aquella ocasión, el TEDH, coincidiendo con los tribunales británicos, concluyó que esa medida violaba la dignidad de la Sra. McDonald en contradicción con el artículo 8.1 CEDH.

IV. SUPUESTOS DESTACADOS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH SOBRE LA BUENA REGULACIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LA SALUD Y LA ATENCIÓN SANITARIA

a) Introducción

Son muy numerosos los asuntos conocidos por el TEDH que guardan relación con la salud. Abarcan situaciones de lo más variadas que en muchos casos muestran trazos realmente dramáticos y dolorosos¹⁸. Esa diversidad es la lógica consecuencia del carácter poliédrico del derecho a la salud, que cubre todas las manifestaciones de la existencia humana, y de que la jurisdicción del TEDH se extienda a los 47 Estados signatarios del CEDH entre los que hay enormes

¹⁸ Aunque los ejemplos son numerosos, baste recordar el de Valentín Campeanu, comentado en la nota 15.

diferencias de todo tipo. No solo culturales y religiosas, sino, también, de desarrollo económico y social, con su consiguiente reflejo tanto en la regulación de ciertas situaciones conflictivas, como en la organización y el funcionamiento de sus sistemas de salud.

Obviamente, no es este el momento ni el lugar para abordar un análisis sistemático de la doctrina del TEDH sobre todos esos supuestos, por lo que solamente me ocuparé de los casos que me han parecido más significativos de la doctrina de Estrasburgo de los últimos años. Me referiré, principalmente, a las obligaciones de buena regulación, a la efectiva aplicación de esta y a la capacidad de respuesta de cada Estado. Lo haré con respecto a los que tienen que ver con el nacimiento, el aborto, los derechos reproductivos, los tratamientos forzados, el acceso a medicamentos y tratamientos experimentales y el fin de la vida, especialmente, la eutanasia. Hay otros pendientes de ser resueltos por el TEDH, como es el caso de la vacunación de los niños contra enfermedades muy contagiosas que se consideraban erradicadas sobre los que habrá que estar atentos, dada la importancia y la polémica que están suscitando¹⁹. Igualmente, está de actualidad la problemática de la gestación subrogada, sobre la que el TEDH acaba de emitir su primer dictamen consultivo, pero aquí la cuestión no es tanto de atención sanitaria como de reconocimiento de los derechos de los hijos así procreados y los de sus padres biológicos y de adopción.

Insisto en que los asuntos que tienen que ver con estos aspectos se plantean de manera diversa en función de los Estados dadas las grandes diferencias señaladas. Por ello, la magnitud de las deficiencias que presentan los ordenamientos y los sistemas sanitarios en ciertos países del este de Europa o en Turquía no son comparables con las registradas en los Estados de la Unión Europea. Pero, también en ese entorno más privilegiado, se dan grandes diferencias y se producen de vez en cuando graves violaciones de los derechos relacionados con la salud a causa de regulaciones incompletas e imprecisas o incoherentes y de fallos en la asistencia sanitaria²⁰.

19 Asuntos *Vavříčka c. República Checa* (núm. 47621/13), *Novotná c. República Checa* (núm. 3867/14), *Horných c. República Checa* (núm. 73094/14), *Brožik c. República Checa* (núm. 19306/15) y *Dubský c. República Checa* (núm. 19298/15) y *Roleček c. República Checa* (núm. 43883/15).

20 La conexión con la salud a la que aludimos ha de entenderse, como la estamos tratando a lo largo de este trabajo, en un sentido amplio. Es decir, a la luz de su definición por la Organización Mundial de la Salud como estado de completo bienestar físico, mental y social, y no, solamente, como la ausencia de afecciones o enfermedades. Eso explica que se incluyan en ella

Es evidente, en todo caso, que las preocupaciones son distintas en cada Estado. Así se refleja en la jurisprudencia del TEDH, que es muy cuidadosa cuando están involucradas las cuestiones éticas y busca siempre, también, el equilibrio y la seguridad jurídica en las legislaciones de los Estados que son parte del CEDH. Cuando esta no se da, o no en el grado deseable, aprecia violaciones de uno o más preceptos, normalmente del 8 CEDH y, en ocasiones, también, del 3 CEDH e, incluso, del 2 CEDH.

Veamos algunos ejemplos²¹.

b) Aborto

El TEDH ha mantenido de manera constante la sacralidad de la vida humana y la inviolabilidad de la integridad personal, pero eso no le ha impedido advertir la lesión del derecho a la vida privada del artículo 8 CEDH en supuestos de interrupción voluntaria del embarazo.

1. Fue lo que sucedió en el caso de *A, B y C c. Irlanda*, de 16 de diciembre de 2010²², sobre la aplicación de la excepción a la prohibición del aborto por motivos médicos. Los términos en los que estaba prevista planteaba grandes dificultades en cuanto a la interpretación de si era aplicable a una mujer cuyo embarazo ponía en riesgo su vida a causa del padecimiento de un raro tipo de cáncer. El TEDH, tras examinar la legislación y la práctica nacionales pertinentes, encontró que, a pesar de la existencia de un aborto legal en la teoría, no existía un régimen legislativo o reglamentario de desarrollo que proporcionara en la práctica un procedimiento accesible y efectivo mediante el cual la demandante pudiera determinar si su situación podía entrar en la excepción legal. Su conclusión fue que las autoridades irlandesas no cumplieron con su obligación positiva de garantizarle el respeto efectivo de su vida privada, en violación del artículo 8 CEDH debido a la angustia generada por tan grave incertidumbre.

situaciones en las que ni la vida ni la integridad física estén directamente comprometidas, como la procreación asistida o, en algunos supuestos, el aborto.

21 No servimos, nuevamente, del Informe temático del TEDH de 2015 y de las fichas de su gabinete de prensa sobre asuntos más recientes tal y como señalamos en la nota 13.

22 Ver REY MARTÍNEZ, Fernando, “¿Es el aborto un derecho en Europa? Comentario de la sentencia “A, B y C v. Irlanda”, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Año 9, N.º. 2, 2011, pp. 743-752.

2. Otro ejemplo similar es del asunto *Tysiqc c. Polonia*, de 20 de marzo de 2007, ya citado, en el que una mujer solicitó un aborto debido al daño que su embarazo podía causarle a su vista. Sin embargo, no pudo cumplir con el requisito legal de obtener certificados de dos médicos diferentes que confirmaran que su embarazo podría poner en peligro su salud. En este caso el TEDH determinó que, debido a la falta de garantías procesales, no se había demostrado que la legislación nacional, tal como se aplicó en el caso de la demandante, contuviera ningún mecanismo efectivo capaz de determinar si se habían cumplido las condiciones para obtener un aborto legal, en violación de la obligación positiva del Estado en virtud del artículo 8 CEDH.

3. En *In R. R. c. Polonia*, de 26 de mayo de 2011, el problema tampoco fue de regulación sino de su deficiente y tardío cumplimiento. Se trataba de una posible malformación fetal advertida en una ecografía realizada durante la decimotercera semana de embarazo de la que se informó a la interesada que, inmediatamente, expresó su deseo de abortar si el diagnóstico se confirmaba a través de la amniocentesis. Sin embargo, esta no se pudo practicar hasta la vigésima tercera semana de embarazo, tras la repetida negativa a recomendarla de una serie de médicos. Dos semanas más tarde, la demandante recibió los resultados que confirmaban que el feto sufría del *síndrome de Turner*, pero ya era demasiado tarde para que ella pudiera abortar legalmente.

El TEDH apreció la violación del artículo 3 CEDH, pese a que la legislación polaca impone inequívocamente una obligación al Estado de garantizar el acceso sin obstáculos a la información y pruebas prenatales en caso de sospecha de trastorno genético o problemas de desarrollo del feto. Tampoco fue suficiente que los médicos tuvieran la obligación legal de proporcionar a los pacientes toda la información necesaria sobre sus casos y que los pacientes tuvieran reconocido el derecho a una información completa sobre su salud. Lo determinante fue que, a pesar de todo ello, la tardanza de los profesionales de la salud tuvo como consecuencia que la mujer debió soportar seis semanas de incertidumbre sobre la salud de su feto y, cuando obtuvo los resultados de las pruebas, ya era demasiado tarde para que la información sirviera para nada.

4. Es distinto, por último, el caso *P. y S. c. Polonia*, de 30 de octubre de 2012, en el que no había ninguna duda en cuanto a la concurrencia del supuesto que permitía abortar conforme a la legislación polaca,

pero se produjo con una fuerte resistencia de los anti-abortistas que trataron de impedir que una menor de 14 años de edad, víctima de violación, que deseaba interrumpir su embarazo fuera atendida. Los hospitales públicos locales no solo se negaron a practicar el aborto, sino que, también, emitieron un comunicado de prensa confirmando su decisión. A partir de entonces, la menor tuvo que soportar la campaña de varios grupos, incluidos profesionales médicos, periodistas, sacerdotes y activistas en contra del aborto. Finalmente, tras quejarse su familia ante el Ministerio de Salud, pudo abortar en otro hospital a unos 500 kilómetros de su casa.

El TEDH observó que, a pesar de su gran vulnerabilidad y de que la violación estaba confirmada mediante un certificado de la Fiscalía, la menor fue sometida a una presión insoportable y no se le prestó la debida atención a su corta edad ni a sus opiniones y sentimientos. La conducta de las autoridades se distinguió por la dilación, la confusión y la falta de asesoramiento e información adecuados y objetivos. Todo lo anterior llevó al TEDH a concluir que se había violado el artículo 3 CEDH, así como del artículo 8 CEDH debido a la divulgación de sus datos personales y médicos y de las dificultades para poder abortar.

El repaso de estos casos permite observar que el TEDH evita pronunciarse a favor o en contra del aborto y que se centra en el examen de la congruencia de su regulación y de la aplicación de la legislación nacional sobre esta delicada cuestión, sea esta la que sea.

c) Pruebas prenatales²³

Aquí entramos en asuntos que se dan especialmente en países avanzados en los que el desarrollo científico y tecnológico ofrece más posibilidades a las personas en los que interesa destacar los problemas que afectan a la forma de regularlos y a los derechos que implican.

1. Un ejemplo de regulación incoherente es el que puso de manifiesto el asunto *Costa y Pavan c. Italia*, de 28 de agosto de 2012. Se trataba de dos portadores sanos de fibrosis quística que quisieron acceder a técnicas de procreación con asistencia médica para que sus embriones se examinasen antes de la implantación. En Italia, sin embargo, la procreación

²³ Ver CANOSA USERA, Raúl, *El derecho ...* ob. cit. pp. 163 y ss.

con asistencia médica estaba disponible solo para parejas estériles o en las que el hombre tuviera una enfermedad viral de transmisión sexual. La exploración de embriones estaba totalmente prohibida. El TEDH consideró que la legislación italiana era contradictoria ya que prohibía la selección de embriones no infectados para su implantación, pero, simultáneamente, permitía el aborto de un feto infectado. En consecuencia, consideró desproporcionada la injerencia en el derecho de los solicitantes al respeto de su vida privada y familiar.

2. En cambio, en el caso de *S.H. c. Austria*, de 3 de noviembre de 2011, el TEDH estimó que la regulación existente en ese país se adecuaba a las exigencias de su jurisprudencia. En él los solicitantes eran dos parejas casadas que deseaban recurrir a la técnica heteróloga de fertilización *in vitro* (FIV) utilizando gametos de donantes. La Ley de Procreación Artificial de Austria prohibía el uso de espermatozoides de un donante para el tratamiento FIV y la donación de óvulos en general. Pese a esta prohibición, el TEDH dio importancia al hecho de que la legislación austriaca no había descartado completamente la procreación artificial, ya que había permitido el uso de técnicas homólogas. Además, había tratado de evitar posibles conflictos entre padres biológicos y genéticos en el sentido más amplio al tratar de conciliar, por un lado, el deseo de hacer disponible la procreación con asistencia médica y, por el otro, la inquietud existente entre grandes sectores de la sociedad sobre el papel y las posibilidades de la medicina reproductiva moderna. El hecho de que la ley austriaca prohibiera la donación de espermatozoides y óvulos con el propósito de la fertilización *in vitro* sin proscribir al mismo tiempo la donación de espermatozoides para la fertilización *in vivo* fue otra cuestión importante para apreciar el equilibrio de los intereses respectivos, ya que mostró el enfoque cuidadoso y cauteloso adoptado por la legislación en la búsqueda de la conciliación de realidades sociales. En conclusión, el Estado no había excedido el amplio margen de apreciación otorgado en el momento pertinente.

3. Un supuesto distinto, es el de *Evans c. Reino Unido*, de 10 de abril de 2007, ya que no se refiere a cuestiones de regulación sino de ponderación y equilibrio entre los derechos de los miembros de una pareja y del necesario consentimiento para utilizar óvulos fertilizados. En este asunto, la demandante, que tuvo que extirparse los ovarios debido a un cáncer, había almacenado sus óvulos fertilizados por su pareja para su futura inseminación. El problema se produjo con

motivo de la ruptura de la relación entre ambos ya que el ex compañero retiró su consentimiento para el almacenamiento continuo y la implantación de los embriones. La demandante se quejó de que la legislación nacional había permitido que su ex pareja le impidiera tener un hijo biológico.

El TEDH señaló que mantener los embriones humanos en almacenamiento congelado implicaba la existencia de un lapso temporal entre la creación del embrión y su implantación. Por lo tanto, era legítimo y deseable que un Estado estableciera una legislación que tuviera en cuenta esa posibilidad de demora. Cuando aceptó que todos sus óvulos fueran fertilizados con el espermatozoides de su ex pareja, la mujer sabía (o debería saber) que esta tendría la libertad de retirar su consentimiento a la implantación en cualquier momento. Dado el amplio margen de apreciación otorgado al Estado demandado, el TEDH no consideró que el derecho de la demandante a que se respetara su decisión de tener un hijo debiera tener mayor peso que el derecho de su ex pareja de respetar su decisión de no tenerlo.

5. El TEDH también ha considerado cuestiones de procreación con asistencia médica con respecto a personas en prisión en las que se planteaba la conformidad de la política seguida por el Estado y los límites del margen de apreciación de este que implica la completa omisión del test de proporcionalidad.

Así, en *Dickson v. Reino Unido*, de 2 de diciembre de 2007, los recurrentes deseaban concebir un hijo mientras el marido todavía estaba cumpliendo una pena de prisión. Solicitaron instalaciones de inseminación artificial, argumentando que, en otro caso, la concepción no sería posible teniendo en cuenta la fecha de liberación más temprana posible del marido y la edad de su esposa (ella tenía 49 años en ese momento). Su demanda fue, sin embargo, rechazada. El TEDH sostuvo que en esta cuestión los Estados gozaban de un amplio margen de apreciación, ya que aún no se había interpretado que del CEDH se dedujera una obligación de prever las visitas conyugales como la solicitada. Sin embargo, advirtió que la política establecida en aquél momento excluía efectivamente cualquier ponderación real de los intereses individuales y públicos en presencia e impidió la evaluación requerida de la proporcionalidad de una restricción que era necesariamente individual. La ausencia de tal evaluación quedaba fuera de cualquier margen aceptable de apreciación, de modo que no se había logrado un equilibrio justo entre los intereses públicos y privados en conflicto.

d) Acceso a tratamientos experimentales

El TEDH ha declarado en varios asuntos que el artículo 2 CEDH no incluye el derecho de los pacientes que no tengan cura a recibir tratamientos experimentales no homologados en su país que sí se administran en el extranjero. Entiende que esta cuestión queda dentro del margen de apreciación de los Estados y, por lo tanto, de la correcta aplicación por estos de la ponderación de los bienes jurídicos en juego²⁴.

1. En *Hristozov y otros c. Bulgaria*, de 13 de noviembre de 2012, diez personas enfermas de cáncer alegaron que se les había negado el acceso a un fármaco experimental que no estaba autorizado en su país, pero sí en otros. La legislación búlgara establecía que dicha autorización sólo podía darse cuando el medicamento en cuestión hubiera sido autorizado en otro Estado. Sin embargo, ese no era el caso del que ellos pedían que, aunque había sido permitido para el “uso compasivo” en varios países, no había sido autorizado oficialmente en ninguno, razón por la que las autoridades búlgaras rechazaron la solicitud.

El TEDH sostuvo que no se había violado el artículo 8 CEDH pues, aunque observó una tendencia en los Estados europeos a permitir, en condiciones excepcionales, el uso de esa clase de medicamentos, no existía una regulación suficientemente asentada y precisa sobre la utilización de dichos productos. Además, el TEDH consideró que no se había violado el artículo 2 (derecho a la vida) y que en este caso tampoco se había vulnerado el artículo 3 (prohibición de la tortura y de trato inhumano o degradante) del Convenio.

2. El asunto *Durisotto c. Italia*, de 6 de mayo de 2014, se refería a la negativa de los tribunales italianos a autorizar a la hija del demandante a someterse a una terapia compasiva (tratamiento experimental conocido como método de “aguante”) para tratar su enfermedad cerebral degenerativa. La terapia se sometió a ensayos clínicos y la legislación italiana sujetó su administración a criterios restrictivos. La demandante alegó que esa regulación había introducido una discriminación en el acceso a la atención entre las personas que ya habían comenzado el tratamiento antes de la entrada en vigor del Decreto y aquellos que – como su hija – no estaban en esa situación.

²⁴ Ver FERNÁNDEZ PIEDRALBA, E., GARCÍA ESTEBAN, N., CABO PÉREZ, P., “La bioética en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.”. *Revista Derecho y Salud*. XV Congreso, Vol. 26 E., pp. 203-209.

El TEDH declaró la inadmisibilidad de la solicitud (manifiestamente infundada) en virtud del artículo 8 CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar) y en virtud del artículo 14 CEDH (prohibición de discriminación) adoptada en relación con el artículo 8 CEDH. Se basó en que un Comité científico creado por el Ministerio de salud italiano había emitido un dictamen negativo sobre el método terapéutico en cuestión y que, por lo tanto, no se había establecido el valor científico de la terapia. Por otra parte, constató que la injerencia en el derecho al respeto de la vida privada de la hija del demandante, representada por la negativa a conceder la solicitud de tratamiento médico, podría considerarse necesaria en una sociedad democrática. Finalmente, aun suponiendo que la hija se encontraba en una situación comparable a la de las personas a las que se había dado acceso al medicamento, se trataba de una situación excepcional.

3. Se puede mencionar, también, el asunto *A. M. y A. K. c. Hungría*, de 4 de abril de 2017, en el que el TEDH rechazó la pretensión de que, al amparo del artículo 8 CEDH, se administraran medicamentos basados en cannabis bajo la infundada alegación de que la legislación húngara fuera oscura y creara inquietud en los médicos que la prescribieran.

e) El fin de la vida, especialmente, la eutanasia

Sin lugar a dudas, este es un problema de gran actualidad que, como los que hemos visto sobre las pruebas prenatales se dan normalmente en sociedades más prósperas en las que sus sistemas de salud hacen posible mantener la vida de personas que han quedado o pueden quedar en un estado vegetativo y sufrir grandes dolores y sufrimiento²⁵.

²⁵ Ver REY MARTÍNEZ, Fernando, *Eutanasia y derechos fundamentales*. Tribunal Constitucional y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008. Del mismo autor, ver “La protección jurídica de la vida: un derecho en transformación y expansión”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Año 7, N.º. 1, 2009, pp. 331-360 y en *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. GARCÍA ROCA, Javier y SANTOLAYA MACHETTI, Pablo (Coords.) 3ª ed. CEPC, Madrid, 2014, pp. 57-84. Asimismo “¿El derecho a la vida es un derecho disponible por parte de su titular?” en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, N.º. 79, 2019 (Ejemplar dedicado a: ¿Derecho a la vida? ¿Derecho a la muerte?), pp. 28-35. CAÑAMARES ARRIBAS, Santiago, “La reciente jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo y del Tribunal Supremo de Canadá en relación con el derecho a la muerte digna” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 108 septiembre-diciembre, 2016, pp. 337-356. BOUAZZA ARIÑO, Omar, “La salud en la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Revista Derecho y Salud*, Vol. 25, núm. 2, julio-diciembre 2015, pp. 138-143.

1. Uno de los más conocidos es el de *Pretty c. Reino Unido*, de 29 de abril de 2002, ya citado, que se refiere a una mujer que se encontraba en una fase terminal de esclerosis lateral amiotrófica (ELA), una enfermedad neurodegenerativa incurable que causa parálisis muscular. Su deseo era poder elegir el momento y la forma de morir debido al hecho de que esta fase terminal de la enfermedad le provocaría sufrimiento y pérdida de dignidad. La enfermedad de la demandante le impedía suicidarse por sí misma, por lo que su voluntad era poder contar con la ayuda de su marido para ello. Sin embargo, si bien la ley inglesa no consideraba el suicidio como un delito, sí lo era ayudar a otros a cometerlo. Por ello, la demandante se quejó de la negativa de las autoridades a asumir el compromiso de no procesar a su esposo en el caso de que éste la ayudara a morir.

El TEDH consideró que no hubo violación del artículo 2 (derecho a la vida) del CEDH, toda vez que este derecho no podía interpretarse, salvo que se distorsionara el lenguaje de manera diametralmente opuesta, de forma que confiriera el derecho a morir. El TEDH también concluyó que no hubo violación del artículo 3 (prohibición de tratos inhumanos o degradantes) del CEDH. Comprendía el temor de la demandante de tener que enfrentarse a una dolorosa muerte sin la oportunidad de poder poner fin a sus días como ella deseaba. Sin embargo, el argumento de la demandante sobre la existencia de una obligación positiva por parte del Estado habría requerido a éste autorizar acciones destinadas a interrumpir la vida, obligación que no se puede deducir del artículo 3. El TEDH concluyó que no se habían violado los artículos 8 (derecho al respeto de la vida privada), 9 (libertad de conciencia) y 14 (prohibición de discriminación) del Convenio.

2. El caso *Haas c. Suiza*, de 20 de enero de 2011, planteó la cuestión de si, en virtud del derecho al respeto de la vida privada, el Estado tenía el deber de asegurar que una persona enferma que deseara acabar con su existencia tuviera acceso a una sustancia letal (pentobarbital sódico) sin que se le exigiera prescripción médica y a que no se le aplicara la ley suiza que le impedía suicidarse sin dolor y sin riesgo de fracaso. El demandante, que desde hacía veinte años sufría un grave trastorno afectivo bipolar y consideraba que por este motivo no podía vivir de manera digna, argumentó que su derecho a poner fin a sus días de manera segura y digna no fue respetado en Suiza debido a los requisitos exigidos - que él no cumplía - para obtener la sustancia en cuestión.

El TEDH no apreció ninguna violación del artículo 8 CEDH (derecho al respeto de la vida privada) y entendió que, incluso suponiendo que los Estados tuvieran la obligación positiva de adoptar medidas para facilitar el suicidio, garantizando la dignidad de la persona, las autoridades suizas no incumplieron esta obligación en el presente caso. En particular, el TEDH observó la falta de consenso entre los Estados miembros del Consejo de Europa sobre el derecho de las personas a elegir cuándo y cómo morir. A pesar de que el suicidio asistido había sido despenalizado (al menos parcialmente) en algunos Estados miembros, la gran mayoría de ellos parecían dar más peso a la protección del derecho a vida que al (posible) derecho a ponerle fin. El TEDH concluyó al respecto que los Estados disponían de un amplio margen de apreciación en estos casos.

Aunque el TEDH admitió que el demandante podía haber deseado suicidarse de una manera segura, digna y sin dolor, también estimó que el requisito impuesto por la ley suiza de poseer una receta médica para obtener pentobarbital sódico tenía un propósito legítimo, esto es, proteger a cualquier persona de la toma de una decisión apresurada, así como prevenir el abuso y los riesgos inherentes a un sistema que facilita el acceso al suicidio asistido, los cuales no debían ser infravalorados en la medida que puedan incitar a su utilización inmoderada.

Para el TEDH el requisito de la prescripción médica, emitida sobre la base de un examen pericial psiquiátrico exhaustivo, era un medio para satisfacer la obligación de los Estados de poner en marcha un procedimiento capaz de garantizar que la decisión de cometer un suicidio correspondiera con la voluntad de esa persona. En relación con la cuestión de si el demandante pudo tener o no un acceso efectivo a la pericial médica que habría permitido la obtención de pentobarbital sódico (de lo contrario, su derecho a elegir el momento y la manera de morir habría sido teórico e ilusorio), al TEDH no le convenció la teoría del demandante de que le había sido imposible encontrar un especialista dispuesto a asistirle, como él pretendía.

3. En *Koch c. Alemania*, de 20 de julio de 2012, la esposa del demandante, tetrapléjica, pidió infructuosamente en 2004 autorización al Instituto Federal de Productos Farmacéuticos y Médicos para obtener una dosis letal del medicamento que le habría permitido suicidarse en su domicilio en Alemania. El demandante y su esposa interpusieron un recurso administrativo que fue desestimado. En febrero de

2005, ambos fueron a Suiza donde la esposa del demandante se suicidó con la ayuda de una asociación. En abril de 2005, el demandante interpuso una acción con el objeto de que se declarara ilegal la decisión del Instituto Federal. El Tribunal Administrativo, el Tribunal de Apelación y el Tribunal Constitucional Federal declararon inadmisibles todos sus recursos. El demandante argumentó que la negativa de la justicia alemana de entrar en el fondo de su petición había infringido su derecho al respeto a su vida privada y familiar.

El TEDH, teniendo en cuenta la relación excepcionalmente cercana entre el demandante y su esposa, así como su participación directa en el cumplimiento del deseo de ésta de acabar con su vida, consideró que el demandante había resultado directamente afectado por la negativa a autorizar la adquisición de una dosis letal del medicamento en cuestión y concluyó que hubo una violación de los derechos procesales del demandante, previstos en el artículo 8 CEDH por la denegación de la justicia alemana de examinar el fondo del asunto. En cuanto al componente material de la queja, el TEDH dictaminó que era competencia de la jurisdicción alemana examinar el fondo de la demanda, especialmente teniendo en cuenta que no existía ningún consenso entre los Estados miembros del Consejo de Europa sobre la cuestión relativa a la autorización o prohibición de cualquier forma de suicidio asistido.

4. El caso *Gross c. Suiza*, de 30 de septiembre de 2014 (Gran Sala), versaba sobre una persona mayor que deseaba poder fin a su vida y que, sin embargo, no sufría ninguna patología clínica concreta. Alegaba que no había podido obtener la autorización necesaria por parte de las autoridades suizas para poder obtener una dosis letal del medicamento necesario para suicidarse y que, por tal motivo, las autoridades suizas violaron el artículo 8 CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar) al negarle su derecho a decidir con qué medios y en qué momento de su vida podría cometer el suicidio.

En la Sentencia de Sala de 14 de mayo de 2013, el TEDH concluyó, por mayoría, que existió una violación del artículo 8 CEDH porque la legislación suiza no definía claramente las condiciones específicas en las que el suicidio asistido estaba permitido.

El Gobierno suizo recurrió ante la Gran Sala que declaró inadmisibles la queja de la Sra. Gross, al conocer que esta, que había fallecido en noviembre de 2011, había dispuesto las cosas para ocultar

su muerte a su abogado y al TEDH. Una conducta que fue considerada fraudulenta por el TEDH que al acordar la inadmisibilidad dejó sin firmeza la STE-DH de 2013²⁶.

5. El caso *Lambert y otros c. Francia*, de 5 de junio de 2015 (Gran Sala), es muy conocido. De hecho, volvió a ser noticia a mediados de mayo de 2019 hasta su desenlace en el mes de julio con el fallecimiento de Vincent Lambert tras retirársele el tratamiento que le mantenía con vida.

Trata de un complejo asunto en el que los demandantes fueron los padres, el hermanastro y la hermana de Vincent Lambert quien, víctima de un accidente de tráfico en 2008, sufrió un traumatismo craneal que le dejó tetrapléjico y requirió un tratamiento permanente de alimentación e hidratación artificial sin posibilidad alguna de curación o restablecimiento. Aunque no existía ningún documento que lo acreditara fehacientemente, su esposa y su hermano sostuvieron que Vincent Lambert les había manifestado que si se llegara a encontrar en una situación como aquella no quería que se prolongara su vida artificialmente. En tales circunstancias, se inició el procedimiento previsto en la Ley francesa de 22 de abril de 2005 para autorizar la suspensión del tratamiento cuando el paciente se encuentre en un estado irreversible de inconsciencia o haya perdido su autonomía de manera igualmente irreversible evitando, así, que el mantenimiento artificial de la vida responda exclusivamente a una obstinación terapéutica irrazonable y se pueda preservar la dignidad de aquél aplicándole en todo caso los cuidados paliativos necesarios para que no sufra dolor.

El asunto llegó al *Conseil d'État* que, ante la dificultad del caso y asegurar plenamente el cumplimiento de los requisitos exigidos en la citada ley, entre ellos la emisión de un informe médico que acreditara la irreversibilidad del estado de la persona afectada, recabó otro de médicos expertos de reconocido prestigio en neurociencia e invitó a la Academia Nacional de Medicina, al Comité Nacional Asesor de Ética, al Consejo Médico Nacional y al ponente de

²⁶ El Tribunal llegó a la conclusión de que la demandante había querido inducir a error respecto a una cuestión relativa al fondo de su queja principal, ya que había tomado precauciones específicas para que la noticia de su muerte no fuera revelada ni a su abogado ni al Tribunal y evitar que este último pudiera declarar finalizado el procedimiento. Por lo tanto, el Tribunal consideró que el comportamiento de la demandante había constituido un abuso del derecho de demanda individual (artículo 35 §§ 3) y 4 del Convenio. Como resultado de esta sentencia, las conclusiones de la Sala en la de 14 de mayo de 2013, las cuales nunca llegaron a ser firmes, perdieron toda su validez jurídica.

la Ley de 22 de abril de 2005 a para que precisaran los conceptos de “obstinación irrazonable” y de “mantenimiento artificial de la vida”. Los informes y las opiniones solicitadas confirmaron el diagnóstico del médico de Vincent Lambert. Asimismo, el *Conseil d'État* dio credibilidad al testimonio de su esposa y de uno de sus hermanos sobre la voluntad de no alargar artificialmente su vida en una situación como esa y dictó su Sentencia de 24 de junio de 2014 en la que declaró conforme con la ley la suspensión del suministro de alimentación e hidratación artificial. Esta decisión fue impugnada ante el TEDH por los demandantes que sostuvieron que la suspensión sería contraria a las obligaciones positivas que tiene el Estado con respecto al artículo 2 CEDH.

El TEDH concluyó que la ejecución de la sentencia del *Conseil d'État* no era contraria al CEDH, debido a la falta de consenso entre los Estados miembros del Consejo de Europa en lo que respecta a la suspensión de tratamientos que alargan la vida artificialmente. En ese contexto, concretamente el concerniente al final de la vida, a los Estados se les ha de conceder un cierto margen de apreciación. El TEDH consideró que los preceptos de la ley de 22 de abril de 2005, tal como habían sido interpretados por el *Conseil d'État*, constituían un marco jurídico suficientemente claro para regular con precisión las decisiones tomadas por médicos en casos como el presente.

El TEDH era plenamente consciente de la importancia que revestían los hechos planteados en ese caso ya que afectaban a cuestiones especialmente complejas, tanto desde el punto de vista jurídico como médico y ético. Refiriéndose a sus circunstancias concretas, reiteró que la competencia para verificar si la decisión de suspender el tratamiento era compatible o no con la legislación nacional y el CEDH y para establecer cuál era la voluntad del paciente de acuerdo con la legislación nacional, recaían principalmente en las autoridades nacionales siempre que, además, existiera la posibilidad de recurso jurisdiccional cuando se discutiese sobre la mejor decisión a tomar en interés del paciente.

La competencia del TEDH consistía en examinar si el Estado había cumplido con sus obligaciones positivas derivadas del artículo 2 CEDH. Su conclusión fue que, tanto la interpretación que hacía el *Conseil d'État* del marco jurídico de las leyes nacionales, como el proceso que condujo a su decisión, llevado meticulosamente, eran compatibles con las exigencias del Artículo 2 CEDH.

Según el TEDH, el caso había sido examinado en profundidad, pues todas las opiniones habían sido expresadas y todos los aspectos debidamente considerados a la luz del detallado informe médico aportado, así como las observaciones generales que habían hecho las más altas autoridades médicas y éticas al respecto. También, estimó que, aunque no existiera prueba fehaciente de la voluntad del paciente, el detallado testimonio de su esposa en que se indicaban las fechas en las que su marido había hecho sus repetidos comentarios sobre su deseo de morir, confirmado por uno de sus hermanos, no habían sido contradichos por los demandantes. Asimismo, además del escrutinio médico y de este testimonio al que se dio credibilidad, se había superado el control judicial a través de una revisión completa de la legalidad de la decisión como consecuencia de la interposición de un recurso efectivo y con todas las garantías.

V. SENTENCIAS PILOTO

Según el TEDH, muchos de los 150.000 asuntos que están pendientes ante el TEDH pertenecen a la categoría de “casos repetitivos” porque tienen su origen en una misma disfunción de un Estado.

Para resolverlos, el TEDH ha adoptado el procedimiento de la sentencia piloto²⁷, que consiste en una técnica que identifica los problemas estructurales que subyacen a dichos casos e impone a los Estados la obligación de resolverlos, indicándoles claramente el tipo de medidas correctivas necesarias que han de adoptar y les concede un plazo para que las pongan en marcha. Para ello, cuando recibe diversos recursos que presentan un mismo problema central, el TEDH puede seleccionar uno o más de ellos para darles un tratamiento prioritario mediante este procedimiento piloto.

Una de sus características fundamentales es la posibilidad de que el TEDH suspenda o “congele” por un determinado plazo el trámite de los procesos relacionados entre sí, con la condición de que el Estado demandado actúe con celeridad en la adopción de las medidas requeridas para cumplir con las exigencias impuestas por la sentencia. Asimismo, el TEDH puede reanudar el examen de los casos suspendidos cuando los intereses de la justicia así lo requieran.

27 Ver QUERALT JIMÉNEZ, Argelia, “Las sentencias piloto como ejemplo paradigmático de la transformación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 42 (2018), pp. 395-424.

Los objetivos que se persiguen con las sentencias piloto son los siguientes:

1. Asistir a los 47 Estados europeos que ratificaron la CEDH en la resolución de problemas sistémicos o estructurales a nivel interno;
2. Brindar la posibilidad de un resarcimiento más rápido a los particulares interesados, y
3. Contribuir a afrontar el volumen existente de trabajo con mayor eficiencia y diligencia reduciendo el número de casos semejantes que deben examinarse en detalle.

La primera sentencia piloto fue el caso *Broniowski c. Polonia*, de 22 de junio de 2004, que versaba sobre un asunto relativo al derecho de propiedad que afectaba a miles de personas²⁸.

Entre las sentencias piloto importantes dictadas por el TEDH que afectan de un modo u otro a la atención sanitaria cabe citar varias por tratos inhumanos y degradantes (violación del artículo 3 CEDH) que se refieren a las pésimas condiciones en las que se encontraban muchas personas recluidas en prisiones, a la falta de atención psiquiátrica de algunos presos que la necesitaban y a la carencia de recursos efectivos para remediar esas situaciones.

1. Así, en el caso *Ananyev y Otros c. Rusia*, de 10 de junio de 2012, el problema estructural recurrente afectaba al sistema penitenciario caracterizado por la falta de espacio en las celdas, la escasez de lugares para dormir, el acceso limitado a la luz y al aire fresco y la ausencia de privacidad en el uso de los sanitarios. A ello se sumaba la carencia de un recurso efectivo (artículo 13 CEDH). Las demandas por estos motivos habían dado lugar a más de 80 SSTEDH desde el año 2002 y existían otros 250 casos similares pendientes.

²⁸ En esa fecha alrededor del 60% de los fallos emitidos por el Tribunal se referían a casos repetitivos o solicitudes rutinarias que estaban bien fundadas. La mayor parte de las demandas tenían su origen en un número limitado pero importante de problemas de derechos fundamentales estructurales o sistémicos que se concentraban en unos pocos estados (principalmente nuevos Estados miembros del Consejo de Europa). A fines de 2018, más de 15,000 solicitudes repetitivas estaban pendientes de examen ante el Tribunal. Hasta enero de 2019, el Tribunal ha dictado 28 sentencias piloto.

Sobre las sentencias piloto, ver https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Pilot_judgments_ENG.pdf y https://www.echr.coe.int/Documents/Pilot_judgment_procedure_ENG.pdf. El procedimiento piloto está claramente regulado desde que, en marzo de 2011, el TEDH modificó el artículo 61 de su Reglamento, codificando el procedimiento preexistente para el dictado de este tipo de sentencias y estableciendo un claro marco regulatorio para las mismas.

El TEDH impuso unas medidas exigiendo a las autoridades rusas, en cooperación con el Comité de Ministros, la presentación, en un plazo vinculante de seis meses a partir de la fecha en que la sentencia quedase firme, para poner en marcha medidas preventivas y compensatorias para las acusaciones de violación del artículo 3 CEDH.

Dado que el derecho a no ser tratado de manera inhumana o degradante es fundamental, el TEDH decidió no suspender el examen de aquellos recursos semejantes que se encontraban pendientes.

2. En *Torreggiani y otros c. Italia*, de 8 de enero de 2013, el problema fue la naturaleza estructural y sistémica del hacinamiento en las cárceles italianas. Adquirió tal dimensión, que fue objeto de la declaración del estado de emergencia emitida por el Primer Ministro italiano en 2010. La adopción de reformas legales para solventar el problema que incluyeran la posibilidad de interponer recursos eficaces fue suficiente para entender que el problema podría quedar zanjado.

Otros asuntos similares de falta de recursos efectivos frente a las condiciones de detención e internamiento son los de *Neshkov y Otros c. Bulgaria*, de 27 de junio de 2015 y *Varga y Otros c. Hungría*, de 10 de marzo de 2015.

3. El asunto *W.D. c. Bélgica*, de 6 de septiembre de 2016, puso de manifiesto la deficiencia estructural específica del internamiento psiquiátrico belga que afectaba a un gran número de personas. De hecho, había unas cuarenta demandas contra Bélgica pendientes ante el TEDH que alegaban la violación del artículo 3 CEDH (prohibición de tratos inhumanos o degradantes) y/o el artículo 5. 1 y 4 CEDH (derecho a la libertad y seguridad/derecho a una revisión rápida de la legalidad de detención) debido a al ingreso continuado de los delincuentes con trastornos mentales en varias cárceles belgas sin el tratamiento adecuado y sin ningún recurso capaz de proporcionar una reparación. La medida solicitada por el TEDH fue organizar el sistema de tal manera que se respetara la dignidad de esas personas. En concreto, el TEDH alentó a Bélgica a tomar decisiones precisas para reducir el número de delincuentes con trastornos mentales que fueran objeto de internamiento psiquiátrico sin recibir tratamiento adecuado, a través de la redefinición de los criterios de aplicación de esa medida en la línea prevista por la reforma legislativa en curso en Bélgica. El TEDH acogió con satisfacción el objetivo, ahora consagrado en la ley, de proporcionar

apoyo terapéutico a dichas personas con vistas a su reintegración en la sociedad. El TEDH otorgó a Bélgica un período de dos años para remediar la situación general y decidió suspender el procedimiento en todos los casos similares durante ese plazo con efecto a partir de la fecha en que la sentencia fuera firme.

Como puede verse, aunque un buen número de las sentencias piloto se han dictado en asuntos provenientes de los países del este europeo, también afectan a otros como Grecia, Italia, Bélgica, el Reino Unido o Alemania. Por lo tanto, no hay ningún Estado que esté completamente a salvo de ser objeto de un procedimiento de esta naturaleza ni de que el TEDH declare un déficit estructural de cualquiera de los servicios públicos y ordene la adopción de medidas de alcance general, en lo que a nosotros nos interesa ahora, en la atención sanitaria. Un riesgo que un país serio y responsable, comprometido con los mandatos constitucionales de asegurar una digna calidad de vida y, por ello de la protección de la salud, no puede minusvalorar sin caer en un descrédito inadmisibles, pues una cosa es que pueda ser condenado por violaciones aisladas y ocasionales y otra, cualitativamente distinta, que lo sea por deficiencias sistémicas. Sin el primer caso, la corrección será, en principio, más sencilla y podrá llevarse a cabo con cierta discreción, en el segundo, el problema adquirirá una enorme dimensión externa e interna que podrá tener importantes consecuencias tanto en el ámbito social como en el político.

Por eso, cuando los Estados vayan a adoptar cualquier medida en materia de salud, ya sea en el plano legislativo, presupuestario, de organización o de funcionamiento del sistema, que afecte a la cobertura que ofrezcan, a la calidad de los servicios y a los recursos que puedan interponerse por los usuarios, han de tener muy presente no solo la doctrina del TEDH sino, también, que, de multiplicarse las quejas sobre las disfunciones o carencias que esas medidas puedan generar, aumentarán las posibilidades de que sean llevados a Estrasburgo para dar cuenta de ellas.

Por eso tiene razón QUERALT JIMÉNEZ cuando observa que la principal consecuencia de la sentencia piloto es la renacionalización de la tutela de los derechos, esto es, hacer que el Estado parte cumpla las obligaciones del artículo 1 CEDH y asuma la correcta protección de los derechos vulnerados.

Esta dinámica implica, además, -continúa la autora citada- que la fase de supervisión del cumplimiento de la sentencia adquiere una relevancia enorme.

El Comité de Ministros asume la responsabilidad de lograr que el Estado infractor adopte las medidas necesarias para que pueda producirse la efectiva renacionalización de la tutela de los derechos. Esta tarea no es, ni mucho menos sencilla y requiere no solo de técnica, sino también de altas dosis de diplomacia. Y, claro, exige tiempo, un tiempo que corre en contra de los individuos que siguen viendo vulnerados sus derechos, en una situación en la que el Tribunal, digámoslo así, ya ha declarado todo lo que podía declarar respecto de la compatibilidad del sistema doméstico con el estándar europeo. Por estos motivos -concluye QUERALT JIMÉNEZ- la dinámica de devolver al ámbito doméstico la tutela de los derechos debe ser prioritaria e indispensable²⁹.

VI. DICTÁMENES CONSULTIVOS

La última novedad dentro del sistema del CEDH es la llamada cuestión de convencionalidad³⁰, una especie de cuestión prejudicial introducida por el Protocolo n° 16 del CEDH³¹ mediante la que los altos

29 QUERALT JIMÉNEZ, Argelia, ob. cit., p. 423.

30 Ver CANOSA USERA, Raúl, *El control de convencionalidad*, Navarra, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2015.

31 El día 1 de agosto de 2018, entró en vigor el Protocolo n° 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, que es operativo, en los 10 Estados miembros que lo han firmado y ratificado: Albania, Armenia, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Lituania, San Marino, Eslovenia y Ucrania.

El Protocolo n° 16 permite a los Altos Tribunales según lo especificado por los Estados miembros concernidos, solicitar al TEDH que emita opiniones consultivas sobre cuestiones de principio relativas a la interpretación o a la aplicación de los derechos y libertades definidos en el Convenio o sus Protocolos. Estas opiniones consultivas, que serán emitidas por la Gran Sala, serán motivadas y no vinculantes. Las solicitudes de opiniones consultivas se realizarán en el marco de asuntos que estén en trámite ante la jurisdicción nacional. El TEDH dispondrá de la facultad discrecional de aceptar o no tal solicitud.

El Presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Guido Raimondi ha declarado: "La entrada en vigor del Protocolo n° 16 va a fortalecer el dialogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los órganos jurisdiccionales nacionales de mayor rango. Es una etapa fundamental en la historia del Convenio Europeo de Derechos Humanos y un desarrollo importante para la protección de los derechos humanos en Europa. También es un nuevo reto para nuestro Tribunal." Otros diez países han firmado el Protocolo, pero no lo han ratificado a fecha de hoy: Andorra, Bosnia-Herzegovina, Grecia, Italia, Noruega, Países Bajos, Republica de Moldavia, Rumania, Eslovaquia y Turquía.

España, de momento, no tiene previsto firmar ni ratificar el Protocolo n° 16 según respondió el Gobierno a la pregunta formulada al respecto por un Senador de Unidos Podemos que se hacía eco de una petición del *Sindic de Greuges*. A juicio del Gobierno, actualmente en funciones, en España ya existen suficientes garantías para la protección de los derechos fundamentales.

tribunales de los Estados pueden someter al dictamen del TEDH cuestiones fundamentales que afecten a los derechos del CEDH sobre un asunto del que estén conociendo cuando tengan dudas sobre la adecuación al mismo y a la doctrina del TEDH de la norma interna que sea de aplicación.

En el primero y único Dictamen del TEDH emitido cuando se escriben estas páginas es el relativo a la ley francesa sobre gestación subrogada en el extranjero³². En él se manifiesta (§ 25) que el objetivo del procedimiento de dictamen es fortalecer la interacción entre el Tribunal y las autoridades nacionales, reforzando así la aplicación del Convenio, de conformidad con el principio de subsidiariedad, al permitir que los tribunales nacionales designados soliciten al Tribunal que emita un dictamen sobre “cuestiones fundamentales relativas a la interpretación o aplicación de los derechos y libertades definidos en el Convenio o en sus protocolos” (artículo 1, apartado 1, del Protocolo nº 1). 16) que surjan “en el contexto de un caso incoado ante él” (artículo 1, apartado 2, del Protocolo nº 16).

Precisa el Dictamen, que la finalidad del procedimiento no es trasladar el litigio al Tribunal, sino más bien orientar al órgano jurisdiccional solicitante sobre las cuestiones relativas al Convenio a la hora de decidir el asunto planteado. El Tribunal no tiene competencia ni para evaluar los hechos de un asunto, ni para evaluar el fondo de las opiniones de las partes sobre la interpretación del derecho interno a la vista del derecho del Convenio, ni para pronunciarse sobre el resultado de las actuaciones. Su función se limita a emitir un dictamen sobre las cuestiones que se le someten. Corresponde al órgano jurisdiccional solicitante resolver las cuestiones planteadas por el asunto y extraer, en su caso, las conclusiones que se desprendan del dictamen emitido por el Tribunal sobre las disposiciones de Derecho nacional invocadas en el asunto y sobre el resultado del mismo.”

A ello añade (§ 26) que, también deduce de los apartados 1 y 2 del artículo 1 del Protocolo nº 16 que los dictámenes que emita en virtud de este Protocolo deben limitarse a los puntos directamente relacionados con los procedimientos pendientes a nivel nacional. Su valor radica igualmente en proporcionar a los tribunales nacionales orientación sobre cuestiones

fundamentales en relación con el Convenio aplicable en asuntos similares.

Dada la importancia que, según hemos visto, tiene una adecuada regulación de las cuestiones sobre el inicio y el fin de la vida, los tratamientos forzados y experimentales y, singularmente, la eutanasia, esta vía se muestra muy adecuada para guiar no solo a los Tribunales internos en la aplicación de las leyes conforme al CEDH sino, también, al legislador para que acierte o proporcione seguridad jurídica cuando aborde esos delicados temas.

Aunque España es reticente a participar en esta nueva vía, no podrá ignorar la opinión de Estrasburgo y, probablemente, más pronto que tarde tendrá que incorporarse a él.

VII. CONCLUSIÓN

De lo expuesto hasta aquí se concluye que la Europa de los derechos ha acogido el de la atención sanitaria y lo ha hecho comprendiéndolo en su globalidad. La aportación del TEDH ha sido y seguirá siendo determinante para hallar fórmulas de equilibrio que concilien adecuadamente los avances médicos con el respeto debido a la dignidad de la persona y a todos los derechos que le son inherentes.

Como suele suceder, habrá quien considere que esa evolución y adaptación a las nuevas realidades es excesivamente lenta y que tendría que ser más ambiciosa, pero, observado con perspectiva histórica, el progreso ha sido incuestionable y los nuevos instrumentos, como las sentencias piloto y el control de convencionalidad, lo refuerzan en la medida que obligan a los Estados a estar más vigilantes y ser más rigurosos en la observancia del CEDH de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH.

De lo que se trata, por lo tanto, es de continuar en esa incesante lucha por su ampliación y perfeccionamiento, pero eso requiere tiempo y cierto realismo sin perjuicio de que cada país eleve cuanto pueda su nivel de protección y esto depende, obviamente, de la toma de conciencia por los ciudadanos de la importancia de su reivindicación ante los respectivos poderes públicos.

A ese fin, el mayor y mejor conocimiento de los avances de la jurisprudencia de Estrasburgo es fundamental.

³² Dictamen de 10 de abril de 2018, emitido sobre el reconocimiento en el Derecho interno de una relación jurídica paterno-filial entre un niño nacido mediante gestación subrogada en el extranjero y la madre comitente, solicitado por el Tribunal de Casación francés (Demanda nº P16-2018-001).

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- AAVV, “Encuesta sobre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos” realizada a los profesores Enoch Albertí Rovira, Juan María Bilbao Ubillos, Víctor Ferreres Comella, Javier García Roca, Luis Jimena Quesada, Carlos Ruiz Miguel y Rosario Tur Ausina, en *UNED, Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 42, 2018, pp. 15-107.
- ALEXY, Robert, “Sobre los derechos constitucionales a protección.”, en ALEXY, Robert, BASTIDA, Francisco J., GARCÍA AMADO, Juan Antonio, GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, GARZÓN VALDÉS, Ernesto, HIERRO, Liborio L., MORESO, José Juan, TARDO, Celestino y PECES-BARBA, Gregorio, *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2ª ed., Madrid 2009, pp. 45 y ss.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, CEC, Madrid 1993, pp. 81 y ss.
- BASTIDA, Francisco J., “¿Son los derechos sociales derechos fundamentales? Por una concepción normativa de la fundamentalidad de los derechos”, en ALEXY, Robert y otros, *Derechos sociales...* ob. cit., pp. 103-149.
- BOUAZZA ARIÑO, Omar, “La salud en la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Revista Derecho y Salud*, Vol. 25, núm. 2, julio-diciembre 2015, pp. 138-143.
- CANOSA USERA, Raúl, *El control de convencionalidad*, Navarra, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2015.
- CANOSA USERA, Raúl, *El derecho a la integridad personal*. Lex Nova, 2006, pp. 99 y ss. y 77 y ss.
- CAÑAMARES ARRIBAS, Santiago, “La reciente jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo y del Tribunal Supremo de Canadá en relación con el derecho a la muerte digna” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 108 septiembre-diciembre, 2016, pp. 337-356.
- CARMONA CUENCA, Encarnación, “Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos,” en *UNED. Revista de Derecho Político* N.º 100, septiembre-diciembre 2017, pp. 1209-1238.
- Consejo de Europa/Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Informe temático sobre cuestiones relacionadas con la salud en la jurisprudencia del TEDH.*, junio de 2015, www.echr.coe.int (jurisprudencia – análisis de jurisprudencia – informes de investigación sobre jurisprudencia).
- CRISAFULLI, Vezio, *La Costituzione e la sue disposizione di principio*. Giuffrè, Milano, 1952.
- FERNÁNDEZ PIEDRALBA, E., GARCÍA ESTEBAN, N., CABO PÉREZ, P., “La bioética en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.” *Revista Derecho y Salud. XV Congreso*, Vol. 26 E., pp. 203-209.
- JIMENA QUESADA, Luis, “artículo 43”, en *Comentario de la Constitución Española. 40 aniversario 1978-2018. Libro-homenaje a Luis López Guerra*, PÉREZ TREMPES, Pablo. (dir.), SAIZ ARNAIZ, Alejandro. (dir.), MONTESINOS PADILLA, Carmen. (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 838-839.
- LOPEZ GUERRA, Luis, “La evolución del sistema europeo de protección de los derechos humanos”, en *UNED, Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 42, 2018, pp. 111-130.
- LUCAS VERDÚ, Pablo, *Curso de Derecho Político*, Vol. II, Tecnos Madrid, 3ª ed. 1981, pp. 430 y ss.
- MONEREO PÉREZ, José Luis., “La salud como derecho humano fundamental”, en *LA LEY* 5045/2014.
- QUERALT JIMÉNEZ, Argelia, “Las sentencias piloto como ejemplo paradigmático de la transformación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *UNED Revista Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 42 (2018), pp. 395-424.
- REY MARTÍNEZ, Fernando “¿El derecho a la vida es un derecho disponible por parte de su titular?” en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, N.º. 79, 2019 (Ejemplar dedicado a: ¿Derecho a la vida? ¿Derecho a la muerte?), pp. 28- 35.
- REY MARTÍNEZ, Fernando, “¿Es el aborto un derecho en Europa? Comentario de la sentencia “A, B y C v. Irlanda”, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Año 9, N.º. 2, 2011, pp. 743-752.

- REY MARTÍNEZ, Fernando, “La protección jurídica de la vida: un derecho en transformación y expansión”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Año 7, N.º. 1, 2009, pp. 331-360 y en *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. GARCÍA ROCA, Javier y SANTOLAYA MACHETTI, Pablo (Coords.) 3ª ed. CEPC, Madrid, 2014, pp. 57-84.
- REY MARTÍNEZ, Fernando, *Eutanasia y derechos fundamentales*. Tribunal Constitucional y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.
- REY MARTÍNEZ, Fernando., “Protección de la salud, atención primaria y derechos fundamentales”, en *UNED, Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 41, 2018, pp. 281 y ss., en particular, 291-295.