

# LA SALUD EN LA JURISPRUDENCIA RECIENTE DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

*Omar Bouazza Ariño*

*Profesor titular de Derecho Administrativo  
Universidad Complutense de Madrid*

**SUMARIO: : I. Introducción; II. Derecho a la vida:** 2.1. La polémica sentencia Lambert y Otros c. Francia, de 5 de junio de 2015, sobre la retirada de la alimentación artificial de una persona en estado vegetativo, cuya opinión se desconoce: ¿un paso atrás en la protección de las personas más vulnerables?; 2.2. Violación del Derecho a la vida por el mal funcionamiento del servicio público de salud: las obligaciones positivas del Estado ante el Derecho a la vida del recién nacido; **III. Prohibición de los tratos inhumanos y degradantes: el cuerpo humano deberá ser tratado con respeto, incluso tras la muerte;** **IV. Derecho al respeto de la vida privada y familiar:** 4.1. Vientre de alquiler y Derecho al respeto de la vida familiar; 4.2. La prohibición del «parto en casa» no es contraria al Convenio; 4.3. Relaciones de sujeción especial en el ámbito hospitalario; **V. Derecho al respeto de los bienes: reducción de las licencias para la venta de tabaco y protección de la salud;** **VI. Nota final;** **VII. Bibliografía.**

## RESUMEN

El autor analiza la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de salud. El Alto Tribunal Europeo integra la protección de la salud, cuando procede, a través de diversos derechos humanos clásicos, como el Derecho a la vida, la prohibición de los tratos inhumanos y degradantes, el Derecho al respeto de la vida privada y familiar o el Derecho al respeto de los bienes.

## PALABRAS CLAVE

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Jurisprudencia, Salud, Bioética, Estado Social.

## ABSTRACT

The author analyzes recent ECHR case-law on health issues. The European Court integrates health protection, where appropriate, through a variety of classic human rights such as the right to life, the prohibition of inhuman and degrading treatment, the right to respect for private and family life or the right to respect for property.

## KEYWORDS

European Court of Human Rights, Case-Law, Health, Bioethics, Welfare State.

## I. INTRODUCCIÓN

El ordenamiento jurídico español, al igual que los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, está compuesto por un conjunto de normas, procedentes de los diversos niveles territoriales internos y de entidades supranacionales<sup>1</sup>. La Constitución Española de 1978 supuso precisamente la ruptura con el aislamiento internacional en el que se encontraba nuestro país para asumir las aspiraciones de las sociedades europeas del entorno, que desde mediados del siglo XX han trabajado en la construcción y mantenimiento de un ámbito territorial de paz y democracia, frente a la barbarie de la Segunda Guerra Mundial. Por ello, la Constitución consagraría tres preceptos que tendrían una trascendencia indudable en el andamiaje de una nueva España asentada sobre los valores de la democracia, la tolerancia, el pluralismo y el espíritu de apertura. En primer lugar, el artículo 93 de la Constitución, precepto mediante el que se contemplaba la adhesión de España a la antes denominada Comunidad Económica Europea, que finalmente se logró en 1986. En segundo lugar, los artículos 96.1 y 10.2 de la Constitución, preceptos mediante los que penetra en el ordenamiento español el sistema de Estrasburgo, conformado por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, también, “el Convenio”, o simplemente, “el CEDH”), y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, también “el Tribunal”, “el TEDH”, o “Estrasburgo”, en alusión a la ciudad en la que se halla), en el seno del Consejo de Europa, la otra entidad supranacional europea, que integra, aparte de los Estados de la Unión Europea, otros tantos hasta llegar a 47, incluyendo Noruega, los Estados de los Balcanes, Turquía, una parte significativa de los Estados resultantes del colapso de la antigua Unión Soviética, entre otros. Se trata de un importante e indudable efecto pues implicará que la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales en España se lleve a cabo de conformidad con los estándares europeos. Los poderes públicos españoles, los diferentes gobiernos y administraciones, el poder legislativo y el judicial, por ello, en su práctica diaria deberán ajustar sus medidas o decisiones al nivel de protección europeo en materia de derechos humanos. O ajustarse a este nivel cuando España o cualquier otro Estado integrante del Consejo de Europa reciban una sentencia en la que se

concluya que una determinada solución no es compatible con el sistema de Estrasburgo. Lo cual implicará en no pocas ocasiones la necesidad de modificar el ordenamiento interno para asumir el derecho que viene de Europa. No en vano, *el Convenio Europeo de Derechos Humanos es el instrumento garante del orden público europeo en materia de derechos fundamentales*, como ha dicho el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia recaída en el caso *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlanda, de 30 de junio de 2005*.

El Convenio no es un texto rígido. Como bien suele subrayar el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Convenio es un instrumento vivo, que se ajusta a las nuevas necesidades, se adapta a los cambios sociales, e incorpora las nuevas exigencias en un amplio espectro de ámbitos. Esta labor la realiza bien a través de protocolos adicionales, reconociendo nuevos derechos; bien a través de lo que el Tribunal denomina la “jurisprudencia evolutiva”. En este contexto encaja el Derecho a la salud. En ningún precepto del Convenio consta este derecho como tal. Sin embargo, el TEDH ha tenido ocasión de darle encaje debido a la íntima relación que indudablemente tiene este derecho con los derechos humanos clásicos.

En este trabajo, en fin, se da cuenta de la reciente jurisprudencia del TEDH en la que conecta la salud con la interferencia en el disfrute de los derechos fundamentales.

## II. DERECHO A LA VIDA

**2.1. La polémica sentencia *Lambert y Otros c. Francia, de 5 de junio de 2015, sobre la retirada de la alimentación artificial de una persona en estado vegetativo, cuya opinión se desconoce: ¿un paso atrás en la protección de las personas más vulnerables?***

El caso que se comenta a continuación, *Lambert y Otros c. Francia, de 5 de junio de 2015*, arroja una dura paradoja, a saber: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en base al artículo 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que se refiere al Derecho a la vida, da por buena la solución adoptada por las autoridades francesas de dejar morir a una persona en estado vegetativo, cuya opinión se desconoce, aun en contra de la voluntad de los padres y de parte de sus hermanos. Veamos con más detenimiento los hechos, argumentación del TEDH y decisión.

<sup>1</sup> El profesor Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER ha estudiado magistralmente el fenómeno de las influencias saludables que, desde una doble perspectiva horizontal y vertical, se da entre ordenamientos jurídicos, en su monografía, *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del Derecho*, Civitas, Madrid, 2004, 204 p.

Los demandantes son los padres y algunos hermanos del Sr. Vincent Lambert (en adelante, también “el Sr. Lambert” o “el paciente”). Vincent Lambert sufre graves secuelas como consecuencia de un accidente de tráfico, que le dejó tetrapléjico en situación de dependencia total. Recibe alimentación e hidratación artificial, que se le administra por un tubo gástrico. Su condición en 2011 era de mínima consciencia, mientras que desde 2014 su estado es vegetativo.

A principios de 2013, el equipo médico inició el procedimiento previsto por la Ley de 22 de abril de 2005, sobre los derechos de los pacientes y fin de la vida. La mujer de Vincent Lambert participó en el mismo. Como resultado, se decidió retirar la nutrición e hidratación del paciente.

Los demandantes solicitarían medidas cautelares pocos días después, requiriendo al hospital que continuara ofreciendo a su familiar todos los cuidados que necesitara. Las medidas cautelares serían concedidas. No obstante, se inició un nuevo procedimiento impulsado por un médico, con el asesoramiento de otros seis médicos más, la mujer del Sr. Lambert y algunos de sus hermanos, con la finalidad de la retirada de la fuente de alimentación e hidratación artificial. Consiguieron una nueva sentencia a favor pero los demandantes paralizaron nuevamente la ejecución de la sentencia. Los familiares favorables a poner fin a la vida del Sr. Lambert recurrieron entonces ante el *Conseil d’Etat*.

Este caso no se debió considerar fácil por el Alto Tribunal francés, por lo que se decidiría en Pleno. Consideró aplicable la Ley antes citada, que se aprobó para estos casos. Y que el mantenimiento de la vida del Sr. Lambert se debía a una “obstinación irrazonable”, concepto que recoge dicha Ley. En concreto, su art. 1110-5, dispone que:

“Toda persona, teniendo en cuenta su estado de salud y la urgencia de las intervenciones que requiere, tiene derecho a recibir los cuidados más apropiados y beneficiarse de las terapias cuya eficacia sea reconocida y que garanticen la mejor seguridad sanitaria a la vista de los conocimientos médicos probados. Los actos de prevención, investigación o de cuidados no deben, en el estado del conocimiento médico, hacerle correr riesgos desproporcionados en base a los beneficios esperados.

Estos actos no deben ser seguidos por una obstinación irrazonable. Aquellos que resulten

inútiles, desproporcionados o no tengan otro efecto que mantener artificialmente la vida, pueden ser suspendidos o iniciados. En este caso, el médico *salvaguarda la dignidad del moribundo y asegura la calidad de su vida*<sup>2</sup> dispensándole los cuidados contemplados en el artículo 1110-10 (...).

Toda persona tiene derecho a recibir los cuidados que alivien su dolor, que en todo caso deberá prevenirse, evaluarse tomado en cuenta y tratado.

Los profesionales de la salud deberán adoptar todos los medios a su disposición para asegurar el derecho de todos a una vida digna hasta la muerte (...)

El *Conseil d’Etat* diría que su función consiste en comprobar si se daban las condiciones legales y a este respecto necesitaba disponer de la más amplia información posible, primordialmente sobre el estado de salud del Sr. Lambert. Así, el Alto Tribunal consideró necesario ordenar un informe de expertos a médicos de reconocido prestigio en neurociencia e invitar a la Academia Nacional de Medicina, el Comité Nacional Asesor de Ética, y al Consejo Médico Nacional y al ponente de la Ley de 22 de abril de 2005, que daría cobertura a la retirada de la alimentación e hidratación artificial del Sr. Lambert, con la finalidad de que aclarara para este caso los conceptos de “obstinación irrazonable” y de “mantenimiento artificial de la vida” en términos jurídicos.

El *Conseil d’Etat* dictó sentencia tras recibir el informe de expertos. En primer lugar, en cuanto a la aplicación de la Ley de 2005, señala que el solo hecho de que una persona se encuentre en una situación irreversible de inconsciencia o haya perdido su autonomía de una manera igualmente irreversible, y sea dependiente, por tanto, de nutrición e hidratación artificial, no supone una situación en la que la continuidad del tratamiento pudiera definirse *per se* como un comportamiento guiado por una “obstinación irrazonable”. El *Conseil d’Etat* observó que al evaluar si se dieron las condiciones de la retirada de la nutrición e hidratación artificial, el médico a cargo del paciente debía fundamentar su decisión en una serie de factores médicos y no médicos cuyo peso relativo no se puede determinar por adelantado pero que dependen de las circunstancias de cada paciente. Además, el médico debe dar especial importancia a los deseos

---

2 La cursiva es mía.

expresados por el paciente con carácter previo, cualquiera que sea su forma o tenor. El médico también tiene que tener en consideración el punto de vista de la persona de confianza, la posición de la familia o, en su caso, de otras personas cercanas al paciente. El *Conseil d'Etat* subraya a este respecto que si los deseos del paciente se desconocen, no se puede entender un rechazo del paciente de ser mantenido vivo.

Tras examinar el procedimiento seguido por el médico, el *Conseil d'Etat* constata que no se dio irregularidad alguna. El informe de expertos confirmó el diagnóstico del médico del Sr. Lambert en cuanto a la irreversibilidad de su estado. Confiando en el testimonio de su esposa y de uno de sus hermanos, el Sr. Lambert habría dicho en varias ocasiones que no le gustaría que le mantuvieran vivo artificialmente si se encontrara alguna vez en un estado de dependencia. El *Conseil d'Etat* dirá al respecto que no se puede considerar que el médico del Sr. Lambert haya interpretado erróneamente sus deseos. Se da por bueno, por tanto, el testimonio de dos familiares directos, lo cual no deja de resultar sorprendente habida cuenta de que ni la esposa ni el hermano del Sr. Lambert tienen pruebas fehacientes sobre una cuestión tan decisiva. De hecho, como se verá, el TEDH rechazará que la esposa –así como los familiares– puedan actuar en nombre del paciente. En cualquier caso, el *Conseil d'Etat* concluye que se han dado todas las condiciones impuestas por la ley y que la decisión del médico de retirar la alimentación e hidratación artificial del Sr. Lambert no se puede considerar ilegal.

Los demandantes alegan ante Estrasburgo que la retirada de la hidratación y nutrición artificial supondría una violación de los artículos 2, 3 (prohibición de tortura) y 8 (integridad física)<sup>3</sup>, todos ellos del Convenio. También consideran que al no recibir el paciente tratamiento de fisioterapia desde 2012 así como la ausencia de una terapia para restaurar el reflejo de digerir, se le está sometiendo a tratos inhumanos y degradantes (art. 3 CEDH).

Los demandantes también se quejan de que el médico que adoptó la decisión no fue imparcial y que el informe de expertos no habría sido respetuoso con el principio contradictorio.

El TEDH, a solicitud de los demandantes, en base al artículo 39 del Reglamento del Tribunal, ordenó la suspensión de la ejecución de la sentencia del

<sup>3</sup> El artículo 8 CEDH reconoce el Derecho al respeto de la vida privada y familiar. El TEDH integra la violación de la integridad física en el seno de este precepto.

*Conseil d'Etat* hasta que no terminara el proceso en Estrasburgo.

El TEDH observa que mientras la víctima directa no podía expresar sus deseos, varios miembros de su familia más directa se expresaron en su nombre, bien que defendiendo posturas diametralmente opuestas. El TEDH debía entonces esclarecer si se trata de una situación en la que la demanda puede ser interpuesta en nombre o en representación de una persona vulnerable. Una revisión de la jurisprudencia relevante a este respecto, reveló los siguientes criterios principales: el riesgo de que la víctima directa sería privada de una protección efectiva de sus derechos y la ausencia de un conflicto de intereses entre la víctima y el demandante.

En este caso, el Tribunal no observa riesgo alguno de que los derechos del paciente puedan verse desprotegidos ya que, en base a la jurisprudencia del TEDH, los familiares pueden invocar en nombre propio la protección del Derecho a la vida del Sr. Lambert, como queda consagrada en el artículo 2 CEDH.

El TEDH rechaza que los demandantes puedan actuar en nombre del paciente ya que no se puede afirmar, dice el TEDH, que se dé una convergencia entre la postura de los demandantes y la del Sr. Lambert. No hay prueba de los diferentes puntos de vista. También rechaza que la esposa actúe en nombre del Sr. Lambert como tercera parte interviniente. Y es que se trata de una cuestión sobre la vida y la muerte en la que nadie podría decir lo que piensa el paciente pues, como se ha dicho, no hay prueba de que haya manifestado su opinión. Si se optara por aceptar la representación de los familiares o la esposa en nombre del Sr. Lambert, se correría el riesgo de asumir una decisión contraria a su libertad. Por ello, este caso se diferencia de otros en los que se ha podido dar una violación del Derecho a la vida por la negligencia de la Administración Pública, como ocurrió en el caso *Centre For Legal Resources On Behalf of Valentin Câmpeanu c. Rumanía, de 17 de julio de 2014*<sup>4</sup>.

El TEDH analizará, por ello, si ha habido una violación del artículo 2 CEDH, en base a la demanda interpuesta por los demandantes en su propio nombre. El TEDH comienza su argumentación indicando que si bien el paciente sigue vivo, no hay duda de que si se

<sup>4</sup> Comenté este caso en mi trabajo, “Legitimación activa ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: admisión de una demanda presentada por una organización no gubernamental en nombre de una persona con discapacidad, fallecida en un centro de salud mental”, *Revista General de Derecho Administrativo* 37 (www.iustel.com), 2014.

retira la alimentación e hidratación artificial, fallecería rápidamente. Por ello, el TEDH considera que los demandantes, en base a su legitimación como familiares cercanos del Sr. Lambert, pueden invocar el art. 2.

El artículo 2 vincula al Estado no sólo en relación con la privación intencionada de la vida, sino también para adoptar los pasos apropiados para salvaguardar las vidas de aquellos que se encuentran en su jurisdicción, en clara referencia a las obligaciones positivas del Estado en la protección de los derechos fundamentales de las personas que se encuentran en su territorio.

El TEDH, en primer lugar, examina si en este caso concurren **obligaciones negativas del Estado**. La obligación negativa, en este caso, en relación con el artículo 2 CEDH vendría dada por la obligación del Estado de no hacer: no adoptar una actitud activa en la supresión de la vida del paciente (parágrafo 117 de la sentencia).

Los demandantes reconocen que la retirada de la nutrición e hidratación artificial podría ser legítima en casos de obstinación irrazonable. Y acepta que existe una legítima diferencia, por un lado, entre la eutanasia y el suicidio asistido y, por otro, la abstención terapéutica, que consiste en retirar o mantener un tratamiento que ya no tendría eficacia, por el estado precisamente del paciente. Argumentan que como estos criterios no se dan en este caso, aquí se da un caso de privación intencionada de la vida. Se refieren a este respecto a la noción de eutanasia. El Gobierno subraya que la finalidad de la decisión médica no era poner fin a la vida, sino dar por finalizado un tratamiento rechazado por el paciente que a modo de ver del médico, su continuación implica una obstinación irrazonable. Recalca que al retirarse el tratamiento no se está privando al paciente de su derecho a la vida sino que se trata simplemente de una decisión de retirar cuando ya no se puede hacer nada.

El TEDH observa que la polémica Ley de 2005 no autoriza la eutanasia ni el suicidio asistido. Permite a los médicos, de acuerdo con el procedimiento establecido, finalizar el tratamiento sólo si su continuación muestra una obstinación irrazonable. El Tribunal apunta que tanto los demandantes como el Gobierno hacen una distinción entre la privación intencionada de la vida y la abstención terapéutica. En el contexto de la legislación francesa, que prohíbe la privación intencionada de la vida y permite que se retire o mantenga el tratamiento de mantenimiento de la vida en determinadas circunstancias, el Tribunal

observa que este caso no se refiere a las obligaciones negativas del Estado en base al artículo 2 CEDH.

En consecuencia, el TEDH examinará la demanda desde la perspectiva exclusiva de las **obligaciones positivas del Estado**. El TEDH da especial importancia al hecho de que no se trata de un caso de eutanasia, sino de retirada del tratamiento de mantenimiento artificial de la vida y observa que en un caso como este se debe hacer referencia, en la consideración de si se produce una violación del artículo 2, al artículo 8 CEDH, en relación con el derecho al respeto de la vida familiar.

Al tratar la cuestión de si administrar o retirar el tratamiento médico, el TEDH considera que se deberá tener en cuenta los siguientes factores: la existencia en el derecho y práctica interna de un marco legislativo compatible con los requerimientos del artículo 2; si se ha tenido en cuenta los deseos del paciente y de las personas cercanas a él; y la posibilidad de un recurso jurisdiccional en caso de duda sobre la mejor decisión a tomar en interés del paciente.

El TEDH observa que parece que la mayoría de los Estados miembro del Consejo de Europa están a favor de la retirada del tratamiento artificial de mantenimiento de la vida. No hay consenso, sin embargo, en cuanto a la importancia que debe darse de los deseos de los familiares en el proceso de decisión. Así, *“el Tribunal considera que en el ámbito que se refiere al fin de la vida, se debe ofrecer a los Estados un **margen de apreciación**, no sólo en cuanto a la decisión de permitir la retirada del tratamiento de mantenimiento artificial de la vida y los acuerdos en relación con tal retirada, sino que también en relación con la ponderación entre la protección de los derechos de los pacientes a la vida y la protección de su derecho al respeto de la vida privada y su autonomía personal”*.

A continuación, los demandantes alegan que la Ley de 22 de abril de 2005 carece de claridad y precisión y que no era aplicable a este caso, pues a su modo de ver el paciente no está al final de su vida. Mantienen además que la legislación no define con suficiente precisión los conceptos de “obstinación irrazonable” ni el “tratamiento que puede ser retirado”. También se quejan de la decisión adoptada por el médico en base a la cual debía retirarse la alimentación e hidratación al Sr. Lambert.

El Tribunal observa que el *Conseil d'État* ha determinado el alcance de la Ley y sostuvo que es

aplicable a todos los pacientes del sistema de salud, tanto si están o no al final de sus vidas. En la misma decisión, el *Conseil d'État* ha detallado los factores a tener en cuenta por el médico al evaluar si el criterio de la obstinación irrazonable se daba, bien que subraya que cada caso debe examinarse individualmente. El TEDH observa que el *Conseil d'État* ha establecido dos importantes garantías en esa sentencia. En primer lugar, establece que el solo hecho de que una persona se encuentre en un estado de inconsciencia irreversible o haya perdido de una manera irreversible su autonomía y es dependiente de nutrición e hidratación artificial, no implica por sí mismo que la continuación del tratamiento no esté justificada. También subraya que cuando no se conocen los deseos del paciente, no pueden interpretarse como un rechazo a que le mantengan vivo.

El TEDH considera que las disposiciones de la Ley de 22 de abril de 2005, tal y como ha sido interpretada por el *Conseil d'État*, constituye un marco legal suficientemente claro, a la luz del artículo 2 CEDH, para la toma de decisiones por los médicos en situaciones como esta. El TEDH concluye que “*se trata de una norma apta para garantizar la protección de la vida de los pacientes*”.

Seguidamente, el TEDH observa que ni el artículo 2 ni la jurisprudencia se pueden interpretar como una imposición de requisitos en relación con el **procedimiento** a seguir para alcanzar un posible acuerdo.

El Tribunal observa que el procedimiento colectivo en este caso se ha desarrollado desde septiembre de 2013 a enero de 2014 y que, en cada fase de su ejecución, ha respetado los requisitos establecidos. El procedimiento se ha desarrollado en el margen de apreciación que se concede a los Estados en estos casos. Se ha tratado de un procedimiento meticuloso, excediendo incluso los requisitos exigidos por la ley. Aunque los demandantes no están de acuerdo con el resultado, el procedimiento ha satisfecho los requisitos que emanan del artículo 2 CEDH, concluye el TEDH.

En cuanto a los recursos que el ordenamiento jurídico francés pone a disposición de los demandantes, el TEDH observa que el *Conseil d'État*, llamado a decidir por primera vez un caso sobre la retirada de la alimentación e hidratación artificial en base a la Ley de 22 de abril de 2005, clarifica la potestad en la adopción de medidas urgentes como en este caso. No sólo **el juez puede** suspender la ejecución de la decisión del médico, sino que puede **realizar una revisión total de su legalidad**. Debe examinar –aparte

de los argumentos que indican que se trata de una decisión ilegal- cualquier argumento que sugiera que las disposiciones legislativas aplicadas son incompatibles con el Convenio. Por consiguiente, el caso habría pasado por un doble filtro, a saber: el filtro de los expertos médicos, que son los que están en mejor situación para realizar un diagnóstico específico del caso; y el filtro judicial, en revisión de la legalidad de la decisión adoptada por los expertos.

El Tribunal observa que el *Conseil d'État* en Pleno examinó el caso, lo cual es algo excepcionalísimo en un proceso sobre medidas cautelares. De ello se deduce la importancia y el cuidado adoptado por esta instancia jurisdiccional en la adopción de la decisión. En su sentencia de 14 de febrero de 2014 consideró necesario tener toda la información posible sobre el estado de salud del Sr. Lambert. Solicitó el informe de un médico que ratificó lo decidido por el médico, coincidiendo con la posición de tres médicos expertos en neurociencia. A la vista de la escala y dificultad de los temas planteados en este caso, el TEDH recuerda que solicitó a diversos organismos en materia de salud y ética que ofrecieran observaciones con la finalidad de clarificar los conceptos de obstinación irrazonable y mantenimiento artificial de la vida.

El TEDH observa que el informe del experto fue preparado en profundidad. En su sentencia de 24 de junio de 2014, el *Conseil d'État* comenzó examinando la compatibilidad de las disposiciones aplicables al Código de Salud Pública con los artículos 2, 8, 6 y 7 del Convenio, antes de evaluar la conformidad de la decisión del Dr. Kariger con las previsiones del Código de Salud Pública. La revisión ha consistido en el ensamblaje de las cuestiones procedimentales con las sustantivas, que consideró que se habían respetado. A modo de ver del Consejo de Estado, tales consideraciones confirmaron las del Dr. Kariger.

El TEDH observa que el *Conseil d'État*, tras recalcar la importancia particular que el médico ha dado a los deseos del paciente, ha tratado de averiguar cuáles eran realmente. Como su voluntad se desconoce, al no existir prueba fehaciente alguna, el *Conseil d'État* ha tomado en consideración el testimonio de su mujer, Rachel Lambert, que ha informado en detalle -y con las correspondientes fechas- acerca de comentarios realizados repetidamente por su esposo, el tenor de los cuales ha sido confirmado por uno de los hermanos. Los demandantes, por su parte, no han reclamado que él hubiera expresado observaciones en sentido contrario. El *Conseil d'État* observó que tuvo lugar la consulta a la familia prevista por la Ley.

El TEDH recuerda que el paciente es la parte principal en el proceso de decisión y cuyo consentimiento es decisivo, incluso cuando el paciente no se puede expresar. El TEDH observa que, en ausencia de directivas avanzadas, varios países requieren un esfuerzo en el aseguramiento de los deseos presuntos del paciente, por una variedad de medios. En el caso presente, el Tribunal considera que el testimonio ofrecido –es decir, el de su esposa y algunos de sus hermanos– era suficientemente preciso para conocer los deseos del Sr. Lambert, lo cual ofrece un resultado más que dudoso, pues este extremo no se ha conseguido acreditar fehacientemente.

El Tribunal es consciente de la importancia de los temas tratados en este caso que se refieren materias médicas, legales y éticas extremadamente complejas. En las circunstancias de este caso, el Tribunal reitera que las autoridades internas son las que deben verificar, en primer lugar, si la decisión de retirar el tratamiento era compatible con la legislación interna y el Convenio y de acomodar los deseos del paciente con el derecho nacional.

El Tribunal considera que, tanto la interpretación del Derecho nacional por el *Conseil d'État* así como el meticulosidad en la forma de conducir el proceso, han sido compatibles con los requisitos del artículo 2 CEDH.

En relación con los recursos disponibles para los demandantes, el TEDH llega a la conclusión de que el presente caso ha sido examinado de una manera minuciosa, se han expresado los diferentes puntos de vista y todos los aspectos han sido considerados cuidadosamente, a la luz de un informe médico de expertos y observaciones generales desde las más altas instancias médicas y organismos éticos. El TEDH concluye, por doce votos contra cinco, que las autoridades internas han cumplido con sus obligaciones positivas derivadas del artículo 2 del Convenio, a la vista del margen de apreciación que se les ofrece en la solución de un caso tan complejo. En otras palabras, no considera que se violaría el artículo 2 del Convenio en caso de ejecución de la sentencia del *Conseil d'État* de 24 de junio de 2014.

El TEDH, a la luz de la argumentación en torno al artículo 2 CEDH, observa innecesario resolver en relación con el artículo 8 CEDH. Considera, en fin, la demanda manifiestamente infundada en relación con el artículo 6 CEDH.

Como he comentado, esta sentencia presenta dudas desde la perspectiva de algunas de las argumentaciones sostenidas por el *Conseil d'État* que han sido muy respetuosamente asumidas por el TEDH, en base al amplísimo –a mi modo de ver– margen de apreciación que ha ofrecido al Estado. Al tratarse de un tema que afecta al Derecho a la vida no me parece satisfactoria que la decisión final no se adopte por una mayoría unánime<sup>5</sup>. Y es que realmente, como ha quedado indicado, el paciente no ha tenido oportunidad de poder decidir sobre su propia vida, bien que los expertos no observan viabilidad alguna a su vida, más allá de su actual estado vegetativo.

En cualquier caso, parece que en temas tan complejos en los que no hay un consenso europeo, como el de la denominada muerte digna, el TEDH tiene una posición deferente con respecto de los Estados. Así, recordemos que en la sentencia recaída en el caso ***Pretty c. el Reino Unido, de 29 de julio de 2002***, el TEDH no considera que la Ley británica que prohíbe el suicidio asistido, suponga una discriminación en el ejercicio del Derecho a la vida. La demandante, que padecía una enfermedad degenerativa que le impedía moverse, solicitó que se permitiera a su marido a ayudarla a morir. Consideraba que el ordenamiento británico era discriminatorio pues si bien no criminaliza el suicidio, sí contempla una respuesta punitiva con respecto de la persona que ayuda a morir. La misma solución se habrá dado recientemente en la ***Decisión de Inamisión Nicklinson y Lamb c. el Reino Unido, de 16 de julio de 2015***.

## 2.2. Violación del Derecho a la vida por el mal funcionamiento del servicio público de salud: las obligaciones positivas del Estado ante el Derecho a la vida del recién nacido

De las dudas que presenta el caso *Lambert* sobre si debe prolongarse la vida de una manera artificial en casos de estado vegetativo o, por el contrario, dar por finalizada la misma, en el siguiente caso se plantea la indudable obligación positiva del Estado en la adopción de los medios necesarios para garantizar la vida cuando se producen problemas tras el alumbramiento. En efecto, la sentencia ***Asiye Genç c. Turquía, de 27 de enero de 2015***, muestra un caso especialmente patético en el que se deja morir a un

<sup>5</sup> En efecto, los jueces Hajiyev, Šikuta, Tsotsoria, De Gaetano y Gričco formularon una opinión parcialmente disidente. Gira, precisamente, en torno a la inexistencia de una certeza sobre los deseos reales del Sr. Lambert, lo cual muestra que la mayoría se fundamenta en un testimonio sobre algo trascendental sin que exista prueba determinante al respecto.

recién nacido con problemas respiratorios, trasladándole de un centro sanitario a otro, sin que en ninguno se hagan cargo, alegando una escasez de medios. Las autoridades internas dirán que los médicos no han cometido ninguna falta, por lo que no consideran que haya responsabilidad.

El TEDH comienza su argumentación indicando que el hospital público no debió ignorar el riesgo para la vida del hijo de la demandante en caso de remitirle a otro hospital. En efecto, no había lugar a dudas de la gravedad del estado de salud del bebé así como de la necesidad de una intervención médica de urgencia. Y a pesar de ese riesgo, antes de adoptar la decisión de su transferencia, el personal en cuestión no tomó las medidas necesarias para asegurar que el paciente fuera bien acogido en otro hospital. Tal ausencia de coordinación entre hospitales se prolongó en dos episodios subsiguientes entre dos establecimientos que rechazaron la admisión del bebé, alegando que no tenían medios.

La descoordinación entre los hospitales y la ausencia de un médico que se hiciera cargo del recién nacido no puede justificarse por una simple carencia de medios, dice el TEDH. En efecto, el número y el estado de los equipos en los hospitales de la región no pueden considerarse satisfactorios. Esto demuestra que el Estado no ha velado por la buena organización y funcionamiento del servicio público hospitalario ni, más generalmente, de su sistema de protección de la salud. También subraya que la ausencia de plazas no sólo es achacable a la afluencia de pacientes.

Debido a las idas y venidas de un hospital a otro, el bebé prematuro acabó muriendo. Por tanto, el TEDH dice que *“la demandante debe considerarse como una víctima de un mal funcionamiento de los servicios hospitalarios porque ha sido privada del acceso a un servicio de urgencias adecuado”*. Además, la ausencia de incriminación y de una investigación adecuada en relación con los responsables, que no han atendido al bebé, suponen igualmente una interferencia en el ejercicio del Derecho. Las autoridades internas no han precisado si se han seguido los protocolos o si se ha dado una coordinación entre los servicios hospitalarios.

En conclusión, *“la ausencia de unos servicios de urgencias indispensables y la insuficiencia de las investigaciones realizadas conduce al Tribunal a considerar, por unanimidad, que el Estado no ha cumplido con sus obligaciones en base al artículo del Convenio”*. Por ello, ha habido una violación del

artículo 2 CEDH, que consagra, como se ha dicho, el Derecho a la vida.

### III. PROHIBICIÓN DE LOS TRATOS INHUMANOS Y DEGRADANTES: EL CUERPO HUMANO DEBERÁ SER TRATADO CON RESPETO, INCLUSO TRAS LA MUERTE

El siguiente caso presenta un importante aspecto de la dignidad humana, el respeto al cuerpo humano, incluso tras la muerte. Si bien se ha dado un intenso movimiento de solidaridad en países como el nuestro, en los que se ha sensibilizado en torno a la importancia de la donación de órganos y tejidos, habrá que respetar también el cuerpo humano. No será admisible, como se verá a continuación, la extracción de tejidos sin consentimiento y, mucho menos, la entrega del cuerpo a los familiares, una vez realizada la extracción, de una manera en la que no se respete apariencia, tal y como prescribe el artículo 18 del Protocolo adicional al Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina sobre el trasplante de órganos y de tejidos de origen humano, de 24 de enero de 2002<sup>6</sup>, cuyo artículo 18 (Respeto al cuerpo humano), dispone, *“En el marco de la extracción, se deberá tratar al cuerpo humano con respeto y se deberá tomar toda medida razonable para restablecer la apariencia del cuerpo”*.

En la sentencia recaída en el caso *Elberte c. Letonia, de 13 de enero de 2015*, el marido de la demandante falleció como consecuencia de un accidente de tráfico. En el centro forense, durante la autopsia, le extrajeron tejidos con la finalidad de crear bio-implantes para una empresa farmacéutica alemana, en base a un acuerdo con el Estado. Realizada la autopsia, devolvieron el cuerpo a la demandante con las piernas atadas. La demandante se enteró de la extracción de los tejidos dos años después, en el curso de una investigación penal sobre extracción ilegal a gran escala de órganos y tejidos de cadáveres. Sin embargo, no se llevó a cabo ningún juicio debido a la prescripción de los delitos.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos comienza su argumentación indicando que las autoridades internas han interferido en el Derecho al respeto de la vida privada de la demandante. No se han asegurado, a juicio de Estrasburgo, las condiciones legales y prácticas para que la demandante pudiera

<sup>6</sup> Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 7 de marzo de 2014.



manifestar su posición en torno a la extracción de los tejidos de su marido.

En cuanto a la legalidad de la interferencia, se debía determinar si la legislación interna estaba formulada de una manera suficientemente precisa y proporcionaba una protección legal adecuada contra la arbitrariedad en ausencia de una reglamentación administrativa específica. Las autoridades internas discrepaban en torno al alcance de la legislación letona. El centro forense y la policía de seguridad consideraban que existía un sistema de presunción de consentimiento mientras que los investigadores creían que el sistema legal letón se basaba en un sistema de consentimiento informado por parte del donante o de sus familiares. El desacuerdo entre las autoridades mostraba falta de claridad. De hecho, aunque el derecho letón establece el marco para consentir o rechazar la extracción de órganos, no define claramente el alcance de la obligación correspondiente o la discreción ofrecida a los expertos u otras autoridades a este respecto. El Tribunal observa que los instrumentos europeos e internacionales relevantes en esta materia dan una importancia particular a la posición de los familiares. El principio de legalidad requiere igualmente a los Estados asegurar las condiciones legales y prácticas para hacer efectivas sus leyes. Sin embargo, la demandante no ha sido informada de cómo y cuándo sus derechos, como familiar cercana, pueden ser ejercidos.

A continuación, el TEDH analiza si el derecho interno ofrece suficiente protección contra la arbitrariedad. A este respecto dice que es importante, teniendo en consideración el gran número de personas cuyos tejidos han sido extraídos, que los familiares manifiesten de una manera expresa sus deseos contra la gran discreción que se ofrece a los expertos de practicar las extracciones en base a su propia iniciativa. Sin embargo, esto no se realizó. En ausencia de una relación legal o administrativa en esta materia, la demandante no tuvo la posibilidad de expresar sus deseos en relación con la extracción de los tejidos de su marido. En consecuencia, la interferencia en su derecho a la vida privada no fue acorde con el artículo 8.2 CEDH, por lo que el TEDH concluye, por unanimidad, que ha habido una violación del derecho al respeto de la vida privada de la demandante.

Además, el TEDH analiza si se ha dado una violación del artículo 3 CEDH. Al respecto, indica que el sufrimiento de la demandante fue más allá del que se considera normal por la muerte de un familiar. La demandante tuvo que hacer frente a un largo periodo

de incerteza, angustia y malestar debido al desconocimiento de los órganos o tejidos que fueron extraídos y la manera y finalidad de tal extracción. Tras el inicio de la investigación penal general, la demandante ha tenido la incertidumbre durante un largo periodo de tiempo del porqué le devolvieron a su marido con las piernas atadas cuando le fue entregado para el entierro. Es más, descubrió la naturaleza y cantidad de tejidos que se le extrajeron en el transcurso del procedimiento ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo cual seguramente le debió producir angustia y sufrimiento.

La falta de claridad en el sistema legal en relación con la prestación del consentimiento ha intensificado la angustia de la demandante, teniendo en consideración la naturaleza de los actos que se practicaron al cuerpo de su marido y la falta de acuerdo entre las autoridades mismas en relación a si habían actuado legalmente al extraer tejidos y órganos de los cadáveres.

Finalmente, no se ha llevado a cabo procedimiento judicial alguno en base a la prescripción de las acciones así como por la incerteza sobre si las autoridades actuaron de manera legal. Se ha denegado a la demandante, por tanto, un resarcimiento por una violación de sus derechos de la personalidad en relación con un aspecto muy sensible de su vida privada, el derecho a consentir u objetar la extracción de tejidos del cuerpo sin vida de su marido.

A continuación, el TEDH subrayará, de una manera muy significativa, que *“en el ámbito especializado del trasplante de órganos y tejidos, es generalizada la opinión de que el cuerpo humano debe ser tratado con respeto incluso después de la muerte. Así, los tratados internacionales, como el Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina y el Protocolo Adicional han sido aprobados para salvaguardar los derechos de los donantes de órganos y tejidos, vivos o muertos. Es más, el respeto a la dignidad humana forma parte de la esencia del Convenio Europeo”*. Por consiguiente, la dignidad humana también será aplicable tras la muerte. En fin, *“el sufrimiento causado a la demandante ha supuesto indudablemente un trato degradante”*. Por ello, el TEDH dirá por unanimidad que ha habido una violación del artículo 3 CEDH<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> Sobre este tema, me remito al trabajo de Fernando GONZÁLEZ BOTIJA, “Trasplante de órganos y Derecho Comunitario”, *Revista Universitaria Europea*, nº 22, 2015, pp. 97-136. Véase también el reciente trabajo de Marcos GONZÁLEZ SÁNCHEZ, “Derecho a disponer de la propia

## IV. DERECHO AL RESPETO DE LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR

### 4.1. Vientre de alquiler y Derecho al respeto de la vida familiar

En la sentencia recaída en el caso *Paradiso y Campanelli c. Italia*, de 27 de enero de 2015, los demandantes celebraron en Rusia un acuerdo de gestación subrogada con una mujer del país. A la vuelta, trascendió a las autoridades públicas italianas que habían adquirido el niño de esa manera, no permitida en Italia, con lo que se les retiró el bebé, de 9 meses de edad, y se derivó a un centro de servicios sociales. El TEDH señala que las autoridades italianas, al adoptar la decisión en base a las políticas públicas del país en materia de gestación subrogada y las normas de adopción internacional, puede que no hayan tenido en cuenta el interés superior del menor. El TEDH subraya que separar al niño de los demandantes fue una medida extrema y sólo puede justificarse en el caso de un peligro inmediato para el menor, por lo que considera que no se han dado las circunstancias que podrían justificar la separación del niño de los demandantes. Sin embargo, el TEDH dice que esto no debe entenderse como una obligación a Italia de devolver el niño a los demandantes, ya que indudablemente el menor habrá desarrollado lazos emocionales con la familia adoptiva con la que ha estado viviendo desde 2013. Se concluye, por cinco votos contra dos que ha habido una violación del artículo 8 CEDH (Derecho al respeto de la vida familiar)<sup>8</sup>.

La consideración del interés superior del menor en este caso debe comprenderse en el contexto de dos asuntos anteriores. Me refiero a las sentencias recaídas en los casos, *Menesson c. Francia y Lebasse c. Francia*, ambas de 26 de junio de 2014. El TEDH dice en estas sentencias que no se entromete en la prohibición legítima de la técnica de la gestación

salud. Donación y trasplante de órganos y tejidos celulares”, en el libro colectivo *La protección de la salud en tiempos de crisis: nuevos retos del bioderecho en una sociedad plural*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, 277-296.

<sup>8</sup> Esta decisión no se adoptó por unanimidad. En efecto, los jueces Raimondi (Italia) y Spano (Islandia) formularon una opinión parcialmente disidente. Argumentan, entre otras cuestiones, que no se puede dar la cualificación de vida familiar a personas que no tienen un vínculo biológico cuando el origen de la custodia se ha basado en un acto ilegal, infringiendo el orden público. En esta consideración, tienen en cuenta la posible conducta ilegal en el origen del establecimiento de la relación familiar de hecho así como el análisis de la proporcionalidad requerido en el contexto del artículo 8, en cuanto al breve espacio de tiempo en el que la familia permaneció unida.

subrogada ni en la denegación de la inscripción de hijos de ciudadanos franceses gestados en Estados extranjeros por medio de esta técnica. Esta prohibición, reconoce el Alto Tribunal, puede tener como fin legítimo la protección de la salud, así como desincentivar esta práctica que se considera contraria al orden público internacional en Francia. Sin embargo, en base al interés superior del menor, la no inscripción en el Registro Civil de estas filiaciones constituye, a modo de ver del TEDH, una violación del Derecho al respeto de la vida familiar de los menores, pues afecta a la imposibilidad de adquirir la nacionalidad del país de sus padres así como otros derechos, como los sucesorios. Por ello, el TEDH concluye que en estos casos se da una violación del Derecho al respeto de la vida familiar de los menores, tal y como viene recogido en el artículo 8 CEDH.

### 4.2. La prohibición del «parto en casa» no es contraria al Convenio

Uno de los temas actuales que entraña más dificultades es el de la delimitación de hasta qué punto deben extenderse los derechos sociales en la medida en que requieran financiación pública para llevarlos a la práctica. En este ámbito, destaca especialmente el Derecho a la salud. Cada Estado, en base a sus posibilidades financieras, decidirá la cobertura de los servicios públicos de salud que sea capaz de prestar<sup>9</sup>. Quizá en este contexto podríamos situar la sentencia recaída en el caso *Dubská y Krejzová c. la República Checa*, de 11 de diciembre de 2014. Las demandantes son dos mujeres a favor de dar a luz en casa. Sin embargo, el derecho checo prohíbe a los profesionales de la salud asistir alumbramientos en domicilios.

La primera demandante, mientras estaba embarazada de su segundo hijo, decidió dar a luz en su hogar. Se animó a ello debido a su experiencia con el nacimiento de su primer hijo en 2007 en un hospital en la que le practicaron varias intervenciones quirúrgicas y tuvo que permanecer ingresada más tiempo del que ella deseaba. Se le informó de que la legislación del país no contempla la posibilidad de un seguro de salud que cubra los gastos del alumbramiento en casa y que a las comadronas sólo se les permitía asistir alumbramientos en dependencias hospitalarias con el equipamiento técnico exigido por la ley. A pesar de la

<sup>9</sup> En torno a este tema, resulta de interés la Decisión de Inadmisión *Valentina Pentiacova y Otros c. Moldavia*, de 4 de enero de 2005, que comenté en la crónica “Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista General de Derecho Administrativo* 9 (www.iustel.com), 2005, pág. 23.

claridad del derecho interno, la primera demandante finalmente tendría a su segundo hijo en su casa. Un año después, el Tribunal Constitucional checo desestimó su demanda en relación con la denegación de la solicitud que realizó de que se le asistiera como ella pretendía para el parto por un profesional de salud.

La segunda demandante tuvo a sus dos primeros hijos en casa, con la ayuda de comadronas, que le asistieron sin autorización estatal. En el momento en el que presentó la demanda ante el TEDH, estaba embarazada de su tercer hijo pero no encontraba comadronas porque en base a la nueva legislación, que entró en vigor el 1 de abril de 2012, las comadronas se exponían a duras sanciones si asistían en el parto a embarazadas sin autorización. Finalmente, dio a luz en un hospital reconocido por ser respetuoso con los deseos de las madres durante el alumbramiento.

En base al artículo 8 del Convenio, ambas demandantes se quejan del hecho de que las madres no tienen libertad de elección a la hora de dar a luz, debiendo hacerlo forzosamente en un hospital.

El TEDH observa que la imposibilidad para las demandantes de ser asistidas por comadronas al alumbrar en casa, supone una interferencia en el Derecho al respeto de sus vidas privadas. El TEDH subraya que los derechos a la autonomía personal y a la integridad física y psicológica quedan integrados en el ámbito de aplicación del artículo 8 CEDH (Derecho al respeto de la vida privada y familiar). Sin embargo, el TEDH reconoce que la interferencia tiene una base legal y que las demandantes pudieron prever que la posibilidad de dar a luz en casa estaba prohibida por el ordenamiento jurídico. La interferencia servía a una finalidad legítima: la protección de la salud y los derechos de los demás en el sentido del artículo 8 CEDH. No había lugar a dudas de que la ley checa en cuestión se aprobó con la finalidad de proteger al bebé y a la madre durante el alumbramiento y en los momentos posteriores.

En relación con la cuestión de si la interferencia fue necesaria, el Tribunal observa, en concreto, que no hay un consenso europeo en la cuestión de si se deben permitir los alumbramientos en casa y en qué circunstancias. El tema requiere una evaluación por las autoridades nacionales teniendo en cuenta datos de expertos y científicos. En la ponderación se deberá respetar el margen de apreciación del que goza el Estado en cuanto a consideraciones de carácter económico y social, como la previsión de recursos económicos para establecer un sistema de emergencia

específico para los partos en casa, lo cual podría significar trasladar fondos del sistema de maternidad general de los hospitales para poder atender esta nueva variante. Por estas razones, el Tribunal considera que los Estados gozan de un amplio margen de apreciación en la regulación de esta cuestión. Es cierto, dice el TEDH, que al ponderar los intereses en conflicto, el Gobierno checo se ha fijado fundamentalmente en la finalidad de proteger los intereses del bebé. Las madres, como las demandantes, pueden elegir un hospital en el que se respeten sus deseos pero han comprobado que no era algo que estuviera garantizado.

La mayoría de los estudios de investigación sobre la seguridad de los alumbramientos en casa indican que si se cumplen ciertos requisitos, no hay mayor riesgo que en los hospitales. No obstante, ello es así en casos de embarazos de bajo riesgo y siempre que las madres sean atendidas por comadronas calificadas. La situación del país, en el que no se permite a las madres dar a luz en casa y en el que no hay un sistema de emergencia especial vigente, incrementa el riesgo a la vida y salud de la madre y el niño. El TEDH también tiene en consideración lo alegado por el Gobierno checo en el sentido de que si un embarazo no presenta complicaciones especiales, no se van a dar dificultades inesperadas si la madre es atendida en un hospital. A la luz de estas consideraciones, el TEDH concluye que las madres afectadas, incluyendo las demandantes, no tienen que soportar una carga excesiva ni desproporcionada. Al mismo tiempo, sin embargo, el TEDH subrayará que las autoridades checas deben mantener estas previsiones normativas bajo constante revisión, teniendo en cuenta los avances médicos, científicos y legales en la materia. Seguramente el TEDH ha valorado que el parto en casa parece que rápidamente gana mayor aceptación en las sociedades europeas.

En conclusión, el Tribunal considera, por una mayoría, que no ha habido una violación de los derechos de las demandantes referidos al artículo 8 CEDH<sup>10</sup>.

### **4.3. Relaciones de sujeción especial en el ámbito hospitalario**

El siguiente caso también se refiere al sistema de protección de la salud en el momento del parto, en el ámbito hospitalario de la República Checa. En

<sup>10</sup> El juez Mark Viliger y la juez Ganna Yudkivska expresaron una opinión concurrente común. El juez belga, Paul Lemmens, expresó una opinión disidente.

efecto, en la sentencia recaída en el caso *Hanzelkovi c. la República Checa, de 11 de diciembre de 2014*, la demandante, una vez dio a luz, al encontrarse bien, abandonó el hospital, a pesar de la oposición del equipo médico. El hospital, a instancias de los servicios sociales, dictó una nota observando que “dado el breve periodo de tiempo transcurrido desde el nacimiento, la salud y la vida del bebé está en riesgo si se le priva del cuidado hospitalario”. La autoridad entonces solicitó al Tribunal de distrito la adopción de una medida cautelar en base al Código de Procedimiento Civil con la finalidad de proporcionar al niño el cuidado debido. El Tribunal aceptó la solicitud el mismo día. Entonces, un alguacil y un trabajador social acudieron al domicilio de la demandante. El médico, aunque pudo comprobar que el niño no tenía problemas de salud, decidió ejecutar la medida cautelar y llevaron tanto a la madre como al niño al hospital. Una vez en el hospital, el niño fue nuevamente examinado y se constató su buen estado de salud. Madre e hijo fueron forzados a permanecer en el hospital dos días, tiempo en el que no necesitaron tratamiento. Por solicitud de la madre, que firmó una renuncia expresa a más cuidados tras ser informada debidamente, se les permitió abandonar el hospital, 50 horas después del nacimiento.

El TEDH observa que en este caso es aplicable el artículo 8 CEDH pues la madre tuvo que retornar al hospital en contra de su voluntad pues era la única manera de no separarse de su hijo recién nacido. Ni la breve estancia en el hospital ni el hecho de que los demandantes no hayan seguido tratamiento médico alguno en el hospital, afecta a la consideración del TEDH de que la situación enjuiciada constituía una interferencia en su Derecho al respeto de su vida privada y familiar.

El TEDH observa que madre e hijo fueron trasladados de vuelta al hospital en ejecución de una medida cautelar adoptada por el Tribunal de Distrito en base al Código de Procedimiento Civil. La disposición relevante se contempla para casos en los que se abandona un bebé o está en riesgo su vida o un desarrollo saludable. La interferencia en cuestión, en principio, se ha guiado por un fin legítimo, la protección de la salud y los derechos de los demás, en este caso, del recién nacido.

El TEDH considera que la toma del cuidado de un bebé recién nacido en contra de la posición de la madre es una medida muy dura. Debe darse una razón imperiosa para que un bebé sea retirado de la

atención de su madre, así como la adopción de un procedimiento en el que no se implicó ni a su madre ni a su pareja. El médico, sin embargo, no puede ser criticado por haber notificado a la autoridad de servicios sociales ya que la conducta inicial de la demandante pudo causar preocupación al equipo médico del hospital.

En relación con la resolución judicial en base a la cual se adoptó la medida cautelar, puede decirse que era especialmente lacónica y simplemente se refirió a la breve nota del médico, que indicó un riesgo general para la salud y la vida del recién nacido sin ofrecer más detalles. No se deduce de la orden que se haya intentado obtener más información sobre el caso o que se haya intentado una medida menos intrusiva en el Derecho al respeto a la vida familiar de la demandante.

En consecuencia, el TEDH no está convencido de que hubiera razones de peso especiales para retirar al niño de su madre sin el consentimiento de ésta. Sin sustituir la propia opinión de las autoridades nacionales y sin tratar de especular sobre las medidas de protección de la salud más recomendadas para el recién nacido, el Tribunal se ve obligado a decir que el tribunal interno adoptó una medida muy radical al enviar al recién nacido al hospital en compañía de la policía y un alguacil –una medida que debía ejecutarse inmediatamente- ya que debió observar la posibilidad de otras soluciones que implicaran una interferencia menos extrema en el Derecho al respeto de la vida familiar de la madre y el recién nacido.

Así pues, la grave interferencia en el Derecho a la vida privada y las condiciones en las que se llevó a cabo, han sobrepasado el margen de apreciación del Estado. Tuvo efectos desproporcionados en la expectativa del disfrute de la vida familiar justo después del nacimiento. Si bien se debían dar medidas de precaución para proteger la salud del bebé, la interferencia en el Derecho a la vida familiar provocada por la medida cautelar no puede considerarse necesaria en una sociedad democrática. Por consiguiente, se decide por 5 votos contra 2 que ha habido una violación del artículo 8 CEDH. Con la misma mayoría, el TEDH también concluyó que había habido una violación del artículo 13 CEDH porque los demandantes no dispusieron de una medida efectiva mediante la cual hubieran podido someter en el ámbito interno sus quejas en relación con la violación del Convenio.

## V. DERECHO AL RESPETO DE LOS BIENES: REDUCCIÓN DE LAS LICENCIAS PARA LA VENTA DE TABACO Y PROTECCIÓN DE LA SALUD

En el marco de la Ley húngara del Tabaco, de 11 de septiembre de 2012, la venta de este producto pasó a ser controlada por la Empresa Nacional de Comercio del Tabaco que, con la finalidad de reducir el consumo de tabaco y evitar especialmente su acceso a los menores de edad, redujo drásticamente el número de licencias a establecimientos autorizados. Únicamente se autorizarían 7.000 puntos de venta, frente a los más de 40.000 que existían antes de su entrada en vigor.

En la sentencia recaída en el caso *Vékony c. Hungría*, de 13 de enero de 2015, la familia del demandante llevaba una tienda de ultramarinos desde 1994, en la que vendían tabaco y otros productos relacionados. Tras la reforma legislativa, no se les renovó la licencia. No reunían las condiciones -más estrictas- exigidas por la nueva ley.

El TEDH comienza su argumentación indicando que la cancelación legal y la no renovación de la licencia del demandante para vender tabaco constituyó una medida de control del uso de la propiedad que conllevó una interferencia en sus derechos referidos en el artículo 1 del Protocolo nº 1.

La pérdida de la licencia, observa el TEDH, tuvo un impacto negativo, muy considerable, en el negocio del demandante. Perdió un tercio de su recaudación habitual. El periodo transitorio contemplado entre la entrada en vigor de la ley y el plazo para terminar la venta de tabaco -10 meses- fue insuficiente, a modo de ver del Tribunal. Además, está implícito en el artículo 1 del protocolo nº 1 que cualquier interferencia en el goce pacífico de las posesiones debe acompañarse de garantías procedimentales que permitan a los afectados una oportunidad razonable de presentar su caso ante las autoridades y poder cuestionar efectivamente las medidas. Una medida de control desproporcionada y arbitraria no satisface los requerimientos de la protección de la posesión en base al artículo 1 del Protocolo nº 1.

El TEDH observa que se ha impuesto al demandante una carga excesiva. Para llegar a esta conclusión, observa que la licencia del demandante se ha extinguido sin indemnización, la medida se ha introducido de una manera improvisada, la pérdida de

la vieja licencia ha sido automática, no se ha dado audiencia al interesado ni se ha contemplado un recurso contra la medida y el demandante no tenía una posibilidad realista de conservar su posesión porque el proceso de otorgamiento de nuevas concesiones fue arbitrario y no daba preferencia a los antiguos poseedores de licencias. Por todo ello, el TEDH concluye por unanimidad que ha habido una violación del artículo 1 del Protocolo nº 1<sup>11</sup>.

## VI. FINAL

En este trabajo se ha pretendido realizar un repaso de la jurisprudencia reciente del TEDH dictada en materia de salud, que ha sido especialmente prolija. No se ha querido, deliberadamente, realizar un estudio exhaustivo de la evolución de la jurisprudencia en la materia, misión que conllevaría, seguramente, una monografía. La tarea que se ha desarrollado es, por tanto, mucho más humilde. Se ha tratado de dar cuenta de las recientes sentencias y decisiones que se han dictado sobre temas tan actuales y que generan tanto debate como la eutanasia, el “derecho a una muerte digna”, la gestación subrogada, el respeto a la dignidad del cuerpo humano tras el fallecimiento, entre otros.

Enlazando con la introducción, debe destacarse la eficacia de esta jurisprudencia en el Derecho español, vía art. 10.2 de la Constitución. En materia de gestación subrogada, por ejemplo, las decisiones comentadas deberán ser tenidas en cuenta por nuestros poderes públicos en la garantía y respeto del Derecho al respeto de la vida familiar de los menores gestados mediante esta variante, en aras a la protección del principio del interés superior del menor. La jurisprudencia en esta materia ha quedado claramente definida por Estrasburgo por lo que ya no habrá lugar a las vacilaciones que se han dado en casos planteados tanto en España como en otros Estados integrantes del Consejo de Europa. En materia de eutanasia y muerte digna, sin embargo, el TEDH, como se ha visto, opta por respetar el amplio margen de apreciación que se otorga a los Estados, al tratarse de un tema complicado desde la perspectiva de las connotaciones éticas, jurídicas, sociales y filosóficas. Tendremos que estar, no obstante, al análisis de cada caso concreto así como la evolución del consenso europeo que se pueda dar en los próximos años.

<sup>11</sup> Este trabajo ha sido concluido en Madrid, el 22 de junio de 2015.

No menos significativas serán, desde la perspectiva española, sentencias como la referida a las exigencias del respeto del cuerpo humano, incluso tras la muerte, y su conexión con los derechos humanos clásicos; o la ineludible exigencia del sometimiento al régimen propio de las organizaciones en el ámbito de las relaciones de sujeción especial; o la condena por la no prestación adecuada de los servicios de salud contemplados en la cobertura sanitaria, sin que el déficit presupuestario pueda ser alegado como causa de exención, lo cual entronca necesariamente con la ineludible exigencia del nivel de protección de la salud en un Estado Social.

En fin, las sentencias y decisiones recientes dictadas muestran que la salud es un tema en muy vivo, que presenta nuevos retos a los que el TEDH trata de dar solución satisfactoria en el ámbito de la protección de los derechos fundamentales.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- BOUAZZA ARIÑO, Omar: “Legitimación activa ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: admisión de una demanda presentada por una organización no gubernamental en nombre de una persona con discapacidad, fallecida en un centro de salud mental”, *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 37, 2014, pp. 1-5.
- BOUAZZA ARIÑO, Omar: “Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 9, 2005, pp. 23-24.
- CANTERO MARTÍNEZ, JOSEFA, “Las políticas sanitarias de carácter regresivo. ¿Qué niveles de protección ofrece nuestro ordenamiento jurídico?”, *Derecho y Salud*, 23-2, 2013, pp. 107-131.
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio: *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 2003, 157 p.
- GONZÁLEZ BOTIJA, Fernando; VAQUERO RAMIRO, Susana: “Trasplante de órganos y Derecho Comunitario”, *Revista Universitaria Europea*, nº 22, 2015, pp. 97-136.
- GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Marcos: “Derecho a disponer de la propia salud. Donación y trasplante de órganos y tejidos celulares”, en VVAA: *La protección de la salud en tiempos de crisis: nuevos retos del bioderecho en una sociedad plural*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 277-296.

- LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki (Dir.): *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Thomson-Civitas, 2ª ed., Madrid, 2009, 949 p.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo: *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del Derecho*, Civitas, Madrid, 2004, 204 p.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo: *Vías concurrentes para la protección de los derechos humanos*, Civitas, Cizur Menor, 2006, 169 p.
- PEREZ LUÑO, Antonio E.: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 10ª ed., Tecnos, Madrid, 2010, 675 p.
- PRESNO LINERA, Miguel Ángel; JIMÉNEZ BLANCO, Pilar: “Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 51, 2014, págs. 9-44.