

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

GRAN SALA

**ASUNTO FERNANDES DE OLIVEIRA c.
PORTUGAL
(Demanda no. 78103/14)**

SENTENCIA¹

Estrasburgo

31 de enero de 2019

TRADUCCIÓN DE

ANA VICTORIA ACOSTA² Y NICOLÁS PÉREZ TRENCH³

¹ La sentencia completa puede consultarse en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-189426> en inglés y en francés. Aquí solo se traduce un voto particular.

² Estudiante de Relaciones Internacionales, Universidad de Navarra.

³ Estudiante de Abogacía, Universidad Católica Argentina.

En el asunto Fernandes de Oliveira contra Portugal

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, constituido en una Sala compuesta por los siguientes jueces, Guido Raimondi, *presidente*, Angelika Nußberger, Linos-Alexandre Sicilianos, Robert Spano, Luis López Guerra, Isil Karakas, Paulo Pinto de Albuquerque, Branko Lubarda, Yonko Grozev, Síoira O’Leary, Carlo Ranzoni, Mārtinš Mits, Armen Harutyunyan, Alena Poláčková, Pauliine Koskelo, Jolien Schukking, Péter Paczolay, *jueces*, y de Françoise Elens-Passos, *secretario de sección*,

Después de haber deliberado en privado el 7 de marzo y el 14 de noviembre de 2018, pronuncia la sentencia siguiente, la cual fue adoptada en la última fecha mencionada:

Dicta la siguiente,

SENTENCIA

[...]

OPINIÓN CONJUNTA PARCIALMENTE DISIDENTE DEL JUEZ PINTO DE ALBUQUERQUE Y EL JUEZ HARUTYUNYAN

1. Yo voté por una violación tanto de la rama sustantiva como de la procesal del artículo 2 de la Convención Europea de Derechos Humanos. A pesar de que en general coincido con los fallos de la mayoría sobre la última cuestión, por razones fácticas y legales, no puedo compartir sus puntos de vista sobre la cuestión anterior. Con respecto a los hechos, demostraré que la opinión de la mayoría está cimentada en la suposición de hechos que simplemente no ocurrieron y, peor aún, en un marco legal con una “teoría general”⁴ sobre la protección del derecho a la vida de pacientes psiquiátricos hospitalizados que era evidentemente inexistente. En resumen, la opinión de la mayoría fue escrita para un país distinto a Portugal en el

⁴ Véase párr. 130 de la sentencia.

momento de lo ocurrido. La presente sentencia es el resultado de un ejercicio creativo de la función judicial para un país imaginario.

2. Con respecto a la ley, demostraré que la opinión de la mayoría persigue el enfoque ideológicamente cargado y minimalista de *Lopes de Sousa Fernandes*⁵ sobre las obligaciones positivas del Estado en el ámbito de la salud, esta vez en referencia específicamente a los pacientes psiquiátricos hospitalizados bajo el control del Estado como grupo especialmente vulnerable. El efecto es el de degradar el nivel de la protección de la Convención a un nivel inadmisiblemente de inercia por parte del Estado.

La obligación de fijar un marco normativo

3. La obligación positiva del Estado en el ámbito de la salud requiere que este elabore regulaciones exigiendo a que los hospitales, ya sean públicos o privados, adopten las medidas necesarias para proteger la vida de los pacientes⁶. Según *Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal*⁷, la obligación del Estado en virtud del artículo 2 de la Convención y bajo el contexto de la salud incluye el deber de crear un marco normativo para proteger al paciente. La mayoría sigue esta línea de jurisprudencia⁸. Incluso asumiendo la existencia de dicha obligación en los términos reducidos en los que estuvo formulada en la sentencia⁹, encuentro que el Estado demandado no la ha cumplido, por las siguientes razones.

4. El artículo XVII de la Ley no. 2006 del 11 de abril de 1945 regulaba la obligación del Estado a proteger la vida de pacientes con enfermedades mentales internados voluntariamente en hospitales públicos, proveyendo un régimen tanto abierto como cerrado. Esta

⁵ Véase *Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal* (GS), no. 56080/13, TEDH, 19 de diciembre de 2017.

⁶ Véase *Calvelli y Ciglio c. Italia* (GS), no. 32967/96, §49, TEDH, 2002-I.

⁷ Véase *Lopes de Sousa Fernandes* citado anteriormente.

⁸ Véase párr. 106 y 107 de la sentencia.

⁹ *Ibid.*

regulación se mantuvo bajo el artículo XXII de la Ley no. 2118 del 3 de abril de 1963 y, tras la revolución de 1974, el decreto no. 127/92 del 3 de julio de 1992 todavía hacía referencia a esos reglamentos. La ley actual – no. 36/98 del 24 de julio de 1998 – los derogó. Sin embargo, han permanecido en la práctica sin ninguna base legal.

5. Con respecto al marco normativo en Portugal y en particular al Hospital Sobral Cid (“HSC”) durante los hechos, es pertinente citar los siguientes pasajes del informe del Comité para la Prevención de la Tortura (“CPT”):

108. ... Los pacientes podían ser también aislados temporalmente (es decir, confinados solos en una habitación). El aislamiento, que nunca tuvo una duración de períodos largos, tenía lugar en la propia habitación del paciente o, si compartía un dormitorio, en uno de los dormitorios individuales.

109. ... el CPT considera que cada instancia de contención física de un paciente debería ser inscrita en un registro específico establecido para este propósito. La incorporación debería incluir las fechas en que la medida inició y cesó, las circunstancias del caso, las razones por las que se llega a dicha medida, el tipo de medida, el nombre del doctor que la ordenó o aprobó, y un relato de cualquier lesión sufrida por los pacientes o el personal (mi resaltado)¹⁰.

6. En 2003 y 2008, el CPT insistió, en términos generales, en la necesidad de una política “escrita” y “detallada” sobre el aislamiento de pacientes psiquiátricos para “todos los hospitales psiquiátricos”, incluyendo los “hospitales psiquiátricos privados”:

¹⁰ Portugal: Visita periódica de 1999, CPT/Inf (2001) 12 | Sección: 38/47 | Fecha: 20/12/1999, C. Hospital Psiquiátrico Sobral Cid / 5. Medidas de restricción. Esta visita incluyó el “departamento general de psiquiatría para hombres”, en donde A.J. permaneció varias veces (véase párr. 17 y 79 de la sentencia).

119. L'isolement des patients psychiatriques doit faire l'objet d'une politique détaillée... Le CPT recommande aux autorités portugaises d'élaborer une telle politique.

119. El aislamiento de pacientes psiquiátricos debe ser el objeto de una política específica... El CPT recomienda a la autoridades portuguesas elaborar un política acorde.¹¹

130. El CPT recomienda que las autoridades portuguesas tomen los pasos necesarios para asegurarse de que todos los hospitales psiquiátricos tengan su propia política escrita sobre el uso de medios de contención, o implementen el protocolo mencionado precedentemente. Esta recomendación se aplica de igual manera a los hospitales psiquiátricos (mi resaltado)¹².

7. Fue únicamente en 2007 cuando el Ministerio de Salud introdujo un protocolo acerca del uso de la “contención mecánica” en todos los hospitales portugueses, incluyendo los hospitales psiquiátricos (Circular No. 08/DSPSM/DSPCS). En 2011, dicho protocolo fue revocado y remplazado por una serie de normas más nuevas y amplias de la Dirección General de Salud no. 21/2011 del 6 de junio de 2011 con respecto al uso de medios de contención en los pacientes, el cuál también cubre “aislamiento, y contención química y mecánica”. (Orientação da Direção-Geral da Saúde no. 21/2011, de 6/06/2011 Prevenção de comportamentos dos doentes que põem causa a sua segurança ou da sua envolvente - Contenção de Doentes).

Las normas hacen referencia a cinco tipos de contención: terapéutica (control sobre la actividad física, el comportamiento, o alguna parte del cuerpo de el o la paciente), ambiental (control sobre la libertad de movimiento del paciente, por ejemplo, dentro de un

¹¹ [Original en francés] Portugal: Visita periódica 2003, CPT/Inf (2007) 13, 30 de julio de 2004, C. Estructuras psiquiátricas penitenciarias / 6. Medios de contención y recursos para el aislamiento.

¹² Portugal: Visita periódica 2008, CPT/Inf (2009) 13 | Sección: 36/44 | Fecha: 24/07/2008, C. Instituciones psiquiátricas / 4. Medios de restricción.

espacio reducido (*sala de confinamiento*) en donde el paciente pueda moverse con seguridad bajo supervisión clínica), física (atrapar, remover o bloquear a un paciente con el fin de evitar una situación de riesgo), mecánica (la utilización de un dispositivo para restringir movimiento) y químico (uso de medicación que inhibe el movimiento del paciente). Según el punto 9 de las normas, cada hospital debe elaborar normas internas que implementen las normas nacionales en relación con el cuidado específico que brinda cada hospital. Los motivos que fundaron las normas fueron expresados en los siguientes términos:

Existe evidencia de que la restricción es una de las prácticas más comúnmente usadas a nivel internacional para el cuidado de pacientes con comportamientos que involucran un riesgo para sí mismos o para aquellos a su alrededor. De los distintos estudios realizados sobre esta materia, sobresale la necesidad de prevenir incidentes y eventos adversos asociados con las medidas de restricción. De manera simultánea, los beneficios para la promoción de la seguridad que puede resultar del entrenamiento en un contexto profesional, así como del recurso a estas medidas han sido documentados.

8. Durante una visita a Portugal en 2012, el CPT respondió al nuevo marco de la siguiente manera:

107. En sus reportes sobre las visitas de 2003 y 2008, el CPT recomendó la adopción de una política para el uso de medidas de restricción. La adopción por el Ministerio de Salud en junio de 2011 de normas sobre el uso de medidas de restricción es un paso hacia adelante. Ellas cubren el aislamiento, la restricción mecánica y química, y reemplazan un protocolo anterior de 2007 sobre la restricción mecánica. De todos modos, es lamentable que las normas no traten explícitamente muchos aspectos importantes, tales como: los

tipos de casos en los que dichos medios de restricción pueden ser usados; el requerimiento de que cualquier aplicación de medios de restricción debe ser siempre ordenado de manera expresa por un doctor o inmediatamente llevado ante un doctor con miras a buscar su aprobación; la duración de la restricción y la necesidad de una revisión frecuente, contacto humano apropiado y una mayor supervisión del personal; el establecimiento de un registro específico para el uso de medidas de restricción (en adición al registro de la medida en el historial del paciente o en el diario de enfermería). Las normas de 2011 tenían que ser implementadas en los hospitales psiquiátricos forenses visitados y ellas no aplicaban en ninguna circunstancia al Hospital Psiquiátrico de la Prisión de Santa Cruz do Bispo, que estaba bajo la autoridad del Ministerio de Justicia. El CPT recomienda que las autoridades portuguesas tomen los pasos necesarios para asegurarse de que todos los hospitales psiquiátricos forenses – incluidos aquellos bajo el Ministerio de Justicia – establezcan una política escrita sobre el uso de medios de contención, en línea con las anteriores recomendaciones del Comité sobre el tema.¹³

9. De hecho, las normas sobre el uso de medios de contención adoptadas por el Ministerio de Salud en junio de 2011 no fueron aplicadas sistemáticamente en el país¹⁴. Peor aún, incluso en el caso de personas internadas voluntariamente, estas no fueron informadas acerca de la aplicación de dichas políticas¹⁵. El personal médico hizo lo que quiso cuando quiso.

Con respecto al uso de medios de contención y el uso de pijamas, el CPT no pudo haber sido más claro e insistió notablemente en la

¹³ Portugal: Visita 2012, CPT/Inf (2013) 4 | Sección: 38/45 | Fecha: 25/07/2012, C. Instituciones psiquiátricas para pacientes forenses / 6. Medios de reclusión y recursos para el aislamiento / a. Política sobre el uso de medidas de restricción.

¹⁴ Informe del CPT en la visita al HSC de 2012, párr. 107.

¹⁵ Informe del CPT en la visita al HSC de 2012, párr. 123.

necesidad de un registro centralizado para “todas las formas” de uso de contención “en todo centro psiquiátrico”.

111. ... El CPT reitera su recomendación de que todo intento de restricción, incluida la restricción química, siempre debe ser ordenada de manera expresa por un doctor o informada inmediatamente a un doctor. La prescripción de “medicación SOS” nunca puede justificar la utilización de dicha medicación como restricción química.

112. Otra restricción a la libertad de movimiento aplicada a los pacientes en ambos departamentos forenses fue una medida de vigilancia, conocida como el régimen “pijama”. Los pacientes bajo este régimen debían permanecer vestidos en pijamas durante todo el día, y no se les permitía el acceso al patio. Este régimen se aplicaba en los hospitales Central de Lisboa y Sobral Cid durante las primeras dos semanas posteriores al ingreso del paciente a la institución. También podía ser aplicado en el hospital Sobral Cid a los pacientes que habían mostrado un comportamiento agresivo o que habían violado ciertas reglas (por ejemplo, fumar adentro del hospital) por períodos de uno o más días; en estos casos, la decisión sobre la aplicación del régimen de vigilancia especial fue tomada de manera ad hoc por el personal de turno y no fue acompañado por medidas de protección y procedimientos claros.

Según la mirada del CPT, el uso sistemático de pijamas como un medio de vigilancia de pacientes recientemente llegados es altamente cuestionable. Otros métodos de supervisión para dichos pacientes deberían ser aplicados sin restringir su libertad de movimiento. El Comité recomienda que se tomen los pasos necesarios para poner fin a la práctica de la utilización de pijamas por parte de pacientes recientemente llegados en los hospitales Central de Lisboa y Sobral Cid.

113. Con respecto a los registros, es significativo que un registro electrónico centralizado del uso de la restricción

mecánica fue introducido en el Hospital Psiquiátrico Central de Lisboa. Sin embargo, solo incluía información estadística sobre la frecuencia de las medidas de contención en los distintos pabellones y no había detalles específicos sobre, por ejemplo, la duración o el tipo de medida aplicada. En el hospital Sobral Cid no había un registro específico para casos de aplicación de medios de restricción. En estos hospitales visitados, las referencias al uso de restricción mecánica fueron hechas en el diario de enfermería y ocasionalmente en el historial del paciente. No obstante, estas referencias solían ser breves y carecían de mención respecto al inicio y finalización de la medida

El CPT ha llamado la atención en reiteradas ocasiones,¹⁶ es lamentable que las normas de 2011 sobre la utilización de medios de contención del Ministerio de Salud (ver el párrafo 107 precedente) no contemplan un registro centralizado para todas las formas de uso de restricción – incluidos el aislamiento y la restricción mecánica y química – en todo establecimiento psiquiátrico. El CPT llama a las autoridades portuguesas a tomar los pasos necesarios para asegurar que toda instancia de restricción de un paciente sea inscrita en un registro específico en todo establecimiento psiquiátrico. La incorporación a este registro debería incluir las fechas en que la medida inició y cesó, las circunstancias del caso, las razones por las que se llega a dicha medida, el tipo de medida, el nombre del doctor que la ordenó o aprobó, y un relato de cualquier lesión sufrida por los pacientes o el personal.¹⁷

¹⁶ Observaciones similares han sido realizadas al respecto tras las visitas del CPT a Portugal en 1999, 2000 y 2008, ver CPT/Inf (2009) 13, párrafo 129.

¹⁷ Portugal: Visita periódica 2012, CPT/Inf (2013) 4 | Sección: 39/45 | Fecha: 25/07/2012, C. Instituciones psiquiátricas para pacientes forenses / 6. Aislamiento y medios de restricción / b. Departamentos forenses de los Hospitales Psiquiátricos Sobral Cid y Central de Lisboa.

123. ... El CPT debe recordar una vez más su posición de que la admisión de una persona a un establecimiento psiquiátrico de manera involuntaria ya sea que la persona involucrada sea un paciente civil o “forense”, no debería ser interpretada como una autorización a ser tratada sin su consentimiento. Todo paciente competente, ya sea voluntario o involuntario, debería ser completamente informado sobre el tratamiento que se le intenta prescribir, y se le debería dar la oportunidad de rechazar dicho tratamiento o cualquier otra intervención médica. Cualquier derogación de este principio fundamental debería estar basada en la ley y solo estar relacionada a circunstancias excepcionales definidas de manera clara y estricta. El Comité llama a las autoridades portuguesas a tomar los pasos necesarios para revisar la legislación relevante a la luz de estas afirmaciones¹⁸ (mi resaltado).

10. Es altamente significativo que el CPT establezca estándares que deben ser aplicados en “cada” centro psiquiátrico con “cada paciente competente, ya sea voluntario o involuntario”, como que “cada paciente competente, ya sea voluntario o involuntario, debe ser totalmente informado acerca del tratamiento prescrito y de la opción de rechazar el tratamiento o cualquier otra intervención médica” o incitar a las autoridades portuguesas a asegurar que “cada caso de contención de un paciente quede asentado en un registro determinado en todo centro psiquiátrico” o declarar que “todo tipo de contención, incluyendo contención química, requiere la orden expresa de un doctor o debe ser llevada a la atención inmediata de un doctor”. De la misma manera, critica la deficiencia de la internación de pacientes voluntarios e involuntarios, como la decisión de aplicar un régimen de vigilancia especial “de manera ad hoc por el personal de turno” y “sin procedimientos ni garantías claras que lo enmarquen”, el uso sistemático de pijamas como un método de

¹⁸ Portugal: Visita periódica 2012, CPT/Inf (2013) 4 | Sección: 39/45 | Fecha: 25/07/2012, C. Instituciones psiquiátricas para pacientes forenses / 7. Medidas de protección / b) medidas de protección durante la colocación.

vigilancia para los pacientes recién llegados y la falta de un registro centralizado para todas las formas de uso de contención – incluyendo aislamiento, contención química y mecánica – en todo centro psiquiátrico.

11. Por lo tanto, no es correcto limitar el alcance de los estándares del CPT en relación con esos pacientes en tratamiento obligatorio bajo orden de una corte penal.¹⁹ Toda la información mencionada anteriormente fue ignorada por la mayoría durante su valoración del aspecto sustantivo del presente caso, así como con el hecho de que el primer Plan Nacional de Salud Mental (2007-2016) fue aprobado por el Consejo de Ministros en virtud de la resolución 48/2008 del 24 de enero de 2008. En un documento de 55 páginas, hay nueve referencias al suicidio y una muy vaga previsión para la futura creación de programas de prevención del suicidio. Proporciona tres hospitales psiquiátricos para todo el país: Magalhães de Lemos (Oporto), Sobral Cid (Coímbra) y Júlio de Matos (Lisboa), y 39 departamentos de psiquiatría en hospitales generales. El Decreto no. 1490/2017 ofrece que se evalúe una implementación del plan con una vista al 2020. Dicha evaluación valora la situación de la siguiente manera:

*Evaluación del Plan Nacional de Salud Mental 2007-2016 (Avaliação do Plano Nacional de Saúde Mental 2007-2016): 'ausencia de coordinación eficiente de elementos del sistema de cuidados de salud mental, con asimetrías persistentes en la concentración de recursos humanos en los hospitales centrales; ...autonomía reducida de los centros locales y regionales de toma de decisiones (...) implementación débil de la red de cuidado de salud mental continuada e integrada; inexistencia de incentivos para la puesta en práctica de intervenciones comunitarias'*²⁰

¹⁹ Véase párr. 78 y 79 de la sentencia.

²⁰ Véase www.sns.gov.pt

12. El primer plan nacional de prevención del suicidio (2013-2017) respeta el *Public Health Action for the Prevention of Suicide* (2012) de la OMS²¹. Por primera vez una estrategia nacional contra el suicidio fue diseñada con recomendaciones específicas para personas o grupos de personas en riesgo, incluyendo personas con discapacidad mental, instrucciones de monitoreo, y directivas de evaluación.

13. En otras palabras, en el 2000, Portugal estaba en las fases prehistóricas de prevención del suicidio para pacientes psiquiátricos hospitalizados. No había legislación ni regulación acerca de qué tipos de políticas se podían aplicar, bajo qué circunstancias, por quién y por cuánto tiempo. El protocolo de las medidas para proteger a los pacientes aplicable a todos los centros psiquiátricos data de 2011 y no ha sido regulado en todos los hospitales como se supone que debía ocurrir. El protocolo es evidentemente insuficiente en relación con los estándares internacionales impuestos por el CPT. Por lo tanto, no había y todavía no hay un marco normativo con respecto a la obligación del Estado a proteger la vida de pacientes con enfermedades mentales internados voluntariamente en hospitales públicos como el HSC. Sencillamente, en el 2000, el HSC se encontraba en un vacío legal.

14. Tras ignorar los hechos en la práctica, la mayoría excusó al Estado demandado con dos argumentos: afirman que el criterio adoptado por el HSC con respecto a la falta de vallas y paredes estaba de acuerdo con la Ley de salud mental vigente en ese momento, la cual supuestamente reflejaba estándares internacionales. Esto simplemente no es correcto. Como se demuestra anteriormente, los estándares internacionales impuestos por el órgano competente, el CPT, no fueron cumplidos debidamente hasta 2011, e incluso ahí solo en parte. Por lo tanto, es posible afirmar que “el marco normativo claramente brinda al HSC los medios de tratamiento necesarios para abordar las posibles necesidades médicas y psiquiátricas de A.J”²² solo

²¹ Véase www.dgs.pt

²² Véase párr. 117 de la sentencia.

si uno realmente malinterpreta el mensaje insistente del CPT a Portugal. Además, el argumento de que la Ley de salud mental proporcionaba la posibilidad de hospitalización involuntaria y por ende también las posibles necesidades médicas y psiquiátricas de A.J no atiende el punto presentado por la demandante. La demandante jamás argumentó a favor de que su hijo debió haber sido encerrado. Más bien, afirmó que su hijo no requería ningún tipo de vigilancia estricta, pero si un régimen de cuidado especial acompañado con medidas de contención que garantice tantos sus necesidades médicas como su seguridad.²³

15. Con respecto a la falta de normas sobre el uso de medios de contención en pacientes psiquiátricos voluntarios en el 2000, lo cual fue omitido discretamente por el Estado hasta que la cuestión se presentó al foro durante la sesión de la Gran Sala, la respuesta de la mayoría es sorprendente: no lo ven como una “deficiencia” que llevaría a la violación del artículo 2, ya que, según su opinión, esta carencia es únicamente relevante para el propósito de evaluar la eficiencia de la ley conforme al artículo 5 de la Convención. Según este punto de vista, la falta de una política escrita sobre el uso de medios de contención podría llevar a la violación del artículo 5, pero no la violación del artículo 2, incluso cuando la falta de unas normas precisas y previsibles sobre el uso de medios de contención pone en riesgo la vida de pacientes psiquiátricos hospitalizados bajo el control del Estado. Esto conduce a la conclusión ilógica de que el artículo 2 amerita menos protección que artículo 5.

16. Pero lo más increíble de la sentencia aún está por venir. En el párrafo 120, el denominado “procedimiento de vigilancia existente” es de hecho una creación *ab ovo* de la mayoría. No había normas que regulen dicho “procedimiento de vigilancia”, en efecto, dicho “procedimiento de vigilancia” no existía, y mucho menos un “procedimiento más contencioso” o un procedimiento para “emergencias” simplemente porque cada decisión del personal

²³ Véase párr. 88 de la sentencia.

médico y el personal de enfermería fue tomada de manera *ad hoc*, tal como el CPT confirmó en 2012²⁴. El párrafo 120 de la sentencia, tal como su origen en los hechos (párrafo 54), es una ingeniosa descripción ingeniosa de una realidad virtual. De la misma manera, es exagerado afirmar, como la mayoría lo hace en el párrafo 49 de la sentencia, que el manual “establece las reglas que rigen la hospitalización”. En realidad, el documento solo contiene “información útil para que tu te sientas a gusto en este hospital” (*informações úteis para que se sinta bem neste Hospital*), en concreto una compilación de información práctica para el usuario, sin un carácter normativo.²⁵ La mayoría está claramente autorizada a formular sus propias opiniones en base a los hechos, pero no a formular sus “propios hechos”.

17. Es verdad que, en el expediente, el personal médico y el Estado hacen referencia a un “régimen abierto” y a un “régimen cerrado”, pero, la obligación del Estado a cumplir uno de estos regímenes no se especificaba en ninguna parte de la ley o de las regulaciones administrativas. La mejor evidencia de esta situación caótica es la manera contradictoria en la que el Estado se refiere a “régimen cerrado” (*regime fechado*). Al principio, argumentó que el régimen cerrado si podía ser aplicado a A.J., pero no había sido aplicado porque no era “adecuado”.²⁶ Mas adelante, el Estado argumentó que el régimen cerrado podía ser aplicado únicamente a los pacientes en hospitalización involuntaria²⁷, pero admitió que A.J., quien era un hospitalizado voluntario, había sido “confinado al pabellón respectivo, vestido con pijama y bata” (*confinado ao respetivo pavilhao, permanecendo vestido com pajama e roupao*) en

²⁴ Véase párr. 112 del informe del CPT de 2012, citado anteriormente.

²⁵ Cito del documento mismo, el cual incluye las observaciones del Estado ante la Gran Sala en la página 35.

²⁶ Véase párr. 104 de las observaciones del Estado ante la Sala.

²⁷ Véase párr. 130 de las observaciones del Estado ante la Gran Sala.

abril del 2000 y que solamente durante la segunda y tercera semana de abril se le permitió abandonar el pabellón.²⁸

18. La intención *a priori* de la mayoría está clara y quedó plasmada en el párrafo 122 de la sentencia: actuando como una corte de primera instancia, la mayoría no encontró ninguna conexión entre “las supuestas deficiencias de los procedimientos para emergencias y la muerte de A.J.”, incluso antes de afrontar la cuestión de la evaluación *in concreto* sobre la existencia de un riesgo “real e inmediato”²⁹ a la vida del hijo de la demandante y la necesidad de implementar medidas preventivas adecuadas. La sentencia pudo haber terminado ahí. Pero la mayoría le impuso a la demandante el dolor de tener que pasar por la segunda parte del aspecto sustantivo de “La Ley” parte de la sentencia (párrafo 124-32), en dónde tiene que leer que el primer intento frustrado de suicidio de su hijo y su severa intoxicación alcohólica en víspera de su segundo —y exitoso— intento de suicidio no fueron lo suficientemente graves como para recibir la atención del estado portugués y, por ende, la mayoría pudo evitar hacerse cargo.

La obligación de adoptar medidas preventivas

19. La mayoría propuso la aplicación del test de *Osman*³⁰ para la evaluación de la obligación positiva de adoptar medidas preventivas. Según el criterio *Osman*, la vulnerabilidad extrema de la víctima debe ser considerada³¹. El test fue aplicado por primera vez en un caso de suicidio en *Keenan c. Reino Unido*³². En otro caso posterior, el

²⁸ Véase párr. 21 y 85 de las observaciones del Estado ante la Gran Sala.

²⁹ Véase párr. 131 de la sentencia.

³⁰ Véase *Osman c. Reino Unido*, 28 de octubre de 1998, referencias citadas en esa sentencia 1998-VIII. He estado alegando para una reforma del *Osman* test (*Valiulienė c. Lituania*, no. 33234/07, 26 de marzo de 2013, y *Lopes de Sousa Fernandes*, citado anteriormente, §63). En el caso presente, en aras de simplificar, no entraré en esta discusión.

³¹ Véase *Van Colle c. Reino Unido*, no. 7678/09, §91, 13 de noviembre de 2012.

³² Véase *Keenan c. Reino Unido*, no. 27229/95, TEDH 2001-III.

Tribunal encontró una violación del artículo 13 en relación con el artículo 2 frente a la falta de recursos efectivos en materia civil para determinar la responsabilidad y compensación cuando había un argumento debatible sobre la transgresión de dicho artículo debido al suicidio de un hospitalizado voluntario dentro de un centro psiquiátrico³³. El caso presente es el primero en el que el Tribunal ha afirmado una obligación positiva del Estado bajo el artículo 2 a adoptar medidas con respecto al riesgo de los hospitalizados voluntarios a suicidarse.

20. La mayoría no solo afirma dicha obligación positiva, pero también la incluye en casos de hospitalización involuntaria, en el sentido de que el Tribunal “puede aplicar un estándar de control más estricto” en cuanto al deber de adoptar medidas razonables para prevenir el suicidio de una persona³⁴. Por otro lado, esto claramente significa que el Tribunal adoptará una política de no-intervención con respecto al control de pacientes psiquiátricos hospitalizados voluntarios en riesgo. No puedo ver la razón por esta diferencia de trato y la mayoría ni siquiera se esfuerza en ofrecer una. La Gran Sala no debió haber proporcionado esta justificación simplemente por el hecho de que contradice la decisión unánime del Tribunal. El Tribunal presentó la opinión contraria, especialmente de que el trato tanto de los hospitalizados voluntarios como de los involuntarios debe ser igual, porque:

Independientemente de si la hospitalización era de naturaleza voluntaria o involuntaria, y en la medida en que un paciente interno voluntario se encuentra bajo el cuidado y supervisión del hospital, las obligaciones del Estado deberían ser las mismas. El decir lo contrario sería equivalente a privar

³³ Véase *Reynolds c. Reino Unido*, no. 2694/08, 13 de marzo de 2012.

³⁴ Véase párr. 124 de la sentencia.

*a los pacientes internos voluntarios de la protección del artículo 2 de la Convención.*³⁵

21. El argumento de que existe una tendencia a tratar a las personas con enfermedades mentales bajo un régimen de “puerta abierta” no es decisivo³⁶. Primero, solo muestra un lado de la moneda ya que también hay una tendencia contraria de incrementar las obligaciones del Estado con respecto a la prevención del suicidio, la cuál es totalmente desatendida por la mayoría como lo demostraré a continuación³⁷. La base del problema de hoy se centra justamente en

³⁵ Véase *Fernandes de Oliveira c. Portugal*, no. 78103/14, §73, 28 de marzo de 2017. El respeto por dicha decisión se demuestra también en el hecho de que ni siquiera es mencionada cuando la mayoría discute la cuestión del párrafo 124 de la sentencia presente.

³⁶ Véase la bibliografía académica sobre el nuevo paradigma de salud mental, Davidson, “An international comparison of legal frameworks for supported and substitute decision-making in mental health services” (2016) 44 *International Journal of Law and Psychiatry*, 30-40; Richardson, “Mental Disabilities and the Law: From Substitute to Supported Decision Making?” (2012) *Current Legal Problems*, 1-22; Richardson “Mental Capacity at the Margin: The Interface between Two Acts” (2010) 18 *Medical Law Review* 56-77; Donnelly, *Healthcare Decision-Making and the Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010; McSherry and Weller (eds), *Rethinking Rights-Based Mental Health Laws*, Oxford: Hart Publishing, 2010; Nuffield Council on Bioethics, *Dementia: Ethical Issues*, London: Nuffield Council on Bioethics, 2009; Maclean, *Autonomy, Informed Consent and Medical Law: A Relational Challenge*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008; Fistein, et al, “A Comparison of Mental Health Legislation from Diverse Commonwealth Jurisdictions” (2000) 32 *International Journal of Law and Psychiatry*, 147-55; and Mackenzie and Stoljar (eds), *Relational Autonomy: Feminist Perspectives on Autonomy, Agency and the Social Self*, New York: Oxford University Press, 2000.

³⁷ Los estándares a los cuales hago referencia se establecieron en el *Practice manual for establishing and maintaining surveillance systems for suicide attempts and self-harm*, Geneva: World Health Organization, 2016; *Preventing suicide: a global imperative*. Geneva: World Health Organization, 2014; *Mental Health Action Plan 2013–2020*. Geneva: World Health Organization, 2013; *Preventing suicide, a resource for general physicians*, World Health Organization, 2000 (with precise indications on management of patients); *Preventing suicide, a resource for primary health care workers*, World Health Organization, 2000 (with precise indications on how to manage suicidal patients); *Primary prevention of mental, neurological and psychosocial disorders*. Chapter 4: Suicide, World Health Organization, 1998; and *Prevention of suicide:*

la interrelación entre estas dos tendencias de derecho y práctica internacional con respecto a la salud, la cual la mayoría ni siquiera intentó considerar.

Además, según lo expuesto por la jueza Iulia Antoanella Motoc, discrepando en *Hiller*, “el deber de proteger el derecho a la vida no debe sacrificarse en un intento de cumplir con la reciente tendencia en atención médica previamente mencionada”³⁸. El derecho a la vida prevalece sobre el derecho a la libertad, en especial cuando la condición psicopatológica del individuo limita su capacidad de autodeterminación. No es nada más que pura hipocresía argumentar que el Estado debe dejar libres de poner fin a sus vidas a hospitalizados vulnerables suicidas en hospitales psiquiátricos estatales con el mero fin de respetar su derecho a la libertad. Al final del día, lo que realmente impulsa a la mayoría no es la preocupación de una menor o mayor libertad de los hospitalizados psiquiátricos internados en hospitales públicos, sino el estricto interés financiero de salvaguardar a las autoridades del hospital de desafíos legales y “medidas excesivamente restrictivas”³⁹, mientras “se tienen en cuenta las decisiones operacionales que deben adoptarse en términos de las prioridades y los recursos en proporcionar servicios de salud pública y otros servicios públicos”⁴⁰. Finalmente, esto refleja una política escondida de despreocupación del bienestar social, la cual apunta a una máxima comercialización de los servicios de salud pública y sobre todo a la protección de profesionales de la salud dentro de una burbuja legal intocable, eludiendo la responsabilidad del Estado bajo la Convención por el sistema de salud pública y las muertes o graves perjuicios hospitalarios y consecuentemente limitando la jurisdicción

guidelines for the formulation and implementation of national strategies, New York (NY): United Nations, 1996.

³⁸ Véase la opinión disidente de la jueza Iulia Antoanella Motoc en *Hiller c. Austria*, no. 1967/14, 22 de noviembre de 2016.

³⁹ Véase párr. 121 de la sentencia.

⁴⁰ Véase párr. 125 de la sentencia.

del Tribunal en esta área. En otras palabras, la sentencia presente se adhiere a la misma ideología que *Lopes de Sousa Fernandes*⁴¹.

22. Como lo ha reconocido la mayoría misma, A.J. era una persona especialmente vulnerable⁴². Diferentes factores indicando su extrema vulnerabilidad evidentemente agravaron la inminencia y previsibilidad del suicidio, principalmente el hecho de que A.J. había intentado suicidarse recientemente. El 1 de septiembre de 1999 ya había una nota en su “historial clínico”⁴³ indicando la “probabilidad de atentar en contra de su integridad física y psicológica debido a abstinencia del alcohol”. Como sostuvo el Fiscal General ante la Corte Suprema, “solo la historia clínica de A.J. ya tenía referencias de intentos de suicidio, de los cuales uno había ocurrido veinticinco días antes. Así que era posible predecir que estos se repetirían”.⁴⁴

Él intentó suicidarse el 1 de abril del 2000.⁴⁵ Esta es la nota registrada en su historial clínico de ese día después del intento de suicidio: el “siente que la vida no tiene valor, se siente marginado e impotente en el momento de realizar un proyecto de vida, por lo que

⁴¹ Véase mi opinión separa en *Lopes de Sousa Fernandes*, citada anteriormente, §64, 73, y 74.

⁴² Véase párr. 124 de la sentencia; véase también *Renolde c. Francia*, no. 5608/05, §84, TEDH 2008 (extractos), considerando a las personas con enfermedades mentales como particularmente vulnerables.

⁴³ Es claramente exagerado llamar “historial clínico” a las copias incompletas, confusas, desorganizadas, a veces incluso casi ilegibles proporcionadas por el Estado al Tribunal, pero usaré esta expresión para facilitar la referencia. El estado caótico de este “historial” refleja bien la calidad de cuidado que recibió A.J.

⁴⁴ Véase párr. 43 de la sentencia.

⁴⁵ Según la OMS, “se calcula que, por cada suicidio, probablemente haya habido más de 20 intentos. Haber cometido uno o más intentos de suicidio es el factor predictivo más importante de muerte por suicidio... La cantidad de casos conocidos se suele comparar con la punta de un iceberg, donde solo son visibles los suicidios, intentos de suicidio y autoagresiones que se han presentado en hospitales y los intentos de suicidio y autoagresiones que se han presentado en servicios de atención primaria, mientras que la mayoría de los intentos de suicidio permanecen “ocultos” bajo la superficie y desconocidos para los servicios de salud” (*Manual de prácticas para el establecimiento y mantenimiento de sistemas de vigilancia de intentos de suicidio y autoagresiones*, Ginebra: Organización Mundial de la Salud, 2016, pág. 6).

prefería morir, lo cual intentó concretar”⁴⁶. Él claramente “prefería morir” ya que se sentía “marginado e impotente” (*marginalizado e sem poder*). De hecho, A.J. había expresado varias veces una sensación de profunda desesperanza, en especial después de perder la posibilidad de conseguir un trabajo como camionero, lo cual lo llevó al intento de suicidio⁴⁷.

En *Renolde c. Francia*, la brecha entre los dos intentos de suicidio – el fallido y el exitoso – era de dieciocho días⁴⁸. En el caso de A.J. la brecha era de veintiséis días junto con un episodio serio de autoagresión en el medio, dos días antes del suicidio. En virtud del razonamiento en *Renolde* acerca de que el riesgo era real y que la obligación positiva de adoptar medidas preventivas debe imponerse a pesar del hecho de que su “condición y la urgencia del riesgo de un nuevo intento de suicidio habían variado”⁴⁹, me pregunto por qué este no fue el caso para el riesgo de A.J.

⁴⁶ Véase la nota en el historial clínico del 1 de abril del 2000.

⁴⁷ Según la OMS, los “factores de riesgo individuales” son los siguientes: “intento de suicidio anterior, trastornos mentales, consumo nocivo de alcohol, pérdida de trabajo o financiera, desesperanza, dolor crónico, antecedentes familiares de suicidio, factores genéticos y biológicos... La desesperanza, como aspecto cognitivo del funcionamiento psíquico, a menudo se ha usado como un indicador del riesgo de suicidio si va asociada a trastornos mentales o intentos de suicidio previos. Los tres aspectos principales de desesperanza se relacionan con los sentimientos de una persona acerca del futuro y la pérdida de motivación y expectativas. La desesperanza a menudo se puede reconocer por la presencia de pensamientos tales como “las cosas nunca mejorarán” o “no veo que las cosas mejoren”, y en la mayoría de los casos va acompañada de depresión” (*Prevención del suicidio: un imperativo global*, Organización Mundial de la Salud, Ginebra, 2014, págs. 31 y 40).

⁴⁸ Véase *Renolde*, citado anteriormente, §86.

⁴⁹ Véase *Renolde*, citado anteriormente, §89 “... that risk was real and that Joselito Renolde required careful monitoring in case of any sudden deterioration.” Véase también *Keenan*, citado anteriormente, §96: “The immediacy of the risk varied, however. Mark Keenan’s behaviour showed periods of apparent normalcy or at least of ability to cope with the stresses facing him. It cannot be concluded that he was at immediate risk throughout the period of detention. However, the variations in his condition required that he be monitored carefully in case of sudden deterioration.”

23. Segundo, A.J. era un esquizofrénico y sufría de “depresión mayor”⁵⁰. Esto fue determinado por los tribunales domésticos. La primera vez que se formuló dicha diagnosis de esquizofrenia fue temprana: el 6 de septiembre de 1999, mucho antes del primer intento de suicidio⁵¹.

En *De Donder y De Clippel c. Bélgica*⁵², el Tribunal consideró que la esquizofrenia paranoide involucra un riesgo alto y predecible de suicidio. En ese caso, el Tribunal encontró una violación del artículo 2, incluso sin un intento de suicidio previo ya que consideró que “Ciertamente, la inmediatez de tal riesgo era difícil de percibir, pero este criterio ... no puede entrar en juego de manera perentoria en asuntos de suicidio”.⁵³ No logro entender nuevamente la razón por la que la inmediatez del riesgo no fue un criterio decisivo en el caso belga, pero fue observada estrictamente en el caso portugués presente,⁵⁴ en donde el paciente acumulaba ambos factores de riesgo de los casos *Renolde* y *De Donder*.

Lo anterior debería ser suficiente para plantear la cuestión legítima de si el Tribunal discrimina entre los pacientes de primera clase y los de segunda clase ya que no hay una justificación para esta

⁵⁰ No solo “depresión”, minimizada en el párrafo 127 de la sentencia, pero “depresión mayor”.

⁵¹ Véase el informe experto con respecto a la administración doméstica de procesos judiciales citada en el párrafo 33 de la sentencia. Según la OMS, “las personas con trastornos mentales presentan tasas desproporcionadas elevadas de discapacidad y mortalidad. Así, por ejemplo, las personas con depresión mayor o esquizofrenia tienen una probabilidad de muerte prematura un 40% a 60% mayor que la población general, debido a los problemas de salud física, que a menudo no son atendidos (por ejemplo, cánceres, enfermedades cardiovasculares, diabetes e infección por VIH), y al suicidio”. (*Plan de Acción sobre Salud Mental 2013-2020*, Ginebra: Organización Mundial de la Salud, 2013, párr. 11)

⁵² Véase *De Donder y De Clippel c. Bélgica*, no. 8595/06, 6 de diciembre de 2011.

⁵³ *Ibíd.*, §76.

⁵⁴ La mayoría no clarificó el lapso de tiempo examinado en relación con la evaluación de riesgo: ¿son “los últimos días de su vida” (véase párr. 128), los “días anteriores” (*ibíd.*), o “los días justo antes de su suicidio” (véase párr. 129)? ¿Cuál es el lapso de tiempo exacto para este propósito?

diferencia de trato entre A.J. y los pacientes belga y francés. Evidentemente la cuestión no es retórica y es aún más apremiante en vista de los siguientes argumentos que demuestran que se le hizo un mal a A.J. que nunca fue remediado.

24. Tercero, los tribunales domésticos concluyeron que el suicidio no era predecible porque A.J. nunca fue diagnosticado apropiadamente. En otras palabras, la falta de un diagnóstico oportuno y apropiado por parte del Estado sirve de excusa para que el Estado no prediga el riesgo de suicidio. Esta es una situación típica de Catch-22, en donde el Estado usa su propia negligencia para excusarse de haber causado el daño. La justificación alarmante del psiquiatra (Dr. A.A.) fue que él no fue el doctor de A.J. por suficiente tiempo como para hacer una diagnosis más precisa sobre la condición mental de A.J.⁵⁵ a pesar del hecho de que él se convirtió en su psiquiatra en diciembre de 1999, cuatro meses antes del suicidio.

Lo más desalentador es que el Estado si realizó dicha diagnosis, pero solamente después de que A.J. muriera⁵⁶. ¡A.J. fue diagnosticado con trastorno límite de la personalidad (TLP) solamente después de que se suicidara!⁵⁷ Este era, en las palabras del médico experto nombrado por el Tribunal, “un individuo propenso al conflicto e irritable fácilmente... agresivo hacia su familia (madre y hermana), se enoja sin razón alguna y sin estar bajo los efectos del alcohol... Esta agresividad a veces se volvía en su contra – su historial clínico hace referencia a intentos de suicidio recurrentes...”⁵⁸.

25. Cuarto, A.J. tenía un largo historial de consumo excesivo de droga y alcohol. Él se suicidó el 27 de abril del 2000. El 25 de abril del 2000, dos días antes de su suicidio, él tuvo un típico “episodio

⁵⁵ Véase el testimonio del Dr. A.A. anexoado en este documento.

⁵⁶ Véase párr. 33 de la sentencia.

⁵⁷ Véase párr. 11 y 40 de la sentencia.

⁵⁸ Véase el informe del médico experto nombrado por el Tribunal del 27 de septiembre de 2006 anexoado en este documento.

deliberado de autoagresión” de consumo excesivo de alcohol⁵⁹. Consecuentemente, ningún médico evaluó las consecuencias de ese incidente en cuanto a la necesidad de incrementar el monitoreo de A.J. Él fue dejado para permanecer en su desolación, abandonado en su “agresividad”, la cual “a veces se volvía en su contra” para usar las palabras del experto nombrado por el Tribunal.

26. Quinto, A.J. era un hombre joven y, según la OMS, “el suicidio es la segunda causa más frecuente de muerte en los jóvenes a nivel mundial... Además, los jóvenes y las personas mayores están entre los grupos de edad más propensos a abrigar ideas de suicidio o autolesionarse”.⁶⁰

⁵⁹ Según la OMS, “conforme a la definición, los criterios de inclusión son los siguientes (es decir, los siguientes se consideran casos de lesiones auto infligidas intencionalmente o de intentos de suicidio): Todo método utilizado para causar lesiones auto infligidas intencionalmente (de acuerdo con la codificación de la CIE-10, cuadro 3.1) (por ejemplo, por sobredosis de alcohol, sobredosis de alguna droga ilícita, ingestión de plaguicidas, laceración, intento de ahogamiento, intento de ahorcamiento, herida con arma de fuego) donde está claro que la autoagresión se infligió intencionalmente” (*Manual de prácticas para el establecimiento y mantenimiento de sistemas de vigilancia de intentos de suicidio y autoagresiones*, Ginebra: Organización Mundial de la Salud, 2016, pág. 33); y véase también *Mental Health Gap Action Programme, Scaling up care for mental, neurological, and substance use disorders*, Geneva: World Health Organization, 2008, page 29: “Suicide is the third leading cause of death worldwide in people aged between 15 and 34 years, and it is the 13th leading cause of death for all ages combined. About 875 000 people die from suicide every year. High rates of suicide are associated with mental disorders such as depression and schizophrenia and with alcohol and drug dependence.” Véase también el *National Confidential Inquiry into Suicide and Homicide by People with Mental Illness (NCISH), Safer Care for Patients with Personality Disorder*, Manchester: University of Manchester, 2018: “The majority of patients who took their own life had a history of self-harm (146. 95%). The last episode of self-harm occurred within a week of death in 20 cases (16%), and 81 (70%) within 3 months. Repeated incidents of self-harm were common in the year before suicide (77. 66%). In most cases the triggers were known to services (106, 98%). These were: Alcohol intoxication, During the last episode of care a risk assessment for suicide, self-harm and/or violence was undertaken in 121 (88%), a risk formulation undertaken in 91 (71%) and risk management plan developed in 85 (69% cases).”

⁶⁰ *Plan de Acción sobre Salud Mental 2013-2020*, Ginebra: Organización Mundial de la Salud, 2013, párr. 11 y 72. Véase también *Prevención del suicidio: un imperativo global*, Ginebra: Organización Mundial de la Salud, 2014, pg. 11: “Los jóvenes se encuentran

27. Por último, pero no por ello menos importante, A.J. era un paciente clasificado con una evaluación de riesgo de “GD 3” (Grau de Dependência 3), es decir “grado III de dependencia”, por el HSC mismo.⁶¹ El grado III de dependencia “corresponde al paciente que requiere de una asistencia intensiva y total en una fase aguda y/o una situación de urgencia”.⁶² El grado I de dependencia “corresponde al paciente autosuficiente”. El grado II de dependencia “corresponde al paciente que requiere asistencia parcial”. Desde el 25 de abril de 2000 hasta el día del suicidio, el historial clínico no menciona el grado de dependencia del paciente. Esto significa que el HSC no hizo ninguna evaluación de riesgo por lo menos dos días antes del suicidio.⁶³

Medidas puestas en práctica para prevenir el suicidio de los pacientes hospitalizados psiquiátricos voluntarios

28. Según lo expuesto anteriormente, A.J. estaba en riesgo predecible e inminente de suicidio y el HSC junto con otras autoridades hospitalarias sabían acerca de este riesgo. Pero incluso si este no era el caso, hay ciertas precauciones que a pesar de todo deben ser adoptadas. La mayoría no entró en esta cuestión, pero la

entre los más afectados; el suicidio es ahora la segunda causa principal de muerte a nivel mundial entre personas de 15 a 29 años de edad”. Según la International Association for Suicide Prevention (IASP) Guidelines for Suicide Prevention, “There are also certain groups of persons who are particularly at risk for suicidal behaviour. These include those with a past history of attempted suicide, alcohol and other substance dependent persons, young males There have been many studies indicating that those who attempt suicide are far more likely to commit suicide in the future than other groups. ... It has long been recognised that alcohol and other substance dependence is associated with an increased risk of suicide.”

⁶¹ Véase párr. 13 de la sentencia.

⁶² Véase, por ejemplo, las notas del historial clínico del 11 de enero de 1993 y del 2 de febrero de 1993. Aunque conscientes de este hecho (véase párr. 13 de la sentencia), la mayoría no tomó en cuenta esta información en el momento de evaluar la “larga historia de problemas de salud mental” de A.J. (véase párr. 130 de la sentencia).

⁶³ La mayoría admitió que no se tomó nota de ninguna evaluación de riesgo para “su última visita en el 2000” (véase párr. 13 de la sentencia).

jurisprudencia si impone dicha responsabilidad en el Estado con el fin de minimizar cualquier potencial riesgo de autoagresión y de intentos de suicidio, incluso cuando no está establecido que sabía o debió haber sabido acerca de la existencia de dicho riesgo⁶⁴.

Aunque la mayoría no encontró necesario seguir este razonamiento⁶⁵, siento que tengo una obligación moral de hacerlo, en aras tanto de la consistencia de la jurisprudencia como de la exhaustividad del análisis legal del caso. La cuestión que debe ser respondida ahora es si las medidas fijadas fueron suficientes y la respuesta es no indudablemente, absolutamente no, por las siguientes siete razones.

29. Primero, no había y todavía no hay un marco normativo adecuado con respecto a la obligación del Estado a proteger la vida de pacientes con trastorno mental tratados voluntariamente en hospitales públicos en Portugal. No hay límites legales impuestos a los doctores con respecto a si un paciente psiquiátrico debe o no estar dentro de un régimen abierto o cerrado o en una sala de confinamiento. El valor agregado de este caso debió haber sido justamente el inducir que el Estado cierre esta brecha y proporcione a los doctores una base legal para su actividad.

30. Segundo, no había y todavía no hay medios administrativos adecuados para una mejor vigilancia de los hospitalizados con riesgo de suicidio. Las modalidades de esta vigilancia deben ser establecidas de acuerdo con el margen de apreciación nacional, pero al hacerlo, el Estado debe considerar, entre otras cuestiones, los estándares internacionales de la Organización Mundial de la Salud (OMS). Según los estándares de la OMS, se requiere una mejor vigilancia para pacientes con riesgo de suicidio, la cual puede ser realizada por

⁶⁴ Véase *Eremiasova and Pechova c. República Checa*, no. 23944/04, §110, 16 de febrero de 2012, reiterado en *Keller c. Rusia*, no. 26824/04, §88, 17 de octubre de 2013.

⁶⁵ El párr. 132 de la sentencia evade la segunda rama del *Osman* test, pero en realidad, en párrafos anteriores, la mayoría ya aceptó las medidas adoptadas por las autoridades nacionales (véase, por ejemplo, párr. 130 de la sentencia).

ejemplo a través de medios de video vigilancia o señalización voluntaria de la persona o cualquier otro medio informático.⁶⁶ Los sistemas informáticos de vigilancia ayudan a detectar e impedir cualquier cuidado deficiente y monitorear los estándares de cuidado. Crea un entorno acogedor en donde las personas se sientan seguras de que van a recibir una atención decente. La vigilancia informática puede ser aplicada únicamente en las salas comunes de los centros y, si es necesario, en las habitaciones y en los establecimientos de uso privado. La última opción requiere el consentimiento previo del usuario. Los hospitales usan tanto un equipo de vigilancia visible como uno oculto. Un monitoreo sanitario apropiado de los pacientes permite una reacción rápida frente a una crisis que decidirá la probabilidad de supervivencia del paciente⁶⁷. Por lo tanto, los

⁶⁶ Véase *Manual de prácticas para el establecimiento y mantenimiento de sistemas de vigilancia de intentos de suicidio y autoagresiones*, Ginebra: Organización Mundial de la Salud, 2016, pg. 6: “Mejorar la vigilancia y el seguimiento de los intentos de suicidio y las autoagresiones es un elemento central del modelo de salud pública que comprende la prevención de suicidios... Sin embargo, la intención de morir puede ser más difícil de evaluar (y por consiguiente de registrar) ya que en ciertos casos hasta la persona involucrada puede no estar segura de sus intenciones. Es por ello que un sistema de vigilancia centrado en el hospital representará inevitablemente los casos de lesiones auto infligidas intencionalmente con varios niveles de intención suicida y varios motivos subyacentes, y no solo los intentos de suicidio caracterizados por una fuerte intención suicida”. Según la *Guía de intervención mhGAP para los trastornos mentales, neurológicos y por consumo de sustancias en el nivel de atención de salud no especializada Versión 2.0*, Organización Mundial de la Salud, 2016, pg. 136: En todos los casos “coloque a la persona en un entorno seguro y propicio en un establecimiento de salud. NO deje a la persona sola”.

⁶⁷ En los Estándares Revisados del CPT en marzo de 2017, el CPT acepta el uso de video vigilancia como un medio de contención dentro de centros psiquiátricos para adultos, pero además señala que “Clearly, video surveillance cannot replace continuous staff presence” (CPT/Inf (2017) 6). La *Care Quality Commission* es un regulador de la salud independiente en Inglaterra: regula los servicios de la salud en Inglaterra y ha producido una guía para los proveedores de salud y para el público sobre el uso de vigilancia en lugares como residencias geriátricas y hospitales. Véase *Using surveillance. Information for providers of health and social care on using surveillance to monitor services*, December 2014 (updated with new regulations in June 2015): “In some circumstances, surveillance systems could be used for purposes that fall within the definition of ‘deprivation of liberty’ – for example, the use of CCTV or RFID tracking devices to monitor the location of an individual for the purpose of preventing them from leaving the premises. If the identified purpose or use of surveillance has the

estándares de la OMS no requieren de la construcción de paredes y ciertamente no de un régimen de prisión para personas en las circunstancias como las de A.J.⁶⁸

potential to act as a restriction on, or deprivation of liberty, special care must be taken to consult with individuals and to consider the relevant guidance. This is in addition to the usual considerations that must be made on the use of surveillance”.

⁶⁸ En prevención del suicidio and medidas de contención, incluyendo confinamiento y video vigilancia de los pacientes, véase Dasic et al, “Improving patient safety in hospitals through usage of cloud supported video surveillance” (2017) 5 (2) Macedonian Journal of Medical Sciences 101: “Patient safety is a growing issue which can be improved with the usage of high-end centralized surveillance systems allowing the staff to focus more on treating health issues rather than keeping a watchful eye on potential incidents.”; Stolovy et al, “Video surveillance in mental health facilities: is it ethical?” (2015) 17 Israel Medical Association Journal 274-276: “Staff and patients perceive the surveillance positively, and there have been no complaints regarding the use of cameras since their installation. Moreover, the surveillance did not evoke paranoid symptoms, quite the contrary, patients perceive the surveillance as a safeguard ...”; Carroll et al., “Hospital management of selfharm patients and risk of repetition: systematic review and meta-analysis” 2014 Journal of Affective Disorders 476-83; Richardson, “Mental capacity in the shadow of suicide: What can the law do?” (2013) 9 International Journal of Law in Context 87-105; Frank, “Videoüberwachung in der Psychiatrie - Pro, kontra, Video surveillance in psychiatric hospitals-pro & contra” (2013) 40 Psychiatrisches Praxis 117-119: “many arguments speak against a prohibition (of IT surveillance in psychiatric hospitals) and few arguments speak against the possibility of using this possibility”; Salzman et al, “Panoptic power and mental health nursing-space and surveillance in relation to staff, patients, and neutral spaces” (2012) 33(8) Issues Mental Health Nursing 500-4: “the majority of spaces in mental health nursing serve as a field of visibility within which the patient is constantly watched.”; Mullender, “Involuntary Medical Treatment, Incapacity and Respect” (2011) 127 Law Quarterly Review 167-71; David et al., “Mentally Disordered or Lacking Capacity? Lessons for Management of Serious Deliberate Self Harm” (2010) British Medical Journal 341: c4489; Desai, “The new stars of CCTV: what is the purpose of monitoring patients in communal areas of psychiatric hospital wards, bedrooms and seclusion rooms?” (2009) 6 Diversity and Equality in Health Care 45-53: “The use of CCTV cameras not only enabled better detection of risk factors in managing patients on a ward, but also provided video footage for training purposes. For example, Chambers and Gillard (2005) found that maintaining recorded images of incidents allowed an opportunity for after-the-event evaluation that could be used for training purposes, especially in recognising the antecedents to violent episodes and in preventing suicide. Staff believed that the recorded images provided a more accurate and therefore objective account of incidents”; Appelbaum, “Commentary: the use of restraint and seclusion in correctional mental health” (2007) 35 (4) Journal of the American Academy of Psychiatry Law 431-5; Kennedy, Electronic surveillance in hospitals: A review, Edith Cowan University, Perth, 2006: “The benefits of electronic surveillance to patient health

31. En el caso particular del Hospital Sobral Cid, los internados entran y salen sin ningún control. Lo mismo pasa con las personas de afuera, quienes pueden cruzar al perímetro del hospital e incluso entrar a los pabellones cuando quieran. En el 2000, había un solo guardia para todo el edificio, situado en la entrada para los automóviles. No había un psicólogo permanente ni tampoco un servicio de emergencia permanente. Cuando ocurría una emergencia, se contactaba al médico de guardia y este decidía si el paciente debía ser transportado al hospital central de Coímbra. A través de los años, algunos incidentes serios, e incluso fatales, han sido causados por hospitalizados quienes han logrado salir de las instalaciones del HSC.⁶⁹

32. A.J. fue ubicado en el pabellón 8, el cual tenía una sala de confinamiento. Dentro del pabellón 8 se alojaban tanto hospitalizados voluntarios como involuntarios⁷⁰. A.J. fue ubicado en un régimen abierto el día 25 de abril del 2000 después del incidente de consumo excesivo de alcohol, tal como se evidencia en la nota de que él “caminaba alrededor del pabellón”⁷¹.

33. Tercero, ningún doctor evaluó la seriedad del incidente de consumo excesivo de alcohol del 25 de abril a pesar de que A.J. se encontraba en un estado de “desequilibrio, cierta reactividad a la

are manifold, but it is vital that the privacy implications for individuals are not overlooked by the motivation to achieve security for the whole community”; Smith et al, “Pennsylvania State Hospital system’s seclusion and restraint reduction program” (2005) 56 (9) *Psychiatric Service* 1115-22; Paris, 2004 (18) “Is hospitalization useful for suicidal patients with borderline personality disorder?” (2004) 18 (3) *Journal of Personality Disorders*, 240-47; and see also the National Institute for Care and Excellence Guidelines and literature on use of restraint on people with mental health problems in health and social care settings, available on <https://www.nice.org.uk>

⁶⁹ Véase párr. 55 de la sentencia. Es bastante revelador que esta información no haya sido ni siquiera considerada por la mayoría el rato de evaluar la obligación de adoptar medidas preventivas.

⁷⁰ Véase el informe de inspección elaborado por la corte de primera instancia.

⁷¹ Véase el registro del día 27 de abril en su historial clínico, el turno de 8 a.m-4p.m.

hospitalización, falta de coordinación funcional e inquietud”⁷². La justificación dada por el Doctor E.R con relación a su descuido fue que él “asumió que A.J. estaba bien ya que las enfermeras no solicitaron una evaluación del paciente después del incidente de los días 25 y 26 de abril”⁷³. Sorprendentemente, al doctor de guardia no le importó atender a un paciente suicida, quien acababa de tener un episodio serio de alcoholismo, porque ninguna de las enfermeras lo solicitaron, como si las enfermeras debieran asumir una responsabilidad que le corresponde a él.

34. Ningún doctor evaluó la necesidad de un régimen de contención desde el 25 de abril hasta el día del suicidio, aunque A.J. ya había sido ubicado dentro del “régimen cerrado” varias veces e incluso dentro de la sala de confinamiento (por ejemplo, el 12 de diciembre de 1999, él fue “ubicado en la sala de confinamiento” porque estaba “inquieto, con dificultad de calmarse”; el 15 de diciembre de 1999, se le ordenó que “no saliera del pabellón”; el 16 de diciembre de 1999, se le ordenó que “no saliera del servicio”; el 22 de diciembre de 1999, él todavía se quejaba que quería salir del pabellón)⁷⁴. Solamente el 13 de abril fue atendido por su doctor y “tuvo un cambio de terapia”, pero no se mencionó en qué consistía la nueva terapia⁷⁵.

35. Cuarto, en la fecha de su suicidio y el día anterior hubo una brecha de dieciséis horas sin supervisión ya que el historial clínico no contiene ninguna nota desde las 4 p.m. del 26 de abril hasta las 8 a.m. del 27 de abril. Además, las notas finales en el historial clínico de A.J., las cuales se refieren a él como “tranquilo y colaborador al principio del turno” (27 de abril, turno de 2-7 p.m.), ¡fueron agregadas por la

⁷² Véase el registro del día 26 de abril en su historial clínico, el turno de medianoche-8 a.m.

⁷³ Véase el testimonio del Dr. E.R anexado en este documento y párr. 23 de la sentencia.

⁷⁴ Véase los registros de estos días en su historial clínico.

⁷⁵ Véase los registros de este día en su historial clínico.

misma persona a las 8 p.m. cuando ya se sabía que se había suicidado!⁷⁶

36. Peor aún, había una brecha de más de veinticuatro horas entre cualquier medicación antes del suicidio de A.J, ya que él tomó su última medicación durante el turno de 12-8 a.m. del 26 de abril (precisamente a las 12:39 a.m. cuando fue atendido en el Hospital General de Coímbra y a las 2 a.m. cuando fue admitido al HSC). Esto significa que ninguna medicación fue suministrada entre las 2 a.m. del 26 de abril y el momento de su suicidio el 27 de abril a las 5:37 p.m. Los exámenes toxicológicos *post-mortem* realizados en el cuerpo de A.J. mostraron que no estaba bajo ninguna medicación en el momento. El mismo informe del experto mencionó lo siguiente: “no había una referencia detallada al estado psicopatológico que presentó el paciente el 26 de abril del 2000 en el historial clínico” y “nosotros no podemos responder de manera más detallada ya que no tuvimos acceso a la documentación que describía las circunstancias del suicidio”⁷⁷. También es importante mencionar que el intento de suicidio del 1 de abril del 2000 fue cometido con un consumo excesivo de pastillas y alcohol. El incidente de consumo excesivo de alcohol del 25 de abril seguía el mismo patrón de abuso de alcohol, pero esta vez sin pastillas. A pesar de todo esto, se dejó solo y se abandonó a A.J. a su propio trastorno mental serio. Dentro de este contexto, es relevante recalcar que, en *Renolde c. Francia*, la falta de poder asegurar que el Sr. Renolde estaba tomando su medicación diaria fue uno de los factores de apoyo para que se encuentre una violación al artículo 2. ¿Por qué no se aplicó el mismo criterio al paciente portugués?

37. Quinto, el Estado hizo referencia al “plan médico establecido para cada paciente”⁷⁸. No había ninguna evidencia acerca de dicho

⁷⁶ De hecho, la misma persona también notó que había una sospecha de que él se había suicidado y su familia había venido a recoger las pertenencias de A.J.

⁷⁷ Véase al informe del experto con fecha 27 de septiembre de 2006 ordenado por la corte de primera instancia (véase párr. 33 de la sentencia) y la entrevista con la hermana de A.J. entregada al periódico *O Publico*, 29 de marzo de 2017.

⁷⁸ Véase párr. 94 de la sentencia.

“plan médico” en la documentación del Tribunal. La mayoría no va tan lejos como para estar del lado del Estado en este punto también. Tampoco comparten la opinión del Estado demandado de que la demandante debió haber solicitado por la hospitalización involuntaria de su hijo si estaba tan convencida de que él estaba en peligro. El culpar a la demandante es un argumento inadmisibles que le suma infamia al daño.

38. Sexto, al comparar esta situación en el HSC con otros centros psiquiátricos es importante tomar en cuenta que otros centros similares en Portugal han instalado vallas o sistemas de vigilancia IT⁷⁹. También es posible encontrar centros psiquiátricos con planes médicos apropiados⁸⁰.

39. Por último, el argumento del Estado de que la sentencia de la Sala le ha presentado un dilema legal de tener obligaciones contradictorias que se derivan del artículo 2 de la CEDH (el colocar vallas alrededor de los hospitales o restringir la libertad de los pacientes) y del artículo 14 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de la ONU (“la CDPD”) (no colocar vallas ni tampoco restringir la libertad de movimiento de los pacientes) y, en especial su interpretación por el Comité de los derechos de las personas con discapacidad (“el Comité de la CDPD”) es, por tanto, erróneo.

40. El escenario legal internacional es confuso, por no decir más, al señalar discusiones actuales difíciles en el tema⁸¹. El Comité de

⁷⁹ Véase las referencias de los informes del CPT con respecto a Portugal mencionados anteriormente.

⁸⁰ *Ibíd.*

⁸¹ On the UN Disabilities Convention and its interpretation by the CRPD Committee, see Loza and Omar, “The rights of persons with mental disabilities: is the UN Convention the answer? An Arab perspective” (2017) 14 (3) *The British Journal of Psychiatry International*, 53-55: “The General comment on Article 12 interprets important human rights provisions from a narrow perspective, distances medical knowledge and alienates families in many cultures”; Freeman et al, “Reversing hard won victories in the name of human rights: a critique of the General Comment on Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities” 2015 *Lancet*

Derechos Humanos no comparte opiniones con el Comité de la CDPD ya que reconoce que la hospitalización involuntaria puede ser justificada⁸². De la misma manera, el Subcomité para la Prevención de

Psychiatry, 844-50: "In the event that a life could be saved from suicide, we submit that the Committee's assertion that involuntary treatment should never be allowed is wrong. ... When there is a conflict between different rights, the right to life should trump other rights." "What if the person is hearing voices that tell him or her to hurt themselves or another person? ... we cannot accept that doing away completely with involuntary admission and treatment will promote the rights of persons with mental illness"; Szumkler et al, "Mental health law and the UN Convention on the rights of persons with disabilities" (2014) 37 *International Journal of Law and Psychiatry* 245-52: "very few would support the idea that the state never, even as a last resort, has a duty to protect those who are clearly unable to make crucial treatment decisions for themselves"; Bartlett, "The United Nations on the Rights of Persons with Disabilities and Mental Health law" (2012) 75 (5) *The Modern Law Review* 752-78; Fennell and Khaliq, "Conflicting or Complementary Obligations? The UN Disability Rights Convention and the European Convention on Human Rights and English law" (2011) *European Human Rights Law Review* 662-74; Weller, "The Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the Social Model of Health: New Perspectives" (2011) *Journal of Mental Health Law* 74-83; Lush, "Article 12 of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disability" (2011) *Elder Law Journal* 61-68; Minkowitz, "Abolishing Mental Health Laws to Comply with the Convention on the Rights of Persons with Disabilities", in McSherry and Weller (eds), *Rethinking Rights-Based Mental Health Laws*, Oxford: Hart Publishing, 2010, 151-78; Bach and Kerzner (2010) *A New Paradigm for Protecting Autonomy and the Right to Legal Capacity*, Canada: Law Commission of Ontario; Hale, *Mental Health Law*, London: Sweet and Maxwell, 2010; Lewis, "The Expressive, Educational and Proactive Roles of Human Rights: An Analysis of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities", in McSherry and Weller (eds), *Rethinking Rights-Based Mental Health Laws*, Oxford: Hart Publishing, 2010, pp. 97-128; Bartlett, "The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the Future of Mental Health Law" (2009) 18 *Psychiatry*, 496-98; Bartlett et al, *Mental Disability and the European Convention on Human Rights*, Leiden: Martinus Nijhof, 2007; Lawson, "The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: New Era or False Dawn?", (2007) 34 (2) *Syracuse Journal of International Law* 563-619; Hale, "The Human Rights Act and Mental Health Law: Has it Helped?" (2007) *Journal of Mental Health Law* 7-18; Dhanda, "Legal Capacity in the Disability Rights Convention: Stranglehold of the Past or Lodestar for the Future?" (2006) 34 *Syracuse Journal of International Law and Commerce* 429-62; and Richardson, "The European Convention and Mental Health Law in England and Wales: Moving Beyond Process" (2005) 28 *International Journal of Law and Psychiatry*, 127-39

⁸² Comentario general no. 35 del artículo 19 del ICCPR, CCPR/C/GC/35, 16 de diciembre de 2014.

la Tortura⁸³ expresó su opinión que la privación de libertad puede ser justificada por motivos de riesgo de autoagresión o de agresión a otros. A pesar de haber sido incitada por el *Center for the Human Rights of Users and Survivors of Psychiatry*,⁸⁴ la CEDAW no abordó la cuestión de las intervenciones psiquiátricas forzadas y la hospitalización involuntaria.⁸⁵

41. Los principios de Naciones Unidas para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la salud mental de 1991 establecen las circunstancias en las cuales se puede admitir a una persona involuntariamente en un centro de salud mental. Sin embargo, el Alto Comisionado para los Derechos Humanos consideró que estos principios se encontraban en conflicto directo con el artículo 14(1)(b) de la CDPD y respaldó una prohibición absoluta de la privación de libertad fundada por motivos de discapacidad⁸⁶. El afirmó que:

El apartado b) del párrafo 1 del artículo 14 de la Convención establece claramente que la ‘existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad’. Las propuestas formuladas durante la redacción de la Convención de limitar la prohibición de privación de libertad a los casos ‘únicamente’ determinados por la discapacidad fueron rechazadas. Así pues, constituye detención ilegal la privación de libertad fundada en la combinación de una discapacidad mental o intelectual y otros elementos como la

⁸³ Enfoque con respecto a los derechos de las personas internadas y tratadas medicamente sin un consentimiento previo, CAT/OP/27/2, 26 de enero de 2016.

⁸⁴ Comentarios sobre el borrador de la Recomendación General no. 19 de la CEDAW: Intervenciones psiquiátricas forzadas como un tipo de violencia contra las mujeres con discapacidad, 26 de septiembre de 2016.

⁸⁵ Recomendación general de la CEDAW no. 35 sobre la violencia de género contra la mujer, actualizando Recomendación general no. 19, CEDAW/C/GC/35, 26 de julio de 2017.

⁸⁶ Alto Comisionado de Derechos Humanos, “*Forgotten Europeans, forgotten rights, the human rights of persons placed in institutions*”, 2011, 12-13, ACNUDH informe sobre el artículo 14 del CDPD, septiembre de 2014.

peligrosidad o la atención y el tratamiento. Dado que esas medidas se justifican en parte por la discapacidad de la persona, deben considerarse discriminatorias y contrarias a la prohibición de privación de libertad por motivos de discapacidad y del derecho a la libertad en igualdad de condiciones con los demás previstos en el artículo 14⁸⁷.

42. El Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute más alto nivel posible de salud física y mental de Naciones Unidas criticó al *Manual de Recursos de la OMS sobre Salud Mental, Derechos Humanos y Legislación* de 2005 ya que este permitía que haya ciertas excepciones que “normalizaban la coacción”, pero expresó su opinión con cautela con respecto a una prohibición absoluta de todos los tipos de medidas no consensuales en sus informes al Consejo de Derechos Humanos de la ONU, reconociendo que “su reducción radical y eventual eliminación es un proceso difícil que llevará tiempo”.⁸⁸

43. Dentro del Consejo de Europa, la Recomendación Rec (2004)10 del Comité de Ministros a los Estados miembros relativa a la protección de los derechos humanos y la dignidad de las personas que padecen trastorno mental permite su hospitalización involuntaria basándose en la jurisprudencia del Tribunal en el artículo 5(1)(e) de la Convención.⁸⁹ Sin embargo, la Recomendación de la PACE: El caso en contra de un instrumento legal del Consejo de Europa sobre medidas involuntarias en psiquiatría⁹⁰ se alineó con la CDPD. En cambio, la

⁸⁷ Informe Anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas a la Asamblea General, A/HRC/10/48, 26 de enero de 2009, párr. 48.

⁸⁸ A/HRC/29/33, 2 de abril de 2015, y A/HRC/35/21, 28 de marzo de 2017.

⁸⁹ Véase párr. 75 de la sentencia.

⁹⁰ PACE Recommendation 2091 (2016), 22 de abril del 2016, la cual la mayoría no consideró.

Respuesta del Comité de Ministros⁹¹ decidió mantener su posición de 2004.

44. Una cosa es segura: la práctica de los hospitales psiquiátricos portugueses de poner a hospitalizados psiquiátricos voluntarios dentro de un “régimen restrictivo” en un pabellón confinado o incluso en una sala de aislamiento no tenía en el 2000, y hoy en día todavía no tiene, una base legal específica que establezca qué tipos de políticas se podrían aplicar, bajo qué circunstancias, por quién y por cuánto tiempo y obligándolos a un test de proporcionalidad y necesidad. Además, según el Comité de la CDPD, la Ley actual no. 36/98 del 24 de julio de 1998 es incompatible con la CDPD ya que permite la hospitalización involuntaria de personas con trastornos mentales que no han cometido ningún delito y lo hace fuera de cualquier procedimiento penal.⁹²

45. El problema de la compatibilidad, o la falta de ella, entre la ley nacional y la Convención de Naciones Unidas interpretada por la CDPD mencionada anteriormente, principalmente en la prohibición absoluta de una detención involuntaria por motivos de deficiencia.⁹³ va más allá de los límites de este caso. La mayoría no discutió esta cuestión legal, asumiendo simple y llanamente que el enfoque de la ley nacional “está de acuerdo con los estándares internacionales...”.⁹⁴

46. Para concluir este punto, el dilema al cual hace referencia el Estado también es un argumento falso ya que, sí hubo, y todavía hay, otros medios para monitorear a los hospitalizados psiquiátricos en riesgo que no sea colocar vallas alrededor del HSC. El Estado evaluó las medidas que se podían implementar de manera binaria: o bien

⁹¹ Respuesta del Comité de Ministros a la Recomendación (2091 (2016)), adoptada el 9 de noviembre de 2016.

⁹² Véase *Observaciones finales sobre el informe inicial de Portugal*, 20 de mayo de 2016, párr. 33(b): el Comité solicita al Estado parte que “suprima... la privación de libertad prevista en la legislación de salud mental que se hace bajo criterio de discapacidad”.

⁹³ A/HRC/34/32, párr. 29 y 33.

⁹⁴ Véase párr. 117 de la sentencia.

una ausencia total de monitoreo o bien la colocación de vallas alrededor del HSC. Además de no considerar la existencia de alternativas menos intrusivas, este enfoque no logra encontrar un balance entre los intereses en conflicto: el respeto a la libertad del hospitalizado psiquiátrico con un riesgo a suicidarse y la obligación del Estado a proteger su vida.

La calidad de los procedimientos internos

47. La calidad de los procedimientos internos no se encontraba a la altura de los estándares de este Tribunal por varias razones. Primero, ningún tribunal interno hizo referencia a la Convención, lo cual fue ignorado totalmente. Ni la corte de primera instancia ni la Corte Suprema Administrativa tomaron en cuenta la Convención o la jurisprudencia del Tribunal. Ninguno de los tribunales internos realizó el test de proporcionalidad y de necesidad con respecto al alcance de la obligación del Estado a proteger a los hospitalizados psiquiátricos.

48. En su apelación a la Corte Suprema Administrativa, la demandante sí hizo referencia al uso de técnicas informáticas de vigilancia.⁹⁵ No hubo respuesta al argumento de la apelante con respecto al posible uso de técnicas informáticas de vigilancia. Sin embargo, tanto el juez disidente de la Corte Suprema Administrativa como el Fiscal General argumentaron que el HSC no había fijado un régimen para fortalecer el monitoreo de A.J.⁹⁶ o cualquier otra medida suficiente para prevenir o disminuir el riesgo de suicidio.⁹⁷

⁹⁵ Véase pág. 8 de la sentencia de la Corte Suprema Administrativa.

⁹⁶ Véase pág. 4 de la opinión del Fiscal General.

⁹⁷ El Estado mismo había hecho referencia al uso de técnicas de vigilancia IT en sus observaciones ante la Sala y la Gran Sala (véase párr. 125 de las observaciones del Estado ante la Sala y el punto 17 de sus conclusiones, y párr. 49 de las observaciones del Estado ante la Gran Sala). En su apelación a la Corte Suprema Administrativa, la demandante también planteó la falta de una contención o vigilancia especial después del incidente de consumo excesivo de alcohol y solicitó que esto sea agregado a los hechos. La Corte Suprema Administrativa consideró que “no [había] razones para

49. Segundo, el tribunal interno estableció que A.J. había salido del edificio a las 5 p.m. a pesar de que había testimonios contradictorios sobre si A.J. ya estaba ausente a la hora del almuerzo del 27 de abril. El testigo S.P. dijo que no estuvo presente a la hora del almuerzo mientras que el testigo A.D. dijo que sí estuvo presente. Finalmente, el primer testigo cambió su testimonio de una manera muy reacia (“aunque estoy convencida de que A.J. no estuvo presente, no estoy segura de eso”).⁹⁸ La corte de primera instancia aceptó ese cambio de testimonio sin antes verificar su credibilidad.

50. Tercero, el tribunal interno no aceptó en la decisión preliminar de los hechos de que si había habido otros intentos de suicidio a pesar de que había dos testigos (la madre y la hermana del difunto) quienes hicieron referencia a los otros intentos de suicidio⁹⁹. El tribunal interno no dio ninguna explicación para el hecho de que había una nota escrita en el historial clínico haciendo referencia a “múltiples” intentos de suicidio; no interrogó a la persona que había escrito esa nota en el historial clínico con el fin de averiguar por qué y en base a qué lo había hecho.

51. Cuarto, la demandante planteó la cuestión sobre la exhaustividad del historial clínico ante el tribunal interno, pero el mismo no consideró que esta cuestión fuera relevante porque no había sido planteada como una denuncia formal de la falsificación del documento.¹⁰⁰ El tribunal interno tenía el poder de verificar la exhaustividad del historial clínico y no hizo uso de este poder por un motivo formal. De hecho, el tribunal interno ni siquiera examinó el historial clínico ya que ignoró totalmente la evaluación de riesgo de las notas que contenía.

agregar esto a los hechos” por un motivo formal, principalmente por el hecho de que no había sido solicitada de manera apropiada (véase la sentencia de la Corte Suprema Administrativa, punto 2.2 (iii), pg. 18).

⁹⁸ Véase pág. 7 de la primera decisión de los hechos del 7 de enero de 2010.

⁹⁹ Véase pág. 5 de la primera decisión de los hechos del 7 de enero de 2010.

¹⁰⁰ Véase pág. 10 de la primera decisión de los hechos del 7 de enero de 2010.

52. Quinto, la corte de primera instancia implementó estándares psiquiátricos modernos. Pero lo hizo únicamente para el beneficio del Estado y perjudicar a la demandante. Esta fue una descripción bastante irregular y desbalanceada del estado del arte en cuanto a los estándares psiquiátricos modernos. El tribunal interno simplemente ignoró los estándares que estableció la Organización Mundial de la Salud para los Estados y los médicos en cuanto a la prevención del suicidio especialmente dentro de hospitales y centros médicos. Este Tribunal no debió haber cometido el mismo error, pero lo hizo. El Tribunal no puede, por un lado, tomar en consideración los estándares de la OMS con respecto a la desinstitucionalización de personas con trastornos mentales y por otro, ignorar los mismos estándares de la OMS sobre la responsabilidad del Estado de prevenir el suicidio, en especial dentro de centros psiquiátricos.

53. La corte de primera instancia optó por un acercamiento drástico, minimalista, de no intervención a la obligación del Estado de proteger la vida de los pacientes en centros psiquiátricos públicos y no siguió el enfoque equilibrado de la Organización Mundial de la Salud. En realidad, la corte de primera instancia siguió la opinión drástica expresada en el informe del experto del 27 de septiembre de 2006 y presentado ante la corte de primera instancia.¹⁰¹ ¡Este informe del experto incluso elogiaba la posibilidad de suicidio! Concluía con un panegírico al suicidio, proyectándolo como un acto de “libertad y liberación”. Tras declarar que la “prevención del suicidio en estos pacientes es una tarea imposible”, el experto añadió las siguientes palabras:

Para muchas de las personas suicidas, ese momento (el suicidio) es un momento único de libertad y liberación. ¿Cómo puede uno prevenirlo en términos absolutos? De hecho, ¿quién quiere renunciar a ese potencial? Hay muchas

¹⁰¹ Véase párr. 33 de la sentencia.

*personas lúcidas y felices hoy en día que no quisieran renunciar a esa posibilidad (del suicidio)*¹⁰².

Mientras que también concluyó que la prevención de suicidio en pacientes como A.J. era una “tarea imposible”¹⁰³, la Gran Sala copió y pegó el mismo informe del experto que hizo un panegírico al suicidio. El mismo informe que había señalado que “nosotros no podemos responder de manera más detallada ya que no tuvimos acceso a la documentación que describía las circunstancias del suicidio”. Me lamento una vez más de que la conciencia de Europa se ha puesto del lado de esta cultura de muerte, incluso sugiriendo que el derecho “a tomar una decisión razonable de acabar su vida” está dentro del ámbito del artículo 2.¹⁰⁴

54. La Corte Suprema Administrativa no rectificó los errores cometidos por la corte de primera instancia. De hecho, ni siquiera discutió los estándares psiquiátricos modernos. La parte de la sentencia que trata sobre el “análisis de los motivos de apelación” es bastante breve – solamente tres páginas – y solo confirmó, con citas largas sin ningún valor agregado¹⁰⁵, la sentencia de la corte de primera instancia. No hay ni una sola palabra sobre el test de proporcionalidad y de necesidad en la misma tal como requiere tanto la ley constitucional interna en virtud de los artículos 18 y 24 de la constitución como la ley de la Convención en virtud del artículo 2, párrafo 2.

¹⁰² El informe del experto está citado en el párr. 33 de la sentencia, pero la mayoría de la Gran Sala no consideró necesario incluir estas oraciones en ese párrafo.

¹⁰³ Véase párr. 131 de la sentencia.

¹⁰⁴ Véase párr. 124 de la sentencia. La apoteosis de esta cultura es *Gross c. Suiza*, no. 67810/10, §60, 14 de mayo de 2013, la cual siguió a *Haas c. Suiza*, no. 31322/07, §51, TEDH 2011. Como la sentencia de *Gross* no llegó a ser definitiva y la Gran Sala declaró, el 30 de septiembre de 2014, una aplicación y un abuso del derecho a la aplicación, los hallazgos de la Sala son inválidos.

¹⁰⁵ Véase el final de pág. 22 a pág. 24 de la sentencia como esta traducida en el documento.

55. Dicho de otra manera, la calidad de los procedimientos internos deja mucho que desear. La violación procesal del artículo 2 va mucho más allá del criterio muy limitado de la mayoría¹⁰⁶.

Conclusión

56. En resumen, este caso es nuevamente una decepcionante afirmación de este Tribunal con respecto a las obligaciones del Estado en proveer cuidados de salud a un grupo especialmente vulnerable de personas como los hospitalizados psiquiátricos. Sobre la base de un análisis erróneo del contexto legal y factual del caso y una malinterpretación de la propia jurisprudencia del Tribunal, la mayoría manejó el caso del pobre A.J. de manera diferente que en *Renolde y De Donder*, dejando una gran impresión de doble moral. Peor aún, el enfoque parcial de la mayoría hacia el derecho y la práctica internacional de la salud está claro, ya que considera la tendencia que favorece la libertad de los hospitalizados psiquiátricos, pero se olvida de considerar a los opositores de esa tendencia quienes certifican un compromiso mayor del Estado a prevenir el suicidio, en especial con respecto a las personas bajo la supervisión del Estado y aún más con respecto a pacientes psiquiátricos hospitalizados.

Dentro del contexto político actual en Europa, esta sentencia no debería sorprender a nadie. Mi deseo es que sea revocada algún día cuando el ambiente político cambie. Mi preocupación es que mientras tanto muchos pacientes psiquiátricos hospitalizados con un riesgo de suicidarse mueran una muerte inevitable, como lo hizo A.J.

¹⁰⁶ Véase párr. 139 de la sentencia.