

Non refoulement. Derecho a la salud

TEDH, *Case of Savran v. Denmark*, 1 de octubre de 2019

por Ignacio Odriozola¹

Introducción

El artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante “CEDH”) establece que “Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”.

Por un lado, en términos normativos, este derecho absoluto se garantiza tanto porque no puede derogarse ni en circunstancias de guerra o de emergencia pública –artículo 15– como porque carece de excepciones: su prohibición siquiera puede obviarse ante situaciones del más alto interés público. Por otro lado, y en términos prácticos, el umbral para su aplicación fue cediendo para cubrir otros supuestos que pudieron no estar presentes al momento de redactar el instrumento regional, como ciertas formas intermedias de malos tratos.²

En este sentido, el caso *Savran Vs. Denmark* resulta el último eslabón en una cadena de sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, “TEDH” o “el Tribunal”), en que se abordó la vinculación entre el artículo 3 CEDH y la expulsión de una persona migrante que sufre serios problemas de salud y requiere un tratamiento médico.

¹ Abogado y docente (UBA). Magíster (c) en Migration and Mobility Studies (University of Bristol). Abogado de la Comisión del Migrante de la Defensoría General de la Nación. Investigador por la Red Sudamericana para las Migraciones Ambientales (RESAMA).

² Harris D. et al (2018). *Law of the European Convention on Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, p. 238.

La relevancia de este fallo radica tanto en la ratificación de su precedente más cercano –*Paposhvili Vs. Belgium*³– como en la incorporación de elementos que perfeccionan el examen que debe llevar a cabo el Estado expulsor previo a ejecutar la devolución de la persona migrante bajo tratamiento por una grave enfermedad a su país de origen.

Por lo tanto, en este artículo propongo inicialmente realizar un breve recorrido por la jurisprudencia del TEDH en lo concerniente a esta materia, para luego comentar el fallo que aquí interesa y, finalmente, realizar algunas reflexiones en torno a los puntos debatidos.

Jurisprudencia del TEDH

a) D. Vs. United Kingdom (1997)

El caso que inauguró la línea jurisprudencial del TEDH en torno a la violación del artículo 3 CEDH como consecuencia de la expulsión de una persona migrante que padecía una enfermedad grave fue *D. Vs. United Kingdom*.

En lo particular, el litigio abordó la situación de *D.*, ciudadano de San Cristóbal y Nieves, sobre el cual se había dispuesto su expulsión de manera accesoria a una condena recaída en su contra. De regresar a su país de origen, perdería el tratamiento médico que recibía contra el VIH. El peticionario sufrió daños graves e irreparables y su expectativa de vida era limitada.

Entre los puntos salientes del decisorio, el TEDH indicó que debía examinarse la existencia de un “riesgo real” de que la expulsión de *D.*, dado su estado de salud, contravenga el artículo 3 CEDH. A entender del Tribunal, su devolución y la finalización del tratamiento que realizaba en el Reino Unido le produciría “sufrimientos físicos y psicológicos extremos” que “constituiría un tratamiento inhumano”. Así, concluyó su razonamiento indicando que solo en “circunstancias muy excepcionales” como las del caso, y dadas las “consideraciones humanitarias” bajo estudio, la implementación de la medida de expulsión representaría una violación al artículo 3 CEDH.⁴

b) N. Vs. United Kingdom (2008)

Poco más de una década después, el TEDH ratificó la excepcionalidad con la cual la expulsión de un migrante tratado por una grave enfermedad vulneraría el artículo 3 CEDH, mientras incorporó otras pistas de interés.

La peticionaria, de nacionalidad ugandesa, fue diagnosticada VIH positivo. Días más tarde, sus representantes solicitaron se le otorgase la condición de refugiada. De poner fin al tratamiento antirretroviral y al monitoreo hospitalario, su expectativa de vida se vería reducida a menos de un año. El Reino

3 TEDH, *Case of Paposhvili Vs. Belgium*, Application No. 41738/10, 13 de diciembre de 2016.

4 TEDH, *Case of D. Vs. United Kingdom*, Application No. 3024/96, 2 de mayo de 1997, párrs. 51-53.

Unido dispuso su expulsión luego de rechazar tanto su solicitud de asilo, con base en la credibilidad de su testimonio, como la correspondiente aplicación del artículo 3 CEDH ya que, según la Organización Mundial para la Salud, Uganda estaba en condiciones de brindarle la asistencia médica necesaria.

Entre otros aspectos, el TEDH indicó que, al margen de que la peticionaria se encontraba enferma, estaba en condiciones de viajar a su país de origen, donde recibiría tratamiento. Agregó que la reducción significativa de la expectativa de vida no es *per se* suficiente para considerar una violación al artículo 3 CEDH. Luego, mantuvo el elevado umbral del fallo *D. Vs. United Kingdom* para “casos muy excepcionales”, donde existen motivos humanitarios considerables. Por último, destacó que el artículo 3 no obliga al Estado en que se encuentra la persona migrante a aliviar las disparidades entre Estados mediante la prestación de atención médica gratuita: una constatación en contrario supondría una carga demasiado pesada para los Estados parte del CEDH. Concluyó que la ejecución de la medida de expulsión no implicaría una violación del artículo 3 CEDH.⁵

c) Paposhvili Vs. Belgium (2016)

Por último, el TEDH flexibilizó su aproximación estricta proponiendo una guía de medidas –hoy conocida como *Test Paposhvili*– que, tanto el peticionario como el Estado, debían seguir. El nombrado, un ciudadano georgiano, fue condenado por diversos delitos y debido a ello se dispuso su expulsión de Bélgica. No obstante, al padecer de leucemia y tuberculosis recurrentes sufrió una enfermedad pulmonar. De regresar a Georgia no podría acceder a un tratamiento médico adecuado. Paposhvili murió durante el proceso ante el TEDH, pero la Gran Sala decidió resolver el litigio.

El Tribunal sostuvo que los casos de “situación médica excepcional”, en que podría vulnerarse el artículo 3, son aquellos en el que se han demostrado fundamentos sustanciales para creer que la persona, aunque no corre el riesgo inminente de morir: (1) correría un “riesgo real”, (2) debido a la “ausencia de un tratamiento adecuado” en el país receptor o la falta de acceso a dicho tratamiento, (3) de estar expuesto a una “disminución grave, rápida e irreversible” en su estado de salud, que (4) resultaría en un “sufrimiento intenso o una reducción significativa en la esperanza de vida”. El TEDH se refirió también a la carga de la prueba, indicando que (5) “corresponde al solicitante presentar pruebas capaces de demostrar que la expulsión conduciría a una violación del art. 3 CEDH”. Sin embargo, agregó que si el solicitante ha proporcionado tal evidencia, (6) corresponde al Estado expulsor “disipar cualquier duda” que refleje que su expulsión no conduciría a una violación del artículo 3 CEDH. Más aún, se debe considerar (7) “las consecuencias previsibles de la expulsión” a la luz de la situación general en el país de origen y de las circunstancias personales del individuo. Por último, si persisten las dudas sobre el impacto de la expulsión en el solicitante, el Estado expulsor (8) debe “obtener garantías individuales y suficientes del Estado receptor”.⁶ La muerte del Paposhvili impidió ver la practicidad de estos lineamientos.

⁵ TEDH, *Case of N. Vs. United Kingdom*, Application No. 26565/05, 27 de mayo de 2008, párrs. 42-44.

⁶ TEDH, *Case of Paposhvili Vs. Belgium*, cit., párrs. 183-191.

Comentario al caso *Savran Vs. Dinamarca*

Hechos del caso

a) Procedimiento penal

Arif Savran, de nacionalidad turca y nacido en 1985, se trasladó hacia Dinamarca en 1991 junto con su madre y sus cuatro hermanos con el objetivo de reunirse con su padre.

En el año 2007 se inició un procedimiento en su contra por la comisión del delito de asalto bajo circunstancias altamente agravadas que derivaron en la muerte de la víctima. Si bien inicialmente fue condenado a la pena de siete años de prisión y se ordenó su expulsión del país, diversos informes médicos presentados durante el procedimiento revelaron que padecía distintas alteraciones en su salud mental. Se aconsejó su internación en una unidad psiquiátrica para personas con discapacidad mental severa. En agosto de 2009, la Corte Suprema de Dinamarca confirmó su internación por tiempo indefinido como así también su orden de expulsión.⁷

b) Procedimiento de revocación

En el año 2012, amparado en el artículo 72.2 del Código Penal danés, el curador de Savran solicitó a la fiscalía interviniente que morigerara la sanción impuesta por un tratamiento bajo supervisión del Servicio Penitenciario y del Servicio de Probation, en conjunto con el departamento de psiquiatría. Luego de la incorporación de informes psiquiátricos y del Servicio de Inmigración, en diciembre de 2013 la fiscalía presentó el caso ante la Corte de la Ciudad de Copenhague. Allí, solicitó la modificación del tratamiento y una nueva revisión de la orden de expulsión, conforme con la Sección 50 de la Ley de Extranjería danesa que prevé que los tribunales deben examinar una expulsión cuando el estado de salud de la persona migrante es inapropiado para ejecutar la medida.

Durante este proceso, nuevos informes médicos revelaron que el paciente, pese a tener una psicosis aguda y conductas agresivas, respondía positivamente al tratamiento antipsicótico y a la medicación proporcionada. Agregaba que en el último tiempo Savran no había externalizado alteraciones en su conducta, que era consciente de la afectación que sufría y de la importancia de continuar el tratamiento. Por ello, se recomendó la modificación de la sanción por un tratamiento psiquiátrico ambulatorio únicamente a base de seguimiento y control médico.

Por su parte, el curador del peticionario fue oído en febrero y octubre de 2014. En sus intervenciones, entre otras cuestiones, resaltó que en su ciudad natal –Konya– carecía de vínculos familiares: todo su grupo familiar se encontraba junto a él en Dinamarca. Además, destacó que el peticionario no hablaba el idioma turco sino kurdo, situación que dificultaría la búsqueda de trabajo o apoyo, y que los me-

⁷ TEDH, *Case of Savran Vs. Denmark*, 1º de octubre de 2019, párrs. 8-13.

jores hospitales del país se encontraban en Ankara y Estambul. Las consultas en los nosocomios eran pagas y la medicación que tomaba debía ser controlada continuamente para evitar recaídas.

En este contexto, el Servicio de Inmigración obtuvo información sobre las opciones de tratamiento en Konya a través del Ministerio de Asuntos Exteriores danés. Al respecto, el servicio social turco indicó que Konya contaba con un hospital público y que la atención a pacientes se presta en igualdad de condiciones. No obstante, el Estado receptor señaló que aquella persona que pretenda ser asistida por el servicio de salud público debe previamente estar inscrita en el Registro Civil de Turquía y luego postularse en la oficina gubernamental que corresponda, pagando un cierto monto dinerario de acuerdo con sus ingresos. Con relación a la medicación prescrita, se informó que estaba disponible y que, excepcionalmente, cuando se encuentra cubierta por el servicio de salud pública, solo se debía abonar el veinte por ciento del precio final. Para ser eximido de este monto, debía presentarse una carta firmada por una junta médica que asegure la necesidad de tratamiento a largo plazo y sea irrazonable que el paciente corra con ese gasto. Por último, Turquía confirmó que el Hospital público de Konya cuenta con empleados que hablan el idioma kurdo.

El 14 de octubre de 2014, la Corte de la Ciudad, basándose en las constancias reseñadas, enmendó la sentencia impuesta a Arif Savran, disponiendo el cambio en su tratamiento psiquiátrico y resolviendo que resultaba inapropiado llevar a cabo su expulsión del país.

En desacuerdo con ello, la fiscalía apeló la decisión respecto de no expulsarlo y, el 13 de enero de 2015, la Alta Corte hizo lugar al requerimiento fiscal. A tal fin, relevó las pruebas incorporadas en la causa, concluyendo que el paciente podría continuar su tratamiento farmacológico en Turquía y resaltando la gravedad del delito cometido. El peticionario apeló la decisión ante la Corte Suprema, pero la misma fue rechazada el 20 de mayo de 2015.⁸

Procedimiento ante el TEDH

El peticionario alegó que su expulsión representaría una violación a los artículos 3 y 8 del CEDH. El artículo 8, que protege el respeto a la vida privada y familiar, no será examinado en el presente análisis, ya que el TEDH concluyó innecesario abordarlo debido a su resolución sobre el artículo 3.⁹

a) Admisibilidad

El Tribunal consideró que la demanda debía ser declarada admisible, ya que se encontraba suficientemente fundada, conforme con el artículo 35.3 (a) de la CEDH, y no encuadraba en ninguno de los supuestos de inadmisibilidad del mismo artículo.¹⁰

⁸ Ibid, párrs. 17-31.

⁹ Ibid, párrs. 68-74.

¹⁰ Ibid, párr. 36.

b) Méritos

El peticionario sostuvo que, de regresar a Turquía, no tendría la posibilidad real de recibir un tratamiento adecuado y necesario. Ello podría generar una recaída en su estado de salud, y los riesgos y el sufrimiento asociados a dicha recaída violarían las disposiciones del artículo 3. Para respaldar sus dichos, se refirió principalmente a los informes psiquiátricos detallados anteriormente pero destacando que además de la medicación resultaba fundamental el control asiduo para evitar el recrudecimiento de su situación y no representar un riesgo para su entorno. Por otra parte, alegó la ausencia de vínculos sociales o familiares en Turquía, esenciales según los médicos para progresar y superar su enfermedad.¹¹

El Gobierno de Dinamarca consideró que la expulsión de Savran no constituía una vulneración del artículo 3 CEDH. Al respecto, resaltó que durante el procedimiento de revocación los tribunales domésticos realizaron una evaluación exhaustiva del impacto de expulsar al migrante a Turquía. En abono a esto, el Gobierno también adujo que el TEDH, en *Bensaid Vs. United Kingdom* avaló la expulsión del migrante que padecía esquizofrenia, pese a que dejaría de recibir su medicación gratuita y que el hospital más cercano se encontraba a 80 km de la ciudad en la cual residía junto con su familia. En dicho fallo, el Tribunal consideró que el riesgo de recaídas continuaría aun si permaneciera, ya que su enfermedad era de larga data y requería constante control.¹²

c) Valoración general del artículo 3 CEDH

En este punto, el TEDH se basó integralmente en el precedente *Paposhvili*, reiterando que la expulsión de un extranjero puede implicar la violación al artículo 3 CEDH cuando existen razones fundadas para creer que la persona afectada podrá enfrentar un “riesgo real” de ser sometida a tortura o a un trato o penas inhumanas o degradantes en el país receptor. Sin embargo, aseveró que el umbral para examinar la vulneración de la norma mencionada en casos como este continúa siendo alto.

Así, recordó los cuatro ejes iniciales que permiten verificar que podría haber una violación al artículo 3 CEDH llegado el caso en que la persona seriamente enferma sea expulsada: (1) que enfrentará un riesgo real, (2) debido a la falta de tratamiento apropiado en el país receptor o la carencia de dicho tratamiento, (3) de ser expuesta a una recaída seria, rápida e irreversible en su estado de salud, que (4) resulte en un sufrimiento intenso o en una reducción significativa de su expectativa de vida.¹³

Para descartar ello, el Tribunal indicó que las autoridades del país expulsor deben examinar “caso por caso” si la atención disponible en el Estado receptor es “suficiente y apropiada en la práctica” para el tratamiento que la enfermedad del peticionario requiere. Además, deben cerciorarse de que la persona tendrá “acceso real” a dicho tratamiento y, a tal fin, deben examinar los costos de la medicación, la existencia de redes familiares o sociales, y la distancia que deberá recorrer para acceder y obtener la atención médica.¹⁴

11 Ibid, párrs. 37 y 38.

12 Ibid, párrs. 39-42.

13 Ibid, párr. 45.

14 Ibid, párrs. 46 y 47.

Más aún, si las dudas con relación al impacto de la expulsión persisten, el Estado expulsor deberá obtener “garantías individuales y suficientes” por parte del Estado receptor, como una precondition de expulsión, de que el tratamiento adecuado estará disponible y accesible para la persona afectada, de modo que no atraviese una situación contraria al artículo 3.¹⁵

Por último, no menos importante, el Estado debe examinar las consecuencias previsibles de la expulsión de la persona, y para ello puede valerse de información que haya surgido incluso luego de la decisión final que hayan tomado las autoridades nacionales.¹⁶

d) Aplicación de la valoración general al presente caso

El abordaje del Tribunal, en este punto, es pragmático, ya que contrasta los lineamientos generales reseñados previamente con los hechos vinculados a la expulsión de Savran, su tratamiento y la actuación del Estado al respecto, efectuando una evaluación punto por punto a modo de *checklist*.

El TEDH comenzó aclarando que Dinamarca examinó detenidamente si el tratamiento que requería el peticionario se encontraba disponible y si, *de facto*, tendría acceso a él. A su vez, destacó que los tribunales nacionales consultaron a diversos expertos tanto del propio país como de Turquía, y que encontraron satisfechas las exigencias para que el peticionario pudiera regresar.

No obstante, el Tribunal enfatizó la superficialidad de las partes. Hizo notar que ni el peticionario ni el Gobierno se refirieron o se apoyaron en información fáctica subsecuente respecto de la disponibilidad de tratamiento médico y psiquiátrico en Turquía, ni en el deterioro o en los cambios que padecería el peticionario llegado el caso en que no accediera al mismo.

Así, el TEDH comenzó un camino pormenorizado sobre los principios generales relativos al artículo 3, considerando la situación particular de Arif Savran. De esta forma, entendió que el Estado debió demostrar por qué, si el peticionario no accedía al tratamiento “adecuado”, no estaría expuesto a una recaída seria, rápida e irreversible en su estado de salud, que resultara en un sufrimiento intenso asimilable a un mal trato.

Asimismo, reiteró que la existencia de redes familiares o sociales es un elemento importante para ponderar y que, a nivel doméstico, no se evaluó que el peticionario carecía de estos en Turquía.

Entonces, recalcó que si bien en el caso particular no se arrojó información médica que resaltara la importancia de estos vínculos, tampoco podía ignorarse que el peticionario sufría una enfermedad mental seria y prolongada y que necesitaba un tratamiento médico psiquiátrico permanente. De allí, que regresarlo a Turquía, donde no tendría estos vínculos como en Dinamarca, irremediamente le causaría dificultades adicionales, haciendo aún más crucial la necesidad de proveerle un seguimiento y control acorde con su delicada situación.

¹⁵ Ibid, párr. 48 y *Case of Tarakhel Vs. Switzerland*, Application No. 29217/12, 4 de noviembre de 2014.

¹⁶ Ibid, párr. 49.

El TEDH recordó que el tratamiento del peticionario es complejo, ya que exige la administración diaria de medicación que, de no obtenerse, podría redundar en una desmejora en los síntomas psicóticos y en un agravamiento de su conducta agresiva. Por lo tanto, entendió que Savran requeriría, cuanto menos, de una persona de contacto que le provea asistencia regular y personal: las autoridades danesas debieron asegurarse de que el Estado turco ofreciera dicha persona de contacto, conforme a las necesidades del peticionario.¹⁷

Todo este contexto genera serias dudas en el Tribunal, que, implícitamente, parecería preguntarse cómo impactaría la expulsión de Savran en su estado de salud mental, si no cuenta con una persona que pueda asistirlo. Esta incertidumbre permite al Tribunal introducir un perfeccionamiento al umbral del fallo *Paposhvili*, por cuanto en este último decisorio, la muerte del peticionario previo a la sentencia impidió examinar los lineamientos en la práctica. Así, el Tribunal entendió que el Gobierno danés no logró disipar estas dudas y, en su defecto, tampoco obtuvo la “garantía individual y suficiente del Estado receptor”, como una “precondición para ejecutar la expulsión”, de que el “tratamiento apropiado estará disponible y accesible para la persona interesada”, de modo tal que no se encuentre en una situación contraria al artículo 3.¹⁸

De esta forma, el TEDH concluyó que si bien el Gobierno danés examinó en detalle la devolución del peticionario a su país de origen, sin la garantía individual y suficiente de parte de Turquía de que el tratamiento sería garantizado bajo un control asiduo, el Estado danés violaría el artículo 3 CEDH al expulsar a Arif Savran.

Reflexiones finales

De inicio, el fallo *Savran* permite extraer dos conclusiones. Por un lado, representa una continuidad de la interpretación amplia que debe hacerse del artículo 3 CEDH, al confirmar que su letra no se restringe a sus postulados básicos, sino a otros supuestos de malos tratos, como la expulsión de una persona migrante bajo tratamiento por una enfermedad severa. Por otro lado, reitera –si no ratifica– el *Test Paposhvili*, al llevar a la práctica los lineamientos que limitan el “margen de apreciación” del Estado, pero al mismo tiempo los perfecciona, al poner sobre el Estado no solo la obligación de probar que la persona podrá ser asistida en su país de origen, sino de tener garantías “individuales y suficientes” por parte del Estado receptor de que así será.

En otro orden, el fallo *Savran* resulta interesante desde el punto de vista probatorio. En este sentido, se presenta una circunstancia –me atrevo a decir– excepcional en el ámbito del litigio en derechos humanos: la actuación del Gobierno de Dinamarca. Tal como se refleja en el decisorio, con excepción de la mencionada “garantía individual y suficiente” del país receptor, que le significó un fallo adverso, en el ámbito doméstico el Estado danés tomó una serie de medidas exhaustivas para cerciorarse que

¹⁷ Ibid, párrs. 62-64.

¹⁸ Ibid, párr. 66.

Savran recibiría un tratamiento médico adecuado en su país de origen. Todo eso, lo hizo previo a que el TEDH dictara sentencia en *Paposhvili*, por lo que el Tribunal reconoce su labor.

Por último, el fallo *Savran* debe servir de base para invitar a la reflexión y consecuente acción de los operadores judiciales de nuestro país. La universalidad de los derechos humanos y el respeto por la dignidad humana no conocen fronteras continentales ni exigen una imposición regional y/o verticalista para ser reconocidas. Tal vez, con ello en mente, los lineamientos de esta sentencia puedan comenzar a implementarse en la Argentina con la esperanza de que más temprano que tarde sean una práctica común en la administración de justicia.