

queste istituzioni

**El derecho a la vida y a la salud de
las personas mayores en la pandemia
del Covid-19 y los protocolos médicos
en Italia y en España**

Oscar Ignacio Mateos y de Cabo

Numero 2/2022

30 giugno 2022

El derecho a la vida y a la salud de las personas mayores en la pandemia del Covid-19 y los protocolos médicos en Italia y en España

di Oscar Ignacio Mateos y de Cabo*

Sumario

1. Los derechos a la vida, la igualdad y la no discriminación. – 2. La discriminación de las personas mayores en la asistencia sanitaria durante la pandemia. – 3. El documento de “Recomendaciones de ética clínica para el ingreso en tratamientos intensivos y para su suspensión, en condiciones excepcionales de desequilibrio entre necesidades y recursos disponibles”, de la Sociedad Italiana de Anestesia, Analgesia, Reanimación y Cuidados Intensivos (SIAARTI). – 4. El documento de “Recomendaciones éticas ante la pandemia del Covid-19” de la Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias. – 5. El Informe del Ministerio de Sanidad español sobre los aspectos éticos en situaciones de pandemia. – 6. Las recomendaciones de los Comités de Bioética de los países de nuestro entorno. – 7. Las consecuencias jurídicas de la discriminación. – 8. Reflexiones finales y conclusiones.

Sintesi

La legislazione in Spagna sul diritto alla vita, alla salute e alla non discriminazione è chiarissima. Tuttavia, in Spagna non sono state applicate la normativa e i regolamenti di riferimento, in relazione alla decisione delle autorità pubbliche spagnole di negare il trasferimento in ospedale degli anziani che vivevano in residenze.

Questa decisione ha sollevato un numero di oltre 30.600 morti di anziani, solo quelli che vivevano in residenze spagnole. Ha inoltre contribuito ad aumentare il numero generale di decessi, essendo, secondo il Comitato europeo delle regioni dell'UE (CdR), la prima regione in tutta Europa eccedente i decessi per Covid-19, la Comunità di Madrid, seguita dalla Lombardia, Castilla-La Mancha e Provincia Autonoma di Trento.

Questo lavoro scientifico analizza i diritti fondamentali alla vita e alla salute, i principi costituzionali che guidano l'organizzazione della salute, applicabili agli anziani che hanno vissuto nelle residenze durante la pandemia di Covid-19, e i vari protocolli medici elaborati in Italia e Spagna, per finire con la formulazione di riflessioni e conclusioni finali.

Síntesis

La legislación en España sobre el derecho a la vida, la salud y la no discriminación resulta meridianamente clara. Sin embargo, en España no se ha aplicado la legislación y la normativa

* Profesor Titular de Derecho constitucional. Universidad Rey Juan Carlos. Madrid. (España).

de referencia, en lo relativo a la decisión de las autoridades públicas españolas de denegar el traslado a los hospitales a las personas mayores que vivían en las residencias de ancianos. Esta decisión ha elevado a un número de más de 30.600 defunciones de ancianos, solamente de los que vivían en las residencias españolas. También ha contribuido a incrementar el número general de fallecidos siendo, según el Comité de las Regiones de la Unión Europea, la primera región en exceso de fallecidos de toda Europa por Covid-19, la Comunidad de Madrid, a la que sigue Lombardía, Castilla-La Mancha y la Provincia autónoma de Trento. En este trabajo científico se analizan los derechos fundamentales a la vida y a la salud, los principios constitucionales que orientan la organización de la salud, de aplicación a las personas mayores que vivían en residencias durante la pandemia del Covid-19, y los diversos protocolos médicos elaborados en Italia y en España, para terminar con la formulación de las reflexiones y las conclusiones finales.

Abstract

The legislation in Spain on the right to life, health and non-discrimination is crystal clear. However, in Spain the legislation and regulations of reference have not been applied, in relation to the decision of the Spanish public authorities to deny the transfer to hospitals of elderly people who lived in nursing homes.

This decision has raised a number of more than 30,600 deaths of the elderly, only those who lived in Spanish residences. It has also contributed to increasing the general number of deaths, being, according to the Committee of the Regions of the European Union, the first region in excess of deaths in all of Europe from Covid-19, the Community of Madrid, followed by Lombardy, Castilla -La Mancha and the Autonomous Province of Trento.

This scientific work analyzes the fundamental rights to life and health, the constitutional principles that guide the organization of health, applicable to the elderly who lived in residences during the Covid-19 pandemic, and the various medical protocols elaborated in Italy and Spain, to finish with the formulation of reflections and final conclusions.

Parole chiave

Diritto alla vita, diritto alla salute, non discriminazione, legislazione sanitaria, norme sullo stato di allarme in materia sanitaria, assistenza sanitaria agli anziani, Comitati di bioetica.

Palabras clave

Derecho a la vida, derecho a la salud, no discriminación, legislación sanitaria, normativa del estado de alarma en materia sanitaria, asistencia sanitaria de personas mayores, Comités de Bioética.

Keywords

Right to life, right to health, non-discrimination, health legislation, regulations of the state of alarm in health matters, health care for the elderly, Bioethics Committees.

1. Los derechos a la vida, la igualdad y la no discriminación.

La pandemia del Covid-19 ha originado graves y profundos problemas, en buena parte de la población mundial. En España ha incidido en ámbitos tan importantes como los que afectan a los derechos a la vida, la igualdad y la no discriminación de las personas mayores, especialmente en el acceso a la asistencia hospitalaria de las personas mayores que vivían en residencias de ancianos. También ha puesto de relieve la necesidad de reforzar los sistemas de protección de la salud, y la delimitación clara de los derechos fundamentales, que se pueden limitar durante la declaración del estado de alarma constitucional¹.

La declaración del estado de alarma en España, prolongado más de un año por sucesivos decretos, ha permitido la adopción de una serie de medidas, que han creado bastante controversia en la opinión pública y en la doctrina especializada. En aplicación de esta normativa de excepción se han producido limitaciones en la libertad de circulación de las personas, se ha autorizado la posibilidad de efectuar requisas temporales, y de exigir prestaciones personales obligatorias. Sin olvidar otra serie de decisiones, que han influido en sectores muy variados de la actividad productiva, entre los que podemos destacar el sanitario, el educativo, la cultura y espectáculos, los transportes y energía, entre otros muchos ámbitos y actividades².

En Italia, el Consejo de Ministros, con la resolución de 31 de enero de 2020, decretó el “estado de alarma como consecuencia del riesgo para la salud asociado a la aparición de patologías derivadas de agentes virales transmisibles”. Esta disposición se fundamenta en el ejercicio de las facultades, que se encuentran previstas en el art. 24 del Decreto Legislativo n. 1/2018 (Código de Protección Civil), que regula el “estado de emergencia de trascendencia nacional”.

La situación de emergencia en Italia se extendería por un tiempo de duración de seis meses, debido a su gravedad, lo que hizo que se encuadrara en lo dispuesto en el art. 7, párrafo 1, let. c), del Decreto Legislativo n. 1/2018 de las “emergencias de importancia nacional relacionadas con desastres naturales o derivados de la actividad humana que, por su intensidad o extensión, requieran una inmediatez en su intervención.

¹ De esta cuestión se ha ocupado la conocida sentencia del Tribunal Constitucional STC 183/2021, de 27 de octubre de 2021, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad, en relación a diversos preceptos del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declaró el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2.

² El estado de alarma inicial se declara en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, que se prorroga hasta el 12 de abril de 2020 a través del Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo. La segunda prórroga se produce hasta el 26 de abril de 2020 merced al Real Decreto 487/2020, de 10 de abril. La tercera prórroga alcanza hasta el 10 de mayo de 2020, con la cobertura del Real Decreto 492/2020, de 24 de abril. La cuarta prórroga se extiende hasta el 24 de mayo de 2020, en virtud del Real Decreto 514/2020 de 8 de mayo de 2020.

En el desarrollo de estas medidas, en Italia los protocolos médicos de las sociedades científicas se han construido sobre la base de los más elementales principios constitucionales. De esta forma, se ha tenido en cuenta la ley núm. 219 de 2017, en la que los principios constitucionales, que rigen la relación de cuidado, están representados por el art. 2 en el que se contiene el principio personalista y la garantía de los derechos inviolables. En el art 13 de la inviolabilidad de la libertad personal, y el art. 32 de la Constitución de la República italiana de 1948 relativo al derecho a la salud.

A los que hay que añadir otros principios constitucionales, que orientan la organización de la salud y la garantía de los servicios. Unos principios que están en absoluta armonía con los constitucionales de la Carta Magna italiana, pero también de los contenidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En concreto del art 1 relativo a la dignidad, el art.3 del consentimiento informado, el art 35 de la protección de la salud, que se contienen en el Tratado de la Unión Europea y en los convenios internacionales como, por ejemplo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, a los que se adhirió Italia³.

En efecto, los principios constitucionales en Italia son los que tienen que orientar la gestión de las decisiones más polémicas y las opciones más dramáticas, que tengan que ver con la atención de la salud. Entre estos se destaca el art. 2 de la Constitución, en relación al cumplimiento de los deberes imperativos de solidaridad, el art. 3 del principio de igualdad, que declara que todos los ciudadanos tendrán la misma dignidad social y serán iguales ante la ley, sindistinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas ni circunstancias personales y sociales, cuya redacción ha seguido muy de cerca la Constitución española de 1978. Además, el art. 97, inciso 2, de la Constitución del principio de imparcialidad y buena administración.

En cuanto a la legislación ordinaria, hay que destacar el art. 1 de la ley de creación del Servicio Nacional de Salud (SNS), que conjuga estos principios constitucionales para concebir este servicio de una forma universalista e igualitaria, para organizar, gestionar y racionar, tanto en los tiempos de normalidad como en los especiales, unos recursos que siempre son limitados, en los que se tiene que garantizar las modalidades de acceso a los mismos (Decreto Legislativo 502 de 1992).

Por eso, desde el punto de vista jurídico, en Italia no se pierde de vista que el contenido sustancial del derecho a la salud es un canon de organización sistemática, que debe guiar todas los criterios de las elecciones clínicas asignativas⁴.

³ M. A. PICCINI; A. APRILE; P. BENCIOLINI, L. BUSATTA; E. CADAMURO (*et al*), *Considerazioni etiche, deontologiche e giuridiche sul Documento SIAARTI "Raccomandazioni di etica clinica per l'ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di equilibrio tra necessità e risorse disponibili*, en *Recenti Prog Med* 2020; 111(4): 212-222. Vid. <https://www.recentiproggressi.it/archivio/3347/articoli/33184/>.

⁴ *Ibidem*.

Desde este punto de partida es verdad que en España, muchas de las medidas restrictivas de derechos y del acceso a la salud pública han producido, una general aceptación, sobre la base de la intuición y de la responsabilidad de que resultaban necesarias. Sin embargo, otra serie de medidas «suscitan dudas, no sólo en razón de la autoridad que las adopta sino también por su contenido»⁵.

En efecto, en los fundamentos jurídicos de sentencia del Tribunal Constitucional español STC 183/2021, en relación a la doctrina general relativa a la limitación de derechos fundamentales durante el estado de alarma se afirma que, un estado de alarma «podrá llegar a establecer “restricciones o limitaciones” de los derechos fundamentales que excedan las ordinariamente previstas en su régimen jurídico, pues de lo contrario carecería de sentido la previsión constitucional de este específico estado de crisis (art. 116.1 y 2 CE)».

Sin embargo, también se dice que «esas restricciones, aunque extraordinarias, no son ilimitadas, y no pueden llegar hasta la suspensión del derecho, so pena de vaciar igualmente de sentido el art. 55.1 CE. Finalmente, y cumplidos los anteriores requisitos, dichas limitaciones deberán respetar, en todo caso, los principios de legalidad y de proporcionalidad, ya que de lo contrario el derecho afectado quedaría inerte ante el poder público, y ya se ha dicho que ante el estado de alarma los derechos fundamentales subsisten».

En este sentido, como afirma Solozábal Echavarría las medidas de las autoridades y el límite de las actuaciones en el estado de alarma «sólo son lícitas si sirven al restablecimiento constitucional», a la vez que, se tienen que atener al principio de proporcionalidad. De esta forma, «la alteración del funcionamiento institucional del Estado no implica la ausencia de responsabilidad política de las autoridades ni su exención jurídica, sin que proceda en el Estado constitucional, una *bill of indemnity* que asegure inmunidad alguna a los poderes públicos por su actuación durante el período excepcional»⁶.

No obstante, dentro de este derecho de excepción no se limita, en modo alguno, el derecho de los ciudadanos a la protección de la salud. Al contrario, el derecho de excepción se dicta, precisamente, con el objetivo de defender la salud. Tampoco se puede argumentar que, en base al Real Decreto 926/2020 y sucesivos, que en España establecen el derecho de excepción, se pueda encontrar un apoyo para limitar el derecho a la vida y a la integridad física. De esta forma, en nuestra opinión, el ordenamiento jurídico ordinario seguía vigente, y debía de haberse aplicado en cualquier cuestión sanitaria como en el resto de materias.

⁵ P. BIGLINO CAMPOS, *Introducción*, en P. BIGLINO CAMPOS; F. DURÁN ALBA (a cura di), *Los Efectos Horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional: estudios sobre la primera oleada*. Colección Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2020, p. 2.

⁶ J. J. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, *Algunas consideraciones constitucionales sobre el estado de alarma*, en P. BIGLINO CAMPOS; F. DURÁN ALBA (a cura di), *Los Efectos Horizontales*, cit., p. 4.

Es verdad que la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materiede Salud Pública se hubiera podido invocar para intentar argumentar la adopción de alguna medida especial, aunque resulta necesaria la previa autorización o ratificación judicial, en el caso de restricción de derechos fundamentales. Como este tipo de autorización no se solicitó en España, las personas mayores que vivían en las residencias tenían pleno derecho a que se les derivase a sus centros hospitalarios de referencia lo que, como es sabido, desgraciadamente no ocurrió.

En consecuencia, la búsqueda de la igualdad, de la protección de la vida, de la dignidad humana y la lucha contra las formas de discriminación arbitraria se han visto alteradas gravemente en España durante la época de la pandemia. Entre otras razones, encontramos las dificultades que ha debido enfrentar nuestro modelo de Estado social y democrático de Derecho, ante los nuevos desafíos que se han producido durante la pandemia, en el seno de un agrio debate entre los gestores responsables, que giraba en torno al supuesto dilema entre la salud versus economía, que se presentaban como realidades muy separadas y no complementarias.

Por otro lado, la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio prevé que, una vez declarado el estado de alarma, sea el Gobierno español el que se constituya en autoridad, si bien éste puede delegar competencias al Presidente de una Comunidad Autónoma, «cuando la declaración afecte a todo o parte del territorio de una Comunidad» (art. 7 LO 4/1981).

De esta forma, la declaración del estado de alarma de 2020 no impide que las autoridades sanitarias españolas, al amparo de la legislación sanitaria estatal o autonómica, pueden adoptar medidas que sean diferentes de las acordadas en esa declaración por el Gobierno. La propia Ley Orgánica 4/1981, en relación con los estados de alarma, que tienen su origen en una crisis sanitaria, establece que «la autoridad competente podrá adoptar, por sí, según los casos, además de las medidas previstas en los artículos anteriores las establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas» (art. 12 LO 4/1981).

Es decir, que el Estado es el que tiene, en primer lugar, la competencia sobre las bases de la sanidad para, a través de la fijación de las bases, que corresponde establecer al Estado, se pueda garantizar «la existencia de una regulación uniforme y mínima y de vigencia en todo el territorio español en las condiciones de acceso al sistema sanitario, y se evite la introducción de factores de desigualdad en la protección básica de la salud»⁷.

No obstante, como muy bien dice Quadra-Salcedo dicha uniformidad mínima estatal, que asegura un nivel mínimo homogéneo onivel de suficiencia de las prestaciones sanitarias públicas, «puede ser susceptible de mejora, en su caso, por parte de las Comunidades Autónomas, en

⁷ J. T. DE LA QUADRA-SALCEDO, *Estado Autonómico y lucha contra la pandemia*, en P. BIGLINO CAMPOS; F. DURÁN ALBA (a cura di), *Los Efectos Horizontales*, cit., p. 3.

virtud de su competencia sustantiva y de su autonomía financiera, siempre y cuando, con ello, no se contravengan las exigencias que impone el principio de solidaridad (arts. 2 y 138 CE) (SSTC 98/2004, F. J. 7; 22/2012, F. J. 3)»⁸.

De esta forma, llegamos a lo que deseamos destacar. El hecho de que las autoridades sanitarias españolas, con independencia de las medidas incluidas en los decretos de declaración del estado de alarma, tanto del ámbito estatal como autonómico, podían haber adoptado aquellas medidas adicionales previstas en la legislación sanitaria. Lo que no podían y no debían haber hecho era tomar decisiones fuera del límite jurídico de los citados decretos y, en absoluto, nunca intentar justificar resoluciones contrarias a la Constitución y a la legislación en materia sanitaria lo que, claramente, en nuestra opinión, constituye un vicio de inconstitucionalidad, como muy acertadamente ha destacado el Consejo de Estado⁹.

Estas autoridades públicas españolas y las posibles medidas adoptadas a las que nos estamos refiriendo son las señaladas en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, y en el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, así como en las sucesivas prórrogas. En la primera norma se establece que «bajo la superior dirección del Presidente del Gobierno, serán autoridades competentes delegadas, en sus respectivas áreas de responsabilidad, la Ministra de Defensa, el Ministro del Interior, el Ministro de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana y el Ministro de Sanidad»¹⁰.

En efecto, el art. 12 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma, para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, no solo establece medidas para reforzar el Sistema Nacional de Salud español, en todo el territorio nacional, sino que en el párrafo primero establece que, todas las autoridades civiles sanitarias de las Administraciones públicas del territorio nacional, así como los demás funcionarios y trabajadores al servicio de las mismas, queden a las órdenes directas del Ministro de Sanidad, en todo lo necesario para la protección de las personas, bienes y lugares. De esta forma, el Ministro de Sanidad español asume, en estas circunstancias, la función de dirección del personal de las autoridades y del personal, tanto funcionario como contratado, del sistema nacional de sanidad. No obstante, es cierto que esta atribución no representa un cheque

⁸ *Ibidem*.

⁹ Dictamen del Consejo de Estado de España de 22 de marzo de 2021, exp. núm. 213/2021.

¹⁰ Para Herbón Costas, el mando y gestión del estado de alarma generan unas competencias, que califica de exorbitantes, que sitúan al Gobierno durante el estado de alarma dentro de un contexto excepcional, a la vez que «constituyen el Rubicón que marca la frontera con la gestión de crisis y emergencias desarrollada por el Derecho ordinario de situaciones excepcionales a través de los mecanismos de coordinación y cooperación competencial entre las distintas Administraciones públicas». *Vid.* J. J. HERBÓN COSTAS, *El mando y gestión del estado de alarma*, en P. BIGLINO CAMPOS; F. DURÁN ALBA (a cura di), *Los Efectos Horizontales...* cit., p. 6.

en blanco, de carácter general, sino que su actuación se debe orientar a lo que sea necesario para la protección de personas, bienes y lugares¹¹.

La descrita normativa sería la de aplicación, en el supuesto que estamos estudiando, que resulta muy clara y precisa. Sin embargo, en lo sustancial no ha sido de aplicación y la gestión de los servicios sanitarios en España, en lo referente a las personas mayores que vivían en las residencias, que se habían contagiado por Covid-19, ha resultado de todo punto lamentable. Lo cual se une a la lentitud en proponer un marco jurídico adecuado, para tratar de evitar en el futuro esta desgraciada situación, pues «lamentablemente ni se ha reformado la legislación sanitaria que hubiera permitido una gestión descentralizada sin estado de alarma en un marco de seguridad jurídica, ni se ha reformado la legislación de emergencia que permitiera una gestión descentralizada dentro del estado de alarma»¹².

Ha tenido que producirse una desgracia colectiva de colosales dimensiones, para que los responsables públicos españoles hayan decidido presentar un Anteproyecto de Ley, por la que se modificarían diversas normas para consolidar la equidad, universalidad y cohesión del Sistema Nacional de Salud (SNS)¹³.

El sistema sanitario ha funcionado correctamente cuando no se ha producido una presión asistencial, es decir, dentro de los parámetros jurídicos de normalidad constitucional. Precisamente, porque uno de los principios básicos del mismo consiste en la prestación de servicios, con unos criterios de una mínima uniformidad, en el objetivo de la protección de la salud de los ciudadanos, que permita satisfacer el principio de igualdad, para que no pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social.

Por eso, se considera que tradicionalmente hay que entender el derecho reconocido en el art. 43 CE como muy valioso «en la medida de la relación de dicho derecho con la dignidad de la persona, de manera que, alguien a quien no alcanzara una protección de su salud en grado

¹¹ La dirección del Ministro de Sanidad español hay que matizarla con lo previsto en el párrafo segundo del mismo artículo, que dispone que las Administraciones públicas autonómicas y locales mantendrán la gestión, dentro de su ámbito de competencia, de los correspondientes servicios sanitarios para asegurar, en todo momento, su adecuado funcionamiento. Aunque, también es cierto que el Ministro de Sanidad se reserva el ejercicio de todas las facultades que resulten necesarias, para garantizar la cohesión y equidad en la prestación del referido objetivo.

¹² E. SÁENZ ROYO, *Estado autonómico y Covid-19, Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 48, 2021, p. 397.

¹³ En la exposición de motivos de este anteproyecto se reconoce que «la pandemia ha puesto de manifiesto algunas debilidades del sistema nacional de salud», por eso, dicha norma «pretende desarrollar medidas para la consolidación de los principios de universalidad, equidad y cohesión del SNS. Para ello, incorpora elementos para minimizar las desigualdades en salud sin dejar a nadie atrás y para reforzar estructuralmente el buen gobierno o gobernanza y la legitimidad de nuestro sistema sanitario público, en cooperación con otras estructuras y ámbitos». *Vid.* https://www.sanidad.gob.es/normativa/audiencia/docs/DG_67_21.pdf (consulta: 3-6-2022).

suficiente, debería considerarse como tratado indignamente y obstaculizado gravemente en su desarrollo como persona»¹⁴.

Sin embargo, en España las consecuencias de las tensiones entre los derechos que estamos analizando y los acontecimientos sanitarios, que se han desarrollado, han sido especialmente graves sobre las personas mayores de las residencias, que han sido claramente discriminadas a la hora de acceder a los recursos hospitalarios, en los momentos más traumáticos de la pandemia. La discriminación se ha planteado a la hora de priorizar la asistencia hospitalaria de unos pacientes frente a otros, debido a la limitación de los recursos sanitarios, en especial, en los servicios de las Unidades de Cuidados Intensivos (UCI), cuestión de la que también nos hemos ocupado en una monografía previa a este trabajo¹⁵.

En líneas generales hay que considerar que, con el envejecimiento de la población, será necesario incrementar y mejorar la protección y los cuidados a este sector de la ciudadanía. Precisamente, la pandemia ha revelado la escasez de recursos, la fragilidad del ser humano y las nuevas necesidades de atención que demanda, en general, toda la población y, en particular, las personas mayores ante situaciones especialmente adversas.

Sin embargo, no solo no han respondido adecuadamente los poderes públicos frente a las nuevas realidades sanitarias sino que, incluso, se han producido una serie de decisiones y de actuaciones al margen de una de las regulaciones constitucionales y legales más claras, en defensa del derecho fundamental a la vida, la igualdad y la no discriminación, que están consagradas en la Constitución española de 1978 de forma muy explícita. Además, en nuestra opinión, constituye uno de los principios transversales de un gran número de preceptos de la Constitución española de 1978.

Como muy acertadamente dice Giancarlo Rolla, si no es posible prever las circunstancias, que pueden escapar del control de los gestores, sí se pueden codificar los actos a través de los cuales las instituciones reaccionan, porque siempre hay que tener presente y “constitucionalizar” el contexto *extra ordinem*¹⁶.

Desde la doctrina italiana se tiene muy claro que lo contrario sería abandonar el terreno de la democracia constitucional, y discurrir por otros escenarios, en los que el estado de excepción puede terminar poniendo en peligro el ejercicio de los derechos constitucionales¹⁷.

Mientras que para Gaetano Silvestri la apuesta absoluta e ilimitada por el estado de excepción schmittiano tiene el riesgo de llevar a «un cambio un espacio vacío, desregulado y

¹⁴ J. J. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, *Bases constitucionales de una posible política sanitaria en el Estado autonómico*, Fundación Alternativas, *Documento de trabajo 89/2006*, Madrid, 2006, p. 16.

¹⁵ O. I. MATEOS Y DE CABO, *El derecho fundamental a la vida*, Dykinson, Madrid, 2020, p.43 y ss.

¹⁶ G. ROLLA, *Profili costituzionali dell'emergenza*, en *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Vol. III, Giappichelli, Torino, 2016, p. 1999.

¹⁷ G. SILVESTRI, “Covid-19 e Costituzione”, *Vid.* www.unicost.eu (consulta 3-6-2022).

llenado por la voluntad del soberano, entendido como poder público liberado de toda coacción jurídica y capaz de transformar instantáneamente por su propia fuerza en derecho»¹⁸.

Nuestra opinión es similar a la expresada por Anna Mastromarino, cuando afirma que «subrayar que la Constitución sigue siendo el cimiento del sistema a pesar de una condición de emergencia obliga a las instituciones a razonar en términos de ponderación de derechos y no de suspensión»¹⁹.

Por eso, el Derecho constitucional italiano, a diferencia de otros ordenamientos, no tiene previsto una disciplina constitucional para el estado de emergencia, puesto que la doctrina comparte, prácticamente de forma unánime, la idea de que el denominado “*stato di guerra*” (art. 78) no se puede utilizar por analogía en estas circunstancias, «sobre todo por falta de afinidad de la condición actual con una situación conflictual»²⁰.

De esta forma, el constituyente italiano no quiso dotar al sistema de los mecanismos que puedan exceder de las premisas y los límites de la legitimidad constitucional, pero también de su control jurisdiccional. En este sentido, «no serían los fines, sino los medios y las maneras para perseguirlos los considerados *extra ordinem*»²¹.

Lo que no significa que la Constitución italiana no tenga en consideración la emergencia, como una posibilidad de influir en el espacio público. Sin embargo, el constituyente ha preferido dotarse de instrumentos “extraordinarios”, pero dentro del marco ordinario de la vida constitucional del país, disponiendo el procedimiento del art. 77 de la Constitución, que otorga al Ejecutivo un espacio de maniobra para los casos de urgencia y de necesidad²².

En virtud de este artículo, en los casos extraordinarios de necesidad y urgencia, el Gobierno puede adoptar, bajo su responsabilidad, medidas provisionales con fuerza de ley, pero debe presentarlas en el mismo día para su conversión a las Cámaras que, incluso si están disueltas, tienen que ser especialmente convocadas y proceder a reunirse en sesión en el plazo de cinco días.

En este sentido, el debate doctrinal en Italia se ha dividido, sustancialmente, en dos posiciones diferentes. Por un lado, los que entienden que faltando una cláusula general sobre los estados de excepción en la Constitución, los principios tradicionales de “*primum vivere y salus*”

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ A. MASTROMARINO, “La respuesta a la emergencia covid-19: el caso italiano”, en P. BIGLINO CAMPOS; F. DURÁN ALBA (a cura di), *Los Efectos Horizontales*, cit., p. 5.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Ibidem*.

²² A. CARDONE, *La normalizzazione dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Giappichelli, Torino, 2011. Cit. A. MASTROMARINO, *La respuesta...* Op. cit. p. 6.

rei publicae” han terminado por ser positivizados, por lo que su tratamiento debería ser el de auténticos principios constitucionales²³.

En la otra posición doctrinal se sitúan los que consideran necesario la introducción en la Constitución italiana de una disciplina explícita y general sobre los estados de excepción, tomando como ejemplo lo regulado en otras Cartas fundamentales de otras regulaciones constitucionales²⁴.

Como muy acertadamente expone Luigi Ferraro, el objetivo de este tipo de propuesta no es otro que «el de establecer todas las garantías útiles para que los reglamentos adoptado en este período no vayan más allá de las características típicas de una situación extraordinaria, incluyen, sobre todo, su carácter provisional y el restablecimiento del *statu quo ante* tan pronto como se termine»²⁵.

Para este autor, la propia configuración del art. 78 de la Constitución italiana hace que no sea admisible reconocer plenos poderes al Gobierno, incluso en el supuesto de estado de guerra. De esta forma, considera que son «indispensables los principios de adecuación, conveniencia y proporcionalidad que fundamentan las medidas que el Ejecutivo querrá adoptar, siempre con vistas a un inmediato restablecimiento de la situación original al final del contexto extraordinario»²⁶.

La propia Corte Constitucional italiana tiene una doctrina asentada, según la que exige un equilibrio continuo y recíproco entre los principios y los derechos fundamentales, sin pretensiones de absolutidad para ninguno de ellos (Corte Costituzionale, sentencia n.º. 85/2013, punto 9 del Considerato in diritto).

Precisamente, en este mismo sentido, la postura del Primer Ministro de Italia fue la de afirmar que “el derecho a la vida y a la salud (...) son en sí mismo el requisito previo para el disfrute de todos los demás derechos”, lo que pone de relieve su carácter instrumental en relación con todas las demás libertades. Este criterio básico ha servido de directriz, para que el Ejecutivo adoptase muchas medidas de restricción de los derechos fundamentales que, durante la pademia, entraron en colisión con la salud, incluso sabiendo «que se estaban equilibrando de manera cambiante a medida que progresaban los conocimientos científicos»²⁷.

²³ M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, *Associazione Italiana dei Costituzionalisti*. Vid. <https://www.rivistaaic.it/it/rivista/ultimi-contributi-pubblicati/massimo-luciani/il-sistema-delle-fonti-del-diritto-alla-prova-dell-emergenza> (consulta 3-6-2022).

²⁴ C. TRIPODINA, *La Costituzione al tempo del Coronavirus*, Vid. <https://www.costituzionalismo.it/la-costituzione-al-tempo-del-coronavirus/>(consulta 3-6-2022).

²⁵ L. FERRARO, *Italia y el Covid-19: el orden constitucional puesto a prueba en la emergencia*, en E. ARNADO ALCUBILLA; R. CANOSA USERA (a cura di), *El Derecho constitucional ante el Covid-19. Las diferentes respuestas en el ámbito comparado*, Wolters Kluwer, 2020, p. 322.

²⁶ *Ibidem*, p. 323.

²⁷ *Ibidem*, p. 337.

Sin embargo, en los primeros momentos fueron muchos los que vieron en el uso de la legislación de urgencia, en situaciones efectivamente “extraordinarias”, una salida que parecía justificarel uso mismo de la legislación de urgencia, en lo que se determinó como un bloqueo de todo el país²⁸.

Quizá por eso, Mastromarino plantea la necesidad de hacerse algunas preguntas, como la de «qué opinar en el caso en que el uso de decretos leyes para enfrentarse a un estado de pandemia prolongado se convierta en praxis dejando de ser una excepción». Continúa su argumentación con la interrogación, sobre si «una situación por imprevisible que pueda ser (como en el caso de una pandemia) cesa de legitimar el uso de la normativa de urgencia, convirtiéndose en un estado ordinario»²⁹.

Por eso, para esta autora el panorama normativo italiano, para hacer frente a la pandemia, ha supuesto un reforzamiento del poder ejecutivo «que ha encabezado el desarrollo de un régimen basado sobre norme d’ordinanza aprobadas por parte de autoridades administrativas, a nivel tanto nacional como local, cuya legalidad ha sido reafirmada en particular en los decretos leyes núms. 6/2020 y 19/2020, pero cuya autoridad política deja mucho que desear en un contexto de ausencia parlamentaria»³⁰.

La consecuencia lógica que extráe esta autora resulta compartida por nosotros, en el sentido de que «hay que vigilar que el estado de necesidad se agote al cesar la emergencia, llevándose consigo todo su aparato normativo de urgencia, sin resacas de autoritarismo, sin extender más las restricciones de la libertad de los ciudadanos»³¹.

Según Mastromarino no hay ninguna duda que la crisis que hemos vivido «ha estresado el sistema, desde el punto de vista de las garantías de los derechos fundamentales». La emergencia ha llevado a unos límites extremos el Estado de Derecho, que es verdad que ha sido debido a unas circunstancias excepcionales, pero que no evita la consideración de que «hemos asistido a un trastorno del sistema de fuentes, cuya legitimidad hemos intentado asegurar a través de la continua referencia al principio de legalidad, en algunos casos reducido a un imperceptible hilo capaz de validar la acción del ejecutivo, que ha comprimido profundamente el goce de las libertades constitucionales».

El problema es que debido a la gravedad de los sucesos hemos terminado por aceptar «que la mayoría de los derechos fundamentales pudieran ser aplastados, casi neutralizados, pero solo en virtud de una ponderación en favor del derecho a la vida. Hemos renunciado temporalmente

²⁸ *Ibidem*, p. 338.

²⁹ A. MASTROMARINO, *Op. cit.*, p. 5.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ibidem*, p. 15.

a nuestras prerrogativas políticas, pero solo en nombre de una responsabilidad que como miembros de una comunidad nos empuja a ser sensatos»³².

Las consecuencias prácticas de esta huida hacia adelante en Italia, para esta autora, es que «efectivamente, más de 30.000 víctimas terminan por casi neutralizar cualquier hipótesis de ponderación, estando en juego el bien fundamental de la vida»³³.

De estas consecuencias podemos sacar buenas lecciones para que, la emergencia que hemos vivido, se puedan convertir en una ocasión para enderezar el curso del Estado de Derecho. Se trata de fortalecer los puntos débiles del sistema, que ya se estaban manifestando desde hace tiempo. La alternativa de no hacer nada es que «la pandemia dé un duro golpe a los pilares de la democracia liberal. Nada está decidido, todo queda en nuestras manos. En las manos de los juristas sobre todo»³⁴.

En el ordenamiento español se plantea de forma muy clara que el primero y el más importante de cuantos derechos puede tener un ser humano es el derecho fundamental a la vida (art. 15 CE), que reivindicamos en una concepción clásica como un *prius* lógico, ontológico y deontológico de todos los derechos y libertades fundamentales³⁵.

Además, hay que reivindicar la importancia de la igualdad, que no olvidemos que constituye un valor superior del ordenamiento jurídico, y se concreta en el art. 1.1 CE cuando a la hora de definir la forma de organización jurídico-política proclama que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, cuyos valores superiores del ordenamiento jurídico son la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

En este sentido, el Tribunal Constitucional español ha interpretado el art. 14 CE en sentencias muy relevantes, en las que entiende el principio de igualdad como la prohibición de toda diferencia de trato, que carezca de una justificación objetiva y razonable, a la vez que se constituye como una cláusula que vincula al legislador, pero también a los poderes públicos y los particulares³⁶.

Desde estas bases se puede afirmar que la Constitución española de 1978 está en sintonía con las más importantes declaraciones y normas de derechos fundamentales internacionales. En este sentido, el art. 10.2 CE reconoce, expresamente, estas declaraciones internacionales al afirmar que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades, que son reconocidas en la Constitución, se tendrán que interpretar de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales, que han sido

³² *Ibidem*, p. 16.

³³ *Ibidem*, p. 17.

³⁴ *Ibidem*, p. 19.

³⁵ O. I. MATEOS Y DE CABO, *El derecho fundamental*, cit., p. 13.

³⁶ SSTC 8/1981, de 30 de marzo y 87/2009 de 20 abril.

ratificados por España. De esta forma, se respetan los estándares internacionales más exigentes sobre derechos humanos, en el cumplimiento de los tratados internacionales³⁷.

Por otro lado, el art 2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) protege el derecho a la vida, lo que supone una serie de obligaciones positivas para el Estado, de salvaguardar la vida de las personas que viven en su territorio, como ha defendido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en numerosas resoluciones³⁸.

Este sería, por ejemplo, el caso *Nencheva et al v. Bulgaria* que resuelve el litigio contra una institución estatal de este país, en la que residían niños y jóvenes con discapacidad. Como consecuencia de la privación de alimentos, cuidados, abrigo y atención médica fallecieron 15 de estos niños vulnerables, que se encontraban bajo su custodia, por lo que se invocó la vulneración del art 2 CEDH³⁹.

En España estos principios básicos se refuerzan con el art. 14 CE que proclama, de forma inequívoca, que los españoles son iguales ante la ley, y que no puede haber ninguna discriminación arbitraria basada en el «nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

Precisamente, en nuestros días, este tipo de normativas como las destinadas a luchar contra la discriminación y la exclusión social, parten de que las condiciones de los individuos y de los grupos no son iguales entre sí y que es necesario su protección. Por eso, en la Constitución española de 1978 el art. 9.2 CE impone a los poderes públicos la obligación de procurar que la igualdad entre los ciudadanos sea real y efectiva⁴⁰.

En anteriores trabajos hemos desarrollado esta idea que, por cuestión de espacio y tiempo solo citamos, de la importancia del respeto y aplicación de estos principios constitucionales, que se debían haber mostrado como auténticos límites sustanciales y materiales, para haber evitado cualquier forma de discriminación contra las personas mayores⁴¹.

El listado de preceptos constitucionales españoles que se han vulnerado sería muy largo, pero los más destacados serían el art. 43 CE, que consagra la protección de la salud. El art. 41

³⁷ L. E. DELGADO DEL RINCÓN, *Algunas consideraciones sobre el derecho a la protección de la salud y el bien jurídico de la salud colectiva en tiempos de pandemia*, en P. BIGLINO CAMPOS; F. DURÁN ALBA (a cura di), *Los Efectos Horizontales*, cit., p. 6.

³⁸ Entre otras véase: TEDH, *Airey v. Irlanda*, n.º. 6289/73, 1979. TEDH, *Calvelli y Ciglio v. Italia*, n.º. 32967/96, 2002. TEDH, *Chipre v. Turquía*, n.º. 25781/94, 2001. TEDH, *Riviere v. Francia*, n.º. 33834/03, 2006.

³⁹ TEDH, *Nencheva et al v. Bulgaria*, n.º. 48609/06, 2013.

⁴⁰ En este sentido, el Tribunal Constitucional español ha defendido la dignidad como «un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás» (STC 53/1985, FJ 8).

⁴¹ O. I. MATEOS Y DE CABO, «La exclusión social en el marco del Estado social y democrático de Derecho: Análisis y propuestas», en R. Y. QUINTANILLA NAVARRO; O. I. MATEOS Y DE CABO (a cura di), *Instrumentos jurídico-laborales de prevención y solución de la exclusión social en el Estado social y democrático de Derecho. Estudio comparado*. Dykinson, Madrid, 2019, 29 y ss.

CE que resulta vital para una garantía de calidad de vida para todos los ciudadanos, a la hora de configurar la Seguridad Social, que presta un servicio básico para la colectividad. Sin olvidar la protección a determinados grupos, como los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos del art. 49 CE, solo por citar algunos de los preceptos más relevantes en esta cuestión⁴². Previsiones constitucionales que se complementan con la regulación de la nacionalidad, la inmigración, la emigración, la extranjería y el derecho de asilo, para no excluir arbitrariamente a nadie⁴³.

Esta regulación constitucional se refuerza, de diferentes formas, como cuanto en lo referente a la distribución de competencias, el art. 149. 1 CE atribuye al Estado el establecimiento de «las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales».

Sin embargo, en este trabajo nos vamos a centrar en las personas mayores, que la Constitución española denomina, con una terminología, un tanto en desuso, como “de la tercera edad”. En concreto, vamos a resaltar que en el art. 50 CE se cita, expresamente, la preocupación del constituyente por atender «sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio» y que sufren, con frecuencia, un buen número de discriminaciones⁴⁴.

En concreto, nuestro análisis se dirige hacia la discriminación sufrida por las personas mayores, que vivían en las residencias, a la hora de disfrutar de determinadas prestaciones sanitarias, en los momentos más traumáticos de la pandemia. En cualquier caso, como hemos visto, las medidas adoptadas en virtud del estado de excepción no pueden servir para estresar el ordenamiento jurídico, desde el punto de vista del respeto y del cumplimiento de las más mínimas de las garantías de los derechos fundamentales.

2. La discriminación de las personas mayores en la asistencia sanitaria durante la pandemia.

La pandemia por la enfermedad del coronavirus 2, del síndrome respiratorio agudo grave (SARS-CoV-2) se inicia, según los datos oficiales, en diciembre de 2019, en la ciudad de Wuhan, que es la capital de la provincia de Hubei, situada en la República Popular China.

No obstante, la Organización Mundial de la Salud (OMS) no la reconoce como una pandemia, es decir, como una infección que afecta a más de un continente, en cuanto a casos ya

⁴² O. I. MATEOS Y DE CABO, *Análisis constitucional de la cohesión y la integración social en España*, en R. Y. QUINTANILLA NAVARRO (a cura di), *La exclusión social: estudio comparado desde la perspectiva jurídica laboral y constitucional*, Dykinson, Madrid, 2018, p. 35 y ss.

⁴³ O. I. MATEOS Y DE CABO, *El derecho de asilo y la protección subsidiaria en el Derecho internacional y en la legislación española*, en M. MONSALVE CUÉLLAR (a cura di), *Migraciones y su transversalidad. Análisis interdisciplinar*. Alderabán ediciones, 2018, pp. 869-901.

⁴⁴ R. HERRANZ GONZÁLEZ, *La discriminación de las personas mayores: régimen jurídico y realidad social*. Tesis Doctoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2015, p. 480. <https://www.educacion.gob.es/teseo/imprimirFicheroTesis.do?idFichero=Egzza7PZi4Q%3D>

no importados, sino provocados por una transmisión comunitaria, hasta mucho tiempo después, en la alocución pública del Director General de la OMS, el 11 de marzo de 2020.

A últimos de febrero de 2022 se estima que el número de fallecidos, a nivel mundial, serían en torno a unos seis millones de personas⁴⁵. En España, entre los colectivos más castigados por la pandemia se encuentran las personas mayores, muchas de las cuales tuvieron problemas a la hora de acceder a los servicios sanitarios, sobre todo las que vivían en residencias.

En efecto, frente al miedo al colapso en los hospitales, algunas autoridades públicas aplicaron los protocolos de ciertas sociedades médicas, que excluían a las personas mayores o con patologías de los tratamientos médicos que hubiesen podido salvarles la vida.

Según datos oficiales del Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO) en España se han registrado más de 30.600 defunciones de ancianos con coronavirus, en residencias de mayores, desde el inicio de la pandemia⁴⁶. Esta cifra, tan elevada, contrasta con los fallecidos durante el mismo período de tiempo en otros países de nuestro entorno en los que los pacientes, que no se podían atender se derivaron a otros centros hospitalarios, en autobuses o trenes medicalizados.

Según el Comité de las Regiones de la Unión Europea, la primera región, en exceso de fallecidos, de toda Europa fue la Comunidad de Madrid, la segunda Lombardía, la tercera Castilla-La Mancha, la cuarta la Provincia autónoma di Trento, la quinta la Mayotte francesa, la sexta Castilla-León, la séptima el Valle d'Aosta y la octava Cataluña⁴⁷.

En España las personas mayores que se encontraban viviendo en las residencias en aquellos momentos no pudieron ingresar en sus hospitales de referencia y fallecieron sin recibir la asistencia médica especializada. Estos hechos tan dramáticos han motivado un Informe de la ONG de Médicos sin fronteras, en el que se pone de manifiesto, precisamente, que para estas personas mayores «no se priorizaron las derivaciones hospitalarias ni los circuitos preferentes, ni otros recursos disponibles, para que las personas enfermas fueran trasladadas a otros centros y hospitales»⁴⁸.

También Amnistía Internacional ha considerado que «la decisión práctica de no derivar se aplicó de forma automatizada y en bloque. Tanto en Madrid como Cataluña hubo momentos

⁴⁵ <https://es.statista.com/estadisticas/1107719/covid19-numero-de-muertes-a-nivel-mundial-por-region/> (consulta 3-6-2022).

⁴⁶ https://www.mschs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/Informe_Semanal_Residencias_20210302.PDF (consulta 3-6-2022).

⁴⁷ European Union and the Committee of the Regions, *Regional differences in COVID-19 response: exposure and strategy*, p. 10. Vid. <https://cor.europa.eu/en/engage/studies/Documents/Regional%20differences%20in%20COVID-19%20response%20-%20exposure%20and%20strategy/regional%20response%20covid.pdf>.

⁴⁸ <https://www.msf.es/actualidad/poco-tarde-y-mal-denunciamos-inaceptable-desamparo-los-mayores-las-residencias-durante-la> (consulta 3-6-2022).

donde no se realizaron ingresos en hospitales, y las pocas derivaciones fueron la excepción, que en algunos casos llegaron ya tarde al estar las personas en una fase terminal»⁴⁹.

En contra de lo que pudiera pensarse en un primer momento, este problema no es exclusivo de la pandemia, pues distintos autores han denunciado que, en menor escala, ya estaba presente en la sanidad pública y universal. En efecto, los problemas en las urgencias no son nuevos, ni las listas de espera o el acceso a determinados medicamentos o prestaciones sanitarias, aunque no de la forma generalizada que se ha producido durante la pandemia.

Federico Montalvo ha expresado, con acierto, que «el todo, para todos, siempre y ya sencillamente no es posible. Con lo que llegan a la conclusión que la priorización de recursos sanitarios es algo que no nos puede dejar tranquilos, pero, que tampoco podemos ver como algo excepcional, sino sustancial a las propias virtudes del sistema»⁵⁰.

El problema ético y jurídico de fondo es grave, pues la insuficiencia de los medios ordinarios en la gestión de la crisis ha originado lo que Arnaldo Alcubilla ha considerado una crisis de los principios estructurales del Estado constitucional, a la hora de regular el funcionamiento de las instituciones, que ha supuesto una afectación de derechos fundamentales⁵¹.

3. El documento de “Recomendaciones de ética clínica para el ingreso en tratamientos intensivos y para su suspensión, en condiciones excepcionales de desequilibrio entre necesidades y recursos disponibles”, de la Sociedad Italiana de Anestesia, Analgesia, Reanimación y Cuidados Intensivos (SIAARTI).

El proceso de globalización constituye un proceso histórico imparable que, a través de la innovación humana y los vertiginosos avances tecnológicos, no sólo produce una interconexión de las economías de todo el mundo, con unos flujos financieros y unas relaciones comerciales cada vez más numerosas y complejas, sino también desde el ámbito cultural, social, de la medicina o de las propuestas hospitalarias y asistenciales.

En el supuesto de la pandemia por el Covid-19 el análisis de los posibles escenarios ante el contagio generalizado por esta enfermedad, se valoraron especialmente los supuestos iniciales que implicaban las características de la pandemia. Las estimaciones que se utilizaron por los

⁴⁹ [https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/reportajes/residencias-en-tiempos-de-covid-personas-mayores-abandonadas-a-su-suerte/\(consulta 3-6-2022\)](https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/reportajes/residencias-en-tiempos-de-covid-personas-mayores-abandonadas-a-su-suerte/(consulta%203-6-2022)).

⁵⁰ V. MONTALVO, F. BELLVER, *La bioética en los tiempos del coronavirus: una reflexión acerca de algunos dilemas éticos-legales de la pandemia a partir del Informe del Comité de Bioética de España*, en E. ATIENZA; J. F. RODRÍGUEZ (a cura di), *Las respuestas del Derecho a la crisis de salud pública*, Dykinson, Madrid, 2020, p. 246.

⁵¹ E. ARNALDO ALCUBILLA, *Los principios que deben regir la lucha contra el Covid-19 en el Estado democrático de Derecho*, en *Diario La Ley*, nº 9661, 2020.

científicos se basaron en las series publicadas del brote chino, la experiencia italiana y la del virus Influenza H1N1⁵².

La experiencia italiana ha sido especialmente útil así como las repercusiones que ha tenido, internacionalmente, el documento de trabajo elaborado por una sociedad científica italiana, aparecido, el 6 marzo de 2020, con el título de: “Recomendaciones de ética clínica para el ingreso en tratamientos intensivos y para su suspensión, en condiciones excepcionales de desequilibrio entre necesidades y recursos disponibles”, de la Sociedad Italiana de Anestesia, Analgesia, Reanimación y Cuidados Intensivos (SIAARTI)⁵³.

Este documento tenía como objetivo proponer criterios, para la toma de decisiones para el tratamiento sanitario, frente a los desequilibrios excepcionales entre las necesidades de salud y los recursos disponibles, para luchar contra la pandemia del Covid-19. No obstante, no sólo ha producido fuertes reacciones dentro de la comunidad médico-científica, sino también en el mundo académico y en los medios de comunicación de Italia⁵⁴. Aunque ha abierto también un frente de reacciones, flexiones y diversas opiniones en otros países⁵⁵, entre los que hay que incluir a España, influyendo decisivamente, como veremos más adelante, en el documento

⁵² P. RASCADO SEDES; M. Á. BALLESTEROS SANZ; M. A. BODÍ SAERA; L. F. CARRASCO RODRÍGUEZ (et. al). *Plan de contingencia para los servicios de medicina intensiva frente a la pandemia COVID-19*, en *Enfermería Intensiva* Vol. 31, núm. 2, abril-junio 2020, pp. 82-89. Vid. <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1130239920300377?via%3Dihub>

⁵³ SIAARTI (Società Italiana di Anestesia, Analgesia, Rianimazione e Terapia Intensiva). “Raccomandazioni di etica clinica per l’ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili”. Vid. <https://www.sicp.it/documenti/altri/2020/03/siaarti-raccomandazioni-di-etica-clinica-per-lammissione-a-trattamenti-intensivi-e-per-la-loro-sospensione/>

⁵⁴ Entre otros muchos medios de comunicación la noticia ha aparecido en: I. CAVICCHI, *Le scelte degli anestesisti e gli “angeli della morte”*. *Quotidianosanità* (9 -3-2020). Vid. <https://bit.ly/2JoXxfR>; V. ZAGREBELSKY, *Tutelare i diritti del paziente*. *La Stampa* (9 -3-2020). Vid. <https://bit.ly/3dHjWCY>; M. REVELLI, *Siamo arrivati a una sorta di groundzero*. *II Manifesto* (11-3-2020). Vid.: <https://bit.ly/33WtNA9>; M. FERRERA, *Coronavirus, i medici e la dignità dei pazienti*. *Corriere della Sera* (12-3-2020). Vid. <https://bit.ly/2QUMn6H>; C. FASSARI, *Intervista a Monsignor Andrea Manto*. *QuotidianoSanità* (12-3-2020). Vid. <https://bit.ly/2xDLEzG>; Società Italiana di Cure Palliative, Federazione Cure Palliative. *Da Siaarti riflessione importante che non deve restare confinata dentro le sole Terapie Intensive*. *QuotidianoSanità* (12 -3-2020). Vid. <https://bit.ly/2QXciKT>; C. DI COSTANZO, V. ZAGREBELSKY, *L’accesso alle cure intensive fra emergenza virale e legittimità delle decisioni allocative*. Online First. InstantForum: Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus 15 -3-2020 (in press BLJ 2020; 2). Vid.: <https://bit.ly/3dGIJIo>; M. COZZOLI, *A chi dare la precedenza? Riflessioni etiche sulle Raccomandazioni della Siaarti*. Vid. <https://bit.ly/2vZFXM9>; L. DE PANFILIS; S. TANZI; M. COSTANTINI, *Il processo decisionale per le cure intensive in situazioni di emergenza: l’etica medica e le cure palliative ai tempi del CoViD-19*. Online First. InstantForum: Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus (20-3-2020), (in press BLJ 2020; 2). Vid. <https://bit.ly/2JooQXt>; R. G. CONTI, *Scelte tragiche e Covid-19*. *Giustizia Insieme* (24-3-2020). Vid. <https://bit.ly/2vY065d>; Comitato Etico per la Pratica Clinica dell’Adulto dell’Azienda Ospedale-Università di Padova. *Emergenza Covid-19: note*. *Quotidianosanità* (28 -3-2020). Vid. <https://bit.ly/2JrSZoI>.

⁵⁵ Vid. N. BERLINGER; M. WYNIA; T. POWELL (et al). “Ethical framework for health care institutions responding to novel Coronavirus SARS-CoV-2 (COVID-19). Guidelines for institutional ethics services responding to COVID-19. Managing uncertainty, safeguarding communities, guiding practice”, in *The Hastings Center* (2020 March 16). Vid. <https://bit.ly/2UurQIo>; Vid. S. DELIS; W. NEHLS; B. O. MAIER (et al). *Handlungsempfehlung zur Therapie von Patientinnen mit COVID-19 aus palliativmedizinischer Perspektive* (18-3.2020). Vid. <https://bit.ly/2ULfYk6>.

titulado: “Recomendaciones éticas para la toma de decisiones en la situación excepcional de crisis por pandemia covid-19 en las unidades de cuidados intensivos”⁵⁶.

En un interesante trabajo académico, que reúne a un buen número de investigadores de carácter multidisciplinar, de la Universidad de Padua, se valora el esfuerzo de la sociedad científica italiana SIAARTI, para proponer criterios de toma de decisiones en un momento tan dramático. No obstante, también se dice, de forma muy clara, que «las Recomendaciones del Documento SIAARTI, si no se contextualizan en la gravísima emergencia en curso, serían muy difíciles de aceptar»⁵⁷.

En efecto, la sociedad científica SIAARTI se ha caracterizado por haber iniciado, desde hace algún tiempo, una reflexión ético-jurídica en relación a las opciones de tratamiento, que no se pueden separar de un resultado que puede terminar en la preservación de la vida o en el fallecimiento del paciente. En este contexto, el documento analizado se dirige fundamentalmente a los médicos reanimadores y anestesiólogos, que se tienen que enfrentar a la situación de emergencia que ha generado la pandemia del Covid-19.

En un primer momento, hay que valorar de forma positiva que el personal sanitario pueda acudir a unas indicaciones operativas, expresadas de forma sencilla y clara, que puedan orientar la acción del tratamiento hacia todos los pacientes, tanto si tienen infección por CoViD-19 como si es de otro tipo.

Por otro lado, también resulta práctico que la población, en general, pueda conocer previamente los criterios que se pueden aplicar en situaciones en las que los servicios sanitarios esenciales se encuentren desbordados. La transparencia de este tipo de criterios, de acceso a los servicios de cuidados intensivos, sirven para que todos reflexionemos sobre las limitaciones de la sanidad, y que se haga un uso responsable y solidario de los recursos sanitarios disponibles.

Desde esta perspectiva, el documento SIAARTI se puede considerar como un punto de partida, para iniciar un proceso de análisis y de discusión en profundidad, que afecta a varias profesiones y diversas disciplinas. Por eso, se publicó en algún medio de comunicación especializado que resultaba «razonable creer que los propios redactores del documento

⁵⁶ Grupo de Trabajo de Bioética de la SEMICYUC (Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias). “Recomendaciones éticas para la toma de decisiones en la situación excepcional de crisis por pandemia covid-19 en las unidades de cuidados intensivos”. 2020 Marzo. *Vid.* https://semicyuc.org/wp-content/uploads/2020/03/%C3%89tica_SEMICYUC-COVID-19.pdf.

⁵⁷ M. A. PICCINI; A. APRILE; P. BENCIOLINI, L. BUSATTA; E. CADAMURO (*et al*), “Considerazioni etiche, deontologiche e giuridichesul Documento SIAARTI “Raccomandazioni di etica clinica per l’ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili”, *Recenti Prog Med* 2020; 111(4): 212-222. *Vid.* <https://www.recentiprogres.it/archivio/3347/articoli/33184/>.

asumieron que existía esta perspectiva, ya que la portada lleva la frase “versión 01”, que sugiere la provisión de borradores posteriores»⁵⁸.

En los servicios de urgencia de cualquier hospital se producen todos los días decisiones de “triaje”, un término francés que proviene de la palabra francesa “trier” que se define como escoger, separar o clasificar. El concepto se empieza a utilizar en las batallas napoleónicas para referirse a la atención urgente de pacientes.

El problema de utilizar el concepto habitual de triaje es que no resulta suficiente para abordar los criterios de una pandemia, porque la emergencia no se concentra en un espacio y tiempo determinado, como puede ser el caso de un terremoto, inundación o accidente grave de carretera. Al contrario, la enfermedad por el Covid-19 no se sabía ni el tiempo que podría durar, ni el número de enfermos que se podrían contagiar. Por eso, los especialistas sanitarios se planteaban cuáles debían ser los criterios que había que aplicar, para un racionamiento de los medios disponibles, de características extraordinarias parecidas a la originada por una guerra. De esta forma, se configura «el Documento SIAARTI, no solo para pacientes con CoViD-19, sino para todo paciente que necesite cuidados intensivos»⁵⁹.

De esta forma, entramos en el fondo del problema ético, pues en las circunstancias descritas resulta muy complicado tratar a todos los pacientes que necesitan cuidados intensivos, por lo que hay que elegir qué personas deben ser tratadas de forma intensiva, cuando no todos pueden serlo.

El dilema es que «se respete plenamente el principio de *favor vitae* y cumplir con el deber ético, deontológico y jurídico de prestar la asistencia necesaria». La situación genera una gran calamidad, porque se pueden salvar vidas humanas pero a costa de sacrificar otras, porque no se puede brindar un tratamiento médico a todos los que lo necesitan, lo que obliga a un replanteamiento de los criterios ordinarios de acceso a cuidados intensivos⁶⁰.

La Corte Constitucional italiana admite que, para la asignación de los escasos recursos de los cuidados intensivos en momentos de emergencia sanitaria, se recurra a los criterios médico-científicos, aunque siempre con el respeto de los principios constitucionales⁶¹.

Desde este punto de vista, el Documento SIAARTI está elaborado por una sociedad científica que institucionalmente estaría capacitada para proponer recomendaciones dentro de

⁵⁸ D. RODRIGUEZ, “Dagli anestesisti-rianimatori una difficile presa in carico di responsabilità che merita rispetto” (9-3-2020). *Vid.* http://www.quotidianosanita.it/stampa_articolo.php?articolo_id=82288.

⁵⁹ M. A. PICCINI; A. APRILE; P. BENCIOLINI, L. BUSATTA; E. CADAMURO (*et al*), *Op. cit.*

⁶⁰ *Ibidem.*

⁶¹ «Non è, di norma, il legislatore a poter stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni. Poiché la pratica dell’arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione, la regola di fondo in questa materia è costituita dalla autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione» (Corte costituzionale, sentenza n. 282/2002; sentenza n. 169/2017).

su ámbito de especialización, por lo que hay que apreciar positivamente que «tiene el mérito de sugerir, en términos clínicos, operativos y técnicos, algunos criterios orientadores para tomar decisiones difíciles en este contexto»⁶².

En el Documento SIAARTI se utiliza la palabra de “recomendaciones” y no de “directrices” porque no se trata de imponer decisiones a los médicos sino de adecuarse a una «situación en que los recursos no son suficientes para todos los pacientes, asumiendo la responsabilidad de nuestras elecciones» siendo conscientes de que este tipo de decisiones, en estos temas, resulta «moral y emocionalmente difícil».

Desde esta posición, argumenta que como Sociedad Científica hubiera podido guardar silencio sobre este problema, dejando que el anestesta y el reanimador individual se enfrentase a la «ambigüedad los procesos de toma de decisiones». Sin embargo, han optado por presentar sus criterios para intentar ofrecer una transparencia sobre el proceso de decisiones y «una protección en cuanto a limitar la arbitrariedad de las elecciones del equipo tratante»⁶³.

Por tanto, el propósito de las recomendaciones, según la propia Sociedad científica, trata de ofrecer dos grandes objetivos. En primer lugar, «relevar a los médicos de alguna responsabilidad en las elecciones» que emocionalmente pueda suponer una gran carga ética o moral. En segundo lugar, «hacer explícitos los criterios de asignación de los recursos sanitarios en una condición de extraordinaria escasez».

La primera de las recomendaciones señala la flexibilidad y el carácter extraordinario de los criterios para el ingreso y el alta de los pacientes, que se pueden adaptar localmente a la disponibilidad de los recursos, a la posibilidad de trasladar pacientes a otros centros, teniendo en cuenta el número de los accesos en curso o los previstos. Además, se afirma que «los criterios se aplican a todos los pacientes de la UCI, no solo a los pacientes infectados con CoViD-19».

La tercera de las recomendaciones plantea la posibilidad de «establecer un límite de edad para ingresar a IT» (terapia intensiva). Se advierte que no se pretende «hacer elecciones meramente de valor, sino de reservar recursos que pueden ser muy escasos para aquellos que tienen más posibilidades de supervivencia». Se argumenta que en un escenario de saturación total de los recursos intensivos, la decisión de mantener el criterio de «el primero en llegar es el primero en ser atendido» podría suponer «no tratar a ningún paciente posterior» por lo que todos los enfermos quedarían excluidos de los cuidados intensivos.

En la undécima recomendación se reconocen las dificultades técnicas para la evaluación precisa de las personas susceptibles de tratamiento de cuidados intensivos, pues se habla de la evaluación diaria de la adecuación de estos tratamientos y de la posibilidad del “desistimiento

⁶² M. A. PICCINI; A. APRILE; P. BENCIOLINI, L. BUSATTA; E. CADAMURO (*et al*), Op. cit.

⁶³ SIAARTI, *Raccomandazioni di etica clinica per l'ammissione a trattamenti intensivi*, cit.

terapéutico” y del cambio de los cuidados intensivos a los tratamientos paliativos cuando un paciente no responde al tratamiento inicial prolongado o se complica severamente.

En la undécima tercera recomendación se reserva el soporte ECMO (Extra Corporeal Membrane Oxygenation) solo para casos extremadamente seleccionados y con una previsión de desconexión relativamente rápida.

En las dos últimas recomendaciones se prevé que al final de la emergencia se dedique tiempo y recursos a los momentos de *debriefing* y de seguimiento de cualquier desgaste profesional y angustia moral de los operarios.

Sin olvidar los efectos que estas medidas causan en los familiares que están ingresados en las unidades de cuidados intensivos de pacientes de Covid-19, en especial, cuando el enfermo «fallece al final de un período de restricción total de visitas»⁶⁴.

Desde la doctrina de la bioética italiana se ha defendido desde hace mucho tiempo los principios de igualdad y equidad en la asignación de recursos, pues no olvidemos que todo el dilema bioético se debe valorar desde la óptica de intentar buscar siempre el bien de la persona⁶⁵.

En este sentido, Palazzani ha reflexionado con motivo de la pandemia sobre los modelos de bioética y las diferentes formas de proceder a una justa distribución de los recursos sanitarios, en un contexto de escasez, pero sobre una base axiológica que debe ser el sustento de las formulaciones propuestas⁶⁶.

4. El documento de Recomendaciones éticas ante la pandemia del Covid-19 de la Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias.

La aprobación del texto titulado: “Recomendaciones éticas ante la pandemia del Covid-19, de la Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias” ha servido para provocar una reflexión sobre la magnitud del problema y de los efectos sanitarios. También para proceder a la identificación de las necesidades asistenciales, de los recursos humanos y materiales disponibles, sobre todo en el ámbito de los servicios de medicina intensiva de España, a la vez que se buscaban criterios y herramientas para una mejor planificación, más realista, para poder responder a la pandemia⁶⁷.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ Cfr. E. SGRECCIA; A. G. SPAGNOLO (a cura di), *Etica e distribuzione delle risorse sanitarie*, Vita e Pensiero, Milano, 1996.

⁶⁶ L. PALAZZANI, “La pandemia e il dilemma per l’etica quando le risorse sono limitate: Chi curare?”, *Biolaw Journal, Rivista di Biodiritto*, 1, 2020, p. 360.

⁶⁷ P. RASCADO SEDES; M.Á. BALLESTEROS SANZ; M.A. BODÍ SAERA; L.F. CARRASCO RODRÍGUEZ (et. al). Op. cit. Véase también: M. CASAL-GUISANDE; J. CERQUEIRO-PEQUEÑO; A. COMESAÑA CAMPOS; J. B. BOUZA-RODRÍGUEZ, *Propuesta Conceptual de un Sistema de Jerarquización de Pacientes Candidatos a Unidades de Cuidados Intensivos en Situaciones de Catástrofe Sanitaria*, en TEEM'20. Octava Conferencia Internacional sobre Ecosistemas Tecnológicos para Mejorar la Multiculturalidad Octubre 2020, pp. 496–500. Vid. <https://doi.org/10.1145/3434780.3436626>. De la misma temática: J. R. FALVEY; L. E. FERRANTE; *Frailty*

Según Marta Albert la mayoría de los documentos que se elaboran en España durante este periodo, de unos diez días, estaban inspirados en el documento de la *Società italiana di Anestesia, Analgesia, Rianimazione e Terapia Intensiva* (SIAARTI), que se había publicado el día 6 de marzo, con el título: “*Raccomandazioni di ética clínica per l’ammisione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di equilibrio tra necessità e risorse disponibili*”⁶⁸.

Para Albert, este documento había abierto una gran polémica en Italia, básicamente por la sugerencia de la posibilidad de fijar unos límites en relación a la edad de los pacientes para el ingreso en las unidades de cuidados intensivos (UCI). La finalidad era la de reservar los recursos sanitarios para aquellos que pudieran tener una probabilidad mayor de supervivencia, lo que implicaría la elección de la persona que «pudiera beneficiarse del tratamiento en términos de más años de vida salvados». Con este criterio se buscaba establecer criterios de triaje, que permitieran «la maximización de los beneficios para el mayor número de personas»⁶⁹.

Sin embargo, el documento español va más allá de las recomendaciones del italiano, al incluir otro tipo de criterios, como el de prioridad, en la asistencia sanitaria, de los años de vida ajustados a la calidad (AVAC) o QALY (*Quality-Adjusted Life Year*). Además, se establecían criterios que discriminaban a las personas mayores, que no están presentes en el de la sociedad científica italiana, como el de «tener en cuenta la supervivencia libre de discapacidad por encima de la supervivencia aislada». De esta forma, «cualquier paciente con deterioro cognitivo, por demencia y otras enfermedades degenerativas, no serían subsidiarios de ventilación mecánica invasiva» lo que, en la práctica, supone no aplicar este tratamiento, con una clara limitación en la supervivencia del paciente.

En nuestra opinión, el documento español excede ampliamente el documento italiano, que puede ser considerado como una base, porque las recomendaciones “supuestamente técnicas” del documento español entrantambién a proponer el «tener en cuenta el valor social de la persona enferma», a la hora de decidir quién puede beneficiarse de los medios mecánicos para la respiración que, sumado a la edad o las patologías previas, implican la negativa a la utilización de estos aparatos esenciales para el mantenimiento de la vida.

El Comité de Bioética de España, en su Informe sobre los aspectos bioéticos de la priorización de recursos sanitarios en el contexto de la crisis del coronavirus, criticó este documento de “recomendaciones” español.

assessment in the ICU: translation to “real-world” clinical practice, en *Anaesthesia* 2019; 74, pp. 758–764. Vid. <https://associationofanaesthetists-publications.onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/anae.14617>.

⁶⁸ M. ALBERT. *Vulnerabilidad y atención sanitaria: Derecho y protocolos médicos*, en *Cuadernos de Bioética*. 2020; 31(102), p. 185.

⁶⁹ *Ibidem* p. 186.

En el documento italiano se planteaba, en un contexto de recursos escasos, la valoración del criterio de asignación, basado en la capacidad de recuperación del paciente. Sin embargo, en el documento español se añaden otros criterios que, a juicio del Comité de Bioética de España nos llevan a «una mentalidad utilitarista o, peor aún, de prejuicios contrarios hacia las personas mayores o con discapacidad».

Para este Comité el término “utilidad social”, que aparece en este tipo de recomendaciones «parece extremadamente ambiguo y éticamente discutible, porque todo ser humano por el mero hecho de serlo es socialmente útil, en atención al propio valor ontológico de la dignidad humana»⁷⁰.

El Informe continúa poniendo en cuestión el enfoque utilitarista del documento español, porque se dice que cae en la falacia de la ausencia de separabilidad moral de las personas. No es lícito asumir «que el valor moral de las personas es intercambiable: la salud que unos ganan compensa a la que otros pierden siempre que el resultado sea una suma positiva».

Por eso, se afirma que «la compensación interpersonal de las vidas humanas entre sí, con el fin de maximizar unos presuntos beneficios colectivos es incompatible con la primacía de la dignidad humana”. La consecuencia jurídica es que “en una comunidad basada en el imperio de la ley, los derechos individuales no pueden quedar subordinados al objetivo de una agregación orientada hacia la maximización de los beneficios colectivos»⁷¹.

Además, en este Informe se recuerda que la Organización Mundial de la Salud (OMS), en sus Recomendaciones para la gestión de cuestiones éticas en epidemias (*Guidance for Managing Ethical Issues in Infectious Disease Outbreaks*) de 2016 afirma, con rotundidad, que «las decisiones de asignación de recursos debenguiarse por los principios éticos de utilidad y equidad»⁷².

En cuanto al concepto de “utilidad social”, en las mismas Recomendaciones de la OMS se señala que «si bien puede ser ético priorizar a las personas que son esenciales para manejar un brote, no es apropiado priorizar a las personas con base en consideraciones de valor social no relacionadas con la realización de servicios críticos necesarios para la sociedad». En efecto, aunque pueda ser un criterio a tener en cuenta, no puede ser el único, porque hay que conciliarlo con los principios de equidad y de protección frente a la vulnerabilidad⁷³.

⁷⁰ COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, *Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos bioéticos de la priorización de recursos sanitarios en el contexto de la crisis del coronavirus* (25-3-2020), p. 7.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ *Ibidem*.

En cualquier caso, como recuerda Federico de Montalvo «bajo el enfoque utilitarista, los derechos de los individuos pueden ser fácilmente infringidos, porque sus beneficios individuales se agregan para constituir los beneficios colectivos»⁷⁴.

No fueron las personas mayores los únicos discriminados en España durante la pandemia, sino también aquellos que tenían alguna discapacidad, lo que originó la protesta del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI). Este organismo dirigió, en marzo de 2020, una petición a la Dirección General de Políticas de Discapacidad, del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, para solicitar un informe al Comité de Bioética de España, sobre las implicaciones éticas de las anteriores “Recomendaciones” de la sociedad científica española, manteniendo que «el tratamiento debe estar disponible para todas las personas sin discriminación ni exclusiones ni preferencias o descartes odiosos».

En este mismo sentido, el informe del grupo de trabajo del Ministerio de Derecho Sociales y Agenda 2030, ya había destacado también la discriminación, no solo por discapacidad, sino además por la edad. En este colectivo de personas, de residentes de edad avanzada, es verdad que la edad constituye «un factor que deviene generalmente en una peor capacidad de respuesta del sistema inmunitario frente a la infección, lo que abunda en la mayor letalidad». Además, las características de las infraestructuras residenciales suponen una dificultad para dispensar las medidas necesarias de protección, que se suma a la evidente «ausencia de planes de contingencia y ratios insuficientes de personal, así como la ausencia de personal sanitario suficientemente entrenado o el uso inadecuado de los equipos de protección». Por eso, el desbordamiento sufrido en estas instalaciones y las dificultades para prestar la atención sanitaria habitual a los episodios agudos normales entre esta población se produce también en otras patologías diferentes⁷⁵.

La gravedad de la situación se describe en una carta, enviada en el mes de marzo de 2020, a la Secretaría General de Sanidad del Ministerio de Sanidad, donde el Comité de Bioética de España le trasladaba su preocupación por la adopción, a nivel local y hospitalario, de criterios y protocolos de triaje para la priorización en la asistencia sanitaria a pacientes con coronavirus. El problema es que «se estaban aprobando de manera independiente por cada centro, sin atender a unos criterios comunes, ni garantizar la participación de expertos en Bioética» y, además, se estaba aplicando el «criterio de la edad como límite a la asistencia»⁷⁶.

⁷⁴ Vid. F. MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, *Pandemias, política y ciencia: el papel de la ciencia y los científicos en la solución de los conflictos derivados de la pandemia de la Covid-19*, en *Cuadernos de Bioética*. 2020; 31(102), p. 156.

⁷⁵ MINISTERIO DE DERECHOS SOCIALES Y AGENDA 2030, *Informe del Grupo de trabajo Covid 19 y residencias*. Vid. https://www.imserso.es/InterPresent1/groups/imserso/documents/binario/gtcovid_residencias_vf.pdf (consulta 3-6-2022).

⁷⁶ COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, Op, cit. pp. 3-6. Vid. <http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/Informe%20CBE-%20Priorizacion%20de%20recursos%20sanitarios-coronavirus%20CBE.pdf> (consulta 3-6-2022). Se hace eco del Informe de la Comisión Central de Deontología de la Organización Médica Colegial sobre la priorización de las decisiones de los enfermos en estado crítico en una catástrofe sanitaria con el

En esta polémica intervino, además, el Defensor del Pueblo español que, en una carta en contestación al Comité, consideraba que no resultaba aceptable que determinados expertos sanitarios estén sugiriendo “sacrificar” a personas con discapacidad, en el acceso a los medios asistenciales por su condición de edad.

Para este alto comisionado dichas actitudes no resultaban acordes con el tipo de sociedad democrática, que se precia de garantizar el respeto a los derechos y libertades de la Constitución, y la dignidad de la persona, con independencia de su edad o condición.

El Defensor del Pueblo español se alinea, también, con el frente de los críticos de este tipo de textos, que no cuentan con valor oficial, como los de las sociedades científicas. Se considera que, en ningún caso, son Derecho aplicable ni vinculan, sobre todo, cuando son «burdamente contrarios al ordenamiento jurídico de un país democrático».

Desde este punto de partida, esta institución exige que el Ministerio de Sanidad español vigile estos textos y recomendaciones, emitidos por dichas sociedades científicas, debido a que pueden convertirse en una praxis perturbadora, que comprometa el bien supremo a la vida y discrimine a las personas con discapacidad⁷⁷.

En el mismo sentido, el Comité de Bioética de España ha criticado, entre otras cuestiones, la alusión al “valor social” del enfermo, como algo extremadamente ambiguo y éticamente discutible, al afirmar que todo ser humano, por el mero hecho de serlo es socialmente útil, debido al propio valor ontológico de la dignidad humana, por lo que no puede admitirse que unas personas tengan más valor social que otros⁷⁸.

Sin olvidar que hay quien interpreta, erróneamente, que la edad puede representar “una discapacidad o una etapa sin sentido”, por lo que se produce un desplazamiento de las personas mayores de los círculos activos de la sociedad, afectando directamente a su salud y, en consecuencia, incidiendo en todo el sistema asistencial⁷⁹.

siguiente criterio: «el médico tendrá en cuenta que cada caso requerirá la deliberación oportuna, antes de tomar una decisión, porque las recomendaciones mencionadas u otras, no pueden responder siempre a la singularidad de cada paciente». Lo que hay que conciliar con que «las tomas de decisiones de tanta relevancia deben ser individuales y personales, porque, aunque los procesos puedan coincidir, cada paciente puede ser distinto. El conocimiento científico es imprescindible pero no basta para ayudar a los pacientes a curarse o a convivir con sus enfermedades lo mejor posible».

⁷⁷ Vid. <https://www.servimedia.es/noticias/1237853> (consulta 3-6-2022).

⁷⁸ F. MONTALVO; V. BELLVER, *Op. cit.*, p. 251.

⁷⁹ A. DICKENS (et al), *Interventions targeting social isolation in older people: a systematic review*, *BMC Public Health*. 2011; 11. p. 647. *Cit.* P. RAMOS VERGARA; L. VALERA; H. GAC; C. RICHARDS YÁÑEZ, *El adulto mayor en el contexto del Covid-19: ¿en el centro del cuidado o al margen por su edad?*, en *Cuadernos de Bioética*. 2021; 32(106), p. 331.

5. El Informe del Ministerio de Sanidad español sobre los aspectos éticos en situaciones de pandemia.

Las duras críticas que se formularon contra el documento de Recomendaciones éticas ante la pandemia del Covid-19, de la Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias forzaron al Ministerio de Sanidad español a elaborar un documento, fechado el 2 de abril de 2020, que lleva por título: “Informe del Ministerio de Sanidad sobre los aspectos éticos en situaciones de pandemia: el SARS-CoV-2”⁸⁰.

En el apartado quinto de este texto, que aborda las decisiones sobre cuidados intensivos de pacientes vulnerables. También se hace referencia al debate que se ha generado, especialmente en relación a los criterios que se deben aplicar para la distribución de los recursos asistenciales, en el contexto de una situación de emergencia sanitaria.

Se alude a la polémica producida, tanto en los medios de comunicación⁸¹, como en los distintos documentos y foros científicos, para fijar «la posibilidad de acudir a criterios como la edad del paciente para discriminar a determinados grupos poblacionales, del acceso a dichos recursos en situaciones extremas de evidente insuficiencia de los recursos»⁸².

En este sentido, el texto del Ministerio adopta la decisión de rechazar el empleo de criterios que se basen en la discriminación, por cualquier motivo, como forma de priorizar unos pacientes sobre otros en este contexto. De esta forma, se afirma que «excluir a pacientes del acceso a

⁸⁰ https://www.mschs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/AspectosEticos_en_situaciones_de_pandemia.pdf (consulta 3-6-2022).

⁸¹ Entre los distintos artículos aparecidos en los medios de comunicación: «Un tercio de los fallecidos por Covid-19 en España vivían en residencias: siete recomendaciones para que no vuelva a ocurrir». *Vid.* https://www.abc.es/sociedad/abci-tercio-fallecidos-covid-19-espana-vivian-residencias-siete-recomendaciones-para-no-vuelva-ocurrir-202106141736_noticia.html; «España/Residencias: Siete recomendaciones imprescindibles para que las personas mayores no sean abandonadas a su suerte nunca más». *Vid.* <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/espana-residencias-siete-recomendaciones-imprescindibles-para-que-las-personas-mayores-no-sean-abandonadas-a-su-suerte-nunca-mas/>; «Amnistía Internacional pide proteger a los mayores en residencias». *Vid.* https://www.infolibre.es/noticias/politica/2021/06/15/amnistia_internacional_pide_proteger_los_mayores_residencias_que_no_sean_abandonados_suerte_nunca_mas_121717_1012.html; «Sin rastro de delito en la muerte de ancianos en residencias». *Vid.* <https://elpais.com/espana/catalunya/2021-06-06/sin-rastro-de-delito-en-la-muerte-de-ancianos-en-residencias.html>; «Familiares de residencias piden que se investiguen muertes y estudien secuelas». *Vid.* <https://nuevatribuna.publico.es/articulo/sociedad/familiares-residencias-ancianos-investiguen-muertes-secuelas-pandemicovid/20210512135556187627.html>; «La Fiscalía sigue archivando denuncias por muertes en residencias de Madrid al no ver una dejación de cuidados». *Vid.* https://www.infolibre.es/noticias/politica/2021/04/30/fiscalia_archiva_primeras_denuncias_por_muertes_residencias_no_ver_voluntad_omitir_cuidados_que_eleva_riesgo_119972_1012.html?utm_source=twitter.com&utm_medium=smmshare&utm_campaign=noticias¬=1067272; «El Defensor del Pueblo urge a las comunidades a aumentar las inspecciones en las residencias tras la catástrofe por la pandemia». *Vid.* https://www.infolibre.es/noticias/politica/2021/05/06/el_defensor_del_pueblo_urge_las_comunidades_aumentar_las_inspecciones_las_residencias_tras_catastrofe_por_pandemia_120153_1012.html?utm_source=whatsapp.com&utm_medium=smmshare&utm_campaign=noticias.

⁸² En el documento se parte de situar esta polémica en las circunstancias producidas durante la pandemia SARSCoV-2, que originó una preocupante escasez de camas de Unidad de Cuidados Intensivos (UCI). Aunque lo más preocupante fue la falta de disponibilidad de aparatos de ventilación mecánica, que pudieran satisfacer las necesidades del conjunto de la población.

determinados recursos asistenciales o a determinados tratamientos (por ejemplo, aplicar dicha limitación a toda persona de edad superior a 80 años) resulta contrario, por discriminatorio, a los fundamentos mismos de nuestro Estado de Derecho (art. 14 Constitución española)»⁸³.

En efecto, los pacientes de mayor edad, en situaciones de extrema escasez de recursos asistenciales no pueden ser discriminados, en relación al resto de la población, por lo que habría que recurrir «a criterios clínicos de cada caso en particular». Por tanto, se deben aplicar «los criterios de admisión de pacientes con síntomas graves en unidades de cuidados intensivos y aplicación de ventilación mecánica asistida recogidos supra exactamente en las mismas condiciones que a cualquier otro ciudadano».

La conclusión es que «no resulta en modo alguno aceptable descartar *ex ante* el acceso a dichos medios a toda persona que supere una edad». En este Informe se reconoce que, en el caso de dar por “buena” este tipo de discriminación, vendría a ser «una minusvaloración de determinadas vidas humanas, por la etapa vital en la que se encuentra dicho sector de ciudadanía, lo que contradice los fundamentos de nuestro Estado de Derecho, en particular el reconocimiento de la igual dignidad intrínseca de todo ser humano por el hecho de serlo».

Lo mismo se puede decir de otras posibles discriminaciones, como en el caso de la discapacidad, cualesquiera que sean sus manifestaciones. También de las posibles discriminaciones en relación con los colectivos de menores de edad, que se encuentren en situaciones vulnerables, como aquellos que son objeto de abandono por parte de su familia o los menores extranjeros no acompañados, que pueden experimentar en su salud física y mental el impacto derivado del confinamiento, que se llevó a cabo durante el estado de alarma.

La polémica se desarrolla además en el ámbito supranacionales, como en la AGE *Platform Europe*, que integra la red europea de organizaciones sin ánimo de lucro, de personas mayores de 50 años, que defiende los intereses de los más de 200 millones de ciudadanos mayores de esta edad que residen en la Unión Europea. Este organismo presentó un documento titulado: “COVID-19: Los derechos de las personas mayores deben estar igualmente protegidos durante la pandemia”⁸⁴.

En este texto se afirma que «la edad cronológica no debe usarse para la asignación de bienes y servicios y no debe ser un criterio para determinar las vulnerabilidades, el pronóstico o las opciones de tratamiento de las personas».

Para esta organización los derechos humanos de todas las personas deben ser efectivamente garantizados por los Estados frente a la discriminación. También para prevenir «el abuso, la inclusión y el acceso a servicios esenciales para las personas en situaciones

⁸³ https://www.msbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/AspectosEti cos_en_situaciones_de_pandemia.pdf.

⁸⁴ [https://www.age-platform.eu/policy-work/news/covid-19-older-persons%E2%80%99-rights-must-be-equal ly-protected-during-pandemic\(consulta 3-6-2022\)](https://www.age-platform.eu/policy-work/news/covid-19-older-persons%E2%80%99-rights-must-be-equal ly-protected-during-pandemic(consulta%203-6-2022)).

vulnerables», entre las que se cita a las que viven en instituciones, solas o se encuentran en distintos riesgos de exclusión.

6. Las recomendaciones de los Comités de Bioética de los países de nuestro entorno.

Por otro lado, el elevado número de personas mayores fallecidos en España durante la pandemia, en especial las que se encontraban ingresadas en las residencias, y las decisiones adoptadas por los responsables públicos españoles contrastan con las adoptadas en otros Estados de nuestro entorno. En los Comités de Bioética de los principales países europeos se produce, desde el primer momento, una unanimidad en la necesidad de que todos los ciudadanos, con independencia de su edad, accedieran a todos los servicios médicos necesarios para su atención, incluidas la hospitalización y la ventilación mecánica.

En estas decisiones, de los poderes públicos de estos países europeos, se basaron en sus normas constitucionales y legislación especializada, que fueron respaldadas por las claras recomendaciones emitidas por los diversos Comités de Bioética nacionales y también en el internacional.

En efecto, el Comité Internacional de Bioética de la UNESCO fue muy claro en sus postulados, al mantener que «en el caso de la selección de pacientes, cuando hay escasez de recursos, debe primar la necesidad clínica y la efectividad del tratamiento. Los procedimientos deben ser transparentes y respetuosos con la dignidad humana. Los principios éticos consagrados en el marco de los derechos humanos reconocen la protección de la salud como un derecho de cada ser humano». Unos principios que, según este órgano, reafirman una responsabilidad colectiva, especialmente, en relación a las personas vulnerables y para «evitar cualquier estigmatización sobre ellas»⁸⁵.

En Europa, la Sociedad Belga de Medicina Intensiva ha sido la que ha rechazado con más contundencia cualquier forma de utilitarismo, en la asignación de recursos y en la atención médica de urgencia, al mantener el principio “*first come first served*”, y el criterio “*random*” como los más útiles y equitativos⁸⁶.

En cuanto a la opinión del Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB) de Italia, en el documento titulado: “Covid 19: la decisión clínica en condiciones de falta de recursos y el criterio de triaje en emergencia pandémica”, del 8 de abril de 2020, dedica una atención específica a las personas más vulnerables, que pueden sentirse en riesgo de abandono, en particular a las

⁸⁵ UNESCO. Declaración sobre el Covid-19. Consideraciones éticas desde una perspectiva global. Comité Internacional de Bioética de la UNESCO y Comisión Mundial de Ética del Conocimiento Científico y la Tecnología, 6 de abril de 2020. Vid. <https://www.cibir.es/es/bioetica/documentacion/biblioteca/covid-19/declaracion-sobre-el-covid19-consideraciones-eticas-desde-una-perspectiva-global> (Consulta 3-6-2022).

⁸⁶ Ethical principles concerning proportionality of critical care during the COVID-19 pandemic: advice by the Belgian Society of IC medicine (consulta 3-6-2022).

personas mayores, hospitalizadas en estructuras dedicadas a ellos, para las que el Comité de Bioética italiano espera que se asegure el cuidado, la protección y la atención adecuados para evitar el contagio del virus SARS-CoV-2.

Este órgano tiene muy claro que en la Carta Constitucional italiana «hay principios fundamentales que constituyen una orientación válida en el campo bioético. En particular, el art. 32 – donde se habla de la salud como un «derecho fundamental del individuo» y un «interés de la comunidad» –, art. 2 – que reconoce y garantiza el principio personalista y el deber de solidaridad – y el art. 3 – que contempla el principio de igualdad – que constituyen puntos de referencia esenciales para la relación de cuidado, también cuando ésta se promueve en condiciones extremadamente críticas, como en la actual»⁸⁷.

Por otro lado, el Comité Nacional de Ética alemán también defendía, como el italiano, los criterios de solidaridad y responsabilidad, para enfrentar la crisis del coronavirus, según lo expresado en un documento del 27 de marzo de 2020. En este texto se resaltaba que «el ordenamiento jurídico alemán regula un marco vinculante para la ética médica, donde la dignidad humana tiene que quedar garantizada en términos de igualdad, extendiendo su protección frente a cualquier discriminación».

De esta forma, se llegaba a la conclusión de la defensa de la vida, con la indiferencia del valor vida. Por tanto, se defendía su protección en condiciones de igualdad, al rechazarse realizar una evaluación sobre qué vida humana merece vivir y cuál no. De esta forma, se declara que cualquier diferencia que se formule, directa o indirectamente sobre el valor o la duración de la de la vida, y cualquier decisión del Estado, que suponga una asignación desigual de posibilidades de supervivencia y riesgos de muerte, en situaciones de crisis, resulta inadmisibles.

En concreto, se mantiene que «toda vida humana goza de la misma protección, por lo que no se puede diferenciar por cuestiones de género, étnicas o clasificar las vidas en función de la edad del paciente, su papel social o su supuesto valor, ni tampoco sobre la esperanza de vida prevista»⁸⁸.

De manera parecida se manifiesta el Comité Nacional de Ética francés, en su Informe de 13 de marzo de 2020, que rechaza que se pueda recurrir a criterios de priorización, que estén basados en el valor social o económico de la persona, porque la consideración de la persona no depende de su utilidad⁸⁹.

En España, la Asociación Española de Bioética y Ética Médica (AEBI) emitió un documento, en relación a la priorización de los recursos, en el que se recomienda que la decisión

⁸⁷ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA (CNB), *Covid-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del “triage in emergenza pandemica”*, p. 6. Vid. https://bioetica.governo.it/media/4248/p136_2020_-covid-19-la-decisione-clinica-in-condizioni-di-carenza-di-risorse-e-il-criterio-del-triage-in-emergenza-pandemica.pdf (consulta 3-6-2022).

⁸⁸ Vid. <https://www.ethikrat.org> (consulta 3-6-2022).

⁸⁹ Vid. <https://www.ccne-ethique.fr> (consulta 3-6-2022).

sea fruto de «un juicio prudencial que discierna lo más adecuado para cada paciente, evitando el abandono, la futilidad terapéutica, y cualquier forma de discriminación por razón de discapacidad». Lo que implica que no hay que utilizar nunca «de forma aislada o principal el criterio de la edad a la hora del acceso de los pacientes a los recursos disponibles»⁹⁰.

Estas ideas están en consonancia con los principios y normas constitucionales españoles pues, como ya hemos visto anteriormente, según el art. 9 CE, tanto los ciudadanos como los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. Por tanto, los poderes públicos no pueden más que promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo sean reales y efectivas, lo que no se ha producido con la diligencia y seguridad jurídica necesarias, en la situación que estamos analizando.

Por otro lado, el Comité de Bioética de España recibió, el 23 de marzo de 2020, de la Dirección General de Políticas de Discapacidad, Secretaría de Estado de Derechos Sociales, del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, una petición de informe sobre las implicaciones éticas que, en relación a las personas con discapacidad, pudieran tener las Recomendaciones del Grupo de Trabajo de Bioética de la Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias (SEMICYUC).

El Comité de Bioética de España emitió un informe sobre los aspectos bioéticos de la priorización de recursos sanitarios, en el contexto de la crisis del coronavirus⁹¹. Este Comité afirmaba que las propuestas llevadas a cabo por las sociedades científicas y otros grupos de trabajo pueden resultar interesantes, pero que el mejor criterio científico-médico o la *lex artis* pertinente de la actuación individual de cada profesional, a la hora de limitar el derecho a la protección de la salud de algunos individuos, debido a la escasez de recursos, es una decisión que «solo puede corresponder única y exclusivamente a la autoridad pública, la única facultada constitucionalmente para limitar y suspender derechos».

En ese informe se reconoce que, aunque en un contexto de recursos escasos se podría justificar la adopción de un criterio de asignación, que estuviera basado en la capacidad de recuperación del paciente, sin embargo, «se debe prevenir la extensión de una mentalidad utilitarista o, peor aún, de prejuicios contrarios hacia las personas mayores o con discapacidad».

Por tanto, el término de “utilidad social”, que figura en alguna de las recomendaciones publicadas, que habían aparecido en distintos medios de comunicación, les «parece extremadamente ambiguo y éticamente discutible, porque todo ser humano, por el mero hecho de serlo, es socialmente útil, en atención al propio valor ontológico de la dignidad humana»⁹².

⁹⁰ Vid. https://aebioteca.org/archivos/Consideraciones_2.pdf (consulta 3-6-2022).

⁹¹ <http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/Informe%20CBE-%20Priorizacion%20de%20recursos%20sanitarios-coronavirus%20CBE.pdf> (consulta 3-6-2022).

⁹² *Ibidem*.

En este sentido, hay que recordar la prohibición de discriminación en España, por razón de discapacidad, recogida en el artículo 3 a) del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

En resumen, las recomendaciones aprobadas por el denominado Grupo de Trabajo de Bioética de la Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias (SEMICYUC), que utilizan unos conceptos y hacen referencia a cuestiones, como “supervivencia libre de discapacidad por encima de la supervivencia aislada” o la que recomienda que «cualquier paciente con deterioro cognitivo, por demencia u otras enfermedades degenerativas, no serían subsidiarios de ventilación mecánica invasiva», a juicio del Comité de Bioética de España «no son compatibles con la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, tratado firmado y ratificado por España»⁹³.

6. Las consecuencias jurídicas de la discriminación.

Las consecuencias sanitarias más visibles, en los momentos más álgidos de la pandemia en España, se desarrollaron en torno a unos criterios de triaje, que permitiesen la gestión del riesgo clínico, cuando se producían grandes flujos de pacientes, y la demanda y las necesidades clínicas se encontraban superadas debido a la falta de disponibilidad o escasez de los recursos sanitarios.

Esta actividad, de escoger, separar o clasificar pacientes resulta algo consustancial a la labor desempeñada habitualmente por el personal médico cualificado. Sin embargo, las consecuencias sanitarias implicaban también consecuencias jurídicas, pues no debemos perder de vista que, aunque el reparto de los recursos sanitarios corresponde a la autoridad sanitaria, no obstante, también es la autoridad sanitaria la que debe garantizar siempre el respeto a los más básicos derechos fundamentales.

Por otro lado, desde la doctrina española y también de otros países europeos se ha señalado que, este tipo de decisión «se trata de un acto normativo administrativo cuya fundamentación deberá atender, entre otros, a los criterios médico-científicos, que suministren las sociedades científicas pero que, en modo alguno, puede tratarse de una mera decisión científica»⁹⁴.

En efecto, las decisiones científicas se deben incardinar a los principios y a los derechos constitucionales básicos, entre los que se encuentra el 14 CE, que proclama que los españoles son iguales ante la ley, sin que se pueda discriminar por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ F. MONTALVO; V. BELLVER, Op. cit., p. 256.

Sin olvidar que las competencias sanitarias, ejercidas en España en desarrollo del art. 149.1.1 CE, y de la Ley General de Sanidad (LGS) de 1986 implican un imprescindible respeto del ordenamiento constitucional. En este sentido, el art. 158.1 CE se refiere a la «garantía de un nivel mínimo en la prestación de los servicios públicos fundamentales en todo el territorio español», lo que se desarrolla en el art. 3.2 LGS que prevé que «el acceso y las prestaciones sanitarias se realizarán en condiciones de igualdad efectiva», lo que permite un sistema que respeta los derechos a la vida, a la igualdad y a la no discriminación.

La propia Ley General de Sanidad española declara la «condición de norma básica en el sentido previsto en el art. 149.1.16 de la Constitución», a lo que añade que «las Comunidades Autónomas podrán dictar normas de desarrollo y complementarias de la presente Ley en el ejercicio de las competencias que les atribuyen los correspondientes Estatutos de Autonomía» (art. 2 LGS).

De esta forma, en materia de sanidad, a través de las bases del art. 149.1.16^a CE la doctrina del Tribunal Constitucional español ha precisado que «la Constitución no sólo atribuye al Estado una facultad, sino que le exige que preserve la existencia de un sistema normativo sanitario nacional con una regulación uniforme mínima y de vigencia en todo el territorio español, eso sí, sin perjuicio, bien de las normas que sobre la materia puedan dictar las Comunidades Autónomas en virtud de sus respectivas competencias (...) dirigidas, en su caso, a una mejora en su ámbito territorial de ese mínimo común denominador establecido por el Estado, bien de las propias competencias de gestión o de financiación que sobre la materia tengan conforme a la Constitución y a los Estatutos»⁹⁵.

Mientras que en el art. 1 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública española se declara, expresamente, que dicha norma tiene como objeto que «la población alcance y mantenga el mayor nivel de salud posible». Por eso, define la salud pública como «el conjunto de actividades organizadas por las Administraciones públicas, con la participación de la sociedad, para prevenir la enfermedad así como para proteger, promover y recuperar la salud de las personas, tanto en el ámbito individual como en el colectivo y mediante acciones sanitarias, sectoriales y transversales».

En el caso de las residencias de ancianos de titularidad privada, que en España son la mayoría, se podría invocar la protección civil, que podría dar lugar a una responsabilidad civil contractual de estos centros (art. 1.101, 1.102 y 1.103 CC) o, en el supuesto de no haber contrato escrito, a una responsabilidad de tipo extracontractual (art. 1.902 CC).

Sin embargo, cuando se trata de residencias de titularidad pública las posibles negligencias o mal funcionamiento podrían dar origen a una responsabilidad patrimonial (art. 106.2 CE), que

⁹⁵ *Vid.* Sentencias Tribunal Constitucional español SSTC 98/2004, de 25 de mayo (Fundamento Jurídico 7); 22/2012, de 16 de febrero, (F. J. 3) y 136/2012, de 19 de junio, (F. J. 5).

se regula en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

No obstante, la declaración del estado de alarma, debido a la crisis sanitaria, podría inducir a tratar de justificar muchos de los fallecimientos ocurridos en España, al plantearse la posibilidad de que fuesen considerados como constitutivos de fuerza mayor y, por tanto, no imputables a la Administración pública.

En esta cuestión estriba una de las dificultades, de la exigencia de este tipo de responsabilidad, puesto que habría que probar que las acciones y las omisiones, que se han producido en cada caso, no pudieron ser evitables. Aunque, no significa que no se hubiera podido mitigar o prevenir el elevadísimo número de fallecimientos en estos centros, si tanto las residencias públicas como las privadas hubiesen podido trasladar a los enfermos a sus centros hospitalarios de referencia.

Por otro lado, también hay que recordar que en la doctrina del Tribunal Constitucional español, no toda discriminación resulta arbitraria. Se pueden establecer distinciones y limitaciones cuando se busque, por ejemplo, una igualdad real que se encuentre justificada por unos objetivos legítimos y justos, pero también cuando los medios que se proponen para conseguirlo se consideren oportunos y precisos.

En el supuesto de que la discriminación no resulte justificada puede constituir, tanto un delito, como una circunstancia agravante de la responsabilidad criminal. En este sentido, el art. 22 del Código Penal (CP) establece como una circunstancia agravante la de haber cometido el ilícito por diversos motivos. Este es el caso de la discriminación referente a la ideología, religión, sexo, edad o discapacidad, entre otras muchas condiciones o circunstancias que pueden concurrir sobre la persona.

La protección frente a la discriminación, como conducta ilícita tipificada, está recogida en el Código penal en determinados delitos. Este es el caso de los delitos de denegación discriminatoria de prestaciones del particular encargado de un servicio público.

En este supuesto incurre en la pena de prisión, de seis meses a dos años, y en una multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial, para desempeñar un empleo o cargo público, por el tiempo de uno a tres años, el particular encargado de un servicio público que deniegue a una persona una prestación, a la que tenga derecho, por una serie de motivos como los de su ideología, religión, edad, sexo o discapacidad, que son solo algunos de los que citan en la larga lista en este precepto (arts. 511.1 CP)⁹⁶.

⁹⁶ En el caso de los funcionarios públicos, que cometan alguno de los hechos anteriormente descritos, se les aumentarán las penas en su mitad superior (arts. 511.3 Código Penal CP).

Cuando se trata de particulares que, en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales, deniegan a una persona aquella prestación a la que tenga derecho, también por las anteriores circunstancias, se enfrentan a una pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio por un periodo de uno a cuatro años (arts. 512 CP).

Sin embargo, el recorrido judicial de las reclamaciones que hasta ahora se han presentado en España, por la vía penal, frente al Ministerio de Sanidad debido a la discriminación de las personas mayores, a la hora de acceder a las prestaciones hospitalarias durante la pandemia del Covid-19 están siendo la mayoría de ellas desestimadas.

Resulta cierto que pueden ser variadas las situaciones de los distintos afectados, que han resultado contagiados, y que también varían la fundamentación de las demandas y las querellas interpuestas por las familias de los fallecidos, esgrimiendo la mala gestión tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas frente a la pandemia.

Sin embargo, una vez explicada la falta de base jurídica, para la adopción de la decisión de las autoridades públicas españolas, de no permitir el acceso a las personas mayores, que vivían en residencias de ancianos a sus centros hospitalarios se hace, en nuestra opinión, necesaria algún tipo de reparación de una mala gestión sanitaria.

Desde el punto de vista constitucional, y con la ley ordinaria y la dictada por la declaración del estado de alarma, no es posible argumentar que a una persona o a un grupo social o colectivo determinado se le pueda tratar de una manera menos favorable, que a otra persona o a otro colectivo en una situación comparable y menos a ún intentar justificarlos en criterios personales o sociales.

Este principio constituye la tónica dominante en las Constituciones y legislaciones de nuestro entorno, como hemos visto, además, ha guiado los informes y las recomendaciones de los Comités de bioética de la inmensa mayoría de países europeos.

7. Reflexiones finales y conclusiones.

En primer lugar, tenemos que afirmar que la aplicación de documentos o de informes elaborados por una sociedad científica o médica, no pueden servir de base para justificar decisiones políticas y sanitarias, que puedan discriminar a ciertos colectivo sen función de su edad o de cualquier otra circunstancia social o personal.

Precisamente, para garantizar un ejercicio correcto y adecuado de la labor médica se realizó uno de los Códigos éticos más antiguos que se conocen, el “juramento hipocrático”, con el fin de colaborar y de aclarar los criterios que se deben aplicar en la toma de decisiones difíciles en el desarrollo de la profesión médica.

Estos principios de la ética médica se encuentran recogidos, de forma expresa, también en la versión actualizada del juramento hipocrático o promesa del médico, en su adaptación

moderna, conocida como la “Declaración de Ginebra”, que fue adoptada por la Asociación Médica Mundial (AMM) en 1948, y ha sido revisada y enmendada en diferentes ocasiones.

En la última de esas versiones, en el texto aprobado en octubre de 2017, en Chicago, se hacen votos o promesas de “no permitir que consideraciones de edad, enfermedad o incapacidad, credo, origen étnico, sexo, nacionalidad, afiliación política, raza, orientación sexual, clase social o cualquier otro factor se interpongan entre mis deberes y mis pacientes”⁹⁷.

También se jura o promete «respetar la autonomía y la dignidad de mis pacientes y velar con el máximo respeto por la vida humana». Mientras que en otro párrafo se hace referencia, expresamente, a «no emplear mis conocimientos médicos para violar los derechos humanos y las libertades ciudadanas, ni siquiera bajo amenaza»⁹⁸. Por lo que resulta muy claro que este tipo de reglas éticas tratan de evitar comportamientos arbitrarios o discriminatorios, incluso cuando los sanitarios se encuentran presionados por las circunstancias más adversas.

En un sentido similar, podemos encuadrar la labor de la Organización No Gubernamental de “Médicos Sin Fronteras”, muy acostumbrado a gestionar recursos en las situaciones más extremas. Esta organización realizó un informe demoledor, sobre la asistencia médica prestada a las personas mayores en España, que vivían en las residencias de ancianos, en el que se denuncia “un déficit estructural de recursos y de supervisión sanitaria, y ningún plan de contingencia”.

Lo más importante para esta ONG internacional es que, durante la realización de su investigación especializada, llevada a cabo por los profesionales del sector sanitario, sobre las decisiones adoptadas durante la pandemia se ha constatado que «no se priorizaron las derivaciones hospitalarias ni los circuitos preferentes, ni otros recursos disponibles, para que las personas enfermas fueran trasladadas a otros centros u hospitales. Y las residencias, lugares para la convivencia y el cuidado y no para el tratamiento medicalizado, se vieron obligadas a dar unos cuidados para los que, a pesar de su buena voluntad, no estaban preparadas»⁹⁹.

En el Informe de Médicos Sin Fronteras se recoge una grave descoordinación, entre la Administración pública española y las empresas gestoras de las residencias, pero también la falta de estrategias y de prevención ante la epidemia, por parte de las autoridades públicas españolas, pese a las advertencias continuadas que venían de otros países, especialmente de China y de Italia, y los avisos e informes de la Organización Mundial de la Salud (OMS).

Sin embargo, los responsables públicos españoles expresaron, en las primeras ruedas de prensa y comunicados del Ministerio de Sanidad, su opinión de que la pandemia no incidiría de forma grave en España, por lo que no se acometió la necesidad urgente de comprar material de protección y sanitario para los enfermos y los profesionales.

⁹⁷ <https://www.wma.net/es/policias-post/declaracion-de-ginebra/>(consulta 3-6-2022).

⁹⁸ *Ibidem*

⁹⁹ <https://www.msf.es/actualidad/poco-tarde-y-mal-denunciamos-inaceptable-desamparo-los-mayores-las-residencias-durante-la> (consulta 3-6-2022).

En una línea de actuación similar, de no enfrentarse decididamente a los efectos negativos de la pandemia, se puede encuadrar la decisión de «priorizar la respuesta asistencial en hospitales, lo que dejó atrás a las personas mayores en las residencias, a pesar de ser el colectivo más vulnerable y con mayor mortalidad»¹⁰⁰.

Nuestra conclusión final es que cualquier decisión política o sanitaria debe resultar acorde con un modelo de Estado social y democrático de Derecho, y con los principios básicos que inspiran y sostienen el sistema de derechos fundamentales y libertades públicas, por lo que no puede basarse ni en protocolos ni en documentos de sociedades médicas o científicas, por mejor intención que tengan a la hora de gestionar unos recursos escasos.

Como expresa muy acertadamente Marta Albert, «un protocolo de triaje, por definición, no puede convertirse en una herramienta para la delimitación del ejercicio de derechos. Para limitar dicho ejercicio, es necesaria la existencia de una decisión de la autoridad competente, en circunstancias normales el legislador, y, en situaciones extremas, el ejecutivo»¹⁰¹.

Por eso, esta autora expresa su opinión de que quizá el criterio más adecuado sea el adoptado, en el ámbito europeo, por la Sociedad Belga de Medicina Intensiva, a la hora de descartar, de forma explícita, cualquier conato de utilitarismo, al fijar como criterio básico de la atención médica, y, en caso de urgencia comparable, el principio “*first come first served*”, y el criterio “*random*”, que considera como «los más útiles y equitativos»¹⁰².

La conclusión lógica es que, el respeto al marco constitucional, no permite otra cosa más que el respeto a la dignidad de cada persona y sus derechos subjetivos. Por eso, «la protección de la salud pública no puede hacerse a costa del sacrificio de los derechos constitucionalmente garantizados»¹⁰³.

En efecto, en la misma línea que esta autora, nuestra opinión es que el respeto y la garantía del derecho fundamental a la vida, del derecho a la igualdad y la lucha contra las formas arbitrarias de discriminación deben ser los parámetros en los que se asienten las Constituciones y las legislaciones más avanzadas en esta materia. Sobre esta base sólida se han desarrollado las decisiones de las autoridades públicas en otros países de nuestro entorno, que han sido reforzadas por los distintos informes y recomendaciones, emitidos por sus órganos o comités de bioética, tal y como hemos visto.

El propio Comité de Bioética de España se pronunció sobre los aspectos bioéticos de la priorización de recursos sanitarios, en el contexto de la crisis del coronavirus. En la misma línea, que la que mantenemos nosotros, recuerda este órgano que las propuestas de las sociedades científicas y otros grupos de trabajo no deben ser utilizadas por las autoridades públicas, como

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ M. ALBERT, *Vulnerabilidad y atención sanitaria*, Op. cit., p. 189.

¹⁰² *Ibidem*, p. 198.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 199.

criterio para limitar o restringir el derecho a la protección de la salud de los individuos o colectivos. Esta es una decisión que «solo puede corresponder única y exclusivamente a la autoridad pública, la única facultada constitucionalmente para limitar y suspender derechos».

En nuestra opinión, las decisiones de las autoridades públicas españolas, que han utilizado los informes de la Sociedad Española de Medicina Intensiva, en los que se parte delo que se denomina como el “valor social de la persona enferma”, y se fijan criterios de elección de las personas que podían beneficiarse de los medios mecánicos para la respiración, en función de la edad o de sus patologías previas, no solo constituyen una conducta discriminatoria, en contra de los colectivos de mayor edad, discapacidad o enfermedad, sino que inciden directamente en un derecho fundamental tan importante como es el de la vida que debe intentar siempre ser preservado.

De aceptarse como buenos los criterios de este tipo de sociedad médica, tal y como sucedió por parte de algunos representantes públicos, lo que se está es limitando las posibilidades de supervivencia de determinadas personas que, en el caso del colectivo de personas mayores, según los datos oficiales del IMSERSO en España, han sido, precisamente, los que han experimentado una mayor mortalidad, con más de 30.000 defunciones con coronavirus producidas entre los que habitaban en las residencias de mayores desde el inicio de la pandemia¹⁰⁴.

Por esta razón, los defensores de los derechos humanos y de las libertades públicas que, como profesionales muy cualificados integran los diferentes comités de bioética, han sido muy claros y precisos sobre esta materia, en la práctica totalidad de los países de nuestro entorno.

De esta forma, mantenemos que la discriminación debido a circunstancias personales, como las que se han aplicado en este asunto a las personas mayores en España, pero también las producidas por cualquier otra condición personal o social, no puede resultar una forma legítima para excluir o restringir derechos fundamentales utilizando, además, argumentos que, como la edad, no resultan justos, razonables, ni equitativos, ni mucho menos en la forma en la que se ha planteado y desarrollado esta cuestión.

En el Informe del Justicia de Aragón, que es el Defensor del Pueblo de esta Comunidad Autónoma, sobre las residencias de personas mayores en esta región, durante el Estado de Alarma por el Covid-19 se dice que: «el número de fallecidos en residencias en esta pandemia, su memoria y recuerdo permanente, nos exige que replanteemos el equilibrio entre salud, dignidad y libertad de las personas mayores, así como que potenciemos la garantía en la continuidad de los cuidados»¹⁰⁵.

104

https://www.mschs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/Informe_Semanal_Residencias_20210302.PDF (Consulta 3-6-2022).

¹⁰⁵ EL JUSTICIA DE ARAGÓN. Informe del Justicia sobre las residencias de personas mayores en Aragón durante el Estado de Alarma por el Covid-19. <https://eljusticiadearagon.es/wp-content/uploads/2020/09/INFORME-RESIDENCIAS-Y-COVID.pdf> (consulta 3-6-2022).

Es cierto que, según la doctrina del Tribunal Constitucional, las medidas limitadoras de derechos fundamentales podrían haberse intentado justificar, aludiendo al principio de proporcionalidad, pero había que haber argumentado jurídicamente que la decisión de no derivar a las personas mayores a los hospitales, constituía una medida necesaria e idónea, y que los beneficios logrados habrían sido mayores que los perjuicios causados.

Por otro lado, este tipo de test utilizado por el Tribunal Constitucional español, también se podría haber superado, si se hubiese podido lograr probar que no había suficientes camas en los centros sanitarios públicos, aunque con el inconveniente de que existían camas y recursos disponibles en otros hospitales públicos de Comunidades Autónomas menos afectadas.

Este tipo de derivación a otras comunidades y regiones se hizo en otros muchos países, con los trenes o los autobuses medicalizados. Además, estaban a disposición pública de las autoridades españolas las camas libres en los hospitales de titularidad privada, cuya gestión asumieron las autoridades correspondientes, debido a que estaban facultadas por el Real Decreto 926/2020, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2.

Sin embargo, miles de ancianos fallecieron sin poder salir de sus residencias, sin poder optar por cuidados hospitalarios, personas que no solo eran ciudadanos sino que también algunos de ellos vivían en residencias de titularidad pública, por lo que la Administración pública tenía un deber especial de cuidado y la obligación de garantizar sus derechos fundamentales, y no precisamente de limitarlos¹⁰⁶.

Sin embargo, la mayoría de los ancianos fallecidos en las residencias en España no han tenido una atención primaria o asistencia de médico de cabecera presencial¹⁰⁷, lo cual ha agravado su situación general y sus patologías previas¹⁰⁸. La mayoría de los centros adolecían de los medios adecuados para tratar o mitigar su enfermedad.

¹⁰⁶ J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *Derechos fundamentales en la residencia de mayores*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º. 94, 2012, 117-152, p. 121.

¹⁰⁷ Los médicos de algunos centros, como el Hospital Universitario del Río Hortega, de Valladolid, gestionaron un contacto telefónico con las residencias e, incluso, «cuando había conciencia de la necesidad de este apoyo y la residencia lo solicitaba o aceptaba el ofrecimiento acudían uno o dos médicos del equipo asistencial». Vid. A. SANZ RUBIALES (*et al.*), *Una respuesta ética en la atención a residencias de ancianos en la pandemia Covid-19*, en *Cuadernos de Bioética*. 2020; 31(102), p. 225. No obstante, Gómez Martínez matiza que a pesar de la evidente buena intención de estos profesionales, también es verdad que «se describieron situaciones de enorme frustración entre los profesionales que habitualmente prestan sus servicios cuando estos equipos llegaron a los centros exigiendo una serie de requisitos e intervenciones, imposibles de realizar con los medios que ordinariamente se dispone en las residencias». Vid. C. GÓMEZ MARTÍNEZ, *Reflexiones éticas en torno a las medidas tomadas en las residencias durante la pandemia*, en *Cuadernos de Bioética*. 2020; 31(102), p. 238.

¹⁰⁸ S. PINAZO-HERNANDIS, *Impacto social de la COVID-19 en las personas mayores: problemas y retos*, en *Revista Española de Geriátría y Gerontología*, 2020; 55 (5), p. 250.

Tampoco se permitió el acompañamiento de sus familiares o amigos en sus últimos momentos de vida, como denunció públicamente el Comité Europeo de Derechos Sociales¹⁰⁹, a lo que se suma que muchas familias no han tenido siquiera acceso a sus restos mortales o no ha sido posible una correcta identificación. Un elevadísimo número de personas mayores a los que se negó la posibilidad de activar los protocolos habituales, para derivarles a sus hospitales de referencia, después de haber contribuido durante toda su etapa laboral a los gastos del Sistema Nacional de Salud y ser, por tanto, teóricamente beneficiarios de sus prestaciones.

¹⁰⁹ J. L. MONEREO PÉREZ; J. A. MALDONADO MOLINA, *Derecho de las personas con edad avanzada a la protección social*, en C. MONEREO ATIENZA; J. L. MONEREO PÉREZ (a cura di), *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa*, Comares, Granada, 2017, pp. 821-833.