

Residencias, asistencia sanitaria y COVID-19: reflexiones desde el marco jurídico-constitucional español¹

María Dalli Almiñana, Universidad de Valencia

Investigadora postdoctoral Juan de la Cierva-Incorporación

Sumario

1. Introducción. 2. COVID-19, residencias y restricciones a la asistencia sanitaria. 2.1. Fatalidad del COVID-19 en las residencias y sus factores determinantes. 2.2. Criterios seguidos para la asignación de recursos sanitarios escasos. 2.3. Protocolos de no derivación a los hospitales de personas mayores en residencias. 3. Las restricciones desde el estudio de derechos constitucionales afectados. 3.1. El derecho a la vida y a la integridad física en conexión con el derecho a la protección de la salud. 3.2. Garantías constitucionales de las limitaciones de derechos fundamentales. 3.3. Deber de cuidado de las personas que viven en residencias de mayores. 4. Una mirada a Estrasburgo: casos relevantes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la falta de una asistencia sanitaria adecuada.

1. Introducción

Han pasado dos años desde que el COVID-19 causara miles de muertes en las residencias de personas mayores en España. La cifra de fallecidos de residencias con confirmación de la infección ascendía a 10.364 personas a 23 de junio de 2020 y los fallecidos por sintomatología compatible con el virus a 9.904 personas, según el informe del grupo de trabajo sobre COVID-19 y residencias del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, que da un total de 20.268 personas fallecidas a causa de COVID-19 en las residencias, siguiendo los datos recibidos por las Comunidades Autónomas hasta el 23 de junio de 2020². El total de fallecimientos por COVID-19 durante la primera oleada de la pandemia en España se estima aproximadamente en 43.697 personas, cifra deducida teniendo en cuenta el exceso de fallecimientos (MoMo), si bien los fallecimientos confirmados por COVID-19 registrados en la Red Nacional de Vigilancia de la Salud

¹ El apartado 4 de este trabajo forma parte del capítulo: Dalli Almiñana, María ‘La protección de los derechos sociales por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: reflexiones a la luz del caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos’ en Laura Clérico, Liliana Ronconi y Mariela Morales (coord.) *Interamericanización de los DESCAs. El caso Cuscul Pivaral vs. Guatemala de la Corte IDH*, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Estudios Constitucionales de Querétaro, 2020, 705-732.

² Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, *Informe del Grupo de Trabajo Covid-19 y residencias*, 2020, p. 13.

Pública (RENAVE) fueron 29.338 personas. Teniendo en cuenta estas cifras, el informe determina como plausible estimar un rango entre 47% y el 50% de afectación de residencias respecto al total de fallecimientos por la enfermedad COVID-19 en la primera oleada de la pandemia, un porcentaje similar al de otros países de nuestro entorno³.

Sin embargo, que la fatalidad del COVID-19 en las residencias haya sido muy alta también en otros países no significa que muchos de los factores determinantes hayan sido inevitables o, incluso, que algunos de ellos hayan sido jurídicamente cuestionables, desde una perspectiva de derechos⁴. En este trabajo se reflexiona sobre estos factores desde una perspectiva jurídica, con el objetivo de determinar si algunos de los hechos que se produjeron en relación con la gestión del COVID-19 en las residencias en España dieron lugar a vulneraciones de los derechos constitucionalmente reconocidos. En concreto, me centraré en las denegaciones de acceso a la asistencia sanitaria de personas mayores de centros residenciales desde el estudio del derecho a la vida y a la integridad física del artículo 15 de la Constitución española en conexión con el derecho a la protección de la salud reconocido en el artículo 43, teniendo en cuenta la interpretación del Tribunal Constitucional en relación con estos derechos y el estudio de las garantías constitucionales de las limitaciones a los derechos. Se comentan asimismo algunas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de interés para el caso que nos ocupa, en relación con la prohibición de tratos inhumanos y degradantes del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

2. COVID-19, residencias y restricciones a la asistencia sanitaria

2.1. Fatalidad del COVID-19 en las residencias y sus factores determinantes

Las residencias son espacios vulnerables al contagio de enfermedades infecciosas transmisibles debido a una variedad de factores. Unos guardan relación con la propia naturaleza de los centros, donde conviven un número elevado de personas y donde trabaja personal que tiene contacto con el exterior y a la vez un contacto estrecho con las personas

³ Si se compara este porcentaje con el de otros países, España se situaría en unos parámetros intermedios en cuanto al número de fallecimientos de personas de residencias en relación con el total de fallecimientos durante la primera oleada, esto es, similares a los de Reino Unido (45%), Francia (46%) o Suecia (46%); por debajo de países como Bélgica (61%) o Australia (75%) y por encima de países como Dinamarca (35%) o Alemania (39%). Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, *Informe del Grupo de Trabajo Covid-19 y residencias*, 2020, p. 13.

⁴ Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, *Informe del Grupo de Trabajo Covid-19 y residencias*, 2020, p. 13.

residentes. Otros, no obstante, son factores que ponen de manifiesto que la gestión del COVID-19 durante la primera ola fue deficiente. A nivel europeo, el Centro Europeo para la Prevención y el Control de las Enfermedades sugiere algunos de estos factores que favorecieron la transmisión del COVID-19 en las residencias⁵.

En España se han identificado una treintena de factores que habrían contribuido a la afectación del virus en las residencias interactuando en lo que se denomina la ‘tormenta perfecta’⁶. Algunos de estos factores serían: a) Alta contagiosidad de la enfermedad COVID-19 y el desconocimiento sobre la misma al inicio de la pandemia; b) Características de las personas residentes como la edad avanzada, que se menciona como ‘per se 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’; c) Características de las infraestructuras residenciales y las dificultades para acceder medios de protección adecuados, o; d) 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.

El informe del grupo de trabajo del Ministerio de Derecho Sociales y Agenda 2030 señala asimismo problemas de discriminación por edad y por discapacidad. En este punto se mencionan los problemas éticos de algunas de las medidas de sectorización y de aislamiento, por ejemplo en su aplicación para personas con problemas cognitivos, la falta de acceso al derecho a la información relevante sobre la pandemia, las restricciones a las salidas de las personas residentes en la desescalada, etc.⁷ Además, se afirma que ‘no se puede dispensar la asistencia sanitaria sobre criterios de esperanza de vida, ni difuminar la vida de cada persona mayor o con discapacidad en un grupo de iguales homogéneo’.

Estos factores se han señalado también por entidades como Amnistía Internacional o Médicos sin Fronteras. Amnistía Internacional recogió testimonios de personas

⁵ Personal que, sin saberlo, trabajó mientras estaba asintomático, debido a retrasos o a errores al informar los resultados de las pruebas de detección; Mayor tamaño de la residencia de ancianos (> 20 camas) y una mayor ocupación; Falta de asesoramiento de expertos o de orientación específica para el personal a la hora de tomar medidas de precaución; Reconocimiento tardío de casos en residentes debido a un bajo índice de sospecha; Disponibilidad limitada de pruebas puntuales o informes de prueba, o; Falta de apoyo necesario de las instituciones al personal en situaciones de crisis, por ejemplo, por absentismo del personal. European Centre for Disease Prevention and Control, *Increase in fatal cases of COVID-19 among long-term care facility residents in the EU/EEA and the UK*, 2020, p. 6.

⁶ Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, *Informe del Grupo de Trabajo Covid-19 y residencias*, 2020, p. 18.

⁷ Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, *Informe del Grupo de Trabajo Covid-19 y residencias*, 2020, p. 41.

trabajadoras de residencias que son de gran utilidad para comprender las dimensiones de la crisis: trabajadores a los cuales se les recomendaba no llevar mascarilla en las residencias para no alarmar a los residentes, dificultades para cubrir las bajas porque no había personas interesadas en cubrir sustituciones, o la agrupación de residentes en una planta de un centro residencial para la desinfección del centro con independencia de su contagio por COVID-19⁸. Además, se recogen testimonios de situaciones de extrema gravedad, como residentes que llegaban al hospital en estado de deshidratación, o sedaciones a residentes que se producían sin consentimiento de las familias o sin valorar voluntades anticipadas de las personas a las que se sedaba.

De todo ello, podemos enumerar los siguientes problemas en la gestión de la pandemia en las residencias: a) Falta de protección individual para los trabajadores en residencias⁹; b) Falta de test diagnósticos; c) Falta de medicalización de las residencias¹⁰; d) Deficiencias en la infraestructura de los centros, con la mayoría de residencias de habitaciones de uso compartido¹¹; e) Falta de formación del personal sobre cómo protegerse; f) Falta de personal debido a las bajas; g) Protocolos ineficientes y mala gestión organizativa de los centros; h) Falta de preparación previa a la pandemia (estrategias nacionales de seguridad y de protección civil sin medidas específicas), donde sin embargo se menciona a colectivo de especial vulnerabilidad; i) Falta de consideración del consentimiento y de las voluntades anticipadas en los cuidados paliativos; j) Aislamiento y limitación de la vida privada y familiar y muerte en soledad; k) No derivación de residentes sintomáticos a hospitales, sin prestación de la asistencia sanitaria adecuada.

En este trabajo centraré la atención en el último de los factores, esto es, en la no derivación de residentes sintomáticos a hospitales, sin prestación de la asistencia sanitaria adecuada en las residencias. Sin embargo, antes de estudiar la posible vulneración de derechos constitucionales derivada de estas denegaciones, haré una breve referencia a las

⁸ Amnistía Internacional, *Abandonadas a su suerte. La desprotección y discriminación de las personas mayores en residencias durante la pandemia COVID-19 en España*, diciembre 2020, p. 20 y p. 29.

⁹ Ello se ha enmarcado en el contexto general de desabastecimiento durante la primera ola, falta de mascarillas, etc. Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, *Informe del Grupo de Trabajo Covid-19 y residencias*, 2020, p. 28.

¹⁰ A pesar del objetivo de medicalizar los centros y de las promesas de la dotación de recursos, ello no se consiguió. Amnistía Internacional, *Abandonadas a su suerte*, 2020, p. 45.

¹¹ Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, *Informe del Grupo de Trabajo Covid-19 y residencias*, 2020, p. 29.

restricciones que tuvieron lugar fuera de las residencias, en el acceso a los centros hospitalarios de acuerdo con los criterios de triaje seguidos para la asignación de unos recursos sanitarios escasos como los sistemas de ventilación invasiva o las camas en las unidades de cuidados intensivo, por considerarlo de utilidad para comprender el contexto en el que tuvieron lugar las restricciones sanitarias.

2.2. Criterios seguidos para la asignación de recursos sanitarios escasos

Con la finalidad de facilitar la toma de decisiones por parte de los profesionales médicos, y antes de que el Ministerio de Sanidad emitiera unas recomendaciones para el triaje de los pacientes ante la saturación de los centros hospitalarios, el triaje se estaba dando ya bajo recomendaciones de los propios centros y de algunas sociedades de agrupaciones médicas. Aunque no hay unanimidad en los criterios que se siguieron de acuerdo con estos documentos que se fueron aprobando durante la primera ola de la pandemia, en términos generales se adopta el criterio de la esperanza de vida junto con la existencia de enfermedades graves y la edad como factor de riesgo, empleando asimismo escalas para la medición de la existencia de comorbilidades y la fragilidad de los pacientes.

El documento más criticado probablemente haya sido el de la Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias (SEMICYUC) de 19 de marzo de 2020 que introduce el criterio de ‘priorizar a la persona con más años de vida ajustados a la calidad (AVAC) o QALY (Quality-Adjusted Life Year)’¹². Seguidamente, se establece que ‘en personas mayores se debe tener en cuenta la supervivencia libre de discapacidad por encima de la supervivencia aislada’. Además, se incluye también como criterio ‘tener en cuenta el valor social de la persona enferma’¹³.

Otros documentos, como el Protocolo del Servicio de Emergencias Médicas (SEM) dependiente del Departamento de Salud de la Generalitat de Catalunya, recomendaban la no hospitalización de determinados grupos de personas mayores de 80 años con COVID-19. En la Comunidad de Madrid, las Recomendaciones para el manejo del paciente con infección por COVID-19 y signos de compromiso respiratorio establecía que se valorará su permanencia en domicilio si cumple alguno de los criterios que se

¹² SEMICYUC, ‘Recomendaciones para la toma de decisiones en la situación excepcional de crisis por pandemia COVID-19 en las unidades de cuidados intensivos’, p. 11.

¹³ *Ibid.*, p. 14.

describen y entre los que se incluyen ser un paciente de 80 años de edad o mayor con enfermedad de órgano terminal y/o Escala Clínica de Fragilidad igual o superior a 5 (se incluirían según esta Escala las personas con ‘enlentecimiento’ evidente, que necesitan ayuda para las actividades diarias). Además, se incluye el paciente con demencia moderada o grave (definiéndose como moderada aquella demencia que hace olvidar acontecimientos recientes, recordando bien los pasados, pero que, con pautas, pueden cuidarse solas).

Estas recomendaciones provocaron preocupación en las organizaciones de lucha por los derechos de las personas con discapacidad y de las personas mayores, que las criticaron por priorizar la ‘supervivencia libre de discapacidad’ o la ‘utilidad social’ de las personas. En este sentido el Comité de Bioética de España solicitó al gobierno unas recomendaciones para la asignación de recursos en tiempos de pandemia. Al mismo que tiempo que este Comité asimismo publicó un informe sobre las consideraciones éticas de las estrategias de priorización de recursos sanitarios, donde se señalan expresamente los problemas de las estrategias utilitarias¹⁴

Este informe del Comité de Bioética de España se hace eco de las Recomendaciones para la gestión de cuestiones éticas en epidemias (Guidance for Managing Ethical Issues in Infectious Disease Outbreaks) de 2016 de la Organización Mundial de la Salud (OMS). Estas recomendaciones se pronuncian en relación con el criterio de utilidad social, en el sentido de que puede ser ético priorizar a las personas que son esenciales para manejar un brote o para la realización de servicios críticos necesarios, pero no es apropiado priorizar a las personas con base en consideraciones de valor social no relacionadas con la realización de tales servicios. Teniendo en cuenta estas cuestiones, el Comité de Bioética de España apuesta por combinar utilidad social necesariamente con otros criterios, como el de la equidad y protección a la vulnerabilidad, y considera que las recomendaciones de la SEMICYUC son incompatibles con la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Finalmente, el 3 de abril de 2020, el Ministerio de Sanidad publicó el informe sobre los aspectos éticos en situaciones de pandemia, donde se recogen criterios de

¹⁴ 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’, disponible en: <http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/Informe%20CBE-%20Priorizacion%20de%20recursos%20sanitarios-coronavirus%20CBE.pdf>

orientación para guiar a los profesionales facultativos en la toma de decisiones en relación al establecimiento de prioridades ante la posible escasez de recursos sanitarios. Se indica que los ‘principios rectores habrán de responder a criterios objetivos, generalizables, transparentes y públicos. Pero al mismo tiempo habrá que saber combinar el marco general de tales criterios con una reflexión minuciosa sobre la situación y circunstancias que presente cada paciente en particular’. Estos criterios son¹⁵: 1) No discriminación por ningún motivo ajeno a la situación clínica del paciente; 2) El principio de máximo beneficio en la recuperación de vidas humanas, que debe compatibilizarse con la continuación de la asistencia iniciada de forma individual de cada paciente; 3) Gravedad del estado de enfermedad del paciente; 4) Expectativas objetivas de recuperación del paciente en el corto plazo a su estado previo de salud, teniendo en cuenta la concurrencia o no de patologías graves acompañantes; 5) Orden temporal de entrada en contacto con el sistema de salud.

Además, sobre la prohibición de discriminación en base a la edad o la discapacidad, el informe indica que ‘Debe subrayarse la absoluta proscripción de empleo de criterios fundados en la discriminación por cualquier motivo con la finalidad de priorizar pacientes en dichos contextos’. Así, ‘excluir a pacientes del acceso a determinados recursos asistenciales o a determinados tratamientos, por ejemplo, por razón únicamente de una edad avanzada, resulta contrario, por discriminatorio, a los fundamentos mismos de nuestro estado de derecho (art. 14 de la Constitución española)’¹⁶.

En definitiva, criterios de asignación de los recursos sanitarios cuando estos son escasos hay varios, y la elección por unos u otros dependerá de los valores que según la autoridad competente o el consenso en una sociedad determinada se consideren como justos. En el estudio de estos criterios desde la bioética y la medicina se incluyen¹⁷: el de maximización de los beneficios (*salvar más vidas, salvar más años de vida, o salvar más años de vida ajustados a la calidad*), el de evidencia científica (supervivencia a corto y a

¹⁵ Ministerio de Sanidad, ‘Informe del Ministerio de Sanidad sobre los aspectos éticos en situaciones de pandemia: el SARS-CoV-2’ disponible en: https://www.msbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/200403-INFORME_PANDEMIA-FINAL-MAQUETADO.pdf

¹⁶ Ibid., p. 9.

¹⁷ Ezekiel, J. Emanuel, ‘Fair Allocation of Scarce Medical Resources in the Time of Covid-19’, *The New England Journal of Medicine*, 382, 2021. Jöbges, Susanne (et al) ‘Recommendations on COVID-19 triage: international comparison and ethical analysis’, *Bioethics*, 34(9), 2020.

largo plazo, teniendo en cuenta la presencia de comorbilidades serias), el de la igualdad y el de la equidad (el igual tratamiento del *first come, first served* o la no discriminación), el valor instrumental (prioridad a trabajadores sanitarios o investigadores) o la prioridad a los colectivos vulnerables (por ejemplo a los más enfermos). En base a estos valores se suelen formular unas recomendaciones de difícil conjugación¹⁸.

Si bien no corresponde ni es el objetivo de este trabajo realizar consideraciones en torno a qué valores cabe apreciar como más justos, sí que es posible apreciar que las recomendaciones establecidas en los documentos analizados y que se emitieron por parte de algunas sociedades médicas y centros hospitalarios durante las primeras semanas de la pandemia, efectuaron una elección por unos valores determinados que hicieron primar una posición utilitarista al introducir criterios como el de salvar más años de vida ajustados a la calidad (AVAC) o el de la supervivencia libre de discapacidad por encima de la supervivencia con discapacidad, y que esta posición hizo comprometer el marco jurídico-constitucional que al estar basado en el reconocimiento de derechos fundamentales individuales y en la dignidad de cada persona solo puede alinearse con criterios que necesariamente tengan en cuenta la no discriminación, aunque haya este de conjugarse también con otros criterios. De acuerdo con Albert:

[...] parece que los documentos que analizamos operan como si viviéramos dentro de una estructura jurídico-política axiológicamente neutra, cuando lo cierto es que algunos de los interrogantes que se plantean y que con esfuerzo intentan responder, están resueltos (y resueltos *normativamente*) en el propio texto constitucional. Obviamente, el marco constitucional en absoluto se refiere a las pautas que debe seguir la atención sanitaria a los pacientes en tiempos de escasez de recursos, pero sí delimita un ámbito de actuación legítimo [...], y que debe ser tenido en cuenta a la hora de determinar la orientación general y la finalidad de los esfuerzos terapéuticos en condiciones de emergencia sanitaria (p. 187).¹⁹

En este sentido y como más tarde confirmó el Comité de Bioética de España y el propio Ministerio de Sanidad, tales documentos no podían entenderse válidos en el marco constitucional español guiado por el principio de dignidad humana en el artículo 10 de la

¹⁸ Desde una posición utilitarista, se defenderá el principio del máximo beneficio para el mayor número de personas posible, y desde una posición que tenga en cuenta la igualdad y la equidad en la distribución de recursos se preferirá atender a cada caso individualmente y, por ejemplo, se preferirá la continuación asistencial a un paciente y el criterio de *first come, first served* y no la posibilidad de quitar el recurso sanitario a un paciente por el hecho de que otro paciente más joven o sin discapacidad y sin tenerse incluso en cuenta las posibilidades de supervivencia vaya a beneficiarse más de él.

¹⁹ Albert, Marta, 'Vulnerabilidad y atención sanitaria: derecho y protocolos médicos, *Cuadernos de bioética*, 2020, 31(102), 183-202.

Constitución y por el reconocimiento de derechos fundamentales individuales. Se enmarcaban en cambio en una ética utilitarista que predominaba muy claramente y que resultaba contraria al respeto de los derechos individuales y a la prohibición de discriminación, cuando los criterios de edad y de discapacidad se establecían objetivamente y con independencia de otros factores relevantes.

2.3. Protocolos de no derivación a los hospitales de personas de residencias

En relación con la gestión de las residencias, de acuerdo con la Orden SND/265/2020, de 19 de marzo, de adopción de medidas relativas a las residencias de personas mayores y centros sociosanitarios, ante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, corresponde a las autoridades sanitarias competentes de cada comunidad autónoma dictar las resoluciones, disposiciones e instrucciones interpretativas que sean necesarias para garantizar la eficacia de lo dispuesto en la misma.²⁰ Así pues, si antes de la declaración del Estado de alarma, eran las Consejerías de Asuntos Sociales de cada comunidad las competentes en relación con la gestión de las residencias en su territorio, durante el mismo se trasladaron las competencias a las Conserjerías de Sanidad. Fueron, pues, las autoridades sanitarias de cada Comunidad Autónoma las que debían regular el procedimiento de derivación de los residentes con sintomatología compatible con COVID-19 a los hospitales.

A continuación atenderé a los protocolos que se aplicaron para la gestión del COVID-19 en las residencias de personas mayores en la Comunidad de Madrid, territorio donde se produjo el mayor número de fallecimientos en las residencias de personas mayores a causa del COVID-19. En la tercera semana de marzo de 2020, la Conserjería de Sanidad de la Comunidad de Madrid aprobó un Protocolo de coordinación para la atención a pacientes, institucionalizados en centros residenciales de la Comunidad de Madrid durante el periodo epidémico ocasionado por la COVID-19. De este documento hubo tres versiones: la primera versión del 18 de marzo, la segunda del 20 de marzo, y la tercera del 25 de marzo. En la segunda versión del documento se fijaron los criterios de exclusión de derivación hospitalaria de las personas mayores que vivían en las residencias de la Comunidad de Madrid. La Conserjería de Sanidad de la Comunidad de Madrid

²⁰ Orden SND/265/2020, de 19 de marzo, de adopción de medidas relativas a las residencias de personas mayores y centros socio-sanitarios, ante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19', «BOE» núm. 78, de 21/03/2020.

afirma que, sin embargo, fue la tercera versión la que se envió a los centros sociosanitarios el 25 de marzo. En la misma no se habla de criterios de exclusión sino de ‘Recomendaciones de derivación hospitalaria ante una infección respiratoria’. En la segunda versión del documento, se mencionaban como criterios de exclusión de derivación hospitalaria ante una infección respiratoria los siguientes:

- ‘Pacientes en situación de final de vida subsidiarios de cuidados paliativos
- Pacientes con criterios de terminalidad oncológica, de enfermedades de órgano avanzada
- Pacientes con criterios de terminalidad neurodegenerativa (GDS de 7)
- Deterioro funcional severo (definidos por Barthel <25)
- Deterioro funcional grave (Barthel 25-40) más deterioro cognitivo moderado (GDS 5): lo ideal sería visita / atención en la propia residencia’

La escala de Barthel es la que habitualmente se sigue para determinar el deterioro funcional de las personas a la hora de valorar, por ejemplo, la situación de dependencia. Además, la inclusión de este criterio es relevante dado el perfil mayoritario de las personas que residen en estos centros. En las versiones posteriores del protocolo, en los que ya no se habla de ‘criterios de exclusión’ sino de recomendaciones de derivación hospitalaria, no se incluye la escala Barthel pero sí se incluye, en su lugar, la escala de fragilidad²¹. Aunque ya no se refiera el Protocolo al índice de Barthel, incluir la Escala Clínica de Fragilidad como criterio para determinar la derivación de los residentes a los hospitales tiene relevancia teniendo en cuenta la relación de dicha escala con las personas en situación de dependencia o de discapacidad, y su mención expresa a la situación de dependencia. Además, aunque la edad no se incluya expresamente como criterio de orientación en los protocolos, diversos testimonios recogidos por organizaciones como Amnistía Internacional manifiestan que la edad fue un criterio determinante para decidir sobre la derivación hospitalaria²²:

‘Una doctora de residencias de Madrid explicó cómo en unos días la situación cambió repentinamente: ‘Llamaba al 061 o a unidades de enlace, y si era mayor de 85 años y tenía situación de discapacidad física o intelectual, no era posible derivar. Las unidades de apoyo te ayudaban un poco, te mandaban medicación intravenosa. Cuando llamaba, me pedían nombre, DNI y las escalas Barthel y LOBO. Si tú decías que era mayor de 85 años, con mala puntuación en esas escalas, ya

²¹ Protocolo de coordinación para la atención a pacientes, institucionalizados en centros residenciales de la Comunidad de Madrid durante el periodo epidémico ocasionado por la COVID-19. Disponible en: <https://amyts.es/wp-content/uploads/2020/01/COVID-CAM-coordinación-residencias-sinfecha-20200412.pdf>

²² Amnistía Internacional, *Abandonadas a su suerte. La desprotección y discriminación de las personas mayores en residencias durante la pandemia COVID-19 en España*, diciembre 2020, p. 42.

no había nada que hacer. Pedían edad, estado cognitivo y de movilidad. Y con el 061 era igual que con la unidad de enlace: si algo de lo que decías sobre el estado de salud previo del paciente o su pronóstico no les convencía, tenías que tratarle en el centro”.

En relación con la situación en Cataluña, si bien no han sido publicados protocolos que restringieran explícitamente a las personas residentes con algún grado de discapacidad o de demencia a los hospitales, como sí lo hubo en Madrid, ya se ha comentado que el Protocolo del Servicio de Emergencias Médicas (SEM) dependiente del Departamento de Salud de la Generalitat de Catalunya, recomendaba la no hospitalización de determinados grupos de personas mayores de 80 años con COVID-19, independientemente de que vinieran de las residencias.

3. Las restricciones desde el estudio de derechos constitucionales afectados

3.1. El derecho a la vida y a la integridad física en relación con el derecho a la protección de la salud

El derecho a la protección de la salud del artículo 43 de la Constitución, por su ubicación en el texto constitucional, no tiene la configuración de un derecho fundamental sino de principio rector de la política social y económica, por lo que se reconoce como un derecho de libre configuración legislativa y no susceptible de ser protegido mediante recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (artículo 53.2). De ello se deriva que la jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la protección de la salud reconocido en el artículo 43 del texto constitucional es escasa. Ahora bien, el Tribunal sí que ha estudiado normas con rango de ley en relación con su posible afectación al derecho a la salud a través del recurso y la cuestión de inconstitucionalidad. Además, también ha estudiado la protección de la salud de forma indirecta, principalmente en relación con el derecho a la vida y a la integridad física del artículo 15 (que sí es susceptible del recurso de amparo), así como en relación con la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. A continuación me centraré en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación con la salud por su conexión con el derecho a la vida y a la integridad física y moral del artículo 15 de la Constitución.

Así pues, debido a la indivisibilidad e interdependencia entre el derecho a la salud y el derecho a la vida y a la integridad física, en algunas ocasiones, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional así como la jurisprudencia comparada (como la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos) ha protegido la salud a través de la protección del

derecho a la vida y a la integridad física. De acuerdo con el Tribunal Constitucional español, el derecho a la salud, entendido como el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal, queda comprendido en el derecho a la integridad física y moral del artículo 15 de la Constitución²³. Ahora bien, no todo daño o peligro para la salud de las personas implica una vulneración del derecho a la integridad física y moral. Sin embargo, sí que puede tener lugar la protección en casos de peligro grave e inmediato para la salud, ya sea por acción u omisión de los poderes públicos. Por ejemplo, en un caso de contaminación acústica, en la Sentencia 119/2001, de 24 de mayo, el Tribunal manifestó que ‘cuando la exposición continuada a unos niveles intensos de ruido ponga en grave peligro la salud de las personas, esta situación podrá implicar una vulneración del derecho a la integridad física y moral’ (FJ 6), si bien en este caso particular no fue posible acreditar la relación entre una situación de insomnio y la exposición continua al ruido²⁴.

Más relevante para el caso que nos ocupa es la sentencia 5/2002, de 14 de enero del Tribunal Constitucional anteriormente citada, que se dictó en un caso de ingreso en prisión de un recluso con VIH-SIDA quien manifestó que ello conllevaría un peligro grave para su salud. Si bien el Tribunal desestimó la protección, lo hizo sobre la base de que se consideraba probado que en el centro penitenciario, existían medios adecuados para tratar suficientemente su enfermedad, por lo que no se encontró riesgo para la vida y la integridad del recurrente. La relevancia para el caso que nos ocupa es clara al haberse producido durante la primera ola de la pandemia denegaciones de ingreso hospitalario de personas internas en centros residenciales, con el consecuente riesgo grave e inminente para la salud de las personas al no estar las residencias suficientemente medicalizadas.

También la sentencia 62/2007, de 27 de marzo resulta interesante, un caso de una mujer embarazada cuya permanencia en el puesto de trabajo en el marco de la Administración podía suponer un riesgo para su salud.²⁵ Se estimó la protección del derecho a la integridad física, entendiendo que la Administración tenía una obligación de actuar y no lo hizo sin justificación suficiente, lo cual provocó un daño al bien jurídico protegido y por tanto una vulneración del derecho fundamental alegado²⁶. Según el

²³ Sentencia del Tribunal Constitucional, 5/2002, de 14 de enero.

²⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional 119/2001, de 24 de mayo.

²⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional 62/2007, de 27 de marzo.

²⁶G. Escobar Roca, ‘El derecho a la protección de la salud’, en *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, López Ahumada, José Eduardo, et al, Thomson-Aranzadi, 2012, pp. 1073-1178.

Tribunal, una actuación u omisión de la Administración ‘podría afectar al ámbito protegido por el art. 15 CE cuando tuviera lugar existiendo un riesgo constatado de producción cierta, o potencial pero justificado *ad casum*, de la causación de un perjuicio para la salud’²⁷. Además, la sentencia 37/2011 reconoce vulnerado el derecho a la integridad física por la falta de toda información médica y por consiguiente la falta de consentimiento informado, en el caso de prestación sanitaria por parte de una clínica privada.

En este sentido, en cuanto a la falta de asistencia sanitaria a las personas internas en centros residenciales hay dos cuestiones clave en relación con la afectación del derecho a la vida y a la integridad física: 1) si las residencias estaban suficientemente medicalizadas para atender de forma adecuada a los residentes con problemas de salud (ya sea por COVID-19 u otras afecciones), y; 2) en caso de que no fuera así, o en caso de que, aun estando medicalizadas, no se atendiera a los residentes en los mismos centros, se hace necesario determinar si la no derivación a hospitales y, en consecuencia, la falta de asistencia sanitaria prestada supuso un peligro o riesgo grave inminente para la salud. En este punto, y aunque la situación de gravedad para la salud no haya sido suficientemente definida por el Tribunal, dependiendo más bien del estudio del caso en concreto, en el caso que nos ocupa la situación de peligro para la salud es fácil de determinar especialmente en aquellos casos en que se produjeron fallecimientos de las personas residentes.

Quedando evidenciadas estas dos cuestiones, pues, lo que se hará necesario determinar en los posibles futuros procesos judiciales por vulneración de derechos fundamentales, y, en concreto, por vulneración del derecho a la vida y a la integridad física, es la relación causal en el caso concreto planteado ante un tribunal entre el resultado de daño grave para la salud (o el fallecimiento) y la orden de no derivación a los hospitales. Entiendo que, quedando probadas estas cuestiones, habría posibilidades de determinarse vulnerado el derecho a la vida y a la integridad física y moral de las personas mayores en las residencias afectadas.

Resulta por último adecuado subrayar, siguiendo a Escobar, que el requisito de especial gravedad para la salud se exigen por la jurisprudencia constitucional para la protección del derecho a la integridad física, porque el artículo 43 de la Constitución no

²⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 160/2007, de 2 de julio.

puede ser directamente alegado ante este Tribunal, pero nada impediría que los tribunales ordinarios estimaran una protección al derecho a la protección de la salud, ya no por la vía de la conexión y por tanto, sin que fuese necesario justificar el daño grave para la salud y tan solo, la existencia de un daño²⁸.

Para finalizar con este apartado, y aunque no es el objeto de este trabajo el tratamiento de otros derechos constitucionales que pudieran haberse visto afectados (como el derecho a la intimidad personal y familiar o la cuestión del consentimiento informado así como del respeto de las voluntades anticipadas) sí resulta relevante atender brevemente al tratamiento de la prohibición de discriminación en relación con el derecho a la vida y a la integridad física. De acuerdo con el Comité de Bioética de España: ‘resulta claro que la discapacidad de la persona enferma no puede ser nunca por sí misma un motivo que priorice la atención de quienes carecen de discapacidad. Ello vulneraría nuestro ordenamiento jurídico, concretamente la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, pero también nuestro ordenamiento jurídico interno, en particular el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social’²⁹.

Se está refiriendo el Comité en su informe a los documentos analizados en apartados anteriores y que fueron aprobados en las primeras semanas de la pandemia estableciendo criterios de asignación de recursos sanitarios en base a la edad o la supervivencia libre de discapacidad por encima de la supervivencia con discapacidad. En efecto, estas situaciones pueden resultar contrarias al ordenamiento jurídico español por vulnerar la prohibición de discriminación reconocida constitucionalmente (artículo 14), así como en la legislación de desarrollo de este derecho fundamental. Cabe mencionar, en este sentido, la prohibición de discriminación 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. A pesar de que la discapacidad no es un factor expresamente mencionado en el artículo 14 de la Constitución; el Tribunal Constitucional ha estimado

²⁸G. Escobar Roca, ‘El derecho a la protección de la salud’, en *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, López Ahumada, José Eduardo, et al, Thomson-Aranzadi, 2012, pp. 1073-1178.

²⁹ 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’.

en diferentes ocasiones que la discapacidad constituye una circunstancia personal que el artículo 14 CE protege contra cualquier forma de discriminación³⁰.

El Tribunal Constitucional ha interpretado el artículo 14 de la Constitución en numerosos pronunciamientos, siendo esta actividad de interpretación especialmente intensa en los años 80. El Tribunal entiende el principio de igualdad como la prohibición de toda diferencia de trato que carezca de una justificación objetiva y razonable, y como cláusula que vincula tanto al legislador, como a los poderes públicos como a los particulares. Los criterios utilizados por el Tribunal para distinguir entre una diferencia de trato justificada y otra que no lo es y que por tanto constituye discriminación son los siguientes, que se entienden como el test de constitucionalidad de la diferencia de trato: desigualdad de los supuestos de hecho; finalidad constitucionalmente legítima; congruencia entre el trato desigual, el supuesto de hecho que lo justifica y la finalidad que se persigue; y proporcionalidad entre los elementos anteriores³¹.

3.2. Garantías constitucionales de las limitaciones de derechos fundamentales

¿Podría entenderse, aun quedando probado el daño grave para la salud o para la vida y la relación causal entre el mismo y la no derivación a hospitales, que existía justificación suficiente para no derivar a los residentes de centros de personas mayores? ¿Se podrían llegar a considerar como legítimas limitaciones al derecho a la asistencia sanitaria en el contexto de la pandemia? La mayoría de las restricciones a derechos fundamentales aprobadas durante la pandemia, como la limitación al derecho a la libertad de reunión y de manifestación o la libertad de circulación, se han justificado por razones de protección de la salud pública. Se restringieron y suspendieron estos derechos en el marco de las tres declaraciones de estado de alarma, siendo el primero declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.

Bien es cierto que la declaración de los estados de alarma permitía al gobierno afectar y restringir derechos fundamentales. Sin embargo, así como las diferentes normas que decretaron los estados de alarma restringieron derechos como la libertad de circulación, se decretó el cierre de comercios y de la hostelería salvo servicios denominados esenciales, o se suspendió la actividad educativa presencial; no se preveía

³⁰ Sentencias del Tribunal Constitucional 269/1994, de 3 de octubre, y 3/2018, de 22 de enero.

³¹ Sentencias 8/1981, de 30 de marzo; 87/2009 de 20 abril.

la limitación del derecho a la protección de la salud ni, obviamente, del derecho a la vida y a la integridad física, por lo que no cabe justificar las no derivaciones a centros hospitalarios de personas internas en centros residenciales en este marco de Derecho excepcional. En consecuencia, el ordenamiento jurídico ordinario seguía vigente en esta materia y seguían vigentes las limitaciones constitucionales a la imposición de límites o restricciones a los derechos.

Otra posibilidad es que pudiera considerarse que las denegaciones de asistencia sanitaria eran medidas que se pueden adoptar en el marco de la legislación sanitaria de urgencia. Así la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública habilita a las autoridades sanitarias a adoptar las medidas oportunas y necesarias en caso de enfermedades infectocontagiosas o para el control de los enfermos. Sin embargo, tampoco esta opción argumentativa parece posible cuando la adopción de este tipo de medidas requiere de la necesaria autorización o ratificación judicial cuando se trata de la restricción de derechos fundamentales, autorización que no tuvo lugar en las situaciones que aquí se estudian.

En situaciones ordinarias y no de legislación excepcional de emergencia, las limitaciones a los derechos fundamentales deben regularse por el legislador orgánico (artículo 53.1 de la Constitución), por lo que no cabrían limitaciones derivadas de recomendaciones emitidas por comités de bioética de los hospitales o por sociedades o agrupaciones médicas. Además, las limitaciones no pueden desvirtuar el contenido esencial del derecho. Asimismo, las medidas limitadoras de derechos fundamentales deben quedar justificadas en el principio de proporcionalidad, debiendo justificarse que la medida de la no derivación fue necesaria, idónea y fueron mayores los beneficios obtenidos que los perjuicios causados. El test de la necesidad significa que no había otra alternativa posible, lo cual se incumpliría si queda probado que había camas suficientes en los hospitales en cuestión o incluso que existían hospitales con disponibilidad aunque fuesen de titularidad privada.

En relación con el fin legítimo, los límites a los derechos deben quedar justificados atendiendo a límites expresos constitucionalmente como a otros límites que puedan fijarse para preservar bienes o derechos constitucionalmente protegidos³². Así como se ha

³² Sentencia del Tribunal Constitucional 181/1990 de 15 de noviembre, FJ 3. Suárez Espino, María Lidia, 'La determinación de los límites a los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978', *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas*, núm. 12/13, 2007.

argumento como fin legítimo para las limitaciones otros derechos (como la libertad de circulación y de reunión o manifestación) la protección de la salud pública, no parece que esta finalidad pueda constituir una justificación adecuada cuando sí se permitía el acceso a los hospitales de la mayoría de la población posiblemente contagiada con COVID-19.

La sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud podría ser la justificación esgrimida por la Administración para los protocolos de no derivación. Este fin ya ha sido considerado como legítimo para justificar restricciones a la asistencia sanitaria, por ejemplo, en la sentencia 139/2016, de 27 de julio, que justificó en términos de ahorro económico, las restricciones sanitarias para inmigrantes en situación irregular impuestas por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril. Ahora bien, el Tribunal valoró las restricciones como afectaciones al derecho a la protección de la salud (como principio rector) y aplicó la doctrina de los derechos de las personas extranjeras en España según la cual el legislador puede establecer limitaciones al derecho a la protección de la salud para este grupo de la población. La sentencia 139/2016 del Tribunal Constitucional también afirmó que el derecho del artículo 43 no tiene un contenido esencial cuya regulación pudiera quedar prohibida a través de la figura del decreto-ley.

Por estas razones no parecen tan fácilmente justificables los casos de denegaciones de asistencia sanitaria para personas internas en las residencias de personas mayores, dado que se trata más bien de afectaciones de derechos fundamentales, en concreto del derecho a la vida y a la integridad física, al haberse producido daños graves para la salud y miles de fallecimientos como consecuencia de esas no derivaciones hospitalarias, para un grupo de población que no tiene limitados sus derechos ni constitucional ni jurisprudencialmente.

En todo caso, aunque se llegase a aceptar la preservación de la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud como fin legítimo en el contexto de unos recursos sanitarios escasos, argumentando, por ejemplo, que esas personas mayores de ser derivados desde las residencias iban a ser probablemente excluidas en el triaje en los hospitales siguiendo criterios de asignación de recursos escasos, es necesario recordar que una simple alegación de recursos económicos escasos no debería ser suficiente para justificar restricciones de derechos de la gravedad de las que tratamos. Las autoridades competentes deben ofrecer un análisis estricto que evidencie que no había recursos sanitarios

disponibles, ni siquiera en los centros sanitarios privados de los que se podía hacer uso en caso de saturación de la red de hospitales del Sistema Nacional de Salud.

Es más, el Ministerio de Sanidad estaba facultado por el artículo 12.6 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo para ejercer las facultades que resulten necesarias respecto de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de titularidad privada a fin de reforzar el Sistema Nacional de Salud en todo el territorio nacional.

En relación con este punto, la Corte Constitucional sudafricana hubo de decidir en la sentencia *Soobramoney* sobre la constitucionalidad de los criterios que se escogieron para la asignación de unos recursos sanitarios escasos, y consideró que el criterio de las posibilidades de supervivencia era legítimo para tal asignación y que no se vulneraron derechos fundamentales. Ahora bien, se determinó asimismo que la decisión no debía basarse únicamente en una característica de la persona como la edad. De acuerdo con Joseph, que analiza este pronunciamiento valorando su aplicación en relación con el COVID-19, si bien esta sentencia puede ofrecer una guía para la legitimidad de los criterios de asignación de recursos sanitarios desde una perspectiva de derechos, no justifica decisiones gubernamentales en relación con la disponibilidad de los recursos relevantes³³:

‘The Constitutional Court of South Africa did not investigate whether the total amount allocated for kidney dialysis in the province and the nation was reasonable, deferring to the government on that issue. A more rigorous investigation of the reasonableness of a health rationing decision would take into account not only the basis of the triaging choices, but the overall reasonableness of the budget allocated for the rationed good or service’.

3.3. Deber de cuidado de las personas que viven en residencias de mayores

De relevancia para el objeto de estudio que nos ocupa es que pueda considerarse que la Administración tiene un deber especial de cuidado respecto de las personas que están viviendo en los centros de personas mayores, especialmente en aquellos de titularidad pública. Se ha definido este deber de cuidado como un ‘deber prestacional impuesto por el legislador a las instituciones de asistencia residencial como concreción de diversos preceptos constitucionales’³⁴, entre ellos, la obligación estatal de protección

³³ Joseph, Sarah, ‘International Human Rights Law and the Response to the covid-19 Pandemic’, *Journal of international humanitarian legal studies*, 11, 2020, 249-269.

³⁴ Rodríguez de Santiago, Jose María, ‘Derechos fundamentales en la residencia de mayores’, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 94, enero-abril (2012), 117-152, p. 119.

que se deriva del derecho a la vida y a la integridad física y moral (artículo 15), del derecho a la protección de la salud (artículo 43) y del mandato constitucional de la protección de las personas con discapacidad (artículo 49).

Este deber especial de cuidado se deriva de la lógica limitación de los derechos fundamentales de estas personas cuando están viviendo internas en un centro residencial, por ejemplo, la libertad personal y de movimientos (artículo 17.1 de la Constitución), o el derecho a la intimidad personal y familiar (artículo 18). En estos casos debe ponderarse la limitación de estos derechos en atención a la existencia de otros derechos que entren en colisión, incluso si estos son de terceras personas. Al mismo tiempo, esta relación especial entre las personas que viven en estos centros y la Administración obliga a ésta a ofrecer garantías eficaces de protección de los derechos fundamentales, especialmente cuando no es necesaria la ponderación entre derechos por no haber derechos en colisión.

Otra opción vendría dada de la posibilidad de considerar que las personas internas en centros residenciales tienen una *relación de especial sujeción* con la Administración, que es una categoría con la que se entienden las relaciones de otros grupos de personas que tienen asimismo una relación estrecha con el Estado, como los militares, funcionarios, presos, etc. Aunque sean muchas las diferencias que cabe encontrar entre ambos grupos no se puede negar que también son muchas las similitudes que existen entre ambos tipos de situaciones, especialmente en lo que se refiere a las obligaciones de los centros en relación con la protección de los derechos de las personas que en ellos viven.

Se ha considerado no obstante por otros autores inadecuado plantear que las personas mayores en residencias tengan esta relación especial de sujeción con la Administración, debido a las posibilidades que ya ofrece la teoría de la ponderación para evaluar las potenciales limitaciones a los derechos fundamentales, así como debido a la vertiente negativa de la limitación de derechos que es la que existe en las relaciones especiales de sujeción, cuando la vertiente más relevante del deber de cuidado debe ser positiva en el caso de las residencias de mayores, esto es, que el deber de cuidado debe dirigirse principalmente a permitir la realización de los derechos fundamentales y no a limitarlos³⁵.

³⁵ Rodríguez de Santiago, Jose María, 'Derechos fundamentales en la residencia de mayores', *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 94, enero-abril (2012), 117-152, p. 121.

De cualquier forma, lo que no puede negarse es la existencia de obligaciones reforzadas de los centros residenciales hacia las personas que en ellos viven para la protección de sus derechos fundamentales. El deber especial de cuidado es especialmente relevante en el caso de los centros residenciales públicos y concertados, si bien incluso en relación con los centros de titularidad y financiación privada debe persistir la protección de los derechos fundamentales de las personas que viven en estos centros.

Se trataría de la tesis de la eficacia directa o inmediata de los derechos fundamentales (de acuerdo con la distinción de la teoría del *Drittwirkung*) según la cual los efectos de los derechos no se despliegan solo frente al Estado sino también en las relaciones entre particulares. El Tribunal Constitucional no ha sido unánime en sus pronunciamientos sobre la eficacia directa o indirecta de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, y dependerá de la concreta relación jurídico-privada y de los derechos afectados. Por ejemplo, hay algunos derechos que son directamente eficaces en las relaciones entre particulares, aunque el legislador no lo haya dispuesto de esta forma, las libertades de los artículos 18 y 20 de la Constitución así como los derechos de sindicación y huelga (artículo 28)³⁶. Aunque no haya jurisprudencia similar que permita confirmar la eficacia directa de los derechos fundamentales en los supuestos que nos ocupan, parece plausible que se pudiera apreciar ésta atendiendo a la relevancia del derecho a la vida y a la integridad física que, por otro lado, resultaría de difícil ponderación contra eventuales derechos fundamentales que pudieran alegar los centros residenciales privados como personas jurídicas.

En este punto se ha de tener en cuenta no obstante el artículo 41.2 de la Ley Orgánica de Tribunal Constitucional que impide el recurso de amparo contra actos que no provengan de los poderes públicos, aunque el Tribunal ha matizado los efectos de este precepto a fin de garantizar la protección de los derechos fundamentales también entre particulares (a través de la teoría de la asunción judicial)³⁷. En resumen, los jueces y tribunales ordinarios son los que de modo principal pueden conocer de vulneraciones de derechos fundamentales entre particulares, no obstante, si estos no dispensaran la

³⁶ Beladiez Rojo, Margarita, 'La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares. Algunas consideraciones sobre el distinto alcance que pueden tener estos derechos cuando se ejercen en una relación jurídica de derecho privado o de derecho público' AFDUAM, 21, 2017.

³⁷ Bilbao Ubillos, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

protección esperada a un derecho fundamental podría atribuirse la violación al Poder Judicial.

4. Una mirada a Estrasburgo: casos relevantes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la falta de una asistencia sanitaria adecuada

A pesar de las limitaciones del texto del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) en relación con el reconocimiento de derechos sociales, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha reconocido vulneraciones a un derecho reconocido en el Convenio, que en la práctica supone la protección de un derecho social no expresamente reconocido.³⁸ En el caso *Airey v. Irlanda* el TEDH estimó que existe una interrelación entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales³⁹. Asimismo, consideró que los derechos reconocidos en el CEDH han de interpretarse de forma práctica y efectiva. En palabras de Mowbray, ello supone una aplicación de la doctrina de interpretación del CEDH como un instrumento vivo⁴⁰.

De acuerdo con el TEDH, del derecho a la vida reconocido en el artículo 2 del CEDH se derivan obligaciones positivas para el Estado. Por ejemplo, en *Calvelli y Ciglio v. Italia*⁴¹, el Tribunal consideró que el derecho a la vida incluye las obligaciones positivas de supervisar la provisión de servicios médicos y de asegurar el acceso a la justicia a fin de investigar las causas de un fallecimiento bajo una actuación médica, así como de determinar las posibles responsabilidades del facultativo médico a cargo. En este particular caso, el TEDH estimó que la responsabilidad civil declarada en contra del facultativo médico cumplía con las mencionadas obligaciones positivas. Tampoco consideró que el derecho a un juicio justo había sido vulnerado, dado el hecho de que la mayoría de retrasos en el proceso judicial no fueron responsabilidad de las autoridades.

En *Nencheva et al v. Bulgaria*⁴², se llevó ante el TEDH el caso de una institución estatal en la que vivían niños y jóvenes con discapacidad a los que no se les dio comida, cuidados, abrigo ni atención médica adecuadas, derivando en el fallecimiento de 15 de

³⁸ Leijten, Ingrid, *Core Socio-Economic Rights and the European Court of Human Rights*, Cambridge University Press, 2018, pp. 44 y 45.

³⁹ TEDH, *Airey v. Irlanda*, núm. 6289/73, 1979.

⁴⁰ Mowbray, Alastair, 'The creativity of the European Court of Human Rights', *Human Rights Law Review*, vol. 5, num. 1, 2005.

⁴¹ TEDH, *Calvelli y Ciglio v. Italia*, núm. 32967/96, 2002.

⁴² TEDH, *Nencheva et al v. Bulgaria*, núm. 48609/06, 2013.

ellos. El TEDH consideró que el Estado había violado el derecho a la vida al no haber protegido la vida de niños vulnerables bajo su custodia, lo cual les había situado en una grave situación de riesgo. Además, no se había puesto en marcha una investigación judicial esclareciendo responsabilidades en el caso hasta dos años después de que sucedieran los hechos.

Otro de los pronunciamientos relevantes en relación con las obligaciones positivas que se derivan del derecho a la vida es el de la sentencia *Chipre v. Turquía*⁴³. Entre el número de cuestiones planteadas ante el TEDH y entre los derechos humanos que se alegaron vulnerados, se planteó la responsabilidad turca por la denegación de la asistencia sanitaria a chipriotas griegos y maronitas viviendo en el norte de Chipre, y, con ello, la posible vulneración del derecho a la vida reconocido en el artículo 2 CEDH. El TEDH observó que el artículo 2 incluye obligaciones positivas para el Estado de salvaguardar la vida de las personas que viven en su territorio. Asimismo, el artículo puede quedar afectado cuando queda probado que las autoridades de un Estado ponen en riesgo la vida de las personas a través de la denegación de asistencia sanitaria, la cual se reconoce con carácter general al resto de la población⁴⁴. En el caso planteado, sin embargo, el TEDH consideró que las denegaciones de asistencia sanitaria y los retrasos alegados no habían sido suficientemente probados, y que tampoco se había probado que la vida de las personas individuales afectadas había estado en riesgo. Además, consideró que la población sí tenía con carácter general acceso a la asistencia sanitaria en el territorio.

En definitiva, el TEDH ha sostenido en algunas ocasiones que el derecho a la vida puede encontrarse vulnerado debido a actuaciones u omisiones del Estado como la denegación de un tratamiento médico cuando se encuentra disponible para la población o la ausencia en ciertos establecimientos de condiciones adecuadas para vivir. Especialmente se trata de casos de personas pertenecientes a colectivos vulnerables, o bien personas sujetas a la actuación del Estado, como los internos en establecimientos penitenciarios, o menores sujetos a la tutela del Estado.

La prohibición de tratos inhumanos y degradantes, reconocida en el artículo 3 del CEDH, es asimismo relevante para la protección de derechos como el acceso a una asistencia sanitaria adecuada o las condiciones materiales de vida. En *Rivière v. Francia*⁴⁵

⁴³ TEDH, *Chipre v. Turquía*, núm. 25781/94, 2001.

⁴⁴ *Ibid*, parr. 219.

⁴⁵ TEDH, *Rivière v. Francia*, núm. 33834/03, 2006.

el TEDH estimó que el continuo internamiento en un centro penitenciario ordinario de una persona que padece una enfermedad mental, es trato inhumano y degradante de acuerdo con el artículo 3 del CEDH. En este caso, aunque el recurrente había estado ingresado en un hospital durante un mes, la mayoría del tiempo de internamiento se produjo en un centro penitenciario ordinario, sin recibir una atención médica adecuada.

En *Dougoz v. Grecia*⁴⁶ se planteó un asunto relacionado con las condiciones existentes en un centro de detención. En este caso, se trataba de un extranjero interno en un centro de detención a la espera de su expulsión. Las condiciones del internamiento, padecidas por el recurrente durante 18 meses, fueron calificadas de inhumanas y degradantes debido al hacinamiento y a la ausencia de agua caliente, de camas, así como una falta de aire fresco, de luz natural o de un espacio para hacer ejercicio. Al valorar las circunstancias de la detención, el TEDH tiene en cuenta los efectos cumulativos de la misma, así como las circunstancias particulares del caso⁴⁷.

En definitiva, el TEDH ha establecido en su jurisprudencia que los Estados han de asumir obligaciones positivas, consolidándose la doctrina de obligaciones jurídicas positivas del Estado⁴⁸. Además, se deberán tener en cuenta también los estándares internacionales de derechos humanos de acuerdo con otros órganos de monitorización del cumplimiento de los tratados internacionales⁴⁹.

⁴⁶ TEDH, *Dougoz v. Grecia*, núm. 40907/98, 2001.

⁴⁷ *Ibid*, párr. 46.

⁴⁸ Sudre, Frédéric, ‘La protection des droits sociaux par la Cour Européenne des Droits de l’Homme: un exercice de ‘jurisprudente fiction’?’, *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, 55, 2003. Carmona Cuenca, Encarna, ‘Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos’, *Revista de Derecho Político*, UNED, núm. 100, 2017, 1209-1238, p. 1218.

⁴⁹ Por ejemplo, las observaciones publicadas en 2020 por parte del Comité Europeo de Derechos Sociales y del Comité DESC (2020). Delgado del Rincón, Luis E., ‘Algunas consideraciones sobre el derecho a la protección de la salud y el bien jurídico de la salud colectiva en tiempos de pandemia’. Biglino Campos, P.; Durán Alba, F. *Los Efectos Horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, Colección Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza.