

# **LOS DERECHOS A LA VIDA, LA IGUALDAD Y LA NO DISCRIMINACIÓN DE LAS PERSONAS MAYORES EN ESPAÑA, EN LA ASISTENCIA SANITARIA, DURANTE LA PANDEMIA DEL COVID-19**

Oscar Ignacio Mateos y de Cabo  
Profesor Titular de Derecho constitucional  
Universidad Rey Juan Carlos

## **SUMARIO**

1. La Constitución española de 1978 y 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 éticas ante la pandemia del Covid-19 de la Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias.
4. El Informe del Ministerio de Sanidad sobre los aspectos éticos en situaciones de pandemia.
5. Las recomendaciones de los Comités de Bioética de los países de nuestro entorno.
6. Las consecuencias jurídicas de la discriminación.
7. Reflexiones finales y conclusiones.

### **1. La Constitución española de 1978 y los derechos a la vida, la igualdad y la no discriminación.**

La pandemia del Covid-19 ha originado graves y profundos problemas, y no solamente sanitarios, en buena parte de la población mundial, incidiendo en nuestro país en ámbitos tan importantes como los que afectan a los derechos a la vida, la igualdad y la no discriminación.

En efecto, 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 durante la época de la pandemia debido, entre otras razones, a 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 nuestro país, las consecuencias de las tensiones entre estos derechos y los acontecimientos sanitarios han sido especialmente graves sobre las personas mayores de las residencias, que han sido discriminadas a la hora de acceder a los recursos hospitalarios, en los momentos más traumáticos de la pandemia, al plantearse la priorización de la asistencia en los sanatorios 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), tal y como hemos analizado en una monografía previa a este trabajo<sup>1</sup>.

Esta situación, de facto, se ha producido 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, pero que resultan, en nuestra opinión, uno de los principios transversales, también de forma tácita, de un gran número de preceptos de la Constitución española de 1978, que vamos a examinar de forma sintética.

En primer lugar, el primero y el más importante de cuantos derechos puede tener un ser humano es el derecho fundamental a la vida (art. 15 CE), en torno al cual hemos defendido una concepción clásica, que lo concibe como un *prius* lógico, ontológico y deontológico de todos los derechos y libertades fundamentales<sup>2</sup>.

En segundo lugar, reivindicamos 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 nuestra forma de organización jurídico-política se proclama que “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

Estos valores superiores se instituyen como entidades objetivas superiores del ordenamiento jurídico que, además, sirven de legitimidad y justifican todo el ámbito jurídico. En este sentido, se considera que la igualdad cumple las siguientes funciones:

a) La igualdad es un valor transversal que legitima y justifica todo el ordenamiento jurídico, no solo frente a los ciudadanos pertenecientes a la comunidad nacional, sino también ante la comunidad internacional.

b) Es una de las columnas en las que descansa una dimensión ética del Derecho.

c) Supone un referente básico para la interpretación de las normas constitucionales.

---

<sup>1</sup> MATEOS Y DE CABO, OSCAR IGNACIO.: *El derecho fundamental a la vida*, Dykinson, Madrid, 2020, p. 43 y ss.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 13.

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 que, además, nuestro país ha adoptado, y que el art. 10.2 CE reconoce expresamente, al declarar 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 ratificados por España.

En la misma línea de recepción de los principios básicos, que inspiran esas grandes declaraciones de derechos subjetivos asumidos por España, el art. 14 CE proclama que “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

Este precepto es uno de los pilares de toda la construcción jurídico-política española y consagra el llamado concepto de igualdad formal, al afirmar que los ciudadanos son iguales ante la ley, equiparando las distintas situaciones que se pueden producir, frente a los efectos y el alcance de la ley, por lo que viene a conformar una auténtica igualdad ante la ley.

La importancia de este tipo de igualdad se plasma en la universalidad que debe adoptar la ley, para que su validez alcance por igual a todos los ciudadanos. En este sentido, la ley tiene que ser general y abstracta, lo que se opone al régimen de privilegios existente en la Francia anterior a la Revolución de 1789.

No obstante, según avanza el tiempo se constata que, en algunos casos, esta concepción de la ley no resultaba suficiente para una igualdad real. Por eso, debe ser completada con lo consagrado en el art. 9.2 CE de la Constitución, que encomienda a los “poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

En este precepto se formula el llamado concepto de igualdad material, en el que el Tribunal Constitucional ha basado la funcionalidad justificadora de ciertos tratos normativos favorables de determinados sectores sociales discriminados.

Esta es una forma de superar las limitaciones del liberalismo, que se basaba sobre la ficción de que los individuos eran considerados iguales, aunque este tipo de igualdad, representada por la igualdad formal del art. 14 CE, se mostró posteriormente como un claro avance, pero no totalmente suficiente.

De esta forma, con el paso del tiempo se constata que el principio de universalidad, generalidad, abstracción y duración indefinida de la ley no era una formulación tan dogmática y rígida, pues empieza a admitirse que, determinadas leyes singulares o sectoriales, pudiesen adaptarse mejor a ciertos destinatarios individuales o grupales concretos.

En nuestros días, precisamente 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. Por eso, en la Constitución 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 efectiva.

En anteriores trabajos hemos desarrollado esta idea y, sin ser exhaustivos, por cuestión de espacio y tiempo haremos, únicamente, referencia a algunos de los principales artículos de la Constitución que, en nuestra opinión, son una consecuencia lógica del principio de igualdad formal y material, consagrado en nuestra Carta Magna<sup>3</sup>.

En esta línea está el art. 24 CE por el que “todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

El listado de preceptos sería muy largo, pero los más destacados serían el art. 27 CE que proclama que “todos tienen el derecho a la educación”, por lo que no puede haber discriminaciones arbitrarias en la formación básica de la ciudadanía. El art. 43 CE que consagra la protección de la salud. El art. 33 CE que reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia, el art. 39 CE, que encomienda a los poderes públicos la protección social, económica y jurídica de la familia, y la consideración en igualdad de los hijos, con independencia de su filiación. El art. 40 CE, al plantear que la distribución de la riqueza

---

<sup>3</sup> MATEOS Y DE CABO.: : “La exclusión social en el marco del Estado social y democrático de Derecho: Análisis y propuestas”, en QUINTANILLA NAVARRO, R. Y; MATEOS Y DE CABO, O. I (Dirs y Coords).: *Instrumentos jurídico-laborales de prevención y solución de la exclusión social en el Estado social y democrático de Derecho. Estudio comparado*. Dykinson, Madrid, 2019, p. 29 y ss.

y de los excedentes económicos sea justa. El art. 41 CE, que resulta vital para una garantía de calidad de vida para todos los ciudadanos, a la hora de configurar la Seguridad Social.

Por otro lado, el art. 47 CE, también es una expresión del deseo de igualdad real cuando declara que “todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada”. Sin olvidar la protección a determinados grupos, como los jóvenes, consagrada en el art. 48 CE, la integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos del art. 49 CE o de los emigrantes, defendida en el art. 42 CE, solo por citar algunos de los preceptos más relevantes en esta cuestión<sup>4</sup>.

Esta regulación 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 olvidar que esta igualdad se complementa con la regulación de la nacionalidad, la inmigración, la emigración, la extranjería y el derecho de asilo, para no excluir arbitrariamente a nadie<sup>5</sup>.

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 discriminaciones<sup>6</sup>. En nuestra opinión, las personas mayores han sido discriminados, sobre todo en los colectivos que habitaban en las residencias, a la hora de disfrutar de determinadas prestaciones sanitarias, en los momentos más traumáticos de la pandemia.

---

<sup>4</sup> MATEOS Y DE CABO, O. I. “Análisis constitucional de la cohesión y la integración social en España”, en QUINTANILLA NAVARRO, R. Y (Dir.): *La exclusión social: estudio comparado desde la perspectiva jurídica laboral y constitucional*, Dykinson, Madrid, 2018, p. 35 y ss.

<sup>5</sup> MATEOS Y DE CABO, O. I. “El derecho de asilo y la protección subsidiaria en el Derecho internacional y en la legislación española”, en MONSALVE CUÉLLAR, M (coord.): *Migraciones y su transversalidad. Análisis interdisciplinar*. Alderabán ediciones, 2018, pp. 869-901.

<sup>6</sup> HERRANZ GONZÁLEZ, RUBEN.: *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.

## **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 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 personas<sup>7</sup>. Nuestro país no ha sido una excepción, y 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 IMSERSO en España se han registrado más de 30.600 defunciones con coronavirus, en residencias de mayores, desde el inicio de la pandemia<sup>8</sup>. 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.

Sin embargo, en nuestro país las personas mayores que se encontraban dentro de las residencias en aquellos momentos no pudieron ingresar en sus hospitales de referencia, incluso si contaban con algún seguro médico privado, por lo que se sintieron “olvidados” y fallecieron sin recibir la asistencia médica hospitalaria especializada.

---

<sup>7</sup> <https://es.statista.com/estadisticas/1107719/covid19-numero-de-muertes-a-nivel-mundial-por-region/> (Última consulta 9-3-2022).

<sup>8</sup> [https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/Informe\\_Semanal\\_Residencias\\_20210302.PDF](https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/Informe_Semanal_Residencias_20210302.PDF). (Última consulta 9-3-2022).

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 u hospitales”<sup>9</sup>.

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.

De esta forma, se afirma 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”<sup>10</sup>.

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 se considera 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 fundamentales<sup>11</sup>.

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

En el contexto de situación sanitaria más delicada, la Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias aprobó el documento “Recomendaciones éticas para la toma de decisiones en la situación excepcional de crisis por pandemia Covid-19 en las unidades de cuidados intensivos”<sup>12</sup>.

Este texto ha sido muy polémico y criticado, precisamente, por su falta de ética, a pesar de que en el título de sus recomendaciones figuraba, expresamente, la palabra

---

<sup>9</sup> <https://www.msf.es/actualidad/poco-tarde-y-mal-denunciamos-inaceptable-desamparo-los-mayores-las-residencias-durante-la>. (Última consulta 9-3-2022).

<sup>10</sup> MONTALVO, F; BELLVER, V.: Op, cit.

<sup>11</sup> ARNALDO ALCUBILLA, ENRIQUE.: “Los principios que deben regir la lucha contra el Covid-19 en el Estado democrático de Derecho”, en *Diario La Ley*, nº 9661, 2020.

<sup>12</sup> Vid. [https://semicyuc.org/wp-content/uploads/2020/03/%C3%89tica\\_SEMICYUC-COVID-19.pdf](https://semicyuc.org/wp-content/uploads/2020/03/%C3%89tica_SEMICYUC-COVID-19.pdf). (Última consulta 9-3-2022).

“recomendaciones éticas”. De los distintos aspectos de este documento uno de los aspectos de mayor controversia eran los denominados como, “criterios de prioridad” en la asistencia, en relación a los “años de vida ajustados a la calidad (AVAC) o QALY (*Quality-Adjusted Life Year*).

Aunque el texto iba mucho más allá, al establecer como criterios una clara discriminación debido a que se afirmaba que “en personas mayores se debe tener en cuenta la supervivencia libre de discapacidad por encima de la supervivencia aislada”. De esta forma, “cualquier paciente con deterioro cognitivo, por demencia u otras enfermedades degenerativas, no serían subsidiarios de ventilación mecánica invasiva”, lo que supone no reforzar su tratamiento con este servicio.

En nuestra opinión, el documento excede ampliamente las recomendaciones, “supuestamente técnicas”, pues entra también a recomendar 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, y de aquellos que no podían, por edad o patologías previas, utilizar estos aparatos esenciales para el mantenimiento de la vida y para la propia supervivencia.

No fueron las personas mayores los únicos discriminados 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) que, en marzo de 2020, dirigió a la Dirección General de Políticas de Discapacidad, del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, una petición para solicitar un informe al Comité de Bioética de España, de las implicaciones éticas de las anteriores “Recomendaciones”, manteniendo que “el tratamiento debe estar disponible para todas las personas sin discriminación ni exclusiones ni preferencias o descartes odiosos”.

En esta polémica intervino, además, el Defensor del Pueblo 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.

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 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 pues, 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 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 discapacidad<sup>13</sup>.

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 otros<sup>14</sup>.

#### **4. El Informe del Ministerio de Sanidad 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 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”<sup>15</sup>.

En el apartado quinto de este texto, que aborda las decisiones sobre cuidados intensivos de pacientes vulnerables, se hace referencia al debate que se ha generado, 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 comunicación, 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

---

<sup>13</sup> Vid. <https://www.servimedia.es/noticias/1237853>. (Última consulta 17-11-2020).

<sup>14</sup> MONTALVO, F; BELLVER, V.: Op, cit, p. 251.

<sup>15</sup>[https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/Aspectos\\_Eticos\\_en\\_situaciones\\_de\\_pandemia.pdf](https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/Aspectos_Eticos_en_situaciones_de_pandemia.pdf). (Última consulta 9-3-2022).

acceso a dichos recursos en situaciones extremas de evidente insuficiencia de los recursos”.

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 UCI pero, sobre todo, de disponibilidad de aparatos de ventilación mecánica, que pudieran satisfacer las necesidades del conjunto de la población. Este argumento, en nuestra opinión, no puede justificar recurrir a las discriminaciones de los ciudadanos, atendiendo a la edad, condición o cualquier otra distinción.

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 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)”<sup>16</sup>.

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 a la que se llega en este texto 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. A lo que se puede añadir las

---

<sup>16</sup> *Ibidem*.

posibles discriminaciones que, en estos supuestos se pueden producir, 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.

También otras instancias supranacionales, como 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, presentó un documento titulado: “COVID-19: Los derechos de las personas mayores deben estar igualmente protegidos durante la pandemia”<sup>17</sup>.

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, pero también para prevenir “el abuso, la inclusión y el acceso a servicios esenciales para las personas en situaciones vulnerables”, entre las que se cita a las que viven en instituciones, solas o se encuentran en distintos riesgos de exclusión.

## **5. 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 en nuestro país contrastan con las adoptadas en otros Estados de nuestro entorno, en los que 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.

---

<sup>17</sup> <https://www.age-platform.eu/policy-work/news/covid-19-older-persons%E2%80%99-rights-must-be-equally-protected-during-pandemic>. (Última consulta 9-3-2022).

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.

Este es el caso del Comité Nacional de Ética alemán, que defendía 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”<sup>18</sup>.

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 utilidad<sup>19</sup>.

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 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

---

<sup>18</sup> Vid. <https://www.ethikrat.org>. (Última consulta 9-3-2022).

<sup>19</sup> Vid. <https://www.ccne-ethique.fr>. (Última consulta 9-3-2022).

“de forma aislada o principal el criterio de la edad a la hora del acceso de los pacientes a los recursos disponibles”<sup>20</sup>.

Estas ideas están en consonancia con nuestros principios y normas constitucionales 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.

Sin ser exhaustivos con este tipo de informes de otros países, también en el nuestro 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).

A tal efecto, emitió un Informe el Comité de Bioética de España sobre los aspectos bioéticos de la priorización de recursos sanitarios en el contexto de la crisis del coronavirus<sup>21</sup>. 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, se trata de una decisión que “solo puede corresponder única y exclusivamente a la autoridad pública, la única facultada constitucionalmente para limitar y suspender derechos”.

En el punto número 9.6 de este 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”.

---

<sup>20</sup> Vid. [https://aebioteca.org/archivos/Consideraciones\\_2.pdf](https://aebioteca.org/archivos/Consideraciones_2.pdf). (Última consulta 9-3-2022).

<sup>21</sup> <http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/Informe%20CBE-%20Priorizacion%20de%20recursos%20sanitarios-coronavirus%20CBE.pdf> (Última consulta 9-3-2022).

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”<sup>22</sup>.

## **6. Las consecuencias jurídicas de la discriminación.**

Las consecuencias sanitarias más visibles, en los momentos más álgidos de la pandemia, 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, sin embargo, también es la autoridad sanitaria la que debe garantizar siempre el respeto a los más básicos derechos fundamentales.

Por otro lado, desde la doctrina 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”<sup>23</sup>.

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.

Sin olvidar que las competencias sanitarias, ejercidas en desarrollo del art. 149.1.1 CE, y de la Ley General de Sanidad (LGS) de 1986 implican un imprescindible respeto

---

<sup>22</sup> *Ibidem*.

<sup>23</sup> MONTALVO, F; BELLVER, V.: Op, cit, p. 256.

del ordenamiento constitucional. Precisamente, en el art. 3.2 LGS se 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.

Por otro lado, en el caso de las residencias de ancianos de titularidad privada 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).

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 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 hechos producidos, al plantearse la posibilidad de que fuesen considerados como constitutivos de fuerza mayor y, por tanto, no imputables a la Administración.

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, lo que no significa que no se hubiera podido mitigar o prevenir el elevado 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 no toda discriminación resulta arbitraria, puesto que 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 CP establece como una circunstancia agravante la de haber cometido el ilícito por diversos motivos, como cuando se trata de 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 tipificada, está recogida en el Código penal en determinados delitos, como en 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).

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 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 no están siendo, en general, estimadas.

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

En cualquier caso, solo el tiempo dirá si esta vía sirve como cauce de reparación de una posible mala gestión sanitaria. Sin embargo, lo que parece claro es que desde el punto de vista constitucional 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. Este principio constituye la tónica dominante en las Constituciones y legislaciones de nuestro entorno y, además, ha



guiado los informes y las recomendaciones de los Comités de bioética de la inmensa mayoría de países.

## **7. Reflexiones finales y conclusiones.**

En primer lugar, tenemos que afirmar que la aplicación de Informes elaborados por una sociedad médica, no puede servir de base para justificar decisiones políticas y sanitarias, que puedan discriminar a ciertos colectivos en 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”<sup>24</sup>.

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”<sup>25</sup>. Por lo que resulta muy claro que este tipo de reglas éticas tratan de evitar comportamientos arbitrarios o discriminatorios.

En un sentido similar, podemos encuadrar la labor de la Organización No Gubernamental de “Médicos Sin Fronteras”, que realizó un informe demoledor sobre la

---

<sup>24</sup> <https://www.wma.net/es/policias-post/declaracion-de-ginebra/>. (Última consulta 9-3-2022).

<sup>25</sup> *Ibidem*.

asistencia médica prestada a las personas mayores en España, que vivían en residencias, 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 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”<sup>26</sup>.

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

Los responsables públicos 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 nuestro país, por lo que no se acometió la necesidad urgente de comprar material de protección y sanitario para los enfermos y los profesionales.

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”<sup>27</sup>.

De esta forma, llegamos a nuestra conclusión final, que es la de manifestar que, en nuestra opinión, cualquier decisión política o sanitaria debe resultar acorde con nuestro modelo de Estado social y democrático de Derecho, y con los principios básicos que inspiran y sostienen nuestro sistema de derechos fundamentales y libertades públicas.

En efecto, 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 han sido los

---

<sup>26</sup> <https://www.msf.es/actualidad/poco-tarde-y-mal-denunciamos-inaceptable-desamparo-los-mayores-las-residencias-durante-la> (Última consulta 9-3-2022).

<sup>27</sup> *Ibidem*.

parámetros, en los que se asientan 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.

Como hemos visto anteriormente, el 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, recordando que las propuestas de las sociedades científicas y otros grupos de trabajo no deben ser utilizadas por las autoridades públicas, como criterio para limitar o restringir el derecho a la protección de la salud de los individuos o colectivos, puesto que es una decisión que “solo puede corresponder única y exclusivamente a la autoridad pública, la única facultada constitucionalmente para limitar y suspender derechos”.

Por eso, en nuestra opinión, las decisiones de las autoridades públicas, que han utilizado este tipo de informes de alguna sociedad médica para discriminar a sujetos, en correspondencia con lo que se denomina como el “valor social de la persona enferma”, fijando 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 resulta una conducta discriminatoria, en contra de los colectivos de mayor edad, discapacidad o enfermedad, sino que inciden directamente en un derecho fundamental, como es el de la vida.

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 pandemia<sup>28</sup>.

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,

---

<sup>28</sup>[https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/Informe\\_Semanal\\_Residencias\\_20210302.PDF](https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/Informe_Semanal_Residencias_20210302.PDF). (Última consulta 9-3-2022).

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, 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.

Nos estamos refiriendo al fallecimiento de los ancianos en las residencias, muchos de los cuales han carecido de cualquier tipo de atención primaria o de médico de cabecera, que se encontraban en centros que adolecían de los medios adecuados para tratar o mitigar su enfermedad, a los que no se permitió el acompañamiento de sus familiares o amigos en sus últimos momentos de vida, 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 pero, sobre todo, se trata de 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 su etapa laboral a los gastos del Sistema Nacional de Salud y ser, por tanto, teóricamente beneficiarios de sus prestaciones.