

EL RESPETO A LA DIGNIDAD Y A OTROS DERECHOS EN
TIEMPOS DE CRISIS

*THE RESPECT TOWARDS DIGNITY AND OTHER RIGHTS IN TIMES
OF CRISIS*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 32-41



Pilar María
ESTELLÉS
PERALTA

ARTÍCULO RECIBIDO: 7 de mayo de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: Los derechos de las personas de edad son auténticos derechos fundamentales y así han sido reconocidos a lo largo de los últimos setenta años, a través de numerosos y diversos instrumentos internacionales. La protección de estos derechos plantea desafíos conceptuales y prácticos que tienen que ver con la delimitación de su contenido, la identificación de sus características y la cuestión de su eficacia, exigibilidad y protección, incluso en momentos de crisis. La persona mayor, a pesar de contar con los mismos derechos que otras personas, incluido el de no ser discriminado en función de la edad, se ve sometida, en ocasiones, a toda una serie de impedimentos que dificultan el pleno ejercicio de sus derechos y libertades.

PALABRAS CLAVE: Derechos humanos; igualdad; discriminación por edad; crisis; envejecimiento.

ABSTRACT: *Rights of elderly people are fundamental rights, and so have been recognized as over the last seventy years, through numerous and various international instruments. The protection of these rights sets out conceptual and practical challenges that have to do with the delimitation of their content, the identification of their characteristics and the question of their effectiveness and enforceability and its protection, even in times of crisis. In spite of having the same rights as others, including nondiscrimination in function of age, sometimes, elderly people are subjected to a series of obstacles that complicates the full exercise of their rights and freedoms.*

KEY WORDS: *Human rights; equality; ageism and age-based discrimination; crisis; aging.*

I. Las crisis se pueden definir como situaciones momentáneamente malas o tiempos de dificultades o cambios graves que hacen peligrar el estado actual de las cosas. Las sociedades se han enfrentado a numerosas formas de crisis a lo largo de la Historia, la cuestión es cómo se han abordado en los diferentes contextos. Al acercarnos a esta problemática, advertimos que algunas propuestas y soluciones a la resolución de las crisis, ya sean sanitarias, como la actual provocada por la COVID-19, ya económicas, políticas, sociales, religiosas, étnicas, etc., resultan absolutamente destructivas, si además, conllevan la lesión a la dignidad y otros derechos del ser humano, fundamentalmente de aquéllos más vulnerables. Ciertamente que los impactos derivados de una crisis pueden alcanzar graves magnitudes pero no debemos descuidar ni desproteger todas las dimensiones de la persona. No debemos excluir a los vulnerables, que son muchos; no debemos desproteger a los más mayores de esta sociedad, solo porque ya han sido, sin tener en cuenta lo que hoy son o mañana serán.

En un momento en que se está produciendo un envejecimiento demográfico sin precedentes, y de acuerdo con los datos de la Organización Mundial de la Salud (OMS), la población mundial está envejeciendo rápidamente: entre 2000 y 2050, la proporción de la población mundial con más de 60 años de edad se duplicará y pasará del 11% al 22% aproximadamente, y a su vez, el número de personas de 80 años o más se cuadruplicará en ese mismo período de tiempo. Además, la previsión es que la cifra siga aumentando, es decir, tanto a nivel mundial como de nuestro país, habrá más personas mayores, que, además, vivirán más años. Ello tendrá un gran impacto en la sociedad en general y, fundamentalmente, en el sistema sanitario y de los servicios sociales. El aumento de la esperanza de vida es un éxito pero también plantea toda una serie de retos; constituye, sin duda, una ventaja para el crecimiento de sociedades humanas social y éticamente más maduras e integradas por los conocimientos y aportaciones de los más mayores, sin embargo, frecuentemente, el envejecimiento se enfoca como un problema cuando, realmente, en sí mismo, es un importante logro. Como consecuencia de ello, algunas sociedades practican continuas vulneraciones de los derechos humanos de los colectivos de edad avanzada y plantean visiones sociales de la ancianidad que casan mal con el respeto a su dignidad y derechos; estas acciones ejercidas tanto por particulares como por los poderes públicos suponen una discriminación por razón de la edad y un atentado a los derechos de una creciente parte de la población humana e implican el maltrato, la marginación y la exclusión social, y en ocasiones, vital, de las personas de edad avanzada.

• **Pilar María Estellés Peralta**

Profesora agregado doctor acreditado. Universidad Católica de Valencia "San Vicente Mártir". Correo electrónico: pm.estelles@ucv.es

2. Por fortuna, existen instrumentos internacionales que reconocen la dignidad y otros derechos a todas las personas, entre las que se incluyen las personas mayores, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos Sociales y Culturales de 1966, o el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Además, existen otros instrumentos internacionales que pese a no tener el carácter vinculante de los tratados internacionales, gozan de un alto valor moral y político, como los Principios de las Naciones Unidas a favor de las personas de edad, aprobados por resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 16 de diciembre de 1991.

En el ámbito de los derechos a la vida, la integridad física y moral, la salud, la libertad, etc., no existen regulaciones diferenciadas de las reglas generales para el ejercicio de sus derechos por las personas mayores, porque no existe un estado civil de persona mayor o anciana. Las personas de edad avanzada no gozan, por tanto, de una condición jurídica personal diferente a las demás, sino que gozan de la misma dignidad y derechos que el resto de seres humanos sean cuales sean sus rangos de edad. No obstante, lejos de disfrutar plenamente de estos derechos, que son plenos, las personas de edad avanzada han de hacer frente al creciente «edadismo» de las sociedades que supone la discriminación social de las personas basada en su edad; este edadismo se va extendiendo e impregnando todos los campos de la sociedad y de las estructuras sociales a las que nuestro país no ha sido ajeno. Así y pese a la numerosas normas reguladoras y protectoras de los derechos a la vida, la integridad física y moral, a la igualdad y a la salud de todos y pese a las recomendaciones especiales en esta concreta crisis sanitaria por parte de las Autoridades sanitarias, las medidas adoptadas por estas mismas autoridades no superan el análisis jurídico, moral y ético, a la vista objetiva de los hechos.

En Derecho español, nuestra vigente Constitución proclama la igualdad de todos sin discriminación por razón de la edad (art. 14); el derecho a la vida de todos (art.15); el derecho a la protección de la salud (art.43) y en su art. 50, el derecho a recibir servicios sociales que incidan en las necesidades de los mayores en materia de sanidad, vivienda, cultura y ocio. Asimismo, diversas leyes españolas han regulado otros derechos que afectan a los mayores en mayor o menor medida. Destaca el derecho a la atención en situación de dependencia regulado por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, cuyos destinatarios son las personas dependientes, no específicamente las personas mayores, sin embargo, el incremento de la longevidad ha dado lugar al incremento del número de mayores dependientes; el derecho a disfrutar de un entorno accesible o a recibir asistencia sociosanitaria en condiciones de igualdad que regula el art. 23 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud,

que considera esta atención como el conjunto de cuidados destinados a aquellos enfermos, generalmente crónicos, que por sus especiales características pueden beneficiarse de la actuación simultánea y sinérgica de los servicios sanitarios y sociales para aumentar su autonomía, paliar sus limitaciones o sufrimientos y facilitar su reinserción social, entre otros.

En el panorama jurídico de la atención sanitaria, una nueva norma se abrió paso para mejorar la universalidad de las prestaciones sanitarias en nuestro país, así el Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud con la finalidad de atender en toda su extensión y con cargo a fondos públicos a personas adultas no registradas ni autorizadas a residir en España, amparándose en el cumplimiento de los tratados internacionales de carácter vinculante suscritos por España, en el mandato contenido en el artículo 43 de la Constitución Española, y en los principios de igualdad, solidaridad y justicia social. Esta norma considera que hay valores que son irrenunciables para todo estado social y democrático de Derecho que, como España, aspira a garantizar el bienestar de todas las personas desde un enfoque integrador; asimismo, afirma que en el ámbito de la normativa internacional, tanto supranacional como europea, el derecho a la protección de la salud se reconoce de manera expresa como un derecho inherente a todo ser humano, sobre el que no cabe introducción de elemento discriminatorio alguno, ni en general ni en particular; por ello, la norma obedece fundamentalmente a la necesidad de garantizar la universalidad de la asistencia, es decir, a garantizar el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria, en las mismas condiciones, a todas las personas que se encuentren en el Estado Español. En consecuencia, en su art. 3.1 establece que son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todas las personas con nacionalidad española y las personas extranjeras que tengan establecida su residencia en el territorio español.

Resulta interesante contrastar todo lo antedicho con la efectiva gestión de la pandemia y el escaso acceso de determinados colectivos –personas de edad avanzada y/o dependientes- a los tratamientos hospitalarios y medicaciones adecuadas para la cura del COVID-19. Concretamente, respecto a las personas de edad avanzada que residían en las residencias de la tercera edad, resulta sorprendente la elaboración, publicación y aplicación de normas como la 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, y la Orden SND/275/2020, de 23 de marzo, por la que se establecen medidas complementarias de carácter organizativo, así como de suministro de información en el ámbito de los centros de servicios sociales de carácter residencial en relación con la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, así como el Documento técnico de Recomendaciones a residencias de

mayores y centros sociosanitarios establecido para el COVID-19 (versión de 5 de marzo de 2020) del Ministerio Sanidad. Mediante estas órdenes y recomendaciones, y en el marco del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el Estado de Alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 y con el objetivo de proteger a la población más vulnerable de la infección por COVID-19, se establecen medidas organizativas para la atención sanitaria de los residentes afectados por el COVID-19 y de quienes conviven con ellos dado que, según afirman dichas normas, los mayores, las personas con discapacidad u otros usuarios de residencias y otros centros sociosanitarios se encuentran en situación de vulnerabilidad ante la infección COVID-19 por varios motivos, como son entre otros, que habitualmente presentan edad avanzada; patología de base o comorbilidades. El Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el Estado de Alarma, no restringe derechos fundamentales como el derecho a la vida, o el acceso a los servicios sanitarios, ni la igualdad de todos, ni suspende la legalidad vigente, tampoco sería jurídicamente admisible. Por tanto, sorprende que todas estas normas, dictadas para la gestión y tratamiento de los efectos de esta pandemia en personas mayores residentes en centros de la tercera edad, disponga el aislamiento de ancianos residentes con infección respiratoria aguda leve, sospechosos o con diagnóstico COVID-19 confirmado y no se dispone que deban ser trasladados, en primer lugar, dado su mayor tasa de morbilidad ocasionada por esta enfermedad, a un centro de salud, de atención primaria u hospitalaria donde reciban la atención médico sanitaria necesaria y suficiente. No en vano las cifras de fallecidos en residencias de mayores se datan en más de 17.000 personas a falta de test generalizados.

Destaca, asimismo, en la línea de lo que estamos analizando, el Informe del Ministerio de Sanidad sobre los aspectos éticos en situaciones de pandemia: el SARS-COV-2, de 3 de abril de 2020, establece que los intereses generales de la salud pública y en general del bien común pueden enfrentarse a los intereses particulares y requerir restricciones de los derechos individuales en favor de los primeros, incluso aunque dichas restricciones puedan afectar con diversa intensidad a sus derechos fundamentales y libertades públicas, siempre que no comprometan el contenido esencial de los mismos, según ha declarado nuestro Tribunal Constitucional; que proteger los derechos fundamentales y las libertades públicas de cada uno de los ciudadanos es un deber que puede entrar en conflicto con el deber de proteger el mismo derecho de todos los demás ciudadanos y, por ello, en los casos concretos se hace necesario priorizar. Es decir, que el Estado a quien compete no sólo la obligación de abstenerse de lesionar el derecho fundamental (a la vida en este caso), le compete, asimismo, la obligación positiva de garantizar su eficacia a través de un adecuado sistema legal de protección, que alcanza más allá del ámbito civil (resarcimiento de la lesión), incluso, al ámbito penal, además del sanitario, proveyéndose de los medios necesarios y suficientes con la

debida anticipación de una pandemia ya conocida y avisada; y, en su defecto, y en previsión de que no va a ser capaz de proteger la vida y la salud de sus ciudadanos, dicta unos criterios para seleccionar a unos ciudadanos (a los que protegerá) y no atender a otros (a los que no protegerá) según consta en el mencionado Informe 3 de abril de 2020. Contradictoriamente, establece que las medidas que se adopten estarán presididas por los principios de equidad, no discriminación, solidaridad, justicia, proporcionalidad y transparencia, entre otros, y asimismo, establece en el citado Informe, que debe garantizarse, en el marco del derecho constitucional a la protección de la salud (art. 43 CE), el acceso a determinados recursos asistenciales y/o tratamientos con absoluta proscripción del empleo de criterios fundados en la discriminación por cualquier motivo con la finalidad de priorizar pacientes en dichos contextos; por tanto, excluir a pacientes del acceso a determinados recursos asistenciales o a determinados tratamientos, por ejemplo, por razón únicamente de una edad avanzada –se afirma en el propio Informe–, resulta contrario, por discriminatorio, a los fundamentos mismos de nuestro Estado de Derecho (art. 14 CE). En este sentido, los pacientes de mayor edad en caso de escasez extrema de recursos asistenciales deberán ser tratados en las mismas condiciones que el resto de la población, es decir, atendiendo a criterios clínicos de cada caso en particular, dado que aceptar tal discriminación comportaría una minusvaloración de determinadas vidas humanas por la etapa vital en la que se encuentran esas personas, 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. Sin embargo, dada la demanda masiva existente y la escasez de recursos para atenderla, aunque pueda ser transitoria, comporta una reducción del disfrute efectivo de ese derecho y plantea la priorización de los individuos potencialmente más expuestos al contagio o ya infectados. Por consiguiente, si la rápida expansión de una enfermedad produce el desbordamiento de algunos servicios hospitalarios (o de medicamentos u otros productos médico-sanitarios –como los respiradores–) ante la insuficiencia de recursos para atender a toda la población afectada (por falta de previsión suficiente), deberá establecerse un rango de prioridades. Y es aquí, en la determinación del rango de prioridades cuando toda la argumentación previa decae.

3. La justificación de tales actuaciones puede verse pretextada desde distintos prismas jurídicos, como la invocación de la colisión de derechos en tiempos de escasez de recursos y la necesidad de ponderación de los mismos mediante un juicio de proporcionalidad entre los derechos enfrentados -en este caso, el derecho fundamental a la vida de dos o más personas, derechos de igual rango, que constituyen asimismo, un principio y un valor constitucional-; al respecto, el Tribunal Constitucional ha entendido que resolver la colisión de derechos, por

los Tribunales, mediante ponderación estableciendo relaciones de prioridad en la decisión de nuevos y sucesivos casos, resulta sumamente compleja dado que es imposible construir ningún orden que establezca en cada caso una decisión justa; si además, la ponderación no la realizan los Tribunales, sino que se establece mediante una Recomendación emitida por una autoridad sanitaria, resulta de lo más sorprendente; admitir como solución a la colisión del derecho a la vida, la priorización de unas vidas sobre otras implica alterar el carácter de derecho fundamental absoluto y transformarlo en relativo, en el sentido de que su tutela encuentra un cierto límite ocasionado por la tutela de un derecho también fundamental pero concurrente (la vida de otro). En un conflicto de derechos fundamentales, la ponderación entre los derechos en liza recurre a establecer un orden de importancia entre ellos, haciendo prevalecer a uno sobre el otro; la adopción de una decisión en un sentido u otro por el intérprete, se lleva a cabo mediante un juicio de valor, por antonomasia discrecional, por cuyo resultado un derecho, de igual rango, desplaza a otro; si ello es así, es porque se ha considerado que los derechos en colisión tienen diferente peso y que prima el derecho con mayor peso. En todo caso, la decisión sobre la prevalencia de derechos en colisión sólo podrá ser adoptada mediante procedimientos judiciales con las suficientes garantías por lo que normas de escaso rango o recomendaciones generales no se compaginan bien con la protección de derechos fundamentales. En tal sentido, no parece viable crear normas aplicables a un caso, como el analizado, aportando una solución normativa de escaso rango, que altera y contradice el sistema de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico y excluye la aplicación del "orden fuerte de principios". Como pone de manifiesto el Tribunal Constitucional, esta labor de ponderación entre los derechos o intereses fundamentales en conflicto no corresponde hacerla exclusivamente al propio Tribunal Constitucional, sino a todos y cada uno de los órganos jurisdiccionales a quienes corresponda resolver dicho conflicto, sin que sea posible que tal ponderación quede a su libre albedrío, sino que por el contrario, deben ajustarse a las directrices marcadas al efecto por el propio Tribunal Constitucional, por lo que se requiere de los órganos jurisdiccionales, no sólo que se ponderen explícitamente -antes de adoptar su decisión- los ámbitos respectivos de los derechos en tensión, sino que dicha ponderación se acomode, como exigencia ya sustantiva, a la propia configuración de tales derechos en la Constitución y en las leyes que los desarrollan (STC 20/1992, 14 febrero, F.J.2º).

La situación no debería plantearse como si se tratase de una colisión de derechos, a la salud y a la vida, entre los distintos pacientes que deben ser ponderados. La cuestión es que los poderes públicos quedan obligados a asegurar al máximo la planificación de los recursos asistenciales (incluidos la asistencia vital, la necesidad de hospitalización para cuidado y evolución y también los recursos asistenciales extra hospitalarios) y que no resulta admisible la falta de asistencia a pacientes, sea cuales sea su condición y edad, por escasez de ciertos recursos sanitarios

(materiales o de personal) debidos a falta de previsión ante una pandemia sobre la que se había alertado. Porque si la actividad asistencial es una proyección del derecho constitucional (aunque no fundamental) a la protección de la salud (art. 43 CE) que tenemos todos los españoles e incluso, los que no lo son, residentes en el territorio nacional (art. 1.2 Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad), si lo es la protección del derecho fundamental a la vida y a la dignidad de todos en pie de igualdad.

4. Con todo, compartiendo la opinión de BOBBIO, uno de los esfuerzos que debe hacerse no es tanto el de saber cuáles y cuántos son estos derechos, su naturaleza y fundamento, sino cuál es el modo más seguro de garantizarlos, para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados, pues el problema de fondo relativo a los derechos humanos no es hoy, tanto el justificarlos, como el de protegerlos. Denegar la asistencia sanitaria o el acceso a determinados tratamientos a colectivos concretos por razón de la edad o la salud física o mental o su estado de dependencia es doblemente injusto porque en el caso del acceso al sistema sanitario español, parte del coste ha sido aportado por el beneficiario (ahora excluido) mediante retenciones o impuestos para financiar dichos gastos. Se debería alertar frente al utilitarismo que puede suponer aplicar criterios como priorizar el acceso de los pacientes a tratamientos vitales en función de las expectativas objetivas de supervivencia —es un hecho que a corto plazo, las personas de edad avanzada las tienen muy reducidas—; o en función de las expectativas objetivas de recuperación del paciente en el corto plazo, y a su estado previo de salud, teniendo en cuenta la concurrencia de otras patologías graves que evidencien un pronóstico fatal (enfermos terminales con pronóstico de irreversibilidad, estado de coma irreversible, Alzheimer, etc.) bastante habituales en las personas de edad avanzada; o no considerar a los pacientes sin ningún pronóstico favorable sobre su recuperación ignorando expresamente el orden temporal de ingreso en el sistema de salud, supone dar un trato discriminatorio a unos frente a otros. Aceptar una priorización como la anteriormente reflejada supondría establecer una minusvaloración de determinadas vidas humanas por la etapa o situación vital en la que se encuentra dicho sector de población, lo que contradice los fundamentos de nuestro Estado de Derecho, en particular, el reconocimiento de la igual dignidad intrínseca de todo ser humano en virtud de su mera condición humana, con independencia de sus capacidades físicas, intelectuales o morales o su esperanza de vida.

5. El tema es de tal gravedad a nivel moral, ético y jurídico que exige una profunda reflexión de la cuestión con el fin de sentar las bases que deberían

informar el tratamiento jurídico de las acciones llevadas a cabo sobre este sector de la población, al que en el mejor de los casos, llegaremos todos más temprano que tarde. Los datos facilitados por el Ministerio de Sanidad español (de fecha 8 de mayo 2020) evidencian que 50.554 personas en edades comprendidas entre los 80 y los 90 años o más, son casos confirmados de COVID-19; de esos confirmados, tan sólo 23.491 han sido hospitalizados, y de éstos tan sólo 346 han ingresado en las UCIs y no precisamente por falta de incidencia grave de la enfermedad en estos pacientes pues fatalmente han fallecido, hasta la fecha, 10.781 pacientes confirmados de COVID-19. Las cifras son significativas y evidentes teniendo en cuenta el altísimo índice de letalidad en estas edades.

Deberíamos preguntarnos qué sociedad queremos construir y qué futuro debemos esperar si en el presente vulneramos los derechos y libertades de los hombres y mujeres de que han escrito la historia de nuestro país y han ayudado a levantarlo.