

Estudios de Deusto

Revista de Derecho Público

Vol. 71/1 enero-junio 2023

DOI: <https://doi.org/10.18543/ed7112023>

ESTUDIOS

RESIDENCIAS, HOSPITALES Y PERSONAS MAYORES DURANTE LA COVID-19: ESTUDIO DESDE LA AFECTACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Care homes, hospitals and elderly people during COVID-19: a study of the impact on fundamental rights

María Dalli Almiñana

Departamento de Derecho Constitucional, Ciencia Política y de la Administración
Universidad de Valencia

<https://doi.org/10.18543/ed.2791>

Recibido: 15.05.2023

Aceptado: 13.06.2023

Publicado en línea: junio 2023

Derechos de autoría / Copyright

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público es una revista de acceso abierto, lo que significa que es de libre acceso en su integridad. Se permite su lectura, la búsqueda, descarga, distribución y reutilización legal en cualquier tipo de soporte sólo para fines no comerciales, sin la previa autorización del editor o el autor, siempre que la obra original sea debidamente citada y cualquier cambio en el original esté claramente indicado.

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público is an Open Access journal which means that it is free for full access, reading, search, download, distribution, and lawful reuse in any medium only for non-commercial purposes, without prior permission from the Publisher or the author; provided the original work is properly cited and any changes to the original are clearly indicated.

Estudios de Deusto

© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 71/1, enero-junio 2023

<http://www.revista-estudios.deusto.es/>

RESIDENCIAS, HOSPITALES Y PERSONAS MAYORES DURANTE LA COVID-19: ESTUDIO DESDE LA AFECTACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Care homes, hospitals and elderly people during COVID-19: a study of the impact on fundamental rights

María Dalli Almiñana¹

Departamento de Derecho Constitucional, Ciencia Política y de la Administración
Universidad de Valencia

<https://doi.org/10.18543/ed.2791>

Recibido: 15.05.2023

Aceptado: 13.06.2023

Publicado en línea: junio 2023

Resumen

Tras más de tres años desde que la COVID-19 causara, en unas pocas semanas, miles de fallecimientos en las residencias de personas mayores en España, este artículo analiza los hechos con el objetivo de valorar si se pudieron haber vulnerado derechos fundamentales reconocidos. Para ello se analizan los criterios que se siguieron para ordenar el acceso al sistema sanitario durante la crisis, prestando especial atención al traslado de personas mayores y dependientes desde las residencias. El análisis jurídico se centra en el derecho a la vida y a la integridad física en relación con el derecho a la protección de la salud, de acuerdo con la interpretación del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como en la prohibición de discriminación por diversos motivos, principalmente la edad y la discapacidad.

¹ Esta investigación está financiada por la ayuda Ramón y Cajal (RYC2021-033695-I), financiada por el Ministerio de Ciencia e Innovación (MCIN/AEI/10.13039/501100011033) y por la Unión Europea (NextGenerationEU/PRTR).

Palabras clave

Derecho a la protección de la salud, derecho a la vida, no discriminación, personas mayores, residencias, COVID-19.

Abstract

More than three years after COVID-19 caused thousands of deaths in a few weeks in old people's care homes in Spain, this article analyses the facts in order to assess whether recognised fundamental rights may have been violated. To this end, it analyses the criteria used to regulate access to the health system during the crisis, paying particular attention to the transfer of elderly and dependent people from care homes. The legal analysis focuses on the right to life and physical integrity in relation to the right to health protection, as interpreted by the Constitutional Court and the European Court of Human Rights, as well as the prohibition of discrimination on various grounds, mainly age and disability.

Keywords

Right to health, right to life, non-discrimination, elderly people, care homes, COVID-19.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. COVID-19, RESIDENCIAS Y RESTRICCIONES A LA ASISTENCIA SANITARIA. 1. Fatalidad de la COVID-19 en las residencias y sus factores determinantes. 2. Criterios para la asignación de recursos sanitarios escasos. 3. Protocolos de no derivación a los hospitales de personas mayores en residencias. III. LAS RESTRICCIONES DESDE EL ESTUDIO DE DERECHOS CONSTITUCIONALES AFECTADOS. 1. Búsqueda de base legal para las denegaciones de traslado a hospitales desde los centros residenciales. 2. La afectación del derecho a la vida y a la integridad física de acuerdo con la jurisprudencia constitucional y del TEDH. 3. La prohibición de discriminación por edad y por discapacidad. 4. Sobre la proporcionalidad de las restricciones. 5. El deber de cuidado de las personas que viven en residencias de mayores. IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Han pasado ya tres años desde que la COVID-19 causara miles de muertes en las residencias de personas mayores en España. Siguiendo los datos recibidos por las Comunidades Autónomas hasta el 23 de junio de 2020², se calcula un total de 20.268 personas fallecidas a causa de COVID-19 en las residencias. El total de fallecimientos por COVID-19 durante la primera oleada de la pandemia en España se cifra aproximadamente en 43.697 personas³. Teniendo en cuenta estos números, se ha estimado como aproximado un rango entre 47% y el 50% de afectación de residencias respecto al total de fallecimientos por la enfermedad en la primera oleada de la pandemia, un porcentaje similar al de otros países de nuestro entorno⁴.

Sin embargo, que la fatalidad de la COVID-19 en las residencias haya sido muy alta también en otros países no significa que la gestión de la crisis

² La cifra de fallecidos en los centros con confirmación de la infección ascendía a 10.364 personas 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. Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, *Informe del Grupo de Trabajo Covid-19 y residencias*, 2020, p. 13.

³ Esta cifra tiene en cuenta el exceso de fallecimientos, si bien el número de fallecimientos confirmados por COVID-19 registrados en la Red Nacional de Vigilancia de la Salud Pública (RENAVE) fue de 29.338 personas.

⁴ 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.

en estos centros no pueda haber sido cuestionable, incluso jurídicamente, desde una perspectiva de derechos. Si bien es cierto que las residencias son centros especialmente vulnerables al contagio de enfermedades infectocontagiosas, a lo que ha de sumarse la descoordinación y desconocimiento propio de las primeras semanas de la pandemia, diversos informes y estudios han puesto de manifiesto, además, las restricciones de acceso a los servicios sanitarios que afectaron especialmente a las personas mayores y con discapacidad, y que asolaron de forma particular a las personas internas en centros residenciales de personas mayores⁵. Otros grupos también afectados en otros países en el acceso a una asistencia sanitaria adecuada fueron las personas privadas de libertad, los profesionales sanitarios o del sector de los cuidados y las personas migrantes⁶.

En este trabajo se analizan los hechos acontecidos en España durante las primeras semanas de la pandemia así como la normativa relevante en relación con las restricciones para acceder a la asistencia sanitaria y que afectaron especialmente a las personas mayores internas en centros residenciales. El objetivo es analizar estas restricciones desde el punto de vista de su constitucionalidad. En concreto, me centraré en cómo la jurisprudencia constitucional ha interpretado el derecho a la vida y a la integridad física del artículo 15 de la Constitución en su conexión con la protección de la salud, así como en la prohibición de discriminación por edad y por discapacidad. También se hará referencia a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la falta de asistencia sanitaria y la afectación de derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, como el derecho a la vida y la prohibición de tratos inhumanos y degradantes.

En cuanto a la estructura del trabajo, tras este primer apartado introductorio, el apartado segundo analiza los factores que influyeron en la alta fatality de la COVID-19 en las residencias, para posteriormente analizar las restricciones en la atención de la salud, primero en relación con los criterios de priorización de recursos sanitarios que se adoptaron ante la saturación de los servicios de emergencia, para después centrar la atención en las denegaciones de traslado a los centros de salud de las personas mayores desde las residencias. Con posterioridad, el tercer apartado valora la afectación de

⁵ Por ejemplo, Amnistía Internacional, *Abandonadas a su suerte. La desprotección y discriminación de las personas mayores en residencias durante la pandemia COVID-19 en España*, 2020. Médicos sin Fronteras, *Poco, tarde y mal. El inaceptable desamparo de las personas mayores en las residencias durante la COVID-19 en España*, 2020.

⁶ DE MESQUITA, J.; KAPILASHRAMI, A., y MASON MEIER, B., 'Human Rights Dimensions of the COVID-19 Pandemic', *The Secretariat for the Independent Panel for Pandemic Preparedness and Response*, p. 17. También: Zweig, S. A. et al, 'Ensuring Rights while Protecting Health' *Health and Human Rights Journal*, vol. 32, n.º 2, 2021.

derechos reconocidos atendiendo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el derecho a la vida y a la integridad física, así como la prohibición de discriminación. Este apartado también incluye la consideración de otros aspectos que se consideraran relevantes, como si existía o no base legal para las restricciones de acceso a la asistencia sanitaria, la valoración de la aplicación del juicio de proporcionalidad, así como se considera el deber de cuidado de la Administración hacia las personas mayores que viven en residencias.

II. COVID-19, RESIDENCIAS Y RESTRICCIONES A LA ASISTENCIA SANITARIA

1. *Fatalidad de la COVID-19 en las residencias y sus factores determinantes*

La alta transmisibilidad de la COVID-19 en las residencias de personas mayores podría explicarse atendiendo a diferentes factores. Unos guardan relación con la propia naturaleza de los centros, donde convive un número elevado de personas de avanzada edad y con patologías previas, y donde trabaja personal que tiene contacto con el exterior y a la vez un contacto estrecho con las personas residentes. Estos factores están, a su vez, vinculados con el modelo de cuidados, así como con la separación entre el sector sanitario y el sector de cuidados, no habiéndose conseguido todavía de forma completa la medicalización de las residencias o, al menos, una adecuada coordinación sociosanitaria⁷. Existen, también, factores relacionados con la gestión de la crisis sanitaria en estos centros, así como con la elección de criterios para regular el acceso a la asistencia sanitaria desde las residencias de personas mayores y dependientes⁸.

A nivel europeo, el Centro Europeo para la Prevención y el Control de las Enfermedades sugiere como factores que favorecieron la transmisión de la

⁷ Analizando el caso de Inglaterra, Daly menciona como posibles causas de la alta letalidad del virus en las residencias, la separación entre el sector sanitario y el de las residencias, el peso del mercado en el sector, una regulación inadecuada y la falta de recursos económicos disponibles. DALY, M., 'Covid-19 and care homes in England: what happened and why?' *Social Policy & Administration*, 2020, n.º 54, 985-998. Atendiendo al caso de España, Lema relata la experiencia española en relación con las medidas de austeridad implementadas en años anteriores y que afectaron al derecho a la salud. LEMA AÑÓN, C., 'The right to health and the social determinants of health in the fase of COVID-10. The Spanish experience after austerity policies' *The Age of Human Rights Journal*, n.º 16, 2021, 220-241.

⁸ Véase también, CSIC, *Gestión institucional y organizativa de las residencias de personas mayores y COVID-19: dificultades y aprendizajes*, Grupo de investigación Políticas Sociales y Estado del Bienestar, 2020.

COVID-19 en las residencias, entre otros, los siguientes: a) La existencia de personal que, sin saberlo, trabajó mientras era asintomático, debido a retrasos o a errores al informar los resultados de las pruebas de detección; b) El mayor tamaño de las residencias (más de 20 camas) o una mayor ocupación; c) La falta de asesoramiento de expertos o de orientación específica para el personal a la hora de tomar medidas de precaución; d) El reconocimiento tardío de casos en residentes debido a un bajo índice de sospecha; e) La disponibilidad limitada de pruebas puntuales o informes de prueba, o, f) La falta de apoyo necesario de las instituciones al personal en situaciones de crisis, por ejemplo, por absentismo del personal⁹.

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’¹⁰. Algunos de estos factores serían los siguientes: 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. 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’¹¹.

Estos factores se han señalado también por entidades como Amnistía Internacional o Médicos sin Fronteras¹². Amnistía Internacional recogió testimonios de personas trabajadoras en residencias que resultan de gran utilidad para

⁹ 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.

¹⁰ Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, *Informe del Grupo de Trabajo Covid-19 y residencias*, 2020, p. 18.

¹¹ *Ibid.*, p. 41.

¹² Médicos sin Fronteras, *Poco, tarde y mal. El inaceptable desamparo de las personas mayores en las residencias durante la COVID-19 en España*, 2020.

comprender la dimensión de la crisis sanitaria y la desorientación y el desconocimiento al comienzo de la misma, pero también la mala gestión de los centros: 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-19¹³. 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 la posible existencia de voluntades anticipadas de las personas a las que se sedaba.

En relación con todo ello, sobretudo en las primeras semanas de la pandemia, se conoció la aplicación de protocolos médicos que regularon el traslado de pacientes sintomáticos desde las residencias a los hospitales e, incluso, recomendaron la denegación de este traslado en base a unos determinados criterios. Antes de ahondar en estos criterios, y precisamente por su relación con estos, a continuación se hace referencia a la ordenación de la asistencia sanitaria que habría tenido lugar fuera de las residencias, en el acceso a los centros hospitalarios para el resto de la población.

2. Criterios 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, ya se habían publicado recomendaciones de triaje por parte de algunas sociedades de agrupaciones médicas. Aunque no hay unanimidad en los criterios que se siguieron, en términos generales las recomendaciones se basaban en la posibilidad de supervivencia, la esperanza de vida, la existencia de enfermedades graves y la edad, 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)’¹⁴. Seguidamente, se establece que ‘en personas

¹³ 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.

¹⁴ 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.

mayores se debe tener en cuenta la supervivencia libre de discapacidad por encima de la supervivencia aislada'. Asimismo se afirma que las personas con deterioro cognitivo por demencia u otras enfermedades degenerativas, no serán subsidiarios de ventilación mecánica invasiva. Además, se incluye también como criterio 'tener en cuenta el valor social de la persona enferma'¹⁵.

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 establecían que se valorará su permanencia en domicilio si cumple alguno de los criterios que se 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 la preocupación y la crítica desde 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. Además, se entendió que se estaba desprotegiendo a colectivos vulnerables, entendiendo estos como los grupos de personas con mayor probabilidad de contraer determinadas enfermedades, o que tienen mayores dificultades para su curación¹⁶.

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 utilitarias¹⁷. Este informe del Comité de Bioética de España se hace eco de las

Disponible en: https://semicyuc.org/wp-content/uploads/2020/03/Ética_SEMICYUC-COVID-19.pdf

¹⁵ *Ibid.*, p. 14.

¹⁶ Según Rey Pérez, a la hora de establecer prioridades debe protegerse en primer lugar a los grupos más vulnerables. REY PÉREZ, J. L., 'Derecho a la salud y distribución de recursos en el contexto de la COVID-19', en Lema Añón, C. (coord.), *Los determinantes sociales de la salud. Más allá del derecho a la salud*, Dykinson, 2021, p. 225.

¹⁷ 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/Infor->

Recomendaciones para la gestión de cuestiones éticas en epidemias de 2016 de la Organización Mundial de la Salud (OMS)¹⁸. 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 la utilidad social necesariamente con otros criterios, como el de la equidad y la protección a la vulnerabilidad, y considera que las recomendaciones de la SEMICYUC anteriormente comentadas son incompatibles con la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad¹⁹.

También el Defensor del Pueblo consideró inaceptable que algunas sociedades médicas estuvieran sugiriendo que las personas con discapacidad fueran relegadas en la atención sanitaria, valorando tales recomendaciones como contrarias a la sociedad democrática en la que vivimos y a los principios básicos que la inspiran. Se dirigió asimismo a las consejerías y departamentos de sanidad y de política social recordándoles que deben velar por que no se imponga a los mayores en centros residenciales un régimen más restrictivo de sus derechos al que se impone a otros ciudadanos en el mismo territorio, salvo que se justifique en razones de salud pública, pero respetando siempre los principios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad²⁰.

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 orientación para guiar a los profesionales facultativos en la toma de decisiones en relación el 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

me%20CBE-%20Priorizacion%20de%20recursos%20sanitarios-coronavirus%20CBE.pdf

¹⁸ OMS, *Guidance for Managing Ethical Issues in Infectious Disease Outbreaks*, 2016.

¹⁹ Véase, también, DE MONTALVO, F.; BELLVER, V., ‘Priorizar sin discriminar: la doctrina del Comité de Bioética de España sobre derechos de las personas con discapacidad en un contexto de pandemia’, *IgualdadES*, n.º 3, 313-341, 2020. DE MONTALVO, F.; Bellver, V., ‘Una crisis bioética dentro de la crisis sanitaria provocada por la COVID-19: una reflexión sobre la priorización de pacientes en tiempos de pandemia’ *Derecho y Salud*, volumen extraordinario, n.º 30, 2020, 58-73.

²⁰ Defensor del Pueblo, *Derechos de los mayores en los centros residenciales ante la COVID-19*, 2020. Disponible aquí: <https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/derechos-de-los-mayores-en-los-centros-residenciales-y-covid-19/>

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 son²¹: 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)'²².

En definitiva, existen diferentes criterios de asignación de los recursos sanitarios cuando estos son escasos, 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 más justos. En el estudio de estos criterios desde la bioética y la medicina se incluyen²³: el de maximización de los beneficios, el de evidencia científica (supervivencia a corto y a largo plazo), el de la igualdad y el de la equidad (que se traduce en el igual tratamiento del principio *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 conjugación. Por ejemplo, el principio del máximo beneficio en la recuperación de vidas humanas puede entenderse de formas muy distintas, como el mayor número de vidas posible, el mayor número de años de vida, o el mayor número

²¹ 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

²² *Ibid.*, p. 9.

²³ EZEKIEL, J. E., 'Fair Allocation of Scarce Medical Resources in the Time of Covid-19', *The New England Journal of Medicine*, n.º 382, 2021, p. 2051. JÖBGES, S. (et al) 'Recommendations on COVID-19 triage: international comparison and ethical analysis', *Bioethics*, vol. 34, n.º 9, 2020, p. 949 y ss.

de años de vida ajustado a la calidad. El problema, sin embargo, con tener en cuenta la calidad de la vida es que se trata de un criterio extremadamente subjetivo que puede conducir a la discriminación de personas dependientes y en situación de discapacidad²⁴. Además, el criterio de años de vida salvados puede conducir a la discriminación de las personas mayores²⁵. Si bien no corresponde al objetivo de este trabajo realizar consideraciones en torno a la preferencia de unos criterios frente a otros, desde un punto de vista jurídico-constitucional lo que sí que deberíamos plantearnos es con qué criterios el marco constitucional español, teniendo en cuenta los principios y derechos fundamentales que en la Constitución se reconocen, queda menos comprometido.

En este sentido, 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 criterios determinados como el de salvar más años de vida ajustados a la calidad 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 criterios²⁶. 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 sanitaria²⁷.

²⁴ CHEN, B.; MCNAMARA, D. M., 'Disability Discrimination, Medical Rationing and COVID-19', *Asian Bioethics Review*, n.º 12, 2020, 511-518, p. 512.

²⁵ APARICIO, M. y TOBOSO, M., 'Capacitismo, covid-19 y dignidad: derecho a la salud e inclusión en tiempos de pandemia', *Maiatza*, 2021, p. 92. Disponible en: <https://doi.org/10.5569/1134-7147.74.05>

²⁶ En relación con ello puede leerse a Joseph en su análisis de la sentencia *Soobromoney* sobre la constitucionalidad de los criterios para la asignación de recursos sanitarios escasos. JOSEPH, S., 'International Human Rights Law and the Response to the covid-19 Pandemic', *Journal of international humanitarian legal studies*, n.º 11, 2020, 249-269.

²⁷ ALBERT, M., 'Vulnerabilidad y atención sanitaria: derecho y protocolos médicos', *Cuadernos de bioética*, vol. 31, n.º 102, 2020, 183-202, p. 187.

Según 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 del artículo 10 de la 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.

3. *Protocolos de no derivación a los hospitales de personas mayores en 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, se establece que, para las personas con síntomas de infección respiratoria aguda, el personal de la residencia deberá ponerse en contacto con el centro de salud asignado y que, ‘tras una primera valoración del caso y si presenta síntomas leves, el paciente permanecerá en aislamiento en la residencia’²⁸. No obstante, asimismo se determina que, si se cumplen criterios de derivación a un centro sanitario, se activará el procedimiento establecido para tal efecto.

Además, se establece que, ante la situación de crisis sanitaria ocasionada por la 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. 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 Consejerías de Sanidad. Esto debe completarse, siguiendo el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, con la facultad que el artículo 12 otorga al Ministerio de Sanidad para ejercer cuantas acciones resulten necesarias para garantizar la cohesión y equidad en la prestación de los servicios sanitarios (artículo 12.2), incluido los establecimientos sanitarios de titularidad privada (artículo 12.6).

A continuación me centraré en los protocolos que se aplicaron para la gestión de la COVID-19 en las residencias de personas mayores. Más del 70% de

²⁸ ‘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’, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 78, 21 de marzo de 2020.

los fallecimientos que se produjeron en las residencias durante la primera ola tuvieron lugar en tres Comunidades, en concreto en la Comunidad de Madrid, en Cataluña y en Castilla la Mancha. Concretamente, entre los días 25 y 30 de marzo de 2020, 1.364 personas fallecieron en las residencias de la Comunidad de Madrid, de las cuales sólo el 13% fueron trasladadas a los hospitales²⁹. Esta comunidad es asimismo el único territorio donde constan documentos donde expresamente se reguló el traslado de las personas internas en centros residenciales a los hospitales y centros de salud de la Comunidad. Además, el Protocolo del Servicio de Emergencias Médicas que se aprobó en Cataluña recomendaba la no hospitalización de determinados grupos de personas mayores de 80 años con COVID-19, sin especificar el lugar de procedencia.

En concreto, la tercera semana de marzo de 2020, la Conserjería de Sanidad de la Comunidad de Madrid aprobó el 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 (del 18, 20 y 24 de marzo, respectivamente) siendo la segunda versión donde se fijaron unos criterios de exclusión de derivación hospitalaria de algunos grupos de personas mayores que vivían en las residencias de la Comunidad³⁰. La Consejería de Sanidad 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: a) pacientes en situación de final de vida subsidiarios de cuidados paliativos; b) pacientes con criterios de terminalidad oncológica, de enfermedades de órgano avanzada; c) pacientes con criterios de terminalidad neurodegenerativa; d) deterioro funcional severo (definido por un índice en la escala de Barthel inferior a 25); y e) deterioro funcional grave (un índice de 25 a 40 en dicha escala) además de deterioro cognitivo moderado; para estos casos, se indica, ‘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. 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

²⁹ RICO, M., *Vergüenza. El escándalo de las residencias*, Planeta, 2020.

³⁰ Se puede consultar el documento publicado por el medio Infolibre: https://www.infolibre.es/politica/documento-prueba-gobierno-ayuso-fijo-criterios-exclusion-no-trasladar-enfermos-residencias-hospitales_1_1183461.html

Barthel pero sí se incluye, en su lugar, la escala de fragilidad³¹. Aunque ya no se refiera el protocolo al índice de Barthel, incluir la Escala Clínica de Fragilidad como criterio para valorar la derivación o la no derivación de los residentes a los hospitales tiene asimismo 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.

En cuanto a la edad, no fue este un criterio incluido expresamente en los documentos estudiados, si bien la mayoría de las personas que viven en los centros residenciales para personas mayores son, efectivamente, adultos mayores que presentan situación de dependencia. En este sentido, las personas mayores resultaron desproporcionalmente afectadas por estas regulaciones en comparación con otros grupos de la población. Además, diversos testimonios recogidos por organizaciones como Amnistía Internacional manifestarían que la edad sí fue un criterio determinante para decidir sobre la derivación hospitalaria³².

En 2021, la Comunidad actualizó las medidas a aplicar en los centros residenciales de personas mayores, como la Guía de medidas en centros residenciales sociosanitarios de mayores y las medidas frente a la infección por Coronavirus en centros residenciales sociosanitarios de mayores. De acuerdo con esta Guía, ante la sospecha de un caso de COVID-19 en un centro, el personal procederá al aislamiento del residente afectado y lo notificará a los servicios de salud. También, se establece que los casos confirmados que no cumplan criterios de hospitalización deberán permanecer aislados, y que el seguimiento y el alta de los casos serán supervisados por el médico responsable³³.

Asimismo, existen indicios para pensar que también se produjo una falta de asistencia sanitaria adecuada en las residencias de mayores de otras Comunidades Autónomas durante la primera ola de la pandemia. Así, en respuesta a las quejas presentadas ante el Defensor del Pueblo, se han emitido resoluciones en relación con los problemas en las residencias de personas mayores durante la COVID-19³⁴. Por lo que se refiere a la atención

³¹ 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>

³² 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.

³³ HelpAge España, *El derecho a los cuidados de las personas mayores*, 2021, p. 140. Disponible en: https://www.helpage.es/wp-content/uploads/2021/10/HelpAgeEspana_El-derecho-a-los-cuidados-de-las-personas-mayores-2021.pdf

³⁴ Defensor del Pueblo, *Residencias de mayores, atención sanitaria e información emergencia Covid-19*, 2020. Disponible en: <https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/residencias-de-mayores-atencion-sanitaria-e-informacion-emergencia-covid-19/>

sanitaria, el Defensor se dirige a las Conserjerías responsables de todas las Comunidades Autónomas con la recomendación de realizar todo el esfuerzo adicional de coordinación que sea posible para la provisión en los centros residenciales de la debida asistencia sanitaria a los enfermos por COVID-19 sin indicación de hospitalización, con el fin de obtener el apoyo sanitario necesario al menos mediante la adscripción presencial y provisional de personal sanitario de refuerzo, la entrega del equipamiento o la realización de pruebas diagnósticas.

III. LAS RESTRICCIONES DESDE EL ESTUDIO DE DERECHOS CONSTITUCIONALES AFECTADOS

1. *Búsqueda de base legal para las denegaciones de traslado a hospitales desde los centros residenciales*

La mayoría de las restricciones a derechos fundamentales aprobadas durante la pandemia, como la libertad de reunión y de manifestación, la libertad de circulación, el cierre de comercios y de la hostelería, o la suspensión de la actividad educativa, se han justificado por razones de protección de la salud pública. Se restringieron estos derechos en el marco de las declaraciones de estado de alarma, siendo el primero declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, si bien, como más tarde ha entendido el Tribunal Constitucional, la declaración de los estados de alarma permitía al gobierno únicamente limitar derechos fundamentales y no su suspensión³⁵.

Asimismo, el Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública, reformó el artículo 4 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, a través del Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo, posibilitando que, temporalmente, la Administración sanitaria estableciera el suministro centralizado de medicamentos o productos sanitarios escasos o incluso condicionase la prescripción ‘a la identificación de grupos de riesgo, realización de pruebas analíticas y diagnósticas, cumplimentación de protocolos, envío a la autoridad sanitaria de información sobre el curso de los tratamientos o a otras particularidades semejantes’³⁶. Sin embargo, existen dificultades para entender que de este artículo puede sustraerse la base legal para las denegaciones de traslado a hospitales desde las residencias, puesto que del mismo se infiere

³⁵ Tribunal Constitucional, Sentencia 183/2021, de 27 de octubre.

³⁶ ‘Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública’, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 62, 11 de marzo de 2020.

que se trata de medicamentos o productos determinados en situación de desabastecimiento, no del acceso general a los hospitales y centros de salud.

Además, la restricción de la libertad de movimientos en el marco de la declaración el Estado de alarma, prevista por el artículo 7 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, tenía precisamente como una de las excepciones incluidas en la norma, la asistencia a centros, servicios y establecimientos sanitarios. En este sentido, no se preveía, pues, una limitación general del derecho a la protección de la salud en este marco de Derecho excepcional, por lo que el ordenamiento jurídico ordinario seguía vigente en esta materia y debían aplicarse las garantías constitucionales a la imposición de límites o restricciones a los derechos.

De otro lado, es cierto que la legislación sanitaria ordinaria prevé la adopción de las medidas oportunas en situaciones sanitarias excepcionales. La misma Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública habilita a las autoridades competentes a adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos. En términos similares se refiere el artículo 26 de la Ley Orgánica 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y el artículo 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública. Sin embargo, como apunta Cotino, este conjunto normativo no puede analizarse de forma aislada, sino que debe completarse con la necesaria ratificación o autorización judicial de las medidas cuando se están restringiendo derechos fundamentales (artículo 8. 6º 2º de la Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso Administrativa)³⁷.

En efecto, no tuvieron lugar autorizaciones o ratificaciones judiciales que previnieran a las personas mayores de ser trasladadas a los centros de salud. Además, tal previsión legal estaría más bien dirigida a permitir restricciones que afecten a individuos concretamente identificados, y no, en general, a las personas mayores internas en centros residenciales afectadas por alguno de los criterios de fragilidad o comorbilidad utilizados. Por tanto, tampoco fue esta la vía que se siguió para la denegación de traslado de los residentes de centros de personas mayores a los hospitales. Todo parece apuntar, por el contrario, que lo que tuvieron lugar fueron instrucciones internas y protocolos de actuación que difícilmente encuentran soporte jurídico en las normas citadas anteriormente.

³⁷ COTINO HUESO, L., 'Confinamientos, libertad de circulación y personal, prohibición de reuniones y actividades y otras restricciones de derechos por la pandemia del coronavirus', *Diario La Ley*, n.º 9606, Sección Doctrina, 2020, WOLTERS KLUWER, p. 11. Disponible en: <https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEEAMtMSbF1CTEAAmMDcwtjM7WylKLizPw8WYMDI6CYsYFaXn5KaoiLs21pXkppqWmZeagpISWZapUt-ckhIQaptWmJOCapaalJ-fjaKSfEwEwBQINdEYwAAA==WKE>

2. *La afectación del derecho a la vida y a la integridad física de acuerdo con la jurisprudencia constitucional y del TEDH*

La ausencia de soporte legal para las restricciones de derechos obligaría a quien las impone a justificar en mayor medida su adopción, especialmente cuando se trata de la Administración. Esto incluye el análisis de la proporcionalidad de las restricciones al que haré referencia posteriormente. En este apartado se incluye la valoración de las medidas descritas en los apartados anteriores teniendo en cuenta el alcance del derecho a la protección de la salud en relación con el derecho a la vida y a la integridad física, derechos reconocidos en la Constitución en sus artículos 43 y 15, respectivamente. El objetivo es identificar, desde el punto de vista jurídico-constitucional, las condiciones que se requerirían para poder afirmar que, efectivamente, habrían quedado afectados estos derechos de las personas mayores que no fueron trasladadas a los hospitales cuando requerían de asistencia sanitaria urgente.

Así pues, como es sabido, el derecho a la protección de la salud reconocido en el artículo 43 de la Constitución no se reconoce como derecho fundamental, sino como uno de los principios rectores de la política social y económica del Capítulo III del Título I. Siguiendo lo dispuesto por el artículo 53, ello implica que se trata de un derecho de libre configuración legislativa, que informará la actuación de los poderes públicos y sólo podrá ser alegado ante los tribunales de acuerdo con la legislación que lo desarrolle, no siendo susceptible de ser protegido mediante recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. De ello se deriva que no existan numerosos pronunciamientos en la jurisprudencia constitucional que nos permitan entender el alcance de este derecho. Ahora bien, el Tribunal sí que ha estudiado normas con rango de ley en relación con su posible afectación al derecho a la protección de 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.

Así, debido a la indivisibilidad e interdependencia entre los derechos, 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. En la sentencia 5/2002, de 14 de enero, el Tribunal Constitucional entendió que 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 Constitución (FJ 4º). 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 vulneración en casos de peligro grave e inmediato para la salud, ya sea por acción u omisión de los poderes públicos. En esta sentencia, el Tribunal Constitucional se pronunciaba sobre 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.

Previamente, en la sentencia 35/1996, de 11 de marzo, el Tribunal Constitucional afirmó que el derecho a la integridad física protegido por el artículo 15 de la Constitución ‘podría verse afectado por actuaciones coactivas que, con justificación en las normas de seguridad penitenciaria, puedan determinar un riesgo inmediato o futuro para la salud, puesto que también el derecho a la protección de la salud, o mejor aún, a que no se dañe o perjudique la salud personal, queda comprendido en el derecho a la integridad personal’ (FJ 3º). En este caso, el Tribunal desestimó el amparo porque no pudo acreditarse que el modo en que se estaban llevando a cabo las actuaciones conllevaran un riesgo para la salud del solicitante de amparo, sino que se estaban adoptando todas las precauciones necesarias.

La sentencia 62/2007, de 27 de marzo, del Tribunal Constitucional, estimó la protección del derecho a la integridad física, entendiendo que la Administración tenía una obligación de actuar para proteger la salud de una trabajadora en estado de embarazo y no lo hizo, sin justificación suficiente, lo cual provocó un daño al bien jurídico protegido y por tanto una vulneración del derecho fundamental alegado (FJ 3º). Asimismo, según el Tribunal en la sentencia 160/2007, de 2 de julio, 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’ (FJ 2º). En la Sentencia 119/2001, de 24 de mayo, sobre contaminación acústica, también se pone de manifiesto la relación entre la salud y la integridad física. En otro supuesto, la sentencia 37/2011, de 28 de marzo, el Tribunal 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 (FJ 6º).

De igual forma, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) asimismo ha entendido que el derecho a la vida del artículo 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos queda afectado incluso cuando la persona afectada no ha fallecido, pero se ha puesto en riesgo su vida³⁸. En concreto,

³⁸ TEDH, *Selahattin Demirtas c. Turquía*, 2018. WILLIAMS, J., ‘Taking it on the chin: older people, human rights and COVID-19’, *The Journal of Adult Protection*, vol. 23, n.º 2, 2021, 86-97.

existen casos paradigmáticos en los que el Tribunal ha valorado cuestiones que afectan a la provisión de asistencia sanitaria adecuada en relación con el derecho a la vida, así como, también, con la prohibición de tratos inhumanos y degradantes³⁹. Otros autores ya han valorado que el tratamiento de las personas mayores durante la crisis, por ejemplo en Inglaterra, donde tuvo lugar el traslado de mayores desde los hospitales a residencias no suficientemente medicalizadas, puede haber dado lugar a violaciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en particular de los derechos a la vida y a la prohibición de tratos inhumanos y degradantes⁴⁰.

De acuerdo con el TEDH, del derecho a la vida reconocido en el artículo 2 del Convenio se derivan obligaciones positivas para el Estado. En concreto, la ausencia de cuidados médicos que resulta en el fallecimiento de una persona vulnera el derecho a la vida (*Câmpeanu c. Rumanía*⁴¹). En *Calvelli y Ciglio c. Italia*⁴², 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 *Nencheva et al c. Bulgaria*⁴³, 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 quince de estos internos. El Tribunal 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 a fin de esclarecer responsabilidades hasta después de dos años de que tuvieron lugar los hechos.

³⁹ DALLI ALMIÑANA, M. ‘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 CLÉRICO, L.; RONCONI, L., y MORALES, M. (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.

⁴⁰ En relación con el caso de las residencias en Inglaterra, donde las personas mayores fueron enviadas a los centros residenciales desde los hospitales, véase WILLIAMS, J., ‘Taking it on the chin: older people, human rights and COVID-19’, *The Journal of Adult Protection*, vol. 23, n.º 2, 2021, 86-97. Sobre el protocolo de Bath en el Reino Unido: BHATT, V. et al. ‘Human Rights and COVID-19 triage: a comment on the Bath protocol’, *Journal of Medical Ethics*, vol. 47, n.º 7, 2021.

⁴¹ TEDH, *Centre for Legal Resources on behalf of Câmpeanu c. Rumanía*, n.º 47848/08, 2014.

⁴² TEDH, *Calvelli y Ciglio c. Italia*, n.º 32967/96, 2002, párr. 49.

⁴³ TEDH, *Nencheva et al c. Bulgaria*, n.º 48609/06, 2013.

Otra sentencia relevante en relación con las obligaciones positivas que se derivan del derecho a la vida es la sentencia *Chipre c. Turquía*⁴⁴, sobre la responsabilidad turca por la denegación de la asistencia sanitaria a chipriotas griegos y maronitas viviendo en el norte de Chipre. El TEDH entendió que este derecho puede quedar afectado cuando 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 población. Sin embargo, el TEDH consideró que las denegaciones de atención sanitaria y los retrasos que se habían alegado no habían sido suficientemente probados, así como tampoco se había probado el riesgo para la vida de las personas afectadas.

Como puede observarse, estas sentencias del TEDH se pronuncian sobre la importancia, para el derecho a la vida, de un efectivo acceso a la justicia y de que se pongan en marcha investigaciones judiciales para el esclarecimiento de los hechos. De acuerdo con López Guerra, el derecho a la verdad se configuraría así como una obligación positiva de los Estados de realizar una adecuada investigación de las circunstancias de una violación de derechos, a efectos de proporcionar la correspondiente reparación a la víctimas⁴⁵. Asimismo, siguiendo a Flores, ante una afectación del derecho a la vida y a la integridad física, la investigación habría de reunir varias características; ha de ser pronta, el órgano que la lleve a cabo debe ser independiente, y debe contarse con la participación de las víctimas o de sus familiares⁴⁶.

En España, en relación con los fallecimientos de personas mayores en residencias, durante el primer año de pandemia se presentaron aproximadamente 500 diligencias en Fiscalía a partir principalmente de denuncias de particulares. Sin embargo, la mayoría de estas denuncias han sido archivadas. No obstante, recientemente la fiscalía general del Estado ha dirigido una instrucción a los fiscales superiores para que se informe sobre el número de diligencias de investigación en tramitación en cada Comunidad Autónoma; sobre el número de denuncias interpuestas de oficio por la fiscalía, y el número de procedimientos judiciales en tramitación. Además, se les remite para que ordenen a los fiscales de cada Comunidad que garanticen que se escuche a los familiares en las diligencias de investigación, se les tome

⁴⁴ TEDH, *Chipre c. Turquía*, n.º 25781/94, 2001.

⁴⁵ LÓPEZ GUERRA, L., 'El derecho a la verdad: ¿la emergencia de un nuevo derecho en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos?', *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 22, 2018, p. 15.

⁴⁶ FLORES, F., 'Derechos de las personas mayores y discriminación en las residencias geriátricas durante la pandemia de la Covid 19', aceptado para publicación en *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, n.º 34, 2023.

declaración en los procedimientos judiciales y los fiscales asistan a las tomas de declaración de los familiares y de los testigos⁴⁷.

En este sentido, el TEDH ha sostenido que el derecho a la vida puede encontrarse vulnerado debido a actuaciones u omisiones del Estado como la denegación de atención médica, la falta de una investigación sobre los hechos o la ausencia en ciertos establecimientos de condiciones adecuadas para vivir. La relevancia de estos pronunciamientos para los supuestos que nos ocupan es evidente dado que las sentencias tratan especialmente casos de personas pertenecientes a colectivos vulnerables, o bien personas sujetas a la actuación del Estado, como los internos en establecimientos penitenciarios o los menores sujetos a la tutela del Estado.

Además del derecho a la vida, el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos reconoce la prohibición de tratos inhumanos y degradantes. En relación con este derecho se han planteado casos en relación con el acceso a una asistencia sanitaria adecuada o las condiciones materiales de vida. Así, por ejemplo, en el caso *Rivière c. Francia*⁴⁸ el Tribunal Europeo entendió que el internamiento en un centro penitenciario ordinario de una persona con enfermedad mental puede considerarse trato inhumano y degradante. En otro caso, en *Dougoz c. Grecia*⁴⁹ se valoraron las condiciones de vida en un centro de detención donde se encontraba interno un extranjero a la espera de la expulsión del país, y estas fueron calificadas de inhumanas y degradantes: hacinamiento, ausencia de agua caliente, falta de camas, de aire fresco, de luz natural o de espacio para hacer ejercicio. El Tribunal tuvo en cuenta los efectos cumulativos de la estancia en el centro además de las circunstancias particulares del caso⁵⁰.

En definitiva, el Tribunal Europeo ha reconocido en su jurisprudencia que los Estados han de asumir obligaciones positivas en relación con la asistencia sanitaria adecuada de acuerdo con derechos incluidos en el Convenio, consolidándose así la doctrina de obligaciones jurídicas positivas del Estado⁵¹. Se

⁴⁷ Fiscalía General de Estado, *Dación de cuentas sobre procedimientos penales incoados por fallecimientos en residencias y centros de mayores como consecuencia de la Covid-19*, 2022. Disponible en: <https://www.fiscal.es/documents/20142/0/Oficio+Fiscales+Superiores+-+Residencias.pdf/cf70a2ca-c21d-f817-c4a1-bfd96f45149e?t=1665129390173>

⁴⁸ TEDH, *Rivière c. Francia*, n.º 33834/03, 2006.

⁴⁹ TEDH, *Dougoz c. Grecia*, n.º 40907/98, 2001.

⁵⁰ *Ibid*, párr. 46.

⁵¹ SUDRE, F., ‘La protection des droits sociaux par la Cour Européenne des Droits de l’Homme: un exorcice de ‘jurisprudente fiction?’’, *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, 55, 2003. CARMONA CUENCA, E., ‘Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos’, *Revista de Derecho Político*, UNED, n.º 100, 2017, 1209-1238, p. 1218.

trata de vulneraciones a un derecho reconocido en el Convenio, que en la práctica supone la protección de un derecho social no expresamente reconocido⁵². En el paradigmático caso *Airey c. Irlanda* se estimó que existe una interrelación entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales⁵³. Consideró también que los derechos reconocidos en el Convenio han de interpretarse de forma práctica y efectiva. En palabras de Mowbray, ello supone una aplicación de la doctrina de interpretación del Convenio como un instrumento vivo⁵⁴. Asimismo, se deben tener en cuenta los estándares internacionales de derechos humanos de acuerdo con la interpretación de otros órganos de monitorización del cumplimiento de los tratados internacionales⁵⁵.

En conclusión, en cuanto a la falta de asistencia sanitaria para las personas internas en centros residenciales durante la pandemia, habría tres cuestiones clave a la hora de valorar la afectación del derecho a la vida y a la integridad física: 1) si en el caso concreto que pueda plantearse ante los tribunales por vulneración de derechos fundamentales, la residencia estaba suficientemente medicalizada para atender de forma adecuada a las necesidades sanitarias de los residentes (ya sea de COVID-19 u otras afecciones); 2) en el caso de que no fuera así, o en el caso de que, aun estando medicalizadas, no se atendiera a los residentes de forma adecuada en los mismos centros, se hace necesario determinar si se obstaculizó que los residentes fueran trasladados a los hospitales; 3) de ser así, habrá de determinarse si, la no derivación a hospitales o centros de salud y, en consecuencia, la falta de asistencia sanitaria prestada, supuso un peligro o riesgo grave inminente para la salud para las personas concretas en los casos que puedan plantearse.

Aunque la situación de gravedad para la salud no haya sido definida por el Tribunal de forma clara, dependiendo del estudio del caso en concreto, ello se podría determinar más fácilmente en los casos en que se produjeron fallecimientos de las personas residentes, si bien, la cuestión clave radicará en probar la causalidad entre la denegación del traslado y el peligro o riesgo grave para la salud. Ello está relacionado con la evitabilidad o inevitabilidad

⁵² LEIJTEN, I., *Core Socio-Economic Rights and the European Court of Human Rights*, Cambridge University Press, 2018, pp. 44 y 45.

⁵³ TEDH, *Airey c. Irlanda*, n.º 6289/73, 1979, párr. 26.

⁵⁴ MOWBRAY, A., 'The creativity of the European Court of Human Rights', *Human Rights Law Review*, vol. 5, n.º 1, 2005.

⁵⁵ Por ejemplo, las observaciones publicadas en 2020 por parte del Comité Europeo de Derechos Sociales y del Comité DESC (2020). Delgado del Rincón, L. 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, Zaragoza, Fundación Manuel Giménez Abad, 2021, pp. 8 y 11.

del daño sufrido que se tiene en cuenta a los efectos de considerar la responsabilidad patrimonial de la Administración, por lo que volverá a hacerse referencia a esta cuestión en el apartado III.5. Ahora bien, más allá de la determinación de la causalidad del daño, no ha de olvidarse que la jurisprudencia del TEDH incide también en la importancia de que se lleve a cabo una investigación adecuada de los hechos, como exigencia que forma parte del derecho a la vida reconocido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Esta investigación adecuada, a su vez, podrá ayudar a esclarecer si las actuaciones efectivamente pusieron en peligro la vida y la integridad física de los residentes.

3. *La prohibición de discriminación por edad y por discapacidad*

Además de la afectación del derecho a la vida y a la integridad en relación con el derecho a la protección de la salud, resulta relevante atender a la prohibición de discriminación reconocida en el artículo 14 de la Constitución, para valorar si se habrían dado situaciones discriminatorias en relación con la protección del derecho a la vida y a la integridad física así como en relación con el derecho a la protección de la salud, especialmente teniendo en cuenta las características de la edad y la discapacidad de acuerdo con el tratamiento por la jurisprudencia constitucional. Así, reclamar la protección del principio de igualdad y de prohibición de discriminación reconocido en el artículo 14 en relación con las condiciones de acceso a un principio rector de la política social y económica, como el trabajo o, en este caso, la protección de la salud, permite analizar si las condiciones de acceso o de ejercicio a los derechos sociales han sido discriminatorias para una persona o un grupo determinado⁵⁶.

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 Social⁵⁷. 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

⁵⁶ DÍAZ, M., 'El Tribunal Constitucional español y la protección indirecta de los derechos sociales', *Lex Social*, n.º 1, 2012, 5-30, p. 8.

⁵⁷ 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*, 2020.

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 relación con las personas mayores, se han calificado los hechos acontecidos en las residencias como abuso estructural hacia las personas mayores⁵⁸. El edadismo hace referencia a la discriminación por edad, y se refleja en el trato diferenciado a personas que se encuentran en igual situación por razón de la edad. Ello tiene efectos perjudiciales, sobre todo si esta discriminación por edad está acompañada de una mayor vulnerabilidad por razón de otras causas, como la discapacidad, el género o la situación de exclusión social⁵⁹. Esta es especialmente acuciante cuando la edad avanzada se acompaña de otros factores como la discapacidad, la enfermedad, la pobreza o el género⁶⁰.

Por lo que se refiere a la gestión de las residencias, del estudio de los protocolos que se aplicaron en la Comunidad de Madrid se puede concluir que no se incluía la edad de forma expresa como criterio excluyente de asistencia sanitaria. Otros autores han entendido que no tuvo lugar, al menos teóricamente, una discriminación por razón de edad durante la pandemia⁶¹. No obstante, como también señala este autor, no cabe descartar en todo caso la existencia de tratos discriminatorios que se podrían haber producido en la práctica, en esta y en otras comunidades, como han denunciado las asociaciones de la sociedad civil. Lo que sí se mencionaron expresamente fueron motivos que atendían a la salud de los residentes, como el padecimiento de enfermedades graves o el estado de fragilidad, lo que hace necesario atender a la discapacidad y al estado de salud como motivos de discriminación.

Así pues, el Tribunal Constitucional ha entendido la prohibición de discriminación directa como la prohibición de toda diferencia de trato ante situaciones iguales con perjuicio para personas o grupos y que carezca de una justificación objetiva y razonable, atendiendo a los criterios para distinguir entre una diferencia de trato justificada y otra que no lo es, esto es: la desigualdad de los supuestos de hecho (término de comparación); la finalidad constitucionalmente legítima; la congruencia entre el trato desigual, el supuesto de hecho que lo justifica y la finalidad que se persigue; y la

⁵⁸ PARKER, J., 'Structural discrimination and abuse: COVID-19 and people in care homes in England and Wales', *The Journal of Adult Protection*, vol. 23, n.º 3, 2021, 169-180.

⁵⁹ BLÁZQUEZ MARTÍN, D. (Coord.), *Los derechos de las personas mayores: perspectivas sociales, jurídicas, políticas y filosóficas*, Madrid, Dykinson, 2007.

⁶⁰ HERREROS LÓPEZ, J. M., 'La vulneración de derechos de las personas mayores durante la pandemia', *Lex Social*, vol. 12, n.º 2, 1-21, 2022, p. 3.

⁶¹ PRESNO LINERA, M. Á., '¿Ha sido España país para viejos durante la emergencia sanitaria de COVID-19?', *IgualdadES*, n.º 3, 275-312., p. 292. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.3.01>

proporcionalidad⁶². En definitiva, el principio de igualdad prohíbe las desigualdades artificiosas o injustificadas que no estén fundadas en criterios objetivos y razonables⁶³.

En relación con la edad, cabe plantearse si hubo en los mencionados protocolos (o en las instrucciones internas que se pueden haber aplicado en otras comunidades) una discriminación de tipo indirecto, teniendo en cuenta el perfil de la población que vive interna en centros residenciales de personas mayores en situación de dependencia. Por discriminación indirecta se entiende el trato aparentemente neutro que puede producir un resultado discriminatorio, afectando desproporcionalmente a un grupo de la población, especialmente teniendo en cuenta los motivos prohibidos de discriminación⁶⁴. En este sentido, parece claro que la población que vive en centros residenciales de personas mayores está, efectivamente, formada por personas de edad avanzada, por lo que no permitir que las personas internas en estos centros acudiesen al hospital cuando sí se permitía el acceso al resto de la población habría tenido un impacto diferenciado teniendo en cuenta la edad así como otras circunstancias como la discapacidad, la dependencia o el estado de salud.

También la discapacidad, e incluso, la situación de dependencia y el estado de salud son características que pueden entenderse incluidas en la cláusula de no discriminación, como otras circunstancias personales o sociales, siguiendo el texto del artículo 14 de la Constitución. El Tribunal Constitucional ha entendido en diferentes ocasiones que la discapacidad constituye una circunstancia personal que el artículo 14 protege contra cualquier forma de discriminación⁶⁵. Lo mismo ha hecho con la edad. En varios pronunciamientos, el Tribunal ha considerado la edad como una de las condiciones o circunstancias personales sobre las que recae la prohibición de discriminación, por lo que la utilización de la edad como factor diferenciador debe someterse al canon de constitucionalidad⁶⁶. La jurisprudencia asimismo ha otorgado relevancia a la justificación de medidas diferenciadoras, cuando la edad u otras circunstancias personales son relevantes para la finalidad legítima, y en sí misma esta finalidad no es discriminatoria, como en la sentencia

⁶² Sentencias del Tribunal Constitucional: 8/1981, de 30 de marzo; 87/2009 de 20 abril (FJ 7º).

⁶³ Sentencia del Tribunal Constitucional 63/2011, 16 de mayo (FJ 3º).

⁶⁴ Entre otras, sentencias del Tribunal Constitucional 145/1991, de 1 de julio (FJ 2º), y 91/2019, de 3 de julio (FJ 4º, letra c).

⁶⁵ Sentencias del Tribunal Constitucional 269/1994, de 3 de octubre, y 3/2018, de 22 de enero (FJ 5º).

⁶⁶ Así, sentencias del Tribunal Constitucional 69/1991, de 8 de abril (FJ 4º) y 63/2011 (FJ 4º).

66/2015, de 13 de abril. En este sentido, apunta Giménez Gluck que la jurisprudencia constitucional no aplica el juicio de igualdad de forma tan estricta en relación con la edad como lo hace con otras características prohibidas de discriminación⁶⁷.

En relación con el estado de salud, es interesante la sentencia 62/2008, de 26 de mayo, del Tribunal Constitucional que declara que el estado de salud o la enfermedad, en ese caso, de un trabajador, pueden, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el art. 14 CE, encuadrable en la cláusula genérica que hace referencia a otras circunstancias o condiciones personales o sociales.

En efecto, la mayoría de las personas que viven en estos centros de atención residencial son personas mayores que tienen alguna situación de dependencia al necesitar ayuda para la realización de las actividades de la vida diaria. En relación con ello, se daría una intersección entre edad y otras circunstancias relacionadas con la salud, que podría dar lugar a lo que se conoce como casos de discriminación múltiple. De acuerdo con Serra, este tipo de discriminación daría respuesta a situaciones en que concurren factores de discriminación y para las cuales, las categorías de discriminación directa e indirecta resultarían insuficientes⁶⁸.

Además, la legislación de desarrollo, así como la jurisprudencia supranacional, se refieren de forma expresa a la edad y la discapacidad como categorías prohibidas de discriminación, incluso en relación específicamente con la atención sanitaria. En relación con la discapacidad, la prohibición de discriminación queda recogida en el artículo 3 a) del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. En el ámbito de la atención sanitaria, se prohíbe la discriminación por razón de edad y de discapacidad, entre otros motivos, en el artículo 6.1 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública. De acuerdo con esta disposición, pues, las posibles diferenciaciones solo pueden ser las que se deriven del propio proceso de tratamiento o de limitaciones de carácter objetivo⁶⁹.

Además, recientemente, la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, incluye en su artículo 15.2 tanto la

⁶⁷ GIMÉNEZ GLUCK, D., 'Igualdad y no discriminación de las personas mayores', *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, n.º 34, 2022, 65-89, p. 70 y ss.

⁶⁸ SERRA CRISTÓBAL, R., 'El reconocimiento de la discriminación múltiple por los tribunales', *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, n.º 27, 2020, 140-161, p. 144.

⁶⁹ FLORES, F., 'Derechos de las personas mayores y discriminación en las residencias geriátricas durante la pandemia de la Covid 19', aceptado para publicación en *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, n.º 34, 2023.

edad como la discapacidad, así como las enfermedades preexistentes, como motivos por los cuales está prohibido excluir del acceso a tratamientos sanitarios, salvo que razones médicas debidamente acreditadas así lo justifiquen. En este sentido, se han producido importantes avances hacia la igualdad de trato y la no discriminación de las personas mayores. Asimismo, por lo que se refiere al ámbito supranacional, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea sí incluye expresamente la edad y la discapacidad como motivos prohibidos de discriminación en el artículo 21, y así lo ha declarado también el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, entendiéndolo, por ejemplo, prohibición de la discriminación por edad como principio general del Derecho comunitario⁷⁰.

4. Sobre la proporcionalidad de las restricciones

Correspondería determinar, asimismo, si puede limitarse el acceso a la atención sanitaria para determinados grupos en situaciones excepcionales, aunque de ello puedan derivarse daños graves para la salud o la vida quedando entonces consecuentemente afectado este derecho fundamental, de acuerdo con la interpretación jurisprudencial comentada en el apartado anterior. En este marco, las restricciones deben estar justificadas en un fin constitucional legítimo, así como ha de determinarse si la medida restrictiva a analizar tiene una justificación objetiva, razonable, es necesaria y proporcional. En efecto, las medidas limitadoras de derechos deben pasar por el escrutinio fijado por cada uno de los pasos del test de proporcionalidad⁷¹.

En relación con el fin legítimo, se entiende que sólo ante los límites que la propia Constitución imponga de forma expresa al definir cada derecho, o ante los límites justificados por la necesidad de preservar otros derechos constitucionalmente protegidos, pueden limitarse los derechos fundamentales⁷². En el contexto de la pandemia, la protección de la salud pública se ha argumentado como fin legítimo para las limitaciones de derechos⁷³. El mismo artículo 43 de la Constitución atribuye a los poderes públicos la competencia

⁷⁰ Por ejemplo, en el asunto *Mangold c. Helm*, de 22 de noviembre de 2005.

⁷¹ Sentencia del Tribunal Constitucional 181/1990 de 15 de noviembre, FJ 3. Véase Suárez Espino, M. L., 'La determinación de los límites a los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978', *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas*, n.º 12/13, 2007.

⁷² Sentencias 11/1981 de 8 de abril, 2/1982 de 29 de enero y 110/1984, de 26 de noviembre (FJ 5º).

⁷³ Al respecto puede leerse, Sarrión Esteve, J., 'La protección de la salud, la vida y la integridad física en tiempos de pandemia en la doctrina constitucional. A propósito del Auto del Tribunal Constitucional 40/2020, de 30 de abril'. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 14, 2021, 1026-1039, p. 1037.

para organizar y tutelar la salud pública, a través de medidas preventivas y las prestaciones y servicios necesarios. El derecho a la protección de la salud incluye, pues, tanto una dimensión individual como una dimensión colectiva, que haría referencia a la adopción de medidas de salud pública⁷⁴. Sin embargo, no parece que esta finalidad pueda constituir una justificación adecuada en el caso que nos ocupa cuando sí se permitía el acceso a los hospitales de la mayoría de la población posiblemente contagiada con COVID-19. Además, las restricciones afectaron tanto a los residentes con COVID-19 como a los afectados por otras enfermedades.

También la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud ha sido aceptada previamente como un fin legítimo para justificar restricciones a la asistencia sanitaria, por ejemplo en la sentencia 139/2016, de 27 de julio, que consideró constitucionales las restricciones sanitarias para inmigrantes en situación irregular impuestas por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril⁷⁵. Ahora bien, asimismo deberían superarse otras fases del test de proporcionalidad que guardan una estrecha relación con el fin legítimo. Así, ha de argumentarse que la medida restrictiva de derechos está justificada objetivamente para conseguir este fin y que, además, es razonable, en el sentido de que está ausente de actuaciones arbitrarias, y basada en criterios o juicios generalmente aceptados en una sociedad democrática (sentencia del Tribunal Constitucional, 107/1986).

En este sentido, debe comprobarse si una medida restrictiva de derechos es idónea, es necesaria y si, además, es proporcional o equilibrada, lo que se entiende como la proporcionalidad en sentido estricto⁷⁶. En concreto, la prueba de idoneidad exige que la medida restrictiva de derechos pueda efectivamente alcanzar el fin perseguido, por lo que habría de analizarse si realmente el traslado de residentes infectados y no infectados por la enfermedad de la COVID-19 habría puesto en peligro, por ejemplo, la sostenibilidad del sistema sanitario, o la consecución de otro fin constitucional eventualmente perseguido.

Pero, además, el test de necesidad exige demostrar que las limitaciones no obstaculizaron el derecho afectado más allá de lo razonable, así como que no

⁷⁴ ESCOBAR ROCA, G., 'El derecho a la protección de la salud', en López Ahumada, J. E., et al, *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Thomson-Aranzadi, 2012, 1073-1178, p. 1093. Sobre la salud pública como vertiente del derecho a la protección de la salud y asimismo como bien jurídico limitador de derechos puede leerse a Delgado del Rincón, L. 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, Zaragoza, Fundación Manuel Giménez Abad, p. 15.

⁷⁵ Para mayor detalle: DALLI, M., *Acceso a la asistencia sanitaria y derecho a la salud. El Sistema Nacional de Salud español*, Tirant lo Blanch, 2019.

⁷⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 66/1995, de 8 de mayo (FJ 5°).

había otra alternativa posible, de modo que las limitaciones fueron necesarias para conseguir el fin perseguido⁷⁷. En el caso que nos ocupa, esta fase del juicio de proporcionalidad sería difícil de justificar si había recursos sanitarios suficientes para atender adecuadamente a todas las personas residentes en los centros hospitalarios de la red del Sistema Nacional de Salud, o incluso si existían estos recursos en hospitales aunque fuesen de titularidad privada. Una opción podría haber sido la articulación y utilización de hospitales de campaña, como efectivamente así se hizo en algunas comunidades, pero donde pudieran ser trasladadas, también, personas provenientes de residencias. Otra alternativa, habilitada incluso legalmente, era la movilización de los recursos sanitarios privados, siguiendo el artículo 12.6 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo. En este sentido, sería relevante esclarecer si había recursos disponibles en estos centros privados y, si siendo así, sólo los residentes con seguro privado de salud fueron trasladados a estos hospitales, quedándose personas sin seguro en las residencias sin posibilidad de obtener la asistencia adecuada⁷⁸.

Finalmente, las medidas limitadoras de derechos fundamentales han de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquel a quien se le impone. Además, se habrá de respetar el contenido esencial del derecho⁷⁹. Sin duda, es esta fase del juicio proporcionalidad, entendida ahora en sentido estricto, la más difícil de superar, especialmente en aquellos casos en que, como consecuencia de las limitaciones para los derechos afectados, se produjeron daños graves para la integridad física y para la vida resultando, al fin y al cabo, en fallecimientos.

5. *El deber de cuidado de las personas que viven en residencias de mayores*

Por último, de relevancia para el objeto de estudio que nos ocupa en relación con la responsabilidad por los daños causados durante la pandemia, es determinar si la responsabilidad de proteger la salud y, en definitiva, la vida y la integridad física de las personas internas en residencias de personas mayores es de la Administración o de los centros residenciales. En el caso de los centros de titularidad pública, parece claro que la Administración tiene un deber especial de cuidado hacia las personas que viven internas en estos

⁷⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1986, de 5 de mayo (FJ 4º).

⁷⁸ Rico analiza el caso de la Comunidad de Madrid, donde de acuerdo con las investigaciones realizadas por el autor, no se produjo ningún traslado desde un geriátrico a un hospital privado a través del servicio público de ambulancias. Rico, M., *Vergüenza. El escándalo de las residencias*, Planeta, 2020, p. 56.

⁷⁹ Sentencias del Tribunal Constitucional 11/1981 de 8 de abril (FJ 8º); 196/1987 de 11 de diciembre (FJ 5º).

centros. Este deber de cuidado se derivaría de la limitación de la eficacia de los derechos fundamentales de las personas internas, por ejemplo, la libertad personal y de movimientos o el derecho a la intimidad personal y familiar. En este sentido, la relación entre las personas que viven en estos centros y la Administración obliga a ésta a ofrecer garantías eficaces de protección de los derechos fundamentales.

De forma parecida, la relación de especial sujeción de algunos grupos con la Administración se entiende como la ‘situación jurídica en la que se encuentran los individuos sometidos a una potestad administrativa de autoorganización más intensa de lo normal, como funcionarios, militares, reclusos, escolares o concesionarios de servicios públicos’⁸⁰. En estos casos, se limita la eficacia de los derechos fundamentales afectando a sus condiciones de ejercicio, de un modo mayor a la eficacia que se produce en las relaciones generales de sujeción. Ahora bien, asimismo, se derivan para la Administración deberes especiales de protección, por ejemplo de la vida y de la integridad física de estos colectivos.

En relación con ello, con anterioridad se ha considerado 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 las consecuencias negativas para los derechos de las personas mayores, que verían justificadas las eventuales limitaciones a sus derechos⁸¹. El deber de cuidado de las personas viviendo en residencias se entendería como un ‘deber prestacional impuesto por el legislador a las instituciones de asistencia residencial como concreción de diversos preceptos constitucionales’⁸², entre ellos, la obligación estatal de protección 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).

En cualquier caso, si bien el deber de cuidado resulta particularmente relevante en el caso de los centros residenciales públicos, incluso en relación con los centros de titularidad privada debe persistir la protección de los derechos fundamentales de las personas que viven en estos centros. Se trataría de la aplicación de la tesis de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales (de acuerdo con la distinción de la teoría del *Drittwirkung*) según la cual

⁸⁰ BASTIDA, F. J., et al, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, p. 82.

⁸¹ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., ‘Derechos fundamentales en la residencia de mayores’, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 94, enero-abril (2012), 117-152, p. 121.

⁸² *Ibid.*, p. 119.

los efectos de los derechos no se despliegan solo frente al Estado sino también en las relaciones entre particulares⁸³. 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 afectados⁸⁴.

Entonces, si en un caso eventualmente planteado ante los tribunales, la decisión de no trasladar al hospital desde el centro residencial se adoptó por una residencia de titularidad pública, se trataría de un supuesto en los que podría producirse la responsabilidad de la Administración por los daños eventualmente ocasionados. En el caso de que se tratase de una residencia privada, habrían de esclarecerse los hechos para determinar el tipo de responsabilidad que cabría, en su caso, imputar a los responsables de la residencia. Pero, asimismo, podría existir la responsabilidad de la Administración cuando, independientemente de la titularidad pública o privada del centro residencial, ha sido la Administración sanitaria la que ha adoptado la decisión de no derivar a los hospitales con el consecuente daño para la vida o la integridad física. Así pues, el artículo 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, establece que ‘quienes como consecuencia de la aplicación de los actos y disposiciones adoptadas durante la vigencia de estos estados sufran, de forma directa, o en su persona, derechos o bienes, daños o perjuicios por actos que no les sean imputables, tendrán derecho a ser indemnizados de acuerdo con lo dispuesto en las leyes’.

En este sentido, se ha entendido que podrán ser indemnizables los daños sufridos por las personas en el contexto de la crisis de la COVID-19 que las Administraciones hubieran podido evitar adoptando las debidas medidas de precaución. Siguiendo a Doménech, en estos casos se daría la relación de causalidad exigible para que surja la obligación de indemnizar a las personas afectadas, si bien, la dificultad radicará en determinar la evitabilidad o la inevitabilidad del daño⁸⁵. En relación con la responsabilidad patrimonial de la Administración y con el principio de precaución, y aunque se trate de

⁸³ BASTIDA, F. J., et al, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 169 y ss.

⁸⁴ BELADIEZ ROJO, M., ‘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, 75-97, p. 77. Asimismo, véase BILBAO UBILLOS, J. M., *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

⁸⁵ DOMÉNECH, G., ‘Responsabilidad patrimonial del Estado por la gestión de la crisis del COVID-19’, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 86-87, 2020, 102-109, p. 105.

supuestos diferentes al no ser pacientes mayores sino trabajadores del ámbito sanitario, el Tribunal Supremo entendió en la sentencia 3024/2020, de 8 de octubre, que los profesionales sanitarios carecieron de los medios de protección necesarios para prevenir una infección por COVID-19, lo que supuso un grave riesgo para el derecho a la vida y a la integridad física en relación con el derecho a la protección de la salud.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, cabe entender que podría derivarse la responsabilidad de la Administración si es posible precisar que una persona falleció sin obtener la asistencia sanitaria necesitada y que, de haberse prestado, hubiera podido evitarse el daño. En este sentido, aunque es difícil determinar si se podía haber evitado el daño, se podría reconocer una indemnización si se determina que, con el incumplimiento del deber de cuidado, o la falta de las medidas de precaución, se incrementó la probabilidad de sufrir el daño. En estos casos, la indemnización será equivalente a los daños multiplicados por la probabilidad de supervivencia que hubiera existido si el servicio sanitario hubiera funcionado correctamente⁸⁶.

IV. CONCLUSIONES

Existen numerosos criterios para ordenar el acceso a los servicios de atención de la salud en situaciones de saturación de estos, como la crisis sanitaria causada por la pandemia. La elección de unos u otros dependerá de los valores que se consideren aceptables en una sociedad, o los que se entiendan más justos por parte de la autoridad competente. Aunque en muchas ocasiones este debate trasciende lo jurídico y demanda, en la mayoría de las ocasiones, la toma de decisiones extremadamente difíciles, existe un ámbito de toma de decisiones que, desde el Derecho, no podemos obviar. En este sentido, cabe preguntarse si alguno de estos criterios de priorización y de asignación de los recursos sanitarios en situaciones de emergencia se sitúa contrario a los valores y los derechos fundamentales consagrados en el ordenamiento jurídico, como en la Constitución española.

Tras estudiar las recomendaciones emitidas por parte de algunas sociedades médicas al comienzo de la pandemia, es posible concluir que algunos de los criterios que se sugirieron para ordenar el acceso a los servicios sanitarios, como la edad o la discapacidad, habrían dado lugar a situaciones discriminatorias y de vulneración de derechos cuando estos criterios se tuvieron en cuenta de forma aislada y sin atender a la situación particular de la persona necesitada de asistencia, como en su día manifestaron los informes correspondientes del

⁸⁶ DOMÉNECH, G., 'Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por daños causados en situaciones de emergencia', *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 61, 2022, p. 8.

Comité de Bioética de España y del Ministerio de Sanidad. En relación con las decisiones de traslado de pacientes desde los centros residenciales de personas mayores a los hospitales, miles de personas se quedaron en estos centros sin la prestación de asistencia sanitaria adecuada. Ello habría afectado a su derecho a la vida y a la integridad física en relación con el derecho a la protección de la salud cuando, como consecuencia de ello, las personas sufrieron daños graves en su salud, y siempre que se pueda probar esta relación de causalidad entre la medida adoptada y el daño, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional estudiada. Todo ello guarda relación con la posibilidad de reclamar la responsabilidad patrimonial de la Administración, cuando las actuaciones se produjeron como consecuencia de las decisiones de esta y siempre y cuando sea posible acreditar que el daño se podría haber evitado o, al menos, que la falta de deber de cuidado de la Administración incrementó la probabilidad de sufrir el daño.

Asimismo se ha estudiado la prohibición de discriminación reconocida en el artículo 14 de la Constitución, en atención a varios motivos que se incluirían en la cláusula abierta de otras circunstancias personales y sociales por las cuales la discriminación resultaría prohibida. En concreto, cabe apreciar que las restricciones a la asistencia sanitaria afectaron de forma desproporcionada a las personas internas en residencias, que suelen ser de avanzada edad y, además, con problemas de dependencia y otras patologías de salud, e incluso con situaciones de discapacidad. Estas restricciones podrían dar lugar, en este sentido, a casos de discriminación múltiple, cuando concurren varios motivos prohibidos de discriminación, así como a casos de discriminación indirecta, cuando la toma de decisiones aparentemente neutra afectó desproporcionalmente a un grupo de la población. En los textos de los protocolos médicos estudiados no se mencionaba expresamente la edad, lo que excluiría la discriminación de tipo directo, sin que quepa descartar la existencia de tratos discriminatorios directos que pueden haber ocurrido en la práctica.

Además de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en aquellos casos sobre falta de asistencia sanitaria y la afectación al derecho a la vida y a la integridad física, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos resulta muy esclarecedora para valorar posibles vulneraciones del derecho a la vida, así como de la prohibición de tratos inhumanos y degradantes. En concreto, este Tribunal ha insistido en la importancia de que se lleve a cabo una investigación adecuada para el esclarecimiento de los hechos, como contenido del derecho a la vida. En España, recientemente la fiscalía general del Estado envió instrucciones para que se informara de las diligencias de investigación llevadas a cabo en cada Comunidad Autónoma. Sin duda, es un paso en la línea de la investigación de los hechos y del esclarecimiento de posibles responsabilidades. Habiendo pasado ya más de tres años desde que asolara en el país la primera ola de la pandemia, al menos al

terminar de redactar este trabajo, solo cabe esperar que no se produzcan dilaciones que alarguen mucho más una investigación adecuada de lo ocurrido, así como la proporción de respuestas a las víctimas o a sus familiares.

V. BIBLIOGRAFÍA

- Albert, M. (2020), Vulnerabilidad y atención sanitaria: derecho y protocolos médicos, *Cuadernos de bioética*, vol. 31, n.º 102, 183-202.
- Amnistía Internacional (2020), *Abandonadas a su suerte. La desprotección y discriminación de las personas mayores en residencias durante la pandemia COVID-19 en España*.
- Aparicio, M. y Toboso, M. (2021), ‘Capacitismo, covid-19 y dignidad: derecho a la salud e inclusión en tiempos de pandemia’, *Maiatz*, 2021. Disponible en: <https://doi.org/10.5569/1134-7147.74.05>
- Bastida, F. J. (2004), et al, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid.
- Beladiez Rojo, M. (2017), ‘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.
- Bhatt, V. et al. (2021), ‘Human Rights and COVID-19 triage: a comment on the Bath protocol’, *Journal of Medical Ethics*, vol. 47, n.º 7.
- Bilbao Ubillos, J. M. (1997), *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Blázquez Martín, D. (Coord.) (2007), *Los derechos de las personas mayores: perspectivas sociales, jurídicas, políticas y filosóficas*, Madrid, Dykinson.
- Carmona Cuenca, E. (2017), ‘Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos’, *Revista de Derecho Político*, UNED, n.º 100, 1209-1238.
- Chen, B.; McNamara, D. M. (2020), ‘Disability Discrimination, Medical Rationing and COVID-19’, *Asian Bioethics Review*, n.º 12, 511-518.
- Comité de Bioética de España (2020), *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*.
- Cotino Hueso, L. (2020), ‘Confinamientos, libertad de circulación y personal, prohibición de reuniones y actividades y otras restricciones de derechos por la pandemia del coronavirus’, *Diario La Ley*, n.º 9606, Sección Doctrina, Wolters Kluwer.
- CSIC (2020), *Gestión institucional y organizativa de las residencias de personas mayores y COVID-19: dificultades y aprendizajes*, Grupo de investigación Políticas Sociales y Estado del Bienestar.
- Dalli Almiñana, M. (2020), ‘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

- Clérico, L.; Ronconi, L., y Morales, M. (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, 705-732.
- Dalli Almiñana, M. (2019), *Acceso a la asistencia sanitaria y derecho a la salud. El Sistema Nacional de Salud español*, Tirant lo Blanch.
- Daly, M. (2020), 'Covid-19 and care homes in England: what happened and why?' *Social Policy & Administration*, n.º 54, 985-998.
- De Mesquita, J.; Kapilashrami, A., y Mason Meier, B. (2020), 'Human Rights Dimensions of the COVID-19 Pandemic', *The Secretariat for the Independent Panel for Pandemic Preparedness and Response*.
- De Montalvo, F.; Bellver, V. (2020), 'Priorizar sin discriminar: la doctrina del Comité de Bioética de España sobre derechos de las personas con discapacidad en un contexto de pandemia', *IgualdadES*, n.º 3, 313-341.
- De Montalvo, F.; Bellver, V. (2020), 'Una crisis bioética dentro de la crisis sanitaria provocada por la COVID-19: una reflexión sobre la priorización de pacientes en tiempos de pandemia' *Derecho y Salud*, volumen extraordinario, n.º 30, 2020, 58-73.
- Defensor del Pueblo (2020), *Atención a personas mayores. Centros residenciales*, Separata del Informe Anual 2019, Madrid. Disponible en: <https://bit.ly/2JbOfgE>.
- Defensor del Pueblo (2020), *Derechos de los mayores en los centros residenciales ante la COVID-19*. Disponible en: <https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/derechos-de-los-mayores-en-los-centros-residenciales-y-covid-19/>
- Defensor del Pueblo (2020), *Residencias de mayores, atención sanitaria e información emergencia Covid-19*. Disponible en: <https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/residencias-de-mayores-atencion-sanitaria-e-informacion-emergencia-covid-19/>
- Delgado del Rincón, L. E. (2021), 'Algunas consideraciones sobre el derecho a la protección de la salud y el bien jurídico de la salud colectiva en tiempos de pandemia' en Biglino Campos, P.; Durán Alba, F., *Los Efectos Horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, Colección Obras colectivas, Zaragoza, Fundación Manuel Giménez Abad.
- Díaz, M. (2012), 'El Tribunal Constitucional español y la protección indirecta de los derechos sociales', *Lex Social*, n.º 1, 5-30.
- Doménech, G. (2022), 'Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por daños causados en situaciones de emergencia', *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 61.
- Doménech, G. (2020), 'Responsabilidad patrimonial del Estado por la gestión de la crisis del COVID-19', *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 86-87, 102-109.
- Escobar Roca, G. (2012), 'El derecho a la protección de la salud', en López Ahumada, J. E., et al, *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Thomson-Aranzadi, pp. 1073-1178.
- European Centre for Disease Prevention and Control (2020), *Increase in fatal cases of COVID-19 among long-term care facility residents in the EU/EEA and the UK*.
- Ezekiel, J. E. (2021), 'Fair Allocation of Scarce Medical Resources in the Time of Covid-19', *The New England Journal of Medicine*, n.º 382.

- Flores, F. (2023), 'Derechos de las personas mayores y discriminación en las residencias geriátricas durante la pandemia de la Covid 19', aceptado para publicación en *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, n.º 34.
- Gimenez Gluck, D. (2022), 'Igualdad y no discriminación de las personas mayores', *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, n.º 34.
- HelpAge España (2021), *El derecho a los cuidados de las personas mayores*, 2021. Disponible en: https://www.helpage.es/wp-content/uploads/2021/10/HelpAgeEspana_El-derecho-a-los-cuidados-de-las-personas-mayores-2021.pdf
- Herreros López, J. M. (2022), 'La vulneración de derechos de las personas mayores durante la pandemia', *Lex Social*, vol. 12, n.º 2, 1-21.
- Jöbges, S. (et al) (2020), 'Recommendations on COVID-19 triage: international comparison and ethical analysis', *Bioethics*, vol. 34, n.º 9.
- Joseph, S. (2020), 'International Human Rights Law and the Response to the covid-19 Pandemic', *Journal of international humanitarian legal studies*, n.º 11, 249-269.
- Leijten, I. (2018), *Core Socio-Economic Rights and the European Court of Human Rights*, Cambridge University Press.
- Lema Añón, C. (2021), 'The right to health and the social determinants of health in the fase of COVID-10. The Spanish experience after austerity policies' *The Age of Human Rights Journal*, n.º 16, 220-241.
- López Guerra, L. (2018), 'El derecho a la verdad: ¿la emergencia de un nuevo derecho en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos?', *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 22.
- Médicos sin Fronteras (2020), *Poco, tarde y mal. El inaceptable desamparo de las personas mayores en las residencias durante la COVID-19 en España*.
- Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030 (2020), *Informe del Grupo de Trabajo Covid-19 y residencias*.
- Ministerio de Sanidad (2020), '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
- Mowbray, A. (2005), 'The creativity of the European Court of Human Rights', *Human Rights Law Review*, vol. 5, n.º 1.
- OMS (2016), *Guidance for Managing Ethical Issues in Infectious Disease Outbreaks*.
- Parker, J. (2021), 'Structural discrimination and abuse: COVID-19 and people in care homes in England and Wales', *The Journal of Adult Protection*, vol. 23, n.º 3, 169-180.
- Presno Linera, M. Á. (2020), '¿Ha sido España país para viejos durante la emergencia sanitaria de COVID-19?', *IgualdadES*, n.º 3, 275-312.
- Rey Pérez, J. L. (2021), 'Derecho a la salud y distribución de recursos en el contexto de la COVID-19', en Lema Añón, C. (coord.), *Los determinantes sociales de la salud. Más allá del derecho a la salud*, Dykinson.
- Rico, M. (2020), *Vergüenza. El escándalo de las residencias*, Planeta.
- Rodríguez de Santiago, J. M. (2012), 'Derechos fundamentales en la residencia de mayores', *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 94, 117-152.

- Sarrión Esteve, J. (2021), 'La protección de la salud, la vida y la integridad física en tiempos de pandemia en la doctrina constitucional. A propósito del Auto del Tribunal Constitucional 40/2020, de 30 de abril'. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 14, 1026-1039.
- Serra Cristobal, R. (2020), 'El reconocimiento de la discriminación múltiple por los tribunales', *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, n.º 27, 140-161.
- Suárez Espino, M. L. (2007), 'La determinación de los límites a los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978', *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas*, n.º 12/13.
- Sudre, F. (2003), 'La protection des droits sociaux par la Cour Européenne des Droits de l'Homme: un exorcice de 'jurisprudente fiction?', *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 55.
- Williams, J. (2021), 'Taking it on the chin: older people, human rights and COVID-19', *The Journal of Adult Protection*, vol. 23, n.º 2, 86-97.
- Zweig, S. A. et al. (2021), 'Ensuring Rights while Protecting Health' *Health and Human Rights Journal*, vol. 32, n.º 2.