



DERECHOS Y LIBERTADES

REVISTA DE FILOSOFÍA DEL DERECHO Y DERECHOS HUMANOS

#54



uc3m | Universidad Carlos III de Madrid
Instituto de Derechos Humanos
Gregorio Peces-Barba

 FUNDACION CULTURAL
ENRIQUE LUNO PEÑA

FG
PB FUNDACION
GREGORIO PECES-BARBA
PARA EL ESTUDIO Y COOPERACION
EN DERECHOS HUMANOS

«Libertad para ser libres»

 Dykinson, S.L.
EDITORIAL

DERECHOS Y LIBERTADES

Número 54, Época II, Enero 2026



uc3m | Universidad Carlos III de Madrid
Instituto de Derechos Humanos
Gregorio Peces-Barba

 FUNDACION CULTURAL
ENRIQUE LUÑO PEÑA

 FUNDACIÓN
GREGORIO PECES-BARBA
PARA EL ESTUDIO Y COOPERACIÓN
EN DERECHOS HUMANOS

«Libertad para ser libres»

Dykinson, S.L.

La revista Derechos y Libertades está incluida en la Emerging Sources Citation Index, en ERIH PLUS y en la valoración integrada e índice de citas que realiza el CINDOC con las Revistas Españolas de Ciencias Sociales y Humanas (RESH) y figura en el catálogo de revistas de LATINDEX, Anvur (Italia) –categoría A–, MIAR, CARHUS, Qualis Brasil –categoría B1–, Dulcinea, International Political Science Abstract, Worldwide Political Science Abstracts, Philosopher’s index, IBSS. Se encuentra incluida en el repositorio DIALNET.

La Revista superó la VIII Convocatoria de Evaluación de Calidad Editorial y Científica de las Revistas Científicas españolas y renovó el Sello de Calidad FECYT hasta 2024.

Derechos y Libertades se adhiere al Código de Conducta y Buenas Prácticas para Editores de Revistas del Comité de Ética de las Publicaciones (COPE). Disponible en: publicationethics.org/files/Code_of_conduct_for_journal_editors_Mar11.pdf

Redacción y Administración

Revista Derechos y Libertades
Instituto de Derechos Humanos
Gregorio Peces-Barba
Universidad Carlos III de Madrid
c/ Madrid, 126
28903 Getafe (Madrid)

E-mail de la Revista:
franciscojavier.ansuategui@uc3m.es
derechosylibertades@uc3m.es

Adquisición y suscripciones



Suscripción en papel

Ver boletín de suscripción al final de este número
y remitir en sobre cerrado a:

Dykinson, S.L.
C/ Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid

Suscripción versión electrónica (revista en pdf)

Compra directa a través de nuestra web
www.dykinson.com/derechosylibertades

Copyright © Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba

ISSN: 1133-0937

Depósito Legal: M-14515-1993 European Union

Edición y distribución:

Dykinson, S.L.

C/ Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid

Tels. +34 915 442 846 / 69. Fax: +34 915 446 040

Las opiniones expresadas en esta revista son estrictamente personales de los autores

La editorial Dykinson, a los efectos previstos en el artículo 32.1, párrafo segundo del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de Derechos y Libertades, o partes de ellas, sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier acto de explotación (reproducción, distribución, comunicación pública, puesta a disposición, etc.) de la totalidad o parte de las páginas de Derechos y Libertades, precisará de la oportuna autorización, que será concedida por CEDRO mediante licencia dentro de los límites establecidos en ella.

Derechos y Libertades

Dirección:

FCO. JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG (Universidad Carlos III de Madrid)

Subdirección:

JAVIER DORADO PORRAS (Universidad Carlos III de Madrid)

Secretaría:

OSCAR PÉREZ DE LA FUENTE (Universidad Carlos III de Madrid)

Coordinación:

ISABEL GARCÍA SÁNCHEZ-MAYORAL (Universidad Carlos III de Madrid)

SEBASTIÁN IBARRA GONZÁLEZ (Universidad Carlos III de Madrid)

Consejo Científico

RAFAEL DE ASÍS ROIG (Universidad Carlos III de Madrid)

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG (Universitat de València)

MARÍA DEL CARMEN BARRANCO AVILÉS (Universidad Carlos III de Madrid)

EMILIA BEA PÉREZ (Universidad de Valencia)

RICARDO CARACCILO (Universidad Nacional de Córdoba)

THOMAS CASADEI (Università di Modena e Reggio Emilia)

VERONIQUE CHAMPEIL-DESPLATS (Universidad de París-Nanterre)

MARÍA JOSÉ FARIÑAS DULCE (Universidad Carlos III de Madrid)

EUSEBIO FERNÁNDEZ GARCÍA (Universidad Carlos III de Madrid)

CARLOS R. FERNÁNDEZ LIESA (Universidad Carlos III de Madrid)

ALESSANDRA FACCHI (Università di Milano)

VINCENZO FERRARI (Università di Milano)

JOSÉ GARCÍA AÑÓN (Universitat de València)

RICARDO GARCÍA MANRIQUE (Universitat de Barcelona)

CRISTINA GARCÍA PASCUAL (Universitat de València)

ORSETTA GIOLO (Università di Ferrara)

MARÍA JOSÉ GONZÁLEZ ORDOVÁS (Universidad de Zaragoza)

CRISTINA GUILLARTE CALERO (Universidad de Valladolid)

TOMMASO GRECO (Università di Pisa)

MARCELA GUTIÉRREZ (Universidad de Externado)

GIULIA MARIA LABRIOLA (Università Suor Orsola Benincasa (Napoli))

MASSIMO LA TORRE (Università Magna Graecia di Catanzaro)

MARINA LALATTA COSTERBOSA (Università di Bologna)

MIGLE LAUKYTE (Universitat Pompeu Fabra)

CARLOS LEMA AÑÓN (Universidad Carlos III de Madrid)

JAVIER DE LUCAS MARTÍN (Universitat de València)

FERNANDO LLANO ALONSO (Universidad de Sevilla)

MARIO LOSANO (Università del Piemonte Orientale “Amedeo Avogadro”)

ANA MARCOS DEL CANO (Universidad Nacional de Educación a Distancia)

JESÚS IGNACIO MARTÍNEZ GARCÍA (Universidad de Cantabria)
LORENZO MILAZZO (Università di Pisa)
CRISTINA MONEREO ATIENZA (Universidad de Málaga)
NÉSTOR OSUNA (Universidad Externado de Colombia)
BALDASSARE PASTORE (Università di Ferrara)
ÁNGEL PELAYO GONZÁLEZ-TORRE (Universidad de Cantabria)
ANTONIO E. PÉREZ LUÑO (Universidad de Sevilla)
TERESA PICONTÓ NOGALES (Universidad de Zaragoza)
ANDREA PORCIELLO (Università di Catania)
SUSANNA POZZOLO (Universidad de Brescia)
ALBERTO DEL REAL ALCALÁ (Universidad de Jaén)
RAMÓN RUIZ RUIZ (Universidad de Jaén)
OLGA SÁNCHEZ MARTÍNEZ (Universidad de Cantabria)
ÁNGELES SOLANES CORELLA (Universitat de València)
JOSÉ IGNACIO SOLAR CAYÓN (Universidad de Cantabria)
FRANCESCO RICCOBONO (Università Federico II di Napoli)
JOSÉ LUIS REY PÉREZ (Universidad Pontificia de Comillas)
AGUSTÍN SQUELLA (Universidad de Valparaíso)
GUSTAVO ZAGREBELSKY (Università di Torino)
FRANCESCO ZANETTI (Università di Modena e Reggio Emilia)

Consejo de Redacción

SUSANA ÁLVAREZ GONZÁLEZ (Universidad de Vigo)
DIEGO BLÁZQUEZ MARTÍN (Universidad Carlos III de Madrid)
IGNACIO CAMPOY CERVERA (Universidad Carlos III de Madrid)
PATRICIA CUENCA GÓMEZ (Universidad Carlos III de Madrid)
ANA GARRIGA DOMÍNGUEZ (Universidad de Vigo)
JOSÉ ANTONIO LÓPEZ GARCÍA (Universidad de Jaén)
ANGEL LLAMAS CASCÓN (Universidad Carlos III de Madrid)
VANESA MORENTE PARRA (Universidad Pontificia de Comillas)
MARÍA DOLORES PÉREZ JARABA (Universidad de Jaén)
MIGUEL ÁNGEL RAMIRO AVILÉS (Universidad de Alcalá)
SILVINA RIBOTTA (Universidad Carlos III de Madrid)
MARÍA EUGENIA RODRÍGUEZ PALOP (Universidad Carlos III de Madrid)
JOSÉ MANUEL RODRÍGUEZ URIBES (Universidad Carlos III de Madrid)
NICOLÁS SISINNI CASQUERO (Universidad Carlos III de Madrid)

Sentido de la Revista

Derechos y Libertades es la revista semestral que publica el Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba de la Universidad Carlos III de Madrid. Forma parte, junto con las colecciones *Cuadernos Bartolomé de las Casas*, *Traducciones y Debates* de las publicaciones del Instituto.

La finalidad de *Derechos y Libertades* es constituir un foro de discusión y análisis en relación con los problemas teóricos y prácticos de los derechos humanos, desde las diversas perspectivas a través de las cuales éstos pueden ser analizados, entre las cuales sobresale la filosófico-jurídica. En este sentido, la revista también pretende ser un medio a través del cual se refleje la discusión contemporánea en el ámbito de la Filosofía del Derecho y de la Filosofía Política.

Derechos y Libertades se presenta al mismo tiempo como medio de expresión y publicación de las principales actividades e investigaciones que se desarrollan en el seno del Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba.

ÍNDICE

Nota del Director.....	11
------------------------	----

ARTÍCULOS

Sobre civilización, poder y Derecho. Una crisis existencial.....	17
<i>On civilization, power and Law. An existential crisis</i>	

JAVIER DE LUCAS MARTÍN

Los argumentos interpretativos de la intención del legislador: perfiles problemáticos.....	49
<i>The interpretative arguments from legislator's intention: troublesome profiles</i>	

FRANCESCA POGGI - FRANCESCA ASTA

Menores extranjeros en riesgo de apatridia: análisis de casos sobre el derecho a la identidad y a la nacionalidad.....	83
<i>Foreign minors at risk of statelessness: analysis of cases on the right to identity and nationality</i>	

IKER BARBERO

Tratamiento de categorías especiales de datos para la detección y corrección de sesgos en sistemas de ia de alto riesgo: ¿una medida de acción positiva?	113
<i>Processing special categories of personal data for the purpose of ensuring bias detection and correction in relation to the high-risk ai systems: an affirmative action measure?</i>	

ANNA CAPELLÀ I RICART

La necesaria articulación y optimización de los niveles de protección del derecho a la salud de las personas mayores.....	139
<i>The necessary articulation and optimization of the levels of protection of the right to health of older people</i>	

AÍDA DÍAZ-TENDERO - MARÍA DALLI ALMIÑANA

¿Qué era justicia en la antigüedad? Misharum, Mishpat y Dikē: diferentes términos para referirse a la reciprocidad en las relaciones sociales.....	171
<i>¿What was justice in ancient times? Misharum, Mishpat and Dikē: different words to refer to reciprocity in social relations</i>	

GUILLERMO AGUILLAUME GANDASEGUI

La donación de gametos en España. ¿Es necesaria una reforma legislativa?.....	205
<i>Gamete donation in Spain. Is a legislative reform necessary?</i>	

CRISTINA BLASI CASAGRAN - LAURA RABINAD LIZANO - EVGENIYA BORISOVA

Examen de los estándares aplicados para la determinación de regresividad de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en contextos de crisis económicas.....	241
<i>Analysis of the applied standards for assessing regressivity in economic, social, cultural, and environmental rights during economic crises</i>	

JORGE ALBERTO WITKER VELÁSQUEZ - REYES ENRIQUE VÁZQUEZ MAY

RECENSIONES

Ángeles SOLANES, Nacho HERNÁNDEZ, <i>Formas de combatir el racismo en las redes sociales.....</i>	275
EMILIA BEA PÉREZ	

Mauro BARBERIS, <i>L'incanto del mondo. Un'introduzione al pluralismo.....</i>	285
FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG	

Alessio LO GIUDICE, <i>El drama del juicio</i> , MIGUEL DE ASÍS PULIDO	293
Andrea PORCIELLO, <i>Filosofía dell'ambiente: Ontología, ética, diritto</i> PABLO SERRA-PALAO	305
Miguel ÁLVAREZ ORTEGA, <i>Oriente y los derechos: hinduismo, buddhismo y confucianismo</i> ANA VALERO HEREDIA	315
Oscar PÉREZ DE LA FUENTE, Jędrzej SKRZYPCZAK (eds.), <i>Bridging the Digital Divide: Perspectives on Inequality and Discrimination in the Digital Age</i> LUIS MIGUEL JARABA ANDRADE	321
David Enrique PÉREZ GONZÁLEZ, <i>Estatuto jurídico del Testamento Vital</i> RUBÉN MIRANDA GONÇALVES	335
Blanca RODRÍGUEZ RUIZ, Luísa WINTER PEREIRA (eds.), <i>Democracia no binaria. Reflexiones interdisciplinares sobre la des-sexualización de la ciudadanía</i> DANIEL J. GARCÍA LÓPEZ	345

NOTICIAS

Inauguración del curso académico 2025–2026 en el Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba de la Universidad Carlos III de Madrid	359
Seminario <i>Reflexiones sobre la libertad: un espacio para repensar la libertad en clave contemporánea</i>	363
Workshop internacional <i>Obligaciones legales y método jurídico</i> , Universidad Carlos III de Madrid, 9 de mayo 2025.....	365

28° Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Ciencia Política -IPSA-, Seúl, 12 al 16 julio 2025	369
CV de los participantes	373

LA NECESARIA ARTICULACIÓN Y OPTIMIZACIÓN
DE LOS NIVELES DE PROTECCIÓN
DEL DERECHO A LA SALUD DE LAS PERSONAS MAYORES*

THE NECESSARY ARTICULATION AND OPTIMIZATION OF THE LE-
VELS OF PROTECTION OF THE RIGHT TO HEALTH OF OLDER PEOPLE

AÍDA DÍAZ-TENDERO

Universidad Complutense de Madrid
<https://orcid.org/0000-0003-1990-6948>

MARÍA DALLI ALMIÑANA

Universitat de València
<https://orcid.org/0000-0003-1293-0769>

Fecha de recepción: 25-4-25

Fecha de aceptación: 9-7-25

Resumen: *El presente artículo examina los aspectos más relevantes de la regulación del derecho a la salud de las personas mayores en tres niveles de protección: el sistema universal (Naciones Unidas), los sistemas regionales europeo, interamericano y africano, y el ordenamiento jurídico español. El análisis toma en consideración no solo los textos normativos que reconocen específicamente el derecho a la salud de las personas mayores, sino también aquellos que, a falta de una regulación diferenciada, prevén la protección del derecho a la salud de manera genérica. A la luz de este estudio, concluimos que es necesario aprobar tanto una convención universal como una ley integral estatal que proteja el derecho a la salud y los demás derechos de las personas mayores, y que estas regulaciones deberán tener en cuenta las disposiciones de los instrumentos regionales vigentes.*

* Este artículo se ha realizado en el marco del Proyecto de I+D financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y fondos FEDER: "Tiempos y espacios de una justicia inclusiva. Derechos para una sociedad resiliente frente a los nuevos retos. IN_ JUSTICE". Ref. PID2021-126552OB-I00.

Abstract: *This paper examines the most relevant aspects of the regulation of the right to health for older people at three levels of protection: the universal system (United Nations), the European, Inter-American and African regional systems, and the Spanish legal system. The analysis considers not only the normative texts that specifically recognise the right to health for older persons, but also those that, in the absence of specific regulations, foresee the protection of health in a generic manner. In light of this study, we conclude that it's necessary to adopt both a universal convention and a comprehensive national law to protect the right to health and the other rights of this age group, and that these regulations must take into account the provisions of current regional instruments.*

Palabras clave: derecho a la salud, personas mayores, niveles de protección, no discriminación, derechos de los pacientes

Keywords: right to health, older persons, levels of protection, non-discrimination, patients' rights

1. INTRODUCCIÓN: LA SALUD DE LAS PERSONAS MAYORES DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS

La salud es un derecho humano fundamental cuya adecuada tutela resulta indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. La Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS) la define como el “estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”.

Por lo que respecta a las personas mayores, el contenido del derecho a la salud no solo comprende la satisfacción de las prestaciones de naturaleza curativa y preventiva orientadas a proteger su salud, sino también el aseguramiento de las condiciones que les permitan tomar decisiones informadas y autónomas sobre su estado físico y mental¹. Ambas dimensiones, la protección y la autonomía, son consideradas esenciales por el denominado Derecho gerontológico². Como señala Cangemi, el hecho de hablar de la protección de las personas mayores “no implica asumir un enfoque ‘paternalista’, porque la autonomía y la protección son interdependientes, y una

¹ A. DÍAZ-TENDERO, *Derechos humanos de las personas mayores*, Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM) – Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Ciudad de México, 2019.

² I. DORON, “Jurisprudential Gerontology: Theorizing the Relationships Between Law and Aging”, en V. L. BENGTONSON *et al.*, *Handbook of Theories of Aging*, Springer Publishing Company, Nueva York, 2009. Otros autores prefieren la utilización del término Derecho de la vejez, como M. I. DABOVE, *Derecho de la vejez. Fundamentos y alcance*. Astrea, Buenos Aires, 2021.

es ineficaz sin la otra”³. En términos similares, aunque no equivalentes, a la distinción entre autonomía y protección, Villarreal diferencia las vertientes colectiva e individual del derecho. Para este autor, la principal finalidad de la vertiente colectiva es lograr la máxima calidad de las prestaciones sanitarias mediante la erogación de recursos suficientes (fundamentalmente, gasto), mientras que la vertiente individual se centra en la garantía del acceso a los servicios de salud a través de diversas previsiones normativas, entre ellas la prohibición de la discriminación en la atención sanitaria que brindan las instituciones públicas y privadas⁴.

El derecho a la salud se enmarca en la categoría de los derechos económicos, sociales, culturales y medioambientales, derechos que, como es sabido, están estrechamente relacionados con el entramado institucional del Estado de Bienestar. Con respecto al tema que aquí es objeto de análisis, puede afirmarse que, en general, existe una correlación positiva entre el grado de envejecimiento de una sociedad, la universalidad de las políticas de bienestar (medida a través del análisis de la extensión de las coberturas y de la intensidad de las protecciones) y la amplitud de los derechos sociales que el ordenamiento jurídico reconoce a las personas mayores. En el marco del régimen de bienestar, el Estado es responsable de diseñar e implementar un sistema de salud de cobertura universal y de la mayor calidad posible. En el caso de que en el sistema de salud participen proveedores públicos y privados, el Estado debe regular los estándares mínimos de calidad de los servicios sanitarios que presten ambos tipos de entidades. Como observan Magnusson y colaboradores, “el derecho a la salud no impone necesariamente la obligación de que sea forzosamente el Estado el que proporcione directamente esos servicios”⁵. No obstante, en último término el Estado debe garantizar la idoneidad de las actividades que llevan a cabo los actores privados cuando

³ N.D. CANGEMI, “La Recomendación sobre la Promoción de los Derechos Humanos de las Personas Mayores del Consejo de Europa” en S. HUENCHUAN y L. RODRÍGUEZ PIÑERO (eds.), *Autonomía y dignidad en la vejez: teoría y práctica en políticas de derechos de las personas mayores*, Naciones Unidas, Ciudad de México, 2014, p. 32.

⁴ P.A. VILLARREAL, “El derecho a la salud en lo individual y en lo colectivo: la calidad en los servicios de salud a partir de *Poblete Vilches vs. Chile*” en M. MORALES y L. CLERICÓ (coords.), *Interamericanización del derecho a la salud. El caso Poblete de la Corte IDH bajo la lupa*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro – Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro, Querétaro 2018, pp. 279-314.

⁵ R. MAGNUSSON et al., *Advancing the Right to Health: The vital role of law*, Ginebra, Organización Mundial de la Salud, Ginebra, 2017, pp. 19 y 107.

brindan determinados servicios “cuyo interés público y oferta guarda relación con necesidades vitales, como es el caso de la salud”⁶.

Es preciso señalar que, desde el derecho internacional de los derechos humanos, el encuadre del derecho a la salud en la categoría de los derechos sociales nada dice de su jerarquía con respecto a otros tipos de derechos. Los principios de indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos denotan, precisamente, que la materialización de los derechos económicos, sociales y culturales es un prerrequisito para el pleno disfrute de los derechos civiles y políticos, y viceversa. Es cierto que, en comparación con los derechos civiles y políticos, los derechos sociales tienen en el ordenamiento español un estatus deficiente en lo que hace a su exigibilidad y su justiciabilidad. No obstante, y como veremos, esta carencia puede ser colmada a través de estrategias de tutela jurisdiccional indirecta.

Entre los derechos civiles que guardan relación con el derecho a la salud destacan el derecho a la no discriminación por razón de edad y el derecho a prestar consentimiento libre e informado en las actuaciones médicas que tengan implicaciones en la salud del interesado. En relación con el derecho a la no discriminación por razón de edad, la Organización Mundial de la Salud publicó en 2021 el Informe Mundial sobre Edadismo (*Global Report on Ageism*). En este texto, el fenómeno del edadismo⁷ es definido como el conjunto de estereotipos (cómo se piensa), prejuicios (cómo se siente) y discriminaciones (cómo se actúa) fundados en la edad que pueden repercutir negativamente en la vida de las personas⁸. El edadismo es, pues, una forma específica de discriminación. En el lenguaje coloquial, suele decirse que el edadismo, término acuñado por primera vez en 1969 por R. Butler, “es a las personas mayores –aunque también a los jóvenes– lo que el racismo es a las personas negras y el sexismo a las mujeres”⁹.

⁶ V. DE CURREA-LUGO, *La salud como derecho humano*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2005, p. 53, citado en P.A. VILLARREAL, “El derecho a la salud en lo individual y en lo colectivo: la calidad en los servicios de salud a partir de *Poblete Vilches vs. Chile*”, cit. p. 299.

⁷ Consúltense M^a C. BARRANCO, (2014), “Derechos humanos y vulnerabilidad. Los ejemplos del sexismo y del “Edadismo” en M^a C. BARRANCO, C. CHURRUCA (eds.), *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

⁸ Cfr. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Global report on ageism*, OMS, Ginebra, 2021. Disponible en: <https://www.who.int/es/teams/social-determinants-of-health/demographic-change-and-healthy-ageing/combating-ageism/global-report-on-ageism>

⁹ S. HUENCHUAN, “La discriminación por edad de la vejez: definiciones y alcances”, en S. HUENCHUAN (ed.), *Visión multidisciplinaria de los derechos humanos de las personas ma-*

En cuanto al derecho de toda persona mayor a manifestar su consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud, su regulación debe tomar en consideración las circunstancias en las que se encuentra la persona, entre ellas las situaciones de emergencia, la capacidad jurídica, el estado de salud, la autonomía personal y la integridad de la información. En este sentido, y como ha señalado el relator especial de las Naciones Unidas sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, en el trámite del consentimiento deben respetarse la autonomía, la libre determinación y la dignidad de la persona¹⁰.

Recientemente, la pandemia de COVID-19 ha visibilizado las deficiencias de las políticas públicas en materia de salud y de cuidados de larga duración para las personas mayores¹¹. Asimismo, la crisis sanitaria ha provocado la revictimización del colectivo de las personas mayores. En el ámbito europeo, la atención del área de la salud y la implementación de programas sociosanitarios son, sin duda, los principales retos que enfrentan las políticas públicas orientadas a proteger los derechos de las personas mayores, habida cuenta del envejecimiento de la población del continente¹². A nivel global, la Década del Envejecimiento Saludable (2021-2030), iniciativa de las Naciones Unidas encaminada a mejorar la vida de las personas mayores, constituye una oportunidad inmejorable para reflexionar sobre las transformaciones que reclaman los sistemas de salud, entre ellas la adopción de las medidas enderezadas a garantizar la cobertura universal y, por tanto, a impedir que las personas mayores queden excluidas de la atención sanitaria.

yores (LC/MEX/TS 2022/4), Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Santiago de Chile, 2022, p. 36.

¹⁰ S. CHARVEL y F. COBO, "Derecho a la salud; derecho al consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud; y derecho a la protección en situaciones de riesgo y emergencias humanitarias", en A. DÍAZ-TENDERO (coord.), *Manual para juzgar casos de personas mayores*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ciudad de México, 2022, pp. 349-396.

¹¹ Sobre el cuidado puede leerse el número especial de la revista *Oñati Socio-Legal Series*: L. NETO, A. COSTA y J. GRACIA (eds.) vol. 12, núm. 1, 2022. Disponible en línea: <https://opo.iisj.net/index.php/osls/issue/view/108>. Asimismo, F. FLORES, "El cuidado de las personas mayores: un derecho fundamental en ciernes", *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, núm. 33, 2022.

¹² A. DÍAZ-TENDERO, "Protección de derechos sanitarios y sociosanitarios de las personas mayores. Marco normativo europeo, interamericano y africano", en A. VON BOGDANDY *et al.* (eds.), *El futuro de la Unión Europea. Retos y desafíos*, Instituto Vasco de Administración Pública – Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, Vitoria, 2021.

El presente estudio analiza el marco normativo que regula el derecho a la salud de las personas mayores con el propósito de identificar los retos que es necesario abordar para lograr su adecuada protección. A tal efecto, se examinan las previsiones del sistema de protección de las Naciones Unidas, de tres sistemas regionales (el europeo, el interamericano y el africano) y del ordenamiento jurídico español, y se presta atención tanto a las regulaciones genéricas del derecho a la salud como a los instrumentos específicamente dedicados a los derechos de las personas mayores. En el ámbito estatal, consideramos relevante analizar el derecho de acceso a las prestaciones sanitarias sin discriminación y los derechos de los pacientes, derechos, estos últimos, relacionados con la protección de la salud, pero también con otros derechos fundamentales como el libre desarrollo de la persona, la protección de la intimidad personal y familiar, y el derecho a la información. Todos estos derechos estarán protegidos de una manera interdependiente y comprensiva en la Convención Internacional de Derechos de las Personas Mayores de las Naciones Unidas, cuya redacción ha sido anunciada en la resolución adoptada durante la 58ª sesión del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, celebrada este año en Ginebra.

2. ÁMBITO UNIVERSAL DE PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD DE LAS PERSONAS MAYORES

El primer instrumento internacional que hizo referencia a la salud desde la perspectiva de los derechos humanos fue la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (1946), texto cuyo preámbulo declara: “El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social”. En el mismo documento, la OMS adoptó su ya clásica definición de la salud, que hemos reproducido al inicio de estas páginas.

Dos años más tarde, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 proclamó, en su artículo 25, el derecho a la salud y a la atención sanitaria. Posteriormente, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (en adelante, PIDESC o el Pacto) reconoció el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental en su artículo 12. Según este precepto, a fin de asegurar la plena efectividad del derecho, los Estados miembros deben adoptar las siguientes medidas: a)

la reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) el mejoramiento en todos los aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; y d) la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia y servicios médicos en caso de enfermedad.

La Observación General N.º 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, Comité DESC), órgano que se encarga de la supervisión del cumplimiento del Pacto, resulta de gran utilidad para entender el contenido y las implicaciones del derecho a la salud para los Estados miembros, entre ellos España¹³. Este documento, que interpreta el artículo 12 del Pacto, pone de manifiesto la relación del derecho a la salud con los derechos a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación y a la igualdad.

De acuerdo con la Observación General N.º 14, el derecho a la salud comprende los siguientes derechos: a) el derecho a la salud materna, infantil y reproductiva; b) el derecho a la higiene en el trabajo y del medioambiente; c) el derecho a la prevención y el tratamiento de las enfermedades y la lucha contra ellas; y d) el derecho de acceso a establecimientos, bienes y servicios de salud. Por lo que respecta a la asistencia sanitaria, el derecho de acceso a establecimientos, bienes y servicios de salud incluye, entre otros componentes, el acceso igual y oportuno a los servicios de salud básicos preventivos, curativos y de rehabilitación, el tratamiento apropiado de las enfermedades, el suministro de medicamentos esenciales, y la participación de la población en las decisiones políticas relativas al derecho a la salud adoptadas en los ámbitos comunitario y nacional.

En la OG N.º 14, el Comité DESC también señala que la satisfacción del derecho a la salud debe estar revestida de las siguientes características: disponibilidad, accesibilidad, calidad y aceptabilidad de acuerdo con el contexto cultural. A modo de ejemplo, la accesibilidad exige que los establecimientos, bienes y servicios de salud sean accesibles para toda la población –incluyendo los sectores más vulnerables y marginados– sin discriminación alguna¹⁴. Esta característica incluye también el acceso a la información, es decir, el derecho a solicitar, recibir y difundir información en materia de salud.

¹³ COMITÉ DESC, Observación General N.º 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, E/C.12/2000/4, 2000.

¹⁴ M. DALLI, *Acceso a la asistencia sanitaria y derecho a la salud. El Sistema Nacional de Salud español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 66.

Además, la OG N.º 14 (§ 33) pormenoriza los deberes generales de los Estados derivados de los derechos reconocidos en el Pacto. A modo de ejemplo, entre los deberes de *respetar* figuran el de abstenerse de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas. La obligación de *proteger* integra el deber de adoptar medidas para proteger a todos los grupos sociales, en particular las mujeres, los niños, los adolescentes y las personas mayores. Por su parte, la obligación de *cumplir* o *garantizar* impone a los Estados la obligación de adoptar una política sanitaria de ámbito nacional acompañada de un plan detallado para el ejercicio del derecho a la salud.

En virtud de la obligación de progresividad, los Estados deben adoptar medidas para avanzar progresivamente en el cumplimiento del derecho a la salud, destinando a la consecución de ese objetivo el máximo de los recursos disponibles. Esta obligación supone también que los Estados parte del Pacto deben abstenerse de adoptar deliberadamente medidas regresivas de forma, esto es, que empeoren el nivel de disfrute existente del derecho a la salud¹⁵. Si los Estados adoptan medidas regresivas, deben demostrar que esos retrocesos están justificados.

De acuerdo con Añón, del examen de las Observaciones Generales del Comité DESC sobre el contenido y alcance de cada uno de los derechos del Pacto puede inferirse que los Estados miembros están obligados a acreditar los siguientes extremos: a) el respeto al contenido mínimo esencial del derecho; b) la existencia de un interés estatal legítimo y cualificado; c) el carácter necesario de la medida; d) la inexistencia de otras medidas menos restrictivas para el derecho en cuestión; e) la utilización del máximo de los recursos disponibles; f) la obligación de asegurar como mínimo los niveles esenciales de cada uno de los derechos del Pacto; g) la preservación o avance teniendo en cuenta la totalidad de los derechos del PIDESC; y h) la aprobación de la medida a través de una ley formal¹⁶.

La OG N.º 14 también hace referencia a las obligaciones básicas o mínimas. Si bien la obligación de progresividad en el cumplimiento del derecho a la salud deja a los Estados un margen razonable de tiempo para la implemen-

¹⁵ M. SEPÚLVEDA, "La interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la expresión 'progresivamente'", en Ch. COURTIS (ed.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 124.

¹⁶ M. J. AÑÓN, "¿Hay límites a la regresividad de derechos sociales?", *Derechos y Libertades*, núm. 34, 2016, p. 76.

tación de las medidas adecuadas, existen unas obligaciones de carácter mínimo que no deben dejar de cumplirse en ningún caso. Por tanto, las medidas regresivas que comporten la inobservancia de este tipo de obligaciones no están en ningún caso justificadas. Entre las obligaciones de carácter mínimo relativas al derecho a la salud, el Comité DESC menciona la garantía del derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, “en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados”.

Señalaremos, por último, que tanto la Observación General N.º 14 sobre el derecho a la salud como la Observación General N.º 6 –que aborda específicamente los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores– subrayan la importancia de que los Estados parte adopten un enfoque integrado de la protección de la salud que englobe la prevención, la curación y la rehabilitación. Concretamente, la OG N.º 14 dispone que:

estas medidas deberán basarse en reconocimientos periódicos para ambos sexos; medidas de rehabilitación física y psicológica destinadas a mantener la funcionalidad y la autonomía de las personas mayores; y la prestación de atenciones y cuidados a los enfermos crónicos y en fase terminal, ahorrándoles dolores evitables y permitiéndoles morir con dignidad¹⁷.

Otros textos de Naciones Unidas se han pronunciado en términos similares al Comité DESC. Además de los Principios de las Naciones Unidas a favor de las Personas de Edad (Asamblea General, resolución 46/1991), interesa destacar, por su importancia, la Resolución del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas (en adelante, CDHNU) sobre los derechos humanos de las personas de edad, de 6 de octubre de 2022¹⁸. En este documento, el CDHNU exhorta a todos los Estados a garantizar el disfrute pleno y equitativo de los derechos de las personas mayores, a adoptar medidas para luchar contra la discriminación, la negligencia, el abuso y la violencia, y a abordar las cuestiones relacionadas con la integración social y la asistencia sanitaria de las personas mayores. La relevancia de esta resolución radica en que es la primera que aborda específicamente el derecho a la salud de los mayores en el sistema de protección universal.

¹⁷ COMITÉ DESC, Observación General N.º 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, cit., § 25.

¹⁸ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, Los derechos humanos de las personas de edad (A/HRC/RES/51/4), 6 de octubre de 2022.

3. ÁMBITOS REGIONALES DE PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD DE LAS PERSONAS MAYORES

3.1. **Ámbito europeo de protección del derecho a la salud de las personas mayores**

3.1.1. *Consejo de Europa*

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), órgano jurisdiccional que controla la observancia del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (de aquí en más, CEDH) por parte de los Estados signatarios, no está facultado para conocer demandas directas sobre la violación de la mayoría de los derechos sociales, dado que, excepción hecha del derecho a no ser constreñido a trabajos forzados, el derecho de sindicación y el derecho a la educación, este instrumento internacional solo reconoce derechos civiles y políticos. No obstante, el Tribunal de Estrasburgo ha protegido el contenido de los derechos sociales no contemplados en su articulado –entre ellos, el derecho a la salud– indirectamente o por conexidad, al resolver asuntos en los que la parte actora alegaba la vulneración de derechos civiles y políticos sí previstos en el CEDH que guardan una estrecha relación con aquellos. Por ejemplo, en la sentencia del caso *Dodov c. Bulgaria*, de 17 de enero de 2008, el TEDH declaró que el Estado demandado había violado el derecho a la vida (artículo 2 CEDH) de una paciente de avanzada edad con un cuadro de Alzheimer (condición de salud) que desapareció de la residencia pública donde vivía y posteriormente falleció; el tribunal entendió que la vulneración se produjo a consecuencia de la conducta negligente del personal encargado de la vigilancia en el centro residencial. En otro caso destacable, *Farbtuhs c. Letonia*, la sentencia del TEDH, recaída el 2 de diciembre de 2004, determinó que el mantenimiento en prisión de un hombre de 84 años que presentaba un estado de salud deteriorado (era parapléjico y padecía varias afecciones crónicas e incurables) y la muy deficitaria satisfacción de sus necesidades básicas en el centro penitenciario resultaban abiertamente incompatibles con el derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes (artículo 3 CEDH)¹⁹.

¹⁹ L. JIMENA QUESADA, “Derechos relativos al bienestar y el cuidado de las personas mayores a la luz de los estándares evolutivos del sistema europeo”, *Política y Sociedad*, núm. 60 vol. 2, 2023.

En el marco del Consejo de Europa, el órgano que supervisa el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los derechos sociales reconocidos en la Carta Social Europea (1961, revisada en 1996), entre los que figura el derecho a la salud, es el Comité Europeo de Derechos Sociales. Sus resoluciones, emitidas a resultas del análisis de los informes anuales presentados por los Estados miembros o de la sustanciación de los procedimientos de reclamación, conforman una relevante doctrina jurídica de carácter acumulativo que arroja luz sobre el contenido y las implicaciones de los derechos de la Carta. Las disposiciones europeas más emblemáticas sobre los derechos humanos de las personas mayores –que tienen carácter vinculante– son el artículo 4 del Protocolo de 1988 a la Carta Social Europea de 1961 y el artículo 23 de la Carta Social Europea, cuya actual redacción fue adicionada en 1996. El tenor literal de ambos preceptos es el mismo:

Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las personas de edad avanzada a protección social, las Partes se comprometen a adoptar o a promover, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, medidas apropiadas orientadas, en particular:

- a permitir que las personas de edad avanzada sigan siendo miembros plenos de la sociedad durante el mayor tiempo posible, mediante:
 - a) recursos suficientes que les permitan llevar una vida digna y participar activamente en la vida pública, social y cultural;
 - b) la difusión de información sobre servicios y facilidades a disposición de las personas de edad avanzada, y las posibilidades que éstas tienen de hacer uso de ellos;
- a permitir a las personas de edad avanzada elegir libremente su estilo de vida y llevar una existencia independiente en su entorno habitual mientras lo deseen y les sea posible hacerlo, mediante:
 - a) la disponibilidad de viviendas adaptadas a sus necesidades y a su **estado de salud** o de ayudas adecuadas para la adaptación de su vivienda;
 - b) la **asistencia sanitaria** y los servicios que requiera su estado;
- a garantizar a las personas de edad avanzada que vivan en instituciones la asistencia apropiada, respetando su vida pri-

vada, y la participación en las decisiones que afecten a sus condiciones de vida en la institución.

Por su parte, la Recomendación (2014)² sobre la Promoción de los Derechos Humanos de las Personas Mayores del Comité de Ministros del Consejo de Europa suministra orientaciones específicas relativas a la aplicación de los derechos del CDEH y la Carta Social Europea en relación con las personas mayores. Aunque sea de manera sumaria, conviene detenerse en este documento, dado que contiene un elenco de pautas interpretativas que resultan determinantes para perfilar con precisión el alcance de la protección que aquellos instrumentos brindan a las personas de edad. En primer lugar, el § 29 de la Recomendación, encuadrado en su capítulo VI (“Asistencia”), se refiere en estos términos a tres dimensiones fundamentales como la disponibilidad y la accesibilidad de los servicios de salud y los cuidados de larga duración:

Los Estados miembros deberán adoptar las medidas apropiadas, incluidas medidas de prevención, para promover, mantener y mejorar la salud y el bienestar de las personas mayores. También deberán garantizar la disponibilidad y accesibilidad de una atención sanitaria adecuada y de una atención de calidad a largo plazo²⁰.

Cabe destacar que, más allá de la estricta dimensión de la protección de la salud, la Recomendación del Consejo de Europa también incorpora consideraciones referidas a los derechos civiles en el ámbito sanitario y a la segunda vertiente del derecho a la salud: la autonomía. Así, el documento aboga por la adopción de medidas que garanticen a las personas mayores el pleno disfrute de los derechos y libertades fundamentales sin ningún tipo de discriminación –a comenzar por el trato diferenciado y no justificable por razones de edad en los servicios de salud (§ § 6-8)–, y exhorta a los Estados miembros a proteger a las personas mayores de la violencia, el abuso y la negligencia intencionada o no intencionada en la esfera del hogar o en las instituciones, así como a detectar dichas faltas, investigarlas y repararlas en un tiempo razonable (§ §16-20). Por lo que respecta a las previsiones sobre la autonomía, la Recomendación insta a los Estados a asegurar la eficacia del derecho a la información y, específicamente, a velar por que las personas mayores dispongan de la suficiente información sobre sus derechos (§ 4) con el fin de que

²⁰ CONSEJO DE EUROPA, Recomendación CM/Rec(2014)2 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la promoción de los derechos humanos de las personas mayores, § 29.

puedan tomar decisiones sobre su estado de salud de manera independiente (§ 9) y, llegado el caso, tengan la posibilidad de delegar esta facultad en una tercera persona de su elección (§ 13). Adicionalmente, el capítulo VI. B aborda de manera específica el consentimiento informado en materia de salud. En este sentido, declara que los Estados deben garantizar a las personas mayores el derecho a decidir libremente si se someten o no a un tratamiento médico después de recibir la información adecuada y a interrumpir su consentimiento informado en cualquier momento (§ 36); asimismo, propone criterios de actuación en las siguientes situaciones: a) en caso de que la persona mayor no pueda otorgar el consentimiento informado, deberán tomarse en consideración los deseos que haya expresado (§ 37); b) si, debido a una afección mental o al deterioro físico causado por una enfermedad de otra índole, la persona mayor no está capacitada para prestar su consentimiento, la intervención médica solamente podrá llevarse a cabo después de que su representante legal o la autoridad correspondiente la hayan autorizado (§ 38); y c) en aquellas situaciones de emergencia en las que no resulta posible recabar el consentimiento, las intervenciones médicas deberán realizarse de manera inmediata y para beneficio de la salud de la persona mayor (§ 39).

3.1.2. Unión Europea

El derecho a la salud está reconocido en el artículo 35 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. No obstante, en el ámbito de la UE la materialización del derecho no se concreta en su justiciabilidad ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea –órgano que solo puede conocer de asuntos relacionados con el ejercicio de las competencias de la UE–, sino más bien en el despliegue de un conjunto de normas, iniciativas, programas, estrategias y planes de acción orientados a promover que los Estados miembros garanticen el derecho a la salud de forma coordinada.

En este sentido, por ejemplo, el artículo 168 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea dispone que en el diseño y la ejecución de las políticas de la Unión “se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana”. Por su parte, el principio núm. 16 del denominado Pilar Europeo de Derechos Sociales –declaración conformada por principios y derechos de naturaleza no vinculante que fue adoptada en 2017– declara que toda persona tiene derecho al acceso oportuno a una asistencia sanitaria asequible, de carácter preventivo y curativo y de buena calidad.

La UE está haciendo esfuerzos para optimizar la implementación de las previsiones del Pilar Europeo de Derechos Sociales, entre los que destaca la aprobación del Plan de Acción en 2021²¹. Por otra parte, la Comunicación de la Comisión sobre la Unión Europea de la Salud (2020) analizó la resiliencia, la accesibilidad y la eficacia de los sistemas sanitarios de la UE en la coyuntura de la pandemia y propuso la adopción de medidas dirigidas a mejorar la capacidad de los Estados miembros para responder a futuras crisis sanitarias, y a garantizar la disponibilidad y la accesibilidad de los recursos sanitarios. Además, la Comisión sigue avanzando en la ejecución de la Estrategia Farmacéutica para Europa y el Plan Europeo de Lucha contra el Cáncer.

En 2020, la UE presentó la Unión Europea de la Salud, un conjunto de acciones y políticas encaminadas a reforzar los sistemas sanitarios de los países miembros, hacer frente a los desafíos presentes y futuros y mejorar la salud de las personas. En esta línea, el programa UEproSalud para el período 2021-2027, establecido por el Reglamento (UE) 2021/522, de 24 de marzo, plantea la construcción de sistemas sanitarios resilientes con el fin de que en el futuro estén mejor preparados para afrontar eventuales crisis motivadas por la propagación de enfermedades infectocontagiosas. Las instituciones europeas también están impulsando los dos objetivos principales de la Estrategia mundial de la UE en materia de salud: reforzar los sistemas sanitarios y avanzar hacia la cobertura sanitaria universal.

En las iniciativas de la UE a las que acabamos de hacer referencia no hay ninguna mención concreta al derecho a la salud de las personas mayores. Este silencio no debe interpretarse necesariamente como una omisión, dado que en 2021 la UE hizo público el *Libro Verde sobre el Envejecimiento*, documento específicamente dedicado a las personas mayores que lleva este significativo subtítulo: fomentar la solidaridad y la responsabilidad entre generaciones. En el texto del Libro Verde, la Comisión reconoce que la inversión de la pirámide demográfica y el cambio climático tendrán implicaciones en la salud de las personas mayores, y propone abordar estos retos a través de una respuesta política integral enfocada en el refuerzo de las infraestructuras ambulatorias y de cuidados comunitarios, y el aprovechamiento de los avances tecnológicos para ofrecer nuevos servicios y tratamientos. En todo caso, es preciso anotar que el Libro Verde dedica más atención a cuestiones

²¹ COMISIÓN EUROPEA, *Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales*, COM (2021) 102, 2021.

tales como los cuidados de larga duración o la vida laboral de los mayores que a la salud.

En relación con los avances tecnológicos en el ámbito de la salud, la UE ha apostado por la paulatina implementación de la llamada *eHealth* o salud digital. A pesar de que la introducción de tecnologías punteras en la prestación de servicios sanitarios puede ofrecer muchas ventajas, no deben soslayarse los riesgos y desafíos que lleva aparejados, entre ellos la *discriminación digital* o el acceso no autorizado a datos sensibles en determinados trámites, como la petición citas médicas, o en las consultas en línea o por vía telefónica.

En este sentido, no hay que olvidar que la sociedad digitalizada tiende a excluir a las personas que no saben manejar las nuevas tecnologías, circunstancia que afecta a muchas personas mayores. Además, los mayores conforman uno de los grupos de población mayoritarios en las zonas rurales, donde las herramientas de salud digital parecen ser más prometedoras debido a la distancia geográfica que suele haber entre estas áreas y los hospitales o centros de salud, aunque esto no significa que no sea conveniente reforzar los servicios de salud presenciales en los territorios no urbanos. A este respecto, el que fuera relator especial de las Naciones Unidas sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, Philip Alston, alertó durante su mandato de los riesgos del Estado del bienestar digital. Según Alston, la digitalización de los sistemas de bienestar se utiliza muy a menudo para recortar las partidas presupuestarias destinadas a financiar las políticas de bienestar, reducir el personal o los beneficiarios, eliminar algunas prestaciones sanitarias o introducir condiciones de elegibilidad más severas o exigentes para acceder a los servicios²².

En síntesis, la UE está impulsando numerosas iniciativas en materia de salud. A pesar de que las competencias más importantes en materia sanitaria siguen en manos de los Estados miembros, la UE dispone de márgenes de acción para solucionar los asuntos que los Estados miembros no pueden solucionar por sí solos y dar respuesta a determinados problemas que afectan a más de un Estado.

²² ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Digital Welfare State*, informe A/74/48037, 2019.

3.2. Otros ámbitos supranacionales de protección del derecho a la salud de las personas mayores: el sistema interamericano y el sistema africano

Son varios los instrumentos del sistema interamericano que en el pasado reciente han contemplado de forma más o menos embrionaria el derecho a la salud de las personas mayores. Así, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador (1988), cuyo artículo 17 reconoce el derecho de las personas mayores a la atención médica especializada; la Estrategia Regional de implementación para América Latina y el Caribe del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento (2002); y la Declaración de Brasilia (2007). Este itinerario de paulatina toma en consideración de los mayores culminó en 2015 con la firma de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (en adelante, CIPDHPM), el primer instrumento internacional focalizado en la protección de los derechos humanos de este colectivo. La CIPDHPM, que tiene carácter vinculante, entró en vigor en 2017, cuando se produjo la segunda ratificación, y hoy suma las diez ratificaciones necesarias para la activación de los mecanismos de seguimiento.

El sistema africano de derechos humanos cuenta también con un instrumento específico de protección de los derechos de las personas mayores de carácter vinculante, el Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los Derechos de las Personas Mayores en África (en lo sucesivo, PDPMA), documento firmado en Addis Ababa en 2016. A la fecha, cuenta con once ratificaciones de las quince requeridas para su entrada en vigor.

Volviendo al sistema interamericano, cabe señalar que el artículo 19 de la CIPDHPM regula exhaustivamente el derecho a la salud en sus quince incisos. Los aspectos más destacables del precepto son los siguientes: 1) la relevancia atribuida a la medicina tradicional, alternativa y complementaria, que es mencionada en dos incisos (a y k); 2) la alusión en términos propositivos al envejecimiento activo, paradigma que ha tenido diversas denominaciones a lo largo de la historia de la gerontología y que sigue siendo uno de los modelos de envejecimiento más pujantes (inciso b); 3) la referencia a la salud sexual y reproductiva de las personas mayores y la exigencia de que los Estados signatarios se comprometan a implementar servicios de salud ase-

quibles y de calidad para tratar, también, las enfermedades de transmisión sexual de este grupo etario (inciso f); 4) el establecimiento del objetivo de mejorar el estado nutricional de las personas mayores (inciso g); 5) la necesidad de promover el desarrollo de servicios sociosanitarios para el tratamiento de enfermedades que generan dependencia, como las crónico-degenerativas, las demencias y la enfermedad de Alzheimer (inciso h); 6) el fomento de la investigación sobre los cuidados paliativos y la adopción de medidas orientadas a hacer posible el acceso a los servicios que los brindan (incisos j, l); 7) y el mandato a los Estados parte de asegurar la disponibilidad y el acceso a los medicamentos reconocidos como esenciales por la Organización Mundial de la Salud, “incluyendo los fiscalizados necesarios para los cuidados paliativos” (inciso m).

En el sistema africano, el PDPMA impone a los Estados parte las siguientes obligaciones: garantizar el acceso de las personas mayores a los servicios de salud; tomar medidas tendentes a facilitar la cobertura de seguro médico para las personas mayores con los recursos disponibles; e incluir la geriatría y la gerontología en la formación del personal sanitario (art. 15 del Protocolo). También la CIPDHPM contempla la formación del personal médico en su artículo 19, inciso i, que establece que los Estados parte deben “fortalecer las capacidades de los trabajadores de los servicios de salud [...] en relación con la atención de la persona mayor”.

Ambos instrumentos reconocen otros derechos fundamentales estrechamente relacionados con el derecho a la salud. Mencionaremos, en primer lugar, el derecho a la no discriminación por razón de edad. La Convención Interamericana consagra la prohibición de la discriminación por razón de edad de manera genérica (artículo 5) y específica (“la persona mayor tiene derecho a su salud física y mental, sin ningún tipo de discriminación”, art. 19). El Protocolo africano también prohíbe expresamente la discriminación y exhorta a los Estados signatarios a adoptar medidas orientadas a eliminar los estereotipos sociales y culturales que marginan a las personas mayores (art. 3 del PDPMA).

Por lo que hace a la dignidad, la vida y la integridad física, la Convención Interamericana reconoce el derecho a la vida y a la dignidad en la vejez en su artículo 6, mientras que el Protocolo a la Carta Africana parece limitar el ámbito subjetivo de protección, dado que solo hace referencia a las mujeres mayores; concretamente, su artículo 9 insta a los Estados parte a protegerlas de la violencia, el abuso sexual y la discriminación por razón de género.

Con respecto al derecho a prestar consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud, la Convención Interamericana lo regula pormenorizadamente en su artículo 11; adicionalmente, el inciso n del artículo 19 exhorta a los países signatarios a garantizar a las personas mayores el acceso a la información contenida en sus expedientes personales, ya sean físicos o digitales. Por su parte, el instrumento africano establece el derecho a tomar decisiones (art. 5 del Protocolo) sobre el propio bienestar sin interferencias indebidas de ninguna persona o entidad, aunque no alude explícitamente al ámbito de la salud.

La pandemia de COVID-19 ha puesto de manifiesto la necesidad de proteger los derechos humanos –entre ellos, evidentemente, el derecho a la salud– en coyunturas críticas como los enfrentamientos bélicos, las crisis sanitarias o las emergencias humanitarias. En este sentido, el instrumento interamericano dispone que los Estados parte tomarán todas las medidas necesarias para garantizar la integridad y los derechos de las personas mayores en determinadas situaciones de riesgo (conflictos armados, emergencias humanitarias y desastres) de conformidad con el Derecho internacional humanitario (art. 29 de la CIPDHPM). También el instrumento africano acoge una disposición que prevé la protección de las personas mayores en situaciones de conflicto y desastre, y que remarca la necesidad de asegurar que en estos episodios “no se les deje sin asistencia médica y cuidado” (art. 14 del PDPMA).

Cabe señalar, finalmente, que el artículo 8 del Protocolo a la Carta Africana alude a la protección de la salud de las mujeres mayores que puedan verse afectadas por el abuso y las prácticas tradicionales dañinas –por ejemplo, las acusaciones de brujería–, previsión que no tiene equivalente en la Convención Interamericana.

Cuadro 1. Derechos de las personas mayores en el ámbito sanitario (CIPDHPM y PDPMA)

Derechos Protegidos	Convención Interamericana (2015)	Protocolo Africano (2016)
Igualdad y no discriminación por razón de edad	art. 5	art. 3
A la seguridad y a una vida sin ningún tipo de violencia (abandono, negligencia)	art. 9	art. 9
A brindar consentimiento libre e informado (salud)	art. 11	art. 5
A la libertad de expresión y de opinión y al acceso a la información	art. 14	art. 5
A la salud	art. 19	art. 15
A recibir asistencia médica en situaciones de conflicto y desastre	art. 29 (derechos humanos en general)	art. 14
A la protección del abuso derivado de prácticas tradicionales dañinas		art. 8

Fuente: elaboración propia con base en la CIPDHPM (2015) y el PDPMA (2016)

Por lo que respecta a la jurisprudencia en materia de derecho a la salud de las personas mayores, el caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile*, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 2018, constituye un hito, dado que por primera vez la Corte se pronunció directamente sobre el derecho a la salud de las personas mayores. En la sentencia, el tribunal interamericano analizó los hechos bajo la óptica de la prohibición de discriminación por razón de edad. Se trata de una de las primeras sentencias que protege derecho social –en este caso, la salud– a través de la justiciabilidad directa y no por conexidad con derechos de índole civil.

4. ÁMBITO NACIONAL DE PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD DE LAS PERSONAS MAYORES EL CASO ESPAÑOL

En el ordenamiento jurídico español no hay un cuerpo legal de ámbito estatal que regule de manera diferenciada los derechos de las personas mayores. Algunos territorios autonómicos –tal es el caso de Andalucía y Castilla y León– han aprobado leyes específicas sobre la protección de las personas mayores que incluyen en su articulado disposiciones sobre la salud. Así, la Ley 6/1999, de 7 de julio, de Atención y Protección a las Personas Mayores, de la Comunidad Autónoma de Andalucía²³ contiene en su artículo 21 una serie de previsiones relativas a la atención sanitaria; por ejemplo, la necesidad de evitar el uso abusivo de medicamentos en los tratamientos sanitarios dispensados a los miembros de este grupo poblacional; además, el título V de la misma ley regula la coordinación sociosanitaria. Por su parte, la Ley 5/2003, de 3 abril de 2003, de atención y protección a personas mayores de Castilla y León reconoce, en su artículo 10, el derecho a la protección de la salud²⁴ y aborda otros aspectos como la promoción del envejecimiento saludable y la prevención, la recuperación de la autonomía, la multidisciplinariedad de la atención y la coordinación sociosanitaria²⁵.

Las leyes autonómicas en materia de servicios sociales también suelen incluir preceptos específicos relativos a la atención de la salud que, en términos generales, versan sobre la coordinación sociosanitaria. Ejemplo de ello es el artículo 51 de la Ley 3/2019, de 18 de febrero, de servicios sociales inclusivos de la Comunitat Valenciana²⁶. Asimismo, los artículos 11 y 12 de la Ley 3/1996, de 11 de julio, de participación de las personas mayores y de la solidaridad entre generaciones de Canarias²⁷, enumeran una serie de actuaciones en el ámbito de la salud, como el mantenimiento y la mejora de la capacidad mental, la prevención de caídas y la evitación del abuso de medicamentos.

²³ Ley 6/1999, de 7 de julio, de Atención y Protección a las Personas Mayores, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, Boletín Oficial del Estado, núm. 233, de 29 de septiembre de 1999.

²⁴ Ley 5/2003, 3 abril 2003, de atención y protección a personas mayores de Castilla y León, Boletín Oficial del Estado, núm. 108, de 6 de mayo de 2003.

²⁵ Para acceder a más información sobre el envejecimiento saludable y otras cuestiones relativas al derecho a la salud, puede leerse el cuaderno de HelpAge España, *El derecho de las personas mayores a la salud y a la calidad de vida*, 2021, Fundación Helpage España, Madrid, 2022.

²⁶ Ley 3/2019, de 18 de febrero, de servicios sociales inclusivos de la Comunitat Valenciana, Boletín Oficial del Estado, núm. 61, de 12 de marzo de 2019.

²⁷ Ley 3/1996, de 11 de julio, de participación de las personas mayores y de la solidaridad entre generaciones de Canarias, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 188, de 5 de agosto de 1996.

A continuación, retomamos el ámbito estatal para analizar, en primer término, el derecho de acceso a las prestaciones sanitarias sin discriminación.

4.1. Derecho de acceso a las prestaciones sanitarias sin discriminación

La Constitución española de 1978 reconoce el derecho a la protección de la salud, en el artículo 43, como uno de los principios rectores de la política social y económica. La inclusión del derecho en el Capítulo tercero del Título I tiene consecuencias en relación con las garantías que acompañan a este derecho, entre ellas las judiciales. Así pues, de acuerdo con el artículo 53 CE, estos derechos informarán a la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, y podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con las leyes que los desarrollen. No podrán, sin embargo, ser alegados directamente ante el Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo, si bien cabe vincular el derecho con la garantía de otros derechos justiciables constitucionalmente, como la no discriminación o el derecho a la vida e integridad física, reconocidos en los artículos 14 y 15 CE, respectivamente, y plenamente justiciables. De esta forma, a la luz del artículo 14 CE, que consagra el principio de igualdad, la discriminación debe quedar excluida del desarrollo normativo del derecho a la salud y de la prestación de los servicios sanitarios.

A pesar de que el texto constitucional no menciona expresamente la edad entre los motivos prohibidos de discriminación, el Tribunal Constitucional ha declarado que “la edad es uno de los factores a los que alcanza la prohibición constitucional de fundar en ellos un tratamiento diferenciado que no se acomode a las rigurosas exigencias de justificación y proporcionalidad”²⁸. La prohibición de la discriminación por razón de edad no excluye la posibilidad de implementar normas y medidas de acción afirmativa que prevean un trato diferenciado a las personas mayores cuya finalidad pueda reputarse legítima, como de hecho ocurre en el ámbito del empleo. En otros términos, lo que prohíbe el principio constitucional de no discriminación son los tratamientos diferenciados arbitrarios, no razonables y carentes de justificación. En todo caso, algunos autores – entre ellos, Giménez Gluck – han señalado que en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional la interpretación del juicio de igualdad es menos estricta cuando atañe a la edad que cuando el objeto de escrutinio es otro motivo prohibido²⁹.

²⁸ SSTC 69/1991, de 8 de abril (FJ 4); y 63/2011, de 16 de mayo (FJ 4).

²⁹ D. GIMÉNEZ GLUCK, “Igualdad y no discriminación de las personas mayores”, *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, núm. 34, p. 70.

El derecho de acceso a las prestaciones sanitarias sin discriminación de las personas mayores que vivían en residencias geriátricas se vio gravemente afectado durante los primeros meses de la pandemia de COVID-19, dado que muchas de ellas no fueron trasladadas a centros hospitalarios a pesar de que habían contraído la enfermedad³⁰; de acuerdo con los datos reportados por las comunidades autónomas hasta el 23 de junio de 2020, aproximadamente, 20 268 personas fallecieron por COVID-19 en estos centros³¹. Diversas recomendaciones de sociedades médicas (entre las que destacaron las de la Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias) y algunos protocolos autonómicos como los de la Comunidad de Madrid o el Protocolo del Servicio de Emergencias Médicas del Departamento de Salud de la Generalitat de Catalunya establecieron priorizaciones para acceder a los recursos sanitarios basadas en la edad, la discapacidad y el estado de salud de la persona enferma³². Semejantes criterios de selección comprometían el cumplimiento del ordenamiento jurídico, en especial la prohibición de discriminación que se produzca por estos motivos. Además, la discriminación tiene efectos especialmente perjudiciales si las personas afectadas se encuentran en situación de vulnerabilidad por razón de discapacidad, género, exclusión social y edad³³. Con relación al concepto de vulnerabilidad debe introducirse el de la fragilidad, entendiendo que ésta es multidimensional (físico, psicológico, social y medioambiental), no debe estar vinculada con la edad (para evitar el reforzamiento de estereotipos), debe considerar el contexto individual y las percepciones subjetivas; así como los insumos de los factores individuales y medioambientales³⁴.

³⁰ Sobre este episodio trágico, vid. M. RICO, *Vergüenza. El escándalo de las residencias*, Planeta, Barcelona, 2020.

³¹ MINISTERIO DE DERECHOS SOCIALES Y AGENDA 2030, *Informe del Grupo de Trabajo Covid-19 y residencias*, 2020, p. 13.

³² Vid. F. FLORES, "Derechos de las personas mayores y discriminación en las residencias geriátricas durante la pandemia de la Covid 19", *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, núm. 34, 2023, pp. 206-229; y M. DALLI, "Residencias, hospitales y personas mayores durante la COVID-19: estudio desde la afectación de derechos fundamentales", *Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público*, vol. 71, núm. 1, 2023, pp. 161-197.

³³ D. BLÁZQUEZ MARTÍN (coord.), *Los derechos de las personas mayores: perspectivas sociales, jurídicas, políticas y filosóficas*, Dykinson, Madrid, 2007.

³⁴ M. MARKLE-REID y G. BROWNE (2003), "Conceptualizations of frailty in relation to older adults", *Journal of Advanced Nursing*, vol. 44 núm.1, 2003, pp. 58-68. [doi: 10.1046/j.1365-2648.2003.02767.]

Como acabamos de señalar, la legislación vigente contempla de manera expresa la prohibición de discriminación por razón de la edad. En el ámbito de la atención sanitaria, el artículo 6.1 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, prohíbe la discriminación por razón de edad y de discapacidad, entre otros motivos. Por tanto, solo podrán considerarse legítimas aquellas diferenciaciones que deriven del tratamiento médico o de limitaciones de carácter objetivo³⁵. El artículo 15.2 de la recientemente aprobada Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación complementa esta previsión. El tenor literal de este precepto es el siguiente: “Nadie podrá ser excluido de un tratamiento sanitario o protocolo de actuación sanitaria por la concurrencia de una discapacidad, por encontrarse en situación de sinhogarismo, por la edad, por sexo o por enfermedades preexistentes o intercurrentes, salvo que razones médicas debidamente acreditadas así lo justifiquen”.

Por lo que respecta a la cobertura, puede afirmarse que la legislación sanitaria ha ido ampliándola progresivamente a lo largo de las últimas décadas, si bien, como vamos a ver, ha habido algún retroceso significativo. La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, atribuye la titularidad del derecho a la protección de la salud a todos los españoles y a los ciudadanos extranjeros que tengan su residencia en el territorio nacional, y establece que los extranjeros no residentes en España y los españoles que se encuentren fuera del país serán titulares en la forma en que dispongan las leyes y los convenios internacionales³⁶. El artículo 3.2 de la misma ley prevé la extensión de la asistencia sanitaria pública a la población española y agrega que “el acceso y las prestaciones sanitarias se realizarán en condiciones de igualdad efectiva”.

La Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud amplió el acceso a la asistencia sanitaria pública a los extranjeros, a los nacionales de los Estados de la Unión Europea y a las personas que tienen derechos reconocidos por las leyes, los tratados y los convenios internacionales³⁷. Por su parte, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración

³⁵ F. FLORES, “Derechos de las personas mayores y discriminación en las residencias geriátricas durante la pandemia de la Covid 19”, cit.

³⁶ Ley Orgánica 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, Boletín Oficial del Estado, 29 de abril de 1986, artículo 1.2 y 3.

³⁷ Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, Boletín Oficial del Estado, 29 de mayo de 2003, núm. 128, artículos 2.b y 3.1.

social reconoció la titularidad del derecho a los extranjeros que estuvieran empadronados³⁸. Posteriormente, la ya citada Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, introdujo el principio de equidad, en virtud del cual “las políticas, planes y programas que tengan un impacto en la salud de la población promoverán la disminución de las desigualdades sociales en salud”, y reafirmó la prohibición de la discriminación en el acceso a los recursos sanitarios por cualquier condición o circunstancia personal o social³⁹.

El retroceso más importante se produjo cuando el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, reformó tanto la Ley Orgánica 4/2000 como la Ley 16/2003⁴⁰. Esta modificación supuso una restricción de la extensión subjetiva del derecho a la asistencia sanitaria. Por una parte, introdujo las categorías de asegurados y de beneficiarios, así como ciertos requisitos de acceso inspirados en la filosofía bismarckiana (o aseguradora) de asistencia sanitaria que erosionaban la universalidad de nuestro sistema. Por otra parte, limitó la cobertura sanitaria de los extranjeros en situación administrativa irregular a tres supuestos: urgencias, embarazo y minoría de edad.

El Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio⁴¹, modificó la Ley 16/2003 y revirtió la orientación regresiva y antiuniversalista del Real Decreto-ley 16/2012. De acuerdo con esta nueva reforma, el derecho de acceso al Sistema Nacional de Salud se reconoce a las personas de nacionalidad española y a las personas extranjeras que tengan establecida su residencia en el territorio español. Específicamente, la nueva regulación reconoce la titularidad del derecho a las personas extranjeras con residencia legal y habitual en el territorio español que *no tengan la obligación de acreditar la cobertura obligatoria por otra vía*. Adicionalmente, dispone que las personas extranjeras que todavía no residen legalmente en España podrán beneficiarse de la cobertura sanitaria siempre que no tengan la obligación de acreditarla por otra vía, no puedan exportar su derecho de cobertura sanitaria desde sus países de origen y no exista un tercero obligado al pago.

³⁸ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, Boletín Oficial del Estado, 12 de enero de 2000, núm. 10, artículo 12.1.

³⁹ Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, artículos 3 a) y 6.1, disposición adicional sexta.

⁴⁰ Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, Boletín Oficial del Estado, 24 de abril de 2012, núm. 98.

⁴¹ Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud, Boletín Oficial del Estado, 30 de julio de 2018, núm. 183.

Estas previsiones plantean problemas para las personas extranjeras que, aun teniendo la residencia legal en España, la hubieran obtenido tras cumplir el requisito de suscribir un seguro privado de salud contemplado en la normativa de extranjería. Es el caso, por ejemplo, de los familiares reagrupados, que con frecuencia son personas mayores, padres o madres de personas ya residentes en España⁴². En relación con esta cuestión, el Tribunal Supremo ha entendido que estos familiares reagrupados ya tendrían cubierta la asistencia sanitaria obligatoria por una vía diferente a la del Sistema Nacional de Salud, de modo que, aunque se encuentren residiendo legalmente en España, no tienen reconocido del derecho a la protección de la salud en el sistema público⁴³.

Este y otros supuestos ponen de manifiesto que, a pesar de que el Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, constituye un avance hacia la cobertura sanitaria universal, todavía es necesario introducir algunos cambios para extenderla a todos los grupos de la población. El abordaje de estas aristas pendientes fue intentado por un proyecto de ley⁴⁴ que preveía que las autoridades no solicitarían la suscripción de un seguro privado a los familiares ascendientes reagrupados, en atención a las dificultades que enfrentan las personas mayores para costear una póliza privada. Mientras llegan estas reformas, es conveniente que las personas extranjeras sin cobertura sanitaria pública que deseen tener acceso suscriban el convenio especial con el Sistema Nacional de Salud, figura jurídica que garantiza la asistencia sanitaria a cambio del pago de una cuota mensual.

4.2. Derechos de los pacientes

La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, enumera, en su artículo 10, una serie de derechos de los pacientes, entre ellos el derecho a la información sobre los servicios sanitarios, a la confidencialidad de la información, a la asignación de un médico, a la participación en las actividades sanitarias o el derecho a la reclamación y a la propuesta de sugerencias.

⁴² La norma que hace referencia al seguro de salud es el artículo 54.1 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

⁴³ Cfr. STS1769/2019, de 13 de mayo.

⁴⁴ Proyecto de Ley por la que se modifican diversas normas para consolidar la equidad, universalidad y cohesión del Sistema Nacional de Salud, Boletín Oficial de las Cortes Generales, núm. 110-1, 24 de junio de 2022.

Sin embargo, hasta 2002 no se aprobó una ley específica de ámbito nacional sobre los derechos de los pacientes. La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, regula de forma detallada el derecho a la información sanitaria, el derecho a la intimidad, el respeto a la autonomía del paciente, el consentimiento informado, y los derechos relacionados con la historia clínica, entre otros.

Las leyes autonómicas también desarrollan los derechos de los pacientes en sus respectivos ámbitos territoriales. A título ilustrativo, la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid, reconoce en su artículo 27 el derecho a la información veraz –que incluye el derecho a no ser informado–, el derecho a la privacidad y a la confidencialidad de los datos, el derecho a otorgar el consentimiento y a conocer la identidad del médico, el derecho a la libre elección del médico y el derecho a la libre voluntad del paciente en el proceso de morir⁴⁵. Por su parte Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de Salud de la Comunitat Valenciana, reconoce en sus artículos 40 a 41 los derechos relativos la intimidad, la información, el consentimiento informado, la libre elección de médico, las voluntades anticipadas, el acceso a la historia clínica, la formulación de sugerencias y quejas, la segunda opinión, la atención personalizada o el acompañamiento⁴⁶.

Entre los derechos de los pacientes, destaca en primer lugar el derecho a la información. El artículo 4.1 de Ley 41/2002 dispone: “Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma”. Es decir, los pacientes tienen derecho a recibir información accesible, comprensible y exhaustiva sobre su estado de salud cuando sean objeto de cualquier actuación médica. Por regla general, la información se suministrará verbalmente y se dejará constancia de ella en el historial del paciente. La información comprenderá, como mínimo, los siguientes extremos: la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias. La ley reconoce asimismo el

⁴⁵ Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid, Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid, núm. 306, 26 de diciembre de 2001.

⁴⁶ Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de la Generalitat, de Salud de la Comunitat Valenciana, Diario Oficial de la Comunidad Valenciana, núm. 7434, 31 de diciembre de 2014. Otras leyes autonómicas son, entre otras, la Ley Foral 17/2010, de 8 de noviembre, de derechos y deberes de las personas en materia de salud en la Comunidad Foral de Navarra; la Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud; o la Ley del Principado de Asturias 7/2019, de 29 de marzo, de Salud.

derecho de todos los pacientes a no ser informados (el “derecho a no saber”). A este respecto, hay que señalar que, en el caso de las personas mayores, no es infrecuente que en la práctica médica el derecho a no saber se confunda con la bienintencionada ocultación de la información y que los facultativos solo den cuenta del estado del enfermo a los familiares, o que se infantilice a la persona mayor para evitarle preocupaciones. Estos comportamientos, generalmente basados en estereotipos, deben ser evitados en la medida de lo posible, dado que la información es esencial para que el paciente participe en la toma de decisiones que afectan a su salud.

El derecho a decidir sobre la propia salud también forma parte de la nómina de los derechos del paciente. La Ley 41/2002 regula el consentimiento informado en su artículo 8. Este precepto dispone que el paciente debe consentir de forma libre e informada toda actuación que pueda afectar a su salud. A tal efecto, debe ser informado de las consecuencias de la intervención, de los riesgos relacionados con sus circunstancias personales, de los riesgos probables en condiciones normales y de las contraindicaciones del tratamiento. El artículo 9 prevé que no será necesario recabar el consentimiento informado en determinados casos; por ejemplo, en las actuaciones orientadas a prevenir enfermedades infectocontagiosas, en situaciones de urgencia vital y en ciertos estados de necesidad terapéutica en los que el médico puede actuar sin brindar información previa al paciente si esta perjudica a su salud⁴⁷. El consentimiento informado implica, también, el derecho a revocarlo, es decir, a renunciar a los tratamientos ya iniciados.

El artículo 11 regula el denominado “documento de instrucciones previas”, escrito en el que la persona mayor de edad, siendo capaz y libre, manifiesta de forma anticipada su voluntad sobre los cuidados y los tratamientos que desea recibir en el caso de que llegue a circunstancias en las que no sea capaz de expresarla. Este documento es confidencial y prevalece sobre la opinión de los familiares⁴⁸. En situaciones de riesgo vital, el paciente puede plasmar sus instrucciones en cualquier soporte, y el médico deberá registrarlas en la historia clínica del paciente. En otro caso, las instrucciones se inscriben en el registro correspondiente de cada comunidad autónoma. Deberán realizarse por escrito, ante notario, con tres testigos mayores de edad, y en

⁴⁷ FUNDACIÓN FERNANDO POMBO, *Derecho a la salud: Consentimiento informado*, Universidad de Alcalá – Fundación Grandes Amigos, 2019 p. 5.

⁴⁸ FUNDACIÓN FERNANDO POMBO, *Derecho a la salud: Documento de instrucciones previas*, Universidad de Alcalá – Fundación Grandes Amigos, 2019, p. 4.

los servicios de atención al paciente de los centros de salud, aunque el procedimiento puede variar según la comunidad autónoma.

El derecho a la información integra asimismo el derecho del paciente a pedir una segunda opinión médica si desea disponer de un parámetro de contraste para tomar una decisión con toda la información posible. La petición de una segunda opinión es distinta al cambio de médico, dado que consiste en solicitar un informe a un segundo médico para que este se pronuncie sobre el diagnóstico y la propuesta terapéutica, pero no supone que el paciente quede desvinculado de la primera consulta en la que haya sido atendido. Este derecho está reconocido en el artículo 4.a) de la Ley 16/2003, que impone a las instituciones el deber de velar por la efectividad de los derechos a la libre elección de facultativo y a pedir una segunda opinión en los términos que establezcan las leyes de las comunidades autónomas. Aunque habrá que estar a la regulación autonómica que resulte aplicable en cada caso, la segunda opinión médica puede ser solicitada por el paciente, sus familiares, su cónyuge o pareja de hecho, o cualquier otra persona autorizada expresamente por el paciente⁴⁹.

Destacaremos, finalmente, el derecho del paciente a estar acompañado en el final de la vida y a la muerte digna. Aunque el significado atribuido al sintagma ‘derecho a la muerte digna’ depende de la concepción de la dignidad de cada persona, en términos generales se entiende que aquel concepto engloba el derecho del paciente a morir sin dolor, a morir en el propio domicilio si así lo desea –o en el hospital, si es su elección– y a estar acompañado por sus familiares o amigos. Se trata de respetar las preferencias, los valores y las creencias de las personas en ese trance; por ejemplo, los creyentes tienen derecho a que ciertas personas u objetos los acompañen el tramo final de su vida. Este derecho fue flagrantemente vulnerado durante la pandemia de COVID-19, dado que miles de pacientes fallecieron sin estar acompañados de sus seres queridos y sin contar con un apoyo espiritual o religioso acomodado a sus convicciones y creencias. Entre otros organismos, el Comité de Bioética de España denunció esta situación y señaló la pertinencia de “estudiar el modo de permitir el acceso de, al menos, un familiar, sobre todo, en los momentos de la despedida”⁵⁰.

⁴⁹ FUNDACIÓN FERNANDO POMBO, *Derecho a la salud: Segunda opinión médica*, Universidad de Alcalá – Fundación Grandes Amigos, 2019, p. 4.

⁵⁰ Comité de Bioética de España, *Declaración del Comité de Bioética de España sobre el derecho y deber de facilitar el acompañamiento y la asistencia espiritual a los pacientes con covid-19 al final de sus vidas y en situaciones de especial vulnerabilidad*, Madrid, 2020.

Los derechos al acompañamiento y a la muerte digna están estrechamente relacionados con el derecho a la intimidad personal y familiar y al principio de dignidad de la persona reconocidos, respectivamente, en los artículos 18 y 10.1 de la Constitución española. Por otra parte, el artículo 2.4 de la Ley 41/2002 regula la ‘eutanasia pasiva’, es decir, el derecho del paciente a negarse o a renunciar a los tratamientos, a solicitar el alta voluntaria y a esperar el final por cuenta propia. Adicionalmente, muchas comunidades autónomas contemplan en sus leyes el derecho al ‘buen morir’, esto es, la facultad de abandonar el tratamiento y recibir únicamente cuidados paliativos.

En 2021 se aprobó la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia, que reconoce el derecho de la persona a solicitar que un tercero habilitado ponga fin a su vida en determinadas circunstancias para evitar el sufrimiento innecesario. Los requisitos para ejercitar el derecho son los siguientes: ser mayor de edad, tener nacionalidad española o residencia legal en España, ser consciente y capaz para formular la solicitud de eutanasia, y padecer un sufrimiento físico o psíquico constante e insoportable motivado por una enfermedad grave e incurable, o con pronóstico limitado, o por una enfermedad crónica grave que ocasione limitaciones incapacitantes para realizar las actividades básicas de la vida diaria.

Además de los ya mencionados, el paciente es titular de otros derechos, entre ellos el derecho a cambiar de médico, el derecho a recibir la prestación farmacéutica necesaria, el derecho de acceso a la historia clínica o el derecho a la confidencialidad de los datos relacionados con la salud. En relación con el derecho a recibir la prestación farmacéutica necesaria, en demasiadas ocasiones las personas mayores sufren el denominado maltrato farmacológico o químico, práctica discriminatoria consistente en el abuso de la prescripción de ciertos medicamentos. El maltrato farmacológico es una forma de violencia hacia las personas mayores y, además, una forma de sujeciones más allá de las sujeciones físicas que coartan de igual modo la agencia de las personas mayores, y que tienen mayor prevalencia en las personas con enfermedades neurodegenerativas⁵¹. Ante esta y otras situaciones, los pacientes tienen derecho a presentar reclamaciones sobre el trato recibido y sobre la organización y el funcionamiento de las dependencias médicas, así como el derecho a presentar las sugerencias oportunas para mejorar el servicio.

⁵¹ Fundación HelpAge España, *La discriminación de las personas mayores en el ámbito de la salud*, 2023, p. 184. Disponible en línea: https://www.helpage.es/wp-content/uploads/2023/10/OT-133651-INFORME-ACCESO-SALUD-2023_FINAL-1.pdf

5. CONCLUSIONES Y RETOS PENDIENTES

Una vez analizado el derecho a la salud de las personas mayores en los diferentes ámbitos de protección de los derechos humanos, resulta posible identificar los retos que es necesario abordar normativamente para mejorar la implementación del derecho y adecuarla a las necesidades particulares de este grupo etario.

En el caso de España, el énfasis debe ponerse en la minimización de la brecha de aplicación a las personas mayores de la normativa universal, regional y nacional, dado que no existen instrumentos específicos de protección. Es cierto que, como hemos visto, el derecho a la salud está reconocido en el artículo 43 de la Constitución y que a lo largo de las últimas décadas la nutrida legislación de desarrollo ha ido modelando un sistema de salud de carácter universal que, en términos genéricos, reconoce a todas las personas –incluidos, por supuesto, los mayores– el derecho de acceso a las prestaciones sanitarias. Sin embargo, en España no existe una regulación específica que reconozca los derechos de las personas mayores, legislación que, de aprobarse, podría dar respuesta a las necesidades sanitarias específicas de este colectivo. Dado que en el marco del Consejo de Europa no se han adoptado instrumentos convencionales enfocados en grupos específicos, la existencia de leyes estatales de protección de los derechos de colectivos concretos –como las personas mayores– es esencial en los países europeos.

A este respecto, es preciso recordar algunas cuestiones que afectan de forma especial a la eficacia del derecho a la salud de las personas mayores. Así, la prohibición de discriminación reconocida en la legislación sanitaria incluye la edad como uno de los motivos prohibidos, pero perviven algunos obstáculos que en la práctica impiden la adecuada protección del derecho a la salud de este grupo. Durante la pandemia de COVID-19, un importante número de personas mayores que se encontraban en residencias no fueron trasladadas a los centros de salud, a pesar de que habían contraído la enfermedad. En la actualidad, la legislación de extranjería exige a los familiares reagrupados un seguro de salud para obtener el permiso de residencia en España, requisito que entorpece la libertad de circulación y limita la protección de la salud de estas personas, especialmente si son mayores, dado que no siempre pueden hacer frente al pago de los seguros.

En las páginas precedentes también hemos analizado la regulación de los derechos de los pacientes en España. Algunos de estos derechos son es-

pecialmente relevantes para las personas mayores sometidas a tratamiento médico. Por lo que respecta al consentimiento informado, es muy importante explicar a los pacientes mayores en qué consiste la actuación terapéutica y sus riesgos. No menos significativos son el acompañamiento al final de la vida y las instrucciones previas, documento en el que cualquier persona mayor de edad puede dejar constancia de los tratamientos que desea recibir o no si en el futuro no puede manifestar su voluntad sobre este extremo.

En relación con el análisis del derecho a la salud de las personas mayores en el sistema de las Naciones Unidas, cabe reafirmar la importancia de disponer de un enfoque integrado de la salud que abarca la prevención, la curación y la rehabilitación. No obstante, consideramos que es necesario adoptar un instrumento específico de alcance universal –preferiblemente, una convención– que reconozca los derechos de las personas mayores. En el ámbito del Consejo de Europa y la UE, el desarrollo normativo y jurisprudencial de los derechos relativos a la salud de las personas mayores ha generado avances nada desdeñables, aunque no es previsible que se apruebe un instrumento específico de protección de naturaleza vinculante como la Convención Interamericana de Protección de los Derechos de las Personas Mayores. En cualquier caso, la presencia del derecho a la salud en los tres instrumentos supranacionales, y los diferentes énfasis de cada uno de ellos en función de las peculiaridades de sus respectivos colectivos de personas mayores, ponen de manifiesto la necesidad de que una convención universal sobre los derechos de las personas mayores que reconozca, entre otros, el derecho a la salud, tenga en cuenta estas diferencias.

En este sentido, para elaborar un instrumento que contemple las realidades diversas que viven las personas mayores en las distintas regiones del mundo, será sin duda muy útil el análisis de los instrumentos regionales vigentes en América y África: la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (2015) y el Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los Derechos de las Personas Mayores en África (2016). Ambos textos dan respuesta a los retos adicionales que presenta el envejecimiento en el sur global, dado que en estas latitudes el fenómeno demográfico aparece entretelado con la desigualdad o la pobreza y, en todo caso, con menores niveles de desarrollo en áreas tan esenciales como la salud.

Por lo dicho, el contenido de la futura convención universal para las personas mayores deberá alejarse de la visión eurocentrista de la vejez. El enve-

jecimiento de la población es un fenómeno global: se ha “democratizado”. En el año 2050, de los 2000 millones de personas mayores que habrá en el mundo, 1800 millones vivirán en países en desarrollo, o si se prefiere otra nomenclatura, en países del sur global.

En definitiva, sería conveniente que el tratado internacional que prepara Naciones Unidas para la protección de los derechos humanos de las personas mayores tomara en consideración las aportaciones del sistema de protección europeo –particularmente, la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa–, pero también de la Convención Interamericana y el Protocolo africano. El multiculturalismo, las múltiples vejezes, la perspectiva de género y las intersecciones entre el envejecimiento y la pobreza o la desigualdad estructural, aspectos abordados por los instrumentos interamericano y africano, así como los aprendizajes que se desprenden del marco normativo europeo –la región más envejecida del mundo–, constituyen referentes de la máxima importancia para pergeñar un marco normativo global que establezca estándares comunes relativos a los derechos humanos de las personas mayores y, al mismo tiempo, atienda las particularidades del fenómeno del envejecimiento y las necesidades específicas asociadas al mismo en las diferentes regiones del planeta.

AÍDA DÍAZ-TENDERO

*Departamento de Ciencia Política y de la Administración
Facultad de Ciencias Políticas y Sociología
Universidad Complutense de Madrid
Campus Somosaguas s/n
28223 Madrid
e-mail: adiazten@ucm.es*

MARÍA DALLI ALMIÑANA

*Departamento de Derecho Constitucional,
Ciencia Política y de la Administración
Facultad de Derecho
Universidad de Valencia
Avenida dels Tarongers, s/n
46022 Valencia
e-mail: maria.a.dalli@uv.es*

DERECHOS Y LIBERTADES

REVISTA DE FILOSOFÍA DEL DERECHO Y DERECHOS HUMANOS

INDICE#54

ARTÍCULOS

- Javier DE LUCAS MARTÍN: *Sobre civilización, poder y Derecho. Una crisis existencial*
- Francesca POGGI - Francesca ASTA: *Los argumentos interpretativos de la intención del legislador: perfiles problemáticos*
- Iker BARBERO: *Menores extranjeros en riesgo de apatridia: análisis de casos sobre el derecho a la identidad y a la nacionalidad*
- Anna CAPELLÀ I RICART: *Tratamiento de categorías especiales de datos para la detección y corrección de sesgos en sistemas de ia de alto riesgo: ¿una medida de acción positiva?*
- Aida DÍAZ-TENDERO - María DALLI ALMIÑANA: *La necesaria articulación y optimización de los niveles de protección del derecho a la salud de las personas mayores*
- Guillermo AGUILLAUME GANDASEGUI: *¿Qué era justicia en la antigüedad? Misharum, Mishpat y Dikē: diferentes términos para referirse a la reciprocidad en las relaciones sociales*
- Cristina BLASI CASAGRAN - Laura RABINAD LIZANO - Evgeniya BORISOVA: *La donación de gametos en España. ¿Es necesaria una reforma legislativa?*
- Jorge Alberto WITKER VELÁSQUEZ - Reyes Enrique VÁZQUEZ MAY: *Examen de los estándares aplicados para la determinación de regresividad de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en contextos de crisis económicas*

RECENSIONES

- *Formas de combatir el racismo en las redes sociales*, Ángeles Solanes, Nacho Hernández
- *L'incanto del mondo. Un'introduzione al pluralismo*, Mauro Barberis
- *El drama del juicio*, Alessio Lo Giudice
- *Filosofía dell'ambiente: Ontologia, etica, diritto*, Andrea Porciello
- *Oriente y los derechos: hinduismo, buddhismo y confucianismo*, Miguel Álvarez Ortega
- *Bridging the Digital Divide: Perspectives on Inequality and Discrimination in the Digital Age*, Oscar Pérez de la Fuente, Jędrzej Skrzypczak (eds.)
- *Estatuto jurídico del Testamento Vital*, David Enrique Pérez González
- *Democracia no binaria. Reflexiones interdisciplinares sobre la des-sexualización de la ciudadanía*, Blanca Rodríguez Ruiz, Luísa Winter Pereira (eds.)

 FUNDACIÓN CULTURAL
ENRIQUE LUNO PEÑA

 FUNDACIÓN
GREGORIO PECES-BARBA
PARA EL ESTUDIO Y COOPERACIÓN
EN DERECHOS HUMANOS

«Libertad para ser libres»

uc3m | Universidad Carlos III de Madrid
Instituto de Derechos Humanos
Gregorio Peces-Barba

 Dykinson, S.L.
EDITORIAL