

ANÁLISIS ÉTICO Y JURÍDICO SOBRE LOS CRITERIOS DE PRIORIZACIÓN EN LAS UNIDADES DE CUIDADOS INTENSIVOS

FECHA DE ENVÍO: 27 DE JUNIO DE 2020 - FECHA DE ACEPTACIÓN: 13 DE OCTUBRE DE 2020

**Gloria María
González Suárez**

*Estudiante de doctorado
Universidad de Oviedo*

SUMARIO

1. Introducción. 2. Ética y moralidad. 2.1 Comités de Bioética. 2.2 El profesional sanitario y los códigos deontológicos. 3. Sobre los derechos afectados. 4. Jurisprudencia 5. Conclusiones. 6. Referencias bibliográficas.

RESUMEN

Implicaciones éticas y jurídicas de la toma de decisiones de los profesionales sanitarios ante la falta de medios para poder atender a todos los pacientes ante una situación de emergencia sanitaria.

PALABRAS CLAVE

Emergencia sanitaria, priorización de pacientes, bioética, Covid-19, Unidad de Cuidados Intensivos.

ABSTRACT

Ethical and legal implications of health professionals' decision-making in the absence of means to be able to attend to all patients in a health emergency situation.

KEYWORDS

Health emergency, prioritization of patients, bioethics, Covid-19, Intensive Care Unit.

1. INTRODUCCIÓN

La seguridad sanitaria es una cuestión de alcance mundial. Cuando esta se tambalea, tal y como ha estado ocurriendo con motivo de los últimos acontecimientos relativos al coronavirus COVID-19, es necesaria una gran capacidad de detección y respuesta.

El COVID-19 es una enfermedad infecciosa, hasta ahora desconocida, que ha surgido en Wuhan en diciembre de 2019. Los principales síntomas son fiebre, tos seca y cansancio. Aunque la mayor parte de personas se recuperarán de la enfermedad sin necesidad de un tratamiento especial, hay una parte de la población que si puede desarrollar una enfermedad grave con dificultades respiratorias y otras muchas patologías.

Con motivo de la propagación del virus y su enorme transmisibilidad, el Comité de Emergencias

del Reglamento Sanitario Internacional (RSI, 2005) declaró el brote como una Emergencia de Salud Pública de Importancia Internacional (ESPII) en su reunión del 30 de enero de 2020. Posteriormente, la Organización Mundial de la Salud (OMS) lo reconoció como una pandemia global el 11 de marzo de 2020.

La gran cantidad de casos que se han ido reportando a lo largo de estos meses se ha traducido en la saturación del sistema sanitario español. En los lugares donde se han registrado los mayores brotes de la enfermedad, se ha visto una falta de medios de tal magnitud que los sanitarios han tenido que tomar decisiones sobre la priorización de pacientes con motivo de la escasez de camas, respiradores, Equipos de Protección Individual (EPIs) y personal médico (entre otros).

Si bien es cierto que la solución debiera pasar por encontrar criterios unánimes basados en factores pronósticos que permitan decidir sobre el ingreso de un paciente en la Unidad de Cuidados Intensivos (en adelante, UCI), la escasez de medios no permite ingresar a los pacientes que así lo requieren. El establecimiento de estos protocolos de actuación médica no solventaría la cuestión de la escasez de materiales, pero sí sería un primer paso para que exista una actuación uniforme en los diferentes territorios. Aun no encontrándose todos los centros hospitalarios o Comunidades Autónomas en la misma situación, sería importante que exista un protocolo normativo base, que pueda incluso contemplar unos niveles diferentes de actuación según cada situación para poder evitar la vulneración del principio de igualdad, que hasta ahora ha sido de dudosa aplicación.

Todo ello desemboca en una problemática ética, moral, en la que el Derecho puede aportar la base de la solución en cuanto que debemos analizar los derechos que están en juego y proponer soluciones que respeten la normativa de nuestro ordenamiento jurídico. Por su parte, la Bioética debe guiar al profesional a tomar la decisión adecuada conforme a unos protocolos y, sobre todo, con el objetivo de no añadir sobre el profesional una presión “extra” a su situación ya desbordante de por sí.

Es bien conocido que cada persona es poseedora de unos derechos fundamentales y libertades públicas que deben ser protegidos, pues así lo declara la Constitución Española (en adelante, CE). Sin embargo, en ciertas ocasiones se hace necesario priorizar los derechos fundamentales de las personas en beneficio del conjunto de la sociedad o del interés general. Se trata de un conflicto en el que entra en juego la valoración ética de cada caso concreto, ya que el Derecho por sí mismo no puede dar una

respuesta efectiva cuando se trata de tal restricción de manera no uniforme, e incluso, de manera que se pueda considerar injusta e inmoral. Es ahí donde el Derecho confluye con la Ética y donde, además, se hace tan importante elaborar una forma de actuación que contemple la máxima protección a los derechos fundamentales de todos los ciudadanos, de manera que puedan evitarse actos injustos, desiguales e inmorales.

Se ha puesto en entredicho en diversas ocasiones los criterios de ingreso en la UCI y se ha discutido sobre la manera de proceder de los sanitarios ante la escasez de medios. Por su parte, la Sociedad Española de Medicina Intensiva Crítica y Unidades Coronarias (Semicyuc)¹ ha establecido, entre otras medidas, que *“todo paciente entre 70 y 80 años con Insuficiencia Respiratoria Aguda (IRA) sin patología previa importante es subsidiario de tratamiento con ventilación mecánica invasiva (VMI). En los pacientes entre 70 y 80 años que presentan alguna de estas comorbilidades moderadas-graves (...) se valorará cuidadosamente la indicación de VMI y se le tratará preferentemente con Ventilación Mecánica No Invasiva (VMNI) o similar según disponibilidad”*.

Por otro lado, el Comité de Bioética de España en su informe sobre los aspectos bioéticos de la priorización de recursos sanitarios en el contexto de la crisis del coronavirus², considera que *“el término “utilidad social” que aparece en alguna de las recomendaciones publicadas recientemente nos parece extremadamente ambiguo y éticamente discutible, porque todo ser humano por el mero hecho de serlo es socialmente útil, en atención al propio valor ontológico de la dignidad humana”*.

Ha habido diversos criterios, entre los que destaca, de igual modo, el documento³ del Sistema

1 RUBIO SANCHÍS, Olga et al. Recomendaciones éticas para la toma de decisiones en la situación excepcional de crisis por pandemia Covid-19 en las unidades de cuidados intensivos. Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias. [online] p. 12. Disponible en la URL: https://semicyuc.org/wp-content/uploads/2020/03/%C3%89tica_SEMICYUC-COVID-19.pdf [Con acceso el 28.05.2020].

2 DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico et al. Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos bioéticos de la priorización de recursos sanitarios en el contexto de la crisis del coronavirus. [online] p. 7. Disponible en la URL: <http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/Informe%20CBE-%20Priorizacion%20de%20recursos%20sanitarios-coronavirus%20CBE.pdf> [Con acceso el 28.05.2020].

3 Grup de treball de Ventilació, Cap Àmbit Emergències, Direcció Mèdica i Direcció Infermera de SEM. Recomanacions per suport a les decisions de limitació d'esforç terapèutic (let) per pacients amb sospita de covid-19 i insuficiència respiratòria aguda (ira) hipoxèmica. [online] Marzo 2020. p.2 Disponible en la URL: <http://cadenaser00.epimg.net/descargables/2020/04/01/dbb972d767c4a3b28e2c866cc3e0cb65.pdf?int=masinfo> [Con acceso el 28.05.2020].

d'Emergències Mèdiques de Catalunya (SEM), donde se aconseja a los profesionales “*limitar el esfuerzo terapéutico a los pacientes mayores de 80 años, priorizar la atención a los que más se puedan beneficiar, en términos de años de vida salvados o máxima posibilidad de supervivencia*” así como que “*reciban solo oxigenoterapia; una mejora de la oxigenación si en 15 minutos de tratamiento presentan saturación de oxígeno y la administración de morfina o midazolam para paliar la sensación de disnea*”.

Todos esos criterios se basan en informes o documentos de diferentes Comités de Bioética que no son vinculantes, sino que, son unas recomendaciones que pueden guiar al profesional ante la toma de una decisión que puede generar controversia. Este es otro de los motivos que podrían causar un agravamiento del problema; el hecho de que no exista un sistema o protocolo genérico con carácter normativo que a su vez incorpore la manera de actuar ante un evento que pueda alejar del funcionamiento normal a los centros hospitalarios o a las Unidades de Urgencias Hospitalarias (UUH).

Los diferentes criterios dejan entrever la dificultad de la situación de la que no debe olvidarse que la decisión final siempre recae sobre el médico, con la consecuente carga ética que ello conlleva. En caso de duda, siempre pueden consultar con el Comité de Ética Asistencial de cada hospital para decidir, aunque resulta obvio que con las UCIs colapsadas no existe una manera fácil de solventar el problema y de todo ello nacen diferentes cuestiones que entrelazan la Ética y el Derecho para intentar plantear diferentes soluciones que puedan otorgar la máxima protección a los ciudadanos.

Ante estos casos extremos donde la actuación que se plantee nunca será la óptima para la totalidad de la población, ¿qué dimensión adquiere la definición de justicia? ¿qué papel juegan la Bioética y el Derecho? ¿qué derechos están en juego?

2. ÉTICA Y MORALIDAD

El Derecho no puede abordar una regulación exhaustiva de todos los comportamientos humanos. Por su parte, la Bioética tiene un papel de suma importancia puesto que hay una relación de fundamentación entre estos que hace que confluyan combinando el conocimiento biológico con el de los valores humanos y su protección jurídica.

Podría decirse que la Ética y el Derecho comparten los dos sistemas normativos de una sociedad,

puesto que las leyes son siempre una plasmación de valores. Esto significa que tendrá como matriz los valores que compartan los miembros de una sociedad que ateniéndose a la Ley consiguen, por lo general, promover la realización de los valores que le sirven de fundamento⁴.

La situación a la que los profesionales sanitarios se han enfrentado y aún siguen haciéndolo es una crisis sanitaria de gran envergadura y, como tal, requiere de medidas extraordinarias proyectándose estas en toda la población y, sobre todo en las personas enfermas, que son los más afectados junto al personal sanitario en esta situación.

Normalmente determinar el ingreso de un paciente en la UCI viene precedido de una decisión basada en factores pronósticos. Es importante, además, conocer los deseos del paciente en base al principio de autonomía siempre y cuando se cumplan los requisitos necesarios para ello.

El peligro de la Ética, al contrario del Derecho, es que esta no puede fundamentarse (en criterios normativos). No por ello carece de importancia y más aún en el ámbito sanitario donde el acto médico, por sus especialidades, debe fundamentarse en base a unos principios éticos comunes a toda la población.

Estos principios podrían resumirse en:

1. No-maleficencia: no hacer mal a otra persona;
2. Beneficencia: socorrer o ayudar cuando las circunstancias lo requieran;
3. Autonomía: respetar la voluntad del paciente, su libertad y conciencia);
4. Justicia: tratar a todos por igual.

Este último principio⁵ debe asegurar una equidad en el tratamiento de tal manera que pacientes con idénticas patologías deben ser tratados en igual medida, independientemente de las instituciones sanitarias en que se realice.

4 GRACIA, Diego; RODRÍGUEZ SENDÍN, Juan José et al. Guías de ética en la práctica clínica, retos éticos en atención primaria. Fundación de Ciencias de la Salud y Autores. [online]p. 8. Disponible en URL: <https://www.cgcom.es/sites/default/files/retosEticosenAtencionPrimaria.pdf> [Con acceso el 28.05.2020].

5 SOLSONA DURÁN, José Felipe; ABIZANDA CAMPOS Ricardo. “Hacia la elaboración de criterios de ingreso en los servicios de medicina intensiva”. *Medicina Intensiva*. Vol. 22. 1998. Pp 72-73.

En la situación actual y ante la falta de medios parece obvio afirmar lo difícil que resulta el cumplimiento de los principios éticos. Es entonces donde los Comités de Bioética deben pronunciarse para asegurar el cumplimiento de estos en el máximo grado posible, pues, hay que asegurar el respeto de los derechos de toda la población no sólo desde el punto de vista legislativo ya que cualquier acto médico, dada su relevancia, debe de estar orientado siempre desde un punto de vista ético o moral.

2.1 Comités de Bioética

A tenor del artículo 77 de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica, “*se crea el Comité de Bioética de España, como órgano colegiado, independiente y de carácter consultivo, sobre materias relacionadas con las implicaciones éticas y sociales de la Biomedicina y Ciencias de la Salud. Estará adscrito al Ministerio de Sanidad y Consumo, que designará su sede*”.

Por su parte, el artículo 78.1.a) de dicha la Ley prescribe que “*son funciones del Comité de Bioética de España: a) Emitir informes, propuestas y recomendaciones para los poderes públicos de ámbito estatal y autonómico en asuntos con implicaciones éticas relevantes*”.

Además del Comité de Bioética de España, se suele distinguir entre Comités de Ética Asistencial, Comités Éticos de Investigación y Comités de Ética Organizacional, si bien esta clasificación general no impide que haya comités para ámbitos o cuestiones especiales.

Existen también una serie de Comités de Bioética de ámbito autonómico con funciones amplias en su respectivo territorio (abarcan las correspondientes a los Comités de Ética Asistencial y las de los Comités de Investigación, con perspectiva más general) y que se han establecido en casi todas ellas.

Los Comités de Bioética juegan un papel crucial para poder dar solución a todas las cuestiones que ya se han señalado, pero ¿qué ocurre cuando existen diferentes recomendaciones entre los distintos Comités?

Al inicio de este texto se ha puesto de relieve la disparidad de criterios respecto a la posibilidad de ingreso de pacientes en las UCIs. Podría ser comprensible en el sentido de que no todas las Comunidades Autónomas están en la misma situación, o no tienen el mismo nivel de saturación, pero ¿es justo que un paciente tenga más o menos posibilidades

de ingreso en la UCI en función de su territorio de procedencia?

Ante esta cuestión, el Comité de Bioética de España aboga por la unificación de criterios en todo el territorio porque así se evitarían tratos desiguales en función de la Comunidad Autónoma o del hospital donde se apliquen dichos criterios.

Parece que lo más plausible sería elaborar un protocolo genérico, que pueda orientar a los profesionales independientemente de su procedencia, sin importar la territorialidad e incluso dentro de una misma Comunidad Autónoma los distintos hospitales donde serán atendidos, aunque resulte obvio que la disponibilidad no será la misma en cuanto a que no todas ellas se encuentran en la misma situación.

Dicho protocolo debiera dotarse de carácter normativo y ser aplicable en todo el territorio, independientemente de que cada Comunidad Autónoma lo desarrolle adaptándolo a su situación y circunstancias.

Podría pensarse que para ello bastaría el sistema de triaje ya establecido en los centros hospitalarios para la toma de decisión inicial sobre el paciente. Sin embargo, ni siquiera los métodos de triaje poseen una base jurídica lo suficientemente sólida, no solo para adaptarla a esta nueva situación, sino que, en una situación de normalidad parece que no hay un criterio reconocido jurídicamente y de aplicación en todos los centros.

Tal y como se señala en los estándares y recomendaciones de la Unidad de Urgencias Hospitalarias⁶, los hospitales españoles utilizan diferentes métodos de triaje en los servicios de urgencias. Principalmente, la Escala Manchester (MTS) y el Sistema Español de Triaje, elaborado a partir del Modelo Andorrano (MAT-SET). Si bien es cierto que en el año 2003 fue asumido por la Sociedad Española de Medicina de Urgencias y Emergencias (SEMES) el Sistema Español de Triaje (SET) como el modelo estándar de triaje en castellano para todo el territorio español, las Comunidades Autónomas han elaborado guías para algunas unidades, que sin tener carácter normativo persiguen la elaboración de estándares y recomendaciones. La conclusión de esto es que no existe un sistema de triaje jurídicamente reconocido y regulado, sino que, se ha asumido con el paso del tiempo y, teniendo en cuenta los derechos que podrían verse afectados como consecuencia de

6 Unidad de Urgencias Hospitalarias, estándares y Recomendaciones, Informes, estudios e investigación 2010. Ministerio de sanidad y política social. [online] Disponible un URL: <https://www.mscbs.gob.es/eu/organizacion/sns/planCalidadSNS/docs/UUH.pdf> [Con acceso el 24.6.2020].

la vulneración del derecho de protección de la salud, no resulta comprensible la ausencia de fundamentación jurídica de este.

Aunque generalmente se utilice este sistema de triaje, que ha demostrado ser perfectamente eficaz, ¿no debería fundamentarse este jurídicamente incorporando las recomendaciones de los diferentes Comités? ¿No deberían, además, incluirse los protocolos de actuación de tal manera que se incluya una previsión para circunstancias que se salgan de la normalidad como la que se vive actualmente?

No cabe duda de que se considera esencial para la gestión de calidad de la UUH que dispongan de un sistema de clasificación ágil, reproducible y revisable y sobre todo que ese sistema de triaje esté validado, no genere colas, y permita una clasificación rápida de la gravedad del paciente. Lo que no es concebible es la exclusión de cierto tipo de grupos en función de unos criterios que ni siquiera tienen una base jurídica y de protocolos que no han sido validados ni están a disposición del público.

Con motivo de la gestión descentralizada del sistema general de salud por la transferencia de competencias a las Comunidades Autónomas, el derecho a la protección de la salud ha sido desarrollado por diferentes normas. La Coordinación General Sanitaria es competencia exclusiva del Estado (artículo 149.1.16 CE), que debe fijar los medios para facilitar la información recíproca, la homogeneidad técnica y la acción conjunta que logre la integración de actos parciales en la globalidad del Sistema Nacional de Salud. La carencia de esa homogeneidad técnica se ha visto reflejada en el sistema de triaje, que justamente podría ser el método que pudiera dar solución a la problemática objeto de análisis. Y es que, con la debida coordinación entre el Estado y las Comunidades Autónomas podría elaborarse una propuesta de legislación básica que contemple unos mínimos y su posterior desarrollo por parte de las CCAA adaptándolo a cada situación concreta. De este modo, se establecería un sistema de triaje común en todo el territorio y podría incluirse, además, el modelo de actuación o triaje en situaciones de emergencia (tal y como está sucediendo en la actualidad) que de ningún modo podrían despacharse con protocolos no normativos, pues, como se ha señalado son varios los derechos en juego. El Tribunal Constitucional (TC) ha señalado⁷, en numerosas ocasiones, que “*el valor normativo inmediato de los artículos 39 a 52 de la Constitución*”, entre los que se encuentra la protección del derecho a la salud, “*ha de ser modulado en los términos del artículo*

53.3 de la Norma Fundamental”, precepto que “*impide considerarlos normas sin contenido, obligando a los poderes públicos a tenerlos presentes en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes*”.

2.2 El profesional sanitario y los códigos deontológicos

Aparte del paciente, el que más sufre la incertidumbre de cómo actuar en el momento de priorizar la entrada en la UCI de un paciente ante la escasez de medios, es el profesional sanitario que deba tomar la decisión. Por este motivo, como ya se ha señalado, debe facilitársele al máximo el proceso, ya que, añadirle la toma de una decisión con este gran componente ético y moral sería poner sobre sus hombros un peso extra que podría desembocar en el derrumbamiento psicológico de este.

El Código de Deontología Médica del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos señala en su artículo 5, apartado 4 que “*el médico jamás perjudicará intencionadamente al paciente. Le atenderá con prudencia y competencia, evitando cualquier demora injustificada en su asistencia*”. Añade, además, en el apartado 2 de su artículo 7 que “*el médico, principal agente de la preservación de la salud, debe velar por la calidad y la eficiencia de su práctica, principal instrumento para la promoción, defensa y restablecimiento de la salud*”. Como puede observarse ambos preceptos contienen una carga moral importante, en cuanto a que se descarga en la figura del profesional sanitario una obligación ética necesaria, pero de suma importancia y que, en una situación como la que se está viviendo actualmente, puede ser muy complicada llevar a cabo con minuciosidad.

Dicho Código incluye, además, diversos apartados relativos a la obligación del médico de atención al paciente en circunstancias excepcionales. Así se establece en el apartado 3 de su artículo 5 mediante la siguiente redacción: “*la principal lealtad del médico es la que debe a su paciente y la salud de éste debe anteponerse a cualquier otra conveniencia. El médico no puede negar la asistencia por temor a que la enfermedad o las circunstancias del paciente le supongan un riesgo personal*”.

En el artículo 6.2 incluye el actuar del médico en situación de epidemia estableciendo que “*el médico no abandonará a ningún paciente que necesite sus cuidados, ni siquiera en situaciones de catástrofe o epidemia, salvo que fuese obligado a hacerlo por la autoridad competente o exista un riesgo vital inminente e inevitable para su persona. Se presentará*

⁷ SSTC 80/1982, de 20 de diciembre; 19/1982, de 5 de mayo y 14/1992, de 10 de febrero (entre otras).

voluntariamente a colaborar en las tareas de auxilio sanitario”.

La necesidad de establecer prioridades de atención de pacientes en un escenario de falta de recursos con un número elevado de pacientes ha desembocado en un sinfín de dudas de carácter ético. Los diferentes informes se han pronunciado sobre priorización por edad, por patologías, por capacidad de supervivencia, por utilidad social...y también han contemplado el supuesto de priorización de los sanitarios por ser estos los más expuestos y también los más necesarios ya que, si estos enferman, ¿quién atenderán al resto de la población? Así lo ha propuesto el Comité de Bioética de España en el informe sobre los aspectos bioéticos de la priorización de recursos sanitarios⁸ justificándolo en dos razones: *“en primer lugar, porque la mejor manera de proteger la salud de todos y cada uno de los individuos es proteger la salud de los profesionales cuya función directa es garantizar aquella. Protegiendo prioritariamente a los sanitarios, sobre todo a aquellos más directamente involucrados en la asistencia directa a pacientes, nos protegemos directamente a todos. En segundo lugar, porque el principio de justicia entendemos que también exige priorizar a los que en el beneficio de terceros han expuesto más intensamente su salud”.* Dicha afirmación está basada en el principio de reciprocidad según el cual la sociedad debe apoyar a las personas que asumen una carga o riesgo desproporcionado en la protección del bien público.

Esto vuelve a traer un nuevo debate a colación y no es otro que el de si ¿es justa una priorización por utilidad? Podría establecerse que no, pero ¿no es cierto que estas personas son las que más expuestas al virus se encuentran? ¿Debería por ello hacerse una diferenciación profesional en cuanto a la priorización? Ante esa cuestión también podría plantearse, ¿no se están exponiendo otro tipo de trabajadores de otros ámbitos, e incluso del ámbito hospitalario sin ser exclusivamente personal sanitario? ¿Alguno de estos grupos lo está haciendo de manera altruista?

3. SOBRE LOS DERECHOS AFECTADOS

La Constitución, además de atribuir al Estado una facultad, le exige que preserve en todo el territorio un sistema de salud con una regulación uniforme. Si bien las Comunidades Autónomas, en el marco de sus competencias, pueden dictar normas de desarrollo que puedan verse traducidas en una mejora en su

ámbito territorial, debe siempre respetarse ese contenido mínimo e inequívocamente básico, pues de ello dependerá el derecho individual de protección de la salud de cada uno. En la situación actual, no sólo puede verse afectado el derecho de protección de la salud por cuestión de territorialidad, sino que, son varios los derechos que se ven afectados con la escasez de material, así como la diferenciación entre Comunidades Autónomas, no solo por la situación en la que se encuentre cada una sino por de las propias competencias de gestión o de financiación que sobre la materia tengan conforme a la Constitución y a los Estatutos.

a) Derecho a la vida

El derecho a la vida es uno de los derechos más básicos de las personas, pues, sin la existencia de este, carecerían de sentido los demás, fundamentales o no. Reconocido en el artículo 15 de la CE, se asienta de la siguiente manera: *“todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”.*

Por otro lado, en cuanto al derecho a la integridad personal, (en su doble dimensión física y moral), es el que garantiza la plena inviolabilidad del ser humano y sienta las bases de su construcción individual y social. Reconocido, además, en numerosos tratados internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 (artículos 3 y 5); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (artículos 26 y 27) y su Segundo Protocolo Facultativo destinado a abolir la pena de muerte de 15 de diciembre de 1989; la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 10 de diciembre de 1984; (entre otros muchos), así como tratados y declaraciones supranacionales de ámbito europeo tales como el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas de 4 de octubre de 1950 (artículos 2 y 3); el Convenio Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes de 26 de noviembre de 1987 y sus Protocolos 1 y 2; el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina de 4 de abril de 1997; y la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea⁹.

⁸ DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico et altri. Informe del Comité de Bioética de España... Op. Cit. pp. 11-12.

⁹ Proclamada solemnemente, primero en Niza el 7 de diciembre de 2000 (artículos 2 a 5) y, de forma definitiva, en

Se trata del derecho más básico del individuo y el que primero se vería vulnerado en el caso de utilizar un criterio erróneo de priorización de pacientes ya sea por edad, utilidad social, o por posesión de patologías previas, dividiendo a la población en grupos, y no otorgando la misma capacidad de supervivencia y oportunidad. Si se pone en peligro la salud de las personas al negárseles una atención sanitaria requerida, no solo se ve afectado el derecho a la salud de esta, sino que estamos ante una clara conexión de este derecho con el derecho fundamental a la vida e integridad física de las personas viéndose afectado este derecho¹⁰.

Existe un valor esencial de todo cuanto concierne a la salud de los ciudadanos¹¹, ya que principios como la igualdad, la universalidad de acceso o la continuidad prestacional no pueden admitir excepciones, pues podría existir el riesgo de poner en entredicho la vida de las personas.

b) Protección de la salud

El derecho a la protección de la salud está recogido en el artículo 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos¹² (1948) donde se señala que *“toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”*.

El artículo 43 de la CE regula el derecho a la salud estableciendo que *“se reconoce el derecho a la protección de la salud. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto”*.

Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007, con carácter previo a la firma del Tratado de Lisboa, el cual atribuye a dicha Carta el mismo valor jurídico que los Tratados.

10 DELGADO DEL RINCÓN, Luis: “El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares: reflexiones sobre la reforma introducida por el RDL 16/2012, de 20 de abril”, Revista de Estudios Políticos, núm. 163, enero-marzo 2014. p. 204.

11 TOLIVAR ALAS, Leopoldo: “Derechos de los pacientes y usuarios ante la gestión privada de servicios sanitarios”, Derecho y Salud, Vol. 15, núm. Extra 1, 2007, pp 43-62.

12 Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 A (III), como un ideal común para todos los pueblos y naciones.

Si bien es cierto que no está configurado como un derecho fundamental, el mandato constitucional del artículo 43 y la concreción legal del mismo imponen a los poderes públicos las prestaciones humanas y materiales adecuadas para hacer frente a la epidemia¹³. No contemplar la protección de la salud de un colectivo concreto¹⁴, se consideraría una violación de la Convención de Derechos Humanos, así como de la Constitución y las normas que desarrollan el derecho a la salud, además del resto de derechos que pueden verse afectados con estrecha relación a este y consecuencia de la violación del mismo.

Por otro lado, en el artículo 41 de la CE se recoge el deber de los poderes públicos de mantener *“un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones suficientes ante situaciones de necesidad”*. La doctrina, a partir de los dos artículos (41 y 43), ha especulado sobre la relación de esa obligación de mantener la Seguridad Social y el reconocimiento del derecho a la protección a la salud con las consecuencias derivadas de su apartado segundo¹⁵. Para algunos el derecho del artículo 41 es una parte del derecho del artículo 43¹⁶, mientras que para otros la evolución del sistema y el desarrollo normativo ha derivado en una configuración que, en realidad, lo convierte en derechos distintos¹⁷.

Desde el punto de vista del Derecho Internacional, la determinación de la protección del derecho a la salud tiene un lugar destacado no solo como parte integrante de otros derechos, sino como límite al ejercicio de otros derechos o como un derecho con entidad propia. Sin embargo, pese a su importancia,

13 PRESNO LINERA, Miguel. Coronavirus SARS-CoV-2 y derechos fundamentales (I): el derecho a la salud. Blog: El derecho y el revés. [online] marzo 2020. Disponible en la URL: <https://presnoliner.wordpress.com/2020/03/29/coronavirus-sars-cov-2-y-derechos-fundamentales-1-el-derecho-a-la-salud/> [Con acceso el 28.05.2020].

14 La doctrina ha realizado numerosas críticas en cuanto a la exclusión de inmigrantes irregulares en los términos que lo hizo el Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril y su posterior STC 139/2016, de 21 de julio. Destaca la realizada por MIRIAM CUETO, afirmando que *“la universalidad del derecho a la protección de la salud implica la cobertura de toda persona por el hecho de serlo”*, CUETO PÉREZ, Miriam: Flujos migratorios en el ordenamiento jurídico español, CIVITAS, 2018, DIR. RODRÍGUEZ MATEOS, Pilar, pp 207-228.

15 HURTADO MENENDEZ, Luis: “Derecho a la protección a la salud y derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social”, Tribuna Social: Revista de la Seguridad Social y Laboral, núm. 78, 1997, pp. 20-31.

16 MENENDEZ REXACH, Ángel: “El derecho a la asistencia sanitaria y el régimen de las protecciones sanitarias públicas”, Derecho y Sociedad, Vol. 11, Núm.1, 2003, pp.15-36

17 L. HURTADO MENENDEZ, “Derecho a la protección a la salud y derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social”, op. Cit pp. 20-31.

existe un abismo entre el derecho proclamado y la realidad en cuanto a su eficacia¹⁸.

No cabe duda de la importancia del contenido del derecho a la salud, pues, existe doctrina que afirma que se trata de “un derecho de carácter fundamental en la medida de la relación de dicho derecho con la dignidad de la persona, de manera que alguien a quien no alcanzara una protección de su salud en grado suficiente debería considerarse como tratado indignamente y obstaculizado gravemente en su desarrollo como persona¹⁹”.

c) Restricción de los Derechos del individuo frente al interés colectivo

La imposición de la prevalencia del interés general frente al interés individual puede comportar la restricción o suspensión de derechos fundamentales de diversa índole. Si bien es cierto que esto debe realizarse no invadiendo el contenido esencial de estos, han de estar, además, sometidos a diferentes principios tales como: equidad, no discriminación, solidaridad, justicia y proporcionalidad.

En el marco del artículo 43 de la CE, la salud entendida como un bien jurídico-constitucional es única, puesto que mira el interés de personas concretas. Las expresiones salud del artículo 43.1 y salud pública del artículo 43.2 CE, no aluden a objetos distintos sino a uno solo, que se puede proteger de dos maneras²⁰. Por ello nos encontramos con que el derecho a la protección de la salud tiene una doble dimensión, individual y colectiva y ambas deben ser protegidas por el Estado desde el punto de vista prestacional.

Pero ¿es posible realmente restringir derechos fundamentales sin alterar su contenido esencial? ¿Se puede realizar de manera justa tal restricción? Es algo que los Comités de Bioética deben valorar e informar siempre orientados por estos principios. No cabe duda la complejidad de dicha tarea, pues, no debe olvidarse la necesidad de contemplar la situación de las personas vulnerables, entre las que

18 BONDÍA GARCÍA, David: La exigibilidad del derecho a la salud en situaciones de crisis sanitarias, en Bonet Pérez, Jordi y Saura Estapà, Jaume (Eds.). *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en periodos de crisis. Estudios desde la perspectiva de su aplicabilidad*. Madrid: Marcial Pons. 2013, p. 265.

19 SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José: “Bases constitucionales de una posible política sanitaria en el Estado autonómico”, *Documentos de trabajo, Laboratorio de Alternativas*, n°89, 2006, pp. 15-16.

20 ESCOBAR ROCA, Guillermo: “Los derechos fundamentales sociales y la protección de la salud”, *Revista de Derecho Público* N° 71-72, enero-agosto 2008, p. 129.

se pueden encontrar precisamente las personas mayores o con una patología previa, e incluso ambas circunstancias al mismo tiempo.

d) Autonomía del paciente

Es posible que pudiera parecer bajo la redacción de estas líneas que el enfermo fuera un simple objeto bajo la manipulación del médico, por ello no debe dejar de señalarse el derecho de autonomía que a este compete.

La autonomía del paciente es la capacidad que tiene de decisión dentro del contexto de su relación con el personal sanitario. Se trata de la manifestación de la libertad humana y del reconocimiento del valor y dignidad de la persona. Tanto es así que la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS) abrió paso a su ulterior regulación con la Ley 41/2002, de 14 noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que refuerza y da un trato especial a la autonomía del paciente asentando como bases la dignidad, intimidad, información, consentimiento y negativa al tratamiento. Además, manifiesta todos estos principios mediante un conjunto de derechos en favor del paciente que deben ser respetados.

La autonomía del paciente juega un papel importante, siendo reconocida de igual modo en el artículo 12.1 del Código de Deontología Médica del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos que dispone que “*el médico respetará el derecho del paciente a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, sobre las opciones clínicas disponibles. Es un deber del médico respetar el derecho del paciente a estar informado en todas y cada una de las fases del proceso asistencial. Como regla general, la información será la suficiente y necesaria para que el paciente pueda tomar decisiones*”.

Podría plantearse que nada tiene que ver la norma jurídica con el problema ético que se cuestiona, sin embargo, el análisis ético de un problema siempre debe ir en consonancia con la norma jurídica a fin de no vulnerar ningún precepto. En lo que al paciente se refiere, no resulta cuestionable la importancia de su autonomía, sin entrar en este momento a valorar qué ocurre cuando no puede expresar su voluntad.

e) Igualdad y no discriminación

El artículo 14 de la CE establece que “*los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento,*

raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social". Ante esta afirmación resultaría difícil imaginarse que alguien pueda quedar excluido de ingresar en la UCI basándose en un criterio de edad, pues, "la igualdad es un valor superior y, por tanto, nuclear en todo el ordenamiento jurídico²¹". Además del artículo 14 de nuestra norma suprema, que prohibiría una discriminación por motivo de edad, la Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública, apoya esta afirmación en su artículo 6, relativo al derecho a la igualdad, estableciendo en el este que "todas las personas tienen derecho a que las actuaciones de salud pública se realicen en condiciones de igualdad sin que pueda producirse discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, enfermedad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social". De igual modo, ese mismo artículo establece que "la enfermedad no podrá amparar diferencias de trato distintas de las que deriven del propio proceso de tratamiento de esta, de las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades o de las exigidas por razones de salud pública".

No cabría por tanto ningún motivo que pueda dar lugar a una discriminación del paciente que no se base en la situación clínica de este y en su expectativa objetiva de supervivencia basándose en la evidencia. Así lo dispone el informe del Ministerio de Sanidad²², además de establecer el principio de máxima recuperación de vidas humanas como criterio general, debiendo compatibilizarlo con la continuación de la asistencia iniciada de forma individual de cada paciente.

f) Detrimento de derechos de pacientes con otras patologías en favor de pacientes con COVID-19

Consecuencia de la escasez de medios y material con motivo de la Covid-19 podría existir escasez de material que afecte a pacientes con otras patologías.

21 PRESNO LINERA, Miguel. Coronavirus SARS-CoV-2 y derechos fundamentales (8): igualdad y no discriminación; en particular, por la edad. Blog: el derecho y el revés. [online] Abril 2020. Disponible en URL: <https://presnolinera.wordpress.com/2020/04/12/coronavirus-sars-cov-2-y-derechos-fundamentales-8-igualdad-y-no-discriminacion-en-particular-por-la-edad/> [Con acceso el 28.05.2020].

22 ROMEO CASABONA, Carlos María et al. INFORME DEL MINISTERIO DE SANIDAD SOBRE LOS ASPECTOS ÉTICOS EN SITUACIONES DE PANDEMIA: EL SARS-COV-2. [online] Abril 2020. p.3. Disponible en URL: https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/documentos/200403-INFORME_PANDEMIA-FINAL-MAQUETADO.pdf [Con acceso el 28.05.2020].

Por lo que ya no solo se pondría de relieve el detrimento de derechos relativo a pacientes que se hayan contagiado de este virus, afectando a su derecho a la salud en exclusivo, sino que esto podría extenderse a una afectación del derecho a la salud en general, con su consecuente gravedad para las personas y para el sistema sanitario que debe hacer frente a diversas patologías, atender a enfermos y disponer de personal y material para tratarlos.

El tiempo de instauración de un tratamiento es fundamental en muchas situaciones y el retraso en el diagnóstico se relaciona con el aumento de la mortalidad, así como del incremento de la estancia media hospitalaria. La saturación de las UCIs y de la UUH dificultan la correcta atención sanitaria y se relacionan directamente con un incremento de la mortalidad hospitalaria.

g) Protección personas vulnerables.

El gran dilema ético de esta pandemia es la cuestión relativa a cómo proteger a los grupos vulnerables, ya que por su condición pueden precisar más cuidados y sobre los que más se ha planteado excluir por falta de material.

El Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 establece en su artículo 4.3 que "los actos, disposiciones y medidas (...) podrán adoptarse de oficio o a solicitud motivada de las autoridades autonómicas y locales competentes, de acuerdo con la legislación aplicable en cada caso y deberán prestar atención a las personas vulnerables. Para ello, no será precisa la tramitación de procedimiento administrativo alguno".

Además, el artículo 20.1 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, dispone que para elaborar el contenido de la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud "se tendrá en cuenta la eficacia, eficiencia, efectividad, seguridad y utilidad terapéuticas, así como las ventajas y alternativas asistenciales, el cuidado de grupos menos protegidos o de riesgo y las necesidades sociales, así como su impacto económico y organizativo". Es decir, incorpora específicamente en el cuidado y necesidades de grupos de riesgo, como podrían ser por razón de edad, posesión de patologías, o cualquier otro motivo que coloque a la persona dentro de un grupo de vulnerabilidad.

No debe olvidarse, por tanto, que la toma de decisiones siempre debe ser un modelo mixto entre el

cuidado de los grupos vulnerables y los principios de equidad y protección de la población en su conjunto. Actuar de manera contrario no iría solamente en contra de los principios de la bioética sino, también, en contra del ordenamiento jurídico español.

4. JURISPRUDENCIA

Ya se ha señalado que el derecho a la salud del artículo 43 de la CE no contempla un derecho fundamental. Sin embargo, el reconocimiento en nuestra Constitución de este derecho, aun no configurándose de manera directa como un derecho subjetivo, impone la necesaria configuración de este en el ámbito material de la salud, a través del correspondiente desarrollo legislativo y jurisprudencial.

La naturaleza jurídica de este derecho tiene unas consecuencias para el Estado que se sintetizan de la siguiente manera²³:

- “a) Requiere una determinada política legislativa y eleva la protección de la salud a la categoría de fin del Estado en cumplimiento de la propia Constitución.
- b) Posibilita la atribución y distribución de competencias normativas y de ejecución entre poder central y otros poderes territoriales del Estado.
- c) Posibilita el control constitucional de las leyes, tanto desde el Tribunal Constitucional como desde los Tribunales ordinarios a través de la cuestión de ilegalidad.
- d) Tiene carácter informador del ordenamiento jurídico.
- e) Legitima el establecimiento de ingresos públicos para el sostenimiento de los servicios necesarios para atender a la salud”.

La conexión entre el derecho a la salud del artículo 43 de la CE y los derechos fundamentales del artículo 15 de la CE, ha sido constatada por el Tribunal Constitucional en numerosas ocasiones. Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional²⁴ (STC)

23 JÍMENEZ DE PARGA Y CABRERA, Manuel. “El derecho constitucional a la protección de la salud” Conferencia presentada en *La Salud como Valor Constitucional y sus Garantías Desarrollo y evolución del art. 43 de la Constitución Española*. Defensor del Paciente de la Comunidad de Madrid. Universidad Rey Juan Carlos. p. 12.

24 Voto particular que formula el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré a la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 4123-2012, y al que se adhiere la Magistrada doña Adela Asua Batarrita.

139/2016, de 21 de julio, describe el derecho a la salud como el instrumental del derecho a la vida y la integridad física y moral del art. 15 de la CE. De igual manera lo insinúan los Autos del TC 239/2012, de 12 de diciembre²⁵; 114/2014, de 8 de abril²⁶; y 54/2016, de 1 de marzo²⁷; que declaran expresamente que el derecho a la salud y el derecho a la integridad física de las personas afectadas por la exclusión del sistema sanitario, “*así como la conveniencia de evitar riesgos para la salud del conjunto de la sociedad, poseen una importancia singular en el marco constitucional, que no puede verse desvirtuada por la mera consideración de un eventual ahorro económico que no ha podido ser concretado*”.

Por otro lado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁸ (TEDH) ha sostenido que la ausencia de cuidados médicos apropiados de la que resulta la muerte de una persona vulnera el art. 2 (derecho a la vida) del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH).

De igual modo, el TEDH²⁹ establece que un Estado falta a sus deberes positivos de proteger la vida de sus ciudadanos (art. 2 CEDH) cuando no se legisla ni se toman medidas prácticas para protegerles y proporcionarles información de los riesgos para su salud a los que les exponen determinadas actividades

Ya se ha tratado la posibilidad de existencia de desigualdades o discriminación por grupos, pero, es importante poner de relieve la diferencia entre ambos conceptos en el marco jurídico que se está tratando. La STC 22/1981, de 2 de julio, afirma que el principio de igualdad no implica “*en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica*”, y acogiendo la doctrina del TEDH en relación con el artículo 14 del CEDH, declara que “*toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación*”. Es decir, el principio de igualdad no debe utilizarse precisamente para que existan desigualdades por razón de las circunstancias personales de cada persona, sino, tener estas en cuenta para que todos los ciudadanos tengan las mismas posibilidades. Además, esas circunstancias personales de cada uno no deben justificar una posible discriminación por grupos, como podría darse en el

25 Fundamento Jurídico 5.

26 Fundamento jurídico 8.

27 Fundamento Jurídico 5.

28 STEDH en el asunto Valentin Câmpeanu c. Rumanía, 17 de julio de 2014.

29 STEDH en el asunto Brincat y otros c. Malta, 24 de julio de 2014.

caso de grupos de personas vulnerables, tal y como se ha señalado.

En cuanto a la obligación del estado de la creación de un sistema sanitario que sea suficiente para proveer a la población de los servicios sanitarios, se ha pronunciado el Tribunal Supremo en Sentencia de 1 de octubre de 1984, señalando que *“la naturaleza de la acción sanitaria debe concebirse como un servicio público, máxime después de la declaración constitucional”* del artículo 43.2 CE.

Esta afirmación adquiere gran relevancia, pues, al concebirse como servicio público se está reconociendo un derecho individual a los ciudadanos para obtener de los poderes públicos una protección de su derecho a la salud mediante estos servicios asegurando unos mínimos de suficiencia y necesidad prestacional. Esto, además, puede variar en el tiempo y en función de la demanda social de cada momento, por lo que, con la problemática existente, no resulta extraño pensar que existirá una exigibilidad mayor de la protección de la salud de los ciudadanos.

La STC 64/2017, de 25 de mayo de 2017³⁰, ha señalado que *“el Sistema Nacional de Salud tiene por objeto y finalidad garantizar la protección de la salud de los ciudadanos, cometido que se instrumenta a través de un conjunto de servicios y prestaciones sanitarias de carácter preventivo, terapéutico, de diagnóstico, de rehabilitación, así como de promoción y mantenimiento de la salud.”* Es decir, cualquier ciudadano, independientemente de la edad, patología previa o circunstancia personal puede exigir estas prestaciones. Obviamente que ante la inexistencia de material sanitario y personal para atender a todas las personas se va a llegar a la situación de no poder proporcionar a toda la población las prestaciones que pueden exigir, pero debe evitarse en todo momento la creación de discriminaciones y desigualdades de cualquier tipo, abogando siempre por salvar el mayor número de vidas posibles independientemente de la situación de cada uno.

5. CONCLUSIONES

La toma de decisiones por parte de los profesionales sanitarios y la asignación justa de los recursos sanitarios disponibles cuando estos son insuficientes para la totalidad de la población ha traído a colación un debate ético que cuestiona las medidas a adoptar en cuanto a la distribución y utilización de estos.

Conforme al principio de transparencia es necesario que la población en su conjunto tenga la posibilidad de conocer las medidas que debe adoptar el personal sanitario, incluyendo esto el contenido de los protocolos o de qué manera se priorizarán los pacientes en caso de tener que hacerlo. La Ley General de Salud Pública en su artículo 3.f así lo establece: *“las actuaciones de salud pública deberán ser transparentes. La información sobre las mismas deberá ser clara, sencilla y comprensible para el conjunto de los ciudadanos”*, además de contener en su artículo 4 el derecho a la información que a los ciudadanos compete. Por este motivo, ya no solo se hace necesario un protocolo de actuación para el personal sanitario, sino que, también se hace imprescindible que los ciudadanos puedan conocerlo.

Ante la falta de medios parece imposible elaborar un protocolo con carácter normativo que realmente pueda incorporar toda la casuística existente. Teniendo en cuenta que no solamente se debe contemplar la situación personal de cada uno, sino que, las medidas a adoptar deben asentarse bajo los principios legales y éticos mencionados, y con el añadido de que no todos los territorios se encuentran en la misma situación son muchos criterios los que deben considerarse. Adoptar una decisión basándose en exclusiva en la prioridad del interés general sobre el interés particular parece colocar a unos pocos en una situación de clara desventaja. Por otra parte, el artículo 103 de la CE obliga a las Administraciones a servir con objetividad los intereses generales. Puede resultar un tanto confuso ya que esto no significa que haya que basar toda decisión en el interés general como único criterio, sino que se debe buscar el justo equilibrio entre el interés colectivo y la dignidad de todos los seres humanos.

Se hace necesaria la elaboración de un sistema de actuación que pueda unificar los criterios a adoptar, donde prime el principio de igualdad y justicia, y sobre todo el principio de máximo beneficio de la recuperación de vidas humanas, pues, como ya se ha señalado, el derecho a la vida es motivo de existencia de los demás derechos. Por la importancia que todo ello conlleva y los derechos en juego citados, la solución a la problemática existente debe pasar por establecer las diferentes actuaciones mediante normativa de carácter básico con criterios unánimes basados en factores pronósticos, evitando criterios de otro tipo que puedan desembocar en una desigualdad social. Esta normativa básica unificaría los criterios en todo el territorio cumpliendo así con la dotación de carácter normativo de lo que hasta este momento funcionaba a través de protocolos que jurídicamente no tenían sustento. Si bien es cierto que la elaboración de guías, protocolos y recomendaciones siguen siendo de vital importancia, no resulta

30 Fundamento Jurídico 3.

comprensible que no exista fundamentación jurídica para cierto tipo de actuaciones, no debiendo llevarse a cabo a través de estos tipos de modelos.

Además, sería recomendable que esta normativa básica contemple diferentes niveles, pues no todas las CCAA están en las mismas circunstancias, pudiendo esta legislación contemplar uno mínimos en cada nivel, que luego pueda ser desarrollado por las CCAA para adaptarlo a su situación, pues la competencia sigue siendo atribuible a estas.

Estas medidas deben ser informadas y valoradas por científicos y profesionales de la salud, así como por los Comités de Ética, además de contemplar el punto de vista jurídico para poder respetar los principios de igualdad y universalidad de acceso o continuidad prestacional, así como el respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales, entre otros anteriormente citados.

No se debe olvidar que el no cumplimiento de los requisitos mínimos podría desembocar en una crisis social que debilite el sistema sanitario en su conjunto. Así lo señalaba la OMS en sus Recomendaciones para la gestión de cuestiones éticas en epidemias de 2016³¹ cuando afirmaba que *“las presiones de tiempo y las limitaciones de recursos pueden forzar la acción sin la deliberación exhaustiva, la inclusión y la transparencia que exige un sólido proceso de toma de decisiones éticas”*.

Para su elaboración una de las soluciones podría pasar por su orientación en los Principios de Siracusa³², pues, son un marco ampliamente aceptado para evaluar la conveniencia de limitar ciertos derechos humanos fundamentales en situaciones de emergencia. Los Principios de Siracusa establecen, de manera resumida, que:

- Cualquier restricción a los derechos humanos debe llevarse a cabo de conformidad con la ley y en pos de un objetivo legítimo de interés general.
- Tales restricciones deben ser estrictamente necesarias y no debe haber otro medio menos intrusivo disponible para alcanzar el mismo objetivo.

31 WORLD HEALTH ORGANIZATION, Guidance For Managing Ethical Issues In Infectious Disease Outbreaks. [online] 2016. p. 7. Disponible en la URL: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/250580/9789241549837-eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y> [Con acceso el 28.05.2020].

32 Principios de Siracusa sobre las disposiciones de limitación y derogación del pacto internacional de derechos civiles y políticos naciones unidas/consejo económico y social. Comisión de Derechos Humanos 41º Período de sesiones. [online] Disponible en URL: <https://www.civilisac.org/civilis/wp-content/uploads/principios-de-siracusa-1.pdf> [Con acceso el 28.05.2020].

- Cualquier restricción debe basarse en evidencia científica y no imponerse de manera arbitraria, irrazonable o discriminatoria.

El Estado no deja de ser una fuente de protección del individuo y como tal debe proporcionar a la población la seguridad de que se actuará conforme a su beneficio evitando desigualdades, así como la vigilancia de cumplimiento del respeto de los derechos de todos sin exclusión de ningún grupo, distribuyéndose los medios de manera justa. Todo ello debe realizarse, además, desde el respeto a la dignidad, intimidad y confidencialidad que se reconoce en la Ley General de Salud Pública en su artículo 7 donde se establece que *“todas las personas tienen derecho al respeto de su dignidad e intimidad personal y familiar en relación con su participación en actuaciones de salud pública”*.

La elaboración de una normativa de carácter básico, y su posterior desarrollo deberá, además, estar en continua re-evaluación en función de los cambios que se vayan sucediendo en cuanto al estado actual y futuro de la pandemia. Además, deberá incluir la importancia de considerar en la toma de decisión la situación concreta en la que cada uno se encuentre, nunca aplicándose la norma general sin tener en cuenta la especialidad de cada caso.

A una persona no se le puede privar de su derecho a la vida por la edad que tenga, y además, las normas no deben aplicarse de manera mecánica sin contemplar la situación concreta de cada uno por lo que, tal y como afirma el Comité de Bioética de España³³, con buen criterio, *“la priorización debe ser, además, horizontal, no estableciendo categorías en función de padecer el coronavirus u otra enfermedad”*, por lo que todos los pacientes deben ser tratados *“por igual”* tengan coronavirus u otra enfermedad”.

No cabe duda de que la situación genera controversia y que no se trata de tomar una decisión entre una situación buena y una mala, sino que se trata de tomar una decisión entre dos situaciones malas frente las cuales la decisión por parte de una afecta de manera sustancial la vida de las personas.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONDÍA GARCÍA, David: La exigibilidad del derecho a la salud en situaciones de crisis sanitarias, en Bonet Pérez, Jordi y Saura Estapà,

33 DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico et altri. Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos bioéticos de la priorización. Op. Cit. p. 7.

- Jaume (Eds.). El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en períodos de crisis. Estudios desde la perspectiva de su aplicabilidad. Madrid: Marcial Pons. 2013.
- CUETO PÉREZ, Miriam: Flujos migratorios en el ordenamiento jurídico español, CIVITAS, 2018, DIR. RODRÍGUEZ MATEOS, Pilar.
- DELGADO DEL RINCÓN, Luis: “El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares: reflexiones sobre la reforma introducida por el RDL 16/2012, de 20 de abril”, Revista de Estudios Políticos, núm. 163, enero-marzo 2014.
- DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico et altri. Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos bioéticos de la priorización de recursos sanitarios en el contexto de la crisis del coronavirus.
- ESCOBAR ROCA, Guillermo: “Los derechos fundamentales sociales y la protección de la salud”, Revista de Derecho Público N° 71-72, enero-agosto 2008.
- GRACIA, Diego; RODRÍGUEZ SENDÍN, Juan José et altri. Guías de ética en la práctica clínica, retos éticos en atención primaria. Fundación de Ciencias de la Salud y Autores.
- Grup de treball de Ventilació, Cap Àmbit Emergències, Direcció Mèdica i Direcció Infermera de SEM. Recomanacions per suport a les decisions de limitació d'esforç terapèutic (let) per pacients amb sospita de covid-19 i insuficiència respiratòria aguda (ira) hipoxèmica.
- HURTADO MENENDEZ, Luis: “Derecho a la protección a la salud y derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social”, Tribuna Social: Revista de la Seguridad Social y Laboral, núm. 78, 1997.
- JÍMENEZ DE PARGA Y CABRERA, Manuel. “El derecho constitucional a la protección de la salud” Conferencia presentada en *La Salud como Valor Constitucional y sus Garantías Desarrollo y evolución del art. 43 de la Constitución Española*. Defensor del Paciente de la Comunidad de Madrid. Universidad Rey Juan Carlos.
- MENENDEZ REXACH, Ángel: “El derecho a la asistencia sanitaria y el régimen de las protecciones sanitarias públicas”, Derecho y Sociedad, Vol. 11, Núm.1, 2003.
- PRESNO LINERA, Miguel. Coronavirus SARS-CoV-2 y derechos fundamentales (1): el derecho a la salud. Blog: El derecho y el revés.
- PRESNO LINERA, Miguel. Coronavirus SARS-CoV-2 y derechos fundamentales (8): igualdad y no discriminación; en particular, por la edad. Blog: el derecho y el revés.
- Principios de Siracusa sobre las disposiciones de limitación y derogación del pacto internacional de derechos civiles y políticos naciones unidas/consejo económico y social. Comisión de Derechos Humanos 41º Período de sesiones.
- ROMEO CASABONA, Carlos María et altri. INFORME DEL MINISTERIO DE SANIDAD SOBRE LOS ASPECTOS ÉTICOS EN SITUACIONES DE PANDEMIA: EL SARS-COV-2.
- RUBIO SANCHÍS, Olga et altri. Recomendaciones éticas para la toma de decisiones en la situación excepcional de crisis por pandemia Covid-19 en las unidades de cuidados intensivos. Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José: “Bases constitucionales de una posible política sanitaria en el Estado autonómico”, Documentos de trabajo, Laboratorio de Alternativas, n°89, 2006.
- SOLSONA DURÁN, José Felipe; ABIZANDA CAMPOS Ricardo. “Hacia la elaboración de criterios de ingreso en los servicios de medicina intensiva”. *Medicina Intensiva*. Vol. 22. 1998.
- TOLIVAR ALAS, Leopoldo: “Derechos de los pacientes y usuarios ante la gestión privada de servicios sanitarios”, Derecho y Salud, Vol. 15, núm. Extra 1, 2007.
- Unidad de Urgencias Hospitalarias, estándares y Recomendaciones, Informes, estudios e investigación 2010. Ministerio de sanidad y política social.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION, Guidance For Managing Ethical Issues In Infectious Disease Outbreaks. [online] 2016.