

DERECHOS DE LAS PERSONAS MAYORES Y DISCRIMINACIÓN EN LAS
RESIDENCIAS GERIÁTRICAS DURANTE LA PANDEMIA DE COVID-19
*OLDER PEOPLE'S RIGHTS AND DISCRIMINATION IN CARE
HOMES DURING THE COVID-19 PANDEMIC*

Fernando Flores Giménez

*Profesor Titular de Derecho constitucional
Universitat de València*

RESUMEN

Como en muchos otros países, la crisis sanitaria que irrumpió a principios de 2020 provocó en España miles de muertes entre las personas mayores. Muchas de ellas tuvieron lugar en residencias geriátricas. Numerosos estudios e informes han consignado una serie de acciones y omisiones que podrían haber contribuido, cuando no provocado directamente, la grave vulneración de derechos fundamentales de los ancianos residentes. El derecho a la vida, el no sometimiento a tratos inhumanos o degradantes, la libertad de circulación, el derecho a la intimidad personal y familiar, el trato igual con el resto de la ciudadanía, y otros derechos que, si bien no pueden ser considerados fundamentales desde la perspectiva jurídico-constitucional, sí lo son por configuración legal, entre ellos el derecho a la salud o aquellos derivados de la Ley de Dependencia. Con apoyo en los informes del Defensor del Pueblo y de la Fiscalía, así como en investigaciones realizadas por organizaciones civiles y periodistas de investigación, este artículo aborda las discriminaciones y abusos más relevantes que durante la crisis sanitaria se han producido en la debida provisión de cuidados a las personas mayores en las residencias.

PALABRAS CLAVE

COVID-19, derechos fundamentales, residencias.

ABSTRACT

As in many other countries, the health crisis that erupted in the early 2020s led to thousands of deaths among the elderly in Spain. Many of them took place in nursing homes. Numerous studies and reports have recorded a series of actions and omissions that may have contributed to, if not directly caused, the serious violation of fundamental rights of elderly residents. The right to life, freedom from degrading treatment, freedom of movement, the right to personal and family privacy, equal treatment, and other rights which, although they cannot be considered fundamental from a legal-constitutional perspective, were considered so by legal configuration, among them the right to health or those derived from the Dependency Law. With the support of the reports of the Ombudsman and the Public Prosecutor's Office, this article addresses the most relevant discrimination and abuses that have occurred during the health crisis in the provision of care for the elderly in nursing homes.

KEY WORDS

COVID-19, fundamental rights, nursing homes.

DOI: <https://doi.org/10.36151/TD.2023.072>

DERECHOS DE LAS PERSONAS MAYORES Y DISCRIMINACIÓN EN LAS RESIDENCIAS GERIÁTRICAS DURANTE LA PANDEMIA DE COVID-19

Fernando Flores Giménez

Profesor Titular de Derecho constitucional
Universitat de València

Sumario: 1. Personas mayores y residencias durante la pandemia de COVID-19: vulneración de derechos o fuerza mayor. 2. Los hechos y los datos. 3. Los factores y las causas. 4. La discriminación de las personas mayores residentes en el marco de la pandemia. 4.1. El criterio de la edad y la dependencia como base para establecer prioridades en la atención sanitaria. 4.2. Decisiones ejecutivas limitadoras de derechos relacionados con los cuidados y vinculadas a la decisión del confinamiento nacional. 5. El derecho a la verdad y la tutela judicial de las víctimas. 5.1. Una investigación rigurosa de los hechos. 5.2. La tutela judicial de las víctimas. 6. Conclusión: son necesarias nuevas normas jurídicas, políticas públicas con enfoque de derechos y un cambio social, cultural y político profundo. Bibliografía.

1. PERSONAS MAYORES Y RESIDENCIAS DURANTE LA PANDEMIA DE COVID-19: VULNERACIÓN DE DERECHOS O CAUSA MAYOR

Han pasado dos años y medio desde que la crisis sanitaria asoló las residencias geriátricas en España provocando miles de muertes entre las personas mayores. Numerosos estudios e informes elaborados por instancias especializadas de la Administración y la sociedad

civil, que desde los primeros meses hicieron un seguimiento del modo en que estos centros abordaron la situación (Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, 2020; Amnistía, 2020; HelpAge, 2021), han denunciado una serie de decisiones, acciones y omisiones que habrían contribuido a —cuando no provocado directamente— la vulneración de derechos fundamentales de los ancianos residentes —la vida, el no sometimiento a tratos inhumanos o degradantes, la libre circulación, la intimidad personal y familiar, el trato igual con el resto de la ciudadanía— y de otros derechos que, si bien no pueden ser considerados fundamentales desde la perspectiva jurídico-constitucional, sí lo son por configuración legal, entre ellos el derecho a la salud o los derivados de la Ley de Dependencia.

Sin embargo, al terminar de redactar este texto —finales de 2022— no existen consecuencias jurídicas por la presunta vulneración de estos derechos. La mayoría de las denuncias se han archivado o directamente no se han admitido a trámite. Amparadas en la excepcionalidad de la pandemia y en respuestas formales de comportamientos intachables de sus gerentes, las residencias han esquivado las acusaciones. Por su parte, la responsabilidad de la Administración, que legalmente tiene la obligación de fiscalizar el buen funcionamiento de aquellas, se ha diluido en la petición de comisiones parlamentarias de investigación que no han visto la luz o en inocuos grupos de trabajo (Sánchez Castrillo, 2021) más útiles para acallar reivindicaciones que para conocer lo que realmente ha sucedido.

De hecho, esta falta de consecuencias lleva a plantear que, en realidad, no hubo decisiones (por acción o por omisión) de las instancias públicas y privadas que impactaron de forma ilícita en los derechos de las personas mayores residentes en los centros de forma generaliza o sistemática. Podría decirse, en esta línea, que, con carácter general, dada la situación de excepcionalidad vivida, se actuó dentro del marco que establece el ordenamiento jurídico. Como tantas veces sucede, la carga emotiva y ciertos enfoques informativos de lo sucedido habrían provocado en algunos sectores la «ilusión óptica» de creer que los imprevisibles y trágicos designios de la naturaleza enmarcados en unas estructuras residenciales lamentablemente no preparadas para la situación excepcional que se vivió eran vulneraciones de derechos. La otra opción es que, más allá del desbordamiento de la capacidad asistencial de las residencias, sí hubo decisiones ilícitas, sí se vulneraron de forma sistemática (y quizás sistémica) los derechos de miles de personas mayores, pero, por diversas circunstancias, las instituciones competentes, los instrumentos jurídicos, las garantías de protección de los derechos existentes se han mostrado inoperantes para reclamar de forma eficaz la exigibilidad de aquellos y las reparaciones consecuentes.

Este artículo se pregunta sobre esta disyuntiva: o bien que muchos residentes en centros para mayores vieron coartados ilegalmente sus derechos durante la pandemia, o bien que, dada la situación de emergencia, no fue tal el caso. A tal efecto, se expondrán los factores que determinaron el contexto de la crisis en los centros, las medidas adoptadas —por los poderes públicos y por las empresas que gestionan las residencias— que pudieron impactar en los derechos de los residentes y se comprobará si encajan en su capacidad de limitar los derechos de las personas a la vista de la finalidad, la cobertura legal, la necesidad y el juicio de proporcionalidad. La conclusión de este trabajo es que los derechos de las personas

mayores internas en residencias fueron restringidos, en muchos casos de forma discriminatoria y desproporcionada, es decir, de forma ilegal.

Como ha sido señalado ya por algunos autores, para las personas mayores la pandemia ha funcionado como una puerta hacia la visibilidad, como catalizador de la atención pública y, en realidad, como una evidencia del edadismo de nuestra sociedad (Ribera, 2020). Y ha puesto de manifiesto sin medias tintas el grado de vulnerabilidad de las personas de edad avanzada y la desatención de la sociedad (y del Derecho, en lo que aquí interesa) al mundo de los cuidados a ellas debidos al menos desde la perspectiva moral y, al parecer no tan claramente (se ha descubierto), jurídica (Flores, 2022).

2. LOS DATOS Y LOS HECHOS

Antes de abordar este punto, debe consignarse que existe una carencia crónica de datos fiables cuando estos se refieren a las personas mayores. La experta independiente de Naciones Unidas ha llamado reiteradamente la atención sobre ello, advirtiendo que «[...] la exclusión de las personas de edad de las encuestas y los censos nacionales afecta a la capacidad de comprender la medida en que son capaces de participar en la sociedad y disfrutar de sus derechos en pie de igualdad con los demás. Debido a la falta de unos datos y estadísticas representativos, las desigualdades a las que se enfrentan las personas de edad suelen permanecer invisibles» (Naciones Unidas, 2020a).

Otros informes dirigidos específicamente a obtener información sobre centros residenciales de ancianos han llegado conclusiones similares, advirtiendo que la transparencia requerida «[...] no se limita a la visión minimalista de hacer público el número de plazas (ocupadas y disponibles) de estos centros, sino que abarca medidas de mayor calado en las políticas de atención de mayores [...]» (Pérez-Durán, 2020).

Y si se hace referencia a la búsqueda de información —datos objetivos— sobre lo sucedido en las residencias durante la pandemia, puede observarse la dificultad para obtenerla tanto por parte quienes elaboraron informes relevantes (Grupo de Trabajo Multidisciplinar —GTM—, 2020: 9), como por parte de los medios de comunicación, algunos de los cuales han tenido que activar los procedimientos legales administrativos ante los consejos de transparencia o ante los defensores autonómicos e incluso reclamar —y lograr— el acceso a los mismos en los tribunales (Rico, 2022).

Los datos más generales y relevantes sobre el envejecimiento y las personas mayores en España y Europa pueden consultarse en diversos documentos (por ejemplo, Eurostat, 2021), así que la información que sigue se ceñirá a los servicios sociales integrados en las comunidades autónomas dirigidos a las personas mayores.

Estos servicios pueden clasificarse en cuatro grandes categorías:

- atención domiciliaria (es el que cuenta con un número más elevado de personas usuarias —942.446 personas—, el 10,41 % de las personas mayores);

- ayuda a domicilio, que da respuesta a las necesidades básicas de la vida diaria de las personas mayores en su casa (atiende al 5 % de las personas de 65 y más años, de las cuales el 69 % supera los 80 años);
- servicios de atención diurna orientados a la atención psicosocial de personas mayores en situación de dependencia (a 31 de diciembre de 2018, atendía al 1,1 % de las personas mayores en 96.500 plazas distribuidas en 3.603 centros); y
- servicios de atención residencial, que alojan y mantienen a los mayores de forma permanente o temporal (el 4,32 % de la población mayor de 65 años hace uso de ellos; al comenzar la pandemia, en España había 4,2 plazas de residencia por cada 100 personas mayores, rondando en total 381.158 plazas) (CESIC, 2021; y Marbán *et al.*, 2021).

Este artículo se centrará en lo sucedido durante la pandemia en los servicios de atención residencial.

La titularidad y la gestión de estos centros se distribuye del siguiente modo: la titularidad pública de centros regionales y municipales representa en torno al 30 % del total de residencias en España, mientras que los centros privados acreditados (mercantiles y sin fin de lucro) subvencionados por el sector público suponen alrededor del 70 % de las residencias. En abril de 2019, en España había 372.985 plazas en los 5417 centros residenciales. El 72,8 % eran de titularidad privada (271.579), incluidas las privadas sin ánimo de lucro (49.832). El resto eran plazas residenciales de titularidad pública (101.406), que incluyen públicas locales, provinciales, autonómicas y estatales, clasificadas de esta forma según la Administración pública responsable. Ahora bien, el 84,8 % de todas estas plazas residenciales está gestionado por empresas privadas, pequeñas o grandes empresas de servicios, asociadas o independientes de la propiedad/titularidad que prestan servicios a la Administración pública tras concurso, o entidades y organizaciones sin ánimo de lucro. Y un dato más: en los últimos años la gestión privada sin fines de lucro está siendo desplazada de manera creciente por el sector mercantil, en el que predomina el capital de fondos de riesgo (Abellán y Aceituno, 2020 y Marbán *et al.*, 2021: 162).

Además de regirse por la legislación de servicios sociales de su propia comunidad autónoma, es importante subrayar que, salvo excepciones, los centros residenciales no son centros medicalizados, por lo que desde ellos las personas mayores acceden (o debieran acceder) al Sistema Nacional de Salud en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos.

En este escenario —los factores más relevantes que lo acompañan se verán enseguida— se presenta y estalla la pandemia, dando lugar a una crisis humanitaria y de cuidados sin precedentes en las residencias, reflejada en los datos que siguen. Aparte de la necesidad urgente de mejorar la recopilación de datos cuando afectan a las personas mayores, la heterogeneidad de las fuentes de información a nivel territorial y el hecho de que en las primeras fases de la pandemia no pudieron realizarse pruebas diagnósticas masivas dificultaron la determinación de esos datos. Después de la segunda ola (hasta finales de 2020), en todo el mundo se habían contagiado más de 45 millones de personas, de las cuales 1,2

millones perdieron la vida; en España, la cifra exacta de contagiados y fallecidos por la pandemia de COVID-19 se desconoce, pero se estima que las personas contagiadas rondaron el millón y medio y las fallecidas fueron alrededor de 50.000. En octubre de 2022 el número de fallecidos en nuestro país sobrepasaba los 114.000 (Ministerio de Sanidad, 2022).

Los datos oficiales indican que durante la primera ola murieron en España más de 20.000 personas que vivían en residencias. La cifra real, que puede deducirse a partir de las estadísticas sobre exceso de fallecimientos, supera ampliamente los 30.000. En el Informe del GTM (para el Ministerio de Ciencia e Innovación) sobre el impacto de la COVID-19 en las personas mayores, con especial énfasis en las que viven en residencias se consigna (a finales de mayo de 2020) el número de 237.906 infectados por COVID-19 en España y 27.119 fallecidos por esta enfermedad. Las personas mayores de 70 años representan un 37 % de los infectados, un 48 % de todas las personas hospitalizadas, un 33 % de las atendidas en UCI y un 86 % de los fallecidos. Los fallecidos en residencias geriátricas habrían sido 19.194 (incluyendo tanto las personas con diagnóstico confirmado como las que fueron identificadas por síntomas sospechosos), lo que representaría un 70 % de los fallecidos en España (GTM, 2020: 9).

Según un informe del Comité Europeo de las Regiones, entre las diez regiones europeas con mayor exceso de mortalidad en 2020 figuran (junto a las del norte de Italia) cuatro españolas, con Madrid a la cabeza (un 44 % de exceso de mortalidad), seguida por Castilla-La Mancha (+34 %), Castilla y León (+29 %) y Cataluña (+27 %) (European Committee of the Regions, 2021).

Los datos de la pandemia y su impacto han ido actualizándose, y los hechos y decisiones sucedidos en y en torno a las residencias todavía se están discutiendo en algunos casos, aunque hay informes como el del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030 (2020: 11 ss.) que los describen con rigor. Lo cierto es que desde el inicio de la pandemia se sabía que las personas mayores de 70 años, en especial las que vivían en centros residenciales, tenían un riesgo muy elevado de morir en caso de infección generalizada. Como señala Zunzunegui (2022: 3), «[...] el objetivo sanitario debería haber sido proteger la vida de las personas mayores y evitar a toda costa que el virus entrara en las residencias. En Europa y en Norteamérica no se consiguió este objetivo, quizás simplemente porque las autoridades sanitarias no lo priorizaron. En la escena internacional, la mortalidad por COVID-19 en los centros residenciales de personas mayores durante los primeros meses varió entre el 24 % y el 82 %, lo que puede indicar diferencias en la calidad de los servicios residenciales y en la gestión de la pandemia». Así, un informe de la Fundació Rafael Campalans (León, 2022) compara lo sucedido en las residencias de Alemania y Dinamarca en las de España, Inglaterra e Italia, advirtiendo grandes diferencias: «Mientras que en Dinamarca y Alemania fueron capaces de ofrecer una respuesta coordinada, en España, Inglaterra e Italia la intervención en residencias estuvo sistemáticamente retardada en comparación con la actuación en hospitales», pues en estos tres países no existió un protocolo de prevención antes de la aprobación del estado de alarma, como sí lo hubo en los hospitales.

3. LOS FACTORES Y LAS CAUSAS

El impacto desproporcionadamente grave de la pandemia en las personas internadas en residencias (espacios cerrados en el que personas de edad avanzada tienen un alto grado de contacto social) se debe a causas y factores diversos, de distinta naturaleza, algunos estructurales (y, aunque esperables, imposibles de cambiar en poco tiempo), y otros coyunturales (sobre los que había una parcial, o incluso total, capacidad de decisión). Por eso, no puede valorarse del mismo modo —al menos desde la perspectiva de la responsabilidad jurídica y la vulneración de derechos— la falta generalizada de adecuación de los centros residenciales para hacer frente a una crisis sanitaria como la sufrida (con el desbordamiento consecuente) y las decisiones concretas por parte de algunos gobiernos autonómicos de llevar a cabo un «triaje adverso» de personas mayores, bloqueando su acceso al sistema hospitalario.

Los factores estructurales «[...] se han manifestado en toda su dimensión y constituyen gran parte de la explicación de la crisis del sector residencial en la primavera de 2020» (Marbán *et al.*, 2021: 162). En primero de ellos fue el factor demográfico, la concentración en esos espacios cerrados de «vidas prolongadas» con un alto grado de morbilidad. Casi el 80 % de las personas que viven en residencias superan los 80 años, un *sobreenvejecimiento* que, junto a la alta ocupación (un 86 % del total de plazas existentes en las residencias estarían ocupadas), las convierte en espacios altamente vulnerables, sobre todo ante situaciones de crisis sanitaria (Abellán, 2020a) y especialmente por el hecho de que esas residencias sean mayoritariamente de gran tamaño (el 50 % de las plazas se concentra en centros con más de 100 residentes y el 29 % en centros entre 50 y 100 residentes) y con ratios de trabajadores muy reducidas. Como indica el Defensor del Pueblo (2020), el alto nivel de ocupación se debe en parte a la insuficiencia de plazas públicas y concertadas de atención residencial, y la precariedad del sistema trae causa de la mercantilización del modelo y de los recortes crónicos acentuados a partir de la crisis económica de 2008.

En segundo lugar se encuentran los factores vinculados a la regulación y gestión de las residencias. Además de basarse en un modelo centrado en aspectos de eficiencia y de organización que dejan en segundo término las preferencias y deseos de los residentes, el Defensor del Pueblo (2020) ha señalado la falta de un mínimo sistema de control sobre la calidad de los centros. Así, este ha insistido en la necesidad de que las comunidades autónomas creen o incrementen los servicios de inspección, con personal correctamente formado, para que puedan llevar a cabo su función de vigilancia de forma eficaz, y para que los centros mantengan los requisitos normativos exigidos para su correcto funcionamiento y unos niveles adecuados de calidad en la prestación del servicio de atención residencial de mayores (HelpAge, 2021). La falta de inspecciones ha supuesto la ausencia de una supervisión adecuada de la calidad asistencial, déficit que ha agravado la situación de aquellas personas mayores que presentaban carencias nutricionales cuando ha llegado la pandemia (Marbán *et al.*, 2021). A ello debe añadirse el hecho de que la mayor parte de los centros residenciales carecen de atención sanitaria, médica y de enfermería.

Por último, es preciso hacer referencia a las condiciones de empleo en las residencias. En mayo de este año, el Colegio de Enfermería de València alertaba de «[...] la falta de personal para las residencias de mayores “por las pésimas condiciones laborales”» (Bonillo, 2022). Se trata de una más de las llamadas de atención sobre el problema. El Defensor del Pueblo (2020) ha consignado en sus informes que no existe un número suficiente de personal en los centros residenciales, hecho que afecta directamente a la calidad de los cuidados, y ha propuesto, en consecuencia, una profunda revisión al alza de las ratios de personal de atención directa, pues han quedado manifiestamente desfasadas. Además, ha reclamado una mejora de la cualificación del personal que presta sus servicios en el sistema residencial. La falta de personal interfiere directamente en la calidad asistencial de los cuidados, dado que «[...] si no hay personal no hay cuidados, si no hay cuidados no hay calidad, y estos cuidados son esenciales para la calidad de vida, pero en muchas ocasiones solo para poder subsistir» (Salado, 2022). Lo cierto es que esa falta de personal se explica en buena medida por «las pésimas condiciones laborales», reflejadas tanto en los tipos de contratos como en las retribuciones salariales. Solo un dato: el 80 % de los empleos de los centros residenciales están encuadrados en las categorías profesionales más bajas —auxiliares administrativos, oficiales, subalternos y peones y asimilados— (Marbán *et al.*, 2021:163).

A la escasa disponibilidad de recursos humanos y la progresiva mercantilización, factores de carácter crecientemente estructural, se añadieron otros factores coyunturales. Estos son aquellos que, de una u otra forma, fueron objeto de algún tipo de decisión por parte de los responsables de la Administración y de los propios centros. Con carácter general, y como señala León (2022) la decisión de «identificar a las residencias como espacios prioritarios de actuación» resultaba clave. Dado que no se hizo y que la pandemia fue abordada como una emergencia fundamentalmente sanitaria, priorizando e invirtiendo esfuerzos en los hospitales, «[...] la respuesta fue tardía, lenta, insuficiente e ineficaz y el precio fue una mortalidad que todavía hoy nos cuesta trabajo asimilar (en Alemania y Dinamarca las residencias fueron consideradas prioritarias desde el inicio y su gestión fue mucho más aceptable que las de Inglaterra, Italia y España)».

De hecho, la decisión de priorizar el abastecimiento de los hospitales en detrimento de las residencias determinó la escasez de suministros para realizar las pruebas diagnósticas (este punto es importante, sobre todo a la luz de las informaciones sobre la capacidad de contagio de personas y residentes asintomáticos, así como de la presentación atípica de los síntomas en los mayores), la limitada disponibilidad de material de protección, la falta de asistencia médica en ellas y la trágica decisión, en algunas comunidades autónomas, de no derivar a los hospitales a las personas contagiadas de las residencias.

Esta realidad discriminatoria fue en parte causada por el inaceptable estigma que aqueja a las personas que viven en residencias, que a menudo son consideradas socialmente como lugares a los que las personas van a morir (GTM, 2020:14), y es la consecuencia de la suma de un edadismo estructural, organizativo, a un edadismo coyuntural, funcional y concreto. Como señala Ribera (2020: 305), «[...] el problema se magnifica cuando surge un estrés social como el COVID-19. Unos recursos limitados y la lucha por acceder a ellos

facilitan rechazos y conductas poco solidarias. Las personas mayores están en desventaja cuando el planteamiento se establece en términos competitivos [...] quizás es en el tema de las residencias donde se haya expresado mejor que en ningún otro el fenómeno de la discriminación por razón de edad».

4. LA DISCRIMINACIÓN DE LAS PERSONAS MAYORES RESIDENTES EN EL MARCO DE LA PANDEMIA

En una declaración publicada a los pocos meses del comienzo de la pandemia, la Mesa Estatal por los Derechos de las Personas Mayores afirmaba que «[...] la atención a las personas mayores durante la crisis ha sido un claro ejemplo de la realidad actual en la que viven, donde su situación, los recursos destinados a su bienestar y su dignidad son obviados de manera cotidiana [...] La pandemia ha puesto en evidencia la crisis en los derechos y en los cuidados, iniciada hace años y que hunde sus raíces en causas más profundas». Para Amnistía Internacional (2020), las conclusiones de su Informe sobre las residencias en pandemia son claras y rotundas: se vulneraron «[...] los derechos a la vida, a la salud, a no ser discriminadas, a la vida privada y familiar, y a no sufrir tratos inhumanos o degradantes, incluyendo el derecho a morir dignamente».

Ciertamente, cuando se trata de analizar los derechos de las personas que viven en centros geriátricos, se parte del hecho de que en la residencia muchos de los ámbitos vitales del residente están dirigidos y programados por la dirección mediante un plan racional al que se somete al interno; y de que incluso la persona mayor que goza de buena salud ve limitada la posibilidad de organizar por su cuenta su vida cotidiana (Rodríguez de Santiago, 2012: 118). Se trata de una realidad que, sin duda, extrema su rigor cuando el contexto en el que se desenvuelve es una crisis sanitaria. Sin embargo, esas limitaciones y ese rigor ni pueden ser absolutos ni pueden tener desposeer de derechos a las personas que viven en las residencias.

Por eso, cuando se ve de forma tan clara el trato desigual y discriminatorio que el colectivo de las personas mayores ha recibido durante la pandemia (y que es una prolongación de ese mismo trato en circunstancias no excepcionales), cuesta aceptar que dicha condición —la edad avanzada— sea considerada por la doctrina y la jurisprudencia como una categoría «débilmente sospechosa» como factor diferenciador expresamente prohibido por el ordenamiento jurídico. Pues de la realidad vivida, y de sus antecedentes, se deduce que debería ser lo contrario.

Como destaca Giménez Gluck (2022), el rasgo edad se ha consolidado en la legislación española con la aprobación de la Ley 155/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. La Ley, además de incluir, de manera general, la no discriminación por razón de edad en el ámbito subjetivo de la misma, reconoce, entre otros, el derecho de las víctimas de discriminación por razón de edad a información y asesoramiento, y el derecho a la igualdad de trato y no discriminación en la atención sanitaria.

Además, obliga al fiscal contra los delitos de odio y discriminación a practicar diligencias en procesos penales de especial trascendencia apreciada por la Fiscalía General del Estado cuando la víctima pertenezca a un grupo determinado por la edad. «No queda ninguna duda —concluye Giménez Gluck— sobre la intención del constituyente y del legislador europeo y nacional de considerar el rasgo edad como uno de los que pueden dar lugar a una cláusula específica de no discriminación. Sin embargo, este reconocimiento, que en teoría debería suponer juicio estricto de las diferenciaciones normativas basadas en la edad, no ha derivado en un nivel de exigencia constitucional parangonable al que tienen las diferenciaciones basadas en otro tipo de rasgos». Esta falta de consideración —del Tribunal Constitucional y de la sociedad en general— explica la «naturalidad» con la que se han adoptado decisiones discriminatorias para las personas mayores.

4.1. ADOPTAR EL CRITERIO DE LA EDAD Y LA DEPENDENCIA COMO BASE PARA ESTABLECER PRIORIDADES EN LA ATENCIÓN SANITARIA HA SIDO DISCRIMINATORIO

El Tribunal Constitucional español estableció en 1991 (STC 69/1991) que la edad es una «circunstancia personal» de las recogidas en el artículo 14 CE y que, como tal, no puede ser la razón de ningún tipo de discriminación. Más recientemente, el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE ha incorporado esta circunstancia de manera expresa como excluyente de diferente trato, y el TJUE ha declarado el principio de no discriminación por razón de edad como principio general de Derecho comunitario (asunto *Mangold c. Helm*, de 22 de noviembre de 2005).

Por su parte, la Ley 33/2011, General de Salud Pública, prevé 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 edad... Dicho de otro modo, que las posibles diferenciaciones solo pueden ser las que se deriven del propio proceso de tratamiento o de limitaciones de carácter objetivo.

Y ya en el marco de la crisis sanitaria, el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, establece en el segundo párrafo de su art. 4.3: «Los actos, disposiciones y medidas [...] deberán prestar atención a las personas vulnerables. Para ello, no será precisa la tramitación de procedimiento administrativo alguno». Como señala Presno (2022), entre esas personas vulnerables se encontraban, sin duda, las personas mayores con determinadas patologías previas, sobre las que la incidencia del virus se demostró enseguida especialmente agresiva (*vid.* HelpAge, 2022: 120).

Con posterioridad a la crisis sanitaria, la Ley 15/2022, de Igualdad, ha reconocido expresamente (art. 15) el derecho a la igualdad de trato y no discriminación en la atención sanitaria, estableciendo que las administraciones sanitarias, en el ámbito de sus competencias, garantizarán la ausencia de cualquier forma de discriminación en el acceso a los servicios y en las prestaciones sanitarias por razón, entre otras causas, de la edad, añadiendo en

su inciso 2) la siguiente previsión: «Nadie podrá ser excluido de un tratamiento sanitario o protocolo de actuación sanitaria por la concurrencia de una discapacidad [...] por la edad [...] salvo que razones médicas debidamente acreditadas así lo justifiquen».

A pesar del carácter claramente antidiscriminatorio y proactivo de toda esta normativa, la pandemia ha supuesto un grave cuestionamiento de los principios de dignidad y de igualdad material en la base del principio del cuidado, la garantía del derecho a la salud. Este cuestionamiento se habría materializado en la decisión protocolizada por parte de algunos gobiernos autonómicos (especialmente, los de Madrid y Cataluña) de no derivar a los hospitales a personas mayores o en diferentes situaciones de discapacidad contagiadas en las residencias. Atendiendo al caso más grave, concretamente, entre el 25 y el 30 de marzo fallecieron 1364 residentes en Madrid, de los que solo el 13 % había sido trasladado previamente a un hospital. Un porcentaje indeterminado de los que murieron sin asistencia sanitaria fue víctima de una serie de protocolos aprobados por el gobierno autonómico de esa comunidad en los que se restringía al máximo la posibilidad de trasladar enfermos desde los geriátricos a los hospitales. Entre los criterios utilizados para decidir quién podía ir al hospital y quién era obligado a permanecer en la residencia figuraban los que medían el nivel de dependencia o la discapacidad intelectual del mayor (en profundidad, Rico, 2020; y Dalli, 2022).

En aplicación del criterio del valor social de las personas —prejuicio capacitista, que gradúa la consideración hacia la persona en función de las capacidades que posea en cada momento—, se determinó que las personas de cierta edad y con discapacidades quedaban automáticamente excluidas de la asistencia (De Montalvo y Bellver, 2020: 319). Y mediante resoluciones que no cumplirían el mínimo nivel de jerarquía normativa exigible para determinar la limitación de derechos fundamentales, se les excluyó de la titularidad del derecho a la salud reconocido en la Constitución y en las leyes (HelpAge, 2021: 119-120).

Esta práctica discriminatoria habría seguido el criterio de la Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias, que en su documento «Recomendaciones éticas para la toma de decisiones en la situación excepcional de crisis por pandemia COVID-19 en las unidades de cuidados intensivos» establecía criterios como este: «En personas mayores se debe tener en cuenta la supervivencia libre de discapacidad por encima de la supervivencia aislada», con lo que «[...] cualquier paciente con deterioro cognitivo, por demencia u otras enfermedades degenerativas, no serían subsidiarios de ventilación mecánica invasiva». Pero habría dado la espalda al ordenamiento jurídico —constitucional, legal, reglamentario, convencional— citado más arriba, a las (entre otras) Recomendaciones de la Sociedad Española de Geriátrica y Gerontología (SEGG) sobre decisiones éticas e ingreso en UCI en situación de crisis COVID-19, y a un doble compromiso del Ministerio de Sanidad: por una parte que «[...] las medidas que se adopten estarán presididas por los principios de equidad, no discriminación, solidaridad, justicia, proporcionalidad y transparencia, entre otros»; y por otra, que si la escasez de recursos, temporal o duradera, exigiera el establecimiento de criterios de priorización de acceso a los mismos, ello se haría con base en criterios objetivos, generalizables, transparentes, públicos y consensuados (*vid.*

Dalli, 2022; Ministerio de Sanidad, 2020; y Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, 2020).

A pesar de las dificultades para confirmar dicha práctica —dada la densidad de las cortinas de humo desplegadas por las autoridades responsables, han sido las investigaciones periodísticas independientes las que han puesto luz sobre los hechos (en concreto, Rico, 2022)—, lo cierto es que la pandemia ha tenido un impacto sanitario diferencial en las personas mayores con multipatologías, tanto las que viven en residencias como en sus domicilios. Ello ha sido así por la práctica (no generalizada, pero sí implementada en algunos sitios) de un triaje o selección adversa de las personas mayores que, hasta la llegada abrupta de la pandemia, accedían normalmente al sistema hospitalario. El bloqueo en el acceso al sistema hospitalario, unido a la limitada capacidad de atención sanitaria en las residencias, ha supuesto una sobremortalidad del colectivo que vive en este tipo de establecimientos (Marbán *et al.*, 2021: 164).

La conclusión de todo lo expuesto hasta aquí es que, más allá de los factores estructurales que impidieron atender como se debía a los y las residentes en centros geriátricos, se tomaron decisiones de exclusión por razón de edad y discapacidad discriminatorias e ilegales que atentaron gravemente contra el derecho a la salud, contra la integridad física y psíquica, y contra el derecho a la vida de muchas personas mayores.

4.2. ALGUNAS DECISIONES EJECUTIVAS LIMITADORAS DE DERECHOS RELACIONADOS CON LOS CUIDADOS Y VINCULADAS A LA DECISIÓN DEL CONFINAMIENTO NACIONAL HAN SIDO DISCRIMINATORIAS

La experta independiente sobre el disfrute de todos los derechos por las personas de edad afirmaba en su Informe sobre el impacto de la pandemia de COVID-19 en los derechos de las personas mayores (ONU, 2020*b*) que ha quedado demostrado que durante la crisis sanitaria no se ha dado prioridad a los centros asistenciales en las distintas estrategias de seguridad y prevención desarrolladas, a pesar de que la mayor proporción de muertes atribuidas a la COVID-19 se produjo entre las personas de edades avanzadas.

Más bien al contrario: más allá de las que impactaron sobre el derecho a la salud (los triajes mencionados en el epígrafe anterior), algunas de las decisiones adoptadas pueden tacharse de discriminatorias por carecer de un fundamento adecuado. Así, por ejemplo, entre las restricciones específicas de la libertad personal y de circulación para las personas mayores, así como otras que afectaban a la intimidad familiar, resulta discutible que las personas mayores de 70 años dispusieran de menos tiempo que otros grupos de edad para hacer ejercicio, o que se impusieran restricciones indiscriminadas a los visitantes (normalmente familiares) a los hogares de cuidado (HelpAge, 2021: 121).

En relación con la primera restricción, la Orden SND/380/2020, de 30 de abril, sobre las condiciones en las que se puede realizar actividad física no profesional al aire libre durante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, estableció los horarios en que los mayores de 70 años podían practicar deporte y pasear. En concreto, les asignó 3

horas al día (desde las 10:00 hasta las 12:00 a. m. y desde las 19:00 hasta las 20:00 p. m.), mientras que para los menores de esa edad el número de horas era de 7 (desde las 6:00 hasta las 10:00 a. m. y desde las 20:00 hasta las 23 p. m.).

En este punto, Presno Linera (2020) llama la atención sobre el hecho de que unos días antes se había publicado la Orden SND/370/2020, de 25 de abril, sobre las condiciones en las que deben desarrollarse los desplazamientos por parte de la población infantil durante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Y que, en ella, justificadamente, se recogieran las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas para evitar los efectos negativos, físicos, psicológicos y emocionales en la infancia a consecuencia de la pandemia, dando lugar a que el número de horas de desplazamiento alcanzara a la de los adultos menores de 70 años (7 horas). Habida cuenta del demostrado impacto negativo que produce la falta de movimiento sobre la salud física y mental de las personas mayores durante el aislamiento (Ministerio de Derechos Sociales, 2020), es lícito pensar que la asignación de 4 horas menos al día para pasear no se sostenía en ningún argumento que no fuera *edadista*, discriminatorio y contrario al artículo 14 CE.

En relación con las prohibiciones de salir de los centros y a las restricciones en los horarios de visita, la Orden SND/380/2020, ya citada, consideraba en su preámbulo la importancia de la actividad física de las personas mayores «para mantener una adecuada funcionalidad». Sin embargo, añadía poco después que «[...] en esta fase no se contempla la práctica de la actividad física prevista en esta orden —que considero ya de por sí discriminatoria para los mayores de 70 años— por parte de los residentes en los centros sociosanitarios de mayores». De modo que, en este punto, la normativa estableció una prohibición absoluta de realizar actividad física, y de circular libremente, que afectó sin excepción a todos los residentes, tuvieran o no diagnosticado el COVID-19. El argumento genérico que fundamentaba la restricción general —la protección de un grupo vulnerable— no puede compensar la grave intromisión en el principio de autonomía y la libertad de circulación de las personas, y contradice el principio según el cual la aplicación de medidas de aislamiento, confinamiento, pérdida de rutinas, de actividad física, etc., cuando son de inevitable aplicación, deben mantenerse solo por el tiempo que sea estrictamente necesario (Ministerio de Derechos Sociales, 2020). Por todo ello, nos encontramos ante una prohibición que debe considerarse desproporcionada (Presno, 2020) y, por tanto, contraria a la Constitución.

En fin, por lo que se refiere al régimen de las visitas, la Orden SND/414/2020, de 16 de mayo, para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional, determinó la competencia de las comunidades y ciudades autónomas sobre la realización de visitas a viviendas tuteladas y centros residenciales de personas con discapacidad y de personas mayores, subrayando el carácter excepcional (supuestos del final de la vida) para este último caso. Además, las visitas se sujetaron a un protocolo estricto (cita previa, un visitante por residente, uso de equipos de protección adecuados...) y quedaron excluidas en todo caso las visitas a los «[...] centros residenciales de personas mayores en los que haya casos confirmados de COVID-19, o en los que algún residente se encuentre en período de cuarentena

por haber tenido contacto estrecho con alguna persona con síntomas o diagnosticada de COVID-19».

A partir de esta base, las comunidades autónomas establecieron diferentes regímenes, desde los más «abiertos» de Andalucía, Aragón y Galicia (apertura en Fase II a visitas y paseos, con regulación estricta), hasta los más estrictos de Asturias, Castilla-La Mancha, Murcia o País Vasco, en las que no se permitieron visitas ni paseos durante el primer período de alarma (del 14 de marzo al 20 de junio, 98 días).

Sin embargo, la experta independiente sobre el disfrute de todos los derechos por las personas de edad recomendó que, en lugar de prohibir todas las visitas, se establecieran medidas para mantener la seguridad de los residentes y del personal. En la misma dirección, organizaciones de mayores y especialistas sanitarios argumentaron que las visitas no deberían limitarse en aquellas residencias en las que casi la totalidad de los mayores y de los cuidadores están vacunados. «Si los familiares acreditan estarlo también, no debería haber problemas para las visitas», se argumentaba, pues entre los vacunados la probabilidad de infección y de contagio es muy baja, como demuestra que los brotes en residencias tras la vacunación fueron excepcionales. De hecho, la Plataforma Estatal de Organizaciones de Familiares y Usuarios de Residencias emitió un comunicado en el que exigía a los gobiernos autonómicos que habilitasen la entrada de los familiares en las residencias «[...] sin las limitaciones salvajes, inhumanas e ilegales que vienen soportando» (*El País*, 2021).

Los mismos argumentos esgrimidos en los apartados anteriores son válidos para cuestionar las limitaciones indiscriminadas para todas las personas residentes descritas en este epígrafe, que deben considerarse desproporcionadas y atentatorias contra los derechos de las personas mayores (el principio de autonomía personal, el derecho a la intimidad familiar, art. 18 CE, y derecho a la salud, art. 43 CE), así como contra los principios básicos del buen cuidado.

5. EL DERECHO A LA VERDAD Y LA TUTELA JUDICIAL DE LAS VÍCTIMAS

5.1. UNA INVESTIGACIÓN RIGUROSA DE LOS HECHOS

En su Informe sobre lo sucedido en las residencias de mayores durante la pandemia, Amnistía Internacional (2020) ha propuesto la necesidad de establecer «[...] procedimientos de búsqueda de la verdad que no estén al albur del interés coyuntural de equilibrios y mayorías parlamentarias». Esta propuesta tiene como objetivo el esclarecimiento de lo sucedido allí donde los factores coyunturales tratan de confundirse con los estructurales para evitar cualquier tipo de responsabilidad y la identificación de quienes los propiciaron. Sin esta tarea, no será posible dar una respuesta adecuada a las víctimas y a sus familiares ni proponer medidas que impidan que se repitan los daños ocasionados.

El derecho a la verdad apareció en el marco del Derecho internacional de los derechos humanos en relación con las graves violaciones de derechos y con la concreta problemática de las desapariciones en conflictos armados (Rodríguez, 2017), pero con el tiempo ha ido proyectándose en otros ámbitos. En la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el derecho a la verdad aparece como elemento integrante del aspecto procesal de los derechos del Convenio Europeo de Derechos Humanos, relativo a la obligación positiva de los Estados de realizar la adecuada investigación de las circunstancias de una violación de derechos a efectos de proporcionar una adecuada reparación a la víctimas (López Guerra, 2018). La explicación radica en que la protección de los derechos fundamentales abarca tanto las acciones de prevención orientadas a evitar su vulneración como la reacción cuando esta se produce; y esta reacción, la que conduce a la garantía jurisdiccional, exige la investigación rigurosa de los hechos.

Más allá de la problemática técnico-jurídica que plantea el derecho a la verdad —por ejemplo, respecto a la legitimación, ámbito en el que surgen cuestiones tales como quiénes son sus titulares, o quiénes pueden invocarlo en el curso de un proceso (las víctimas y sus familiares exclusivamente, o la «colectividad») —, lo cierto es que la ausencia de una investigación adecuada y suficiente para determinar las responsabilidades de una posible vulneración de derechos determina la ineficacia del derecho en cuestión. Para el TEDH, si se trata del derecho a la vida o a la integridad física, «la verdad» debe configurarse como un derecho autónomo, de tipo procesal, con una serie de características: la investigación ha de ser pronta (para evitar la desaparición de pruebas con el paso del tiempo), debe llevarse a cabo por un órgano con la suficiente independencia y, en su caso, contar con la presencia y con participación de las víctimas o sus familiares y allegados directos. Si bien el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha exigido el cumplimiento de estos requisitos en casos relativos a las detenciones secretas, desapariciones forzadas y deportaciones ilegales (caso *Husayn (Abu Zubayda) c. Lituania*, 2018: par. 608), no hay argumento sólido que desplace ese derecho en otros casos de violaciones graves en los que la dificultad para obtener pruebas viene determinada por la colisión de intereses público-privados, como es el caso de las residencias geriátricas durante la pandemia.

Dicho esto, como el propio TEDH ha declarado en varias sentencias, frente a la complejidad de las circunstancias de un caso (los obstáculos o las adversidades que impidan el progreso de una investigación), la respuesta adecuada de las autoridades es esencial para preservar la confianza de la ciudadanía en el respeto del principio de legalidad y evitar cualquier apariencia de complicidad o tolerancia en relación con los actos ilícitos. Por las mismas razones, el público debe tener un derecho suficiente de seguimiento de la investigación o de sus conclusiones, de forma que se garantice, tanto en la teoría como en la práctica, la depuración de responsabilidades (*Masri c. Macedonia*, 2014; y López Guerra, 2018: 21-22).

De ahí que, en relación con lo ocurrido en las residencias de ancianos durante la crisis sanitaria, produzca extrañeza la ausencia generalizada de investigaciones exhaustivas y eficaces del Ministerio Fiscal, especialmente si se toma en consideración su función constitucional, a saber, «[...] promover la acción de la Justicia en defensa de la legalidad, de los

derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados» (art. 124 CE). El hecho de que la muerte en condiciones como mínimo equívocas de miles de personas que se encontraban una situación de vulnerabilidad objetiva (Ribotta, 2022) no haya dado lugar, hasta ahora, a una reacción seria y eficaz pone en evidencia que se ha producido un fallo grave del sistema de protección de los derechos fundamentales de las personas mayores.

Más aún cuando el propio Tribunal Supremo, en Auto de 18 de diciembre de 2020 exigió «[...] la evaluación, aunque sea provisional, de las circunstancias concretas en la que estos resultados (la muerte de los y las residentes) se produjeron». En concreto, el TS entiende en esta resolución que en los juzgados ordinarios deberá esclarecerse si «[...] esos fallecimientos estuvieron asociados a decisiones políticas, administrativas o de gestión y si aquellas son susceptibles de reproche penal. Habrá de indagarse también el origen y la autoría de resoluciones prohibitivas que impidieron que esas personas fueran trasladadas a centros sanitarios, anticipando así un prematuro estado de necesidad que, por su propia naturaleza, debía haber sido, siempre y en todo caso, un acto médico. La instrucción deberá esclarecer si la excepcionalidad derivada de las circunstancias vividas durante la pandemia justificaba decisiones que impidieron a los enfermos de mayor edad recibir la atención médica de la que eran merecedores y a la que, por supuesto, tenían derecho». Cabe añadir que, en una intervención en el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid en marzo de 2021, la fiscal de Sala de Protección de Personas con Discapacidad y Personas Mayores hizo expresa referencia a la insuficiente justificación jurídica de la que adolecían las medidas restrictivas de los derechos fundamentales de las personas mayores ingresadas en residencias adoptadas durante la pandemia. Por su parte, el Alto Tribunal del Reino Unido ha declarado que las decisiones del Ministerio de Sanidad del Gobierno de Boris Johnson (competente en la materia) que propiciaron el retorno de hasta 25.000 pacientes a las residencias, a través de unas guías oficiales de conducta en las que se descartaba la necesidad de hacer un test previo al regreso a los centros, eran ilegales. La sentencia declara su antijuridicidad porque no tuvieron en cuenta el riesgo que suponía para los residentes más ancianos y vulnerables el contagio de personas no sintomáticas (De Miguel, 2022).

5.2. LA TUTELA JUDICIAL DE LAS VÍCTIMAS

Ciertamente, la Fiscalía española ha llevado a cabo un seguimiento de la situación de las personas mayores que viven en centros residenciales, supervisión que ha dado lugar a la apertura de numerosas diligencias civiles (para recopilar datos acerca de la situación en las que se encuentran las residencias y las personas alojadas en ellas, realizar un seguimiento de su evolución, y resolver problemas puntuales que requieran la intervención o impulso propios de la labor protectora del Ministerio Fiscal) y penales (como consecuencia de denuncias interpuestas por familiares y trabajadores de los establecimientos).

Durante el primer año de la pandemia, la Fiscalía abrió cerca de 500 diligencias penales, de las que una treintena dieron lugar a denuncia o querrela. A pesar de que a ellas se sumaron algunas más, muy pocas quedan vivas en los tribunales. Estas diligencias se in-

coaban a partir de denuncias de particulares o de organizaciones que, en síntesis, alegaban la asistencia defectuosa a los residentes, la falta de organización del servicio debida a una ineficaz gestión de los medios materiales y personales de los centros, y la falta de información a los familiares de los residentes sobre el estado de salud de estos.

También, desde marzo de 2021, las fiscalías comenzaron a recibir denuncias que reclamaban contra el rechazo a admitir las hospitalizaciones de residentes, negativas basadas en criterios generales y no personalizados (los protocolos). Los criterios ordinarios deberían haber sido, por ejemplo, la agudización de mal estado de salud del residente, la imposibilidad de prestar la asistencia en su propio entorno, la posibilidad de recuperación, la tolerancia a los recursos que debía proporcionarle el hospital y el mayor beneficio del paciente.

Sin embargo, la mayor parte de las diligencias de investigación han sido archivadas. Entre los motivos por los que se han sobreesido estas denuncias, la fiscalía de Barcelona, por ejemplo, señaló que los perjudicados habían acudido directamente a los tribunales, que los hechos ocurrieron en otras demarcaciones, que directamente se consideró que no había hechos punibles o que la tipificación planteada en la denuncia no era la adecuada. En estos casos, la Fiscalía analizaba si la conducta desarrollada por las residencias era constitutiva de algún delito de omisión del deber socorro, denegación de asistencia sanitaria u homicidio imprudente, concluyendo que aquéllas no hicieron «[...] una dejación de su deber de cuidado y asistencia médica», sino que adecuaron su proceder «[...] al marco normativo y a la realidad material a la que se enfrentaban en el momento de los hechos».

A pesar de lo declarado por la Fiscalía, la lectura de los decretos que acordaron el archivo de muchas de las denuncias muestra que numerosas decisiones de archivo no fueron el resultado de una verdadera investigación, sino que se basaron, fundamentalmente, en los informes (naturalmente exculporios) de las propias residencias. En este sentido, debe recordarse que, si bien en el citado auto de 18 de diciembre de 2020 el Tribunal Supremo declaró que resultaba «[...] necesario que existan datos objetivos que permitan imputar los concretos resultados lesivos producidos en cada caso y sobre cada persona afectada» —es decir, que exista (como argumenta la Fiscalía en sus decretos de archivo) una «[...] relación de causalidad directa, completa e inmediata, eficiente y sin interferencias entre el hecho denunciado y su pretendida consecuencia»—, no es menos cierto que también exigió una «[...] evaluación, aunque sea provisional, de las circunstancias concretas en la que estos resultados se produjeron».

Debe recordarse que la Fiscalía y de la Administración están obligadas a colaborar en la investigación de una forma más intensa que el ciudadano particular, pues la facilidad probatoria en manos de aquellas está muy por encima de la de este. Así se deduce del art. 217.7 de la LECiv (disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio), y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que se ha pronunciado al respecto en estos términos: «Cuando las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los tribunales en el curso del proceso (artículo 118 C.E) conlleva que dicha parte es quien debe apor-

tar los datos requeridos, a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad» (STC 227/1991, FJ 5).

Como se ha señalado más arriba, la premisa de partida es que la investigación de estos casos es compleja y que la actuación de los jueces y fiscales se verá dificultada por numerosos obstáculos y circunstancias. Por ejemplo, la documentación sobre el estado asistencial-sanitario de las personas mayores residentes en los días previos a su fallecimiento es una documentación interna de cada residencia; muy probablemente, su contenido no se ajustará a la realidad del momento de caos y colapso. Además, se desconoce en qué grado y con qué alcance los forenses de los Institutos de Medicina Legal informaron las demandas de los fiscales, pues en la práctica existe una resistencia (corporativa, comprensible) a ver irregularidades, negligencias e imprudencias que podrían acabar responsabilizando a los trabajadores y trabajadoras de cuidados, dejando inmunes a los directores de las residencias, a los propietarios y a los responsables políticos de las decisiones «coyunturales» adoptadas. En todo caso, aunque se conozcan *a priori* las dificultades a las que van a enfrentarse las investigaciones, estas deben ser llevadas a cabo.

De hecho, mientras se escriben estas líneas (principios de octubre de 2022, dos años y medio después el comienzo de la pandemia) el Ministerio Fiscal ha emitido una instrucción a los fiscales superiores para que rindan cuentas sobre las actuaciones llevadas a cabo en relación con el fallecimiento de personas en los centros residenciales y, sobre todo, para que escuchen a las familias (Ministerio Fiscal, 2022; y Sánchez Castrillo, 2022). Según la Instrucción, «[...] la trascendencia de los hechos y su resultado, así como el hecho de que los mismos afecten a personas especialmente vulnerables, exigen del Ministerio Fiscal una posición particularmente proactiva en el procedimiento».

6. CONCLUSIÓN: SON NECESARIAS NUEVAS NORMAS JURÍDICAS, POLÍTICAS PÚBLICAS CON ENFOQUE DE DERECHOS Y UN CAMBIO SOCIAL, CULTURAL Y POLÍTICO

Un reciente informe firmado por 40 expertos mundiales y publicado recientemente por *The Lancet* (2022) afirma sin ambages la comisión de fallos masivos a nivel global en la gestión de los dos primeros años de pandemia. De las más de 6 millones de muertes reconocidas, un número considerable podrían haber sido evitadas si la prevención, la rapidez en la respuesta y la consideración de las personas más vulnerables hubieran sido los principios aplicados. Además de los derechos a la vida, a la salud y a la integridad física, otros derechos podrían haber sido protegidos más eficazmente si la sombra del edadismo y la discriminación que este que comporta no hubieran gravitado sobre algunas de las decisiones adoptadas.

Una visión desapasionada y de conjunto sobre lo sucedido en España desde marzo de 2020 sugiere plantear unas consideraciones finales a partir de las cuales reflexionar sobre los cambios profundos que deben producirse, al menos en tres ámbitos: la percepción

social de las personas mayores; la decisión política de «qué hacer con ellas», reflejada en políticas públicas de mirada larga; y la regulación que debe proteger sus derechos más allá de reclamaciones morales.

Así, en primer lugar, la gestión de la pandemia ha mostrado sin velos la verdadera representación y el valor social que realmente tienen las personas mayores en nuestro mundo. Tanto por el escenario estructural de sus cuidados en el que irrumpió la pandemia como por algunas de las decisiones políticas discriminatorias llevadas a cabo (Ribotta, 2022; y Naciones Unidas, 2020). Como afirma Ribera (2020: 307), «[...] la crisis del coronavirus ha sido el caldo de cultivo para el edadismo», en su manifestación social e institucional. En este sentido, es urgente poner los medios necesarios para transformar una cultura basada en estereotipos, prejuicios y discriminaciones edadistas y construir una sociedad libre de ellos.

En segundo lugar, el impacto de la pandemia sobre las personas mayores y sobre las personas con discapacidad ha puesto en cuestión no solo el actual modelo de residencias para personas en situación de dependencia, sino también el sistema de cuidados de larga duración implantado en España en diciembre de 2006. Se exige un cambio que, en resumen, debe «[...] caminar hacia un modelo de atención y de cuidados centrados en la persona» (Mesa Estatal por los Derechos de las Personas Mayores, 2020; y Marbán *et al.*, 2021: 160), es decir, «[...] un cambio en profundidad del modelo de alojamientos para personas mayores o personas con discapacidades que precisan apoyos para continuar con sus proyectos de vida. Es preciso que las alternativas de alojamiento que dispensen cuidados e intervenciones profesionales se orienten desde una atención centrada en las personas y no desde objetivos de mera custodia».

Este cambio necesario exige asumir la centralidad del principio de equidad en la atención a la población de personas mayores vulnerables (Zunzunegui, 2022), un enfoque que encaja con dificultad en la creciente mercantilización de los cuidados. Así, el rechazo a los macrocentros residenciales, las habitaciones individuales como derecho (porque la intimidad personal es un derecho fundamental), la sustitución del modelo institucional (sin retroceder al institucional hospitalario) por otro en el que nuevos diseños arquitectónicos y de organización favorezcan unos cuidados en los que primen la autonomía, la historia de vida y los deseos de las personas mayores... (HelpAge, 2021a; y Pinazo, 2020a) son exigencias que compatibilizan mal con la idea de grandes beneficios económicos. Esta es la razón de que el acuerdo auspiciado por el Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030 para fijar los nuevos requisitos mínimos que deben cumplir todos los servicios de la dependencia en España, entre ellos, las residencias de mayores, haya sido objeto de una «rebaja» considerable después de que la patronal de las residencias y algunos gobiernos regionales expresaran su oposición al mismo (Sosa y Cué, 2022). Ahora bien, como se ha comentado en distintos foros especializados, si realmente quiere propiciarse una transformación en el sector residencial y de cuidados —promoción de la vida independiente y atención centrada en la persona en el entorno comunitario—, van a ser necesarias una mayor financiación, una valentía política que hasta ahora ha sido casi inexistente y una mirada que vaya más allá del período que transcurre entre elecciones.

Por último, la necesaria reforma del sector residencial y de los cuidados debe ir acompañada de una reflexión en torno al Derecho de la Vejez (Dabove, 2021), es decir, sobre la actualización de un ordenamiento y unos operadores jurídicos que no están a la altura de la eficacia protectora de derechos exigible. De entrada, es preciso fijar los fundamentos del «derecho a la verdad» como pilares del derecho a la tutela judicial efectiva, y asumir que, cuando lo que se encuentra en juego son los derechos fundamentales de personas en especial situación de vulnerabilidad, la proactividad de las instituciones es debida. En el ámbito estrictamente normativo, además de revisar y modificar con carácter general las limitaciones, deficiencias y lagunas normativas que caracterizan el tratamiento de las personas mayores (OMS, 2021; y ONU, 2022), la experiencia de la pandemia puede servir para impulsar dos iniciativas. De una parte, la elaboración de una Ley Integral de Protección de los Derechos de las Personas Mayores. De otra, la tarea de convencer a los Estados de que apoyar una Convención de Naciones Unidas con el mismo objeto contribuirá a mejorar considerablemente la garantía de los derechos de las personas de edad avanzada (HelpAge, 2022; y Cebada, 2018). En este sentido, la Convención interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, aprobada en 2015, recoge mandatos directamente aplicables a la crisis que ha justificado este artículo: «Los Estados parte tomarán todas las medidas específicas que sean necesarias para garantizar la integridad y los derechos de la persona mayor en situaciones de riesgo, incluidas situaciones de conflicto armado, emergencias humanitarias y desastres, de conformidad con las normas de derecho internacional, en particular del Derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario [...]» (artículo 29. Situaciones de riesgo y emergencias humanitarias). Es un modelo para seguir.

BIBLIOGRAFÍA

- ABELLÁN GARCÍA, Antonio y Pilar ACEITUNO NIETO (2021): «¿Quién gestiona las residencias en España en 2020?», *Envejecimiento en Red*, Madrid: CSIC. Disponible en: <<https://digital.csic.es/bitstream/10261/240910/1/Qui%C3%A9n%20gestiona%20las%20residencias%20en%20Espa%C3%B1a.pdf>>.
- (2021): «Estadísticas sobre residencias. Distribución de centros y plazas residenciales por provincia. Datos de septiembre de 2020». *Informe 27. Envejecimiento en Red*, Madrid: CSIC. Disponible en: <<https://envejecimientoenred.csic.es/estadisticas-sobre-residencias-2020/>>.
- ABELLÁN, Antonio *et al.* (2020a): «Una estimación de la población que vive en residencias de mayores», *Envejecimiento en Red. Departamento de Población*, Madrid: CESIC. Disponible en: <<https://bit.ly/3moRKZQ>>.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL (2020): *Abandonadas a su suerte. La desprotección y discriminación de las personas mayores durante la pandemia* [en línea] <<https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/reportajes/residencias-en-tiempos-de-covid-personas-mayores-abandonadas-a-su-suerte/>>.
- BERNARDINI, Maria Giulia (2022): «¿No tengo (aún o ya) la edad? (In)visibilidad, vulnerabilidad y violencia de las personas menores y ancianas», *Derechos y Libertades*, 46.
- BONILLO, María (2022): «Alarmante falta de enfermeras en las residencias de mayores por su “pésimas condiciones laborales», *65yMás.com* [en línea]

- <https://www.65ymas.com/sociedad/alarmanente-falta-enfermeras-residencias-mayores-pesimas-condiciones-laborales_37265_102.html>.
- CEBADA, Alicia (2018): «Las personas de edad en el Derecho internacional: hacia una Convención de la ONU sobre los derechos de las personas de edad», en J. Cabeza, B. Cardona y F. Flores (coords.), *Edad, discriminación y derechos*, Madrid: Thomsom Reuters.
- CESIC (2021): *Residencias y Covid-19: Una investigación del CSIC* [en línea] <https://www.youtube.com/watch?app=desktop&v=2GAZsyx8cOk&feature=emb_title>.
- DABOVE, María Isolina (2020): «Derecho de la vejez en tiempos de pandemia», *Revista de la Facultad de Derecho*, 49 [en línea] <http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2301-06652020000202110>.
- (2021): «El derecho de la vejez y la Constitución española», en C.M. Romero Casabona (coord.): *Tratado de Derecho y Envejecimiento. La adaptación del Derecho a la nueva longevidad*, Madrid: Fundación Mutualidad Abogacía-Wolters Kluwer.
- DALLI ALMIÑANA, María (2023): «Residencias, hospitales y personas mayores durante la COVID-19: Estudio desde la afectación de derechos fundamentales», *Estudios de Deusto*, 71(1).
- DE MIGUEL, Rafael (2022): «El Alto Tribunal del Reino Unido declara ilegal la gestión de las residencias de mayores durante la pandemia», *El País*, 22 de abril [en línea] <<https://elpais.com/sociedad/2022-04-27/el-alto-tribunal-del-reino-unido-declara-ilegal-la-gestion-de-las-residencias-de-mayores-durante-la-pandemia.html>>.
- DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico y Vicente BELLVER CAPELLA (2020): «Priorizar sin discriminar: la doctrina del Comité de Bioética de España sobre derechos de las personas con discapacidad en un contexto de pandemia», *IgualdadES*, 3, 313-341.
- DEFENSOR DEL PUEBLO (2020): *Atención a personas mayores. Centros residenciales*. Separata del Informe anual 2019.
- DEUSDAD, Blanca (2020): «El COVID-19 y la Crisis de las Residencias de Mayores en España: Edadismo y Precariedad», *Research on Ageing and Social Policy*, 8(2).
- DÍAZ-TENDERO BOLLAIN, Aída (2019): *Derechos humanos de las personas mayores*, México: UNAM.
- EUROPEAN COMMITTEE OF THE REGIONS (2021): *2021 EU Regional and Local Barometer* [en línea] <<https://cor.europa.eu/en/our-work/Documents/barometer-fullreport%20web.pdf>>.
- EUROSTAT (2021): *Estructura demográfica y envejecimiento de la población*.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2022): *Dación de cuentas sobre procedimientos penales incoados por fallecimientos en residencias y centros de mayores como consecuencia de la Covid-19*, Secretaría Técnica-teniente fiscal, 6 de octubre de 2022 [en línea] <<https://www.fiscal.es/documents/20142/0/Oficio+Fiscales+Superiores++Residencias.pdf/cf70a2ca-c21d-f817-c4a1-bfd96f45149e?t=1665129390173>>.
- FLORES GIMÉNEZ, Fernando (2022): «El cuidado de las personas mayores: un derecho fundamental en ciernes», *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, 33.
- GIMÉNEZ GLUCK, David (2022): «Igualdad y no discriminación de las personas mayores», *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, 33.
- LEÓN, Margarita (2022): *Residencias de mayores y pandemia: el punto ciego en las actuaciones de emergencia. Un nuevo contrato social para una prosperidad compartida*, Barcelona: Fundació Rafael Campalans [en línea] <https://fcampalans.cat/uploads/publicacions/pdf/informe_social_13_frc.pdf>.
- GRUPO DE TRABAJO MULTIDISCIPLINAR (2020): *Informe del GTM sobre el impacto de la COVID-19 en las personas mayores, con especial énfasis en las que viven en residencias*.
- HELPPAGE (2022): *Convención de la ONU sobre los derechos de las personas mayores: Es hora de actuar* [en línea] <<https://www.helpage.es/convencion-de-la-onu-sobre-los-derechos-de-las-personas-mayores-es-hora-de-actuar/>>.

- (2021): *Llevando la peor parte. El impacto de la pandemia del Covid-19 en las personas mayores en países de ingresos medios y bajos: aprendizajes del 2020* [en línea] <<https://www.helpage.es/las-personas-mayores-de-todo-el-mundo-corren-mas-riesgo-de-sufrir-negligencia-y-abusos-que-antes-de-la-pandemia/>>.
 - (2021a): *El derecho a los cuidados de las personas mayores. Colección Los derechos humanos de las personas mayores en España: La igualdad de trato y la no discriminación por razón de edad* [en línea] <https://www.helpage.es/wp-content/uploads/2021/09/Informe_El-derecho-a-los-cuidados-de-las-personas-mayores_HelpAge-Espana-2021.pdf>.
 - infoLIBRE (2022): *Dossier residencias Covid-19* [en línea] <https://www.infolibre.es/suplementos/residencias_covid_19/residencias.html>.
- LÓPEZ GUERRA, Luis (2018): «El derecho a la verdad: ¿la emergencia de un nuevo derecho en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos?», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 22.
- MARBÁN GALLEGÓ, Vicente, Julia MONTSERRAT CODORNIU y Gregorio RODRÍGUEZ CABRERO (2021): «El impacto de la COVID-19 en la población mayor dependiente en España con especial referencia al sector residencial», *Envelhecimento e Dependência*, 26(1) [en línea] <<https://www.scielo.br/j/csc/a/KncyBMQrjCXJdCkgWyNRCQS/?format=pdf&lang=es>>.
- MÉDICOS SIN FRONTERAS (2020): *Poco, tarde y mal: el inaceptable desamparo de las personas mayores durante la COVID-19 en España* [en línea] <https://www.msf.es/sites/default/files/attachments/medicos-sinfronteras-informe-covid19-residencias_0.pdf>.
- MESA ESTATAL POR LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS MAYORES (2020): *Segundo documento de propuestas ante la pandemia del coronavirus en defensa de los derechos de las personas mayores* [en línea] <<http://www.plataformatercersector.es/sites/default/files/Segundas%20propuestas%20de%20la%20Mesa%20Estatal%20por%20los%20derechos%20de%20las%20personas%20mayores%20ante%20la%20Covid-19.pdf>>.
- MINISTERIO DE DERECHOS SOCIALES Y AGENDA 2030 (2020): «Informe del grupo de trabajo Covid 19 y residencias» [en línea] <https://www.imsero.es/InterPresent2/groups/imsero/documents/binario/gtcovid_residencias_vf.pdf>.
- MINISTERIO DE SANIDAD (2020): «Informe sobre los aspectos éticos en situaciones de pandemia: el SARS-Cov-2», 2 de abril [en línea] <<https://bit.ly/3kaplNU>>.
- (2022): Datos actualizados de la COVID-19 en España [en línea] <<https://www.sanidad.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/situacionActual.htm>>.
- NACIONES UNIDAS (2022): *Informe de la alta comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, «Criterios normativos y obligaciones en virtud del Derecho internacional respecto de la promoción y protección de los derechos humanos de las personas de edad», A/HRC/49/70, 28 enero.
- (2020): *Policy Brief: The Impact of COVID-19 on older persons*, Nueva York: ONU.
 - (2020a): *Los derechos humanos de las personas de edad: la falta de datos. Informe de la experta independiente sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad*, Consejo de Derechos Humanos, 45º período de sesiones, 14 de septiembre a 2 de octubre de 2020, A/HRC/45/14.
 - (2020b): *Impacto de la enfermedad por coronavirus (COVID-19) en el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad*, experta independiente sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad, A/75/205, 21 de julio de 2020. Consultar los Informes de la experta independiente sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad en: <<https://www.ohchr.org/es/special-procedures/ie-older-persons/annual-reports>>.
- NIETO, Maite (2021): «¿Ancianos protegidos, o prisioneros en las residencias?», *El País*, 20 de junio [en línea] <<https://elpais.com/sociedad/2021-06-25/ancianos-protegidos-o-prisioneros-en-las-residencias.html>>.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2021): *Global Report o Ageism*, Ginebra: OMS [en línea] <<https://www.who.int/es/teams/social-determinants-of-health/demographic-change-and-healthy-ageing/combating-ageism/global-report-on-ageism>>.

PÉREZ-DURÁN, Ixchel (2020): «Efectos de la opacidad en las residencias de mayores antes de la COVID-19», *El País*, 26 de mayo [en línea] <<https://agendapublica.elpais.com/noticia/17016/efectos-opacidad-residencias-mayores-antes-covid-19>>.

PINAZO, Sacramento (2020): «Impacto psicosocial de la COVID-19 en las personas mayores: problemas y retos», *Revista Española de Geriátría y Gerontología*, 55(5).

– (2020a): «La atención en residencias.Recomendaciones para avanzar hacia un cambio de modelo y una nueva estrategia de cuidados», ProspectCV 2030.

RIBERA CASADO, José Manuel (2020): «Edadismo en tiempos de pandemia», *Anales RANM*, núm.137.

RIBOTTA, Silvina (2022): «Personas mayores, autonomía y vulnerabilidades», *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, 33.

RICO, Manuel (2020): *Vergüenza. El escándalo de las residencias*, Barcelona: Planeta.

– (2022): «DomusVI fracasa en su ofensiva judicial para impedir que *infoLibre* acceda a los datos de fallecidos en las residencias de Galicia», *infoLibre*, 24 de mayo [en línea] <https://www.infolibre.es/politica/domusvi-fracasa-ofensiva-judicial-impedir-infolibre-acceda-datos-fallecidos-residencias-galicia_1_1240251.html>.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María (2012): «Derechos fundamentales en las residencias de mayores», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 94.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Jorge (2017): *Derecho a la verdad y Derecho internacional en relación con graves violaciones de los derechos humanos*. Madrid: Biblioteca de Derechos Humanos Berg Institute.

SALADO, Alejandro (2022): «Nuevo modelo de residencias, si no hay personal no hay cuidados», *infoLibre*, 22 de julio [en línea] <https://www.infolibre.es/opinion/plaza-publica/nuevo-modelo-residencias-si-no-hay-personal-no-hay-cuidados_129_1283501.html>.

SÁNCHEZ CASTRILLO, Álvaro (2021): «Las comunidades dan un carpetazo masivo a las investigaciones sobre las muertes en las residencias», *infoLibre*, 15 de noviembre [en línea] <https://www.infolibre.es/politica/comunidades-dan-carpetazo-masivo-investigaciones-muertes-residencias_1_1213050.html>.

– (2022): «La Fiscalía da un giro en la investigación de muertes en residencias que abre alguna esperanza en las familias» *infoLibre*, 7 de octubre [en línea] <https://www.infolibre.es/politica/fiscalia-da-golpe-timon-investigaciones-muertes-residencias-esperanza-familias_1_1335340.html>.

SOCIEDAD ESPAÑOLA DE MEDICINA INTENSIVA, CRÍTICA Y UNIDADES CORONARIAS (2020): *Recomendaciones éticas para la toma de decisiones en la situación excepcional de crisis por pandemia Covid-19 en las unidades de cuidados intensivos* [en línea] <https://semicyuc.org/wp-content/uploads/2020/03/%C3%89tica_SEMICYUC-COVID-19.pdf>.

SOSA TROYA, María y Carlos CUÉ (2022): «El PP y algunas comunidades socialistas frenan el plan de Belarra para cambiar el modelo de residencias», *El País*, 25 de mayo [en línea] <<https://elpais.com/sociedad/2022-05-25/el-pp-y-algunas-comunidades-socialistas-frenan-el-plan-de-belarra-para-cambiar-el-modelo-de-residencias.html>>.

THE LANCET (2022): *The Lancet Commission on lessons for the future from the Covid-19 pandemic*, September 14 [en línea] <[https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(22\)01585-9/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(22)01585-9/fulltext)>.

ZUNZUNEGUI, María Victoria (2021): «El exceso de mortalidad por COVID-19 en las personas mayores que viven en las residencias de España: variaciones entre comunidades autónomas», *Envejecimiento en red*, 4 de abril.

– (2022): «COVID-19 en centros residenciales de personas mayores: la equidad será necesaria para evitar nuevas catástrofes», *Gaceta Sanitaria*, 36(1).

Fecha de recepción: 14 de febrero de 2023.
Fecha de aceptación: 6 de mayo de 2023.