

OPINIÓN &gt; Por Ley

## ¿Revisión normativa o adecuación del entorno social y económico?



Por Ricardo De Lorenzo, socio-director en De Lorenzo Abogados

Lunes, 25 de septiembre de 2017, a las 12:00

Este sábado pasado, tuve la oportunidad en el **Hospital Clínico San Carlos**, de participar en la 1ª Jornada sobre Oncohematogeriatria, tratando los Derechos Constitucionales que amparan a la “persona mayor” en el Sistema Nacional de Salud, lo que me ha llevado inevitablemente a compartir unas reflexiones previas al tratamiento jurídico del enunciado.

Estamos hablando de **“personas mayores”** y no sé, realmente, si ese término es, hoy, socialmente afortunado. Venimos de hablar de la “tercera edad” y hasta de “ancianos” e incluso de “viejos”. Hoy es denostado todo aquello que dejó de ser productivo y ya sólo es percibido como costoso e incluso, como molesto. Se valora de forma negativa todo aquello asociado a edades propectas, bajo criterio ageista, edadista o etaísta, que de todas esas formas se llama esta corriente. Ser mayor, sin embargo, no es sinónimo de ser persona incapaz, a la que deba tutelarse en todos los casos. Ser mayor es una etapa más en la vida. Es curioso que en nuestra infancia nos llenaba de orgullo cuando alguien, refiriéndose a nosotros, decía “es que ya es mayor”. Después, cuando somos mayores de verdad, esa misma expresión no nos halaga, precisamente. No digamos si ese alguien emplea el verbo estar, en lugar de ser (en español ser y estar no es lo mismo) y dice: **“es que ya está mayor”**.

En sociedades primigenias los mayores eran objeto de veneración y respeto y hasta se atendían con devoción sus decisiones procedentes del Consejo de Ancianos, que emitía el último y superior criterio en los problemas más relevantes que tenía una comunidad. Hoy, en el extremo opuesto a esta

consideración, Taro Aso, aquel ministro japonés de finanzas, de triste recuerdo, llegó a decir: “las personas mayores deben darse prisa y morir, para aliviar los gastos del Estado en su atención médica”. El **Señor Aso** olvidaba, por otra parte, que él mismo era septuagenario cuando pronunciaba estas palabras. Claro que en España hemos tenido, también, lo nuestro. Enrique Costas Lombardía, Vicepresidente del magnífico, en mi opinión, Informe Abril, del año 1991, en el que se juzgaba y evaluaba el sistema sanitario público español, con una serie de recomendaciones para su planificación posterior, dejó dicho que “estamos asistiendo a un inquietante aumento de la esperanza de vida en la población”. La frase podría ser esperanzadora y tranquilizante si no contuviera el término **“inquietante”**.

Pero, **¿cuándo somos “mayores” y cuándo pasamos a ser “viejos”?** La Organización de las Naciones Unidas estableció que a partir de los 60 años toda persona es considerada adulto mayor y debe gozar de derechos especiales. Se estableció por parte de esta organización que el término “vejez” o “ancianidad” se debe emplear para referirnos a las personas mayores de 80 años.

El hecho es que el sector poblacional de mayor edad es un colectivo que podemos considerar sensible y este hecho hace que confluyan especiales connotaciones en la asistencia al mismo. **La atención sanitaria encierra dificultad en sí misma**, por su complejidad técnica, su problemática relacional y por las variables legales que la conforman.

Debo explicitar que el derecho constitucional que ampara a cualquier persona en el Sistema Nacional de Salud es el de la protección de su salud. No el **“derecho a la salud”**, cuya garantía en términos absolutos es imposible y cuya expresión, por otra parte, tan frecuentemente se oye exponer de forma desafortunada. Si fuera de este último modo, ante un perjuicio sufrido en el medio sanitario demandaríamos, no a éste o sus profesionales, sino al bacilo de Koch o al estafilococo áureo, causantes del menoscabo en nuestra salud.

En realidad este derecho a la protección de la salud no es el único derecho objeto de protección constitucional hacia las personas mayores, como sucede respecto de la población en general. Hay, sin embargo, es preciso apuntar, una percepción especial respecto del colectivo de mayor edad, por su vulnerabilidad. Podemos considerar, además del antes mencionado derecho, otros más, como apuntaré a continuación.

He expresado que la atención a los mayores, dentro del derecho

constitucional general a la protección de la salud, tiene especiales connotaciones. En efecto se da en este tipo de personas una **situación clínica** caracterizada por particularidades específicas.

La evolución inexorable del ser humano, durante su curso vital, en nuestro medio sociocultural, es hacia la discapacidad y la dependencia. Los avances de la Medicina y los cuidados clínicos de creciente calidad hacen que se llegue a edades muy avanzadas, en las cuales la decrepitud es frecuente. En épocas pasadas se moría sin conocer esta etapa vital, que hoy es normal para nuestra población de la llamada cuarta edad (más de 80 años).

En 1900 la esperanza de vida al nacer era inferior a los 40 años y en los años 60 del siglo pasado aún no llegábamos a los 70 en este orden de cosas. Hoy pasamos, de media (hombres y mujeres), una esperanza de vida de 80 años y este hecho precisa de consideraciones sociales especiales. La atención recibida actualmente se inserta en un modelo social, que resalta los aspectos relacionales sobre los individuales y que debe poner énfasis no sólo en la secuencia diagnóstico – tratamiento – curación – rehabilitación, sino además en la no discriminación de los mayores y su adaptación social.

La comunidad internacional reconoce dos categorías de derechos humanos: los derechos civiles y políticos, por un lado y los derechos económicos, sociales y culturales, por otro. Estos derechos se derivan de supuestos básicos sobre el significado del ser humano y se aplican a todas las personas, independientemente de quiénes sean o dónde vivan. Junto a ello, la comunidad internacional ha reconocido explícitamente los derechos humanos de grupos vulnerables específicos, tales como las mujeres o los niños. Sin embargo, la necesidad de proteger los derechos humanos de los individuos en razón de la edad no ha recibido la misma atención en todos los espacios geográficos.

Centrándome en este derecho a la protección de la salud, debo hacer constar la existencia de otros derechos, como indicaba anteriormente, de este mismo nivel, que asisten a los mayores por su condición de personas, si bien debemos resaltar, como no, particulares connotaciones en su aplicación a este colectivo. Me refiero al derecho a la **“Privacidad e Intimidad”**, (corporal, de la información, de espacio, decisoria etc.). Supone el derecho a que la persona elija las injerencias en su vida privada que esté dispuesta a consentir. Aquel derecho enunciado por el juez Cooley en las postrimerías del siglo XIX: *“the right to be let alone”*, o el derecho a ser dejado en paz.

**“La Confidencialidad”** obligación de preservar la intimidad del mayor, por

quien posee su información íntima. De este modo intimidad es un derecho y confidencialidad su correlativa obligación; el “Derecho a la propia imagen”, derecho que hace referencia al aspecto de cada persona, que la configura e identifica como alguien singular, especial y diferente de las demás. Influye en la percepción propia (auto-imagen) y también tiene efectos en las oportunidades de relación social. Y por último el “**Derecho al honor**”, que hace referencia a la estimación de la persona por la sociedad. Es el conjunto de características y acciones de la persona que contribuyen a configurar su buen nombre, fama, honra o consideración social.

El sólo enunciado de estos derechos y una mínima reflexión al respecto nos evidencia las especiales connotaciones que tienen en su aplicación a los mayores, por la especial vulnerabilidad de este colectivo, en cualquier aspecto que queramos examinar.

Centrándonos en la protección a la salud, aparecen dos ámbitos espaciales claramente diferenciados.

Es preciso partir de la conexión entre los conceptos seguridad social y asistencia sanitaria, cuestión de máxima relevancia en cualquier país, pues supone la definición del modelo asistencial por el que se opta y precisa la posición del ciudadano respecto del uso de la prestación sanitaria; inserta, o no, en el ámbito de la Seguridad Social.

En el **artículo 41 de nuestra Constitución** se recoge la garantía de protección a los ciudadanos mediante un sistema de Seguridad Social, pero dejando, más adelante, claramente diferenciada de este ámbito la cobertura sanitaria, que en este precepto ni se menciona. “Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres”.

La lectura y análisis de este artículo produce una primera impresión de “levedad” y escasa solidez en el planteamiento de un asunto de la máxima relevancia para cualquier Estado. Nada menos que la fijación, al más alto nivel normativo, del sustrato del Estado de Bienestar, en su tradicional significado.

Seguramente tuvo especial relevancia la situación económico-social por la que atravesaba España al final de la década de los años setenta del pasado siglo. Se encontraba extendida la idea de la precariedad del sistema de Seguridad Social en nuestro país, su futuro problemático y la falta de respuesta a las acciones estatales ejecutadas en los años anteriores.

A pesar de las inconcreciones y la falta de solidez del precepto, es preciso destacar una mención contenida en su redacción. Es la referencia de que la protección se dirige “a todos los ciudadanos”. Se deslaboraliza, con ello, dicha protección y la evolución normativa vendría más adelante a demostrarlo mediante los sistemas de prestaciones no contributivas y el acceso a la asistencia sanitaria por los ciudadanos, fuera del ámbito de la tradicional condición de “asegurados”. Se operaría este tránsito al desarrollar el artículo 43 de la Constitución, mediante la Ley General de Sanidad, haciendo extensivo el derecho a la asistencia al conjunto de la población.

**¿Por qué aparecen separados el artículo 41 y el 43?** Es evidentemente deliberada esta separación, que ya se apuntó en los debates parlamentarios previos a la redacción definitiva, aun cuando la Sanidad ha venido en nuestro país ligada históricamente a la Seguridad Social, al menos en las décadas anteriores a la Constitución. En este mismo sentido ha dado un giro la situación en el pasado reciente.

Desde la antigua Ley del Seguro Obligatorio de Enfermedad y hasta la Constitución, la asistencia sanitaria se encontraba siempre vinculada a la Seguridad Social. Es nuestro Texto Constitucional y sobre todo la Ley 14/1986, General de Sanidad quienes operan esta escisión, que no habría podido tener configuración legal sin el artículo 43, precedente y auténtico sustrato de la universalización de la asistencia, aunque sería más correcto hablar de “tendencia universalizadora” en realidad . Podemos afirmar que de no haber existido este precepto nadie habría dudado que asistencia sanitaria y Seguridad Social eran la misma cosa. En la formulación actual, sin embargo, se configuran diferencias entre un sistema de Seguridad Social y otro Nacional de Salud. El primero centralizado y el segundo de gestión autonómica a través de los diecisiete servicios de salud, tras el proceso transferencial operado en el año 2002.

Conviene dejar mención de que el origen normativo e institucional de la protección de la salud y del sistema de prestaciones de Seguridad Social es común. La asistencia sanitaria era una prestación de Seguridad Social recogida en la **Ley General de 1974** y la gestión estaba atribuida al extinto Instituto Nacional de Previsión para el conjunto prestacional (asistencia sanitaria incluida). La ruptura vendría con el planteamiento de la universalización de la asistencia en la Constitución (desarrollado por la Ley 14/1986, General de Sanidad) y con la creación del nuevo sistema gestor, por el Real Decreto-Ley 36/1978, de 16 de noviembre, de gestión institucional de la Seguridad Social, de la Sanidad y del Empleo. Con sucesivas disposiciones

quedarían configuradas las Entidades Gestoras en las que se desgajaba en tres la gestión del extinto Instituto Nacional de Previsión: El Instituto Nacional de la Seguridad Social; El Instituto Nacional de la Salud y el Instituto Nacional de Empleo. La separación de la protección a la salud del ámbito de la Seguridad Social fue tomando forma, de este modo, también, institucionalmente.

Destaca por su importancia el mencionado **artículo 43** y por tal motivo es preciso referirse ahora singularmente a él. Cuando se aborda el tratamiento de estos artículos constitucionales hay una precisión obligada y es el destacar que, mientras que en los capítulos anteriores del Título Primero de la Constitución, las conductas exigibles son de abstención, de no perturbar o perjudicar a los ciudadanos, el artículo 43 (inserto en el Capítulo Tercero del mismo Título Primero) exige acciones positivas, impone obligaciones a los poderes públicos.

Conviene destacar que, tras la declaración del derecho a la protección de la salud de los ciudadanos (un derecho a derechos, en realidad) alcanza su correlato en una obligación de los poderes públicos al respecto; un caso patente de los conocidos como derechos-deberes.

Este derecho, hay que precisar que, ha venido siendo enfocado, desde la vigencia de la Constitución, como el derecho a una asistencia sanitaria pública. Actualmente deja esta cuestión fuera de duda la Ley 16/2003, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, cuando en su artículo 2 reconoce el derecho de los ciudadanos a un aseguramiento universal y público.

A este derecho a la protección de la salud debemos añadir otros que la legislación nacional reconoce a los mayores, en diferentes ramas de nuestro ordenamiento, como los siguientes, algunos ya mencionados: Garantía de suficiencia económica (pensión adecuada, actualización), las prestaciones, asistencia social, discapacidad y dependencia; los Derechos derivados del Código Civil (alimentos, cuidado, tutela, desheredación y los Derechos de protección derivados del Código Penal (lesiones, maltrato, abusos, etc...).

El envejecimiento es un proceso natural y la longevidad es un objetivo natural y deseable en cualquier sociedad. El envejecimiento es también un factor de riesgo para la disminución de la salud y de la funcionalidad. La acumulación de las características normales del envejecimiento define un umbral, el cual una vez traspasado, tiende a aumentar la propensión a la pérdida de las capacidades funcionales debido a la edad. Sin embargo, no toda la gente envejece de la misma manera. Está bien documentado que la

calidad de vida y la funcionalidad en la vejez están relacionadas con las características personales y el estilo de vida, los recursos de la sociedad y el medio ambiente al que se está expuesto.

**Sin duda, el tema del envejecimiento en España, en este sentido, supone retos crecientes. Además de la revisión normativa, también será necesaria la adecuación del entorno social y económico, sobre lo que queda mucho por hacer. Se deberá, en efecto, insistir por un lado, no sólo por el cambio normativo en materia de los derechos humanos sino también el impacto social y económico debe ser analizado desde otras esferas del poder.**

**El reto más importante, no obstante, es el cultural. Una cultura de respeto a la libertad, a la dignidad humana y a la participación de nuestros mayores en todos los sectores de la ciudadanía y en las decisiones generales, lo que es un tema pendiente en la agenda nacional.**

Es cierto que los tiempos cambian y nosotros con ellos, cada vez es más difícil envejecer, porque los valores sociales se transforman muy rápidamente. Las normas de cortesía, por ejemplo, a las que estaban acostumbrados nuestros abuelos no son las mismas con las que crecieron nuestros padres ni mucho menos las que seguimos hoy en día, pero no cabe duda que el indicador más fiable del grado de evolución de una sociedad sigue siendo el grado de respeto y protección que dispensa a sus mayores.

## MÁS ARTÍCULOS

[La contratación en el sector público: nuevos tiempos \(el 30 de agosto de 2017\)](#)

---

[Dopaje y colisión de derechos \(el 19 de junio de 2017\)](#)

---

[Gestación por sustitución vs "interés superior del menor" \(el 21 de mayo de 2017\)](#)

---

[Instrucciones previas ante los avances de la Medicina y la prolongación de la vida \(el 16 de mayo de 2017\)](#)

---

[Humanizar los conflictos \(el 02 de mayo de 2017\)](#)

---

[Día Europeo de los derechos de los Pacientes \(el 18 de abril de 2017\)](#)

---

[Proyecto de ley estatal sobre el final de la vida \(el 03 de abril de 2017\)](#)

---

Sustitución de medicamentos vs. responsabilidad profesional (el 05 de marzo de 2017)

---

¿Qué rango debe tener la futura ley reguladora de muerte digna? (el 12 de febrero de 2017)

---

Las obligaciones derivadas de la Ley de Transparencia (el 29 de enero de 2017)

---

Urgencia de una reforma laboral sobre las indemnizaciones (el 13 de enero de 2017)

---

Historia clínica: violación de intimidad y acceso indebido a la confidencialidad (el 29 de noviembre de 2016)

---

Fraude a la ley ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (el 14 de noviembre de 2016)

---

Algunas reflexiones tras el XXIII Congreso Nacional de Derecho Sanitario (el 24 de octubre de 2016)

---

Problemas jurídicos asociados a las grandes crisis sanitarias (el 04 de octubre de 2016)

---

Justicia europea frente al uso alternativo del Derecho (el 19 de septiembre de 2016)

---

Nivel 4 de máximo riesgo en la directiva 2000/54/CE: el virus Crimea-Congo (el 05 de septiembre de 2016)

---

Hacia la octava ley autonómica de muerte digna (el 25 de julio de 2016)

---

Intervención judicial ante el riesgo de seguir con el embarazo (el 14 de julio de 2016)

---

Dopaje 'versus' valor ético esencial del deporte (el 22 de junio de 2016)

---

El secreto profesional médico y la protección a terceros (el 13 de junio de 2016)

---

La responsabilidad penal corporativa en el sector sanitario (el 23 de mayo de 2016)

---

La mediación en el espacio sanitario (el 11 de mayo de 2016)

---

Treinta años de Ley General de Sanidad (el 29 de abril de 2016)

---

Responsabilidad penal de los colegios profesionales (el 17 de abril de 2016)

---

Registro de grupos de interés: ¿inicio de la regulación de los lobbies? (el 06 de abril de 2016)

---

Información y consentimiento en los tratamientos de larga duración.  
Intercambiabilidad y sustitución entre medicamentos biológicos y biosimilares (el 17 de marzo de 2016)

---

Profesionales sanitarios versus registro central de delincuentes sexuales (el 02 de marzo de 2016)

---

Francia rechaza la eutanasia frente a la sedación terminal (el 24 de febrero de 2016)

---

Vacunacion pediátrica: ¿obligatoria? (el 10 de febrero de 2016)

---

[ver más artículos](#)

---

**Sanitaria**<sup>dos mil</sup>

Copyright © 2004 - 2017  
Sanitaria 2000  
Aviso legal y condiciones  
de uso  
Conforme con: XHTML  
1.0, CSS 2.1



| Soporte Válido 1/05-W-CM: La información que figura en esta edición digital está dirigida exclusivamente al profesional destinado a prescribir o dispensar medicamentos por lo que se requiere una formación especializada para su correcta interpretación |