



HelpAge
España

*las personas
mayores cuentan*

La discriminación de las personas mayores en el ámbito de la salud

Colección

***Los derechos humanos de las personas mayores en España:
La igualdad de trato y la no discriminación por razón de edad***

La presente publicación forma parte de la colección de informes ***Los derechos humanos de las personas mayores en España: la igualdad de trato y no discriminación por razón de edad***. Esta edición ha sido subvencionada por el ministerio de Derechos sociales y Agenda 2030, a través de la Subvención de apoyo al tercer sector de acción social con cargo al 0,7.

Informe elaborado por la fundación HelpAge International España

Fecha: septiembre 2023

Copyright: Fundación HelpAge International España 2023

El contenido del presente informe ***es responsabilidad única y exclusiva de la Fundación HelpAge International España*** y, en ningún caso, refleja la opinión o puntos de vista del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030. Cualquier parte de esta publicación puede ser reproducida sin permiso para fines educativos y sin ánimo de lucro.

Por favor, atribuir explícitamente la autoría a HelpAge International España y enviar una copia o enlace de la reproducción a la dirección de correo electrónico: correo@helpage.es

Fundación HelpAge International España

Edificio Impact Hub Prosperidad

C/ Javier Ferrero 10

28002 Madrid

correo@helpage.es

www.helpage.es

La Fundación HelpAge International España es una ONG inscrita el 24 de agosto de 2012 el Registro de la Fundación del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, con el numero 28-1679 e inscrita el 17 de octubre de 2013 en el Registro de ONGD de la AECID. Es aliada de la red global HelpAge International, miembro de la Asociación Española de Fundaciones. Miembro de la FONGDCAM.

Subvencionado por:



Capítulo IV

LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN DE LAS PERSONAS MAYORES EN EL ÁMBITO DE LA SALUD, CON ESPECIAL ATENCIÓN A LOS RIESGOS DERIVADOS DEL USO DE SISTEMAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Miguel Ángel Presno Linera

Catedrático de Derecho Constitucional

Universidad de Oviedo

1. La prohibición de discriminación de las personas mayores en el ámbito de la salud

1.1. Marco constitucional

1.2. Marco internacional

1.3. Marco legal

2. Breves consideraciones sobre la discriminación de las personas mayores de edad en el ámbito de la salud durante la pandemia de COVID-19; especial atención a las personas mayores que vivían en residencias

3. La aplicación de sistemas de inteligencia artificial en el ámbito de la salud y sus posibles efectos discriminatorios para las personas mayores

3.1. ¿De qué hablamos cuando hablamos de inteligencia artificial?

3.2. La creciente incidencia de la inteligencia artificial en la atención sanitaria

3.3. Las obligaciones de las Administraciones sanitarias que usen sistemas de inteligencia artificial para garantizar la no discriminación de las personas mayores

3.4. Breves apuntes sobre el uso de robots social-asistenciales para la atención sanitaria de las personas mayores

3.5. ¿Es necesario reconocer constitucionalmente los neuroderechos para garantizar la atención sanitaria de las personas mayores?

Este capítulo versa, en primer lugar, sobre la prohibición radical, en el plano constitucional, internacional y legal, de la discriminación de las personas mayores en el ámbito de la salud.

En segundo lugar, se recuerda que esa prohibición no desaparece en tiempos de pandemia, donde, precisamente, la atención sanitaria a las personas que puedan estar en situación de mayor vulnerabilidad cobra especial labor, tanto si esas personas viven en sus domicilios, están ingresadas en una residencia o en un centro sanitario.

En tercer lugar, y de modo principal, en este capítulo se aborda el creciente uso de sistemas algorítmicos y de inteligencia artificial, a veces en forma de robots socio-asistenciales, para la prestación sanitaria a las personas mayores, lo que puede servir para mejorar los diagnósticos y la detección de enfermedades, facilitar la atención clínica o el desarrollo de medicamentos y terapias pero sin olvidar el riesgo de que se generen nuevas discriminaciones, el creciente y, en ocasiones, poco controlado acceso a datos sobre la salud o las dificultades para otorgar el consentimiento informado.

1. La prohibición de discriminación de las personas mayores en el ámbito de la salud¹

En las líneas siguientes haremos unas breves referencias jurídicas a la prohibición de discriminación de las personas mayores en el ámbito de la salud desde una perspectiva constitucional, internacional y legal, remitiéndonos, para una panorámica más amplia, a lo ya dicho en el año 2020 en el informe de HelpAge International España *La discriminación por razón de edad en España*.

1.1. Marco constitucional

La Constitución Española (CE) no menciona expresamente la prohibición de discriminación de las personas mayores en el ámbito de la salud pero es una consecuencia que se deriva de la interpretación sistemática de varios de sus preceptos: el artículo 14 impone una prohibición general de no discriminación por cualquier “otra condición o circunstancia personal o social”, donde, sin duda, entra la prohibición de discriminación de las personas mayores; el artículo 15 garantiza la integridad física y moral de todas las personas, incluidas obviamente las personas mayores, cuya integridad física quedaría amenazada si se las tratara de peor condición; el artículo 43, con el valor de principio rector de la política social y económica, protege la salud de todas las personas y el artículo 50 manda a los poderes públicos que promuevan el bienestar de las personas mayores “mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud”. Sobre este particular puede verse también el informe de HelpAge International España *El derecho a los cuidados de las personas mayores* (2021).

Al respecto, y en palabras del Tribunal Constitucional español (STC 63/2011, de 16 de mayo, FJ 3): “Por lo que se refiere en concreto a la edad como factor de discriminación, este Tribunal la ha considerado una de las condiciones o circunstancias incluidas en la fórmula abierta con la que se cierra la regla de prohibición de discriminación establecida en el art. 14 CE, con la consecuencia de someter su utilización por el legislador como factor de diferenciación al canon de constitucionalidad más estricto”. Con posterioridad, la STC 3/2018, de 22 de enero de 2018, consideró discriminatoria por razón de edad y discapacidad una decisión de la Comunidad de Madrid que excluyó a una persona con discapacidad intelectual de un centro de atención residencial para personas con discapacidad por razón de edad.

1.2. Marco internacional

Por lo que respecta a los tratados internacionales sobre derechos, con valor interpretativo ex artículo 10.2 CE, cabe recordar, en primer lugar, que el Convenio Europeo de Derechos Humanos proclama, en su artículo 14, lo siguiente: “El disfrute de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”. Además, y trascendiendo a los derechos reconocidos en el CEDH, el Protocolo Adicional número 12 al Convenio, de 4 de noviembre de 2000 (y en

1 Esta publicación es uno de los resultados del Proyecto PID2022-136548NB-I00 “Los retos de la inteligencia artificial para el Estado social y democrático de Derecho”, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación en la Convocatoria Proyectos de Generación de Conocimiento 2022.

vigor desde el 1 de abril de 2005), prevé, en su artículo 1, que: “1. El disfrute de todo derecho previsto por ley ha de ser asegurado sin discriminación alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación. 2. Nadie puede ser objeto de discriminación por parte de una autoridad pública, cualquiera que sea ésta, que pretenda justificarse especialmente en los motivos mencionados en el párrafo 1”.

La lista de motivos de discriminación que menciona este precepto del Protocolo es idéntica a la del artículo 14 porque se prefirió esta opción a la de mencionar nuevos supuestos (discapacidad física y mental o edad, por ejemplo) por considerar que era jurídicamente innecesaria, dado que la lista no es un catálogo exhaustivo y omnicompreensivo. En particular, se adujo que la inclusión de menciones adicionales podría propiciar una interpretación que amparara discriminaciones basadas en motivos no reflejados.

Este conjunto normativo persigue un grado similar de protección al de otros instrumentos, como el artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos², el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³ o el Título III de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículos 20 a 21). Y todas estas disposiciones han de ser tenidas en cuenta por los tribunales nacionales para interpretar sus propias normas antidiscriminatorias.

Desde una perspectiva sectorial, y como se recuerda en el citado Informe de HelpAge International España *La discriminación por razón de edad en España*, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad incluye referencias a las personas de edad en el artículo 25 b), sobre la salud, y en el artículo 28 2 b), sobre un nivel de vida adecuado y la protección social, así como referencias al acceso a la justicia adecuado a la edad en el artículo 13, y a medidas de protección que tengan en cuenta la edad en el artículo 16.

1.3. Marco legal

Con carácter general, la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, de aplicación, entre otros ámbitos, a la sanidad, incluye (art. 15) un derecho a la igualdad de trato y no discriminación en la atención sanitaria en virtud del cual “nadie podrá ser excluido de un tratamiento sanitario o protocolo de actuación sanitaria por la concurrencia de una discapacidad, por encontrarse en situación de sinhogarismo, por la edad, por sexo o por enfermedades preexistentes o intercurrentes, salvo que razones médicas debidamente acreditadas así lo justifiquen” (apartado 2); además, “las administraciones sanitarias promoverán acciones destinadas a aquellos grupos de población que presenten necesidades sanitarias específicas, tales como las personas mayores...” (apartado 3).

La prohibición de discriminación de las personas mayores en el ámbito de la salud viene recogida de manera expresa en las leyes sectoriales ya desde la Ley 14/1986, de 25 de

2 “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.

3 “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

abril, General de Sanidad y la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública; en la primera de ellas no se mencionan expresamente la edad o la condición de persona mayor pero hay que entenderlas incluidas en la expresión general con la que concluye el artículo 10.1: “Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias: 1. Al respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad, sin que pueda ser discriminado por su origen racial o étnico, por razón de género y orientación sexual, de discapacidad o de cualquier otra circunstancia personal o social”. Esta Ley, además de prohibir la discriminación⁴, también contempla, de manera indirecta para las personas mayores, obligaciones de hacer para las Administraciones públicas sanitarias, como, por ejemplo, la de desarrollar “los programas de atención a grupos de población de mayor riesgo y programas específicos de protección frente a factores de riesgo...” (art. 18.5). Por su parte, la Ley 33/2011 ya incluye de manera expresa la edad como una circunstancia que excluye cualquier discriminación: “todas las personas tienen derecho a que las actuaciones de salud pública se realicen en condiciones de igualdad sin que pueda producirse discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, enfermedad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social” (art. 6.1). Más adelante se impone a las Administraciones públicas desarrollar “programas de prevención dirigidos a todas las etapas de la vida de las personas, con especial énfasis en la infancia y la vejez” (art. 19.2.d).

2. Breves consideraciones sobre la discriminación de las personas mayores de edad en el ámbito de la salud durante la pandemia de COVID-19; especial atención a las personas mayores que vivían en residencias

En principio, y al menos en términos teóricos, durante la pandemia del COVID-19 la condición de persona mayor no ha sido un criterio excluyente para la protección de la salud como parte de la protección de la vida y la integridad física y moral. No obstante, sigue habiendo indicios para cuestionar que en muchas de las residencias se prestara la atención adecuada a las personas necesitadas, pues a las constatadas insuficiencias previas a la pandemia y denunciadas en el ámbito institucional y social, por ejemplo, por el Defensor del Pueblo y HelpAge International España, con ocasión del COVID-19 se produjo un déficit de protección de la salud de los trabajadores vinculado a las carencias de material y al cambio de especificaciones en los protocolos, siendo así que los trabajadores fueron uno de los principales vectores de contagio en las residencias. En algunas residencias se produjo la ausencia durante semanas de algunos perfiles profesionales imprescindibles para garantizar la atención cotidiana y, lo que es más grave, la atención sanitaria (véanse, por ejemplo, los estudios de Dalli Almiñana, 2023; Flores Giménez, 2023, o Marbán Gallego y otros, 2021).

Más de tres años después de la declaración del estado de alarma el 14 de marzo de 2020 es criticable que no se hayan publicado datos oficiales del número de personas fallecidas por COVID-19 o con síntomas similares en las residencias sociosanitarias, con lo que

4 Artículo 21. No discriminación. 1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. 2. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de los Tratados y sin perjuicio de sus disposiciones particulares”.

no es fácil valorar la gestión llevada a cabo en cada una. Habría que exigir, si estuviera justificado, las oportunas responsabilidades y, por último, sacar conclusiones que puedan servir de cara al futuro inmediato.

Por lo que respecta a la libertad deambulatoria de las personas mayores y su correlación con su salud física y psíquica, no se tuvo suficientemente en cuenta la necesidad de garantizarles, en particular a las que más lo necesitaban, unas salidas y paseos terapéuticos adoptando, como es obvio, las adecuadas medidas de seguridad, pues, aunque de un modo diferente a la población infantil, sobre esas personas también hizo mucha mella física y psicológica un confinamiento tan estricto y prolongado.

En particular, se mantuvo hasta el 25 de mayo de 2020 una prohibición que ofrece serios reparos constitucionales: la Orden SND/380/2020, de 30 de abril, sobre las condiciones en las que se podía realizar actividad física no profesional al aire libre durante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, que, en su preámbulo, insistía, entre otras cosas, en que “para la población adulta mayor la actividad física es también un factor clave para mantener una adecuada funcionalidad, un menor riesgo de caídas, unas funciones cognitivas mejor conservadas, y para prevenir posibles limitaciones funcionales moderadas y graves”.

A pesar de estas consideraciones, y sin mayor fundamentación, se decía poco después que, “no obstante los beneficios señalados, en el momento actual de la crisis sanitaria, y con el fin de proteger uno de los colectivos más vulnerables, en esta fase no se contempla la práctica de la actividad física prevista en esta orden por parte de los residentes en los centros sociosanitarios de mayores”.

En el mismo sentido, en el art. 2 se dispuso (apdo. 1) que “se habilita a las personas de 14 años en adelante, a circular por las vías o espacios de uso público para la práctica de las actividades físicas permitidas por esta orden [...]”, pero más adelante (apdo. 5) se prevé que “no podrán hacer uso de la habilitación contenida en el apartado 1 las personas que presenten síntomas o estén en aislamiento domiciliario debido a un diagnóstico por COVID-19, o que se encuentren en período de cuarentena domiciliaria por haber tenido contacto con alguna persona con síntomas o diagnosticado de COVID-19. Asimismo, tampoco podrán hacer uso de dicha habilitación los residentes en centros sociosanitarios de mayores”.

En suma, se les aplicó a todas las personas residentes en centros sociosanitarios (tuvieran o no diagnosticado COVID-19, presentaran o no síntomas y estuvieran o no en cuarentena) el mismo régimen que a las personas a las que pareció proporcional limitar su actividad física por encontrarse en una situación de riesgo: la prohibición de disfrutar de un tiempo de actividad física (con más detalle, Presno, 2020).

Esta prohibición absoluta parece, cuando menos, desproporcionada: como se explica en la misma Orden, la actividad física es especialmente recomendable para las personas mayores en aras a “mantener una adecuada funcionalidad, un menor riesgo de caídas, unas funciones cognitivas mejor conservadas, y para prevenir posibles limitaciones funcionales moderadas y graves”. ¿Por qué no se pudieron beneficiar de esta actividad, importante para su salud física y psíquica, ninguna de las personas que vivían en centros sociosanitarios?

No se olvide que estamos, por si hubiera alguna duda, hablando del ejercicio del derecho fundamental a la libertad de circulación y también del derecho a la protección de su salud. Se dice, no obstante, con un claro resabio paternalista, que la prohibición se adoptó para “proteger uno de los colectivos más vulnerables”. ¿Se protegió contra de su voluntad a personas autónomas y con capacidad de decidir? ¿Y se tomó, sin matiz o excepción alguna, una medida general e indiscriminada? ¿No hubieran podido hacer esa actividad ni siquiera en las inmediaciones del centro y/o acompañados de familiares, cuidadores o voluntarios en una concreta franja horaria?

Pues bien, y como ya se ha dicho más arriba, la propia Ley 33/2011, de 4 de octubre, 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 nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, enfermedad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social [...]”.

Aquí nos encontramos con una aparente discriminación, pues la medida se adoptó de manera indiferenciada para todas las personas residentes, al margen de si su salida a la calle suponía algún tipo de riesgo para las demás personas que vivían en el centro sociosanitario o que trabajaban en él, y todo ello sin ofrecer criterio alguno objetivo y razonable para tal exclusión.

3. La aplicación de sistemas de inteligencia artificial en el ámbito de la salud y sus posibles efectos discriminatorios para las personas mayores

3.1. ¿De qué hablamos cuando hablamos de inteligencia artificial?

Quizá sea oportuno comenzar este apartado asumiendo que no siempre está del todo claro de qué se habla cuando se habla de inteligencia artificial (IA en lo sucesivo), ni siquiera en el ámbito tecnológico: en la corta historia de esta disciplina se han proporcionado distintas definiciones que, en general, aluden al desarrollo de sistemas que imitan o reproducen el pensamiento y obrar humanos, actuando racionalmente -en el sentido de hacer lo “correcto” en función de su conocimiento- e interactuando con el medio. La IA pretende sintetizar o reproducir los procesos cognitivos humanos, tales como la percepción, la creatividad, la comprensión, el lenguaje o el aprendizaje (Russell y Norvig, 2008).

Para ello, la IA utiliza todas las herramientas a su alcance, entre las que destacan las proporcionadas por la computación, incluidos los algoritmos. No obstante, los sistemas de IA no usan cualquier algoritmo -solo los que “auto-aprenden” a base del procesamiento de datos- pues, asumiendo una conceptualización amplia, un algoritmo es una sucesión finita de operaciones que se realizan en un orden preciso para dar respuesta a un problema, realizar un cómputo, procesar datos y llevar a cabo otras tareas o actividades y dichas operaciones ni son algo reciente ni tampoco un coto de las matemáticas o de la ingeniería informática, como pudiera pensarse por mor del impulso que han recibido en las últimas décadas por parte de esa última disciplina: según recuerda Chabert (1999), los babilonios ya los aplicaron a cuestiones jurídicas, los primeros profesores de Latín para entender

bien la gramática y, en las sucesivas culturas, han servido, entre otras cosas, para decidir tratamientos médicos o preparar alimentos⁵.

Por otro lado, en ocasiones se habla de IA cuando en realidad estamos hablando de un subcampo, el aprendizaje automático (o *machine learning* en inglés, AA en lo sucesivo). El AA trata de encontrar patrones en datos para construir sistemas predictivos o explicativos; por tanto, puede considerarse una rama de la IA ya que a partir de la experiencia (los datos) toma decisiones o detecta patrones significativos y eso es una característica fundamental de la inteligencia humana. Es importante resaltar que para que un sistema de AA tenga éxito es tan necesario utilizar los algoritmos adecuados como realizar una correcta gestión y tratamiento de los datos utilizados para desarrollar el sistema.

En el ámbito jurídico-institucional, en la Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de mayo de 2022, sobre la inteligencia artificial en la era digital, se recuerda que hay una diferencia significativa entre la IA simbólica, que constituye el principal enfoque de la IA entre los años cincuenta y los años noventa, y la IA basada en datos y aprendizaje automático, que domina desde el año 2000: durante la primera oleada, la IA se desarrolló codificando los conocimientos y la experiencia de los expertos en un conjunto de reglas que luego ejecutaba una máquina; en la segunda oleada, los procesos de aprendizaje automatizados de algoritmos basados en el procesamiento de grandes cantidades de datos, la capacidad de reunir datos procedentes de múltiples fuentes diferentes y de elaborar representaciones complejas de un entorno dado, y la determinación de patrones convirtieron a los sistemas de IA en sistemas más complejos, autónomos y opacos, lo que puede hacer que los resultados sean menos explicables; en consecuencia, la IA actual puede clasificarse en muchos subcampos y técnicas diferentes.

Y siguiendo en el ámbito europeo, en el primer párrafo del Libro Blanco sobre la inteligencia artificial de la Comisión Europea, de 19 de febrero de 2020, se dice que “la inteligencia artificial (IA) se está desarrollando rápido. Cambiará nuestras vidas, pues mejorará la atención sanitaria (por ejemplo, incrementando la precisión de los diagnósticos y permitiendo una mejor prevención de las enfermedades), aumentará la eficiencia de la agricultura, contribuirá a la mitigación del cambio climático y a la correspondiente adaptación, mejorará la eficiencia de los sistemas de producción a través de un mantenimiento predictivo, aumentará la seguridad de los europeos y nos aportará otros muchos cambios que de momento solo podemos intuir. Al mismo tiempo, la IA conlleva una serie de riesgos potenciales, como la opacidad en la toma de decisiones, la discriminación de género o de otro tipo, la intromisión en nuestras vidas privadas o su uso con fines delictivos”.

Así pues, la Comisión Europea asume algo de todo punto inevitable: que la IA va a cambiar -es seguro que ya lo está haciendo- nuestras vidas y, en consecuencia, esa transformación afectará, según el trabajo de investigación del Consejo de Europa sobre algoritmos y derechos humanos, a un gran número, sino a la práctica totalidad, de

5 En el glosario que incorpora la Carta Ética Europea sobre el uso de la Inteligencia Artificial en los sistemas judiciales y su entorno, de 4 de diciembre de 2018, se define el algoritmo como una “secuencia finita de reglas formales (operaciones lógicas e instrucciones) que permiten obtener un resultado de la entrada inicial de información. Esta secuencia puede ser parte de un proceso de ejecución automatizado y aprovechar modelos diseñados a través del aprendizaje automático”; nos extendemos sobre estas cuestiones en Presno Linera, 2022.

nuestros derechos fundamentales⁶; entre ellos, y de modo especialmente intenso, y a su vez vinculado a muchos otros derechos, al de no sufrir discriminación por raza, género, edad, orientación sexual...; a los derechos dependientes del acceso a los servicios públicos (educación, sanidad...) y, en general, a los derechos sociales (prestaciones por desempleo, enfermedad, jubilación...).

A los efectos de estas páginas se asumirá la definición de IA incluida en la última versión (14 de junio de 2023) de la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión: un sistema de IA es “un sistema basado en máquinas diseñado para funcionar con diversos niveles de autonomía y capaz, para objetivos explícitos o implícitos, de generar información de salida —como predicciones, recomendaciones o decisiones— que influya en entornos reales o virtuales”.

3.2. La creciente incidencia de la inteligencia artificial en la atención sanitaria

Prácticamente cada día se conocen noticias sobre las aplicaciones de la IA en diferentes campos y, singularmente, en el sanitario, ámbito en el que la Organización Mundial de la Salud publicó, ya en 2021, el primer informe mundial sobre inteligencia artificial aplicada a la salud y seis principios rectores relativos a su concepción y utilización (*Ethics and governance of artificial intelligence for health*).

En este informe se destaca que la IA puede utilizarse, lo que ya se está haciendo en algunos países ricos, para mejorar la velocidad y la precisión del diagnóstico y la detección de enfermedades; facilitar la atención clínica; reforzar la investigación en el ámbito de la salud y el desarrollo de medicamentos, y apoyar diversas intervenciones de salud pública, como la vigilancia de la morbilidad, la respuesta a los brotes y la gestión de los sistemas de salud. La IA también podría permitir que los pacientes tuvieran un mayor control de su propia atención de salud y comprendieran mejor la evolución de sus necesidades. Además, podría facilitar el acceso a los servicios de salud en los países con escasos recursos y las comunidades rurales, donde los pacientes a menudo tienen dificultades para acceder a los agentes de salud o al personal médico.

Como contrapartida, en ese informe se advierte del peligro de sobreestimar las ventajas de la IA en el ámbito de la salud, sobre todo cuando esto se hace en detrimento de inversiones y estrategias básicas que son necesarias para lograr la cobertura sanitaria universal. Además, también se señala que las oportunidades conllevan desafíos y riesgos, como la recopilación y utilización poco éticas de los datos sobre salud; los sesgos codificados en los algoritmos, y los riesgos que presenta la IA para la seguridad del paciente, la ciberseguridad y el medio ambiente.

Así, por ejemplo, si bien la inversión de los sectores público y privado en el desarrollo y despliegue de la IA es fundamental, el uso no regulado de la IA podría subordinar los derechos e intereses de los pacientes y las comunidades a los poderosos intereses

6 Algorithms and Human Rights. Study on the human rights dimensions of automated data processing techniques and possible regulatory implications, Published by the Council of Europe, 2018, disponible en <https://rm.coe.int/algorithms-and-human-rights-en-rev/16807956b5> (a 7 de julio de 2023).

comerciales de las empresas tecnológicas o a los intereses de los gobiernos en materia de vigilancia y control social. El informe también pone de relieve que los sistemas entrenados principalmente a partir de datos recopilados de personas que viven en países de alto ingreso pueden no funcionar bien en el caso de las poblaciones de entornos de ingreso bajo o mediano. Por lo tanto, los sistemas de IA deberían diseñarse cuidadosamente a fin de reflejar la diversidad de los entornos socioeconómicos y de atención de salud. Estos deberían acompañarse de formación en aptitudes digitales, de implicación comunitaria y de sensibilización, en particular para los millones de agentes de salud cuya alfabetización digital o readaptación profesional serán necesarias en caso de que se automaticen sus cometidos y funciones, y que deberán lidiar con máquinas que podrían poner en entredicho las facultades decisorias y la autonomía de los prestadores y los pacientes.

Con el objetivo de limitar los riesgos y aumentar las oportunidades que conlleva la utilización de la IA en el ámbito de la salud, la OMS propone que su reglamentación y gobernanza se basen en los principios siguientes: preservar la autonomía del ser humano, promover el bienestar y la seguridad de las personas y el interés público; garantizar la transparencia, la claridad y la inteligibilidad; promover la responsabilidad y la rendición de cuentas; garantizar la inclusividad y la equidad, con independencia de la edad, el sexo, el género, el ingreso, la raza, el origen étnico, la orientación sexual, la capacidad u otras características amparadas por los códigos de derechos humanos, y, finalmente, promover una IA con capacidad de respuesta y sostenible.

En la Unión Europea la mencionada Propuesta de Reglamento tiene como uno de sus objetivos promover la adopción de una inteligencia artificial fiable y centrada en el ser humano y garantizar un elevado nivel de protección de la salud, para lo que conviene establecer normas comunes para todos los sistemas de IA de alto riesgo al objeto de garantizar un nivel elevado y coherente de protección de los intereses públicos en lo que respecta a la salud, la seguridad y los derechos fundamentales, así como a la democracia y el Estado de Derecho y el medio ambiente. Dichas normas deben ser coherentes con la Carta, el Pacto Verde Europeo, la Declaración Conjunta sobre los Derechos Digitales de la Unión y las Directrices éticas para una inteligencia artificial fiable del grupo de expertos de alto nivel sobre inteligencia artificial y no deben ser discriminatorias.

En la propia propuesta de Reglamento se destaca que los sistemas de IA pueden tener un efecto adverso para la salud y la seguridad de las personas, en particular cuando funcionan como componentes de seguridad de productos. Por este motivo, es importante prevenir y reducir debidamente los riesgos de seguridad que pueda generar un producto en su conjunto debido a sus componentes digitales, entre los que pueden figurar los sistemas de IA. Por ejemplo, los robots cada vez más autónomos que se utilizan con fines de asistencia y cuidado personal, en particular para la atención de personas mayores, deben poder funcionar y desempeñar sus funciones de manera segura en entornos complejos. Del mismo modo, en el sector sanitario, donde los riesgos para la vida y la salud son especialmente elevados, los sistemas de diagnóstico y de apoyo a las decisiones humanas, cuya sofisticación es cada vez mayor, deben ser fiables y precisos.

Como es conocido, una de las claves del extraordinario desarrollo de la IA en los últimos años es el uso de una cantidad ingente de datos (*el big data*) pero no se trata únicamente de tener muchos datos sino de tener datos de alta calidad para, entre otras cosas, evitar resultados discriminatorios a la hora de entrenar, validar y probar los sistemas de IA.

A este respecto, y para evitar, por ejemplo, resultados adversos o no adecuados de tratamientos médicos obtenidos a partir de sistemas de IA es fundamental que se tengan en cuenta datos de personas mayores y que esa aportación se haga de una manera segura, transparente, fiable y respetando la intimidad de las personas afectadas.

3.3. Las obligaciones de las administraciones sanitarias que usen sistemas de inteligencia artificial para garantizar la no discriminación de las personas mayores

Como ya se ha dicho más arriba, el creciente uso de la IA en el ámbito sanitario supone innegables ventajas, pero también conlleva una serie de riesgos, como su entrenamiento con datos sesgados, eventuales efectos indeseados sobre la seguridad de los pacientes, dificultades añadidas para formar un consentimiento debidamente informado... y estos riesgos pueden incrementarse cuando se aplican estos sistemas a la atención de personas mayores.

En mi opinión, no se trata de introducir nuevos derechos de estos pacientes, pues la debida atención a su salud, la exigencia de contar con su consentimiento o la prohibición de que sean objeto de algún tipo de discriminación algorítmica ya están recogidos con claridad en las normas constitucionales, internacionales y legales.

Lo que sí debe potenciarse es la llamada dimensión objetiva de los derechos de las personas mayores, que obliga a las Administraciones sanitarias a llevar a cabo actuaciones concretas que permitan el máximo desarrollo, jurídico y práctico, del haz de facultades comprendido en el derecho a la salud. En esta línea, "... la igualdad de acceso a la asistencia sanitaria como principio debe extenderse a las aplicaciones de la IA relacionadas con la salud, incluidos los sistemas para la detección de enfermedades, la gestión de afecciones crónicas, la prestación de servicios sanitarios y el descubrimiento de fármacos; hace hincapié en la necesidad de adoptar medidas adecuadas para hacer frente a los riesgos para la salud relacionados con la brecha digital, el sesgo algorítmico, la discriminación y la marginación de las personas vulnerables o las minorías culturales, que tienen un acceso limitado a la asistencia sanitaria" (Resolución del Parlamento Europeo sobre la IA en la era digital, párrafo 241).

A este respecto, y aunque en España no existe todavía una normativa reguladora de la IA, se prevé que en 2024 o 2025 esté en vigor el Reglamento europeo, que será directamente aplicable en todos los países miembros y que cuya propuesta, en fase avanzada de tramitación, prevé, entre otras cosas y por lo que aquí interesa, lo siguiente:

1. medidas de alfabetización en materia de IA, través de la educación y la formación y de programas de capacitación, garantizando un equilibrio adecuado en materia de género y de edad, con vistas a permitir un control democrático de los sistemas de IA;
2. prohibición de introducción en el mercado, puesta en servicio o utilización de un sistema de IA que aproveche alguna de las vulnerabilidades de una persona o un grupo específico de personas —incluidas las características conocidas o predichas de los rasgos de personalidad o la situación social o económica de esa persona o grupo, la edad y la capacidad física o mental— con el objetivo o el efecto de alterar de manera sustancial el comportamiento de dicha persona o de una persona que

- pertenezca a dicho grupo de un modo que provoque o sea probable que provoque perjuicios significativos a esa persona o a otra;
3. el producto del que el sistema de IA es componente de seguridad o el propio sistema de IA como producto, debe someterse a una evaluación de la conformidad relativa a los riesgos para la salud y la seguridad realizada por un organismo independiente para su introducción en el mercado o puesta en servicio;
 4. se considerarán de alto riesgo los sistemas de IA si presentan un riesgo significativo de causar perjuicios para la salud, la seguridad o los derechos fundamentales de las personas físicas;
 5. identificación, estimación y evaluación de los riesgos conocidos y razonablemente previsibles que el sistema de IA de alto riesgo pueda plantear para la salud o la seguridad de las personas físicas, sus derechos fundamentales, incluida la igualdad de acceso y oportunidades, cuando el sistema de IA de alto riesgo se utilice de conformidad con su finalidad prevista y en condiciones de uso indebido razonablemente previsible;
 6. cuando se implante el sistema de gestión de riesgos los proveedores prestarán especial atención a la probabilidad de que grupos vulnerables de personas o menores se vean afectados negativamente por el sistema de IA de alto riesgo de que se trate;
 7. se adoptarán medidas adecuadas para detectar, prevenir y mitigar posibles sesgos que puedan afectar a la salud y la seguridad de las personas;
 8. los sistemas de IA de alto riesgo se diseñarán y desarrollarán de modo que sean vigilados de manera efectiva por personas físicas, lo que incluye dotarlos de una herramienta de interfaz humano-máquina adecuada, entre otras cosas, de forma proporcionada a los riesgos asociados a dichos sistemas. El objetivo de la vigilancia humana será prevenir o reducir al mínimo los riesgos para la salud, la seguridad, los derechos fundamentales o el medio ambiente que pueden surgir cuando un sistema de IA de alto riesgo se utiliza conforme a su finalidad prevista o cuando se le da un uso indebido razonablemente previsible;
 9. los proveedores garantizarán que los sistemas de IA destinados a interactuar con personas físicas estén diseñados y desarrollados de forma que el sistema de IA, el propio proveedor o el usuario informen de manera clara, inteligible y oportuna a dichas personas físicas expuestas a un sistema de IA de que están interactuando con un sistema de IA, excepto en las situaciones en las que esto resulte evidente debido a las circunstancias y al contexto de utilización. Cuando proceda y sea pertinente, esta información también revelará qué funciones se encuentran habilitadas por la IA, si existe vigilancia humana y quién es responsable del proceso de toma de decisiones, así como los derechos y procesos existentes que, de conformidad con el Derecho de la Unión y nacional, permiten a las personas físicas o a sus representantes oponerse a que se les apliquen dichos sistemas y solicitar reparación judicial contra las decisiones adoptadas por los sistemas de IA o los perjuicios causados por ellos, incluido su derecho a solicitar una explicación;

10. cualquier riesgo significativo para los derechos fundamentales, la democracia y el Estado de Derecho, la salud y seguridad o el medio ambiente detectado durante el proceso de desarrollo y prueba de estos sistemas de IA implicará la mitigación inmediata y apropiada;
11. los Estados miembros promoverán la investigación y el desarrollo de soluciones de IA que favorezcan la obtención de resultados positivos desde el punto de vista social y medioambiental, por ejemplo, el desarrollo de soluciones basadas en la IA para aumentar la accesibilidad para las personas con discapacidad, atajar desigualdades socioeconómicas y cumplir los objetivos en materia de sostenibilidad y medio ambiente;
12. toda persona afectada sujeta a una decisión adoptada por el implementador sobre la base de la información de salida de un sistema de IA de alto riesgo que produzca efectos jurídicos o que le afectan significativamente de una manera que considera que perjudica a su salud, seguridad, derechos fundamentales, bienestar socioeconómico o cualquier otro de sus derechos derivados de las obligaciones establecidas en el presente Reglamento, tendrá derecho a solicitar al implementador una explicación clara y significativa sobre el papel del sistema de IA en el procedimiento de toma de decisiones, los principales parámetros de la decisión adoptada y los datos de entrada correspondientes.

Se trata, en definitiva, de garantizar que las personas mayores, aunque, obviamente, no solo ellas, estén capacitadas para conocer cuando están interactuando, en el ámbito de la salud, con un sistema de IA; de evitar que se aplique un sistema de IA que se aproveche de alguna de sus posibles circunstancias de vulnerabilidad; de asegurar que estos sistemas han sido evaluados previamente a su uso y han sido estimados sus posibles riesgos; de prevenir posibles sesgos que puedan afectar a la salud y la seguridad de las personas mayores; de establecer una vigilancia efectiva de estos sistemas por personas físicas para prevenir o reducir al mínimo los riesgos para la salud y la seguridad de las personas mayores, llegando, si es necesario, a suspender su uso; a todo ello se unirá el derecho de la persona mayor a solicitar una explicación clara y significativa sobre el papel del sistema de IA en el procedimiento de toma de decisiones, los principales parámetros de la decisión adoptada y los datos de entrada correspondientes. En otras palabras, la IA no puede suponer una vuelta a una medicina paternalista en la que el paciente no tenga la máxima autonomía posible y en la que un sistema de IA ocupe el papel que antes tenían los profesionales de la salud.

3.4. Breves apuntes sobre el uso de robots social-asistenciales para la atención sanitaria de las personas mayores

Cada vez es más frecuente encontrarse con la oferta de robots de carácter social-asistencial, con rasgos humanoides o animales, que se presentan como una de las herramientas a emplear para la atención y el cuidado de personas mayores que padezcan algún tipo de necesidad en materia de salud.

Entre las ventajas que pueden aportar estos dispositivos electrónicos estarían, entre otras, las siguientes: por una parte, el progresivo aumento de la población mayor dificulta el acceso de todas estas personas a una atención y cuidado particularizados y esa carencia de profesionales podría colmarse, en parte, con robots capaces de ayudar a su

desplazamiento y movilidad, a facilitar su higiene diaria y su alimentación, para controlar la adecuada la toma de la medicación o para facilitar la comunicación con la familia, el centro de salud...; por otra parte, y en el supuesto de personas mayores con problemas cognitivos y determinadas demencias, los robots pueden aportar ayudas terapéuticas, paliar el aislamiento, recabar ayuda humana en caso necesario...

Estas ventajas no deben ocultar los riesgos que también presenta el recurso a los robots: cómo asegurar que no recopilan datos e informaciones privadas de la persona a la que atienden, cómo garantizar en todos los casos que la persona en cuestión ha aceptado de manera informada, libre y consciente el tratamiento con robots, quién asume la responsabilidad ante un error o una mala práctica por parte del robot... y, más en general, si este tipo de atención es compatible en todo caso con la dignidad y autonomía mínima de la persona que recibe el cuidado. Un problema adicional puede ser el elevado costo de alguno de estos robots y la consiguiente dificultad de que sean accesibles para buena parte de las personas mayores que podrían necesitarlos.

3.5. ¿Es necesario reconocer constitucionalmente los neuroderechos para garantizar la atención sanitaria de las personas mayores?

En los últimos tiempos se viene debatiendo si, ante el desarrollo de la IA y el científico y tecnológico en general, es necesario promover cambios constitucionales que incorporen nuevos derechos fundamentales, los llamados “neuroderechos”, que vienen siendo impulsados de manera especial por el grupo del investigador Rafael Yuste a través de la NeuroRights Initiative, que ha sido promovida por el Centro de Neurotecnología de la Universidad de Columbia, y que aspira a que se reconozcan, en el plano internacional y nacional, los siguientes derechos, que podrían tener una incidencia especial en el caso de las personas mayores:

1. el derecho a la identidad, evitando el riesgo de control externo de la integridad física y mental;
2. el derecho a la libertad de pensamiento y el libre albedrío para elegir las propias acciones frente a manipulaciones externas;
3. el derecho a la privacidad mental como capacidad de mantener los propios pensamientos protegidos frente a divulgaciones no consentidas;
4. el derecho a que los beneficios de las mejoras de la capacidad sensorial y mental a través de la neurotecnología se distribuyan de forma justa entre toda la población, y
5. el derecho a la protección contra el sesgo algorítmico, o la capacidad de garantizar que las tecnologías no introduzcan prejuicios.

De una manera mucho más concisa estos neuroderechos han sido reconocidos en fechas relativamente recientes (25 de octubre de 2021) en la Constitución chilena, cuyo artículo 19.1 in fine dispone que “El desarrollo científico y tecnológico estará al servicio de las personas y se llevará a cabo con respeto a la vida y a la integridad física y psíquica. La ley regulará los requisitos, condiciones y restricciones para su utilización en las personas, debiendo resguardar especialmente la actividad cerebral, así como la información proveniente de ella”.

A este respecto, desde el Parlamento Europeo se “pide a la Comisión que estudie la posibilidad de presentar una iniciativa relativa a los neuroderechos, con el objetivo de proteger el cerebro humano contra la injerencia, la manipulación y el control por parte de la neurotecnología impulsada por la IA [y] anima a la Comisión a que defienda una agenda de neuroderechos a nivel de las Naciones Unidas con el fin de incluir estos derechos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, concretamente en lo que respecta a los derechos a la identidad, al libre albedrío, a la privacidad mental, a la igualdad de acceso a los avances en materia de aumento del cerebro y a la protección frente al sesgo algorítmico” (Resolución sobre la inteligencia artificial en la era digital, párrafo 247).

Sin embargo, en nuestra opinión, no parece necesario incorporar estos derechos de manera expresa a la Constitución española, pues las facultades en las que consisten ya están protegidas en diversos derechos fundamentales: la privacidad o intimidad mental ya sería parte del derecho a la intimidad personal (art. 18); la identidad personal podría ampararse en los derechos a la integridad física y moral y a la libertad ideológica (arts. 15 y 16); el libre albedrío sería, en realidad, el libre desarrollo de la personalidad garantizado en la CE (art. 10.1) y que se proyecta, a su vez, en diferentes derechos fundamentales, como la ya citada integridad física y moral, la libertad de expresión, la libertad ideológica, la de participación política... (arts. 15, 16, 20, 23...); finalmente, el acceso justo al aumento mental y la protección frente al sesgo serían una concreción, entre otros, del derecho a no ser discriminado en el ámbito de la salud (arts. 14 y 43).

Ideas básicas del Capítulo IV

- La atención sanitaria no puede suponer ningún tipo de discriminación para las personas mayores y está expresamente prohibida por las normas constitucionales, internacionales y legales.
- Estas prohibiciones teóricas no siempre son respetadas en la práctica y hay datos que nos permiten concluir que eso fue lo que ocurrió durante la pandemia de COVID-19, en la que grupos de personas mayores, especialmente quienes estaban en residencias, no recibieron el tratamiento adecuado a su situación.
- Es cada vez más frecuente que la atención sanitaria se sirva de dispositivos de inteligencia artificial, que, como toda herramienta, aportan ventajas, pero también implican riesgos; en particular, para las personas mayores, lo que impone una serie de cautelas a las Administraciones Públicas a la hora de emplear esos dispositivos.
- Más que incorporar nuevos derechos (como los “neuroderechos”), la inteligencia artificial exige que las Administraciones sanitarias asuman más obligaciones dirigidas a prevenir riesgos y abusos en relación, en particular, con las personas mayores.

Capítulo IV: LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN DE LAS PERSONAS MAYORES EN EL ÁMBITO DE LA SALUD, CON ESPECIAL ATENCIÓN A LOS RIESGOS DERIVADOS DEL USO DE SISTEMAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Chabert, J-L y otros (1999): A History of Algorithms: From the Pebble to the Microchip, Springer.

Dalli Almiñana, M. (2023): “Residencias, hospitales y personas mayores durante la COVID-19: Estudio desde la afectación de derechos fundamentales”, Estudios de Deusto, 71(1), 161-197.

Flores Giménez, F. (2023): “Derechos de las personas mayores y discriminación en las residencias geriátricas durante la pandemia de COVID-19”, Teoría & Derecho. Revista De Pensamiento jurídico, nº 34, 206–229.

Marbán Gallego y otros (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).

Presno Linera, M. A. (2020): “¿Ha sido España país para viejos durante la emergencia sanitaria de COVID-19?”, IgualdadES, nº 3, 275-312.

Presno Linera, M. A. (2022): Derechos fundamentales e inteligencia artificial, Marcial Pons.

Russel, S. y Norvig, P. (2008): Inteligencia artificial: un enfoque moderno, Pearson Education.

Yuste, R. y otros (2021): “It´s time for Neuro-Rights?”, Horizons, núm. 18, <https://www.cirsd.org/en/horizons/horizons-winter-2021-issue-no-18/its-time-for-neuro--rights>.

Informes y documentos:

Consejo de Europa (2018): Algorithms and Human Rights. Study on the human rights dimensions of automated data processing techniques and possible regulatory implications, <https://rm.coe.int/algorithms-and-human-rights-en-rev/16807956b5>

HelpAge International España (2020): La discriminación por razón de edad en España.

HelpAge International España El derecho a los cuidados de las personas mayores (2021).

Organización Mundial de la Salud (2021): Ethics and governance of artificial intelligence for health)

Unión Europea (2020): Libro Blanco sobre la inteligencia artificial de la Comisión Europea