

LA PANDEMIA DEL CORONAVIRUS Y EL DERECHO PENAL DE LA MEDICINA CRITERIOS DE SELECCIÓN PARA LA DECISIÓN DE TRIAJE EN ALEMANIA

Dr. Carsten KUSCHE*

Fecha de recepción: 23 de febrero de 2021

Fecha de aceptación: 1.º de marzo de 2021

I. Introducción

La pandemia de coronavirus ha llamado la atención sobre un dilema de la ética médica, ya muy discutido, especialmente en el contexto de los conflictos armados: la decisión de triaje médico. El término “traje” se utiliza para describir un procedimiento de distribución de la asistencia médica cuando los recursos son insuficientes. Se debe hacer “traje”, por tanto, cuando hay más necesidad que capacidad de atención médica. En la pandemia de coronavirus, la escasez de recursos puede estar relacionada en particular con el número de camas de cuidados intensivos disponibles y de respiradores. Pero también debe haber suficiente personal hospitalario para atender a los pacientes infectados con coronavirus. El año pasado, p. ej., hubo que hacer un triaje en Italia y actualmente es necesario en Portugal. Entonces esto puede convertirse en una cuestión de quién probablemente sobreviva y quién probablemente muera.

Llama la atención que no parece estar del todo claro cómo debemos afrontar en cuanto sociedad esta situación francamente trágica, es decir, sobre todo, sobre la base de *qué criterios* decidimos, en el ejemplo paradigmático en el que solo se dispone de un respirador en un hospital, si se debe tratar al paciente A o al B, cuando la supervivencia de ambos depende de una intubación. Al menos en Alemania y la Argentina, la decisión de triaje médico —salvo en lo que respecta a la asignación de órganos en virtud de la Ley de Trasplantes— no está regulada por la ley y en la ciencia del derecho penal, que es la que hasta ahora ha tratado más intensamente el tema, no hay en absoluto acuerdo

* El autor es asistente científico en la Cátedra de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Teoría Jurídica, Derecho de la Información e Informática Jurídica (Prof. Dr. Dr. *Eric Hilgendorf*) en la Julius-Maximilians-Universität Würzburg. Trad. de Leandro A. Dias (Universität Würzburg). Se mantuvo el formato de citas del original.

sobre los criterios en los que debe basarse la decisión de selección.¹ Existen varias recomendaciones de triaje, como las del Consejo de Ética de Alemania, la Asociación Médica Alemana o las distintas sociedades médicas. Pero no son vinculantes. Esto plantea no solo la cuestión de *qué* criterios de selección deben constituir la base de la decisión de triaje, sino también si estos criterios de selección deben estar establecidos *legalmente* y, por último, cuáles deben ser las consecuencias si se infringen estos requisitos legales. Las siguientes consideraciones intentan estimular el debate sobre el tratamiento jurídico de la decisión de triaje no solo en Alemania, sino también en la Argentina.

Es evidente que los criterios de decisión del triaje —sin importar ahora quién ha de determinarlos— deben respetar los valores de la respectiva constitución estatal. En Alemania, la compatibilidad con el contenido garantizado de la dignidad humana del artículo 1 de la Ley Fundamental (GG) será especialmente importante. De la dignidad humana se desprende que toda vida tiene el mismo valor y que, por tanto, las vidas *no* pueden ser *ponderadas* entre sí.² El problema fundamental en nuestro caso es que en la situación de triaje difícilmente podamos evitar esa “ponderación” ya en el nivel fáctico —al menos en la decisión a favor de la vida de A y en contra de la vida de B o viceversa—. Porque (en casos extremos) una de esas personas tiene que morir.

Otro factor será si la distinción entre dos constelaciones de triaje se considera importante para la selección de los criterios de decisión. Normalmente, las tomas de posición en Alemania diferencian entre el llamado triaje *ex ante* y *ex post*:³ en el triaje *ex ante*, sigue habiendo un respirador libre y hay que decidir cuál de dos pacientes, A o B, lo recibirá. En el triaje *ex post*, el último respirador ya ha sido asignado a A y entonces se añade B, para quien no hay más respiradores disponibles.

II. Los criterios de selección jurídicamente no vinculantes de las sociedades médicas y del Consejo de Ética de Alemania

Un breve análisis de las directrices para la toma de decisiones —jurídicamente no vinculantes— que ya existen servirá de introducción al debate sobre los posibles criterios de selección para las decisiones de triaje. Se trata, a modo de ejemplo, de las ofrecidas por el Consejo de Ética de

¹ Sobre esta discusión, p. ej., *Engländer/Zimmermann*, NJW 2020, 1398; *Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis*, medstra, 2020, 129; *Hoven*, JZ 2020, 449; *Merkel/Augsberg*, JZ 2020, 704; *Sowoda*, NStZ 2020, 452; *Sternberg-Lieben*, MedR 2020, 627.

² Fundamental BVerfG NJW 2006, 751 (nulidad de la autorización para derribar una aeronave en la Ley de Seguridad Aérea alemana); desde la perspectiva del derecho penal, en lugar de muchos, *Erb*, en: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, § 34, n.º m. 143 ss.

³ Véanse las referencias en la nota 1.

Alemania y por las sociedades médicas. La Asociación Interdisciplinaria Alemana de Cuidados Intensivos y Medicina de Emergencia se centra, en primer lugar, en la urgencia, es decir, en la cuestión de si se necesitan cuidados médicos intensivos y en qué medida.⁴ Si esto es igualmente cierto para A y B, la asignación de recursos debe basarse en el criterio de la *perspectiva de éxito* clínico. Por tanto, si A tiene pocas chances de sobrevivir y B tiene más, B debe recibir el respirador. La Asociación de Medicina Intensiva y de Emergencia está explícitamente comprometida con el objetivo de minimizar el número de muertes evitables debido a la escasez de recursos.

Se podría pensar que este enfoque, es decir, la orientación hacia la urgencia y la perspectiva de éxito del tratamiento, es inicialmente comprensible de forma intuitiva. Sin embargo, hay que destacar que —tal como se mostrará en breve— es bastante controvertida desde el punto de vista jurídico con respecto al criterio de perspectiva de éxito. Asimismo, cabe destacar que, según las recomendaciones de la Asociación Interdisciplinaria Alemana de Cuidados Intensivos y Medicina de Emergencia, estos criterios también deberían aplicarse al llamado triaje *ex post*, es decir, que —por “consideraciones de justicia”— los pacientes que ya están recibiendo tratamiento también deberían incluirse en la “batalla” por dicho tratamiento.⁵

III. Perspectiva del Consejo de Ética de Alemania y la opinión dominante en el derecho penal

El Consejo de Ética de Alemania ve las cosas de forma algo diferente. Sin embargo, es sorprendente que argumente más desde un punto de vista jurídico que ético: con respecto al triaje *ex-ante* —es decir, cuando un dispositivo aún está disponible— cree que el derecho no conoce ningún criterio de selección positivo para esta decisión. Se puede decidir libremente si A o B recibe el último dispositivo.⁶ Pero si A ya ha sido conectado al dispositivo, es decir, en casos de triaje *ex post*, las cosas serían diferentes. Si el médico le arrebatara entonces el dispositivo a A e intuba a B, esto sería antijurídico y, como mucho, exculpable en el caso individual.⁷ Esta es, de hecho, la opinión dominante, al menos en la ciencia jurídico-penal. Según este punto de vista, en el caso del triaje *ex ante*, cualquier decisión basada en el concepto jurídico de colisión de deberes justificante se

⁴ Las recomendaciones de triaje de la Asociación Interdisciplinaria Alemana de Cuidados Intensivos y Medicina de Emergencia están disponibles en: <https://www.divi.de/joomlatools-files/docman-files/publikationen/covid-19-dokumente/200417-divi-covid-19-ethik-empfehlung-version-2.pdf>.

⁵ Recomendaciones de triaje (nota 4), p. 8.

⁶ Consejo Alemán de Ética, Solidaridad y responsabilidad en la crisis de coronavirus, p. 4, disponible en: <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Ad-hoc-Empfehlungen/deutsch/ad-hoc-empfehlung-corona-krise.pdf>.

⁷ Consejo Alemán de Ética, Solidaridad y responsabilidad en la crisis de coronavirus (nota 6), p. 4.

encuentra justificada, mientras que la extubación del paciente ya conectado al respirador en la situación *ex post* es punible como homicidio activo porque, al no existir una colisión de dos deberes de actuar, el concepto de colisión de deberes justificante no es aplicable en este caso y una justificación basada en el estado de necesidad según el § 34 es inadmisibles dado que no existe la posibilidad de realizar una ponderación entre vidas (chances de vivir).⁸

IV. La dignidad humana como argumento para basar la decisión en la perspectiva de éxito del tratamiento

Por tanto, se enfrentan dos perspectivas bastante diferentes: las sociedades médicas siempre quieren centrarse, al menos también, en una comparación de las perspectivas de éxito como criterio de distribución. El Consejo de Ética y la opinión hasta ahora dominante, al menos en la ciencia jurídico-penal, quieren, primero —si es que todavía está disponible un aparato— declarar lícita cualquier clase de decisión. Entonces, cuando se distribuya el último aparato, deberá permanecer allí, aunque un nuevo paciente tenga más chances de sobrevivir. Si uno se pregunta cómo se llega a estas diferentes opiniones, en última instancia siempre se llega a la cuestión de qué es lo que la dignidad humana del art. 1, GG, *manda o prohíbe*.

Que en el triaje *ex ante* cualquier distribución de un respirador a A o B sea conforme a derecho puede basarse en la proposición de que cada vida tiene el mismo valor. No puede ser entonces que A o B tengan un derecho a que se les otorgue una preferencia. No importa que A tenga un 80% de chances de sobrevivir cuando es intubado y que B solo tenga un 20%. El médico puede utilizar el criterio de la perspectiva de éxito, pero no es un deber para él. También puede tirar una moneda al aire. Y una vez que B ha recibido el respirador, se puede argumentar —aunque sus chances de supervivencia disminuyan aún más en comparación con las de A, pero sigan existiendo— que toda vida vale lo mismo, independientemente de la duración que pueda tener. Si, en cambio, la pequeña chance de salvar al ya intubado B se sacrifica a favor de salvar el mayor número posible de vidas humanas —en este caso, por tanto, en primer lugar, de A—, se puede argumentar que B es degradado a mero objeto para salvar a otros, a una cantidad estadística.

Al menos cuando las perspectivas de éxito puedan determinarse rápidamente y difieran de forma significativa, es probable que esta opinión plantee la cuestión de cuál debe ser la alternativa al criterio de la perspectiva de éxito. Porque si siempre se tuviera que concluir de la existencia de un

⁸ Para conocer la opinión dominante y las críticas cada vez más frecuentes a esta solución, véanse las referencias de la nota 1.

determinado criterio de selección que la vida le otorga un mayor valor a la vida que se corresponda con ese criterio, siempre se tendría que llegar a una violación de la llamada igualdad básica de toda vida en las situaciones de triaje. La consecuencia tendría que ser entonces que nadie reciba el bien escaso.

Pero esa no puede ser la intención. Creo que el principio de igualdad básica debería *mandar*, más que *prohibir*, la consideración de las perspectivas de éxito del tratamiento. En cambio, si *se deja pasar una alta* posibilidad de salvar a una persona A en favor de la salvaguarda de una *baja* posibilidad de salvar a otra persona B, esto *equivale* a una mayor valoración de la vida de un paciente, es decir, del paciente con *menor* posibilidad de ser salvado.⁹ Esto no cambia si se justifica el intento de salvar a B, cuya posibilidad es del 20%, en comparación con el fracaso de salvar a A, que habría tenido un 80% de posibilidades de sobrevivir, con un sorteo, es decir, el *azar*. Porque entonces todos tienen las mismas posibilidades de *tratamiento*, pero no de *supervivencia*. Si se ignora por completo la situación concreta e individual del afectado desde el principio, en mi opinión se le degrada aún más a una cantidad estadística. En este sentido, el mandato de igualdad de derechos parece abogar por la exigencia de una diferenciación objetiva y no arbitraria.

Al menos desde un punto de vista ético, parece haber algunas pruebas a favor de no excluir la perspectiva de éxito como criterio de selección ya desde el principio, incluso en el caso del triaje *ex post*, es decir, cuando un nuevo paciente se incorpora después de haberse agotado la capacidad. Por supuesto que en este caso las consideraciones basadas en la protección de la confianza hablan claramente en contra de terminar la intubación de, p. ej., A en favor del recién ingresado B. Sin embargo —y esto debería ser de importancia primordial—, B tiene el mismo derecho a participar en la atención médica que A. Al menos en situaciones extremas de triaje, en las que parece ser *pura coincidencia* que A ingrese veinte minutos antes que B o B quince minutos antes que A, el argumento de la protección de la confianza legítima no resulta convincente. El momento puramente azaroso del primer contacto con el personal médico no es un criterio válido para una distribución de recursos éticamente adecuada, al menos no en la forma absoluta defendida hasta ahora. No obstante, yo también asumiría en que, en los resultados, la persona con la que se contacta primero habría de recibir un trato preferente. Por consiguiente, el requisito para una interrupción del tratamiento debe ser, en cualquier caso, una perspectiva de éxito muy evidente del tratamiento del paciente

⁹ Así también Frister, en Hilgendorf/Hoven/Rostalski, Triage in der (Strafrechts-)Wissenschaft (de próxima publicación).

recién ingresado. A este respecto, probablemente habrá que exigir desviaciones mucho más flagrantes que en el caso del triaje *ex ante*.

V. Alegato a favor de una acción legislativa

El legislador debe definir los criterios de selección para la decisión de triaje. Esto es así por razones de seguridad jurídica, ya que hasta ahora se ha dejado a la profesión médica a su suerte. En general, sin embargo, no es tarea de las asociaciones médicas, ni mucho menos del médico individual, decidir cómo debe realizarse el triaje. Porque aquí no se trata de si tiene sentido tratar a *algún* paciente, sino de tratarlo en lugar de otro, es decir, de darle *preferencia*. Este problema de *distribución* personal no puede ser resuelto únicamente por la medicina como *ciencia natural*, sino que depende de las directrices de *valoración* de la ética y del derecho para resolver los conflictos de objetivos. En este sentido, el legislador no debe mantenerse callado por la suposición de que la profesión médica llegará a decisiones de triaje defendibles.

VI. Conclusión

Una orientación establecida legalmente de la decisión de selección sobre el criterio de la perspectiva de éxito es preferible a las decisiones aleatorias y, en la situación *ex post*, también al principio de primer acceso al tratamiento médico. En los casos de flagrante desprecio de este principio, también se debe asumir la existencia del ilícito del homicidio si una persona con muchísimas más chances de supervivencia que un paciente preferido por el médico muere debido al fracaso de la atención médica.

Aparte del hecho de que se pueden ver las cosas de forma diferente a como se presentaron en el presente artículo, p. ej., sobre la base de una interpretación diferente de la garantía de la dignidad humana, por supuesto, siempre existe el problema de si las respectivas perspectivas de éxito del tratamiento pueden determinarse tan claramente como se supuso aquí. Por supuesto, también existe el problema de que las perspectivas de éxito pierden poder de persuasión como criterio si las posibilidades de supervivencia son similares. En ese caso, probablemente se requiera cautela en la asunción del ilícito del homicidio y se plantea la cuestión de si puede o no haber más criterios en los que se deba basar la decisión de triaje. Uno de estos criterios concebibles, aunque también muy

controvertido, es la edad de las personas afectadas. Probablemente, esto sigue siendo objeto de debate.¹⁰

¹⁰ Las primeras contribuciones al debate sobre la edad como criterio para las decisiones de triaje pueden encontrarse, p. ej., en *Hoven*, JZ 2020, 449; *Merkel/Augsberg*, JZ 2020, 704; *Tuñón*, en: Hilgendorf/Hoven/Rostalski, Triage in der (Strafrechts-)Wissenschaft (de próxima publicación).