

EL USO EFICIENTE DE LOS RECURSOS EN UNA PANDEMIA Y EL CRITERIO DE PROBABILIDAD DE ÉXITO CLÍNICO.

PREMISAS Y FALACIAS*

Prof. Dra. Weyma LÜBBE (Univ. Regensburg)**

Fecha de recepción: 12 de febrero de 2021
Fecha de aceptación: 21 de septiembre de 2021

Resumen

El criterio de probabilidad de éxito clínico (prognosis) ha aparecido frecuentemente en la discusión reciente sobre la permisibilidad de prácticas de triaje en la pandemia del Coronavirus. Este trabajo analiza los fundamentos filosóficos de este criterio desde un punto de vista crítico. Así, problemas como la llamada falacia de la agregación y la falacia consecuencialista son abordados especialmente en el paper.

Palabras clave: probabilidad de éxito – triaje – pandemia – filosofía moral

Title: Efficient Use of Resources in a Pandemic and the Probability of Success Criterion.

Abstract

The criterion of probability of success has frequently appeared in the recent discussion on the permissibility of clinical triage practices in the Coronavirus pandemic. This paper analyzes the philosophical underpinnings of this criterion from a critical point of view. Thus, problems such as the so-called aggregation fallacy and the consequentialist fallacy are dealt with in particular in this paper.

* Traducción del alemán al español de María Lucila Tuñón (Universidad de Würzburgo). Título original: "Effizienter Ressourceneinsatz in einer Pandemie und das Kriterium der klinischen Erfolgsaussicht", en HÖRNLE/HUSTER/POSCHER (eds.), *Triage in der Pandemie*, Mohr Siebeck, 2021, pp. 257-289. Se ha mantenido el formato original de citas y se ha sometido el artículo a referato doble ciego.

** Titular de la Cátedra de Filosofía Práctica en la Universidad de Regensburg.

Palabras clave: probability of success – triage – pandemic – moral philosophy

Sumario: I. Más éxito en el tratamiento, por tanto, más éxito: la falacia ético-clínica; II. Cada vida cuenta, es decir, dos vidas cuentan más que una: la falacia de la agregación; III. De trato preferente, es decir, más valorado: la falacia consecuencialista; IV. La regla de maximización y la exigencia de igualdad de trato.

I. Más éxito en el tratamiento, por tanto, más éxito: la falacia ético-clínica

El criterio de probabilidad de éxito clínico, también conocido como “pronóstico”, está presente desde hace tiempo en la literatura sobre criterios de asignación de recursos médicos escasos. En contextos prácticos relevantes, también se aplica, sobre todo, en combinación con otros criterios que pretenden atender a las preocupaciones éticas muy extendidas contra una asignación basada únicamente en el nivel de las posibilidades de éxito.¹ Con el fin de estar bien definido, el criterio siempre requiere una especificación de qué es lo que debe considerarse como el éxito pretendido o el “beneficio médico”² en el contexto concreto. Un criterio trivial y no controvertido para las decisiones de asignación bajo una circunstancia de escasez no es independiente de la respectiva concretización llevada a cabo.

En Alemania, los clínicos han recomendado el uso de este criterio para situaciones de escasez en el contexto de la pandemia COVID-19 en las llamadas recomendaciones ético-clínicas.³ La priorización propuesta, dice el documento, se realiza “explícitamente no con la intención de valorar a las personas o las vidas humanas, sino debido a la obligación de hacer que el mayor número posible

¹ El ejemplo más conocido es la obligación de asignar según el criterio de la llamada urgencia, además del pronóstico, en la Ley de Trasplantes alemana (§ 12, párr. 3, TPG).

² La formulación “beneficio médico esperado”, en lugar de pronóstico, se utiliza en: Comité Central de Ética de la Asociación Médica Alemana, Priorización de los Servicios Médicos en el Sistema de Seguro de Salud Público (Zentrale Ethikkommission bei der Bundesärztekammer, Priorisierung medizinischer Leistungen im System der Gesetzlichen Krankenversicherung [GKV]), 2007, 22, https://www.zentrale-ethikkommission.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf-Ordner/Zeko/LangfassungPriorisierung.pdf [enlace verificado el 23/5/2022].

³ Decisiones sobre la asignación de recursos en medicina de urgencias y cuidados intensivos en el contexto de la pandemia COVID-19: recomendaciones éticas clínicas, disponible en: <https://www.divi.de/register/aktuelle-informationen> en el enlace “COVID-19 Ethik-Empfehlung 1.0 (26.03.2020)” [enlace verificado el 23/5/2022]. Me refiero a la primera versión del documento, en la medida en que la segunda versión —también en el enlace “[COVID-19 Ethik-Empfehlung 2.0 \(16.04.2020\)](https://www.divi.de/register/aktuelle-informationen)”—no contiene cambios relevantes.

de pacientes participe de forma beneficiosa en la atención médica en condiciones de crisis con los recursos (limitados) que estén disponibles”.⁴ “[P]or ese motivo, la priorización debe estar “orientada por el criterio de la probabilidad de éxito clínico”. El éxito clínico, en el contexto de la escasez de recursos de cuidados intensivos, concretamente escasez de ventiladores, relevante para esta pandemia, debe entenderse en términos de “supervivencia de los cuidados intensivos”.

Para las situaciones de escasez de recursos, las recomendaciones exigen explícitamente “criterios transparentes y bien fundamentados desde el punto de vista médico y ético para la priorización que sea entonces necesaria”. El único enunciado que puede contar como un intento de fundamentar el criterio recomendado en el documento es el citado anteriormente: con los escasos recursos disponibles, uno está obligado a atender al mayor número posible de pacientes que tengan mayor posibilidad de éxito. Sin embargo, una priorización consecuente según el criterio de la probabilidad de éxito no puede derivarse sobre la base de esta obligación. Más bien, en determinadas circunstancias, requiere apartarse de ese criterio. La sugerencia de que la obligación planteada como fundamento genera el procedimiento propuesto es falaz. Por razones que aclararé más adelante, llamo a esta insinuación una falacia ético-clínica.

La obligación especificada en el documento es un mandato de maximización que se refiere al número de beneficiarios. El beneficio individual, la supervivencia de la terapia intensiva, no se diferencia según la duración u otros parámetros cuantitativos (como un estándar de calidad de vida relacionada con la salud). La forma clásica de este imperativo de maximización es “¡Salvemos al mayor número posible!”. Esta regla se ha seguido en la tradición del *triage* de la medicina de catástrofes.⁵ Los autores de las recomendaciones se refieren a esta tradición de pasada, pero no distinguen más entre las carencias médicas extraordinarias (“catastróficas”) y las cotidianas, como las que hay que afrontar en la medicina de trasplantes. La regla de la maximización en la medicina de catástrofes parece ser presentada como una obligación general para hacer frente a las situaciones de escasez existenciales. Una orientación consecuente según esta norma en la medicina de trasplantes obligaría, por supuesto, a realizar aplazamientos que no se aceptan en la práctica y su fomento no se quería atribuir sin más a los autores de las recomendaciones. Entre otras cosas, habría que eliminar de las listas de espera a los pacientes con necesidades múltiples de trasplante (como corazón e hígado), ya que con los mismos recursos se podrían salvar varios pacientes con

⁴ La versión 2.0 escribe “finalidad” en lugar de “obligación” y omite el adjetivo “beneficioso”.

⁵ WINSLOW, *Triage and Justice*, 1982; BAKER / STROSBURG, Kennedy, *Institute of Ethics Journal*, 1992, p. 103; SCHMIDT, *Zeitschrift für Soziologie*, 1996, 419; BRECH, *Triage und Recht*, 2008; específicamente sobre la forma y el alcance, pero también los límites de la orientación hacia la regla de maximización LÜBBE, *Ethik in der Medizin*, 2001, p. 148.

necesidades sencillas. Incluso en situaciones no médicas de escasez existencial, se producirían formas de asignación que resultan ser objetables. Así, p. ej., a la hora de subir a los botes salvavidas en caso de escasez, habría que proceder en función del peso corporal (los obesos en último lugar), porque así cabrían más personas. La regla de maximización tampoco es tratada como vinculante en la literatura jurídica y en la práctica judicial sobre los casos dilemáticos.⁶ De todos modos, no es trivial.

Volveremos a tratar los posibles fundamentos de la regla de maximización en los siguientes apartados. En el presente apartado, la cuestión es si se puede derivar de la regla la recomendación de atenerse al criterio de probabilidad de éxito clínico. El ejemplo del trasplante múltiple (así como el del bote salvavidas) muestra lo que se pasó por alto al hacer la derivación. En las asignaciones en situaciones de escasez, el número de supervivientes varía no solo con las probabilidades de supervivencia de los individuos afectados, sino también con el nivel de sus necesidades de obtener los recursos. Quien asigne eficientemente, es decir, desee utilizar los escasos recursos de forma tal que se maximice el objetivo predefinido (en este caso, el número de supervivientes), debe prestar atención a las diferencias reconocibles en las necesidades de obtener los recursos. Para el tratamiento de los pacientes con COVID-19 que requieren un respirador, esto significa que si se sigue la regla de maximización, un paciente que tenga en general una buena probabilidad de éxito clínico, a pesar de la afectación pulmonar severa (joven, sin enfermedades previas), y que probablemente requiera de un respirador durante tres semanas debe ser postergado, en caso de ser necesario, frente a un paciente que tiene una menor probabilidad general de éxito, a pesar de que la afección pulmonar sea más leve (persona mayor, varias enfermedades previas) y que probablemente requiera de un respirador durante solo una semana. Pues las dos semanas restantes pueden aprovecharse para obtener beneficios para otros pacientes. Si, por el contrario, el criterio de asignación de la probabilidad de éxito debe seguirse de forma coherente, siempre habría que dar prioridad al paciente con mejor pronóstico, independientemente de la necesidad de obtener el recurso.⁷

Vale la pena considerar con más detalle cómo se relacionan las dos reglas: la obligación asumida (“¡Salva al mayor número posible de pacientes que necesitan respirador!”) y la recomendación de los clínicos (“¡Prioriza a los pacientes que requieren respirador, pero según la probabilidad de éxito!”). Para ello, es útil señalar, en primer lugar, que incluso las reglas de asignación orientadas a la eficiencia, si han de ser aplicables en el momento de la asignación, deben referirse a las expectativas (“perspectivas”), siempre que siga habiendo incertidumbre sobre el éxito real. El

⁶ ROXIN / GRECO, *StrafR AT I*, 2020, n.º m. 118-125c, en particular, n.º m. 124 en comparación con n.º m. 33 s., con otras referencias.

⁷ Así ya LÜBBE, *MedR*, 2020, 434, 436 s.; en este apartado se elabora la objeción.

mandato de salvar al mayor número posible de pacientes que requieren respirador puede exigir, en el mejor de los casos, que se maximice el número previsible de supervivientes entre los pacientes en el momento de la asignación, es decir, maximizar el valor esperado de este número. ¿Qué se maximiza, cuando no es este valor, en el caso de una priorización consecuente según el criterio de la probabilidad de éxito? De hecho, aquí se maximiza una cantidad más complicada con poco atractivo intuitivo, a saber, la relación entre el valor esperado del número de supervivientes y el valor esperado del número de muertes dentro de los pacientes conectados a un respirador (no entre los que no están conectados al respirador). Siguiendo con el ejemplo anterior, en lo que sigue se explica lo que esto significa y las cuestiones éticas que plantea. Las cifras exactas utilizadas aquí son, por supuesto, ficticias. Pero en este punto no se trata de una cuestión de trascendencia práctica, sino de explicar la relación lógica entre la obligación postulada y la recomendación emitida. Para la relevancia práctica, basta con suponer que el pronóstico y la necesidad de obtener los recursos, como en otros campos de la medicina, no siempre varían en sentido contrario (mayor probabilidad de éxito, menor necesidad) en la medicina intensiva.

Supongamos que un paciente con buenas posibilidades de éxito con tratamiento (70%) probablemente tendría que ser conectado a un respirador durante tres semanas (opción A). Alternativamente, se puede tratar a tres pacientes con una menor probabilidad de éxito (50% cada uno), cada uno de los cuales probablemente necesitaría ser conectado a un respirador durante una semana (opción B). Quienes se consideren obligados a maximizar el valor esperado del número de supervivientes entre los que necesitan un respirador (este valor se calcula como suma de las probabilidades de supervivencia de los cuatro enfermos una vez realizada la asignación) preferirán la opción B (1,5) a la opción A (0,7). Los pacientes rechazados, supongamos aquí para simplificar, seguramente morirán y, por tanto, no aportan probabilidades de supervivencia positivas al sumarlas. El valor esperado del número de supervivientes entre los pacientes con respirador coincide, entonces, con los valores que se acaban de dar para ambas opciones, por lo que la opción B también tendría prioridad en este caso. Asimismo, la prioridad de la opción B se mantiene si se quiere maximizar la relación entre el valor esperado del número de supervivientes y el valor esperado del número de muertes entre los que requieren respirador. Asimismo, la prioridad de la opción B se mantiene si se quiere maximizar la relación entre el valor esperado del número de supervivientes y el valor esperado del número de muertes entre los que requieren respiración artificial: para la opción A, esta relación es de 0,7 (como en el caso anterior) a 3,3 (los tres pacientes rechazados mueren con certeza, el paciente tratado con una probabilidad del 30%). Esto da una proporción de alrededor de 0,21. Para la opción B, se da la misma proporción, que es de 1,5 (como en el caso anterior) a 2,5 (los tres pacientes tratados mueren con una probabilidad del 50% cada uno, el paciente rechazado muere con certeza). Esto da 0,6, es decir, el valor más alto para la opción B. La

preferencia por las opciones se invierte solo cuando se maximiza la relación entre el valor esperado del número de supervivientes y el valor esperado del número de muertes entre los pacientes con respirador: para la opción A, esta relación es de 0,7 a 0,3, porque aquí no se incluyen en el cálculo las probabilidades de muerte de los tres pacientes sin respirador. Esto da alrededor de 2,3. En la opción B, es la misma proporción de 1,5 a 1,5 (las probabilidades de muerte de los tres pacientes con respirador son iguales a sus probabilidades de supervivencia). Esto da 1, es decir, el valor más bajo de la opción B.

La restricción del enfoque al destino de los pacientes con respiración artificial no tiene un atractivo ético espontáneo, porque en principio el destino de todos los pacientes que necesitan tratamiento parece considerable. Sin embargo, este enfoque tiene, al menos inconscientemente, un atractivo clínico. Los médicos de cuidados intensivos —como presumiblemente todos los médicos, a excepción de los de cuidados paliativos— tienen más probabilidades de considerar como fracasos las muertes que se producen bajo su tratamiento que las que se producen porque las personas afectadas no fueron aceptadas para el tratamiento. Es en vista de los destinos de los primeros, y no de los segundos, que se suele evaluar también el desempeño clínico de los profesionales o de sus instituciones. Con ciertas limitaciones que no se discutirán aquí, esto también tiene sentido, ya que la calidad del tratamiento de un médico no puede leerse en ningún caso a partir de las personas que no trata. Sin embargo, las decisiones de asignación en condiciones de escasez no tienen que ver con la calidad del tratamiento. La cuestión es qué pacientes deben beneficiarse de un tratamiento indicado de cierta calidad. Quienes recomiendan priorizar a los pacientes según la probabilidad de éxito se centran, como se ha explicado, únicamente en los éxitos y fracasos esperados del tratamiento. Las muertes que se producen en el marco del no-tratamiento no se contabilizan como fracasos.⁸ Se puede entender que el médico de cuidados intensivos que prioriza según la probabilidad de éxito, es decir, que toma la opción A y da el alta de la sala al paciente joven, por lo demás sano, con el curso grave de la enfermedad en un estado estable después de tres semanas de ventilación, se sienta más exitoso que el colega que eligió la opción B y sometió a respiración artificial a tres pacientes en el mismo tiempo, pero solo pudo dar el alta a uno de ellos en un estado estable, mientras que los otros dos murieron con respiración artificial. Pero el primer médico no es más exitoso. La opción elegida por él también ha provocado tres muertes. Solo que esos tres no murieron bajo su tratamiento.

⁸ Esto también se aplica, en principio, a las muertes que se producen como consecuencia de la no *continuación* del tratamiento. Según las recomendaciones de los clínicos, que son especialmente controvertidas en este punto, los pacientes que ya han sido conectados a un respirador también deberían incluirse en la priorización, es decir, su tratamiento debería interrumpirse si ingresan pacientes que necesitan ser conectados con mayores posibilidades de éxito.

Solo se puede especular qué lado habrían tomado los clínicos si se hubieran hecho conscientes (y sus lectores) de la diferencia entre su propuesta de priorización y la obligación que mencionaron. Es posible que, en el caso de la pandemia de COVID-19, el efecto práctico de una consideración consecuente a la duración estimada de la respiración artificial sea escasa, ya que, de facto la mejor probabilidad de éxito está vinculada predominantemente a la menor necesidad de obtener el recurso.⁹ Por supuesto, este no tendría que ser así en todas las pandemias, y seguramente no es así en todos los casos de escasez existencial de recursos médicos. Pero la cuestión aquí no es el alcance del efecto práctico. Sino que se trata de explicar los fundamentos éticos. Cuando existe una resistencia en la profesión médica, de forma análoga al ejemplo del doble trasplante, que no es frecuente en la práctica, a la consideración consecuente del nivel de necesidad de obtener recursos, esto también es una resistencia a la obligación de salvar al mayor número posible. Entonces, habría que explicitar el origen ético de la resistencia y reformular la supuesta obligación de forma coherente. Creo que merece la pena seguir reflexionando sobre la intuición de que los destinos de los que no murieron bajo su tratamiento no son tan imputables al médico como los destinos de los pacientes que trata. Pero, desde el punto de vista normativo, solo puede argumentarse con este punto si los clínicos sitúan su competencia específica en la selección del tratamiento óptimo para los pacientes aceptados y limitan su competencia y responsabilidad profesional a estas decisiones sobre el tratamiento. Si, por el contrario, como en el documento que aquí se discute, la selección de pacientes orientada a la eficiencia, en condiciones de escasez, se entiende como una obligación médica, la consideración consecuente de los costos de oportunidad ya forma parte de esta.

II. Cada vida cuenta, es decir, dos vidas cuentan más que una: la falacia de la agregación

La apelación positiva a la regla de la maximización está precedida en las recomendaciones ético-clínicas, como se ha citado anteriormente, por una declaración ética enfáticamente negativa. La propuesta de priorización “no se hace expresamente con la intención de valorar a los seres humanos o las vidas humanas”. Cuando se utiliza esta omnipresente fórmula defensiva en Alemania, rara vez se aclara qué se quiere decir exactamente. ¿Se está protestando contra el reproche de que se valoran las vidas humanas de forma diferente, es decir, unas más que otras? ¿O acaso se protege contra la

⁹ Véase, sin embargo, la reflexión sobre los pacientes crónicamente intubados con necesidades adicionales de cuidados intensivos agudos en el trabajo muy detallado pero hecho antes de la pandemia del COVID-19, “Ventilator Allocation Guidelines” del New York State Task Force on Life and the Law, 2015, pp. 40 ss., https://www.health.ny.gov/regulations/task_force/reports_publications/docs/ventilator_guidelines.pdf [enlace verificado el 23/5/2022].

insinuación de que se están valorando las vidas humanas? La segunda interpretación es más acertada en cuanto a la expresión que usa la fórmula de defensa, pero no es evidente dónde exactamente pudieron ver los clínicos un reproche del que defenderse. ¿No debería permitirse a los médicos valorar positivamente la vida humana y, por tanto, también la supervivencia de las personas, siempre que valoren positivamente todas las vidas sin distinción?

Un poco más adelante en el texto hay una “advertencia” sobre la dirección de la que proviene el temido reproche: “Por razones constitucionales”, “no se pueden ponderar las vidas humanas”. Cualquiera que haya oído hablar de este veredicto constitucional suele saber que se refiere no solo a la ponderación de una vida frente a otra, sino también a la ponderación de una vida frente a varias.¹⁰ Aquí radica la diferencia éticamente relevante entre las dos interpretaciones de la fórmula de defensa: la primera interpretación se dirige a las diferentes valoraciones en las comparaciones por pares. Así, no se excluye el hecho de que se afirme que dos vidas humanas tienen el doble de valor que una, pues en la ponderación agregada cada vida humana individual conserva su mismo peso. La segunda interpretación también rechaza la ponderación agregada. Quien cree estar obligado a salvar al mayor número posible de personas, bien puede temer no poder adherirse a un veredicto contra la ponderación agregada.

Los autores de las recomendaciones ético-clínicas han evitado discutir este punto con la breve observación de que una “toma de postura jurídica final” no es objeto de su documento. La obligación de salvar al mayor número posible de pacientes se presenta en el texto como una obviedad; en cualquier caso, no se comenta más ni se justifica. Cuando se hace una afirmación sin contexto, este mandato en el discurso moral cotidiano tiene apariencia de ser evidente: ¿Quién negaría que es mejor (en igualdad de condiciones) salvar a la señora Meier y a la señora Müller en lugar de solo a la señora Meier? En este caso, sin embargo, la obligación no se refiere a una situación de conflicto. No se trata de decidir si se salvan las señoras Meier y Müller o la señora Schmidt. Pero, ¿puede ser que la obviedad ética con la que aparentemente se hacen juicios agregados, fuera de las situaciones de conflicto, simplemente no tenga sentido con respecto a lo que es moralmente correcto en las situaciones de conflicto?

Sin el juicio de valor básico de que, en igualdad de condiciones, es mejor salvar a una paciente (es decir, presumiblemente dispuesta a vivir) que no salvarla —en adelante, la “premisa de rescate”—, los deberes de los médicos no parecen ser del todo comprensibles. Este juicio de valor basal se suele asumir para todos los pacientes. La conclusión de que, en igualdad de condiciones, es

¹⁰ En el discurso público, se suele hacer referencia a la decisión sobre la Ley de Seguridad Aérea (BVerfGE 115, 118). Por el contrario, se señala con razón que en este caso se trataba de una autorización estatal para matar al número menor en favor del mayor. El traslado a los casos en los que no está en juego la función de defensa de los derechos fundamentales, sino exclusivamente la función de protección, no es en efecto convincente.

mejor salvar a la paciente Meier y a la paciente Müller en lugar de solo a la paciente Meier parece entonces tan contundente como la conclusión de que un platillo de pesaje cargado con un kilo de peso, al que se le añade un segundo kilo de peso, es más pesado que antes, en igualdad de condiciones. Sin embargo, cuando se pesan masas, esto se aplica ahora independientemente de si solo se cargó este platillo de la balanza antes de añadir la segunda pesa o si también había una pesa de kilo en el otro platillo de la balanza. En este caso, la balanza estaba en equilibrio antes de añadir el peso adicional, pero después ya no está en equilibrio. ¿Por analogía, una balanza que está empatada moralmente entre la opción de salvar a la señora Meier y la opción de salvar a la señora Schmidt no debería inclinarse también a favor de salvar a la señora Meier cuando, además de ella pero no además de la señora Schmidt, también se puede salvar a la señora Müller? En resumen: ¿no se deduce del juicio que para cada paciente es mejor salvarlo que dejarlo morir, no por meras razones matemáticas, que es mejor salvar a dos pacientes que a uno?¹¹

De hecho, esto no es así. No solo por la razón obvia de que la valoración como “mejor”, al igual que la valoración como “de mayor peso”, solo compara de forma ordinaria y, por tanto, no dice nada sobre cuánto cuenta cada elemento individual (dos pesos pequeños pueden ser más livianos que uno más grande). Habíamos presupuesto la igualdad de los pesos individuales en el ejemplo mecánico al hablar de pesos de kilo; sin este requisito, no se podría haber producido un empate en la comparación por pares. Para dejar claro que aquí no se trata del posible cuestionamiento de la premisa de equilibrio relacionada con el paciente, p. ej., por parte de los defensores de los criterios que diferencian según la duración esperada de la supervivencia y, en su caso, también la calidad de vida esperada de los afectados, en lo sucesivo asumimos el juicio de que, en igualdad de condiciones, el rescate de cualquier paciente es moralmente equivalente al rescate de cualquier otro paciente (en adelante, “premisas de equilibrio”). La cuestión es, entonces, si se puede concluir a partir de estas dos premisas —la de rescate y la de equilibrio— que, en igualdad de condiciones, es mejor salvar a dos pacientes que a uno.

La opinión de que esto puede inferirse es la que yo llamo la falacia de la agregación, pues en realidad no es posible. La conclusión solo funciona con una premisa adicional, un supuesto de independencia, que se cumple en el caso de la ponderación mecánica, pero no en el contexto de la valoración moral.¹² El ejemplo de las pesas mecánicas explica rápidamente lo que está en juego: el

¹¹ Cf., con una gran influencia en la ética anglosajona, PARFIT, *Philosophy and Public Affairs*, 1978, pp. 285, 301: “Cada uno cuenta como uno. Es por esto que más cuenta más”; HARRIS, *The Value of Life*, 1985, p. 21: “Precisamente porque la vida de cada persona es valiosa, dos vidas valen más que una”. Con referencia, entre otros, a HARRIS también BRECH, *supra* nota 5, p. 247; aceptado sin discusión por TAUPITZ, *MedR* 2020, pp. 440, 445.

¹² Las siguientes consideraciones resumen en un espacio muy breve un argumento que he desarrollado en una monografía en el marco de una discusión con la literatura filosófica y de la economía del bienestar relevante para la discusión del consecuencialismo; véase LÜBBE, *Nonaggregationismus*, 2015, en particular, caps. 3 y 4.

hecho de que cuando se añade una segunda pesa de un kilo, el platillo de pesaje desciende en condiciones por lo demás constantes, y que esto es independiente de lo que haya en el otro platillo de pesaje en ese momento o de si hay algo allí, se basa en el hecho de que la fuerza de peso que un cuerpo ejerce sobre un platillo de pesaje no se modifica por la presencia o ausencia de otras pesas en la balanza. Siempre se mantiene constante. Trasladar este requisito al contexto de la valoración de las acciones de salvamento exigiría que el valor moral de salvar o el disvalor moral de dejar morir a un paciente no dependa de que haya otras personas afectadas (en adelante, “premisa de la separabilidad”). El disvalor moral de dejar morir a la señora Müller en un caso (a), en el que el médico solo podía salvar a la señora Müller o dejarla morir y eligió esto último, tendría que ser, en igualdad de condiciones, la misma que el disvalor moral de dejar morir a la señora Müller en un caso (b), en el que el médico solo podía salvar a la señora Müller o a la señora Meier y eligió salvar a la señora Meier.

Parece que hay algo que no cuadra con la premisa de la separabilidad. Pero no es trivial decir exactamente lo que es. En cualquier caso, es obvio que el comportamiento del médico en los dos casos ha de ser valorado de forma diferente desde el punto de vista penal, e incluso desde el punto de vista moral. Suponiendo que el médico sea garante de los pacientes implicados, en el caso (a) se le imputaría un homicidio por omisión; en el caso (b), en cambio, existe la llamada colisión de deberes¹³ y al médico no se le haría ningún reproche. Sin embargo, la premisa de la separabilidad no parece implicar que esta diferencia de valor deba ser discutida. De acuerdo con la premisa, lo que es invariable con respecto a los dos casos es la valoración del dejar morir a la paciente Müller, no la valoración global de la conducta del médico. Dado que, según la misma premisa, salvar a la paciente Meier también tiene un valor moral constante, un defensor de la premisa puede considerar que en el caso (b) el valor moral negativo de dejar morir a la señora Müller se ve compensado por el valor moral positivo de salvar a la señora Meier, mientras que en el caso (a) no existe un peso positivo de compensación. Por lo tanto, es bastante correcto que en la evaluación final se le haga un reproche al médico en el caso (a), pero no en el caso (b). La premisa de la separabilidad supone la constancia de la valoración del comportamiento del médico solo en cuanto al respectivo aspecto mencionado. Si el comportamiento evaluado en un caso concreto mostraba otros aspectos moralmente relevantes (como el hecho de que también se hubiera salvado a una paciente), las valoraciones de los aspectos debían integrarse en la valoración final según la analogía de los pesos en la balanza.

¹³ Habitualmente se describe como “justificante”, a veces —en mi opinión, más apropiadamente— como una (llamada) colisión de deberes que excluye el ilícito penal; cf. MüKoStGB/SCHLEHOFER, 3.ª ed., Previo al § 32, n.º m. 237-247, con otras referencias.

Entendida así, la premisa de la separabilidad equivale a la hipótesis de que la evaluación moral del comportamiento médico es una función agregada de sus aspectos valorables moralmente de forma independiente. En los casos analizados, los aspectos se describieron mediante los llamados verbos de resultado (“salvar”, “dejar morir”). Quien utiliza un verbo de resultado en lugar de hablar simplemente de la muerte o la supervivencia de un paciente expresa que le imputa el hecho en cuestión a un actor. Sin esa imputación, se puede valorar un acontecimiento como trágico y malo para los afectados, pero no como moralmente malo (piénsese en un caso de muerte debido a una enfermedad para la que no hay terapia). El problema con el requisito de la separabilidad con respecto al caso dilemático (b) es el siguiente: la premisa exige que, haga lo que haga el médico, se le imputan todas las muertes resultantes —es decir, al menos una muerte— a pesar de esto: que se produzca al menos una muerte y que de ninguna forma se pueda evitar. Debido a esta inevitabilidad —y no porque haya hecho el bien además del mal—, el médico que cumple uno de los deberes que colisionan queda sin reproche. La muerte que se produce cuando el médico hace lo que debe hacer (es decir, salvar a uno de los dos pacientes) no puede valorarse ni penal ni moralmente de forma negativa.

En el caso de una decisión relacionada con la escasez entre dos pacientes (la señora Müller y la señora Meier), por un lado, y un tercer paciente (la señora Schmidt), por otro (c), la situación no es diferente en el punto en cuestión. Si se cumple la premisa de la separabilidad, el comportamiento de un médico que salva solo a la señora Schmidt es moralmente equivalente al comportamiento de un médico que salva solo a la señora Müller en la evaluación total. En ambos casos, se produce un caso de supervivencia y dos muertes. Pero solo el médico que salva a la señora Müller puede ser imputado también por una de las muertes, a saber, la de la señora Meier, ya que el médico podría haberla salvado además de la señora Müller. Además de la señora Schmidt, no se podría haber salvado a nadie, por lo que no se puede reprochar aquí ninguna de las dos muertes resultantes. Quien requiera la regla de maximización, es decir, quien asuma que el médico que salvó a la señora Schmidt habría estado obligado a salvar a las pacientes Müller y Meier en su lugar, puede, por supuesto, imputar moral y jurídicamente estas dos muertes al médico. Pero entonces la regla de maximización se presupone y no, como se exige, se deduce de aspectos de su comportamiento que pueden ser evaluados con antelación. La premisa de la separabilidad no puede sostenerse ni siquiera bajo este supuesto. Pues quien considera que el médico del caso (c) está obligado a salvar a los pacientes Müller y Meier no puede, si cumple la obligación, imputarle la muerte del paciente Schmidt. Esta muerte no puede entonces tener un disvalor moral.

Por tanto, la premisa de la separabilidad es inaceptable en el contexto de la evaluación moral. Los casos de muertes derivados de decisiones médicas no tienen un valor moral independiente de la situación. Por ello, las evaluaciones morales de las decisiones de priorización no pueden ser

funciones agregadas de las evaluaciones morales de los casos de supervivencia y casos de muertes resultantes. Por la misma razón, las valoraciones jurídicas análogas no son funciones agregadas del contenido disvalioso que estarían vinculadas a las muertes resultantes como tales. Esto no excluye que pueda ser defendible o incluso obligatorio seguir la regla de maximización de la medicina de catástrofes en casos de escasez existencial de recursos médicos. Pero con la escueta tesis de que cada vida cuenta y “por eso” dos vidas cuentan más que una, esto no puede argumentarse.

III. De trato preferente, es decir, más valorado: la falacia consecuencialista

Los autores de las recomendaciones ético-clínicas se han opuesto a la sugerencia de que su propuesta de priorización se hiciera con la intención de “valorar a las personas o las vidas humanas”. Según los clínicos, parece que se puede separar lo uno (la priorización) de lo otro (la valoración de la vida humana). El Consejo de Ética alemán ve las cosas de otra manera. En su recomendación *ad hoc* sobre la crisis del coronavirus, defendió la hipótesis de que la vida humana no debe ser valorada, específicamente en referencia a las autoridades estatales, y afirmó que el Estado “por eso” tampoco debe “preestablecer qué vida debe ser salvada en una situación de conflicto”.¹⁴ El Consejo sugiere, así, que quien prioriza valora *eo ipso* vidas humanas. La tesis de que esto es siempre así ha sido expuesta ahora explícitamente por los juristas que participaron en la recomendación *ad hoc*: cualquiera que haga tales indicaciones en una situación de decisión trágica “implica necesariamente una calificación, es decir, una clasificación valorativa de las vidas humanas”.¹⁵

Esta hipótesis es falsa. El error que subyace es lo que yo llamo la falacia consecuencialista. Los que la cometen presuponen que los juicios sobre la acción u omisión correctas van siempre acompañados de juicios sobre el valor de los estados de cosas resultantes. La designación de una acción u omisión como correcta indica que esta alternativa genera el estado más valioso, “mejor”, entre las opciones disponibles, según la opinión de quien emite el juicio. Este es el caso en el marco de la ética consecuencialista. Pero no todos los que hacen juicios sobre la acción correcta son consecuencialistas. El consecuencialismo se caracteriza predominantemente en la ética filosófica con la ayuda de la distinción conceptual entre acciones y consecuencias de las acciones (estados

¹⁴ Deutscher Ethikrat, *Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise. Ad-hoc-Empfehlung*, 4, <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Ad-hoc-Empfehlungen/deutsch/ad-hoc-empfehlung-corona-krise.pdf> [enlace verificado el 23/5/2022].

¹⁵ MERKEL/AUGSBERG, en JZ, 2020, pp. 704, 705.

resultantes).¹⁶ Los éticos consecuencialistas saben que el consecuencialismo moral-teórico no es una trivialidad lógica, sino una hipótesis ética que está controversialmente discutida y, por lo tanto, no suelen cometer ellos mismos la falacia. Es más probable que se encuentre entre autores cuya formación normativa no está en la ética, sino en la teoría de la elección racional y social, es decir, entre economistas y ocasionalmente también entre miembros de otras disciplinas.¹⁷ Esto se puede atribuir a la complicada historia del concepto de utilidad, que ha cambiado de significado varias veces como consecuencia de su adopción por parte del utilitarismo en la teoría de la utilidad económica, lo que aún hoy causa confusión.¹⁸

A continuación se explicará brevemente esta fuente extendida de falacias. En primer lugar, debe quedar claro mediante ejemplos lo poco plausible que es la hipótesis citada. En la medicina de trasplantes, como ya se ha mencionado, es habitual y conforme a los criterios jurídicos, a pesar de las largas listas de espera, atender también a los pacientes que necesitan un doble trasplante cuando les toca su turno, según las reglas correspondientes. ¿Implica esta práctica el juicio de que un paciente con tantos recursos se considera más valioso que los dos pacientes con necesidades simples que podrían haberse salvado en su lugar, conjuntamente? Sin duda, los médicos involucrados se opondrían a la idea de que implícitamente están haciendo tales juicios. Cuando se les pregunta por qué atienden al paciente que requiere el uso de muchos recursos, pueden responder simplemente que el derecho de una persona a la igualdad de acceso al tratamiento médico no se acaba porque necesite más recursos que otros, y que eso también lo consideran correcto. Incluso los profesionales de la salud que siguen la regla de priorización del *first come, first serve** en situaciones de escasez existencial difícilmente pueden imaginarse considerar que los pacientes que llegan antes son más valiosos que los que llegan después. Los responsables de la toma de decisiones que en estas

¹⁶ Cf. SINNOTT-ARMSTRONG, en: *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <https://plato.stanford.edu/entries/consequentialism/> (enlace verificado el 23/5/2022): “Consecuencialismo = el hecho de que un acto sea moralmente correcto depende solo de las *consecuencias* (por oposición a las circunstancias o a la naturaleza intrínseca del acto o a cualquier cosa que ocurra antes del acto)”. La distinción entre las acciones y sus consecuencias es, por supuesto, objeto de análisis y controversia, con considerables implicaciones para el curso del debate sobre el consecuencialismo, especialmente en lo que se refiere a la relación entre el consecuencialismo teórico-moral y el teórico-decisional. Más detalladamente, LÜBBE, *Zeitschrift für philosophische Forschung*, 2016, p. 325.

¹⁷ La falacia subyace, por ejemplo, en el método de estudio económico de la salud de la compensación por persona (*Person Trade-off*). En este tipo de encuestas, los investigadores infieren las preferencias de los encuestados por la atención médica de grupos de personas de distinto tamaño con diferentes enfermedades, como los pacientes con asma frente a los pacientes con migraña, a partir de los juicios de los encuestados sobre el valor relativo (“social”) de los efectos sanitarios resultantes; muestra y discusión en LÜBBE, *supra* nota 12, en particular, pp. 78-80.

¹⁸ MONGIN / D’ASPREMONT, en: BARBERÁ/HAMMOND/SEIDL (eds.), *Handbook of utility theory*, t. 1, 1998, pp. 371 ss., en particular, pp. 379-388; conciso y valioso, BROOME, *Economics and Philosophy*, 1991, p. 1.

*N. de T.: en español se refiere a la asignación de recursos según el orden de llegada, pues el que llega primero tiene un “mejor” derecho a ser atendido con prioridad.

situaciones recurren al sorteo y atienden al respectivo ganador tampoco consideran que el ganador sea más valioso que el perdedor. Probablemente consideran que tiene más derecho. Esto no se basa en ninguna otra “cualificación” que la de haber ganado en el procedimiento azaroso elegido, y esta cualificación no implica ninguna valoración de las vidas humanas en juego. Volveremos a la cuestión de si la regla de maximización de la medicina de catástrofes no implica, después de todo, una valoración de las vidas humanas (en concreto, la valoración agregada que se ha tratado en el apartado anterior) en el siguiente apartado. Pero en cualquier caso, hay normas de priorización que pueden aplicarse sin juicios de valor sobre las vidas humanas implicadas y, por supuesto, podrían ser previstas por el Estado sin tales juicios. De hecho, ni siquiera es necesario suponer que la supervivencia de un ser humano tiene un “valor positivo”. La suposición de que los pacientes afectados presumiblemente quieren seguir viviendo es suficiente.

La distinción entre los juicios sobre lo que es correcto y los juicios sobre lo que es valioso (tradicionalmente: el bien), que es constitutiva del consecuencialismo, tiene una historia llena de vicisitudes en la filosofía. Solo es disyuntiva si se restringe el hablar del bien —desviándose del uso lingüístico, que permite un uso más amplio— a los juicios del llamado bien extra-moral.¹⁹ Los estados o acontecimientos se consideran buenos en un sentido extra-moral si se juzgan como deseables independientemente de que sean atribuibles a un actor y, por tanto, evaluables moralmente. También se puede decir que es deseable que un paciente sobreviva si, por falta de opciones de tratamiento, no se puede hacer nada para ayudarlo a sobrevivir (pensemos de nuevo en el caso de la enfermedad intratable). La referencia al bien extra-moral no requiere, pues, ninguna imputabilidad, a diferencia de lo que se dice del bien moral o del valor, en cuyo vínculo imperativo con la imputación a un actor insistimos en la última sección. El temprano utilitarismo, especialmente el de Jeremy Bentham, se caracterizó por haber hecho una separación consciente del bien moral del extra-moral, en contraste con el discurso de la ética de las virtudes que aún prevalecía en el siglo XVIII. *Pars pro toto*, esto puede comprobarse en el hecho de que Bentham considera deseables los “placeres de la mala voluntad”, es decir, el placer en el sufrimiento de otro (tradicionalmente un vicio), tanto como el placer en el bienestar de otro, es decir, la virtud tradicional del querer el bien para el otro.²⁰ En ambos casos, en cuanto felicidad, es bueno. Que sea correcto (moralmente preferible) desarrollar uno u otro *habitus* depende, según Bentham, de cuál de los dos promete mayor cantidad de placer a largo plazo, teniendo en cuenta todos los seres capaces de sentir placer. Así, las virtudes y normas tradicionales siguen siendo justificables en

¹⁹ Cf. FRANKENA, *Ethics*, 1963, p. 10. En el segundo apartado había utilizado el término “mejor” constantemente en el sentido de lo moralmente preferible, es decir, no en un sentido extra-moral.

²⁰ BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 1970 (1789), pp. 42, 44.

principio, pero pasan a desempeñar el papel de meros medios para el fin de promover eficazmente el bien, que en sí mismo se concibe al margen de las valoraciones morales. La restricción de hablar del bien al bien extra-moral sirve así también para obtener un criterio de lo correcto, cuya denominación como intrínsecamente deseable Bentham no consideraba seriamente discutible.

La distinción de Bentham del “placer” como lo único intrínsecamente deseable fue adoptada en la primera recepción económica del utilitarismo, pero se elimina como un juicio de valor no trivial en el curso del desarrollo teórico posterior. De hecho, las personas pueden asumir conscientemente experiencias dolorosas, p. ej., para evitar ser engañadas sobre la confiabilidad de una pareja. Con el comentario de que lo hacen porque, desde su punto de vista, esta alternativa está relacionada con mayores cantidades de alegría, esto no se comprende fenomenológicamente correctamente. El preferencialismo, que es dominante en la economía, considera esto al subjetivizar y desustancializar el concepto de utilidad. Lo que es mejor o más valioso para un sujeto es que se realice el estado que este sujeto, si tuviese la opción, preferiría consistentemente, por cualquier razón egoísta, moral o de otro tipo. Este concepto de utilidad individual (“*individual utility*”, “*subjective utility*”) ya no pretende abarcar lo que motiva o debería motivar razonablemente al sujeto a elegir una opción. Simplemente muestra que el sujeto prefiere constantemente una opción sobre otra. En términos del llamado concepto de utilidad de la representación teórica, la opción preferida de forma constante por el sujeto tiene, *per definitionem*, la mayor utilidad subjetiva.²¹ La idea es que esto no es diferente para el médico de trasplantes que realiza un doble trasplante y para los clínicos que priorizan según la regla del “*first come, first serve*” o asignan por sorteo o que para los responsables médicos o gubernamentales que aplican o prescriben el criterio de la probabilidad de éxito.²²

Esta historia, complicada en los detalles de la historia de las ideas, se ha resumido aquí por el momento solo de forma concisa para dejar clara una fuente clásica de la falacia consecuencialista. La falacia se basa en la confusión de los conceptos de utilidad sustantivos, que suponen —como hizo Bentham— *quantity of pleasure* sobre el valor de ciertos estados resultantes para los individuos y pretenden así interpretar sus actos de elección, con un concepto de utilidad que se limita a representar las preferencias y ya no transmite ni implica nada sobre las razones de la propia preferencia. Por supuesto, no sería útil señalar la diferencia entre la mera representación de las preferencias y su interpretación consecuencialista si no se pudiera decir nada plausible sobre cómo,

²¹ BROOME, *supra* nota 18, pp. 1, 3: “Así, ‘utilidad’ adquirió el significado de: *el valor de una función que representa las preferencias de una persona*. Esta es ahora la definición oficial de utilidad en economía”.

²² Sin embargo, para la derivación de las funciones de utilidad se requieren premisas que suelen interpretarse como requisitos de racionalidad, pero que no están exentas de polémica. Por lo tanto, no está consensuado si las preferencias que violan los supuestos deban ser evaluadas como irracionales. Específicamente con referencia al efecto de ciertos supuestos estándar para la evaluación ética de los casos dilemáticos, LÜBBE, *supra* nota 16, p. 325.

si no es suponiendo juicios de valor sobre los estados resultantes, uno puede interpretar las preferencias de elección del paciente en su lugar. Sin embargo, en los ejemplos anteriores, las interpretaciones alternativas son bastante obvias. P. ej., los que priorizan mediante un sorteo y luego atienden al ganador lo harán presumiblemente porque consideran que este procedimiento es equitativo. Quienes invocan el postulado de la igualdad de acceso a los servicios sanitarios en el caso del doble trasplante también parecen tener en mente un postulado de justicia. Se sabe que los conceptos de justicia son controvertidos y, por tanto, necesitan ser explicados. Sin embargo, el utilitarismo fracasó en su intento de escapar a esta controversia al proponer que el mandato de justicia (como todos los mandatos morales) solo tiene un valor instrumental que sirve a la maximización de una ventaja extra-moral.²³

En los discursos normativos del siglo XX está ganando terreno la idea de que la justicia — entendida sobre todo por los economistas como distribución equitativa²⁴— es un aspecto de la evaluación de las acciones de los funcionarios públicos (“*policy makers*”) junto con el aspecto de la eficiencia y además de este.²⁵ Para poder defender esto, es necesario apoyar conceptos de justicia cuyos fundamentos axiomáticos no contradigan los fundamentos axiomáticos de la idea de maximización de la utilidad interpersonal. El análisis de este proyecto, en absoluto trivial, no es el objeto de este artículo. Sin embargo, en lo que respecta a la valoración de la regla de maximización de la medicina de catástrofes, en lo que sigue, cabe señalar también algunos puntos sobre la cuestión de la relación entre eficiencia y justicia.

IV. La regla de maximización y la exigencia de igualdad de trato

²³ Recientemente, el intento de presentar el utilitarismo como una teoría moral racional adecuado para superar las divergencias entre los representantes de convicciones morales de base meramente “intuitiva” ha ganado una renovada popularidad. Los juicios investigados e interpretados desde las neurociencias sobre los dilemas existenciales clásicos (*trolleyología*) han desempeñado un papel especial en este sentido. Ampliamente aceptado en particular GREENE, *Moral tribes*, 2014 (2013); véase también SINGER, *Journal of Ethics*, 2005, p. 331. SINGER (lug. cit., 351) al menos admite explícitamente que el utilitarismo también depende de que ciertas premisas sean evidentes, y se refiere al utilitarismo clásico, concretamente a SIDGWICK, *The Methods of Ethics*, 7.ª ed., 1907, p. 382. SIDGWICK también está sujeto a la falacia de agregación en este punto.

²⁴ WILLIAMS / COOKSON, en CULYER / NEWHOUSE (eds.), *Handbook of Health Economics*, t. 1B, 2000, pp. 1863 ss., 1865: “En economía, el término ‘equidad’ es usado para hacer referencia a la equidad en la distribución de un bien (en este caso, ‘salud’) y ‘fairness’ es usado, casi sin pensarlo, para referirse a una reducción de desigualdades”.

²⁵ Clásico, OKUN, *Equality and Efficiency: The Big Trade-Off*, 1975. Con respecto a las asignaciones de la política sanitaria, p. ej., SCHÖFFSKI / SCHUMANN, en SCHÖFFSKI / GRAF v. d. Schulenburg (eds.), *Gesundheitsökonomische Evaluationen*, 2007, 158: “Cuanto más se tengan en cuenta los aspectos de justicia al establecer las prioridades, más ineficiente será el resultado de la asignación”. Crítico de tal idea del *Trade-off*, Le Grand, *Ethics*, 1990, 554.

En el apartado anterior habíamos nombrado las reglas de priorización, para cuya justificación parecía natural recurrir a exigencias de justicia en lugar de a la hipótesis consecuencialista de que el valor de los estados resultantes debe ser maximizado. Los conceptos específicamente nombrados aquí —la demanda de igualdad de acceso a los servicios de salud y (en el caso de las decisiones por sorteo o la aplicación del principio de *“first come, first served”*) la idea de igualdad de oportunidades— se consideran conceptos de priorización que no son compatibles con una asignación eficiente. Para analizar si estos dos conceptos de justicia son incluso compatibles entre sí, habría que saber qué significa realmente la exigencia de igualdad de acceso en el caso de situaciones de escasez existencial de recursos. En el caso en que los recursos sean suficientes, significa que cada paciente debe tener acceso a lo que necesitan médicamente. Sin embargo, esto es precisamente lo que no se puede exigir en situaciones de escasez existencial de recursos. En tales situaciones, los que invocan el concepto solo pueden aparentemente exigir formas justas y “equitativas” de gestión de la escasez. El hecho de que no pueda existir un derecho abstracto a la asignación del recurso médico que se necesita en situaciones de escasez no impide que se pueda hablar, como ya se ha dicho, de que el paciente con la doble necesidad de trasplante tiene derecho a ser atendido cuando le toque según las normas que le son aplicables, o que el ganador de un sorteo, si se ha realizado, tiene derecho a recibir el recurso necesario. Estas posiciones jurídicas concretas son resultados, no normas de procedimientos de distribución. No las posiciones jurídicas resultantes, sino los procedimientos de asignación deben medirse con la vara de la justicia. La base moral y jurídica esencial para ello solo puede ser el derecho a ser respetado como un igual (art. 3, GG).

En las recomendaciones ético-clínicas no se reflexiona sobre la cuestión de si la obligación de maximizar el número de pacientes tratados con éxito, que se menciona como fundamento del procedimiento de priorización recomendado, es compatible con el principio de igualdad. A raíz de las protestas sobre la igualdad de derechos de acceso para grupos de personas con características que reducen sus probabilidades de éxito, a saber, la edad y las enfermedades preexistentes, se publicó una declaración en la que se combinaba el mantenimiento del criterio propuesto con la seguridad de que las enfermedades preexistentes (incluidas las personas con deficiencias hereditarias y otros pacientes con enfermedades crónicas) no se postergarían en función de su condición preexistente, sino —al igual que el resto de los pacientes— en función de sus bajas probabilidades clínicas de éxito, dado el caso.²⁶ Esta reacción muestra la misma ignorancia de la teoría de la discriminación

²⁶ Véase <https://www.divi.de/aktuelle-meldungen-intensivmedizin/triage-bei-covid-19-wir-entscheiden-nicht-nach-alter-oder-behinderung-intensiv-und-notfallmediziner-aktualisieren-klinisch-ethische->

que es conocida por las reacciones al reproche de que el criterio de priorización de los años de vida ajustados a la calidad (QALYs) es discriminatorio para la edad: no se basa en la característica de la edad, sino en los años de vida ajustados a la calidad previstos.²⁷ En la declaración del Consejo de Ética alemán, el principio de igualdad se nombra explícitamente como el contenido del “marco vinculante” (“también para la ética médica”) dentro del cual debe tener lugar la priorización. En consecuencia, lo “evidente” no es la obligación de salvar tantas vidas como sea posible, sino la obligación de “hacer todo lo permitido para salvar tantas vidas como sea posible”.²⁸ Sin embargo, de forma desconcertante, sin examinar la cuestión de si las recomendaciones ético-clínicas prevalecen sobre el requisito de igualdad, el Consejo se refiere al documento de los clínicos como una guía para las decisiones supuestamente no reguladas por el Estado de los profesionales que se enfrentan a la escasez.

Si se aplicaran las recomendaciones ético-clínicas y se presentaran demandas, este examen tendría que ser retomado por los tribunales. Las consideraciones de justicia y, especialmente, la teoría de la discriminación necesarias para ello no son objeto de este artículo. Pero hay que añadir un punto importante para la clasificación ética de la regla de maximización en el marco de la medicina de catástrofes. La interpretación de la igualdad de acceso a los servicios sanitarios en el sentido de que deben establecerse procedimientos de distribución equitativa en los casos de escasez existencial de recursos ya indica que la distribución equitativa debe ser compatible con una distribución desigual en el resultado final. En situaciones de escasez existencial, la única forma de atender a los afectados literalmente de la misma manera es dejarlos morir a todos. A partir de esto, se ha concluido ocasionalmente que no puede existir una prohibición de compensación de vidas humanas (“prohibición de cuantificación”) porque no hay nada más que oponer a la “estricta igualdad

[entscheidungsempfehlungen \[enlace verificado el 23/5/2022\]](#). En la segunda versión actualizada de las recomendaciones, se incluyó un breve fragmento en la explicación de la evaluación de la probabilidad de éxito con la frase central: “Las afecciones preexistentes solo son relevantes si influyen en la probabilidad de supervivencia con respecto a la enfermedad actual” (como en nota al pie n.º 3, versión 2.0, 6).

²⁷ SCHÖFFSKI / SCHUMANN, en *supra* nota 25, p. 161: No hay “en realidad ninguna necesidad de actuar según el principio de la teoría del bienestar, ya que el concepto de QALY, como se ha mencionado, es neutral en cuanto a la edad [...]. Además, se discrimina tanto a los jóvenes como a los ancianos [...], ya que no es la edad en sí, sino la esperanza de vida, *ceteris paribus*, lo que es relevante para el resultado”. Diferenciando, también sobre la discriminación indirecta reconocida desde hace tiempo como una forma de discriminación, GARDNER, *Oxf. J. Leg. Stud.*, 1998, 167.

²⁸ Como en nota al pie n.º 14, 3. A esta formulación aprobatoria le sigue también, lamentablemente, la afirmación rotunda de un “deber estatal de salvar el mayor número posible de vidas humanas” (lug. cit., 4).

de trato” en casos de escasez existencial.²⁹ Si bien es cierto que, en comparación con el no-tratamiento general, la adopción de un procedimiento que permita salvar al menos a algunos, es más eficiente, no solemos decir en absoluto que un procedimiento de este tipo, p. ej., una decisión por sorteo o la aplicación del principio “*first come, first serve*” deje de ser equitativo porque al final los afectados estén desigualmente atendidos. En otras palabras, no hay ponderación entre dos criterios: la eficiencia y la justicia. Una ponderación tal no está forzada por las situaciones de escasez. Nadie ha explicitado el mandato o el objetivo moral o constitucional que guiaría tal ponderación. Lo que en realidad imponen las situaciones de escasez es una concreción o especificación de la idea de igualdad. Esta concreción debe tener en cuenta el hecho de que en los procedimientos de distribución cuya aceptación aumenta las posibilidades de supervivencia de todos los participantes suele haber también un interés compartido por todos ellos. Respetar este interés compartido no contradice la idea de igualdad de respeto, más bien pone de manifiesto la diferencia entre igualdad de respeto y falta de respeto.

El caso del sorteo es solo el ejemplo más sencillo.³⁰ Como todo concepto de distribución que implemente la idea de igualdad de oportunidades, requiere la distinción de un momento *ex ante*,

²⁹ TAUPITZ, *supra* nota 11, p. 6: “Por lo tanto, no hay que suponer una prohibición de la cuantificación, sino de un *mandato* de cuantificación. De lo contrario, de un mandato estricto de igualdad de trato a todos los pacientes podría resultar que *nadie* reciba el bien escaso”; con referencia a STOECKER, 2020, p. 5, disponible en https://www.aem-online.de/fileadmin/user_upload/Ralf-Stoecker-Ethischer-Hintergrundkommentar-zur-Stellungnahme-der-Fachverbaende-und-AEM-1.pdf [enlace verificado el 23/5/2022]. De hecho, los conceptos que reducen la justicia a un mandato de alcanzar la igualdad están representados exclusivamente dentro de la tradición utilitaria, es decir, como un posible aspecto valorativo *complementario* en el marco de un enfoque consecuencialista. Aquí la llamada nivelación hacia abajo puede (y entonces también debe) impedirse mediante una ponderación correspondiente del aspecto de la maximización de la utilidad en el resultado matemático. De la literatura véase solamente PARFIT, *Equality or Priority?*, 1995; BROOME, en MURRAY / SALOMON / MATHERS / LOPEZ (eds.), *Summary Measure of Population Health*, 2002, p. 135. En las concepciones no consecuencialistas de la justicia, no existe el problema de la nivelación hacia abajo y, por tanto, no es necesario recurrir a la maximización de la utilidad compensatoria.

³⁰ Lo que llama la atención es el vehemente rechazo de las decisiones de lotería por parte de los participantes con formación médica en la discusión, pero sin ningún argumento real; cf. de la transcripción de un seminario sobre el *triage* COVID-19, <https://gruene-europa.de/files/doc/docs/890899b2c778046003cc2b419e8912b3.pdf> [enlace verificado el 23/5/2022], MARCKMANN: “Eso me provocaría enormes conflictos [...] En mi caso, me llevaría a devolver inmediatamente mi licencia para ejercer la medicina si el Estado me obligara a tomar mis decisiones según el sorteo. [...] Verás que muchos médicos no estarán de acuerdo con esto. [...] Y muchos se preguntarán: ¿cómo es posible que el Estado nos siga imponiendo esto? Para esto no estudiamos. Hacemos todo por que tal cosa no ocurra. Eso es lo que quiero poner por escrito aquí de una manera más emocional”. La orientación según las decisiones al azar, incluido el *first come, first served*, esto es, la regla del orden de llegada, va acompañada de una clara devaluación de los criterios de priorización, cuya aplicación requiere competencias médicas específicas. Sin embargo, esto no es una objeción éticamente relevante en sí misma. En mi opinión, la cuestión de

cuando prevalece la igualdad de oportunidades, y un momento *ex post*, cuando “la suerte está echada”. El interés compartido en la eficiencia existe para el momento *ex ante*, que debe ser invocado para una justificación. He explicado en varias ocasiones que la práctica del *triage* en la medicina de catástrofes también puede interpretarse en el sentido de ese interés *ex ante* compartido en un procedimiento eficiente.³¹ Esta posibilidad se basa en que la idea de igualdad de oportunidades es fundamentalmente neutra frente a la distinción entre el azar organizado y el natural: no se sabe antes de la catástrofe quién saldrá del accidente del tren de alta velocidad, del terremoto o del atentado terrorista como paciente con buen o mal pronóstico y con necesidades de recursos inferiores o superiores a la media. En estos casos, un sorteo no aumenta la equidad en la asignación de recursos.

No implican necesariamente una menor valoración de las vidas humanas con una menor probabilidad de éxito o una mayor necesidad de recursos, tampoco por quienes apliquen la regla de maximización en la medicina de catástrofes. Sin embargo, existen serias dudas sobre si las decisiones de asignación en situaciones de pandemia pueden subsumirse en esta variante de medicina de catástrofes de la igualdad de oportunidades sin más. La aceptación predominantemente libre de escándalos del *triage* en la medicina de catástrofes se debe a la imprevisibilidad de la distribución de los daños en situaciones típicas de catástrofe. Por lo tanto, esta tradición no debería seguirse en situaciones de pandemia sin un examen cuidadoso de su analogía.

la dignidad ética de la resistencia de la profesión médica a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades es un punto que urge abordar de forma más explícita y debatir conjuntamente.

³¹ Primero LÜBBE, *supra* nota 5. En detalle sobre los fundamentos de las formas de orientación de la eficiencia basadas en la equidad LÜBBE, *supra* nota 12, Cap. 6.1: “Effizienz und allgemeines Interesse”. Sobre el concepto de consenso hipotético en el contexto de la cuestión del racionamiento, MENZEL, *Strong Medicine*, 1990; con referencia a dilemas existenciales RAKOWSKI, *Col. L. Rev.* 1993, pp. 1063 ss., con otras referencias.