

## RECOMENDACIONES DE TRIAJE EN LA CRISIS DEL CORONAVIRUS:

### NO IMPORTUNAR A LOS MÉDICOS CON CUESTIONES JURÍDICAS

Prof. Dr. Dr. Eric HILGENDORF\*

---

Fecha de recepción: 20 de junio 2020

Fecha de aceptación: 9 de julio de 2020

*En caso de recursos limitados, los médicos deben decidir a quién tratar. Las recomendaciones ético-clínicas aconsejan ahora atender al mayor número posible de pacientes. Eso es algo bueno, incluso si genera una sensación de malestar entre los juristas.*

La pandemia del coronavirus ya no solo representa un enorme desafío médico, sino que está planteando cada vez más problemas jurídicos y éticos. Uno de los más difíciles es la priorización de los enfermos graves en situaciones de insuficiencia de recursos médicos.

Hay informes provenientes de Italia que indican que en unidades de cuidado intensivo los pacientes de muy avanzada edad son rechazados de antemano, para poder atender en las — demasiado pocas— camas de terapia intensiva a personas más jóvenes con mejores perspectivas de recuperación. Entretanto, algo parecido se informa desde las clínicas francesas.

Es evidente que tales decisiones son sumamente problemáticas tanto ética como jurídicamente. Para la gente que tiene que tomarlas representan una enorme carga emocional. Hasta ahora no hay normas jurídicas sobre el tema. Por eso, siete asociaciones profesionales médicas alemanas, entre ellas la Asociación Interdisciplinaria Alemana de Medicina Intensiva y de Emergencia (DIVI), han

---

\* Titular de la Cátedra de Derecho penal, Derecho procesal penal, Teoría del Derecho, Derecho de información e Informática jurídica en la Universidad de Würzburg. Traducción del alemán a cargo de María Lucila Tuñón Corti (Universität Würzburg). Publicado originalmente en Legal Tribune Online el 27/3/2020 bajo el título “Triage-Empfehlungen in der Coronakrise. Mit Rechts-fragen nicht die Ärzte belasten”.

aprobado hace unas semanas unas “recomendaciones ético-clínicas”, sobre la base de las cuales se tratarán casos semejantes en Alemania.

## **I. Juristas: ¿Porque no puede suceder lo que no debe suceder?**

Triaje (de triar: escoger, separar), un concepto originado en la medicina militar, significa la priorización de la prestación de auxilio médica urgente, que de no producirse puede dar lugar a lesiones más graves o incluso a la muerte. Esto obviamente plantea la cuestión sobre los criterios a aplicar en la priorización. También en la medicina de urgencias existen catálogos de criterios, que en general entran en los esquemas de decisiones que pueden ser aplicados directamente en el momento por las personas responsables. Un esquema de decisiones tal fue añadido también en las nuevas recomendaciones de DIVI.

Son especialmente problemáticas las decisiones de triaje cuando se produce una situación de vida contra vida, es decir, cuando el rechazo de la asistencia médica para el paciente que no fue atendido significa un juicio seguro de muerte. En la crisis actual se trata mayormente de tales casos.

En la literatura jurídica se dice a menudo que las vidas humanas “no podrían” ponderarse entre sí. Sin embargo, esta afirmación es claramente errónea, porque en muchas situaciones de triaje las vidas se ponderan, en realidad, unas con otras. Lo que se quiere decir es que la vida no debería o no podría ser ponderada con otra. Una formulación similar se encuentra también en las recomendaciones de los médicos presentadas el miércoles: “Por motivos jurídico-constitucionales la vida humana no puede ser sopesada contra otra vida humana”. Si se toma esto al pie de la letra, entonces significaría que en la situación de triaje no deberían buscarse razones para estructurar de forma racional una decisión. Es decir, ni siquiera se debe entrar en un proceso de reflexión y ponderación. ¿O significa que salvar la vida humana nunca podría justificar el sacrificio de otras vidas?

En las situaciones de triaje, tal y como se producen ahora, la debilidad de algunas posiciones se hace manifiesta: ¿Queremos realmente afirmar que los médicos que conectan a una persona infectada al único respirador vital existente, pero no pueden conectar otro, están actuando antijurídicamente?

## **II. Un tema que en el nivel jurídico todavía no ha madurado: la colisión de deberes justificante**

En el derecho penal es conocida la idea de una colisión de deberes justificante y también podría aplicarse aquí. Quien, frente a dos deberes de actuar equivalentes, no puede cumplir ambos, pero satisface uno, actúa de manera justificada. En el caso de deberes de actuar desiguales, se debe cumplir con el de mayor rango. Sin embargo, la colisión de deberes justificante solo puede justificar actos de omisión, como el sacrificio de una persona por medio del rechazo de un tratamiento, pero no una acción activa, como la muerte directa.

Si colisionan deberes de actuar y omitir (p. ej., si hay que quitar un respirador a un paciente para conectarlo a otro), entonces entra en consideración, en principio, el § 34 del Código Penal alemán (estado de necesidad justificante). Sin embargo, esta disposición no ayuda en casos de igual urgencia, como ya explicó Till Zimmermann hace unos días en LTO.

¿Y qué factores podrían en realidad desempeñar un papel importante y quién decide sobre estos? ¿Qué pasaría si con el aparato se pudiera practicar respiración artificial continua a un solo paciente o a dos infectados alternativamente? Hasta ahora, la opinión dominante ha defendido que los aspectos cuantitativos (una vida contra quinientas) no deberían influir en la ponderación de la vida contra la vida. Una vida, suele decirse, “pesa” tanto como cinco o quinientas vidas. Entonces, ¿podría el médico dejar morir a dos personas infectadas para salvar a otra? Se trata de cuestiones que aún no se han abordado suficientemente en la ciencia jurídica.

### **III. No importunar a los médicos con cuestiones jurídicas**

Expresado de modo positivo, en la crisis actual se plantea primeramente la cuestión de qué criterio de elección debe o puede aplicarse. Las diferencias en el color de la piel o el género están obviamente fuera de discusión. La edad como tal tampoco debe ser jurídicamente relevante.

Se trata, según las formulaciones de las asociaciones profesionales, de “posibilitarle, con los recursos (limitados), al mayor número posible de pacientes una participación beneficiosa en la atención médica en estas condiciones de crisis”. Este planteo merece elogios, incluso cuando algunos observadores leerán con escepticismo vocablos como “mayor número posible” y “beneficioso”, que de hecho hacen recordar la idea de Bentham de maximizar los beneficios de todos.

Las asociaciones profesionales recomiendan que en situaciones de triaje uno debe orientarse por “criterios de perspectiva de éxito clínica” y “renunciar a atender a aquellos para los que no hay o hay muy pocas perspectivas de éxito”. Pero, ¿qué significa exactamente “éxito” en este contexto? ¿La

supervivencia? ¿Supervivencia sin daños graves? ¿Sobrevivir sin ningún daño indirecto? ¿Debería preferirse una persona que tiene un cincuenta por ciento de posibilidades de sobrevivir sin daños indirectos a otra que tiene un ochenta por ciento de posibilidades de sobrevivir, pero solo con daños indirectos graves?

Nosotros, juristas, haríamos bien en no disputar nuestras controversias a expensas de los médicos. Una solución pragmática es aceptar, en primer lugar, cada decisión médica que todavía luzca defendible, y solo clasificar como antijurídicas aquellas decisiones que de forma evidente ya no resultan defendibles. No tiene sentido cargar a los médicos en situaciones tan extremas con problemas jurídicos. Es tarea de la ciencia jurídica resolverlos.