

¿La edad como criterio de triaje? Una discusión sobre el triaje *ex ante* y el criterio *fair-innings*

MARÍA LUCILA TUÑÓN CORTI*

Becaria doctoral DAAD. Universidad de Wurzburg

RESUMEN

En este trabajo se presenta la problemática del triaje ex ante desde el punto de vista de la dogmática del Derecho penal y su relación con la bioética. En los últimos años se ha producido un cambio de perspectiva en la teoría del Derecho penal en cuanto a los criterios que deberían jerarquizar los deberes de actuar de un médico que tiene que elegir a qué paciente tratar en una emergencia sanitaria como la del Covid-19. Uno de los criterios más controvertidos, aunque aplicado en algunos países, es el criterio de la edad. En este artículo se expondrán dos propuestas desarrolladas en la bioética para tener en cuenta la edad en las decisiones de triaje: una desde un punto de vista consecuencialista y otra desde la ética deontológica. En particular, se considerará que esta última perspectiva es la más prometedora de las dos, aunque la discusión recién ha comenzado.

Palabras clave: *triaje, causas de justificación, edad, ética deontológica, consecuencialismo.*

* Quisiera agradecerle a Eduardo Rivera López, Leandro Dias e Ivó Coca Vila por sus valiosos comentarios a los primeros borradores de este trabajo. También extiendo este agradecimiento a las dos personas revisoras de esta revista por sus sugerencias.

ABSTRACT

In this paper, I address the problem of ex-ante triage from a criminal law perspective, but also taking into account the recent developments in the field of bioethics. In recent years, some criminal law theorists have argued for a different perspective when it comes to the possible punishment of a physician who has to allocate scarce resources (the so-called «triage») in a health emergency such as the Coronavirus pandemic. Some of them even stated that the age of the patient should be taken into account: a physician should, according to this view, allocate resources to the young in order to save more lives. My aim here is to present two proposals developed in bioethics to take age into account in (ex-ante) triage decisions and to apply them to the criminal law discussion: one from a consequentialist perspective and the other from a deontological ethics point of view. I argue that the latter is more promising, although I think that discussion on the matter is just beginning.

Key Words: triage, justifications, age, deontological ethics, consequentialism.

SUMARIO: I. Introducción.–II. Las preguntas centrales del Derecho penal con respecto al triaje *ex ante*.–III. La edad como criterio de triaje. 1. Criterio de triaje indirecto. 2. La edad como criterio de triaje independiente.–IV. Argumentos a favor del criterio «independiente» de edad para casos de desempate. 1. Postura consecuencialista. 2. Postura deontológica.–V. Conclusión.–VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los retos que la humanidad ha tenido que afrontar durante la pandemia de COVID-19 fue el hecho de que había que tomar decisiones trágicas cuando la demanda de recursos, como respiradores o camas en unidades de cuidados intensivos, superaba la oferta habitual. Por desgracia, creó situaciones extraordinarias a las que no todos los Estados⁽¹⁾ pudieron responder con rapidez. Esto tuvo

(1) Véase EMANUEL E.; PERSAD, G.; UPSHUR, R.; THOME, B.; PARKER, M.; GLICKMAN, A.; ZHANG, C.; BOYLE, C., y SMITH, M., «Fair Allocation of Scarce Medical Resources in the Time of COVID-19», en *New England Journal of Medicine*, núm. 382, 2020, p. 2050; RÖNNAU, T. y WEGNER, K., «Grundwissen – Strafrecht: Triage», en *JuS*, vol. 5, 2020, p. 403; para información más específica sobre Italia, véase ROSENBAUM, L., «Facing COVID-19 in Italy», en *New England Journal*

como consecuencia que el personal sanitario haya tenido que elegir entre la vida de varias personas que estaban en grave peligro. En otras palabras: no podían salvar a todos los pacientes que necesitaban tratamiento. La situación era tan extrema que muchos países elaboraron recomendaciones éticas(2) para proporcionar una orientación con respecto a la asignación de estos recursos escasos en una situación tan dramática. En este contexto, parecía inevitable tener que recurrir a algún conjunto de criterios para responder a la siguiente pregunta: ¿Quién debe recibir los recursos cuando el sistema sanitario alcanza el punto de saturación? En un contexto así, los médicos tienen que enfrentarse a decisiones que, en cierto sentido, exigen ponderar unas vidas frente a otras, incluso aceptando la posibilidad de que uno de los dos pacientes muera. Aquí es donde cobra relevancia el concepto del llamado triaje(3).

El triaje es un proceso para seleccionar y clasificar a las víctimas de una catástrofe para que reciban el tratamiento adecuado según la gravedad de la enfermedad o lesión, teniendo en cuenta la escasez de

of Medicine (NEJM), núm. 382, p. 1 ss. Sobre España, ALQUÉZAR-ARBÉ A., *et al.*, Impact of the COVID-19 pandemic on hospital emergency departments: results of a survey of departments in 2020 - the Spanish ENCOVUR study, en *Emergencias*, vol. 32, 2020, pp. 320-331; HERREROS, B., *et al.*, «Triage during the COVID-19 epidemic in Spain: better and worse ethical arguments», en *Journal of medical ethics* vol. 46, 2020, p. 457; RUIZ-HORNILLOS, J.; ALBERT, M.; REAL DE ASUA, D.; HERRERA ABIÁN, M.; DE MIGUEL BERIAIN, Í., y GUILLÉN-NAVARRO E., «Priorización de recursos sanitarios en contextos de escasez. Informe SESPAS», en *Gaceta Sanitaria*, vol. 36, 2022, p. S52; JULIÁN-JIMÉNEZ, A. y GARCÍA, D. E., «Acerca de cómo los servicios de urgencias españoles hicieron frente a la primera oleada de pacientes durante la pandemia COVID-19», en *Emergencias*, vol. 32, 2020, pp. 307-308.

(2) Véase, como ejemplos, el caso de España, Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social de España: Informe del Ministerio de Sanidad sobre Los aspectos éticos en situaciones de pandemia: El SARS-CoV-2; DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN *et al.*, Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Bioéticos de la Priorización de Recursos Sanitarios en el Contexto de la Crisis del Coronavirus (<http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/Informe%20CBE-%20Priorizacion%20de%20recursos%20sanitarios-coronavirus%20CBE.pdf>); el de Argentina, Ministerio de Salud de la Nación Argentina, Recomendaciones para la Implementación de Triage. Disponible en: https://bancos.salud.gov.ar/sites/default/files/2020-04/0000001849ent-covid-19_recomendaciones-implementacion-triage.pdf; Consejo de Salubridad General de México (CSG), Guía Bioética para Asignación de Recursos Limitados (http://www.csg.gob.mx/descargas/pdf/index/informacion_relevante/Guia-BioeticaTriage_30_Abril_2020_7pm.pdf); y el de Alemania, Deutscher Ethikrat, Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise, 2020.

(3) RÖNNAU, T. y WEGNER, K., *op. cit.*, p. 403. Sobre el origen del triaje, véase BRECH, A., *Triage und Recht*, Duncker & Humblot, Berlin, 2008, p. 48 ss.

recursos disponibles(4) para salvar vidas y las posibilidades de tratamiento médico y del transporte(5). Esto requiere un proceso estructurado que incluya criterios sobre qué persona debe ser tratada primero, en qué momento y con qué recursos disponibles para el tratamiento, cuando el número de pacientes con necesidades agudas supere el número de estos recursos(6). Por lo general, aunque con excepciones y puntos de vista contrarios, el principio fundamental que rige las decisiones de triaje en la discusión bioética es el de la maximización de vidas salvadas(7). Independientemente de esto último, que será retomado en los siguientes párrafos, el triaje es la priorización de la atención médica que se necesita con urgencia, sin la cual hay riesgo de lesiones graves o incluso de muerte teniendo en cuenta los escasos recursos disponibles(8).

(4) La escasez puede darse, por ejemplo, si el número de personas que necesitan asistencia médica supera los recursos humanos o materiales disponibles. En este último caso, se piensa no solamente en los respiradores o medicamentos sino también en camas de unidad de cuidados intensivos y personal sanitario. Cf. HORTAL-CARMONA J.; PADILLA-BERNÁLDEZ, J.; MELGUIZO-JIMÉNEZ, M.; AUSÍN, T.; CRUZ-PIQUERAS, M.; LÓPEZ DE LA VIEJA DE LA TORRE, M. T.; PUYOL, A.; RODRÍGUEZ-ARIAS, D.; TAMAYO-VELÁZQUEZ, M. I., y TRIVIÑO, R., «La eficiencia no basta. Análisis ético y recomendaciones para la distribución de recursos escasos en situación de pandemia», en *Gaceta Sanitaria*, vol. 35, 2021, p. 526.

(5) BRECH, A., *op. cit.*, p. 48 s.; HOVEN, E., «Die Triage-Situation als Herausforderung für die Strafrechtswissenschaft», en *Juristische Zeitung*, 2020, p. 449; MERKEL, R. y AUGSBERG, S., Die Tragik der Triage, en *Juristische Zeitung*, 2020, p. 704; RIVERA LÓPEZ, E., *et al.*, «Propuesta para la elaboración de un protocolo de triaje en el contexto de la pandemia de COVID-19». Disponible en: <https://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/31816>, p. 41; SCHOLTEN, K., *Triage - Zur Strafbarkeit ärztlicher Auswahlentscheidungen*, Dr. Krovač, Hamburgo, p. 17 s.; SOLER, W., *et al.*, El triaje: herramienta fundamental en urgencias y emergencias, en *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, 2010, vol. 33, Suplemento 1, p. 56.

(6) ENGLÄNDER, A. y ZIMMERMANN, T., «Rettungstötungen in der Corona-Krise?», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 2020, p. 1398; RÖNNAU, T. y WEGNER, K., *op. cit.*, p. 403.

(7) ABAL, F., «Asignar y reasignar: dos criterios diferentes para distribuir recursos terapéuticos escasos», en *Análisis Filosófico*, núm. 40, 2021, p. 40; BRECH, A., *op. cit.* p. 52 ss.; EMANUEL, E., *et al.*, *op. cit.*, p. 2051 ss.; HOVEN, E., *op. cit.*, p. 451 s.; RIVERA LÓPEZ, E., *et al.*, *op. cit.*, p. 47; WOLFF, J., *An Introduction to Moral Philosophy*, W. W. Norton, Nueva York, 2021, p. 417. En cuanto a las excepciones, la maximización como derivación del consecuencialismo no es ampliamente aceptada en diversos ámbitos de discusión. Por ejemplo, en la literatura jurídica alemana, aferrándose a criterios «justos» como el sorteo. Véase ENGLÄNDER, A., «Die Pflichtenkollision bei der ex-ante-Triage», en Hörnle, T.; Huster, S., y Poscher, P., (eds.), *Triage in der Pandemie*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2021, p. 140.

(8) ZIMMERMANN, T., «Wer stirbt zuerst?». Disponible en: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/corona-triage-tod-strafrecht-sterben-krankenhaus-entscheidung-auswahl/>.

Se pueden distinguir tres constelaciones básicas: triaje «preventivo», «ex ante» y «ex post»(9):

El triaje «ex post» se produce cuando se interrumpe un tratamiento en curso con el fin de liberar recursos para un paciente recién ingresado. Por ejemplo, sería el caso en el que el médico le desconecta el respirador a un paciente que ya está intubado.

Además, el triaje «preventivo» se refiere a la situación en la que, si bien todavía hay recursos que están disponibles, el médico decide negarle el ingreso a un paciente, cuyo tratamiento está indicado médicamente, con el fin de mantener libre ese recurso para potenciales pacientes que eventualmente tengan una mejor perspectiva de éxito del tratamiento(10). El objetivo aquí es reservar o acopiar recursos.

En el triaje «ex ante»,(11) en cambio, el médico tiene a dos pacientes que necesitan tratamiento inmediato, pero en el hospital solamente hay, por ejemplo, un respirador disponible, por lo que se ve obligado a decidir a qué paciente atenderá primero, con el riesgo de que el otro muera.(12) La particularidad en este caso es que el personal sanitario solo puede tratar a los pacientes de forma alternativa, pero no acumulativa, por lo que los no tratados se exponen a un mayor riesgo de muerte. Aparece entonces el ámbito de aplicación del clásico instituto

(9) Para más detalles sobre las tres constelaciones de casos desarrolladas, véase CANCIO MELIÁ, M. y PANTALEÓN DÍAZ, M., «Derecho penal y Coronavirus: Algunos Problemas de Imputación», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2021, p. 254 ss.; COCA VILA, I., «Triaje y colisión de deberes jurídico-penal. Una crítica al giro utilitarista», en *In Dret*, 2021, p. 172 s.; HILGENDORF, El triaje en el contexto de las decisiones de vida contra vida. Comentario a la decisión del Tribunal Constitucional alemán (BVerfG) de 16 de diciembre de 2021 (1 BvR 154/20 = JZ 2022), en *InDret*, núm. 3, 2022, p. 5. Hay algunos autores que solamente hacen una división bipartita entre *ex ante* y *ex post*. Por ejemplo, HOVEN, E. y HAHN, J., «Strafrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie», en *JA*, núm. 7, 2020, p. 481 ss.

(10) Este grupo de casos ha sido practicado, sobre todo al principio de la pandemia en el año 2020. Cf. FATEH-MOGHADAM, B. y GUTMANN, T., «Gleichheit vor der Triage. Rechtliche Rahmenbedingungen der Priorisierung von Covid-19-Patienten in der Intensivmedizin», en Hörnle, T.; Huster, S., y Poscher, R. (eds.), *Triage in der Pandemie*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2021, p. 328 con nota al pie 133; HONG, M., «Corona-Triage and Human Dignity». Disponible en: <https://verfassungsblog.de/corona-triage-and-human-dignity/>; PEINADO, 9 de julio de 2020, *La Comunidad de Madrid envió al menos cuatro correos para excluir de hospitales a ancianos de residencias*, *El País*. Disponible en: <https://elpais.com/espana/madrid/2020-06-08/la-comunidad-de-madrid-envio-al-menos-cuatro-correos-para-excluir-de-hospitales-a-ancianos-de-residencias.html>.

(11) ENGLÄNDER, A., *op. cit.*, p. 118; RIVERA LÓPEZ, E., *et. al.*, *op. cit.*, p. 47.

(12) MERKEL, R. y AUGSBERG, S., *op. cit.*, p. 706; RIVERA LÓPEZ, E., *et. al.*, *op. cit.*, p. 55; RÖNNAU, T. y WEGNER, K., *op. cit.*, p. 404.

de la colisión de deberes como causa de justificación en la dogmática del Derecho penal.

El objeto de este trabajo es el análisis del triaje *ex ante* desde el punto de vista del Derecho penal continental y de las discusiones más recientes en el ámbito de la bioética(13). En especial, se evaluará la plausibilidad de las propuestas, todavía minoritarias, de tener en cuenta la edad de los pacientes para tomar una decisión de triaje *ex ante*. Para ilustrar el problema, considérese el siguiente caso básico(14):

La decisión: A, de 20 años, y B, de 75, son ingresados al hospital al mismo tiempo. Los dos tienen el mismo nivel de urgencia en ser tratados. Además, en ambos pacientes, la probabilidad de supervivencia es superior al 90% si reciben tratamiento, pero inferior al 40% si no lo reciben. Sin embargo, solo hay un respirador disponible. El médico C decide dar preferencia al joven paciente A, que no padece ninguna enfermedad subyacente, sobre el paciente B, que tampoco tiene ninguna afección previa sino que goza de buena salud general. El paciente B muere.

En el siguiente apartado, se desarrollará el tratamiento estándar de esta clase de casos en la dogmática penal de tradición continental-europea (II). Posteriormente, se explorarán las dos formas para incorporar la edad como criterio de selección (III) y se ofrecerán diferentes argumentos posibles para fundamentar esa incorporación, tanto desde la ética consecuencialista, como desde la deontológica (IV). En particular, se presentará un fundamento deontológico basado en el principio de equidad [*fairness*] que será considerado especialmente prometedor: debería dársele prioridad a aquellos que están en peor situación con respecto a los años de vida vividos, en el sentido de que tiene el riesgo de morir joven y no tuvo la posibilidad de vivir. Finalmente, se presentarán críticas a esta propuesta y se ofrecerá una breve conclusión (V).

(13) La discusión sobre triaje *ex post* en el marco del Derecho penal excede los límites de este trabajo, ya que se presentan otros problemas diferentes a analizar. Pues el triaje *ex post* se analiza no solamente desde el punto de vista de la distinción entre acción y omisión, mientras que en casos de triaje *ex ante* se asume una omisión por parte del médico. Por eso, otras causas de justificación que serían aplicables, como el estado de necesidad agresivo justificante. Esto hace que el análisis sea más complejo y merezca un tratamiento separado. Más detalles en COCA VILA, I., *op. cit.*, (2021), p. 178 ss.; Véase además HÖRNLE, T., «Ex-post-Triage: Strafbar als Tötungsdelikt?», en Hörnle, T.; Huster, S., y Poscher, R. (eds.), *Triage in der Pandemie*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2021, p. 152 ss.; MERKEL, R. y AUGSBERG S., *op. cit.*, p. 706 ss.

(14) Ejemplo con variaciones de HÖRNLE, T., «Dilemmata bei der Zuteilung von Beatmungsgeräten». Disponible en: <https://verfassungsblog.de/dilemmata-bei-der-zuteilung-von-beatmungsgeraeten/>.

II. LAS PREGUNTAS CENTRALES DEL DERECHO PENAL CON RESPECTO AL TRIAJE *EX ANTE*

El brote de la pandemia ha presentado problemas para la medicina y la bioética pero también para el Derecho penal(15). En primer lugar, es inevitable pensar que el hecho de elegir al paciente A pero omitir el tratamiento del paciente B supone que el comportamiento podría subsumirse en varios tipos penales como el de lesiones, o incluso el de homicidio, por omisión (según los §§ 212, 13 StGB^{*}, arts. 138, 11 CP español), lo cual da lugar a la responsabilidad penal del médico(16). Sin embargo, según la doctrina dominante del Derecho penal continental, esta omisión podría estar justificada por medio de la llamada colisión de deberes justificante, aplicable en un caso de triaje «*ex ante*»(17). El primer requisito para que esta causa de justificación pueda aplicarse es que

(15) También en este sentido, COCA VILA, I., *op. cit.*, (2021), p. 170-172; HOVEN, E., *op. cit.*, p. 454. Véase una investigación desde el Derecho penal, pero con respecto a otras problemáticas como el contagio y la imputación objetiva, en CANCIO MELIÁ, M., PANTALEÓN DÍAZ, M., *op. cit.*, p. 241 ss.; VALMAÑA OCHAITA, S., «El tratamiento penal de la transmisión de enfermedades ante los nuevos riesgos», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 2021, p. 173-202 y VARELA, L., «¿Necesidad de Derecho penal para atajar una pandemia? Reflexión sobre la normativa alemana y española en materia de propagación de enfermedades contagiosas», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 2021, p. 525-582. A su vez, sobre la discusión desde el punto de vista del derecho constitucional con relación al derecho a la salud (art. 43 CE) y el derecho fundamental a la vida o a la integridad física (art. 15 CE), cf. PRESNO LINERA, M. A., «¿Ha sido España país para viejos durante la emergencia sanitaria de COVID-19?», en *IgualdadES*, núm. 3, 2020, p. 283.

^{*} Strafgesetzbuch (Código Penal alemán).

(16) Aquí, se asume que el médico tiene posición de garante frente al paciente. En profundidad, ROXIN, C., *Strafrecht Allgemeiner Teil, Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, tomo II, Beck, Múnich, 2003, § 32 núm. m. 75; SILVA SÁNCHEZ, J. M., «La responsabilidad penal del médico por omisión», en: Estudios sobre los delitos de omisión, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2004, p. 73 ss.

(17) CANCIO MELIÁ, M. y PANTALEÓN DÍAZ, M., *op. cit.*, p. 254; COCA VILA, I., *op. cit.*, (2021), p. 195; ENGLÄNDER, A. y ZIMMERMANN T., *op. cit.*, p. 1400; FRISTER, H., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9.^a edición, Beck, Múnich 2020, § 22 núm. m. 62; GAEDE, K.; KUBICIEL, M.; SALIGER, F., y TSAMBIKAKIS, M., «Rechtmäßiges Handeln in der dilemmatischen Triage-Entscheidungssituation», *medstra*, 2020, p. 4; HOVEN, E. y HAHN, J., *op. cit.*, p. 482; MERKEL, R. y AUGSBERG S., *op. cit.*, p. 706; PANTALEÓN DÍAZ, M., «Justificación penal, sacrificio y unas abejas», en *Anuario de Derecho penal*, 2022, p. 661; RÖNNAU, T. y WEGNER, K., *op. cit.*, p. 404. En algunos casos también se argumenta que debería darse una exculpación (PAEFFGEN, H. y ZABEL, B., «Vor §§ 32 ff», en Kindhäuser, U.; Neumann U., y Paeffgen H. (eds.), *Strafgesetzbuch*, 5.^a ed., Nomos, Baden-Baden, 2017, núm. m. 174), o que en esta situación solo surge un deber, por lo que se excluye la tipicidad (FREUND, G., y ROSTALSKI, F., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3.^a edición, Springer, Berlín, 2019, § 6 núm. m. 132).

colidan dos o más deberes de actuar. Además, los deberes tienen que ser *de igual rango*(18), ya que si un deber tiene más rango que otro, el autor debe elegir el primero en desmedro de aquel con menor jerarquía para que la justificación tenga tal efecto. Solamente ante deberes de idéntico rango, entonces, el obligado actúa conforme a derecho si cumple cualquiera de los dos (o más) deberes. Pues la colisión de deberes presupone que el autor solo puede cumplir de forma no acumulativa sino alternativa, es decir, está en condiciones de cumplir con alguno(s) de los deberes, pero no con todos. El fundamento de esto es el axioma *ultra posse nemo obligatur*: nadie está obligado más allá de su capacidad(19). Esto significa que los deberes se excluyen mutuamente y, con base en ello, se puede justificar la conducta.

En el caso básico de este artículo, *La decisión*, ambos pacientes están en peligro de muerte y, dado que solo se dispone de un respirador, el médico C solo puede cumplir uno de los dos deberes de salvar vidas(20). y si bien la solución no está regulada expresamente en países como España o Alemania(21), el médico estaría justificado al salvar a cualquiera de los dos pacientes. Además, y esto es especialmente importante, el motivo por el cual el autor elegía cumplir un deber o el otro deber sería jurídicamente irrelevante. En otras palabras, el titular de los deberes podría elegir «a quien quiera», siempre y cuando estén dados los requisi-

(18) FRISTER, H., *op. cit.*, § 22 núm. m. 61; NEUMANN, U., en: Kindhäuser, Neumann y Paeffgen (eds.), *Nomos-Kommentar Strafgesetzbuch*, vol. 1, 5.ª edición, Munich 2017, § 34 núm. m. 124; ROXIN y GRECO, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Tomo I, 5.ª edición, Múnich 2020, §16 núm. m. 118; OTTO, H., «§ 41», en Hilgendorf, E.; Kudlich, H., y Valerius, B. (eds.), *Handbuch des Strafrechts*, vol. II, Beck, Múnich, 2019, núm. m. 1, 6; ZIESCHANG, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 6.ª edición, Boorberg, Stuttgart, 2020, § 5 núm. m. 623 ss. En detalle, sobre el análisis de la igualdad de rango de los deberes, JANSEN, S., «Pflichtenkollision bei Triage-Entscheidungen, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik», en *ZfS*, vol. 3, 2021, p. 159 s.

(19) COCA VILA, I., *La colisión de deberes en Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2016, p. 132 ss.; MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Estado de necesidad, colisión de deberes y la navaja de Ockham», en De Vicente Remesal, J., *et. al.* (eds), *Libro homenaje al Profesor Diego Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, vol. 1, 2020, p. 823.

(20) En este sentido, y como contracara de la misma moneda con respecto al paciente B, si se trata de la justificación de la violación de un deber de actuar, como es este caso, no es necesario ni siquiera recurrir a la colisión de deberes, porque si la agresión contra el bien jurídico ajeno no puede estar justificada por un estado de necesidad justificante, entonces cae el deber de actuar, debido a que no puede estar dirigido contra un hecho antijurídico. NEUMANN, U., *op. cit.*, § 34 núm. m. 126.

(21) En el caso español, no está regulada expresamente bajo el nombre de «colisión de deberes justificante». Solamente están las dos eximentes en el artículo 20.5.º y 20.7.º CP que podrían hacer las veces de una regulación. *Pars pro toto*, véase COCA VILA, I., *op. cit.*, (2016), p. 60. Acerca de la discusión sobre ubicar la colisión de deberes en el 20.5.º o 20.7.º CP, pp. 514-525. Con una conclusión del autor, pp. 537-538.

tos anteriores(22). Incluso si eligiese al paciente A por motivos moralmente reprochables o discriminatorios igualmente estaría justificado. Habría un espacio libre de juicios sobre la motivación de la decisión.

No hasta hace mucho tiempo era pacífica la doctrina con respecto a cómo debía resolverse un caso así según las reglas de la colisión de deberes justificante. La cuestión central que ha sido debatida en la literatura en los últimos tres años es si el médico realmente debe poder elegir a un paciente por sobre otro independientemente de los motivos de esa elección o, por el contrario, si acaso pueden determinarse criterios a seguir ante estos supuestos de escasez. Así, el *motivo* de la elección por uno u otro deber podría volverse jurídicamente relevante y al médico se le pasarían a pedir explicaciones por su elección a favor de uno u otro paciente(23). Habría, entonces, ciertos criterios que, en casos de triaje, permitirían jerarquizar los deberes de actuar de un modo distinto al usual. En otras palabras, si se postulase que un determinado criterio es relevante para decidir los casos de triaje (al menos en casos «ex ante»), ya no estaríamos frente a deberes de igual rango.

Respecto de los criterios, de todos modos, es necesario hacer una distinción importante entre criterios de priorización y criterios de desempate(24). Los criterios de priorización son los que se utilizan en primer lugar para asignarle prioridad a unos pacientes sobre otros. Generalmente, el criterio de la urgencia (entendida como grado de peligrosidad, acompañado de una indicación médica del tratamiento) es aceptado sin más como correcto por la opinión dominante en materia de colisión de deberes(25). En los últimos tiempos, no obstante, se ha comenzado a discutir si las probabilidades de éxito también podrían ser tenidas en cuenta como criterio de priorización(26), es decir, las personas con más probabilidades de sobrevivir a su enfermedad actual

(22) COCA VILA, I., *op. cit.*, (2021), p. 195; JANSEN, S., *op. cit.*, p. 169; MERKEL, R. y AUGSBERG S., *JZ*, (14), 2020, p. 707; ENGLÄNDER y ZIMMERMANN, T., *op. cit.*, p. 1401 ss.; ZIMMERMANN, T., *op. cit.*

(23) FRISTER, H., *op. cit.*, § 22 núm. m. 62; HÖRNLE, *VerfBlog*, p. 1; HOVEN, E., *op. cit.*, p. 449; PANTALEÓN DÍAZ, M., *op. cit.*, p. 663.

(24) En este sentido, RIVERA LÓPEZ, E., *et. al.*, *op. cit.*, p. 47.

(25) ENGLÄNDER, A., *op. cit.*, p. 148; FRISTER, H., *op. cit.*, § 22 núm. m. 62; GAEDE, K., *et. al.*, *op. cit.*, p. 5; JANSEN, S., *op. cit.*, p. 169; RENGIER, R., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 13.^a edición, C. H. Beck, Múnich, 2021, § 49 núm. m. 46a s.

(26) FRISTER, H., «Zur Priorisierung lebenserhaltender medizinischer Behandlungen», en Hilgendorf, E.; Hoven, E., y Rostalski, F., (eds.), *Triage in der (Strafrechts-) Wissenschaft*, Nomos, Baden-Baden, 2021, p. 135. GAEDE, K., *et. al.*, *op. cit.*, p. 5; HOVEN, E., *op. cit.*, p. 449 ss.; KUSCHE, C., «La pandemia del coronavirus y el Derecho penal de la medicina», en: Lerman, M. D. y Tuñón Corti, M. L., (dir.), *Traducciones de nuevas investigaciones penales*, Editores del Sur, Buenos Aires, 2022, p. 90 ss. En contra, ENGLÄNDER, A., *op. cit.*, p. 148.

con el uso de recursos escasos merecerían prioridad sobre las que tienen menos probabilidades de sobrevivir a corto plazo.(27) Varias recomendaciones clínico-éticas de las sociedades médicas y parte de la doctrina han defendido la perspectiva clínica de éxito(28). De todas maneras, si bien ambos son criterios de priorización, en el triaje «ex ante» se debería distinguir primero la urgencia de cada paciente. Según la postura usual, esa sería la única decisión de priorización posible. Si se considera correcta la nueva postura, todavía minoritaria, la probabilidad de éxito del tratamiento se convertiría en el criterio decisivo solo cuando los dos pacientes que necesitan tratamiento lo necesitan con la misma urgencia.

Esta discusión puede ser dejada de lado, ya que en principio no se propone la edad del paciente como criterio de priorización básico, sino como «criterio de desempate». Esto último se refiere al caso cuando los criterios de priorización son insuficientes porque los pacientes están en plena paridad, es decir, ambos tienen la misma urgencia y, eventualmente, las mismas probabilidades de éxito del tratamiento. Es entonces cuando se hace necesario disponer de criterios de desempate que ayuden a tomar la decisión final de asignación. Hay muchos principios de justicia distributiva que pueden servir como criterios de desempate para justificar las decisiones de triaje, ya sea dar prioridad a los trabajadores sanitarios [porque así se salvaría a quienes pueden salvar a otros en el futuro(29)](30), poner en desventaja a aquellos que se han provocado ellos mismos la necesidad de un recurso escaso en una emergencia sanitaria(31), considerar el estado

(27) Véase en detalle el análisis de este criterio hecho en LÜBBE, W., «El uso eficiente de los recursos en una pandemia y el criterio de probabilidad de éxito clínico», en *En Letra: Derecho penal*, Año VII, número 13 (2022) p. 53 ss.

(28) GAEDE, K., *et. al.*, *op. cit.*, p. 5; HOVEN, E. y HAHN, J., *op. cit.*, p. 482. Críticos, ENGLÄNDER, A. y ZIMMERMANN, T., *op. cit.*, p. 1402. Para más detalles sobre las recomendaciones de las sociedades médicas alemanas, véase FRISTER, H., *op. cit.*, § 22 núm. m. 148.

(29) Un caso problemático es el de las personas que han contribuido, contribuyen específicamente o están especialmente expuestas a la lucha contra el virus, por ejemplo, los trabajadores sanitarios o los participantes en investigaciones que toman parte en los protocolos de COVID-19. Como actores clave del sistema sanitario (médicos, enfermeras e incluso investigadores), se discute si se les debería dar prioridad por su relevancia en el sistema de salud. No se trata de un privilegio de estatus injusto, sino que lleva a que, desde una perspectiva social global, se puedan mejorar las posibilidades de salvación de todos: un médico curado (y también inmunizado) aumenta la capacidad de tratamiento. ZIMMERMANN, *op. cit.* Véase también RIVERA LÓPEZ, E., *et. al.*, *op. cit.*, p. 50 s.

(30) EMANUEL, *et. al.*, *op. cit.*, p. 2053; RUIZ-HORNILLOS, J., *et. al.*, *op. cit.*, p. S53.

(31) WOLFF, *op. cit.*, p. 422 s.

de vacunación(32), distribuir los recursos por orden de llegada (el recurso se daría a la persona cuya necesidad se manifestara primero)(33), o incluso hacer el desempate con un procedimiento aleatorio como una lotería(34). En la dogmática penal continental, la opinión dominante todavía considera que el criterio básico consiste en dejar que los médicos decidan, en el sentido de que una vez realizada la decisión primaria de priorización, el médico estaría en una situación de colisión de deberes antes mencionada(35). Por consiguiente, deberían poder elegir libremente a quién salvar y el Estado no podría indagar en esa decisión.

La pregunta clave para este trabajo es, entonces, si la posición dominante debería cambiar y asumirse como válido un criterio de desempate, ya sea a través de la sanción de una ley o de una interpretación del derecho vigente. Asumiendo que esto debe ser así, lo que no está libre de dudas(36), uno de los criterios más controvertidos y adoptado al menos de facto por algunos países(37) como criterio de

(32) HÖRNLE, T., «¿Por qué el estado de vacunación de una persona puede desempeñar un papel en el triaje después de todo?», en *En Letra: Derecho penal*, Año VI, número 12, 2021, pp. 7-12.

(33) JOHN, T. y MILLUM, J., «First Come, First Served?», en *Ethics*, núm. 120, 2020, p. 179 ss. Con objeciones, PERSAD, G.; WERTHEIMER, A., y EMANUEL, E., «Principles For Allocation Of Scarce Medical Interventions», en *Lancet*, 2009, p. 424; RIVERA LÓPEZ, E., *et. al.*, *op. cit.*, p. 53.

(34) ENGLÄNDER, A., *op. cit.*, p. 139 ss.; RIVERA LÓPEZ, E., *et. al.*, *op. cit.*, p. 53.

(35) RENGIER, R., *op. cit.*, § 49 núm. m. 46a s.

(36) Véase, en profundidad, COCA VILA, I., *op. cit.*, (2021), p. 169 ss.

(37) En España, véase el informe hecho en RUIZ-HORNILLOS, J.; HERNÁNDEZ SUÁREZ, P.; MARÍN MARTÍNEZ, J. M.; DE MIGUEL BERIAIN, Í.; NIEVES VÁZQUEZ, M. A.; ALBERT, M.; HERRERA ABIÁN, M.; PACHECO-MARTÍNEZ, P. A.; TRASMONTES, V., y GUILLÉN-NAVARRO, E., «Bioethical Concerns During the COVID-19 Pandemic: What Did Healthcare Ethics Committees and Institutions State in Spain?», en *Frontiers in public health*, 9, 2021, p. 3 s. En Italia, la Società Italiana di Anestesia, Analgesia, Rianimazione e Terapia Intensiva (SIAARTI) se ha basado principalmente en la duración de la vida restante que potencialmente podría salvarse («más años de vida salvados, con vistas a maximizar los beneficios para el mayor número de personas»). Disponible en: https://d1c2gz5q23tkk0.cloudfront.net/assets/uploads/3017013/asset/SIAARTI_-_Covid19_-_Raccomandazioni_di_etica_clinica_%282%29.pdf?1606745834. Para más detalles sobre la situación en aquel país, véase ROSENBAUM, *op. cit.*, p. 2. Una cuestión similar se planteó en México, donde inicialmente se limitó la edad, pero este requisito tuvo que ser eliminado debido a las fuertes críticas. Sobre esto, véase MACKLIN, R., «Allocating Medical Resources Fairly», en *Salud Pública*, 2020. Posteriormente, el criterio fue «salvar el mayor número de vidas posible». Con respecto a España, véase, en detalle, RUEDA ETXEARRIA, J., «¿No es país para viejos? La edad como criterio de triaje durante la pandemia de la COVID-19», en *Enrahonar*, núm. 65, 2020, p. 86. En Suiza, Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW), Triage in der Intensivmedizin bei außeror-

selección es la edad del paciente(38). La cuestión es, entonces, si la edad puede tenerse en cuenta, y, en caso afirmativo, en qué medida, como criterio ética y jurídicamente relevante en la asignación de los recursos en casos de desempate. Si un médico decide darle prioridad al paciente más joven basándose en el criterio de la edad, se plantea el problema de cómo debería ser juzgada dicha preferencia en el marco del Derecho penal y, especialmente, teniendo en consideración las nuevas perspectivas de la literatura en este punto.

El caso *La decisión* procura ilustrar la problemática en el marco del triaje «ex ante». Como ya se señaló, en ese caso el médico tiene que elegir alternativamente entre el paciente A y B porque solamente tiene un respirador disponible. Ambos deberes serían en principio de igual rango porque en ambos casos está en juego la vida humana y la probabilidad de acaecimiento del resultado es similar, en nuestro caso sería la muerte(39). El problema aparece porque hay una situación de empate, incluso tras aplicar criterios de priorización, pues ambos presentan la misma urgencia (y también probabilidad de éxito, para el caso en el que se acepte). Por tanto, se plantea inevitablemente la pregunta de qué debe hacer el médico al elegir y si es correcto que pueda elegir según la edad de los pacientes. Para la postura dominante, la consideración de criterios de desempate implica en sí mismo una clasificación de las vidas humanas y, en consecuencia, su jerarquización. Incluso la introducción de las perspectivas de éxito (además de la urgencia) como criterio de priorización anterior, sería contrario a la máxima de la imponderabilidad de la vida humana para la opinión dominante(40). Desde esta perspectiva clásica de la colisión de deberes, el médico quedaría justificado, ya que los motivos son irrelevantes para el Derecho penal.

La cuestión de si la opinión dominante tiene un buen sustento, en especial su fundamento en el principio de «imponderabilidad de la vida humana» no puede ser abarcado en detalle aquí. En todo caso, es probable que la discusión relevante deba centrarse en cuál es el alcance de ese principio. Considerando que actualmente existe una postura

dentlicher Ressourcenknappheit, 2020, p. 6. Con preocupación por el criterio de la edad, DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, *et. al.*, *op. cit.*, p. 3.

(38) En detalle, y desde muchos puntos de vista, sobre la edad durante la pandemia de COVID-19 en España, véase PRESNO LINERA, M. A., *op. cit.*, p. 289 ss.

(39) Véase COCA VILA, I., *op. cit.*, (2021), p. 173; ENGLÄNDER, A., *op. cit.*, p. 123 ambos con ulteriores referencias. Cuando el grado del peligro que amenaza, aquí la muerte, es similar, los deberes de actuar son de igual rango. En cambio, si hay diferencias significativas, porque el peligro de muerte de un paciente es abstracto, los deberes son de diferente rango.

(40) Cf. COCA VILA, I., *op. cit.*, (2021), p. 184 ss.

que defiende la incorporación de criterios, la pregunta sería si la edad de los pacientes podría tenerse en cuenta solo como criterio de desempate cuando el médico haya agotado criterios previos, como sucede en *La decisión*. Sobre todo, teniendo en cuenta que el sistema jurídico no ofrece «ningún criterio de selección positivo para esta decisión»(41). Sin embargo, ¿la elección del médico sobre la base del criterio de la edad puede calificarse de «justa» si el paciente de edad avanzada muere como resultado de esta elección? En definitiva, es dudoso que solo la urgencia y, dado el caso, la probabilidad de éxito conduzcan a una solución verdaderamente justa en todos los casos imaginables. En estas circunstancias, es al menos razonable buscar otros criterios complementarios. Uno de estos criterios es, justamente, el de dar prioridad a los más jóvenes. Quien esté a favor de un principio absoluto de imponderabilidad absoluta probablemente rechace sin más esta clase de investigaciones sobre la posibilidad de tomar en cuenta criterios diferentes a los usuales.(42) Pero asúmase, aunque sea a los fines de la argumentación, que es posible hacer esta clase de distinciones.

Además, la discusión sobre la edad como desempate puede tener un rol subsidiario interesante si se sigue una versión «reformada» de la opinión dominante. En particular, autores como Hilgendorf(43), asumen como correcta la solución usual sobre colisión de deberes. Sin embargo, proponen la creación de un tipo penal para criminalizar casos en los que la decisión del médico de salvar a un paciente sobre otro resulte discriminatoria. Se trataría, en ese sentido, de un control «negativo» de la decisión de los médicos, quienes en principio mantendrían su libertad de motivación, con la salvedad de que no podrían tomar decisiones basadas en criterios como el color de piel o la etnia de los pacientes. Si se asume como correcta una posición de esta clase, todavía sería necesario determinar si un médico que privilegia a un paciente por sobre otro en virtud de la edad realiza un acto de discri-

(41) MERKEL, R. y AUGSBERG, S., *op. cit.*, p. 707; DEUTSCHER ETHIKRAT, *op. cit.*, p. 4.

(42) Para una crítica, en principio, acertada al respecto, véase PANTALEÓN DÍAZ, M., *op. cit.*, p. 620 con nota al pie 92, 663 ss.. También véase una postura que acepta este principio de la imponderabilidad de vida humana pero admite que aceptarla puede llevar a resultados absurdos en WILENMANN VON BERNATH, J., «Imponderabilidad de la vida humana y situaciones trágicas de necesidad», en *Indret*, núm. 1, 2016, pp. 28 s.

(43) HILGENDORF, E., *op. cit.*, p. 369. De todas maneras, en el marco de la discusión alemana, se ha señalado que la libertad de elegir que tiene el médico no puede ser limitada con una simple remisión al artículo 3, párr. 1 de la Constitución alemana (equivalente al art. 14 de la Constitución española). Una reducción tal no sería suficiente para el mandato de determinación de la ley penal. Cf. ENGLÄNDER, A. y ZIMMERMANN, T., *op. cit.*, p. 1400.

minación, que potencialmente podría dar lugar a un castigo en virtud de este control negativo de la decisión. La cuestión se encuentra extremadamente discutida. En los próximos párrafos se analizará la cuestión desde distintos puntos de vista, con el fin de emitir al menos un diagnóstico del estado de la discusión.

III. LA EDAD COMO CRITERIO DE TRIAJE

La edad como criterio de triaje no ha pasado desapercibida en la pandemia. Algunas guías y protocolos éticos han sugerido utilizar la edad como criterio(44). Sin embargo, no hay que perder de vista que hay dos formas de abarcar la edad, vinculadas con la distinción anterior entre criterios de priorización y de desempate. Podríamos llamar a un criterio «indirecto», porque depende de un criterio principal de priorización y al otro «independiente», al tratarse de un criterio puro, autónomo de otros(45).

1. Criterio de triaje indirecto

Se denomina «indirecto» porque debe tenerse en cuenta en el marco de otro atributo (de priorización) que es considerado decisivo o está implícito en él. Este último suele ser el criterio de la probabilidad de éxito, ya antes mencionado, y que en el Derecho penal continental ha comenzado a ser aceptado por una parte (no todavía dominante) de la doctrina. Así, la edad de la persona proporcionaría información sobre la probabilidad de sobrevivir a la enfermedad y debería evaluarse como factor predictivo de la eficacia del tratamiento(46). Si se parte de la base de que las personas más jóvenes suelen tener más posibilidades de sobrevivir, la edad entonces claramente desempeñaría un papel relevante en el contexto de priorización según las pers-

(44) Sobre el uso de este criterio en la praxis durante el año 2020 en España, véase RUEDA ETXEBARRIA, J., *op. cit.*, p. 86 s.; HERREROS, B., *et. al.*, *op. cit.*, p. 456; RUIZ-HORNILLOS, J., *et. al.*, p. 3 s.

(45) Véase RIVERA LÓPEZ, E., *et. al.*, *op. cit.*, p. 47 s.; RUEDA ETXEBARRIA, J., *op. cit.*, p. 88.

(46) EMANUEL, *et. al.*, *op. cit.*, p. 2053; PRESNO LINERA, M. A., *op. cit.*, nota al pie 13 y p. 288; RUEDA ETXEBARRIA, J., *op. cit.*, p. 86; RUIZ-HORNILLOS, J.; ALBERT, M.; REAL DE ASUA, D.; HERRERA ABIÁN, M.; DE MIGUEL BERIAIN, Í., y GUILLÉN-NAVARRO, E., *op. cit.*, p. S52.

pectivas de éxito del tratamiento(47). Lo mismo ocurre a la inversa. Caplan, que parte de la base de que se debería tener en cuenta la edad del paciente en decisiones de triaje, supone que los mayores suelen enfermarse de forma desproporcionada y grave. La edad avanzada puede indicar una menor probabilidad de supervivencia o la (baja) probabilidad de eficacia del tratamiento, ya que la funcionalidad de algunos órganos del cuerpo disminuye con el tiempo(48).

Una objeción habitual contra el uso de la edad como criterio indirecto es que perjudicaría enormemente a las personas mayores y a las personas con enfermedades coexistentes o crónicas(49). Por un lado, este criterio pone en desventaja a las personas que padecen este tipo de enfermedades, ya que tienen menos posibilidades de éxito en el tratamiento. En ese sentido, Brech señala que existe una discriminación indirecta contra las personas mayores, ya que se tiene en cuenta la probabilidad de éxito del tratamiento como criterio decisivo. De este modo, el criterio de la edad entra en la mayoría de los casos en la decisión de distribución de forma inconsciente u oculta bajo la apariencia de una indicación médica según perspectivas de éxito(50). Esto es algo que se le podría objetar a quienes no aceptan el criterio de la edad de modo «independiente» pero sí el de probabilidad de éxito o perspectivas de éxito como criterio de priorización(51). Al tomar las probabilidades de éxito como criterio principal para la asignación de pacientes en un contexto de triaje *ex ante*, se está aceptando el principio utilitarista de «salvar el mayor número de vidas». En consecuencia, la relevancia de la edad como factor predictivo de la eficacia convierte indirectamente a la edad en un factor importante a la hora de

(47) Desde la perspectiva médica, BAJAJ, V., *et. al.*, «Aging, Immunity, and COVID-19: How Age Influences the Host Immune Response to Coronavirus Infections?», en *Front. Physiol.*, 2021, p. 5 ss.; DEUTSCHER ETHIKRAT, *op. cit.*, p. 2.

(48) ARCHARD, D. y CAPLAN, A., «Is It Wrong To Prioritise Younger Patients With COVID-19?», en *British Medical Journal*, 2020, p. 2, con más referencias. RIVERA LÓPEZ, E., *et. al.*, *op. cit.*, p. 49, 78; WU, Z. y MCGOOGAN, J. M., «Characteristics of and Important Lessons from the Coronavirus Disease 2019 (COVID-19) Outbreak in China: Summary of a Report of 72314 Cases from the Chinese Center for Disease Control and Prevention», en *Journal of the American Medical Association*, 2020, p. 1239 s.

(49) CAPLAN, A., *et. al.*, «Ventilator Triage Policies», en *Annals of Internal Medicine*, 2020, p. 5; RÖNNAU, T. y WEGNER, K., *op. cit.*, p. 405; RUEDA ETXEBARRIA, J., *op. cit.*, p. 92 ss.

(50) BRECH, A., *op. cit.*, p. 276; SCHMITZ-LUHN, B., *Priorisierung in der Medizin: Erfahrungen und Perspektiven*, Springer, Berlin, 2015, p. 128.

(51) Véase FRISTER, H., «Zur Priorisierung lebenserhaltender medizinischer Behandlungen», en Hilgendorf, E.; Hoven, E., y Rostalski, F., (eds.), *Triage in der (Strafrechts-) Wissenschaft*, Nomos, Baden-Baden, 2021, p. 135 s.

hacer la elección, porque habría que hacer lo que maximice el mayor número de beneficios. Según muchas voces, cualquier otra elección representaría una administración irracional de los recursos(52). En particular, la edad como criterio indirecto aparecería como un indicador razonable para determinar la probabilidad de sobrevivir la enfermedad, como también lo serían otros indicadores, como el peso o las enfermedades preexistentes.

Sin embargo, la cuestión principal que hay que abordar es si la edad puede desempeñar un papel autónomo como criterio de desempate, con independencia de las probabilidades de éxito de cada paciente. Esto se debe a que, si la edad ya puede salir airoso como criterio autónomo, entonces con más razón podrá ser tenida en cuenta como criterio indirecto, *a maiore ad minus*. En particular, la crítica de Brech vinculada a la discriminación indirecta presupone que una asignación *directa* (o pura) de recursos según la edad sería, en efecto, una discriminación que debería ser evitada, incluso si se produce «por la puerta de atrás». Pero si se considera que el criterio de la edad *no* es discriminatorio, entonces la crítica se diluye(53). El objetivo de los siguientes apartados es, entonces, examinar si existen fundamentos para tener en cuenta la edad como criterio independiente para la distribución de recursos en el triaje «ex ante».

2. La edad como criterio de triaje independiente

Como criterio «independiente» de triaje, la edad del paciente es tomada como tal, es decir, en el sentido de tener en cuenta el número de años de vida de cada paciente. Esta información se utilizaría para la asignación de recursos médicos. Durante la crisis sanitaria provocada por la pandemia, se ha utilizado el criterio independiente de la edad también aquí de dos formas.

Por un lado, se estableció un límite de edad como criterio de priorización excluyente para el tratamiento. Por otro, para decidir cómo priorizar en caso de una situación de empate. El primer caso sucedió en

(52) EMANUEL, *et. al.*, *op. cit.*, p. 2051; HOVEN, E., *op. cit.*, p. 452; WHITE, D. B.; KATZ, M.; LUCE, J. M., y LO B., «Who Should Receive Life Support During a Public Health Emergency? Using Ethical Principles to Improve Allocation Decisions», en *Annals of Internal Medicine*, 2009, p. 3.

(53) Nuevamente: un análisis autónomo de la edad como criterio de desempate «indirecto» solo sería decisivo para quienes rechacen a la edad como criterio independiente, pero acepten al criterio de priorización de las perspectivas de éxito como válido. Si bien un análisis de esta clase puede ser valioso, no es el camino de argumentación que se seguirá en este trabajo.

algunos países que, en ciertos casos puntuales, limitaron directamente el acceso a los mayores de 80 años, sin permitir que otros factores, como la urgencia o la probabilidad de éxito, sean considerados(54). No obstante, el tener en cuenta la edad como criterio de priorización, y por ende como factor excluyente, en el triaje preventivo ha sido centro de varias críticas y sobre todo ha levantado sospechas de discriminación (especialmente edadismo y gerontofobia) (55). En España, en particular, sería una vulneración a los artículos 14, 15 y 43 Constitución Española (CE). El motivo sería que todas las personas tienen el mismo derecho a la vida y la misma protección, más allá de la duración o el tiempo que pueda restarles(56). Esto representa uno de los principios fundamentales del derecho, al menos en la tradición de derecho continental: todas las vidas humanas tienen el mismo valor y eso significa que la vida humana es tanto cualitativa— como cuantitativamente imponderable, es decir, que no cabe asignar diferencias de valor entre vidas humanas y una «suma» de vidas(57) sería impermissible, por lo que una vida vale lo mismo que cinco(58). En otras palabras, considerar la edad, y solo la edad, para determinar a quién salvarle la vida sería asignarle un valor a la vida humana. En particular, se trataría de una valoración cuantitativa según la cantidad de años de vida(59). Se trataría, entonces, de una discriminación basada en factores biológicos, porque establecer un punto de corte específico, como no permitirle la entrada a los mayores de 80 años, también debe considerarse arbitrario(60).

(54) Véase nota al pie núm. 10.

(55) AYALON, L.; CHASTEEN, A.; MANFRED, D.; LEVY, B.; NEUPERT, S.; ROTHERMUND, K.; TESCH-RÖMER, C., y WAHL H., «Aging in Times of the COVID-19 Pandemic: Avoiding Ageism and Fostering Intergenerational Solidarity», en *The Journals of Gerontology*, Series B, vol. 76, Issue 2, 2021, p. e51; RUIZ-HORNILLOS, J.; ALBERT, M.; REAL DE ASUA, D.; HERRERA ABIÁN, M.; DE MIGUEL BERIAIN, Í., y GUILLÉN-NAVARRO, E.; *op. cit.*, p. S52; STERNBERG-LIEBEN, D., «Strafrechtliche Erfassung einer (ex-ante-, ex-post-oder präventiven) Triage in der Corona-Pandemie», en *Zeitschrift für Lebensrecht (ZfL)*, tomo 31, vol. 1, 2022, p. 17.

(56) DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. y BELLVER CAPELLA, V., «Priorizar sin discriminar», en *IgualdadES*, núm. 3, 2020, p. 326 s. En el mismo sentido en Alemania, DEUTSCHE ETHIKRAT, *op. cit.*, p. 3.

(57) Abal entiende desde el mismo punto de vista lo contrario: «Como toda vida es igualmente valiosa, debemos optar por un criterio que nos permita salvar la mayor cantidad de vidas individuales posible» (ABAL, F., *op. cit.*, p. 39). Esto, según los defensores de la imponderabilidad de la vida humana, sería contradictorio. Justamente como no se puede valorar la vida cuantitativamente no podríamos tomar como base un criterio de maximización de vidas salvadas.

(58) Véase WILENMANN VON BERNATH, J., *op. cit.*, p. 7 s.

(59) Así, por ejemplo, HOVEN, E., *op. cit.*, p. 451: «dado que la vida humana es finita, esta tiene necesariamente un componente cuantitativo».

(60) SCHMITZ-LUHN, B., *op. cit.*, p. 133.

Esto es, en general, correcto, pero es necesario hacer algunas aclaraciones. La parte de la literatura que rechaza la incorporación de la edad como criterio sea de priorización o desempate lo equipara a otros criterios como la religión, el origen, género, rol social, riqueza, etc.(61) Pero algunas voces de la literatura han replicado a esta crítica al considerar que no es un trato discriminatorio, sino que el criterio de la edad no está dirigido a un grupo de personas. Por el contrario, la edad es un factor biológico por el que todos transitaremos(62), y por ese motivo no es discriminatorio como lo sería hacer una diferencia por etnia, religión, género, entre otras(63). La edad no sería una característica intrínseca a una persona, porque al final, todos envejeceremos(64). Lo que sí sin dudas sería discriminatorio es usar el criterio de la edad general como razón *única* de exclusión(65), lo cual refleja la situación del triaje preventivo antes mencionada. Además, al aplicar exclusivamente la edad como criterio de priorización, la decisión no se basa en criterios objetivos médicos que puedan hacer las veces de «base» para asignar los recursos, como lo es el criterio de la urgencia o, incluso, el de las perspectivas de éxito. La edad, para ser un criterio legítimo de triaje, tendría que ser considerada recién cuando todos los criterios médicos anteriores ya hayan sido agotados o, a lo sumo, como criterio indirecto. Por eso, el análisis debe centrarse en la edad como criterio *de desempate*. En cambio, si se lo utiliza como criterio exclusivo de prioriza-

(61) BRECH, A., *op. cit.*, p. 280 ss.; DEUTSCHER ETHIKRAT, *Solidarität und Verantwortung*, p. 3 s.; JANSEN, S., *op. cit.*, p. 163; RÖNNAU, T. y WEGNER, K., *op. cit.*, p. 405.

(62) Véase DANIELS, N., «Justice between Adjacent Generations: Further Thoughts», en *Journal of Political Philosophy*, p. 475; SCHMITZ-LUHN, B., *op. cit.*, p. 132. Similar, PANTALEÓN DÍAZ, M., *op. cit.*, nota al pie núm. 228: «El caso de un criterio tan «ubicuo» como la edad me parece, sin embargo, mucho más discutible: ante pacientes con idénticas expectativas de supervivencia, no creo que sea más justo el azar que elegir sistemáticamente al más joven. Cuando se dice que esto supondría una (inadmisible) discriminación de las personas de edad avanzada parece olvidarse que –a diferencia de lo que sucede con otros factores como el sexo biológico o la etnia– todas las personas de edad avanzada fueron jóvenes alguna vez y pudieron beneficiarse de este criterio frente a sus mayores».

(63) DANIELS, N., *op. cit.*, p. 475; PERSAD, G.; WERTHEIMER, A., y EMANUEL E., *op. cit.*, p. 425.

(64) DANIELS, N., *op. cit.*, p. 475; SCHMITZ-LUHN, B., *op. cit.*, p. 132. Sin embargo, este argumento puede tener ciertas debilidades. El hecho de que «todos pasaremos por las distintas edades de la vida» no quita que en el momento de usar el criterio de la edad aquel este dirigido a un grupo de personas, en este caso, el grupo etario más avanzado.

(65) En el mismo sentido, PRESNO LINERA, M. A., *op. cit.*, p. 292 s.; RUEDA ETXEBARRIA, J., *op. cit.*, p. 94.

ción, da lugar a una discriminación basada en una desigualdad de trato arbitraria hacia un grupo de edad(66).

De todas formas, todavía está abierta la pregunta respecto de si utilizar la edad como criterio general de desempate *también* es discriminatorio. Para evitar una discriminación, debería invocarse una fundamentación razonable a favor de tener en cuenta la edad como criterio de esta clase. De hecho, encontrar estos motivos plausibles nos permite distinguirlo de la discriminación ilegal. Como explica acertadamente Alexander, hay casos en los que hacemos diferenciaciones, pero no son desacertadas y discriminatorias porque precisamente hay un argumento objetivo y plausible detrás de ellas(67). En el mismo sentido se manifiesta el Tribunal Constitucional español cuando explica, también en el marco de un debate sobre la discriminación por edad, que:

«[...] el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual *con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica*, de manera que *no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el artículo 14 CE*, sino tan solo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, *sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello*, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de *arbitrarios o carentes de una justificación razonable*. Lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por *no venir fundadas en criterios objetivos y razonables*, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados»(68) (resaltado agregado).

(66) ARCHARD, D. y CAPLAN, A., *Op. cit.*, p. 2; ALEXANDER, L., *What Makes Wrongful Discrimination Wrong?*, University of Pennsylvania Law Review, 1992, p. 218; SCHMITZ-LUHN, B., *op. cit.*, p. 133.

(67) ALEXANDER, L., *op. cit.*, p. 151. Singer también apoya esta tesis y argumenta en contra de considerar el «edadismo» como una forma de discriminación en el contexto del triaje. SINGER, P., «Is Age Discrimination Acceptable?». Disponible en: <https://www.project-syndicate.org/commentary/when-is-age-discrimination-acceptable-by-peter-singer-2020-06?barrier=accesspaylog>. Véase también BOGNAR, G., «Fair Innings», en *Bioethics*, 2015, p. 256.

(68) Tribunal Constitucional, Sentencia 63/2011 del 16 de mayo de 2011, p. 8. Disponible en: <https://www.BOE.es/BOE/dias/2011/06/11/pdfs/BOE-A-2011-10186.pdf> (última consulta: 22 de enero).

En definitiva, para que pueda siquiera considerarse a la edad (entendida como número de años vividos) como criterio de desempate hay que aportar argumentos que hagan plausible su utilización en este contexto. A continuación, se analizarán dos fundamentos: uno ofrecido por la ética consecuencialista, y otro por la ética deontológica.

IV. ARGUMENTOS A FAVOR DEL CRITERIO «INDEPENDIENTE» DE EDAD PARA CASOS DE DESEMPATE

1. Postura consecuencialista

En la doctrina, se ha propuesto la consideración de la edad independiente, en primer lugar, desde la ética consecuencialista(69) o, dado el caso, utilitarista(70). Un punto de vista consecuencialista propuesto viene derivado de una interpretación del principio de maximización que se centra en la esperanza de vida del paciente(71), es decir, la maximización de la cantidad de años de vida esperados a largo plazo cuando supere la enfermedad actual. El factor decisivo para decidir qué se valora positivamente para conseguir las mejores consecuencias es el criterio de vida *restante*. Así, la solución depende de la esperanza de vida que se quiera preservar, por lo que el médico debe decidir a favor del paciente que tenga mayor esperanza de vida(72). En este caso, se trata de maximizar el «ahorro» del mayor número posible de años de vida, pero no necesariamente del mayor número de personas(73). En particular Hoven defiende que si pudiéramos «comprar» más años de vida, seguramente el precio de 50 años de vida humana sería mucho más caro que el precio de 5 años(74). De este modo, dar prioridad a la persona que tiene más años por delante supone un mayor beneficio. Por tanto, en *La decisión*, el médico C debería salvar al paciente A según esta perspectiva. La cuestión decisiva aquí no es si una edad avanzada puede desempeñar un papel indi-

(69) ARCHARD, D. y CAPLAN, A., *op. cit.*, p. 2; EMANUEL, *et. al.*, *op. cit.*, p. 2052 ss.; HOVEN, E., *op. cit.*, p. 452; SINGER, P., *op. cit.*

(70) Para más detalles sobre el concepto de utilitarismo, véase VON DER PFORDTEN, D., «Rechtsethik», en HILGENDORF, E. y JOERDEN, J., *Handbuch Rechtsphilosophie*, Metzler, Stuttgart, 2017, p. 98 ss.

(71) Otra interpretación sería la cantidad de vidas salvadas. Cf. RIVERA LÓPEZ, E., *et. al.*, *op. cit.*, p. 48; RUEDA ETXEBARRIA, J., *op. cit.*, p. 91 s.

(72) HOVEN, E., *op. cit.*, p. 451; MERKEL, R. y AUGSBERG, S., *op. cit.*, p. 705.

(73) EMANUEL, *et. al.*, *op. cit.*, p. 2051 ss.

(74) HOVEN, E., *op. cit.*, p. 451.

recto porque podría reducir la posibilidad de éxito del tratamiento y, por tanto, la esperanza de vida, sino el postulado de legitimar una diferencia de edad suficientemente marcada como criterio de desempate, ante igualdad de urgencia y, eventualmente, perspectivas de éxito.

Sin embargo, esta perspectiva tiene dos problemas importantes. La primera es que es aplicable únicamente a quienes defienden al criterio de priorización de las perspectivas de éxito, además de la urgencia. Como ya se analizó, las perspectivas de éxito *de hecho* tienen en cuenta la edad del paciente para determinar cuáles son las chances de sobrevivir al tratamiento. Por consiguiente, volver a considerar la esperanza de vida equivaldría a contar doblemente un aspecto decisivo en contra de las personas mayores (*double counting*)(75). En consecuencia, quienes estén a favor de al menos alguna versión del criterio de las probabilidades de éxito para lograr una priorización razonable en una pandemia, el argumento del doble cómputo debería bastar en principio para desacreditar el fundamento consecuencialista de un criterio de desempate.

El segundo problema es general y está referido a fundamentar los criterios de triaje de un modo consecuencialista puro, como hace Hoven(76), ya que viola una premisa comúnmente aceptada, como la separación de las personas(77): las personas mayores serían tomadas como meras unidades de la utilidad y deberían aceptar un sacrificio de su existencia en aras de la maximización de la utilidad, como bien objetivo e impersonal. Esta es la base del principio de imponderabilidad de la vida humana, según el cual es inadmisibles cualquier distinción basada en el valor de la vida. Porque toda vida es digna de protección, independientemente de su duración(78).

(75) Véase RUEDA ETXEBARRIA, J., *op. cit.*, p. 92 s.

(76) De todas maneras, es necesario aclarar que la postura de Hoven ha sido criticada también por hacer un mal uso de autores no consecuencialistas. Así, para defender un criterio de edad basado en el consecuencialismo, Hoven deriva una solución consecuencialista del velo de ignorancia de Rawls (HOVEN, E., *op. cit.*, p. 453; «Berücksichtigung von Lebensalter und Lebenserwartung», en Hörnle, T.; Huster, S., y Poscher P., (eds.), *Triage in der Pandemie*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2021, p. 353), cuando la base del experimento mental de Rawls presupone que los participantes en la posición original ya han rechazado el consecuencialismo como teoría moral. Véase, por ejemplo ENGLÄNDER, A., *op. cit.*, p. 130 s.; ENGLÄNDER, A., *GA*, p. 346; HILGENDORF, E., «Triage, Recht, und Ethik», en Hilgendorf, E.; Hoven, E., y Rostalski, F., (eds.), *Triage in der (Strafrechts-)Wissenschaft*, Nomos, Baden-Baden, 2021, p. 179 s.; MERKEL, R. y AUGSBERG, S., *JZ*, p. 710.

(77) MERKEL, R. y AUGSBERG S., *op. cit.*, p. 710.

(78) MERKEL, R. y AUGSBERG S., *op. cit.*, p. 705.

No se puede analizar en este trabajo si la crítica de los detractores del consecuencialismo como fundamento de la ética filosófica es acertada, o no. Solo cabe señalar que el temor a las ideas consecuencialistas o utilitarias puede ser comprensible(79). Justamente esa fue la estrategia de autores alemanes como Engländer o Merkel(80). De hecho, no es ningún secreto que, al menos desde el libro de John Rawls *A Theory of Justice*(81), la aceptación del consecuencialismo en general y del utilitarismo en particular como teorías morales no puede darse por sentada.

Ante estas críticas, la propia Hoven(82), señala que en contextos de pandemia es necesario tomar decisiones trágicas y que la ética deontológica, en la que se basan las mencionadas críticas, no puede ofrecer ninguna respuesta. Si esto fuese así, entonces la «desconfianza» en el consecuencialismo no debería servir de obstáculo para el debate sobre qué hacer ante los casos dilemáticos actuales que requieren un enfoque profundo y serio(83). En otras palabras, quizá se debería renunciar al principio de imponderabilidad humana, al menos en ciertos casos extremos como las emergencias sanitarias, en una perspectiva similar a la que plantean los llamados «deontologistas de umbral»(84). Sin embargo, no es necesario ir tan lejos. Porque, en contra de lo que plantea Hoven, sí hay una alternativa no consecuencialista o deontológica para fundamentar el recurso a la edad como criterio de desempate en casos de triaje. A continuación, se brindará esta alternativa, mucho más promisoría que la postura consecuencialista.

(79) Por ejemplo, MERKEL, R. y AUGSBERG S., *JZ*, p. 710; RUIZ-HORNILLOS, J.; ALBERT, M.; REAL DE ASUA, D.; HERRERA ABIÁN, M.; DE MIGUEL BERIAIN, Í., y GUILLÉN-NAVARRO, E., *op. cit.*, p. S53. Véase análisis crítico sobre el «giro utilitarista» en el marco del triaje en COCA VILA, I., *op. cit.*, (2021), p. 182 ss. De hecho, los efectos de este rechazo han sido sorprendentes, por ejemplo, en la declaración de inconstitucionalidad de la Ley de Seguridad Aérea por parte del Bundesverfassungsgericht (Tribunal Supremo Federal alemán). Cf. BVerfGE 115, 118, 151 ss. Para otros ejemplos importantes, véase MERKEL, R. y AUGSBERG, S., *op. cit.*, p. 705.

(80) ENGLÄNDER, A., *op. cit.*, p. 128; MERKEL, R. y AUGSBERG, S., *JZ*, p. 719 s.

(81) RAWLS, J., *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, 1999, p. 24 ss.

(82) HOVEN, E., *op. cit.*, p. 452.

(83) También sobre estos problemas NEUMANN, U., «Die Tyrannei der Würde: Argumentationstheoretische Erwägungen zum Menschenwürdeprinzip», en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie/Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, 1998, 153 ss.

(84) ALEXANDER, L., *Deontology at the Threshold*, en *San Diego Law Review*, vol. 37, 2000, p. 894 ss.

2. Postura deontológica

Este análisis deontológico se basa en el argumento de la «vida suficiente» (del inglés, *fair innings*)(85). Esta idea basada en la equidad intenta distribuir las oportunidades a través de un «trato desigual»(86). El punto de partida es que toda persona tiene derecho a vivir una vida «suficiente» en cuanto al tiempo. Lo decisivo es el número de años *ya* vividos, no el número de años *por delante*, como afirma la postura consecuencialista. En este sentido, todas las personas tienen el mismo derecho a vivir la mayor cantidad de vida posible y las oportunidades de vivirla deben distribuirse de forma justa. Así, una persona mayor ya tuvo la oportunidad de vivir la vida que la persona más joven no tuvo(87). Esto significa, por ejemplo, que un joven de 20 años que no ha vivido tanto como una persona mayor tiene una mejor pretensión al tratamiento si aquel no está disponible para todos los pacientes que llegan, tal como ocurre en el contexto de una emergencia sanitaria. Por tanto, se debe priorizar el tratamiento de la persona más joven sobre el de la persona que ya ha vivido más años, como B, de 75 años, en *La decisión*. La priorización no se basa en quién está peor en términos de salud, ni en cuántos años le quedan a la persona, sino en quién está peor en términos de su situación vital global, que depende de los años de vida ya vividos(88). El objetivo es, entonces, *igualar* las oportunidades de vida en la medida en que el ciclo vital humano lo permita.

El punto de vista opuesto(89) asume que el punto de vista de los *fair innings* también da lugar a una violación del principio de imponderabilidad, la protección absoluta de la vida y la dignidad humana, porque indicaría que una vida vale más o menos, dependiendo de los

(85) Véase ARCHARD, D. y CAPLAN, A., *op. cit.*, p. 1; BOGNAR, G., *op. cit.*, p. 254; EMANUEL, *et. al.*, *op. cit.*, p. 2052; EMANUEL, E. y WERTHEIMER A., «Who should get influenza vaccine when not all can?», en *Science* p. 854; RIVERA LÓPEZ, E., *et. al.*, *op. cit.*, p. 55. En un contexto diferente, HÖRNLE, T. y WOHLERS W., «Autonome Fahrzeuge und Leben-gegen-Leben-Dilemmata», *GA*, 2018, p. 28.

(86) RUEDA ETXEBARRIA, J., *op. cit.*, p. 89. Para ilustrar esta tesis, véase la metáfora de la sobremesa: Los que están sentados en una mesa de restaurante deben dejar su sitio a los que todavía están esperando una mesa. Véase ARCHARD, D. y CAPLAN, *op. cit.*, p. 1, con ulteriores referencias; véase también otra metáfora en BOGNAR, G., *op. cit.*, p. 255. Véase también LÓPEZ DE LA VIEJA DE LA TORRE, M. T., «Principios de ética en la pandemia», en *Dilemata*, núm. 39, 2022, p. 53.

(87) EMANUEL, E., *et. al.*, *op. cit.*, p. 2051 ss.

(88) BOGNAR, G., *op. cit.*, p. 254; CAPLAN, A., *et. al.*, *op. cit.*, p. 2; EMANUEL, E., *et. al.*, *op. cit.*, p. 2052; NORD, E. «Concerns for the worse off: fair innings versus severity», en *Social science & medicine*, vol. 60, 2005, p. 257.

(89) BRECH, A., *op. cit.*, p. 280 ss.; MACKLIN, R., *op. cit.*, p. 591.

años ya vividos. Esto enviaría un mensaje indirecto sobre el valor de una vida más o menos vivida y, por tanto, haría la afirmación de que las personas mayores, por haber vivido más, tienen menos valor. Sin embargo, aquí hay un malentendido: no se habla de que una vida sea más o menos valiosa, ni se le da valor a la vida como bien impersonal o a la cantidad de años de vida que podrían ser salvados. Este punto de vista es neutral con respecto al valor de las vidas humanas, ya que no interesa aquí ni cuántos años vivirá posteriormente el paciente, ni en qué estado tendrá que vivir después de su recuperación, por ejemplo, si padecerá una enfermedad crónica o tendrá que hacer uso permanente de un aparato que le ayude a manejar su respiración(90). El único factor decisivo es la definición de un criterio de justicia distributiva basado en la edad. En particular, se considera que todos puedan tener las mismas posibilidades de vivir una vida larga y, por tanto, sería equitativo compensar a las personas que tuvieron menos posibilidades de vivir, en el contexto de una situación en la que necesariamente hay que tomar una decisión. Por eso, la vida del joven no vale más que la del anciano, ni es necesario maximizar los años de vida restantes. Se trata más bien de igualar las posibilidades de tener una vida larga entre dos personas que tuvieron oportunidades muy diferentes de alcanzar este objetivo, según una regla de equidad [fairness] deontológica.

Este punto de vista no pretende establecer la edad general como criterio único de selección ni establecer un corte de edad fijo que pueda excluir a un grupo. Esto es lo que sucedería si se asumiese a la edad como criterio de priorización, y por ende excluyente, de triaje, algo que, como ya se señaló, sería discriminatorio y emitiría un peligroso mensaje: un determinado grupo de personas no merece el esfuerzo y el coste del tratamiento(91). Por el contrario, el argumento de los *fair-innings* como criterio de desempate trata de buscar un equilibrio(92), luego de que los criterios de priorización, como la urgencia y, eventualmente, la probabilidad de éxito, no permiten preferir a un

(90) Sin embargo, no hay acuerdo sobre el concepto de «fair-innings». En algunos casos, se propone tener en cuenta la calidad de vida post tratamiento (QUALYs). Véase BRECH, A., *op. cit.*, p. 266; NORD, *op. cit.*, p. 258. Así, lo importante no sería solo la edad, sino también la calidad de vida. Esto podría repercutir en el caso si, por ejemplo, se afirmara que el paciente A pasaría los diez años que le quedan de vida con demasiados dolores a causa de la infección. Pero esto incluiría considerar un beneficio (consecuencialismo). Sin embargo, el concepto de QUALYs es un correctivo ad hoc que se puede hacer, pero no es necesario. Véase también PERSAD, G.; WERTHEIMER, A., y EMANUEL E., *op. cit.*, p. 428 s., para otra propuesta.

(91) BOGNAR, G., *op. cit.*, p. 256; HÖRNLE, T., *op. cit.*, VerfBlog, p. 3.

(92) BOGNAR, G., *op. cit.*, p. 253.

paciente sobre otro. En este trágico empate, y con el trasfondo de la clara diferencia entre las posibilidades de vivir una larga vida, se produce una corrección en la forma de distribuir recursos que pretende lograr una igualdad de oportunidades.

Se podría argumentar que el punto de vista propuesto busca maximizar los años de vida restantes «de forma encubierta», ya que busca maximizar las posibilidades de una vida larga: para una persona de 65 años las posibilidades de vivir otros 15 años serían decisivas y esto se debería ponderar en un cálculo de utilidad frente a las posibilidades de vida de una persona de 20 años con una perspectiva de 60 años. Se trataría, en última instancia, de un mero cambio de nombre de la posición consecuencialista. No obstante, esto no es así. La postura basada en la idea de *fair-innings* ofrece un verdadero criterio deontológico retrospectivo y tendente a equilibrar las diferencias entre las posibilidades que tenían las personas afectadas de vivir una larga vida, con independencia de si eso genera las mejores consecuencias, o no. Para ilustrar la explicación de por qué no significa una minusvaloración de la vida y tampoco se centra en la utilidad, considérese el siguiente ejemplo:

Otra chance: A, de 20 años, y B, de 75, son trasladados de urgencia al hospital. Se admiten al mismo tiempo. Para ambos, la probabilidad de supervivencia con ventilación es superior al 90%, de lo contrario es inferior al 40%. Sin embargo, solo hay un ventilador disponible para estos dos pacientes que requieren ventilación. El médico responsable, C, decide dar prioridad al paciente A, que padece un cáncer muy grave y al que le queda menos de un año de vida, sobre el paciente B, que no tiene ninguna enfermedad previa; el paciente B muere. Unos meses después, el paciente A muere de cáncer.

Según la idea de *fair-innings*, al menos como aquí es entendida, la persona de 20 años debe ser salvada, aunque su esperanza de vida es drásticamente inferior a la de la persona de 75 años. El trasfondo de esto es que esta visión deontológica(93), independientemente de las consecuencias, se guía *solamente* por la equiparación de los años de vida vividos.

Lo señalado es muy importante, porque las propuestas consecuencialistas y deontológicas con respecto a la edad no se han distinguido lo suficiente, lo que ha llevado a cierta confusión. Por ejemplo, Hoven argumenta abiertamente de manera consecuencialista(94), y plantea la

(93) Con otros ejemplos, BOGNAR, G., *op. cit.*, p. 253 s., con ulteriores referencias.

(94) HOVEN, E., *op. cit.*, p. 452.

cuestión, al menos en parte, como un *argumento de fairness*(95). Sin embargo, se trata de cuestiones diferentes, ya que, según el criterio de edad independiente consecuencialista, el caso *Otra chance* se resolvería a favor de la persona de 75 años, porque sería crucial salvar a la persona que todavía tiene más años de vida *por delante*. Esto proporcionaría un mayor beneficio o una mejor consecuencia general: los recursos se utilizarían de la mejor manera posible(96). En cambio, nada de eso le importa a la postura deontológica basada en la idea de *fair-innings*.

Otra objeción que se puede plantear contra el argumento de los *fair-innings* es que sirve para resolver adecuadamente los casos extremos en los que la diferencia de edad es significativa, pero no el caso en el que los pacientes tienen uno o dos años de diferencia y establecer un límite de edad parecería arbitrario(97):

Dos Millennials: A, de 28 años, y B, de 27, son trasladados al hospital de emergencias. Ingresan al mismo tiempo. Ambos tienen la misma urgencia y una probabilidad de supervivencia superior al 90% con ventilación artificial; en caso contrario, inferior al 40%. La única diferencia entre los dos pacientes es su edad. Pero solo se dispone de un ventilador y es casi seguro que no se dispondrá de ningún otro ventilador a tiempo para salvar a ambos. El médico responsable, C, decide dar preferencia al paciente B sobre el paciente A. Ambos están perfectamente sanos. El paciente A muere.

De acuerdo con un criterio estricto de *fair-innings*, debería ser salvado el paciente B. Sin embargo, un estándar de esta clase podría dar lugar a generalizaciones que, aplicadas en términos absolutos, no siempre conducirían a resultados que parecen justos(98). Esta objeción es plausible pero no decisiva. Lo que parece contraintuitivo de la solución es que los dos pacientes tuvieron aproximadamente las mismas chances de vivir una larga vida, por lo que luce injusto preferir a uno sobre otro a partir de ese criterio. Esto puede ser evitado si se hace una corrección para garantizar soluciones justas: solamente tendría que ser usado el criterio de la edad (entendida como *fair-innings*) para un desempate cuando la diferencia de edad es significativa. No es nada descabellado imaginar un sistema así. De hecho, algunos bioeti-

(95) HOVEN, E., *op. cit.*, nota al pie 28; HOVEN, E., *op. cit.*, 2021, p. 351 («la ética deontológica no puede dar respuesta aquí»), pero luego invoca argumentos de *fairness* en p. 361 ss.

(96) BOGNAR, G., *op. cit.*, p. 253; SINGER, P., *op. cit.*

(97) ARCHARD, D. y CAPLAN, A., *op. cit.*, p. 1.

(98) De forma similar, MACKLIN, R., *op. cit.*, p. 591 ss.

cistas(99) han propuesto una serie de recomendaciones en las que el criterio «independiente» de la edad podría utilizarse de forma restrictiva en «situaciones de empate» cuando exista una diferencia muy significativa entre el número de años de vida de cada paciente. El objetivo sería dividir a los posibles pacientes por edad en grupos pediátricos, adultos y geriátricos y establecer una relación de prioridad solo para los pacientes pediátricos sobre los geriátricos.

Por supuesto, la preferencia por dar prioridad a quienes están en peor situación por no haber tenido la oportunidad de vivir una vida larga plantea serias dudas sobre cómo debemos proceder si ambos pacientes son jóvenes, pero con una diferencia de edad significativa:

Jóvenes: En igualdad de condiciones, supongamos ahora que el paciente A es una persona de 19 años y B un bebé de 1 año. El médico responsable C decide dar preferencia al paciente A sobre el paciente B. B muere.

Para resolver este problema, no es posible ya recurrir al sistema de división por grupos. Porque el bebé de un año sería considerado un paciente pediátrico, mientras que el de 19 años a lo sumo un adulto. Dado que la prioridad solamente la tendrían pacientes pediátricos sobre geriátricos, aquí no procedería la compensación por edad. La pregunta es qué hacer en estos casos. Algunos han argumentado que el sistema de asignación debería hacer hincapié en las gradaciones dentro de una vida(100). Así, el paciente A merecería prioridad porque el joven de 19 años ya ha desarrollado una personalidad y sería capaz de formar un plan de vida a largo plazo, pero no ha tenido la oportunidad de realizarlos, a diferencia de B, que ni siquiera ha tenido aún la oportunidad de pensar en ello. Esta cuestión es ciertamente discutible. De hecho, en sentido estricto el bebé de 1 año ha tenido *muchas* menos posibilidades de vivir una vida larga, por lo que también habría argumentos a favor para privilegiarlo por sobre quien al menos pudo vivir 19 años. Quizá la solución sea la de recurrir a un procedimiento azaroso, como tirar una moneda o utilizar un sistema de sorteo. Con independencia de cuál de estas tres alternativas es la correcta, al menos hay disponibles distintas propuestas de solución, por lo que la objeción no luce decisiva.

Por último, hay que tener en cuenta un último argumento. Se ha sugerido que este planteo acaba imponiendo a una parte inocente el deber de sacrificarse para que los más jóvenes puedan vivir, de un modo no muy distinto a las propuestas consecuencialistas ya analizadas. El hecho de que un individuo concreto, y no la sociedad en su

(99) RIVERA LÓPEZ, E., *et. al., op. cit.*, p. 50.

(100) EMANUEL, E. y WERTHEIMER, A., *op. cit.*, p. 855.

conjunto, deba compensar a otro joven «desafortunado» sería algo especialmente discutible según este punto de vista. El infortunio de quien está por morir a una edad temprana se reduciría a una mala suerte en la «lotería de la vida», en el sentido de la mala suerte de ser golpeado por una enfermedad potencialmente mortal a una edad temprana, o la «suerte relativa» de ser golpeado solo a una edad más avanzada.(101) Según esta crítica, esa mala suerte quizá le otorgue a quien se ha visto perjudicado una pretensión de compensación contra el Estado o contra la generalidad, pero no un derecho a que otra persona concreta se deje morir para que proceda la compensación, a pesar de no haber contribuido a la mala suerte del perjudicado. Un deber de esta clase sería, en definitiva, muy difícil de justificar en ordenamientos jurídicos y morales liberales, donde los deberes de sacrificio son por demás limitados.

Es cierto que es realmente difícil justificar teóricamente un deber de sacrificio de esta clase en un sistema liberal. Sin embargo, en todos los casos de compensación de desventajas en escenarios de la vida real habrá un individuo que al final será «sacrificado» durante la ejecución de la compensación. Piensa en los casos clásicos de «affirmative action» en Estados Unidos, en los que los estudiantes blancos mejor cualificados no accedían a la universidad, porque se daba prioridad a una persona de un grupo desfavorecido con peores calificaciones(102). Quizá todos los casos de sacrificios a causa de compensaciones de desventajas sean inmorales y/o antijurídicos. Pero para afirmar eso hay que tomar una posición muy fuerte de filosofía política en contra del llamado igualitarismo de la suerte(103) y probablemente también a favor de un liberalismo político muy estricto(104). Quizá una toma de posición de esa clase sea correcta, pero es una cuestión por demás controvertida. Por último, pero no menos impor-

(101) ENGLÄNDER, A., *op. cit.*, 2021, p. 134; EL MISMO, *op. cit.*, 2022, pp. 347-348.

(102) SANDEL, M., *Justice: What's the Right Thing to Do?*, Farrar, Straus, and Giroux, New York City, 2009, p. 167 ss.

(103) Para un panorama, véase ARNESON, R., «Luck Egalitarianism Interpreted and Defended», en *Philosophical Topics*, vol. 32, 2004, p. 1 ss. KNIGHT, C., «Luck Egalitarianism», en *Philosophy Compass*, vol. 8, 2013, p. 887 ss.

(104) La discusión sobre esta problemática es, hoy en día, inabarcable, por lo que una toma de posición sobre el tema parece ser un requisito muy exigente para determinar si una postura sobre un problema ético y/o jurídico puntual (como el triaje) es correcta o incorrecta. Véase solamente la exposición sucinta del tema en ARNESON, R., «Egalitarianism», en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2013. Disponible en <https://plato.stanford.edu/entries/egalitarianism/> (última consulta: 22 de enero de 2023). LIPPERT-RASMUSSEN, K., «Justice and Bad Luck», en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2018.

tante, el criterio alternativo para resolver casos como *La Decisión*, distinto del criterio de la edad y asumiendo que el médico no debería poder elegir libremente, sería el de recurrir a un proceso aleatorio, como una lotería. Pero esto puede dar lugar a resultados contraintuitivos, por ejemplo, en casos en los que la lotería beneficia a una persona de 95 años, por sobre un joven de 15(105). Una buena teoría deontológica debe tratar de evitar tales resultados, aunque eso implique la adopción de una postura liberal no tan estricta.

Si lo anterior es correcto, y las críticas no son decisivas, entonces una perspectiva deontológica de *fair-innings* luce como una forma prometedora de ofrecer un fundamento no discriminatorio para utilizar la edad como criterio de triaje. Por supuesto que las críticas no son menores y, por consiguiente, no es posible ofrecer una toma de posición definitiva. Empero, lo señalado parece ser suficiente para profundizar la discusión y, en especial, para no descartar tan rápidamente a la edad como criterio para la asignación de recursos escasos en situaciones de pandemia, al menos en ciertos casos.

V. CONCLUSIÓN

Para concluir, se puede decir que la dogmática del Derecho penal demuestra ser, una vez más, una materia capaz de brindar soluciones ante la saturación de los sistemas sanitarios provocada por una pandemia, donde los médicos tienen que decir a qué paciente deben priorizar. En particular, la causa de justificación de la colisión de deberes justificante ofrece herramientas interesantes para llegar a esas soluciones, incluso aunque no esté explícitamente regulada. También queda claro que la dogmática es una disciplina dinámica, porque puede adaptarse a los cambios y proponer nuevos debates, aun desde una perspectiva interdisciplinaria como la bioética. Sin embargo, los desafíos que ha presentado el coronavirus no han sido menores y, en el ámbito del Derecho penal, aparece la cuestión no menor de si la edad del paciente debe jugar un rol en las decisiones de triaje *ex ante* de los médicos, a ser resueltos según la colisión de deberes justificante. En este trabajo, se ha demostrado que existe un argumento deontológico plausible representado por el principio de *fair-innings* para tener en cuenta a la edad en las decisiones de triaje: la necesidad de compensar a quienes

(105) Si sería posible explicarle razonablemente al joven de 18 años que se lo deja morir, porque no debe compensarse ninguna desventaja en la «lotería de la vida», es algo que tampoco resulta evidente. *Pace* ENGLÄNDER, en *GA*, 2022, p. 347.

han tenido menores oportunidades de vivir una vida suficiente, a causa de su mala suerte. Ciertamente, este fundamento de la «equidad» también tiene sus puntos débiles; de hecho, la opinión posiblemente dominante en el Derecho penal sigue señalando que la edad del paciente no debería ser utilizada como criterio de triaje, ya sea de priorización o desempate. No obstante, en este artículo se ha mostrado que no es tan fácil rebatir este argumento como parecería a simple vista y que no es necesario asumir el consecuencialismo y/o utilitarismo como teoría moral correcta para defenderlo. Más bien, la ética deontológica ofrece una solución posible a esta cuestión que quizá obligue a replantear las ideas asentadas en la opinión dominante.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ABAL, F., «Asignar y reasignar: dos criterios diferentes para distribuir recursos terapéuticos escasos», en *Análisis Filosófico*, núm. 40, 2021, pp. 37-65.
- ALEXANDER, L., «Deontology at the Threshold», en *San Diego Law Review*, vol. 37, 2000, pp. 893-912.
- *What Makes Wrongful Discrimination Wrong?*, University of Pennsylvania Law Review, 1992.
- ALQUÉZAR-ARBÉ A., *et al.*, Impact of the COVID-19 pandemic on hospital emergency departments: results of a survey of departments in 2020 - the Spanish ENCOVUR study, en *Emergencias*, vol. 32, 2020, pp. 320-331.
- ARCHARD, D. y CAPLAN, A., «Is It Wrong To Prioritise Younger Patients With Covid 19?», en *British Medical Journal*, 2020, pp. 1-2.
- ARNESON, R., «Egalitarianism», en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2013,
- «Luck Egalitarianism Interpreted and Defended», en *Philosophical Topics*, vol. 32, 2004, pp. 1-20.
- AYALON, L.; CHASTEEN, A.; MANFRED, D.; LEVY, B.; NEUPERT, S.; ROTHERMUND, K.; TESCH-RÖMER, C., y WAHL, H., «Aging in Times of the COVID-19 Pandemic: Avoiding Ageism and Fostering Intergenerational Solidarity», en *The Journals of Gerontology*, Series B, vol. 76, Issue 2, 2021, pp. e49-e52
- BAJAJ, V., *et al.*, «Aging, Immunity, and COVID-19: How Age Influences the Host Immune Response to Coronavirus Infections?», en *Front. Physiol.*, 2021, pp. 1-23.
- BOGNAR, G., «Fair Innings», en *Bioethics*, 2015, pp. 251-261.
- BRECH, A., *Triage und Recht*, Duncker & Humblot, Berlin, 2008.
- CANCIO MELIÁ, M. y PANTALEÓN DÍAZ, M., «Derecho penal y Coronavirus: Algunos Problemas de Imputación», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2021, pp. 241-255.

- CAPLAN, A., *et. al.*, «Ventilator Triage Policies», en *Annals of Internal Medicine*, 2020, pp. 188-194.
- COCA VILA, I., «Triage y colisión de deberes jurídico-penal. Una crítica al giro utilitarista», en *In Dret*, 2021, pp. 166-202
- *La colisión de deberes en Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2016.
- CONSEJO DE SALUBRIDAD GENERAL DE MÉXICO (CSG), *Guía Bioética para Asignación de Recursos Limitados*. http://www.csg.gob.mx/descargas/pdf/index/informacion_relevante/GuiaBioeticaTriage_30_Abril_2020_7pm.pdf (enlace verificado el 27 de enero de 2023).
- DANIELS, N., «Justice between Adjacent Generations: Further Thoughts», en *Journal of Political Philosophy*, núm. 4, pp. 475-494.
- DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN *et. al.*, Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Bioéticos de la Priorización de Recursos Sanitarios en el Contexto de la Crisis del Coronavirus (<http://assets.comitede-bioetica.es/files/documentacion/Informe%20CBE-%20Priorizacion%20de%20recursos%20sanitarios-coronavirus%20CBE.pdf>)
- DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. y BELLVER CAPELLA, V., «Priorizar sin discriminar», en *IgualdadES*, núm. 3, 2020, p. 313-340.
- DEUTSCHER ETHIKRAT, *Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise*, 2020. Disponible en: <https://www.ethikrat.org/mitteilungen/mitteilung/2020/solidaritaet-und-verantwortung-in-der-corona-krise/?cookieLevel=not-set> (última consulta: 27 de enero de 2023).
- EMANUEL, E.; PERSAD, G.; UPSHUR, R.; THOME, B.; PARKER, M.; GLICKMAN, A.; ZHANG, C.; BOYLE, C., y SMITH, M., «Fair Allocation of Scarce Medical Resources in the Time of COVID-19», en *New England Journal of Medicine*, núm. 382, 2020, pp. 2049-2055.
- EMANUEL, E. y WERTHEIMER A., «Who should get influenza vaccine when not all can?», en *Science*, p. 854.
- ENGLÄNDER, A., «Die Pflichtenkollision bei der ex-ante-Triage», en Hörnle, T.; Huster, S., y Poscher P., (eds.), *Triage in der Pandemie*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2021, pp. 111-148.
- ENGLÄNDER, A. y ZIMMERMANN, T., «Rettungstötungen in der Corona-Krise?», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 2020, pp. 1398-1402.
- FREUND, G. y ROSTALSKI, F., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3.^a edición, Springer, Berlín, 2019.
- FRISTER, H., «Zur Priorisierung lebenserhaltender medizinischer Behandlungen», en Hilgendorf, E./Hoven, E./Rostalski, F., (Eds.), *Triage in der (Strafrechts-) Wissenschaft*, Nomos, Baden-Baden, 2021, pp. 131-148.
- *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9.^a edición, Beck, Múnich 2020.
- GAEDE, K.; KUBICIEL, M.; SALIGER, F., y TSAMBIKAKIS, M., «Rechtmäßiges Handeln in der dilemmatischen Triage-Entscheidungssituation», *meds- tra*, 2020, pp. 129-137.
- HERREROS, B., *et. al.*, «Triage during the COVID-19 epidemic in Spain: better and worse ethical arguments», en *Journal of medical ethics* vol. 46, 2020, p. 455-458.

- HILGENDORF, E., «Triage, Recht, und Ethik», en Hilgendorf, E.; Hoven, E., y Rostalski, F., (eds.), *Triage in der (Strafrechts-)Wissenschaft*, Nomos, Baden-Baden, 2021, pp. 165-184.
- «El triaje en el contexto de las decisiones de vida contra vida. Comentario a la decisión del Tribunal Constitucional alemán (BVerfG) de 16 de diciembre de 2021 (1 BvR 154/20 = JZ 2022)», en *Indret*, núm. 3, 2022, p. 364-370.
- HÖRNLE, T., «Dilemmata bei der Zuteilung von Beatmungsgeräten», *Verfassungsblog*, 2020. Disponible en: <https://verfassungsblog.de/dilemmata-bei-der-zuteilung-von-beatmungsgeraeten/> (última consulta: 27 de enero de 2023).
- «Ex-post-Triage: Strafbar als Tötungsdelikt?», en Hörnle, T.; Huster, S., y Poscher, R. (eds.), *Triage in der Pandemie*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2021, pp. 149-186.
- HÖRNLE, T. y WOHLERS W., «Autonome Fahrzeuge und Leben-gegen-Leben-Dilemmata», GA, 2018, pp. 12-34.
- HOVEN, E., «Berücksichtigung von Lebensalter und Lebenserwartung», en Hörnle, T.; Huster, S., y Poscher P., (eds.), *Triage in der Pandemie*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2021, pp. 335-370.
- «Die Triage-Situation als Herausforderung für die Strafrechtswissenschaft», en *Juristische Zeitung*, 2020, pp. 449-454.
- HOVEN, E. y HAHN, J., «Strafrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie», en *JA*, núm. 7, 2020, pp. 481 ss.
- JANSEN, S., «Pflichtenkollision bei Triage-Entscheidungen, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik», en *ZIS*, vol. 3, 2021, pp. 155-169.
- JOHN, T. y MILLUM, J., «First Come, First Served?», en *Ethics*, núm. 120, 2020, pp. 179-207.
- JULIÁN-JIMÉNEZ, A. y GARCÍA, D. E., «Acerca de cómo los servicios de urgencias españoles hicieron frente a la primera oleada de pacientes durante la pandemia COVID-19», en *Emergencias*, vol. 32, 2020, pp. 307-308.
- KINDHÄUSER, U.; NEUMANN, U., y PAEFFGEN H. (eds.), *Nomos-Kommentar Strafgesetzbuch*, 5.^a ed., Nomos, Baden-Baden, 2017.
- KNIGHT, C., «Luck Egalitarianism», en *Philosophy Compass*, vol. 8, 2013, pp. 887-1002.
- KUSCHE, C., «La pandemia del coronavirus y el Derecho penal de la medicina», en: Lerman, M. D. y Tuñón Corti, M. L., (dir.), *Traducciones de nuevas investigaciones penales*, Editores del Sur, Buenos Aires, 2022, pp. 85-94.
- LIPPERT-RASMUSSEN, K., «Justice and Bad Luck», en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2018.
- LÓPEZ DE LA VIEJA DE LA TORRE, M. T., «Principios de ética en la pandemia», en *Dilemata*, núm. 39, 2022, pp. 51-59.
- LÜBBE, W., «El uso eficiente de los recursos en una pandemia y el criterio de probabilidad de éxito clínico», en *En Letra: Derecho penal*, Año VII, número 13, 2022, pp. 52-71.

- MACKLIN, R., «Allocating Medical Resources Fairly», en *Salud Pública*, 2020, pp. 590-592.
- MERKEL, R. y AUGSBERG, S., Die Tragik der Triage, en *Juristische Zeitung*, 2020, pp. 704-714.
- MINISTERIO DE SALUD DE LA NACIÓN ARGENTINA, *Recomendaciones para la Implementación de Triage*. Disponible en: https://bancos.salud.gob.ar/sites/default/files/2020-04/0000001849cnt-covid-19_recomendaciones-implementacion-triage.pdf (última consulta: 27 de enero de 2023).
- MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL DE ESPAÑA: *Informe del Ministerio de Sanidad sobre los aspectos éticos en situaciones de pandemia: El SARS-CoV-2*. Disponible en: https://www.sanidad.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/AspectosEticos_en_situaciones_de_pandemia.pdf (última consulta: 27 de enero de 2023).
- MOLINA FERNÁNDEZ, F., »Estado de necesidad, colisión de deberes y la navaja de Ockham«, en De Vicente Remesal, J., *et. al.* (eds.), Libro homenaje al Profesor Diego Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario, vol. 1, 2020, pp. 804-839.
- NEUMANN, U., «Die Tyrannei der Würde: Argumentationstheoretische Erwägungen zum Menschenwürdeprinzip», en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie/Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, 1998, pp. 153 ss.
- NORD, E. «Concerns for the worse off: fair innings versus severity», en *Social science & medicine*, vol. 60, 2005, pp. 257-263.
- PANTALEÓN DÍAZ, M., «Justificación penal, sacrificio y unas abejas», en *Anuario de Derecho penal*, 2022, pp. 589-683.
- PERSAD, G.; WERTHEIMER, A., y EMANUEL, E., «Principles For Allocation Of Scarce Medical Interventions», en *Lancet*, vol. 373, 2009, pp. 423-431.
- PRESNO LINERA, M. A., «¿Ha sido España país para viejos durante la emergencia sanitaria de COVID-19?», en *IgualdadES*, núm. 3, 2020, pp. 275-312.
- RAWLS, J., *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, 1999.
- RIVERA LÓPEZ E., *et al.*, «Propuesta para la elaboración de un protocolo de triaje en el contexto de la pandemia de COVID-19», 2020, pp. 37-61. Disponible en: <https://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/31816> (última consulta: 27 de enero de 2023).
- RÖNNAU, T. y WEGNER, K., «Grundwissen – Strafrecht: Triage», en *JuS*, vol. 5, 2020, pp. 403-406.
- ROSENBAUM, L., «Facing COVID-19 in Italy», en *New England Journal of Medicine (NEJM)*, núm. 382, pp. 1873-1875.
- ROXIN, C., *Strafrecht Allgemeiner Teil, Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, tomo II, Beck, Múnich, 2003.
- ROXIN, C. y GRECO, L., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Tomo I, 5.ª edición, C. H. Beck, Múnich, 2020.
- RUEDA ETXEBARRIA, J., «¿No es país para viejos? La edad como criterio de triaje durante la pandemia de la COVID-19», en *Enrahonar*, núm. 65, 2020, pp. 85-98.

- RUIZ-HORNILLOS, J.; ALBERT, M.; REAL DE ASUA, D.; HERRERA ABIÁN, M.; DE MIGUEL BERIAIN, Í., y GUILLÉN-NAVARRO, E.; «Priorización de recursos sanitarios en contextos de escasez. Informe SESPAS», en *Gaceta Sanitaria*, vol. 36, 2022, pp. S51-S55.
- RUIZ-HORNILLOS, J.; HERNÁNDEZ SUÁREZ, P.; MARÍN MARTÍNEZ, J. M.; DE MIGUEL BERIAIN, Í.; NIEVES VÁZQUEZ, M. A.; ALBERT, M.; HERRERA ABIÁN, M.; PACHECO-MARTÍNEZ, P. A.; TRASMONTES, V., y GUILLÉN-NAVARRO, E., «Bioethical Concerns During the COVID-19 Pandemic: What Did Healthcare Ethics Committees and Institutions State in Spain?», en *Frontiers in public health*, 9, 2021, pp. 1-8. Disponible en: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC8548706/pdf/fpubh-09-737755.pdf> (última consulta: 27 de enero de 2023).
- SANDEL, M., *Justice: What's the Right Thing to Do?*, Farrar, Straus, and Giroux, New York City, 2009.
- SCHMITZ-LUHN, B., *Priorisierung in der Medizin: Erfahrungen und Perspektiven*, Springer, Berlin, 2015.
- SCHOLTEN, K., *Triage - Zur Strafbarkeit ärztlicher Auswahlentscheidungen*, Dr. Krovač, Hamburgo, 2011.
- SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN (SAMW), *Triage in der Intensivmedizin bei außerordentlicher Ressourcenknappheit*, 2020.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., «La responsabilidad penal del médico por omisión», en: *Estudios sobre los delitos de omisión*, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2004.
- SOCIETÀ ITALIANA DI ANESTESIA, ANALGESIA, RIANIMAZIONE E TERAPIA INTENSIVA (SIAARTI) se ha basado principalmente en la duración de la vida restante que potencialmente podría salvarse («más años de vida salvados, con vistas a maximizar los beneficios para el mayor número de personas»).
- SOLER, W., *et al.*, El triaje: herramienta fundamental en urgencias y emergencias, en *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, 2010, vol. 33, Suplemento 1, pp. 55-68.
- STERNBERG-LIEBEN, D., «Strafrechtliche Erfassung einer (ex-ante-, ex-post- oder präventiven) Triage in der Corona-Pandemie», en *Zeitschrift für Lebensrecht (ZfL)*, tomo 31, vol. 1, 2022, pp. 11-36.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia 63/2011 del 16 de mayo de 2011. Disponible en: <https://www.BOE.es/BOE/dias/2011/06/11/pdfs/BOE-A-2011-10186.pdf> (última consulta: 22 de enero).
- VALMAÑA OCHAITA, S., «El tratamiento penal de la transmisión de enfermedades ante los nuevos riesgos», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 2021, p. 173-202.
- VARELA, L., «¿Necesidad de Derecho penal para atajar una pandemia? Reflexión sobre la normativa alemana y española en materia de propagación de enfermedades contagiosas», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 2021, p. 525-582.

- WHITE, D. B.; KATZ, M.; LUCE, J. M., y LO B., «Who Should Receive Life Support During a Public Health Emergency? Using Ethical Principles to Improve Allocation Decisions», en *Annals of Internal Medicine*, 2009, pp. 132–138.
- WILENMANN VON BERNATH, J., «Imponderabilidad de la vida humana y situaciones trágicas de necesidad», en *InDret*, núm. 1, 2016, pp. 1-54.
- WOLFF, J., *An Introduction to Moral Philosophy*, W. W. Norton, Nueva York, 2021.
- WU, Z. y MCGOOGAN, J. M., «Characteristics of and Important Lessons from the Coronavirus Disease 2019 (COVID-19) Outbreak in China: Summary of a Report of 72314 Cases from the Chinese Center for Disease Control and Prevention», en *Journal of the American Medical Association*, 2020, pp. 1239-1242.
- ZIESCHANG, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 6.^a edición, Boorberg, Stuttgart, 2020.
- ZIMMERMANN, T., «Wer stirbt zuerst?». Disponible en: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/corona-triage-tod-strafrecht-sterben-krankenhausentscheidung-auswahl/> (última consulta: 6 de abril de 2023).

