Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

En Letra: Derecho Penal
Año VI, número 12 (2021), pp. 7-12

Columnas

Por qué el estado de vacunación de una persona puede desempeñar un papel en el triaje después de todo*

Prof. Dra. Tatjana Hörnle**

Fecha de recepción: 15 de diciembre de 2021
Fecha de aceptación: 30 de diciembre de 2021

1. Si, como consecuencia de la pandemia de COVID, ya no es posible proporcionar cuidados intensivos a todas las personas con enfermedades que potencialmente ponen en riesgo la vida, se plantea la cuestión de si su estado de vacunación debe incluirse en las decisiones médicas de selección. A continuación, argumentaré a favor de esto.

La Asociación Interdisciplinaria Alemana de Medicina de Urgencias y Cuidados Intensivos (DIVI)[1] ve las cosas de otra manera, al aconsejar en la última versión de las recomendaciones clínico-éticas para la toma de decisiones sobre la asignación de recursos de cuidados intensivos, en el contexto de la pandemia de COVID-19, a finales de noviembre que no se tenga en cuenta el estado de vacunación. En el comunicado de prensa del 26 de noviembre de 2021, esto se fundamenta de la siguiente manera: "El deber de socorro en el sistema sanitario existe ante enfermedades que ponen en peligro la vida, independientemente del desencadenante o del comportamiento precedente del paciente necesitado". Georg Marckmann,[2] presidente de la Academia de Ética Médica, explica esta declaración diciendo que "en primer lugar, por regla general, no es posible demostrar con suficiente certeza que la enfermedad se deba originalmente a un comportamiento del paciente que era perjudicial para la salud. En segundo lugar, el comportamiento no suele basarse en una decisión

* Traducción de Lucila Tuñón (Universidad de Würzburgo/UBA). Título original: "Warum der Impfstatus bei der Corona-Triage doch eine Rolle spielen darf", publicado en *VerfBlog* el 13 de diciembre de 2021. Disponible en: https://verfassungsblog.de/warum-der-impfstatus-bei-der-corona-triage-doch-eine-rolle-spielen-darf/, DOI: 10.17176/20211215-142555-0.

** La Prof. Dra. Tatjana Hörnle es directora del Departamento de Derecho Penal del Instituto Max Planck para el Estudio de la Criminalidad, Seguridad y Derecho de Friburgo y profesora honoraria de la Universidad Humboldt de Berlín.

[1] Véase https://www.divi.de/presse/pressemeldungen/pm-intensiv-und-notfallmediziner-aktualisieren-klinisch-ethische-empfehlungen-zur-priorisierung-und-triage-bei-covid-19.

[2] Ídem.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

libre y autodeterminada de la que se es responsable. En tercer lugar, no existen estándares generalmente aceptados respecto de cuáles son las acciones autoprovocadas y libremente elegidas que ponen en peligro la salud por las que debe asumir responsabilidad el individuo y en qué medida. Esto se aplica no solo a la obesidad, el tabaquismo o los deportes de riesgo, sino también a la decisión de no vacunarse contra el SARS-CoV-2".

El veredicto médico-ético en contra de la consideración del comportamiento previo es convincente para las situaciones normales, ¿pero también para el trágico caso extremo? Mi hipótesis es la siguiente: la regla básica está bien fundamentada; sin embargo, las fundamentaciones ya no funcionan más cuando no se puede atender a todas las personas que necesitan un tratamiento médico intensivo.

2. Para las situaciones normales debe seguirse la recomendación de que en medicina intensiva se omitan las causas de ese estado de afección que requiere tratamiento, en la medida en que no sean clínicamente relevantes para el modo de tratamiento.

En primer lugar, en el caso de los fenómenos multifactoriales, la consideración "principalmente atribuirse al propio comportamiento" suele ser difícil, p. ej. en el caso de comportamientos perjudiciales para la salud de tipo generalizado (obesidad, tabaquismo, consumo de alcohol). En el caso de los deportes de alto riesgo, la conexión puede ser más clara, pero también es posible que el accidente concreto no haya sido causado por el paciente, sino por terceros.

En segundo lugar, cuando es posible comprobar que "obviamente ha sido autocausado", en situaciones normales hay importantes razones normativas para tratar esta información como irrelevante. Si un choque frontal fue causado por un conductor que intencionalmente cambió de dirección en una autopista, todas las personas lesionadas con peligro de muerte tendrían que ser tratadas, incluido el conductor, incluso si no hubiera dudas de los motivos del choque. Siempre que el tratamiento sea posible, solo la omisión de tratamiento posible se vería como sanción. Sin embargo, bajo ninguna circunstancia le corresponde a la sanidad pública imponer sanciones por comportamientos previos contrarios a un deber.

Uno de los logros de las sociedades modernas basadas en la división del trabajo es que el tratamiento médico está completamente desvinculado de los juicios morales y las sanciones, aunque haya que recurrir al sistema de justicia penal. Esto se aplica aún más a los casos en los que no está claro en qué medida se han incumplido los deberes frente a los demás o las normas de prudencia

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

existentes en interés propio. Por lo tanto, en un a situación normal, los antivacunas deben, por supuesto, recibir también atención médica sin ningún tipo de peros en caso de que estén enfermos.

También es comprensible que los médicos de cuidados intensivos, desde su perspectiva de práctica profesional, apliquen en caso de situaciones extremas la regla de decisión que reza: "para las enfermedades que amenazan la vida, el comportamiento previo es irrelevante". En la situación aguda de una pandemia, están sometidos a una gran tensión física y psicológica. Por lo tanto, a muchos de ellos les parecerá una desproporción que se les pida que acepten parámetros que son ajenos a su forma de proceder, precisamente en condiciones de estrés extremo.

3. Sin embargo, desde una perspectiva externa, es más apropiado diferenciar entre situaciones normales y extremas. Después de todo, la situación en situaciones extremas de una pandemia cambia fundamentalmente. Las alternativas ya no son "todas las personas heridas y enfermas, cuya vida está en peligro" vs. "la sanción inadmisible a las personas por su comportamiento previo al rechazarle el tratamiento". Más bien, como ha vuelto a advertir recientemente Uwe VOLKMANN,[3] la tragedia reside precisamente en el hecho de que no existe ninguna solución que garantice a todos las mejores posibilidades de supervivencia. No se puede eludir la consideración seria de estas situaciones al señalar que hay que intentar evitar conflictos trágicos, p. ej., posponiendo las operaciones que no son necesarias de forma urgente y trasladando a los pacientes. No obstante, si el número de enfermos con riesgo de muerte aumenta rápidamente, la cuestión no es si mueren personas que presumiblemente podrían sobrevivir con un tratamiento médico intensivo, sino solo a quiénes les toca este destino.

A continuación, parto de dos premisas. La primera es que la estructura del razonamiento ético-médico cambia cuando se hacen necesarias las decisiones de elección. En situaciones normales, existe una relación bipolar entre quienes deciden el tratamiento y la persona enferma o lesionada. Este cuadro normal debe ampliarse a un triángulo cuando las circunstancias de hecho obligan a elegir (una simplificación gráfica; por supuesto, pueden intervenir más de dos pacientes). La carga de la fundamentación, entonces extraordinariamente pesada, recae sobre todo en aquellos que no reciben los cuidados intensivos que necesitan con urgencia. La fundamentación puede ser una comunicación real, también hacia los familiares del fallecido. Pero la cuestión principal es si es defendible en el

[3] VOLKMANN, "Lockdown für alle?", en *VerfBlog*, 15 de noviembre de 2021, disponible en: https://verfassungsblog.de/lockdown-fur-alle/.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

sentido de la justificación ética. Mi argumento de por qué el estado de vacunación no es un criterio inadmisible a priori mantiene la referencia a los individuos afectados. No se trata de maximizar el beneficio total justificándolo de forma utilitarista. Hay que destacar esto porque Weyma LÜBBE,[4] en una contribución al VerfBlog, discute los modelos utilitaristas que enfatizan los efectos agregados, es decir, el mayor número de vidas que se puede salvar si las unidades de cuidados intensivos no admiten pacientes con tiempos de tratamiento previsiblemente largos.

Mi segunda premisa es que la fundamentación requerida debe mostrar la mayor racionalidad posible. Contra esto se podría objetar que en situaciones extremas ya no se puede exigir ni siquiera que pueda fundamentarse racionalmente, mientras sea posible un manejo hospitalario más o menos ordenado; sin embargo, no se ha llegado a este estadio de catástrofe agravada. La preferencia por los argumentos racionales habla sobre todo en contra del recurso a procedimientos aleatorios (como el sorteo). Esto solo debe considerarse como último recurso si ni las perspectivas clínicas de éxito ni ninguna otra fundamentación racional apoyan la diferenciación entre pacientes con riesgo de vida.

4. Una fundamentación racional de las decisiones de priorización ineludibles es que una persona mayor de edad con capacidad de decisión haya provocado su estado crítico de forma sustancial o incluso exclusiva con su propio comportamiento. Si, tras el choque mencionado, el número de víctimas del accidente supera las capacidades de las unidades de cuidados intensivos accesibles, no se debe dar prioridad a la atención del conductor, sino al tratamiento de las víctimas del accidente del otro vehículo (un juicio diferente solo sería apropiado si no hay serias posibilidades de supervivencia en su caso).

En el caso de aquellas personas con enfermedades potencialmente mortales que no se vacunaron contra el brote de la enfermedad, aunque fuera posible, su preferencia personal de riesgo puede ser decisiva. No importa si los demás evalúan su decisión en contra de la vacunación como suficientemente basada en hechos y, por tanto, bien comprensible. Hay que destacarlo porque las líneas de debate interfieren en el discurso público actual. Los que califican la decisión contra la vacunación como una estupidez inconcebible o como una violación de las obligaciones morales suelen reaccionar generalmente con un sentimiento de indignación. Cuando las decisiones de priorización nacen de la indignación ante los antivacunas, adquieren el carácter reprobatorio y punitivo que debe evitarse a toda costa y siempre, incluso en situaciones extremas, en el sector

[4] LÜBBE, "Lockdown für alle?", en *VerfBlog*, 6 de diciembre de 2021, disponible en: https://verfassungsblog.de/sollten-impfunwillige-im-triage-fall-nachrangig-behandelt-werden-teil-ii/.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

sanitario. Podría contribuir a una desemocionalización el tolerar decisiones individuales que, p. ej., le dan una importancia (demasiado) elevada a los posibles efectos secundarios de las vacunas —pero esta tolerancia debería combinarse advirtiendo que, en caso de enfermedad grave posterior, habrá un alto grado de autocausación y señalando las posibles consecuencias en caso de agotamiento de la capacidad de las terapias intensivas—.

Cuando se torna ineludible establecer una priorización, no es necesario discutir si la persona no vacunada, al tomar su decisión, asimiló suficientemente la información sobre los riesgos de la vacunación y los riesgos de enfermarse (lo que normalmente no es el caso). Incluso si ella realmente pudiera invocar una ponderación global plausible (p. ej., porque, por sus condiciones de vida, podía y estaba dispuesta a hacer un amplio aislamiento), seguiría siendo legítimo y racional señalar que la preferencia por evitar los riesgos de la vacunación implica necesariamente aceptar el riesgo residual de enfermarse. En las limitaciones extremas de una pandemia (de nuevo: ¡no en situaciones normales!), esto es fundamentación suficiente para dar prioridad a otros enfermos, en caso de ser necesario. La autocausación se puede suponer incluso cuando no ha habido una deliberación y ponderación sistemática. También una omisión que se basa más en una aversión más sentida que reflexionada a las visitas al médico o a las "molestias" hace que las consecuencias se consideren en gran medida autoprovocadas.

5. Es de esperar que haya objeciones a las consideraciones aquí expuestas. Una de ellas es que una evaluación comparativa de la respectiva autocausación sería más complicada. Incluso en casos de pacientes que no están enfermos con COVID podría establecerse una contribución propia muy grande al diagnóstico grave, p. ej., cuando no han tomado la medicación prescrita. Cuando se trata de la cuestión de en qué medida la demora en vacunarse es atribuible a la propia decisión del paciente, puede haber casos límite, como, p. ej., el caso de una posible demencia incipiente.

Sin embargo, mi argumento no es que una comparación del comportamiento de una persona no vacunada que sufre de COVID con el de otros pacientes llevaría siempre a un resultado inequívoco bajo el aspecto de la autocausación. Por lo tanto, la exigencia de tener en cuenta siempre y automáticamente el estado de vacunación sería demasiado esquemática. Solo cabe lamentar que las recomendaciones de la DIVI, en sentido contrario, quieran excluir categóricamente la opción de incluir el estado de vacunación en las decisiones de priorización. La expectativa de poder resolver todas las tareas de priorización inevitable con la evaluación comparativa de las perspectivas de éxito clínico podría ser demasiado optimista —es concebible que no sea posible una diferenciación suficiente con este criterio—. Desde el punto de vista del derecho penal, cabe señalar que, al menos

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

en el caso del llamado triaje ex ante, existe un mayor margen de maniobra a la hora de decidir de la manera más racionalmente justificable posible sin riesgo de punibilidad.

DR © 2021. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/