

Ivó Coca Vila

MPI zur Erforschung von  
Kriminalität, Sicherheit und  
Recht

## Triage y colisión de deberes jurídico-penal

### Una crítica al giro utilitarista

#### Sumario

-

*En los últimos meses son muchos los penalistas que, ante la saturación de los sistemas sanitarios como consecuencia de la pandemia provocada por el COVID-19, se han pronunciado en favor de una reforma —en clave utilitarista— del sistema clásico de resolución de las colisiones de deberes penalmente relevantes. Por un lado, se defiende ahora la conveniencia de jerarquizar los deberes en conflicto a partir de la expectativa de éxito y la esperanza de vida de cada paciente. Por el otro, se niega que el paciente que está siendo ya tratado con un respirador tenga un mejor derecho frente a quien todavía espera ser tratado. El objetivo central de este trabajo es contender este reciente giro utilitarista. En el seno de un ordenamiento penal liberal, atento a los derechos individuales de cada uno de los sujetos involucrados en el conflicto, ni cabe obligar al médico bajo amenaza de pena a salvar a quien tiene mejor perspectiva de éxito o una mayor esperanza de vida, ni cabe justificar el homicidio del médico que interrumpe un tratamiento indicado a fin de salvar a un nuevo paciente con un pronóstico más favorable.*

#### Abstract

-

*The feared collapse of health care systems as a result of the rapid spread of COVID-19, has recently led many criminal law scholars to advocate a utilitarian turn with regard to solving conflicts of (criminal law) duties that may arise due to limited medical resources. This view has two major implications. On the one hand, the treatment's chances of success as well as the patient's life expectancy should play a decisive role in the hierarchization of conflicting duties. On the other hand, this approach does not accord to the patient who is already connected to a ventilator a stronger right to treatment than it does to future patients. This article offers a critique of this utilitarian turn. Within the framework of a liberal criminal law system, respectful of the individual rights of each of the citizens involved in the conflict, the opposite conclusion should be reached. Neither can a doctor be forced —under threat of punishment— to save either the patient whose treatment has the best prospects or the one who has a longer life expectancy, nor can the homicide that a doctor commits by interrupting a treatment in order to save a new patient with a more favorable prognosis be justified.*

#### Abstract

-

*Viele Strafrechtswissenschaftler haben sich anlässlich des befürchteten Kollapses der Gesundheitssysteme im Zuge der durch COVID-19 ausgelösten Pandemie zu einem utilitaristischen Ansatz bei der Lösung der strafrechtlichen Pflichtenkollisionen bekannt. Zum einen sollen fortan die Erfolgsaussichten einer Behandlung und die Lebenserwartung der betroffenen Patienten in der Hierarchisierung der widerstreitenden Pflichten eine entscheidende Rolle spielen. Zum anderen wird einem Patienten, der bereits an ein Beatmungsgerät angeschlossen ist, keine vorrangige Rechtsposition gegenüber zukünftigen, noch zu behandelnden Patienten zugestanden. Der vorliegende Beitrag kritisiert diesen utilitaristischen Ansatz. Im Rahmen einer liberalen —das individuelle Recht eines jeden an einem Konflikt beteiligten Bürgers beachtenden— Strafrechtsordnung kann der Arzt weder gezwungen werden, den Patienten, bei dem die Erfolgsaussichten besser bzw. die Lebenserwartung höher ist, zu retten; noch kann die Tötung des Arztes, der die Beatmung eines Patienten abbricht, um einen neuen*

*Patienten mit höheren Überlebenschancen behandeln zu können, gerechtfertigt werden.*

-

**Title:** *Triage and Conflicting Duties in Criminal Law. A Case Against the Utilitarian Turn*

**Titel:** *Triage und strafrechtliche Pflichtenkollision. Eine Kritik der utilitaristischen Wende*

-

**Palabras clave:** Triage, Covid-19, Colisión de deberes, Estado de necesidad agresivo, Utilitarismo, Individualismo normativo, Deber de autosacrificio

**Keywords:** *Triage, Covid-19, Conflicting Duties, Necessity Defense, Utilitarianism, Normative Individualism, Duty of Self-Sacrifice*

**Stichwörter:** *Triage, Covid-19, Pflichtenkollision, Aggressiver Notstand, Utilitarismus, Normativer Individualismus, Aufopferungspflicht*

-

**DOI:** 10.31009/InDret.2021.i1.06

-

1.2021

Recepción

01/11/2020

-

Aceptación

04/01/2021

-

## Índice

-

### **1. Introducción**

### **2. El giro utilitarista en la moderna discusión sobre la colisión de deberes**

2.1. Triage *ex ante*

2.2. Triage *ex post*

2.3. Triage *ex ante* preventivo

### **3. Contra el giro utilitarista en la resolución de las colisiones de deberes**

3.1. Utilitarismo y justificación penal

3.2. Contra la diferenciación valorativa de las vidas humanas


3.3. Contra la precarización de las expectativas de salvación

3.4. ¿Deberes de autosacrificio en tiempos de excepción?

### **4. Conclusión**

### **5. Bibliografía**

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

## 1. Introducción\*

La propagación pandémica del virus SARS-CoV-2 y, en particular, las graves afectaciones pulmonares (síndrome respiratorio agudo grave) provocadas por la infección, han sometido a los sistemas sanitarios europeos a una situación de sobrecarga y saturación prolongada en el tiempo sin precedentes, como mínimo, desde la segunda Guerra Mundial.<sup>1</sup> Ello ha traído consigo una profunda revitalización de la discusión ético-jurídica acerca de cómo asignar o distribuir recursos médicos escasos.<sup>2</sup> Aunque este problema se tematiza clásicamente en una doble dimensión, esto es, por un lado, en el macroplano de la abstracta distribución política o administrativa de recursos; y, por el otro, en el microplano de la concreta asignación de un específico recurso entre pacientes ya determinados;<sup>3</sup> la discusión actual gira fundamentalmente en torno a esta segunda dimensión. Más concretamente, se discute de qué manera los equipos médicos deberían determinar el ingreso de pacientes en una unidad de cuidados intensivos (UCI) y, en particular, asignar los recursos de ventilación mecánica (respiradores) disponibles cuando, a tenor de las necesidades clínicas, aquellos resultan insuficientes para cubrir la demanda asistencial.<sup>4</sup>

Este incipiente debate político y teórico, estimulado por un alud de informes y documentos marco elaborados en los últimos meses por colegios médicos, sociedades científicas y comisiones éticas,<sup>5</sup> discurre bajo la etiqueta del “triaje”. Esta (del francés *trier* = cribar, clasificar) designaba originariamente el sistema empleado para clasificar y priorizar la atención urgente de pacientes

---

\* Autor de contacto: Ivó Coca Vila, i.coca-vila@csl.mpg.de. El presente trabajo se corresponde, aunque con ligeras modificaciones, con la ponencia presentada en el Seminario del Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (17/11/20) y en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (07/12/20). A los participantes en ambos foros y, en especial, a los Profs. Ricardo Robles Planas y Marcelo D. Lerman, agradezco sus valiosas sugerencias y comentarios. Asimismo, agradezco a María Lucila Tuñón Corti y Cristián Irrarrázaval Zaldívar su pormenorizada revisión crítica del manuscrito final. Este artículo se enmarca en la ejecución del proyecto de investigación DER2017-82232-P (AEI/FEDER, UE).

<sup>1</sup> Para el caso español, cfr. p.ej., ALQUÉZAR-ARBÉ et al., «Impacto organizativo de la pandemia COVID-19 de 2020 en los servicios de urgencias hospitalarios españoles», *Emergencias*, (32), 2020, pp. 320 ss.

<sup>2</sup> Cfr. KERSTEN/RIXEN, *Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise*, 2020, pp. 75 ss.; o DE MIGUEL BERIAIN, «Triaje en tiempos de pandemia: un análisis a partir de las limitaciones del marco jurídico español», en ATIENZA/RODRÍGUEZ (dirs.), *Las respuestas del Derecho a las crisis de salud pública*, 2020, pp. 229 ss.

<sup>3</sup> Sobre estas dos dimensiones del racionamiento de recursos médicos y sus manifestaciones particulares, vid. STERNBERG-LIEBEN, «Rationierung im Gesundheitswesen – Gedanken aus (Straf)rechtlicher Sicht», en HEINRICH et al. (eds.), *Festschrift für Ulrich Weber*, 2004, pp. 70-72; o monográficamente, HERB, *Die Verteilungsgerechtigkeit in der Medizin*, 2002, pp. 54 ss.; SCHÜRCH, *Rationierung in der Medizin als Straftat*, 2000, pp. 48 ss.; SPIEGEL, *Die Allokation von Rettungsmitteln*, 2019, pp. 136 ss.

<sup>4</sup> Aunque el recurso médico escaso que caracteriza la actual discusión ético-jurídica es, por lo general, un respirador, a nadie se le escapa que, especialmente desde la así llamada segunda ola, el recurso realmente escaso, como mínimo en Europa, es el personal médico (intensivista).

<sup>5</sup> En nuestro país, cfr. el “Informe del Ministerio de Sanidad sobre los aspectos éticos en situaciones de pandemia: El SARS-CoV-2, de 2 de abril de 2020”; el “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 de 25 de marzo de 2020”; o RIVERA LÓPEZ et al., “Propuesta para la elaboración de un protocolo de triaje en el contexto de la pandemia de COVID-19”, *Revista de Bioética y Derecho*, (50), 2020, pp. 37 ss. Un análisis comparativo de las directrices de triaje en distintos países de nuestro entorno propuestas por los colegios profesionales médicos en JÖGBES et al., «Recommendations on COVID-19 triage: international comparison and ethical analysis», *Bioethics*, (9), 2020, pp. 948 ss.; y por distintas comisiones éticas en De MONTALVO JÄSKELÄINEN/BELLVER CAPELLA, «Priorizar sin discriminar», *IgualdadEs*, (3), 2020, 323 ss.

en escenarios bélicos.<sup>6</sup> A partir de los años 60, sin embargo, el triaje se consolidó como método de selección y clasificación de pacientes en cualquier contexto de medicina catastrófica (atentados terroristas, catástrofes naturales...) en el que los recursos médicos disponibles (materiales, personales, logísticos...) son insuficientes para cubrir la demanda. Aunque los distintos sistemas de triaje hoy en día utilizados en Europa difieren en sus particularidades,<sup>7</sup> es común afirmar que el objetivo común de todos ellos es, a partir de la clasificación de los pacientes en varios grupos, maximizar los recursos médicos disponibles en una situación de escasez y presión temporal. En pocas palabras, conseguir el mejor tratamiento posible para el mayor número posible de necesitados a fin de salvar la vida al mayor número posible de personas.<sup>8</sup>

Evidentemente, qué significa conseguir el máximo beneficio para el máximo número posible de pacientes precisa de ulterior concreción. De hecho, el disenso en la discusión (bio)ética acerca de cómo interpretar la finalidad maximizadora inherente a la lógica del triaje y, por extensión, cuáles habrían de ser los concretos criterios en virtud de los que priorizar el acceso a los recursos médicos es radical.<sup>9</sup> El abanico de planteamientos éticos comprende desde aquellas tesis que ponen el énfasis en la equivalencia radical de toda vida humana y se aferran a criterios neutros como el de la prioridad temporal o el azar; pasando por posiciones utilitaristas que abogan por maximizar el número agregado de años de vida y, en consecuencia, niegan con carácter general el acceso a un respirador a personas de avanzada edad; hasta las tesis que hacen hincapié en la necesidad de maximizar los años de vida ajustados por calidad (*quality-adjusted life-year* - QALY). Tampoco faltan quienes, directamente, pretenden tomar en consideración la utilidad social del paciente para la comunidad política, abogando en las actuales circunstancias por priorizar el tratamiento del personal sanitario.

El triaje, sea como fuere, no constituye un problema meramente ético. Es incuestionable que negar el tratamiento a un paciente, por ejemplo, el acceso a un respirador, cuando este se presenta como médicamente indicado, constituye asimismo un problema jurídico de primera magnitud. Por un lado, el triaje presenta una innegable dimensión de relevancia constitucional. En la medida en que están en juego los derechos fundamentales a la vida y la integridad física (arts. 15 CE) de una pluralidad de ciudadanos, frente a los que el Estado está además obligado positivamente por un deber de protección;<sup>10</sup> así como el derecho a la salud (art. 43 CE),<sup>11</sup> negar al ciudadano necesitado un tratamiento médicamente indicado precisa de una adecuada justificación constitucional. Que los principios constitucionales de igualdad (art. 14 CE) y de

<sup>6</sup> Sobre el origen y desarrollo histórico del triaje, cfr. BRECH, *Triage und Recht*, 2008, pp. 48 ss.

<sup>7</sup> En detalle, BRECH, *Triage und Recht*, 2008, pp. 53 ss. Para una informativa introducción a los distintos sistemas de triaje empleados en España vid. SOLER et al., «El triaje: herramienta fundamental en urgencias y emergencias», *An. Sist. Sanit. Navar.*, (1), 2010, pp. 55 ss.

<sup>8</sup> En este sentido, con ulteriores referencias, cfr. BRECH, *Triage und Recht*, 2008, p. 52.

<sup>9</sup> Una panorámica en PICECCHI, «Die Zuteilung knapper medizinischer Ressourcen», *sui generis*, 2020, pp. 298; o EMANUEL et al., «Fair Allocation of Scarce Medical Resources in the Time of Covid 19», *The New England Journal of Medicine*, (21), 2020, pp. 2049 ss.

<sup>10</sup> Vid. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, «La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la vida y a la integridad física (art. 15 CE)», en CARBONELL MATEU et al. (dirs.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*, v. II, 2009, pp. 1839 ss. En particular, a propósito del deber positivo de protección ante el triaje no regulado, vid. BRADE/MÜLLER, «Corona-Triage: Untätigkeit des Gesetzgebers als Schutzpflichtverletzung?», *NVwZ*, (24), 2020, pp. 1792 ss.

<sup>11</sup> DE LORA, «El derecho a la protección de la salud», en BETEGÓN CARILLO et al. (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, 2004, pp. 878 ss.

dignidad (art. 10 CE) condicionan asimismo la distribución estatal de recursos médicos (escasos) es algo que tampoco precisa de mayor aclaración.<sup>12</sup> Por otro lado, las decisiones de microtriaje directo, esto es, aquellas llevadas a cabo por concretos médicos que han de decidir sobre la asignación o distribución de específicos recursos entre pacientes plenamente identificados, por complejas que puedan resultar en términos éticos, tienen también una innegable relevancia jurídico-penal.<sup>13</sup> En la medida en que un médico está obligado para con el común de los ciudadanos por un genérico deber de socorro especial (art. 196 CP)<sup>14</sup> y, para con algunos pacientes, por un deber de garante,<sup>15</sup> las decisiones de triaje a las que se ven abocados los equipos médicos son, *nolens volens*, penalmente relevantes. Y esto vale tanto para el escenario en el que un médico debe escoger a cuál de los dos pacientes necesitados asigna el único respirador disponible, como para aquel en el que dicho facultativo se plantea la posibilidad de interrumpir el tratamiento ya iniciado a fin de atender a un paciente con mejores expectativas de éxito. Mientras que el primer escenario viene siendo tematizado por la doctrina penal bajo el *topos* de la colisión de deberes, el segundo ha sido tradicionalmente enjuiciado desde la óptica del estado de necesidad (agresivo).

Así las cosas, pese a la preminencia en la literatura médica de la tesis según la cual el triaje constituiría un problema esencialmente médico, a resolver conforme a criterios pretendidamente científicos, en particular, la urgencia y la perspectiva de éxito, el Derecho (penal) no puede dejar de valorar aquellas decisiones de triaje que suponen, como mínimo *prima facie*, la infracción de deberes jurídico-penalmente garantizados.<sup>16</sup> Ni la medicina está en disposición, en tanto que ciencia natural, de decidir una cuestión normativa como es la de la eventual responsabilidad penal de un médico por la infracción de un deber en situación de colisión, ni un ordenamiento jurídico puede desentenderse de aquellos conflictos en los que están en juego los más elementales derechos fundamentales individuales, relegando su solución

---

<sup>12</sup> Sobre la dimensión constitucional del triaje, cfr. VOßKUHL, «"Wer zuerst kommt, mahlt zuerst!" - Das Prioritätsprinzip als antiquierter Verteilungsmodus einer modernen Rechtsordnung», *Verw*, (32), 1999, p. 34; BRECH, *Triage und Recht*, 2008, pp. 206 ss.; WITTE, *Recht und Gerechtigkeit im Pandemiefall*, 2013, pp. 151 ss.; o BUSCH, «Ärztliche Triage in Friedenszeiten – Eine kritische Analyse der Strafbarkeitsrisiken im Lichte der Implikationen des Grundgesetzes», *ZStW*, (4), 2020, pp. 751 ss.

<sup>13</sup> Algo distinto vale con carácter general respecto del macrotriaje indirecto, esto es, aquel llevado a cabo en el macroplano de la distribución estadístico-abstracta (política o administrativa) de recursos médicos. Sobre los obstáculos dogmáticos que impiden ascender en la estructura jerárquica sanitaria e imputar resultados lesivos causalmente determinados por el macrotriaje, cfr. SCHÜRCH, *Rationierung in der Medizin als Straftat*, 2000, pp. 204 ss., 211.

<sup>14</sup> Monográficamente GÓMEZ TOMILLO, *Responsabilidad penal de los profesionales sanitarios*, 1999, pp. 18 ss.; ESQUINAS VALVERDE, *El delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios*, 2006, *passim*.

<sup>15</sup> Sobre el fundamento y los límites de la posición de garantía del médico, vid. SILVA SÁNCHEZ, «La responsabilidad penal del médico por omisión», *La Ley*, (1), 1987, pp. 955 ss. Y sobre la extensiva tesis dominante en la doctrina alemana, ULSENHEIMER, *Arztstrafrecht in der Praxis*, 5ª ed., 2015, pp. 68 ss.; EL MISMO, «Die fahrlässige Tötung», en LAUFS et al. (eds.), *Handbuch des Arztrechts*, 5ª ed., 2019, nm. 14.

<sup>16</sup> Así KERSTEN/RIXEN, *Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise*, 2020, p. 83. Muy claro también TAUPITZ, «Verteilung medizinischer Ressourcen in der Corona-krise: Wer darf überleben?», *MedR*, (6), 2020, p. 440; o GERSON, «§ 3 Pflichtenkollision beim Lebensschutz (Triage)», en ESSER/TSAMBIKAKIS (eds.), *Pandemiestrafrecht*, 2020, nm. 91. De otra opinión, vid. HILGENDORF, «Recomendaciones de triaje en la crisis del coronavirus: no importunar a los médicos con cuestiones jurídicas», *En Letra: Derecho Penal*, (10), 2020, pp. 22-25.

a un pretendido espacio libre de Derecho.<sup>17</sup> Más bien, a falta de normas legales que regulen la resolución de esta clase de conflictos, resulta ineludible estar en la valoración de las decisiones de triaje a la dogmática de las causas de justificación.<sup>18</sup> Y esto vale con independencia de si han de ser en última instancia los equipos médicos quienes tomen las concretas decisiones de triaje o si estos las habrían de dejar en manos de los jueces.<sup>19</sup> A los penalistas nos compete determinar bajo qué condiciones el hecho penalmente típico llevado a cabo por el médico puede ser considerado conforme a Derecho y, cuando, por el contrario, merece ser castigado con pena.

A responder a esta pregunta se dedica el presente trabajo. Más concretamente, lo pretendido a continuación es ofrecer un análisis crítico de la revisión utilitarista de la dogmática de la colisión de deberes emprendida por un número significativo de autores a propósito del fenómeno del (micro)traje directo. A tal fin, en el próximo apartado (2) presento de un modo esencialmente descriptivo cómo la doctrina penal mayoritaria ha venido resolviendo clásicamente las colisiones de deberes y cómo la nueva corriente utilitarista pretende enterrar dos de los principios más asentados en la resolución de conflictos vitales, a saber, el de la imponderabilidad (cualitativa) de la vida humana y el de la prohibición del homicidio de un inocente no involucrado en la situación de necesidad. Acto seguido, en el apartado (3), esbozo primeramente una breve crítica contra la aproximación utilitarista a la resolución de colisiones de deberes jurídico-penales (3.1.). Ello habrá de servir para poner en evidencia los déficits de la nueva corriente utilitarista y, en particular, la razón por la que el enjuiciamiento penal de las colisiones de deberes ha de seguir asido al principio de la imponderabilidad de la vida humana (3.2.) y a la prohibición del homicidio (salvador) de un inocente (3.3.). El intento por alcanzar los mismos resultados ambicionados por los autores utilitaristas a partir de la fundamentación (deontológica) de un deber ciudadano de autosacrificio está también, en mi opinión, condenado al fracaso (3.4.). En el apartado (4) compendio las principales tesis defendidas en este trabajo.

## 2. El giro utilitarista en la moderna discusión sobre la colisión de deberes

En la incipiente discusión acerca de cómo valorar jurídico-penalmente las decisiones de triaje se impone un etiquetaje conceptual acuñado recientemente por el Consejo de Ética Alemán en su “Recomendación Ad-Hoc” de marzo de 2020 (Solidaridad y responsabilidad en la Crisis del Coronavirus).<sup>20</sup> Así, se distingue entre tres grandes escenarios: por un lado, bajo la etiqueta del triaje *ex ante* (o *traje* de ingreso) se discute aquel supuesto en el que un médico, obligado por dos o más deberes penalmente garantizados, no está en disposición de cumplir todos los deberes que

---

<sup>17</sup> Para una crítica contra la pretensión de remitir los conflictos vitales (penalmente relevantes) a un espacio libre de Derecho, vid. COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 2016, pp. 447 ss.

<sup>18</sup> Acertadamente, GAEDE et al., «Rechtmäßiges Handeln in der dilemmatischen Triage-Entscheidungssituation», *medstra*, (3), 2020, p. 129. Una importante cuestión que no puedo abordar aquí es la conveniencia o incluso obligatoriedad jurídico-constitucional de regular específicamente esta clase de conflictos, p.ej., a fin de proteger a aquellas personas que son discriminadas sistemáticamente por prácticas de triaje no regladas. En el contexto alemán, cfr. GELINSKY, «Brauchen wir ein Triage-Gesetz? Zur Verteilung von Überlebenschancen bei unzureichenden medizinischen Ressourcen», *KAS-Hauptabteilung Analyse und Beratung, Abteilung Demokratie, Recht und Parteien*, 2020, pp. 3-7.

<sup>19</sup> Al respecto, cfr. WALTER, «Menschlichkeit oder Darwinismus? Zu Triage-Regeln und ihren Gründen», *GA*, (11), 2020, pp. 658 s., quien defiende la competencia de los jueces para efectuar el triaje.

<sup>20</sup> *Deutscher Ethikrat. Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise. Ad-Hoc-Empfehlung*. Disponible en: <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Ad-hoc-Empfehlungen/deutsch/ad-hoc-empfehlung-corona-krise.pdf>



*prima facie* le obligan. Bajo la etiqueta del triaje *ex post* se discute la eventual relevancia penal de la interrupción de un tratamiento médico ya iniciado a fin de poder tratar a un nuevo paciente que presenta mejores opciones de supervivencia en caso de ser tratado. Finalmente, bajo la etiqueta del triaje *ex ante* preventivo se discute aquel supuesto dilemático en el que un médico se plantea la posibilidad de negar el tratamiento indicado a un paciente a fin de poder atender a un previsible futuro paciente con mejor pronóstico. Aunque esta tripartición (y el correspondiente etiquetaje) no es pacífica en la doctrina,<sup>21</sup> en lo que sigue me aferro a ella por razones estrictamente analíticas.

## 2.1. Triage *ex ante*

Bajo la etiqueta del triaje *ex ante* se engloban aquellos supuestos dilemáticos que los penalistas tradicionalmente hemos discutido bajo el *topos* de la colisión de deberes (de actuar). En particular, la reciente discusión gira en torno al siguiente caso particular: un médico, obligado por dos deberes (de garante) frente a dos pacientes que peligran de morir en caso de no ser tratados de inmediato, dispone de un único respirador. El tratamiento con el respirador aparece como médicamente indicado en ambos casos y cualquiera de los dos pacientes sobreviviría —con una probabilidad rayana en la certeza— en caso de ser tratado con el respirador. El paciente no tratado de forma inmediata con el respirador morirá con total seguridad.

Hasta hace unos pocos meses, la solución a esta clase de colisiones de deberes apenas generaba controversia en la doctrina penal. El médico actuaría conforme a Derecho cumpliendo cualquiera de los dos deberes enfrentados.<sup>22</sup> Esta conclusión se asienta sobre las siguientes tres premisas: en primer lugar, dado que el ordenamiento jurídico no puede exigir lo imposible (*impossibilium nulla obligatio*), la doctrina penal ha entendido clásicamente que el obligado por dos deberes de actuar (mandatos) de imposible cumplimiento cumulativo actúa conforme a Derecho cumpliendo el deber de mayor rango o, en caso de equivalencia, cualquiera de los dos.<sup>23</sup> En segundo lugar, se asume que la vida humana es cualitativamente imponderable, es decir, que no cabe establecer diferencias de valor entre vidas humanas a la hora de jerarquizar deberes en conflicto.<sup>24</sup> En el supuesto que aquí nos ocupa, dado que en ambos casos está en juego la vida humana y la probabilidad de muerte como consecuencia de las afectaciones pulmonares en ambos pacientes es pareja,<sup>25</sup> estaríamos ante dos intereses equivalentes o inconmensurables y,

<sup>21</sup> Críticamente, vid. p.ej., GAEDE et al., *medstra*, (3), 2020, p. 129.

<sup>22</sup> Al respecto, cfr. COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 2016, pp. 60 ss., con ulteriores referencias; o resumidamente, EL MISMO, «La colisión entre razones de obligación en Derecho penal», *InDret*, (2), 2017, pp. 3 ss.

<sup>23</sup> Cfr. p.ej., CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 1984, pp. 269, 280; u OTTO, «Rechtfertigende Pflichtenollision», en HILGENDORF et al. (eds.), *Handbuch des Strafrechts*, v. II, 2020, § 42, pp. 634 ss., nm. 4 ss. Sin embargo, un sector doctrinal —minoritario— entiende que ante deberes equivalente no cabría afirmar la conformidad a Derecho de la omisión del obligado. Así, p.ej., PAEFFGEN/ZABEL, «Vor §§ 32 ff», *NK-StGB*, 5ª ed., 2017, nm. 171, 174.

<sup>24</sup> Paradigmático ROXIN/GRECO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, v. I, 5ª ed., 2020, § 16, p. 854, nm. 33. En profundidad, así también, KÜPER, *Grund- und Grenzfragen der Rechtfertigenden Pflichtenollision im Strafrecht*, 1979, p. 60, n. 128.

<sup>25</sup> La doctrina penal asume pacíficamente que la probabilidad de acaecimiento del resultado, en nuestro caso la muerte, sí es un factor relevante a la hora de jerarquizar los deberes. El deber de conjurar un peligro de muerte inminente es, *ceteris paribus*, preferente frente al de conjurar un abstracto peligro de muerte. Al respecto, cfr. ROXIN/GRECO, *AT*, 5ª ed., v. I, 2020, § 16, pp. 857 s., nm. 42 ss.; o KÜNSCHNER, *Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht und Patientenauswahl*, 1992, p. 94.



por ende, ante dos deberes de idéntico rango. Finalmente, en tercer lugar, la doctrina penal coincide también en que, ante deberes de idéntico rango, el obligado actúa conforme a Derecho cumpliendo cualquiera de los deberes. Esto es, aquel goza de libertad de decisión, siendo para un Derecho penal (del hecho) irrelevantes los motivos subjetivos últimos que determinen su decisión.<sup>26</sup> Una vez el Derecho (penal) reconoce la equivalencia de los deberes en liza, no puede castigar, en este caso por homicidio, a quien salva a un paciente por el mero hecho de hacerlo tras una elección basada, por ejemplo, en un motivo considerado inmoral.

Sin embargo, este amplio consenso acabado de describir parece haber llegado en los últimos tiempos a su fin. En relación con las situaciones dilemáticas de triaje *ex ante*, es notable el número de autores que han puesto en los últimos tiempos en cuestión, expresa o implícitamente, el principio de la imponderabilidad de la vida humana. En particular, lo que la moderna corriente utilitarista afirma es que existen dos factores hasta ahora no tenidos en cuenta por la doctrina penal que, sin embargo, sí serían relevantes a la hora de jerarquizar los deberes en situaciones de conflicto vital, a saber, la perspectiva de éxito y la esperanza de vida.

En primer lugar, se afirma ahora que cuando los dos pacientes necesitados presentaran una probabilidad de muerte similar, de modo que ambos habrían de ser de inmediato tratados con un respirador, la perspectiva de éxito, entendida como la posibilidad de superar la específica enfermedad que justifica el tratamiento con el respirador, habría de ser el criterio decisivo para jerarquizar los deberes en conflicto.<sup>27</sup> En este sentido hablaría, por un lado, el hecho de que aquel suele ser el más importante factor de priorización en los protocolos y recomendaciones médicas que regulan la práctica clínica del triaje. El Derecho (penal) no podría apartarse en sus juicios de valor del modo en el que los médicos *de facto* priorizan.<sup>28</sup> Por otro lado, se alega que la perspectiva de éxito es también un factor decisivo en la regulación estatal de asignación de órganos para su trasplante.<sup>29</sup> En el marco del ordenamiento jurídico español este argumento rezaría como sigue: si la asignación de órganos se debe realizar conforme al art. 13 del Real Decreto 1723/2012,<sup>30</sup>

<sup>26</sup> En profundidad, cfr. BRECH, *Triage und Recht*, 2008, pp. 356 ss., 358, con ulteriores referencias.

<sup>27</sup> FRISTER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 9ª ed., 2020, Cap. 22, p. 327, nm. 62; TAUPITZ, *MedR*, (6), 2020, p. 445. En este sentido, aunque otorgando relevancia al criterio solo en casos de gran desproporción (5 % c. 95%), cfr. también HOVEN/HAHN, «Strafrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie», *JA*, (7), 2020, p. 483; y SOWADA, «Strafrechtliche Probleme der Triage in der Corona-Krise», *NStZ*, (8), 2020, p. 456, quien propone tomar como referencia las categorías clásicas del triaje en vez de buscar diferencias porcentuales para determinar cuándo las perspectivas de éxito habrían de ser relevantes.

<sup>28</sup> En este sentido, cfr. p.ej., SOWADA, *NStZ*, (8), 2020, p. 456; o GAEDE et al., *medstra*, (3), 2020, p. 132. Aunque estos autores se refieren a las recomendaciones de diferentes asociaciones alemanas, también en los protocolos y recomendaciones médicas de nuestro país aparece recogida la perspectiva de éxito como un factor relevante o decisivo a la hora de llevar a cabo el triaje. Al respecto, cfr. p.ej., HERREROS et al., «Triage during the COVID-19 epidemic in Spain: better and worse ethical arguments», *Journal of Medical Ethics*, (7), 2020, pp. 455 ss.

<sup>29</sup> FRISTER, *AT*, 9ª ed., 2020, Cap. 22, p. 327, nm. 62, quien se remite al § 12 ap. 1 de la Ley de Trasplantes alemana, en donde explícitamente se afirma que la asignación de órganos debe tener lugar, esencialmente, en atención a los criterios de la “urgencia y perspectiva de éxito”. Crítico con la analogía, vid. sin embargo SOWADA, *NStZ*, (8), 2020, pp. 455 s.

<sup>30</sup> RD 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad. Art. 13: 1. La asignación de los órganos se realizará por criterios clínicos, de equidad, calidad, seguridad y eficiencia. En los criterios de asignación se contemplarán aquellas situaciones en que exista riesgo vital inmediato. [...] 3. Sin perjuicio de lo anterior, se procurará por todos los medios optimizar cada donación, favorecer la utilización clínica de los órganos y reducir las pérdidas de los mismos.

entre otros, por el criterio de la eficiencia, procurándose “por todos los medios optimizar cada donación, favorecer la utilización clínica de los órganos y reducir las pérdidas de los mismos”, también la asignación de respiradores en situaciones de escasez habría de efectuarse de manera eficiente, esto es, maximizando el número de personas salvadas. Y finalmente, se alega ahora que tomar en cuenta la perspectiva de éxito no supondría una minusvaloración de la vida del paciente dejado a su suerte, pues no se lo discriminaría en atención a sus cualidades personales genéricas estables (raza, sexo...), sino que se resolvería el conflicto en atención a criterios médicos éticamente neutrales (patologías previas, curso de la enfermedad, reacción al tratamiento ya recibido...).<sup>31</sup> Es más, si la perspectiva de éxito es un factor decisivo a la hora de determinar la indicación médica de un tratamiento, de modo que el médico puede considerarlo como no indicado cuando la perspectiva de éxito es nimia, no habría razón por la que no tomar en cuenta también dicho factor a la hora de jerarquizar los deberes en conflicto.<sup>32</sup> No hacerlo, así Elisa HOVEN, sería un “despilfarro irracional de recursos”, la absurda consecuencia de una ética deontológica que —en el marco del imprescindible triaje en una situación de pandemia— se mostraría como muy “poco humana”.<sup>33</sup>

En segundo lugar, la moderna relativización del principio de la igualdad valorativa de las vidas humanas tiene lugar a través de la toma en consideración de la esperanza de vida del paciente. Este factor, objeto de importante controversia en la discusión ética, había permanecido hasta ahora desterrado de la discusión penal sobre la ponderación de intereses en conflicto.<sup>34</sup> En palabras de HOVEN, quien con mayor contundencia se ha expresado en favor de tomar también en consideración la esperanza de vida a la hora de jerarquizar deberes,<sup>35</sup> la “adhesión a la tesis del carácter absoluto de la prohibición [de ponderar vidas] viene frecuentemente acompañada de una actitud de superioridad intelectual”.<sup>36</sup> En su opinión, la concepción dominante se basaría en una incorrecta comprensión de la “igualdad” de la vida humana. “El Derecho y la ética prohíben con buenas razones una valoración 'cualitativa' de los seres humanos en atención, por ejemplo, a su origen, al sexo o a las prestaciones en favor de la sociedad. Sin embargo, la toma en consideración de la expectativa de vida se diferenciaría de este tipo de criterios en un aspecto esencial: dado que la vida humana es finita, esta tiene necesariamente un componente cuantitativo. Si pudiéramos adquirir más tiempo de vida, pagaríamos por 50 años un precio superior al que pagaríamos por 5”.<sup>37</sup> Así las cosas, siempre según HOVEN, distinguir entre personas en atención a su esperanza de vida no pondría en cuestión la igualdad básica valorativa

<sup>31</sup> GAEDE et al., *medstra*, (3), 2020, p. 133.

<sup>32</sup> El argumento es de SOWADA, *NStZ*, (8), 2020, p. 455.

<sup>33</sup> HOVEN, «Die »Triage«-Situation als Herausforderung für die Strafrechtswissenschaft», *JZ*, (9), 2020, p. 452.

<sup>34</sup> Cfr. KÜNSCHNER, *Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht und Patientenauswahl*, 1992, pp. 326 ss., 328.

<sup>35</sup> Aunque en el marco de la discusión sobre cómo programar coches autopilotados en situaciones dilemáticas, ya antes HÖRNLE/WOHLERS, «Autonome Fahrzeuge und Leben-gegen-Leben-Dilemmata», *GA*, (1), 2018, p. 28, quienes abren la puerta a distinguir valorativamente entre niños y adultos a los efectos de considerar el salvamento de los primeros preferente: de este modo se permitiría a los niños poder vivir las experiencias que los seres humanos de más edad generalmente ya han tenido. En esta misma dirección, en profundidad, próximamente, TUNÓN CORTI, «Alter, fair innings und „ex ante“ Triage», en HILGENDORF et al. (eds.), *Triage in der (Strafrechts-)Wissenschaft*, 2021, en prensa.

<sup>36</sup> HOVEN, *JZ*, (9), 2020, p. 451.

<sup>37</sup> HOVEN, *JZ*, (9), 2020, p. 451. Entre nosotros, próximo, DOMÉNECH PASCUAL, «¿Puede el Estado abatir un avión con inocentes a bordo para prevenir un atentado kamikaze?», *Revista de Administración Pública*, (170), 2006, p. 412, n. 59: “creo que lo sensato es escoger aquel curso de acción que permita salvar más vidas o, si se quiere decir así, que arroje un mayor «saldo positivo de años de vida»”.

vital. “Todo ser humano tiene el mismo valor – no, en cambio, la duración de su vida”.<sup>38</sup> Por ello, allí donde las perspectivas de éxito de los pacientes fueran similares, la esperanza de vida podría (o habría de) ser el criterio decisivo para su ponderación y, por extensión, para la jerarquización de las obligaciones en conflicto.<sup>39</sup>

¿Qué consecuencias jurídico-penales tiene la toma en consideración de la perspectiva de éxito y la esperanza de vida a la hora de jerarquizar los deberes? Básicamente, ello supone que, a diferencia de lo propugnado clásicamente por la doctrina penal, el médico ya no dispondría de una facultad de elección, sino que estaría obligado a cumplir el deber de mayor rango, esto es, a salvar a la persona con mayores expectativas de éxito o, en caso de equivalencia, a la persona con mayor esperanza de vida.<sup>40</sup> Aunque quienes defienden la toma en consideración de estos criterios no concretan el papel que les correspondería en la jerarquización de los deberes; GAEDE et al., por ejemplo, se limitan a afirmar que la expectativa de éxito habría de ser un factor relevante en la ponderación cuando la diferencia es importante,<sup>41</sup> y HOVEN parece querer otorgar fuerza de desempate a la esperanza de vida solo cuando se constata una grave divergencia en tal circunstancia;<sup>42</sup> lo cierto es que si estos factores jerarquizan los deberes, aquellos planteamientos suponen una novedad dogmático-práctica de gran calado. El médico que se decide por cumplir el deber de menor rango, por ejemplo, por salvar al paciente con menor perspectiva de éxito o por salvar a la persona con menor esperanza de vida estaría cometiendo un homicidio antijurídico, también en caso de salvar la vida a quien no tenía el deber de tratar.<sup>43</sup> En tanto que el sujeto activo es un profesional médico no especialmente vinculado con el paciente salvado y dado que estaría salvando un interés de menor valor que el que se lesiona, es decir, causando un mal mayor que el que se evita, el hecho antijurídico difícilmente podría quedar exculpado en

---

<sup>38</sup> HOVEN, JZ, (9), 2020, p. 451.

<sup>39</sup> HOVEN (JZ, [9], 2020, p. 452), sin embargo, no aclara si los médicos estarían obligados a salvar a la persona con más esperanza de vida o si este solo sería un criterio de decisión más. Su antibiológica afirmación es la siguiente: “la toma en consideración de la (estadísticamente pronosticada) duración de vida restante debe ser un posible criterio que permita al médico, en especial ante graves divergencias, decidirse en favor del paciente con una esperanza de vida claramente superior”.

<sup>40</sup> Así lo apuntan HOVEN/HAHN, JA, (7), 2020, p. 482; TAUPITZ, MedR, (6), 2000, p. 445; o FRISTER, AT, 9ª ed., 2020, Cap. 22, p. 327, nm. 63.

<sup>41</sup> GAEDE et al., medstra, (3), 2020, p. 134, quienes afirman que cuando las diferencias sean mínimas, los doctores recuperan su derecho de elección. Cfr. además HOVEN/HAHN, JA, (7), 2020, p. 482, quienes de forma vaga afirman que “hay buenas razones en favor de no dejar completamente al margen en la valoración de los deberes en conflicto las expectativas de éxito”, en especial “cuando la salvación es menos probable que la no salvación”. Cfr. además HÖRNLE, «Ex-post-Triage: Strafbar als Tötungsdelikt?», en LA MISMA et al. (ed.), Triage in der Pandemie, 2021, pp. 179 s., n. 92, quien entiende que la perspectiva de éxito puede (aunque no debe) ser tenida en cuenta como factor de jerarquización.

<sup>42</sup> Cfr. supra n. 39.

<sup>43</sup> Así, aunque solo en relación con la perspectiva de éxito, HOVEN/HAHN, JA, (7), 2020, p. 482, n. 16, si bien en una nota al pie afirman lacónicamente que “la constelación se parece al injusto de la tentativa y podría por lo tanto ser correspondientemente tratado”. Ahora bien, si el médico solo estaba obligado a salvar a (A), el paciente con más expectativas de éxito, esto es, a cumplir el deber de mayor rango e infringe ese único deber para llevar a cabo un comportamiento jurídicamente inexigible como es salvar a (B), quien tiene menores expectativas de éxito, ¿por qué estaría cometiendo solo una tentativa de homicidio si resulta que (A) ha muerto? Como he defendido en otro lugar (COCA VILA, La colisión de deberes en Derecho penal, 2016, pp. 524 ss.), el salvamento supererogatorio puede tener un efecto atenuante de la pena por el delito omisivo consumado.

estado de necesidad.<sup>44</sup> Los familiares o amigos del paciente con mejor pronóstico o mayor esperanza de vida podrían ejercer contra el médico omitente la correspondiente legítima defensa en auxilio necesario.

## 2.2. Triage *ex post*

Bajo la etiqueta del triaje *ex post* discute la literatura más reciente el dilema en el que se ve sumido un médico que, para salvar a un paciente que acaba de ser ingresado con una alta perspectiva de éxito, debe interrumpir necesariamente el tratamiento ya iniciado en favor de un paciente que presenta una menor perspectiva de éxito, asumiendo que con ello lo condena a una muerte segura. Se trata, en definitiva, de valorar si un médico puede (o incluso debe) extubar al paciente que está siendo tratado, esto es, interrumpir un curso causal salvador propio ya en fase de tentativa a fin de poder intubar a un nuevo paciente con un mejor pronóstico. En realidad, se trata del mismo supuesto dilemáticamente que tempranamente planteó WELZEL en su conocido caso de la máquina corazón-pulmón:

“Una clínica quirúrgica dispone (tan solo) de tres máquinas corazón-pulmón, conectadas ya a tres pacientes gravemente heridos, A, B y C. Después de un accidente automovilístico son hospitalizados otros tres heridos graves, X, Y, y Z. El cirujano jefe de la unidad, tras consultar a dos colegas, decide conectar al recién llegado X a la máquina a la que estaba conectado hasta entonces A, pues este solo goza de una probabilidad de salvación menor, mientras que X, por el contrario, tiene una probabilidad grande de sobrevivir si es conectado a la máquina. Como era de esperar, A muere tras ser desconectado”.<sup>45</sup>

WELZEL negaba la posibilidad de justificar el homicidio de (A) cometido por el cirujano. Su hecho, a lo sumo, quedaría exculpado, siempre y cuando se respetara un requisito procedimental, a saber, que el cirujano hubiera recabado antes la intervención de otro colega especialista para el control de su dictamen relativo a las probabilidades de éxito de cada uno de los pacientes.<sup>46</sup> La doctrina contemporánea absolutamente dominante, como mínimo hasta hace unos meses, tampoco admitía la justificación del homicidio del médico,<sup>47</sup> siendo también mayoría los autores que negaban asimismo la posibilidad de exculpar al médico.<sup>48</sup> Dos son las razones

---

<sup>44</sup> Aunque el art. 20.5 CP no exige expresamente que el autor esté vinculado con el beneficiario de su hecho antijurídico, si bien un importante sector de la doctrina deriva este requisito del fundamento de la exculpación (cfr. MARTÍN LORENZO, *La exculpación penal*, 2009, p. 429); aquel sí requiere que el mal causado no sea mayor que el evitado. Al respecto, cfr. MARTÍN LORENZO, *ob cit.*, p. 455. En un sentido parecido, vid. PÉREZ DEL VALLE, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., 2018, p. 214. Si las expectativas de vida o la esperanza de vida influyen en la ponderación difícilmente cabrá admitir que el médico que se decide por la persona con menor esperanza de vida puede quedar siquiera exculpado.

<sup>45</sup> WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, § 23, p. 185. Al respecto, en profundidad, cfr. KÜPER, «Noch einmal: Rechtfertigender Notstand, Pflichtenkonflikte und übergesetzliche Entschuldigung», *JuS*, (9), 1971, pp. 474 ss.

<sup>46</sup> WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, § 23, p. 185.

<sup>47</sup> *Pars pro toto* ROXIN/GRECO, *AT*, 5ª ed., v. I, 2020, § 16, pp. 854 s., nm. 33.

<sup>48</sup> Con ulteriores referencias, cfr. KÜNSCHNER, *Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht und Patientenauswahl*, 1991, pp. 345-367.

tradicionalmente esgrimidas en contra de la justificación de la interrupción del tratamiento médico en estos supuestos.<sup>49</sup>

Por un lado, desde una perspectiva *iuspositiva*, se argumenta que todo conflicto entre un deber de actuar (mandato) y un deber de omitir (prohibición) constituye un supuesto normal de estado de necesidad (agresivo), a resolver, en el caso alemán, conforme al § 34 StGB.<sup>50</sup> Dado que dicho precepto exige para la justificación de toda injerencia activa en los intereses de un inocente la salvaguarda de un interés esencialmente preponderante al que se lesiona, siendo que en el supuesto que aquí nos ocupa los dos intereses en liza son equivalentes (imponderabilidad de la vida humana), la extubación del médico no podría quedar bajo ningún concepto justificada.<sup>51</sup> El § 34 StGB obstruiría el nacimiento de un deber de actuar cuando los dos intereses en juego son equivalentes: ¡nunca puede ser obligatorio realizar aquello que está prohibido!<sup>52</sup> Por otro lado, desde una perspectiva *iusfilosófica*, la primacía del deber de omitir frente al de actuar se fundamenta, o bien en el menor peso del injusto omisivo,<sup>53</sup> o bien en una pretendida preeminencia normativa del *statu quo* dado. Esta segunda vía es la mayoritariamente transitada en la doctrina moderna. El Derecho (penal) tendría por principio un interés en proteger el *statu quo* dado, de modo que para alterarlo activamente en una situación dilemática sería indispensable que el agente tuviera una buena razón. A falta de dicha razón, el obligado habría de cumplir la prohibición, esto es, dejar que las cosas sigan su curso natural antes que arrogarse de forma presuntuosa la “facultad de jugar a ser Dios” o de “manipular el destino”.<sup>54</sup>

Para la doctrina mayoritaria la buena razón para “manipular el destino” activamente vendría únicamente dada por la salvaguarda de un interés esencialmente preponderante, tal y como exige el § 34 StGB para admitir la justificación en estado de necesidad agresivo.<sup>55</sup> Para Ulfrid NEUMANN, sin embargo, dado que la desconexión del paciente, a diferencia de lo que ocurre en un caso normal de homicidio activo, no constituiría una injerencia en su esfera jurídica, el hecho podría quedar ya justificado cuando el médico salva un interés (mínimamente) superior.<sup>56</sup> En todo caso, dado que NEUMANN niega la posibilidad de distinguir valorativamente entre vidas humanas, ante el triaje *ex post* que aquí nos interesa llega exactamente a la misma solución que la doctrina

---

<sup>49</sup> En detalle, cfr. COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 2016, pp. 71 ss., con ulteriores referencias; o resumidamente, EL MISMO, «La colisión entre razones de obligación en Derecho penal», *InDret*, (2), 2017, pp. 3 ss.

<sup>50</sup> § 34 StGB [Estado de necesidad justificante]: El que, ante un peligro actual, e inevitable de otro modo, para la vida, integridad, libertad, honor, propiedad u otro bien jurídico, comete un hecho para apartar el peligro de sí o de otro, no obra antijurídicamente si, al ponderar los intereses contrapuestos, y en particular los bienes jurídicos afectados y el grado de los peligros que los amenazan, el interés salvaguardado prepondera esencialmente sobre el lesionado. No obstante, lo anterior solo rige en caso de que el hecho constituya un medio adecuado de evitación del peligro.

<sup>51</sup> Cfr. ROXIN/GRECO, *AT*, 5ª ed., v. I, 2020, § 16, p. 888, nm. 117. En detalle, cfr. además ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, pp. 125-127, n. 459. En la doctrina española, en este mismo sentido, cfr. p.ej., CUELLO CONTRERAS, «La justificación del comportamiento omisivo», *ADPCP*, (43), 1990, pp. 498 ss.

<sup>52</sup> Así, ERB, «§ 34», *MK-StGB*, 4ª ed., 2020, nm. 46. Y en profundidad, sobre esto mismo, vid. KÜPER; *Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenollision im Strafrecht*, 1979, pp. 32-36.

<sup>53</sup> Paradigmático, ENGISCH, «Der Arzt im Strafrecht», *MschKrim*, (30), 1939, pp. 414 ss.; y recientemente, WALTER, *GA*, (11), 2020, p. 673.

<sup>54</sup> En este sentido, cfr. p.ej., JOERDEN, «Der Widerstreit zweier Gründe der Verbindlichkeit. Konsequenzen einer These Kants für die strafrechtliche Lehre von der “Pflichtenollision”», *JRE*, (5), 1997, p. 48.

<sup>55</sup> Cfr. p.ej., RÖNNAU/WEGNER, «Grundwissen – Strafrecht: Traige», *JuS*, (5), 2020, p. 405.

<sup>56</sup> NEUMANN, «§ 34», *NK-StGB*, 5ª ed., 2017, nm. 130.

mayoritaria: el médico no puede extubar al paciente que ya está siendo tratado para intubar al recién llegado,<sup>57</sup> por mejor que sea la perspectiva de éxito de este segundo.

El amplio consenso sobre la vigencia del principio de prioridad temporal (*prior in tempore, potior in iure*)<sup>58</sup> a la hora de resolver el dilema propuesto por WELZEL y, en general, los dilemas de *triaje ex post*, también parece haber llegado en los últimos meses a su fin. El giro utilitarista al que me he referido arriba, pasa asimismo por negar un mejor derecho al paciente que ya está siendo tratado frente al que precisa de un tratamiento todavía por iniciar, como mínimo, cuando este segundo tiene mejores expectativas de salvación o una mayor esperanza de vida. En favor de esta tesis se arguyen, básicamente, dos clases de argumentos, si bien íntimamente relacionados entre sí.

En primer lugar, los representantes de la nueva corriente utilitarista coinciden en que resulta erróneo otorgar con carácter general primacía a los deberes de omitir frente a los de actuar. En contra de lo tradicionalmente sostenido por la doctrina penal, no sería cierto que el Derecho prefiere a igualdad de intereses en juego que el agente obligado cumpla la prohibición a costa de un mandato. Por un lado, se afirma que las cláusulas regulatorias de la comisión por omisión (§ 13 StGB, art. 11 CP) equiparan normativamente mandatos y prohibiciones, lo que sería incompatible con la extendida afirmación según la cual, *ceteris paribus*, los deberes de omitir primarían frente a los de actuar.<sup>59</sup> Y por otro lado, se señala que la distinción entre actuar y omitir ha sido privada de cualquier relevancia normativa por la jurisprudencia (alemana) en la valoración de la responsabilidad penal del médico que interrumpe un tratamiento médico a instancias del paciente.<sup>60</sup> La extubación de un paciente, al igual que la prolongación de un tratamiento ya iniciado no pueden ser consideradas como acciones u omisiones en sentido estricto, más bien son comportamientos complejos que incorporan ambas dimensiones, de modo que el carácter activo u omisivo del comportamiento sería irrelevante a los efectos de valorar normativamente la conducta del médico. Del mismo modo que el BGH ha abandonado en este ámbito la distinción entre actuar y omitir en favor del “supraconcepto normativo-valorativo de la interrupción del tratamiento”,<sup>61</sup> habría de abandonarse igualmente la clásica distinción entre actuar y omitir en la resolución de los conflictos de deberes en situación de *triaje ex post*.

Así las cosas, ya en segundo lugar, se afirma ahora que en una situación de *triaje ex post*, el médico no estaría obligado por una prohibición que colide con un mandato, sino por dos deberes

<sup>57</sup> Algo distinto valdría, así NEUMANN («§ 34», *NK-StGB -StGB*, 5ª ed., 2017, nm. 130), cuando el paciente ya ingresado no tiene ninguna expectativa de salvación y el tratamiento únicamente puede postergar la muerte. En su opinión, este caso debe ser resuelto conforme a las reglas especiales que rigen la resolución de las comunidades de peligro asimétricas, esto es, el médico puede (aunque no debe) interrumpir justificadamente el tratamiento para salvar al nuevo paciente.

<sup>58</sup> Así, cfr. p.ej., RÖNNAU, «Vor §§ 32 ff», *LK-StGB*, 13ª ed., 2019, nm. 123. En general, sobre el principio de prioridad temporal en el Derecho, vid. WACKE, «Wer zuerst kommt, mahlt zuerst», *JA*, (2), 1981, pp. 94 ss.; o VORBUHLE, *Verw.*, (32), 1999, pp. 30 ss.; y, en particular, en el Derecho penal, vid. JOERDEN, «Erlaubniskollisionen, insbesondere im Strafrecht», en DANNECKER (ed.), *Festschrift für Harro Otto*, 2007, pp. 331 ss.

<sup>59</sup> HOVEN, *JZ*, (9), 2020, p. 453.

<sup>60</sup> HOVEN/HAHN, *JA*, (7), 2020, p. 483; JÄGER/GRÜNDEL, «Zur Notwendigkeit einer Neuorientierung bei der Beurteilung der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Angesicht der Corona-Triage», *ZIS*, (4), 2020, p. 156; o HÖRNLE, en LA MISMA et al. (ed.), *Triage in der Pandemie*, 2021, pp. 157 s., n. 25.

<sup>61</sup> BGH 2 StR 454/09 – Urteil vom 25. Juni 2010 (LG Fuda).



de tratamiento (*Behandlungspflichten*) normativamente idénticos,<sup>62</sup> esto es, el deber de tratar al paciente ya intubado frente al deber de tratar al paciente que precisa de ser intubado. Dado que con el inicio del tratamiento el primer paciente no se aseguraría una posición jurídica privilegiada frente a ningún otro potencial paciente necesitado,<sup>63</sup> sino que simplemente gozaría de una mejor posición fáctica,<sup>64</sup> con la aparición del nuevo paciente el médico se vería sumido en una situación estándar triaje *ex ante*, es decir, ante una de colisión entre dos deberes de tratamiento normativamente equivalentes.<sup>65</sup> A diferencia del caso en el que un padre solo puede salvar a su hijo enfermo disparando a un extraño y extirpándole un riñón, en el supuesto que nos ocupa no se trataría de legitimar la injerencia en una esfera jurídica ajena, esto es, de justificar la lesión de una posición jurídica consolidada y protegida *erga omnes*, sino de resolver un conflicto entre dos intereses en peligro.<sup>66</sup> Del mismo modo que el obligado que en una situación de colisión de deberes de actuar no mata al necesitado que deja a su suerte para poder salvar al segundo necesitado, cuando el médico interrumpe el tratamiento el “paciente moriría por su propia enfermedad, pero no, en cambio, por una injerencia en su vida proveniente del exterior”.<sup>67</sup>

Dado que el triaje *ex post* habría de regirse por las mismas reglas que regulan el triaje *ex ante*, las consecuencias dogmáticas de este giro utilitarista son igualmente considerables. Para aquellos autores que, pese a todo lo anterior, se aferran a la imponderabilidad de la vida humana, el médico que se plantea la posibilidad de extubar a un paciente para intubar al recién ingresado con mejor perspectiva de éxito conservaría la facultad de escoger qué deber cumple, pues ambos serían equivalentes. A diferencia de lo clásicamente sostenido, esto significa que si el médico se decide por extubar al paciente ya ingresado a fin de salvar a quien tiene mejor perspectiva de éxito el homicidio típico del primero quedaría justificado por colisión de deberes.<sup>68</sup> Quienes, por el contrario, entienden que la perspectiva de éxito o la esperanza de vida son factores determinantes en el juicio de jerarquización de los deberes habrán de llegar, en buena lógica, a la conclusión de que el médico está obligado por un único deber, a saber, el que le obliga a salvar

<sup>62</sup> Al respecto, cfr. GAEDE et al., *medstra*, (3), 2020, p. 134.

<sup>63</sup> GAEDE et al., *medstra*, (3), 2020, p. 135.

<sup>64</sup> Insisten en la irracionalidad del criterio de la prioridad temporal JÄGER/GRÜNDEL, *ZIS*, (4), 2020, p. 156.

<sup>65</sup> JÄGER/GRÜNDEL, *ZIS*, (4), 2020, p. 159, quienes defienden que la colisión de deberes no solo se presenta cuando el obligado todavía no ha iniciado el salvamento de uno de los dos intereses en liza, sino que aquella se perpetúa *sine die* después de haber dado inicio al salvamento de un interés.

<sup>66</sup> Muy claros, GAEDE et al., *medstra*, (3), 2020, p. 135. Próximos, DENZEL, «Allocating scarce medical resources under German Criminal Law: the justifying collision of duties in triage situations», *Revista de Estudios Criminales*, (78), 2020, pp. 62 s.; o BRADE/MÜLLER, *NVwZ*, (24), 2020, p. 1796. Que la extubación del paciente ya intubado no constituye una injerencia en su esfera jurídica lo afirma también NEUMANN, «§ 34», *NK-StGB*, 5ª ed., 2017, nm. 130, quien sin embargo entiende que la naturaleza normativa de este comportamiento no es tampoco plenamente equivalente al mero no salvar un interés en peligro. Su naturaleza sería intermedia y, por ende, el umbral de justificación también intermedio (*supra* n. 121).

<sup>67</sup> Así TAUPITZ, *MedR*, (6), 2020, p. 446. Y en los últimos tiempos, en sentido parecido, vid. HÖRNLE, en LA MISMA et al. (eds.), *Triage in der Pandemie*, 2021, pp. 171 s., para quien el paciente ya intubado no gozaría de un derecho negativo o de defensa (*Abwehrrecht*), sino de un mero derecho de participación (*Teilhaberecht*), equivalente al del paciente que espera ser intubado.

<sup>68</sup> A esta conclusión llegan ahora JÄGER/GRÜNDEL, *ZIS*, (4), 2020, pp. 160-162; AST, «Quieta non movere? Ärztliche Auswahlkriterien sowie der Behandlungsabbruch im Fall einer Pflichtenkollision aus strafrechtlicher Sicht», *ZIS*, (6), 2020, pp. 271 s.; o HÖRNLE, en LA MISMA et al. (eds.), *Triage in der Pandemie*, 2021, p. 173.



al paciente recién ingresado con mejor perspectiva de éxito.<sup>69</sup> En consecuencia, el médico que se decide por no extubar al paciente ya ingresado cometería un homicidio antijurídico, incluso cuando el paciente con menores expectativas de éxito finalmente sobreviviera. De nuevo, en la medida en que el médico no está especialmente vinculado al paciente salvado y con su homicidio no garantiza un interés siquiera equivalente al que lesiona, el hecho antijurídico difícilmente podría quedar exculpado.<sup>70</sup>

### 2.3. Triage *ex ante* preventivo

La tercera constelación de triaje se ubica fenotípicamente entre las dos anteriores: se trata del triaje *ex ante* a fin de evitar un posterior triaje *ex post*. El ejemplo paradigmático de triaje *ex ante* preventivo en la discusión penal es el siguiente: un médico, consciente de que únicamente queda una cama libre en la UCI, niega el ingreso a un paciente con escasas perspectivas de éxito, aun cuando ello resulta médicamente indicado. Con ello pretende dejar libre la cama a fin de poder ingresar en las próximas horas a un —altamente previsible— paciente con un pronóstico más favorable.

Estructuralmente se trata aquí de un problema análogo al tematizado tiempo atrás por Joachim HRUSCHKA y Urs KINDHÄUSER bajo el *topos* de la colisión entre deberes e incumbencias (*Obliegenheiten*).<sup>71</sup> El deber de atender al paciente necesitado entra en conflicto con la incumbencia de mantener la UCI en un estado idóneo para poder atender adecuadamente a futuros pacientes en cumplimiento de un deber todavía por nacer. Y aunque en la actual discusión sobre el triaje este problema recibe un interés menor, nadie duda de que en los hospitales europeos también se practica esta forma de triaje.<sup>72</sup> De hecho, esta es la lógica que subyace al establecimiento de prohibiciones absolutas de ingreso en atención, por ejemplo, a la edad, morbilidad, o a las probabilidades de éxito de un paciente. Quien, debido a la alta saturación de la UCI y en previsión de futuros ingresos, decide no tratar a personas con escasas posibilidades de éxito, incluso cuando ello aparece como médicamente indicado y existen los medios para ello, está practicando triaje *ex ante* preventivo.

Los defensores del giro utilitarista, por lo general, no se pronuncian explícitamente sobre la posibilidad de justificar las prácticas de triaje *ex ante*. En todo caso, parece que desde sus postulados nada empecería admitir ciertas prácticas de triaje *ex ante* preventivo. Aunque no se pueda hablar en estos casos de una verdadera colisión de deberes, pues el médico solo lo está por

---

<sup>69</sup> Así, HOVEN, *JZ*, (9), 2020, p. 454, n. 55. En esta línea, aunque menos claros, GAEDE et al., *medstra*, (3), 2020, p. 135, quienes críticamente afirman que no sería constitucional o penalmente admisible no valorar la extubación del paciente que tiene un 20% de posibilidades de sobrevivir a fin de intubar a quien tiene un 80%, pues en tal caso “los deberes de actuar de los médicos apenas serían equivalentes”. ¿Son equivalentes o no lo son? De ello depende la principal consecuencia penal, a saber, que el médico que no extuba responda o no por un homicidio antijurídico.

<sup>70</sup> Cfr. *supra* n. 44.

<sup>71</sup> HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2ª ed., 1988, pp. 308 ss., n. 65; y KINDHÄUSER, «Zur Rechtfertigung von Pflicht- und Obliegenheitsverletzungen im Strafrecht», *JRE*, (2), 1994, pp. 339 ss., pp. 350 s. Resumidamente COCA VILA, «La colisión 'deficitaria' de deberes», *En Letra: Derecho Penal*, (6), 2018, p. 57, n. 13. En la discusión filosófica, cfr. al respecto DE LORA, «¿A qué inocentes debemos sacrificar? La selección de pacientes para la distribución de recursos sanitarios», *Tέλος*, (2), 205, pp. 11 ss.

<sup>72</sup> Al respecto, con referencias, cfr. DENZEL, *Revista de Estudos Criminais*, (78), 2020, p. 28, n. 24.

un deber, el de atender adecuadamente al paciente que precisa del respirador,<sup>73</sup> desde una óptica utilitarista la infracción de aquel podría quedar justificada en aras de salvar un interés superior todavía por concretar.<sup>74</sup> Así, del mismo modo que el único socorrista en una concurrida playa no debería abandonar su puesto y dejar de vigilar a los múltiples bañistas en el mar a fin de practicar un auxilio mínimo —*prima facie* debido—a un quejicoso bañista que ha sido picado por una medusa en una mano; el médico que ante la previsible ola de pacientes necesitados de respiradores se lo niega a quien tiene escasas posibilidades de salvación también actuaría de forma justificada, cuando no debida. Aquí, el incumplimiento del deber de salvamento a fin de poder cumplir un futuro deber normativamente equivalente es, de nuevo, la solución que maximiza los recursos médicos limitados.

### 3. Contra el giro utilitarista en la resolución de las colisiones de deberes

#### 3.1. Utilitarismo y justificación penal

Las tesis acabadas de presentar responden a un pensamiento esencialmente utilitarista.<sup>75</sup> Es decir, lo que pretenden es determinar la resolución de los conflictos (de deberes) con trascendencia jurídico-penal de un modo esencialmente consecuencialista y colectivista.<sup>76</sup> Es consecuencialista porque la solución al conflicto queda determinada por el resultado que se espera obtener, y colectivista en la medida en que se trata a la sociedad en su conjunto y, más concretamente, a los pacientes presentes y futuros, como si de un único sujeto se trataran, aglomerando o agregando en un único cuerpo supraindividual (sujeto holístico) sus distintos intereses —hasta entonces— particulares. En concreto, los autores arriba referidos abogan por resolver las colisiones conforme a un principio utilitarista negativo, el principio del mal menor: los médicos habrían de salvar en una situación de conflicto el mayor número de vidas posibles. Esta es la idea que se esconde tras las múltiples referencias en la moderna discusión sobre el triaje a la necesidad de optimizar los recursos médicos o de resolver los conflictos de manera eficiente.

La tesis utilitarista puede resultar incuestionable desde el prisma de la biología evolutiva.<sup>77</sup> Esta, asimismo, goza de gran aceptación en la discusión bioética sobre la distribución de recursos médicos escasos y supone un parámetro distributivo ampliamente aceptado en la (macro)racionalización y distribución abstracta de recursos médicos.<sup>78</sup> Sin embargo, todo lo anterior ni prejuzga ni determina cómo habría de valorarse la solución dada por un facultativo a una concreta colisión de deberes con trascendencia jurídico-penal.<sup>79</sup> Del mismo modo que la

---

<sup>73</sup> Lo advierte AST, *ZIS*, (6), 2020, p. 271.

<sup>74</sup> Tempranamente, BOCKELMANN, *Strafrecht des Arztes*, 1968, pp. 115 s.

<sup>75</sup> Así, WALTER, *GA*, (11), 2020, p. 670, quien advierte en ellas un pensamiento evolucionista-utilitarista.

<sup>76</sup> En profundidad, COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 2016, pp. 227 s.; EL MISMO, «Coches autopilotados en situaciones de necesidad. Una aproximación desde la teoría de la justificación penal», *CPC*, (2), 2017, pp. 251 ss.

<sup>77</sup> Cfr. WALTER, *GA*, (11), 2020, p. 661: una especie que quiere sobrevivir y extenderse habrá de maximizar cuantitativamente el número de ejemplares de su especie.

<sup>78</sup> Cfr. *supra* n. 3.

<sup>79</sup> Así, acertadamente, SOWADA, *NStZ*, (8), 2020, p. 455. Y en general, sobre la relevancia normativa de esta distinción, vid. HERB, *Die Verteilungsgerechtigkeit in der Medizin*, 2002, pp. 47 ss.; o SCHÜRCH, *Rationierung in der Medizin als Straftat*, 2000, pp. 48 ss. Que los principios legítimos de macrotraje no coinciden con los

función del Derecho penal no es proteger a través de sus normas los intereses agregados de ningún ente colectivo conformado por la agregación de intereses particulares, sino garantizar una separación armónica de esferas de libertad administradas autónomamente por cada ciudadano;<sup>80</sup> el sistema de causas de justificación penal tampoco persigue la maximización de ningún interés agregado, sino más bien definir la solución más respetuosa posible con cada uno de los ciudadanos involucrados en el conflicto en tanto que legítimos titulares de derechos particulares enfrentados.<sup>81</sup> Con otras palabras, el sistema de causas de justificación de un ordenamiento liberal, basado, pues, en el principio del individualismo normativo,<sup>82</sup> no se orienta a la consecución de la solución más eficiente para el colectivo. Su reto en términos de legitimación es más complejo: una vez tomados todos los derechos individuales de todos los sujetos afectados por el conflicto en un plano de igualdad, ha de estar en disposición de justificar la concreta solución dada al conflicto precisamente frente a quien sufre en última instancia sus costes.

Por consiguiente, también está condenado al fracaso el intento de HOVEN por enmascarar la solución maximizadora tras el velo de ignorancia.<sup>83</sup> Aunque atribuir a la mayoría de los ciudadanos en una posición original una voluntad maximizadora racional pudiera parecer el modo liberal-(neo)contractualista de fundamentar las soluciones propugnadas por las tesis utilitaristas, tampoco la importación del experimento mental de RAWLS a la resolución de las colisiones de deberes permite superar la objeción individualista acabada de presentar. Negar un derecho al salvamento a las personas de avanzada edad o de gran morbilidad arguyendo que (racionalmente) hubieran consentido esa solución en una posición original artificiosa resulta igualmente inaceptable, pues el Derecho (penal) ha de ser capaz de legitimar sus soluciones frente a los concretos ciudadanos que van a soportar los costes de resolución de los conflictos. HOVEN, sin embargo, no explica ni por qué la solución maximizadora habría de ser considerada la racional, ni dónde reside su legitimidad material, ni por qué razón esa pretendida racionalidad en la posición original artificiosa habría de vincular a los ciudadanos reales que son despojados

---

(constitucionalmente) admisibles en caso de colisión de deberes particular lo advierte también KLESEN, *Die Entscheidung von Maschinen über Menschenleben*, 2017, pp. 309 ss., 330. Vid. sin embargo DOMÉNECH PASCUAL, *Revista de Administración Pública*, (170), 2006, p. 412, quien no distingue entre ambos planos en su defensa utilitarista de la resolución de colisiones de deberes penalmente relevantes.

<sup>80</sup> En este sentido, muy claros, ROBLES PLANAS, «En los límites de la justificación. La colisión de intereses vitales en el ejemplo del derribo de aviones y de otros casos trágicos», en LUZÓN PEÑA (ed.), *Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, 2010, pp. 450 s.; o WILENMANN, *Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff*, 2014, p. 22. Para una defensa de la aproximación utilitarista al sistema de causas de justificación, fundamental, MOLINA FERNÁNDEZ, «El estado de necesidad como ley general. (Aproximación a un sistema de causas de justificación)», *Revista de derecho penal y criminología*, (1), 2000, pp. 204 ss.

<sup>81</sup> En profundidad, COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 2016, pp. 248 ss.; y resumidamente, EL MISMO, *CPC*, (2), 2017, pp. 251 ss.

<sup>82</sup> Sobre el principio del individualismo normativo y su fundamento, VON DER PFORDTEN, *Normative Ethik*, 2010, pp. 38 ss., pp. 46 ss.; EL MISMO, «Normativer Individualismus und das Recht», *JZ*, (22), 2005, pp. 1069 ss. Aquel se descompone en tres elementos: a) el principio individual (*Individualprinzip*): solo los individuos pueden ser el punto de partida relevante de una examen de legitimación de normas, no en cambio los entes colectivos, la comunidad, la nación, la raza o la familia; b) principio de inclusión (*Allprinzip*): todos los individuos potencialmente afectados por una acción o decisión deben ser tomados en consideración a la hora de su legitimación (ética); principio de igual consideración (*Prinzip der Gleichberücksichtigung*): todos los individuos afectados por una acción o decisión deben ser tomados en consideración de un modo equivalente.

<sup>83</sup> Cfr. HOVEN, *JZ*, (9), 2020, p. 453.

*ab initio* de sus más elementales derechos en una situación de colisión de deberes penalmente relevante.<sup>84</sup>

### 3.2. Contra la diferenciación valorativa de las vidas humanas

El principio de la imponderabilidad de la vida humana ha contado en las últimas décadas en Europa continental con una gran aceptación entre los teóricos del Derecho (penal).<sup>85</sup> De aquel se deriva, por un lado, una prohibición de valoración de la vida humana. Ni existen vidas mejor o menor logradas, ni la vida de quien tiene una menor esperanza de vida tiene una importancia menor que cualquier otra a ojos del ordenamiento jurídico. Por otro lado, del referido principio se deriva una segunda proscripción particular, la prohibición de suma. A los efectos de resolver situaciones dilemáticas penalmente relevantes dos vidas humanas no conforman un interés superior a una única vida. Aunque esta segunda dimensión sí ha sido puesta en cuestión en la doctrina penal, en particular en el ámbito de las así llamadas comunidades de peligro vitales,<sup>86</sup> para la doctrina penal mayoritaria el principio de la imponderabilidad de la vida humana seguiría siendo un dogma básico fundamental en la resolución de conflictos jurídico-penalmente relevantes, plasmación a su vez de un valioso consenso político-moral alcanzado tras el final de la Segunda Guerra Mundial.<sup>87</sup> Sin embargo, como se ha mostrado arriba, la nueva corriente utilitarista pone también en cuestión el principio de la imponderabilidad de la vida humana, en particular, su dimensión hasta ahora menos controvertida, esto es, la de la prohibición de valoración.

En primer lugar, se afirma que tomar en cuenta la expectativa de éxito o la esperanza de vida no supondría un cuestionamiento de la prohibición de valorar la vida humana. El médico, más bien, se limitaría a tomar en consideración factores neutrales y dinámicos a la hora de distribuir recursos médicos escasos.<sup>88</sup> En mi opinión, sin embargo, esta aseveración resulta incorrecta. Dejo ya aquí al margen los importantes problemas teóricos existentes a la hora de concretar en qué consiste la expectativa de éxito de un paciente y su esperanza de vida,<sup>89</sup> así como los problemas de incertidumbre práctica que plantea la determinación de ambos factores en el mundo real.<sup>90</sup>

---

<sup>84</sup> Para una crítica basada en la incompatibilidad de la aplicación del experimento *rawlsiano* —llevada a cabo por HOVEN— con las mismas premisas esenciales del planteamiento de RAWLS, cfr. MERKEL/AUGSBERG, «Die Tragik der Triage – straf- und verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen», *JZ*, (14), 2020, p. 710. Y en particular, sobre sus efectos discriminatorios sobre las minorías, vid. WALTER, *GA*, (11), 2020, pp. 662 s.; o ARNOLD, «„Triage“ und Verbot der Benachteiligung von Menschen mit Behinderung», en HILGENDORF et al. (eds.), *Triage in der (Strafrechts-)Wissenschaft*, 2021, en prensa.

<sup>85</sup> Cfr. COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 2016, pp. 485 ss., p. 493, n. 313.

<sup>86</sup> Al respecto, cfr. ROXIN/GRECO, *AT*, 5ª ed., v. I, 2020, § 16, pp. 856 ss., nm. 38 ss.

<sup>87</sup> En este sentido, cfr. WILENMANN, «Imponderabilidad de la vida humana y situaciones trágicas de necesidad», *InDret*, (1), 2016, p. 9.

<sup>88</sup> Cfr. TAUPITZ, *MedR*, (6), 2020, p. 445; GAEDE et al., *medstra*, (3), 2020, p. 133; próximo SOWADA, *NStZ*, (8), 2020, p. 455.

<sup>89</sup> Mientras que a propósito de la expectativa de éxito se discute si se trata de comparar la expectativa inmediata, esto es, de salir con vida de la UCI, o más bien se habría de estar a un juicio de perspectivas a medio o largo plazo; en relación con la esperanza de vida no está claro ni si los años de vida esperados habrían de calcularse de un modo estadístico o individualizado, ni si solo sería relevante el dato numérico o habrían de ajustarse los años a la calidad de vida esperable de cada paciente tras el tratamiento. Sobre todo ello, cfr. ENGLÄNDER/ZIMMERMANN, «Die Covid-19-Pandemie und die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und Intensivmedizin», *NfW*, (20), 2020, p. 1402.

<sup>90</sup> Cfr. KÜNSCHNER, *Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht und Patientenauswahl*, 1992, pp. 342 ss.

Más bien, lo que me interesa resaltar en este lugar es que en una situación de conflicto vital particular, en donde dos concretos pacientes peligran de morir en caso de no ser atendidos en tiempo y forma, jerarquizar las dos obligaciones del médico en atención a las mejores expectativas de vida o a la más larga esperanza de vida de uno de los pacientes significa, *volens volens*, otorgar un menor valor a la vida del paciente protegido por el deber de menor rango.<sup>91</sup> Quienes afirman no minusvalorar la vida al tiempo que consideran que el deber que la protege es de inferior rango incurren en una patente contradicción. No se puede afirmar la equivalencia valorativa de dos vidas humanas al tiempo que se obliga jurídicamente al médico a salvar a quien tiene mejores perspectivas de éxito o una mayor esperanza de vida.<sup>92</sup>

No es de extrañar, pues, ahora ya en segundo lugar, que haya asimismo quien derechamente defienda que las vidas humanas sí son ponderables y que la vida de quién tiene más opciones de sobrevivir al tratamiento en la UCI o de quien tiene una esperanza de vida estadísticamente superior ha de ser considerada como interés preferente una situación de conflicto.<sup>93</sup> “Todo ser humano tiene el mismo valor – la duración de su vida, por el contrario, no”.<sup>94</sup> Pese a su plausibilidad inicial, este razonamiento tampoco resulta convincente, pues está basado en una falsa analogía y, en última instancia, en un planteamiento colectivista inasumible en el marco de un ordenamiento jurídico-penal liberal. La cuestión decisiva aquí no es si ontológicamente o metafísicamente cabe distinguir entre el valor de las vidas humanas, sino sencillamente cuál es el parámetro de referencia para establecer tales juicios de valor. Es perfectamente posible que para un individuo 50 años de vida tengan más valor que 5, lo es también que la mayoría de ciudadanos coincidan en esta valoración, pero todo esto en modo alguno explica por qué la persona con menor esperanza de vida habría de tolerar su muerte en aras de que el médico pudiera salvar a quien tiene una mayor esperanza de vida. Esta extensión de la lógica de las decisiones personales al mundo de los conflictos intersubjetivos ignora por completo las fronteras existentes entre esferas jurídicas individuales.<sup>95</sup>

Así pues, el problema de los planteamientos utilitaristas es que tratan de resolver los conflictos en el mejor interés de un ente colectivo que, en realidad, ni existe ni se puede conformar. El derecho fundamental a la vida de un paciente (art. 15 CE) o, en términos dogmático-penales, su expectativa de salvamento en conflicto, no pierde un ápice de valor en el juicio de ponderación por el mero hecho de que un segundo paciente tenga una mejor expectativa de éxito o una mayor esperanza de vida.<sup>96</sup> A los ojos del paciente que padece desde su nacimiento una grave enfermedad que limita su función pulmonar y le resta perspectiva de éxito en comparación con el ciudadano medio —y esta es la instancia decisiva de legitimación en un ordenamiento constitucional liberal respetuoso con los derechos fundamentales de sus ciudadanos—, la razón

---

<sup>91</sup> Críticos con la pretensión de encubrir decisiones valorativas en la supuesta naturaleza médica de los criterios de la perspectiva de éxito y la urgencia, vid. KERSTEN/RIXEN, *Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise*, 2020, p. 83.

<sup>92</sup> Así, con razón, MERKEL/AUGSBERG, *JZ*, (14), 2020, p. 705; o WALTER, *GA*, (11), 2020, p. 665.

<sup>93</sup> Muy claro, TAUPITZ, *MedR*, (6), 2000, p. 445.

<sup>94</sup> HOVEN, *JZ*, (9), 2020, p. 451.

<sup>95</sup> En detalle, vid. COCA VILA, *CPC*, (2), 2017, pp. 248 ss.

<sup>96</sup> Con razón, NEUMANN, «§ 34», *NK-StGB*, 5ª ed., 2017, nm. 74. Asimismo, STERNBERG-LIEBEN, «Corona-Pandemie, Triage und Grenzen rechtfertigender Pflichtenkollision», *MedR*, (8), 2020, p. 631, quien sustenta esta conclusión en el derecho fundamental a la vida (Art. 2 Apdo. 2 GG), la dignidad humana (Art. 1. Apdo. 1 GG) y el principio de igualdad (Art. 3 GG).

utilitarista es estéril.<sup>97</sup> Este error de perspectiva queda puesto de manifiesto cuando HOVEN señala que el médico que prefiere al paciente con muy pocas expectativas de sobrevivir estaría “derrochando irracionalmente los recursos”.<sup>98</sup> A ojos de un ente colectivo interesado en la maximización de las vidas humanas esto puede ser cierto, contemplado desde el prisma de los derechos fundamentales a la vida de los dos pacientes implicados la afirmación de HOVEN resulta insostenible. Como han señalado recientemente MERKEL y AUGSBERG, “la maximización abstracta del tiempo de vida humano puede (quizá) ser un mandato de una ética consecuencialista. Sin embargo, en un ordenamiento jurídico cuyo fundamento son los derechos fundamentales de los individuos aquel no puede constituir ningún mandato de justicia. La vida de una persona no se protege porque es *una* vida, sino porque es la vida de *alguien*”.<sup>99</sup>

Y en mi opinión, tampoco cabe fundamentar el peso de la esperanza de vida como criterio de jerarquización con base en el —pretendidamente deontológico— argumento de la equidad intergeneracional (*fair inning*).<sup>100</sup> Según John HARRIS, todo el mundo debería tener una idéntica oportunidad de disfrutar de su vida durante un tiempo razonable, aproximadamente unos setenta años.<sup>101</sup> En consecuencia, la pérdida de la vida para quien ya ha vivido ochenta años sería una simple desgracia (*unfortune*), mientras que para quien todavía no lo ha conseguido sería una trágica injusticia (*unfair*). Ante situaciones de conflicto en las que uno de los dos necesitados ya ha podido disfrutar del tiempo razonable de vida, siendo que el segundo necesitado todavía no ha gozado de tal posibilidad, sería de justicia salvar a este último.<sup>102</sup> Aunque son muchas las críticas con las que ha de lidiar este planteamiento,<sup>103</sup> a los efectos de este trabajo es suficiente con señalar que nuestro ordenamiento jurídico garantiza el derecho a la vida (del nacido) con una intensidad única e inmune al paso del tiempo.<sup>104</sup> Se trata de un derecho a la vida (art. 15 CE), no de un derecho a un determinado tiempo de vida. En definitiva, ni existe a ojos del ordenamiento jurídico un periodo de vida razonable, ni cabe degradar cualitativamente la muerte del anciano a un mero acto de desgracia frente a la injusticia que supone que un joven no pueda alcanzar los setenta años de vida.<sup>105</sup>

<sup>97</sup> Así, vid. recientemente MERKEL/AUGSBERG, *JZ*, (14), 2020, p. 709. Crítico contra lo que interpreta como una exageración unilateral de la perspectiva de la víctima en la resolución de los conflictos, cfr. sin embargo SOWADA, *NStZ*, (8), 2020, p. 457.

<sup>98</sup> HOVEN, *JZ*, (9), 2020, p. 452.

<sup>99</sup> MERKEL/AUGSBERG, *JZ*, (14), 2020, p. 708 [cursiva en el original]; o STERNBERG-LIEBEN, *MedR*, (8), 2020, p. 631.

<sup>100</sup> Así, próximamente, TUÑÓN CORTI, en HILGENDORF et al. (eds.), *Triage in der (Strafrechts-)Wissenschaft*, 2021, en prensa. Apuntan también ya en este sentido HÖRNLE/WOHLERS, *GA*, (1), 2018, p. 28. Y en la discusión bioética, en favor de la relevancia indirecta de la edad como factor de triaje, cfr. RUEDA ETXEBARRIA, «¿No es país para viejos? La edad como criterio de triaje durante la pandemia de la COVID-19», *Enrahonar*, (65), 2020, pp. 86 ss. Un ilustrativo resumen de la discusión jurídica y bioética sobre la edad como criterio de asignación de recursos médicos escasos puede leerse en BRECH, *Triage und Recht*, 2008, pp. 275 ss., y en particular, sobre los argumentos basados en la idea de *fairness*, pp. 279 ss., con ulteriores referencias.

<sup>101</sup> HARRIS, *The value of life*, 1985, p. 91.

<sup>102</sup> HARRIS, *The value of life*, 1985, p. 101.

<sup>103</sup> Al respecto, cfr. p.ej., RIVLIN, «Why the fair innings argument is not persuasive», *BMC Medical Ethics*, (1), 2000, pp. ss.; o RUEDA ETXEBARRIA, *Enrahonar*, (65), 2020, pp. 90 s.

<sup>104</sup> Así, muy claro, BRECH, *Triage und Recht*, 2008, pp. 280 s.

<sup>105</sup> Así lo determina el principio de la dignidad humana (art. 10.1 CE), que demanda una igualdad absoluta en la protección de la vida de todos los ciudadanos con independencia de su edad. En este sentido, en detalle, cfr. BRECH, *Triage und Recht*, 2008, p. 281; o BRADE/MÜLLER, *NVwZ*, (24), 2020, p. 1795.



Así pues, ni la expectativa de éxito ni la esperanza de vida son factores determinantes del juicio de jerarquización de los deberes en conflicto.<sup>106</sup> Esto, claro está, tiene importantes consecuencias dogmáticas, tanto en lo que se refiere a la valoración penal del triaje *ex ante* como a la del triaje *ex ante* preventivo. Por un lado, en contra de lo que pretenden los defensores del giro utilitarista, el médico goza —desde una perspectiva jurídico-penal— de plena libertad a la hora de decidir a qué paciente desea salvar ante una situación de triaje *ex ante*.<sup>107</sup> Aceptada la equivalencia de deberes, el Derecho penal ya no ofrece criterio vinculante alguno al médico, que podrá escoger libremente qué obligación cumple. Aunque el sorteo constituye un mecanismo de decisión especialmente neutral (*statusblind*),<sup>108</sup> la exclusión del injusto no queda necesariamente condicionada a su práctica.<sup>109</sup> Tampoco la eventual normativa interna médica que regula las situaciones de conflicto entre vidas humanas determina la relevancia penal del comportamiento del médico. Si este, por ejemplo, apartándose de dicha normativa extralegal se decide por salvar a quien tiene menos perspectivas de éxito también actúa de modo penalmente justificado. Cuestión distinta es que tal normativa interna, idónea a su vez para integrar las específicas obligaciones laborales del médico, pudiera ser considerada nula, por ser contraria a principios constitucionales como el de igualdad (art. 14 CE) o el de la dignidad humana (art. 10 CE).<sup>110</sup> Sea como fuere, el paciente que no es atendido tiene vedado, al igual que un eventual tercero, ejercer cualquier derecho privado de necesidad (legítima defensa) contra el médico. Su pretensión de salvaguarda no decae en la situación de conflicto porque su vida tenga un valor menor en el juicio de ponderación, o porque su salvaguarda está sujeta a un mandato de optimización holista, sino

<sup>106</sup> Así JÄGER/GRÜNDEL, *ZIS*, (4), 2020, p. 153; DENZEL, *Revista de Estudos Criminais*, (78), 2020, pp. 50 s.; SCHOLTEN, *Triage – Zur Strafbarkeit ärztlicher Auswahlentscheidungen*, 2011, pp. 197 ss., 206; y en profundidad, KÜNSCHNER, *Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht und Patientenauswahl*, 1991, pp. 326 ss. Evidentemente, allí donde la perspectiva de éxito sea considerada tan baja que el tratamiento médico no aparezca siquiera como indicado el médico estará obligado a salvar a la persona con alguna perspectiva de éxito. Esto, sin embargo, no significa que se ponderen vidas humanas, sino que el médico solo estará en tal caso obligado desde un comienzo por un único deber de salvamento. El derecho a la vida del paciente que no es ingresado en la UCI no es entonces sacrificado en aras de salvar a otro paciente, sino que resulta de imposible protección. En este sentido, cfr. STERNBERG-LIEBEN, *MedR*, (8), 2020, p. 631. En todo caso, con lo anterior no pretendo zanjar una segunda cuestión no menos relevante, a saber, ¿es legítimo el que la indicación médica y, por ende, el alcance del deber de garante del médico se condicione, entre otros factores, a que el paciente presente unas determinadas perspectivas de éxito? Al respecto, en profundidad, PAWLIK, «Einseitige Therapiebegrenzung und Autonomiegedanke. Über die Kehrseite einer Emanzipationsformel», en FREUND (ed.), *Festschrift für Wolfgang Frisch*, 2013, pp. 698 ss.

<sup>107</sup> Acertadamente, MERKEL/AUGSBERG, *JZ*, (14), 2020, p. 707; STERNBERG-LIEBEN, *MedR*, (8), 2020, p. 631; ENGLÄNDER/ZIMMERMANN, *NJW*, (20), 2020, pp. 1401 ss. Crítico con la justificación penal cuando el obligado decide con base en razones discriminatorias vid. ARNOLD, en HILGENDORF et al. (eds.), *Triage in der (Strafrechts-)Wissenschaft*, 2021, en prensa.

<sup>108</sup> Una defensa del azar en WALTER, *GA*, (11), 2020, pp. 667 ss.; ENGLÄNDER/ZIMMERMANN, *NJW*, (20), 2020, p. 1402. Próximo STERNBERG-LIEBEN, *MedR*, (8), 2020, p. 634. Quienes, en todo caso, no aclaran el tipo de responsabilidad (penal) en la que incurriría el médico que opta por salvar a uno de los dos pacientes en una situación de triaje *ex ante* sin recurrir al sorteo. MERKEL/AUGSBERG (*JZ*, [14], 2020, p. 714) apuntan a la necesidad de inculpar a través de un tipo especial (en consonancia con la lógica del § 299a StGB) decisiones discriminatorias o corruptas en situaciones de triaje *ex ante*. En general, para una defensa reciente del azar como mecanismo jurídico de decisión, cfr. SPITZLEI, «Der Zufall als Entscheidungskriterium – Verwaltungsrechtliche Anwendungsfälle und verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Losverfahren», *VerwArch*, (3), 2020, pp. 439 ss.

<sup>109</sup> Esta ha sido siempre la tesis absolutamente dominante en la doctrina. En detalle, cfr. COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 2016, pp. 476 ss., con ulteriores referencias.

<sup>110</sup> Sobre cómo el derecho constitucional condiciona la normativa autorregulada médica, cfr. STERNBERG-LIEBEN, *MedR*, (8), 2020, pp. 629 s.



—única y exclusivamente— porque dada la situación de colisión de deberes equivalentes, la única pretensión que razonablemente pueden hacer valer los dos pacientes es que el médico salve a uno de los dos (*impossibilium nulla obligatio*).<sup>111</sup>

Y por otro lado, la reafirmación del principio de la imponderabilidad de la vida humana aquí emprendida supone asimismo negar la posibilidad de justificar la práctica del triaje *ex ante* preventivo penalmente relevante.<sup>112</sup> Dado que el abstracto interés en mantener un recurso médico disponible o, si se quiere, la vida de un futuro paciente con mejores expectativas de éxito o mayor esperanza de vida no vale más que la del paciente presente de avanzada edad, allí donde el ingreso en la UCI del primer paciente aparezca como médicamente indicado, el médico estará obligado a tratarlo, sin que pueda justificarse esta infracción en salvaguarda de un previsible interés superior.<sup>113</sup> El triaje *ex ante* preventivo solo puede justificarse allí donde la infracción actual de un deber de garante por parte del médico permita salvaguardar un interés esencialmente preponderante, esto es, conforme a los parámetros del estado de necesidad agresivo (art. 20.5 CP).<sup>114</sup> Dado que la expectativa de éxito o la esperanza de vida no permiten distinguir entre vidas, su práctica en los casos que aquí nos ocupan está penalmente vedada. El médico (garante) que no atiende al paciente de avanzada edad comete, en suma, un homicidio antijurídico en comisión por omisión que muy difícilmente podría ser exculpado.<sup>115</sup>

### 3.3. Contra la precarización de las expectativas de salvación

A la moderna corriente utilitarista le asiste la razón cuando afirma que no existen razones de peso por las que preferir en toda situación de colisión de deberes equivalentes el cumplimiento del deber de omitir (prohibición) frente al de actuar (mandato).<sup>116</sup> Dejando a un lado el hecho de que el art. 11 CP reconoce ya la equivalencia normativa de ciertos mandatos y prohibiciones, lo cierto es que no cabe concebir todo comportamiento omisivo como una forma de injusto (penal) secundaria, como si la infracción de todo mandato constituyera la mera lesión de un interés, pero nunca una injerencia en una posición jurídica protegida. El garante que omite el salvamento debido lesiona a la víctima en condiciones normativamente equivalentes al autor que activamente le irroga un daño parejo. Bien mirado, la tantas veces aludida en la doctrina “manipulación del destino” o la “alteración del *statu quo dado*” no solo se produce a través de comportamientos activos, sino que también puede alterarse omitiendo, de hecho, esto es precisamente lo que acontece cuando un garante infringe su deber.<sup>117</sup>

---

<sup>111</sup> En este sentido, en profundidad, COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 2016, pp. 446 ss.; resumidamente, EL MISMO, *InDret*, (2), 2017, pp. 30 ss. Asimismo, aunque desde una perspectiva constitucional, vid. SPIEGEL, *Die Allokation von Rettungsmitteln*, 2019, pp. 269 ss.

<sup>112</sup> Así ya, KÜNSCHNER, *Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht und Patientenauswahl*, 1991, pp. 183 ss.; HERB, *Die Verteilungsgerechtigkeit in der Medizin*, 2002, pp. 190 s. Como aquí, vid. STERNBERG-LIEBEN, *FS-Weber*, 2004, p. 81, *AST, ZIS*, (6), 2020, p. 269; o DENZEL, *Revista de Estudos Criminais*, (78), 2020, p. 63.

<sup>113</sup> Próximo SOWADA, *NStZ*, (8), 2020, p. 459.

<sup>114</sup> Sobre los presupuestos para la justificación en estado de necesidad agresivo, cfr. COCA VILA, «Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo», *InDret*, (1), 2011, pp. 28 ss.

<sup>115</sup> Cfr. *supra* n. 44.

<sup>116</sup> En detalle, COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 2016, pp. 208 ss., resumidamente, EL MISMO, *InDret*, (2), 2017, pp. 10 ss. Y ya antes, CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 1984, pp. 237 ss.

<sup>117</sup> En profundidad, COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 2016, pp. 209 ss., 403 ss.

Sin embargo, de la equivalencia normativa entre mandatos y prohibiciones no se deriva sin más la posibilidad de practicar triaje *ex post* de manera justificada. Para llegar a esta conclusión ha de aceptarse una segunda premisa, a saber, que con el inicio del tratamiento del primer paciente este no consolida ningún estatus superior frente a un eventual futuro paciente. En mi opinión, sin embargo, esta premisa es incorrecta. En su contra se ha afirmado que el triaje *ex post* destruye por completo la confianza en el sistema sanitario.<sup>118</sup> Ello es posiblemente cierto,<sup>119</sup> sin embargo, creo que el argumento decisivo en contra de su legitimidad es otro. Asumiendo ahora que en los supuestos que aquí nos ocupan, efectivamente, coliden dos deberes de garante, algo en absoluto evidente,<sup>120</sup> el inicio de la tentativa (inacabada) de salvamento, en nuestro caso, la intubación del primer paciente en tanto que tratamiento médico indicado con vocación de permanencia en el tiempo, supone —desde una perspectiva jurídico-penal— la consolidación de la expectativa de salvamento de dicho paciente.<sup>121</sup> En ese momento el respirador se integra normativamente en su esfera jurídica de forma plena, gozando sobre aquel de un mejor derecho que cualquier otro potencial necesitado; del mismo modo que el escalador herido que ya cuelga de la cuerda del helicóptero de rescate que le trasladará a un lugar seguro goza sobre dicho medio salvador de un mejor derecho que el segundo escalador también herido que espera en la pared de roca. El médico que inicia la tentativa de salvamento, en definitiva, integra en la esfera jurídica del paciente un elemento técnico que da lugar a un nuevo *statu quo* en lo que a la vida de dicho paciente se refiere. Al practicar una extubación, pues, aquel no lesiona un mero interés en peligro que espera ser salvado, sino que se injiere efectivamente en la esfera jurídica del paciente ya intubado.<sup>122</sup>

<sup>118</sup> Así SOWADA, *NStZ*, (8), 2020, pp. 457 s.; RENGIER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 12ª ed., 2020, § 49, pp. 495 s., nm. 46d; o BUSCH, *ZStW*, (4), p. 777. Y ya antes, JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1993, 13/23, n. 47: “la confianza asumida pesa en todo caso más que la que todavía está por asumir”.

<sup>119</sup> De otra opinión, vid. HÖRNLE, en LA MISMA et al. (eds.), *Triage in der Pandemie*, 2021, pp. 173 ss., n. 79, quien cuestiona esta premisa de la mano de una encuesta representativa según la cual solo un 32% de los encuestados entiende que el médico debería seguir tratando a quien tiene pocas probabilidades de salvación (20%) a costa de dejar a su suerte al nuevo paciente con muchas más opciones (90%). La encuesta, coordinada por Elisa Hoven, está disponible en: <https://csl.mpg.de/de/forschung/projekte/triage-in-pandemics-a-survey/#downloads-links>

<sup>120</sup> Como mínimo, si se condiciona la posición de garante del médico para con el segundo paciente a un acto material de asunción específico que genera una confianza en el paciente. En este sentido, vid. SILVA SÁNCHEZ, *La Ley*, (1), 1987, pp. 1 ss.; próximo LIPP, «Die ärztliche Hilfespflicht», en LAUFS et al. (eds.), *Arztrecht*, 8ª ed., 2021, nm. 4. Dado que el médico todavía no habría asumido en tales términos una posición de garantía frente al paciente que espera todavía en la sala de espera, estaríamos aquí ante un conflicto entre deberes de distinta especie, esto es, entre un deber de garante para con el primer paciente que ya está siendo tratado y un deber especial de socorro (art. 196 CP) para con el que espera ser ingresado. La cuestión no es menor si, como sostiene un amplio sector de la doctrina, el deber de garante *prima ceteris paribus* sobre el de solidaridad. Lo advierte con razón LIPP, en LAUFS et al. (eds.), *Arztrecht*, 8ª ed., 2021, nm. 29. Sobre la relevancia normativa de la “especie” del deber, cfr. en profundidad, COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 2016, pp. 411 ss.

<sup>121</sup> En este sentido, cfr. ya BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, p. 226, n. 508; o COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 2016, pp. 444 ss.

<sup>122</sup> De otra opinión, sin embargo, NEUMANN, «§ 34», *NK-StGB*, 5ª ed., 2017, nm. 130, para quien la prosecución o no prosecución de medidas de salvamento tendría una naturaleza intermedia: no constituiría una injerencia en la esfera jurídica, por lo que su justificación no exigiría la salvaguarda de un interés esencialmente preponderante (estado de necesidad agresivo); pero tampoco constituiría un mero no salvamento de un interés en peligro, por lo que para su justificación no sería suficiente la mera equivalencia entre los intereses en juego (colisión de deberes). En opinión de NEUMANN, el médico podría interrumpir el tratamiento si con ello salva un interés superior. Dado que la vida humana sería imponderable, en los casos que nos ocupan, entiende NEUMANN que no cabría justificar el homicidio del primer paciente. Algo distinto podría valer cuando el primer paciente no tiene ninguna perspectiva de éxito a largo plazo.

Frente a lo acabado de señalar cabría objetar que el respirador, en la medida en que precisa de sucesivas contribuciones por parte del equipo médico para que cumpla con su función, no se llega a integrar nunca en la esfera jurídica del necesitado, como sí lo haría, en cambio, el flotador que es lanzado a quien se ahoga en el mar y constituye *per se* un medio de salvación autosuficiente.<sup>123</sup> Dado que el medio de salvamento no está en nuestro caso enteramente a disposición del necesitado, pues precisa de una prestación externa, aquel no llegaría nunca a disponer de un derecho fuerte sobre el respirador. Hasta donde alcanzo, sin embargo, ni el hecho de que el medio de salvamento requiera de ulteriores prestaciones humanas, ni el carácter permanente de la necesidad conjurada impiden que el beneficiario del respirador consolide su expectativa de salvamento con el inicio de la tentativa (inacabada).<sup>124</sup> Lo uno y lo otro, sin duda, pueden plantear problemas de inexigibilidad que, en última instancia, tornen de imposible satisfacción la pretensión de salvamento del necesitado.<sup>125</sup> El particular que salva de morir ahogado a un niño tras el naufragio de un ferry sujetándolo está obligado a mantener esta prestación hasta la llegada del salvamento marítimo. Ahora bien, su deber devendrá inexigible cuando con ello ponga en peligro su propia vida. Sin embargo, mientras la prestación resulte exigible, y esto es lo que acontece con carácter general en los supuestos que aquí nos interesan, no alcanzo a ver por qué quien se vale de ella no habría de gozar el mismo derecho que quien se aprovecha de un objeto *per se* idóneo para conjurar definitivamente la situación de peligro. El que el derecho del paciente intubado dependa de la prestación activa de sujetos autorresponsables (personal clínico) es una diferencia esencialmente fenomenológica carente, pues, de relevancia normativa, en especial si se tiene en cuenta que las prestaciones sucesivas son en nuestro caso jurídicamente obligatorias. ¿O es que alguien consideraría el injusto del médico garante que deja de atender al paciente intubado menor que el del socorrista que no arroja siquiera el flotador al necesitado?

Y la tesis aquí defendida tampoco puede ser rebatida afirmando que el derecho a la salud es un mero derecho de participación (*Teilhaberecht*) y que, por ende, el Estado retendría un derecho de redistribución permanente de los respiradores entre los necesitados.<sup>126</sup> La visión, claramente coincidente con los postulados utilitaristas, de un reparto meramente provisorio de los recursos médicos en constante redistribución maximizadora es incompatible con la lógica de derechos y obligaciones que rige la relación entre el médico garante y su paciente en su dimensión jurídico-penal. El médico que asume la posición de garantía e inicia la tentativa de salvación privatiza el recurso público disponible al servicio de un paciente determinado, quedando aquel desde entonces única y exclusivamente al servicio de ese concreto paciente. ¿O es que alguien diría que al paciente que se le ha trasplantado un riñón se le puede en todo momento extirpar a fin de implantárselo a un nuevo necesitado con mayor esperanza de vida?<sup>127</sup> El que el derecho a un

---

<sup>123</sup> Agradezco a Marcelo Lerman esta observación crítica. El problema fue ya planteado de forma meridiana por él mismo en: LERMAN, *La Omisión por Comisión*, 2013, pp. 305 ss., donde defiende que la responsabilidad penal de quien interrumpe las prestaciones de salvamento sucesivas queda condicionada por la naturaleza del deber que da origen al salvamento (deber de solidaridad o deber de garante).

<sup>124</sup> Inacabada en tanto que su finalidad salvadora depende de las sucesivas prestaciones realizadas por el personal clínico. Al respecto, cfr. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2ª ed., 2010, p. 321.

<sup>125</sup> Sobre el riesgo propio que torna inexigible una prestación de salvamento, cfr. COCA VILA, *En Letra: Derecho Penal*, (6), 2018, pp. 58 ss., con ulteriores referencias.

<sup>126</sup> Así, sin embargo, cfr. HÖRNLE, en LA MISMA et al. (eds.), *Triage in der Pandemie*, 2021, pp. 172 s.

<sup>127</sup> El problema se ha discutido en la doctrina penal a propósito de la posibilidad de que la víctima de una injerencia antijurídica extirpe un riñón a su injusto agresor a fin de salvar su vida (legítima defensa o estado de necesidad defensivo). La doctrina mayoritaria niega tal posibilidad. Al respecto, con ulteriores referencias, cfr. COCA VILA, «La legítima defensa frente a omisiones», *ADPCP*, (69), 2016, pp. 79 s., n. 12.

riñón sea originariamente un derecho de participación no empece afirmar que una vez asignado a un concreto individuo, aquel se incorpora plenamente en su esfera jurídica en igualdad de condiciones que cualquier otro órgano. En pocas palabras, la naturaleza constitucional primigenia del derecho (de participación o negativo), una vez el médico inicia —en tanto que garante— el salvamento obligatorio, no afecta ni a la intensidad del deber del médico ni a la del correspondiente derecho del necesitado.<sup>128</sup>

En todo caso, en contra de lo afirmado por los defensores de la nueva corriente utilitarista, admitir la consolidación de las expectativas de salvamento no supone resolver este tipo de conflictos a partir de un mero dato temporal arbitrario (orden de llegada al hospital). El mejor derecho del primer paciente no se basa en el hecho de haber sido ingresado primero.<sup>129</sup> Este trae causa de la vigencia en nuestro ordenamiento jurídico (penal) del principio del *casum sentit dominus*, como principio defectivo general de distribución de la desgracia.<sup>130</sup> Dado que el primer paciente, desde una perspectiva normativa, deja de ser un necesitado en el mismo momento en el que el médico garante inicia el tratamiento, es el segundo necesitado el único *dominus* llamado a soportar los costes de su desgracia. Entre las situaciones de triaje *ex ante* y *ex post* media, pues, una diferencia normativa esencial. En el primer escenario están en juego los intereses de dos sujetos necesitados, ambos están en peligro; en el segundo, en cambio, está en juego el interés de un necesitado que solo puede ser salvado a costa de quien, normativamente, ya no es un necesitado.<sup>131</sup> Así las cosas, en contra de la pretensión de JÄGER y GRÜNDEL de prolongar las situaciones de colisión de deberes *sine die*, la consolidación de la expectativa de salvamento del primer paciente lo sitúa al margen de la situación de necesidad del segundo paciente, quien aparece como único necesitado en la nueva situación de conflicto.<sup>132</sup> Uno y otro, en definitiva, no conforman una comunidad de peligro primaria, sino secundaria.<sup>133</sup>

<sup>128</sup> Y frente a esto tampoco cabe afirmar que el paciente no adquiere la propiedad del respirador. A los efectos que aquí importan, el derecho de propiedad es irrelevante. Como señalan, MERKEL y AUGSBERG, (JZ, [14], 2020, p. 711) quien a través de una descarga eléctrica inutiliza el corazón artificial implantado al paciente en espera de un donante y, con ello, acaba con la vida del paciente comete un homicidio antijurídico (activo), lesiona su esfera jurídica de manera penalmente relevante, por mucho que el hospital retenga la propiedad sobre el corazón artificial provisoriamente implantado.

<sup>129</sup> De otro parecer, vid. HOVEN/HAHN, JA, (7), 2020, p. 483.

<sup>130</sup> Que este principio opere como parámetro defectivo de distribución de la desgracia no quita para que el ordenamiento jurídico-penal reconozca al necesitado bajo ciertas condiciones la posibilidad de liberarse de su desgracia trasladándola a un tercero. Tales condiciones son las tematizadas bajo el *topos* del estado de necesidad agresivo. Sobre ello, cfr. COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 2016, pp. 380 ss.; y recientemente, FREELAND, «Casum y prelación de facultades de injerencia en situaciones de necesidad», en GARCÍA CAVERO/CHINGUEL RIVERA (coords.), *Derecho Penal y Persona. Libro Homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Jesús María Silva Sánchez*, 2019, pp. 367 ss.

<sup>131</sup> En profundidad, COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 2016, pp. 408 ss. En los últimos tiempos, distinguiendo así entre la situación de colisión de deberes y la de estado de necesidad (agresivo) cfr. además NEUMANN, «Rechtspositionen, Rechtsgüter und Rettungsinteressen in der aktuellen Diskussion zu Problemen des rechtfertigenden Notstands (§ 34 StGB)», en BUBLITZ et al. (eds.), *Recht – Philosophie – Literatur. Festschrift für Reinhard Merkel*, v. I, 2020, pp. 802 ss.

<sup>132</sup> Así, acertadamente, SOWADA, *NStZ*, (8), 2020, p. 457; RÖNNAU/WEGNER, *JuS*, (5), 2020, p. 406; o BUSCH, *ZStW*, (4), 2020, pp. 776 s. Próximos MINORELLI/ALMEIDA CAETANO, «Vida contra Vida e Colisão de Deveres no Contexto de Covid-19: o Que os Médicos Precisam Saber», *RDP*, (17), 2020, pp. 293 s.

<sup>133</sup> La doctrina penal distingue entre situaciones de necesidad en las que el agente desplazaba el mal a un tercero no involucrado (comunidad de peligro secundaria) y aquellas en las que necesitado y víctima de la injerencia estaban desde un comienzo involucrados en el peligro (comunidad de peligro primaria). Cfr. al respecto MARTÍN LORENZO, *La exculpación penal*, 2009, pp. 170 ss., 175. Solo en el marco de las primarias está

Dado que, por un lado, el mero hecho de que el médico esté obligado para con el nuevo paciente, aunque fuera incluso por un deber de garante,<sup>134</sup> no puede legitimar una injerencia en la esfera jurídica del primer paciente;<sup>135</sup> y, por otro lado, el segundo paciente no tiene un interés esencialmente preponderante que pudiera justificar en estado de necesidad agresivo la extubación,<sup>136</sup> el conflicto en las situaciones de triaje *ex post* queda resuelto, en tanto que comunidad de peligro secundaria, conforme al principio del *casum sentit dominus*. El segundo paciente ha de soportar la desgracia y el médico no puede desviar el peligro que solo acecha al segundo paciente hacia quien ya ha consolidado su expectativa de salvación.

Así las cosas, en consonancia con la doctrina penal dominante,<sup>137</sup> el médico que se ve ante la disyuntiva de extubar a un paciente con pocas perspectivas de éxito a fin de intubar a quien presenta un mejor pronóstico no puede justificadamente interrumpir el tratamiento del primero.<sup>138</sup> *A fortiori*, ningún médico está jurídico-penalmente obligado a interrumpir un tratamiento médico —poniendo en peligro concreto— la vida de un paciente a fin de salvar a quien tiene una mejor expectativa de éxito o una mayor esperanzada de vida. Esto, claro está, vale siempre y cuando el primer paciente desee ser tratado y el tratamiento aparezca como médicamente indicado.<sup>139</sup> El homicidio antijurídico del médico difícilmente podrá ser exculpado.<sup>140</sup> A lo sumo, su finalidad salvadora podría tener un efecto atenuante de la pena.<sup>141</sup>

### 3.4. ¿Deberes de autosacrificio en tiempos de excepción?

Aunque no siempre de forma expresa, a algunos de los nuevos planteamientos utilitaristas subyace la idea de que la concepción clásica de resolución de la colisión de deberes, centrada en los derechos individuales de los sujetos involucrados, podría quizá ser adecuada en tiempos de

---

permitida la (re)distribución de la desgracia ante intereses en juego equivalentes. Al respecto, cfr. COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 2016, pp. 408 ss.

<sup>134</sup> Algo altamente cuestionable. Cfr. *supra* n. 120.

<sup>135</sup> Que la existencia de un deber de garante entre (A) y (B) no legitima *per se* una eventual injerencia de (A) en la esfera jurídica de (C) es absolutamente pacífico en la doctrina. Cfr. p.ej., SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2ª ed., 2010, pp. 381 s., n. 109; o NEUMANN, «Die Moral des Rechts», *JRE*, (2), 1994, pp. 91 s.

<sup>136</sup> Acertadamente, STERNBERG-LIEBEN, *MedR*, (8), 2020, p. 635.

<sup>137</sup> *Pars pro toto*, JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1993, 13/23, n. 47; ROXIN/GRECO, *AT*, 5ª ed., v. I, 2020, § 16, pp. 854 s., nm. 33.

<sup>138</sup> No puedo ocuparme aquí de cómo las recomendaciones de los colegios médicos o de las comisiones éticas favorables al triaje *ex post* o, como mínimo, a su exculpación, habrían de influir en la posibilidad de acoger el error de prohibición del médico que lo alega en su descarga. Al respecto, cfr. en detalle, LINDNER, «Kann eine Empfehlung des Deutschen Ethikrates einen unvermeidbaren Verbotsirrtum nach § 17 Satz 1 StGB begründen?», *medstra*, (4), 2020, pp. 199 s.

<sup>139</sup> En este sentido, cfr. STERNBERG-LIEBEN, *MedR*, (8), 2020, p. 636; o GERSON, en ESSER/TSAMBIKAKIS (eds.), *Pandemiestrafrecht*, 2020, nm. 60.

<sup>140</sup> Cfr. *supra* n. 44.

<sup>141</sup> En este sentido, vid. WALTER, *GA*, (11), 2020, p. 676. En detalle, cfr. ya COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 2016, pp. 524 ss. Crítica con mi planteamiento, vid. HÖRNLE, en LA MISMA et al. (eds.), *Triage in der Pandemie*, 2021, pp. 179 s., n. 92: sería precipitado atribuir al médico un homicidio. Si la perspectiva de éxito no *debe* ser tenida en cuenta, sino que tan solo es un factor que *puede* ser tomado en cuenta, así HÖRNLE, evidentemente no estamos ya ante dos deberes de idéntico rango. El médico que salva al paciente con peor pronóstico no comete ningún homicidio, pues cumple con su deber alternativo [salva a (A) o a (B)]. Ahora bien, si los deberes son de distinto rango, el médico lo está en última instancia por una única obligación. Su infracción constituye necesariamente un delito, en nuestro caso, de homicidio.



normalidad, pero inasumible en tiempos excepcionales como los que estamos viviendo.<sup>142</sup> En palabras de Günther JAKOBS, “todo aquel que piense que *en todo caso* pueden evitarse los daños colaterales para superar una crisis simplemente ha de imaginarse una crisis un poco más grave”.<sup>143</sup> En realidad, la tesis según la cual ciertos conflictos de intereses o deberes habrían de regirse por reglas distintas a las comunes ha encontrado siempre cierta acogida entre la doctrina penal.

Michael PAWLIK, a propósito de la posibilidad de derribar aviones comerciales secuestrados por terroristas, ha valorado la posibilidad de legitimar un excepcional deber ciudadano de autosacrificio con base en el pensamiento de la equidad (*fairness*).<sup>144</sup> El precio que debería pagar el ciudadano que se aprovecha de las prestaciones que ofrece un Estado (liberal) se concretaría en un deber de colaborar en la organización y mantenimiento de dicho Estado.<sup>145</sup> Este deber ciudadano podría incluso llegar a materializarse en un deber de tolerar la propia muerte en situaciones límite bajo las siguientes tres condiciones:<sup>146</sup> en primer lugar, el sacrificio de un ciudadano inocente ha de servir a la defensa de una amenaza existencial para la comunidad jurídica, esto es, equiparable a un ataque armado. En segundo lugar, el sacrificio de los ciudadanos inocentes debe traer consigo un balance costo-beneficio claramente positivo. PAWLIK trata de justificar este razonamiento utilitarista, rechazado por él vehemente cuando se trata de situaciones estándar de estado de necesidad, con base en la dimensión estatal del conflicto: aquí no está en juego solo el derecho fundamental de un ciudadano, sino la misma supervivencia de la comunidad política.<sup>147</sup> Y en tercer y último lugar, la comunidad jurídica está obligada a resarcir a los familiares de las víctimas inocentes el sacrificio realizado en su favor.

Por su parte, JAKOBS, quien cree condenados al fracaso los intentos por legitimar en un Derecho post-heroico deberes generales de sacrificio,<sup>148</sup> ha tratado de resolver ciertos conflictos vitales al margen del Derecho. Para ello recurre a la lógica de la excepción, en particular, a la despersonalización del inocente sacrificado, es decir, a su expulsión del Derecho y consecuente retorno a la libertad característica del estado original.<sup>149</sup> En una situación de crisis, “el Estado, en tanto que administrador del Derecho, debe asegurar que la situación de juridicidad se restablezca lo antes posible y, en la medida de lo posible, de la manera más respetuosa con el Derecho”.<sup>150</sup> En todo caso, el homicidio de un inocente, en tanto que excepción admisible a fin de retornar a un estado de juridicidad previo, solo sería admisible cuando la crisis a la que se hace frente

---

<sup>142</sup> Establece de forma expresa este vínculo, p.ej., HOVEN, *JZ*, (9), 2020, p. 454.

<sup>143</sup> JAKOBS, «Kaschierte Ausnahme: übergesetzlicher entschuldigender Notstand», en AMELUNG (ed.), *Festschrift für Volker Krey*, 2010, p. 217 [cursiva en el original].

<sup>144</sup> PAWLIK, «14 Abs. 3 des Luftsicherheitsgesetzes — ein Tabubruch?», *JZ*, (21), 2004, pp. 1052 ss.; EL MISMO, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 252 ss.

<sup>145</sup> PAWLIK, *JZ*, (21), 2004, pp. 1052 s.

<sup>146</sup> PAWLIK, *JZ*, (21), 2004, pp. 1054 s. Y en un sentido próximo, cfr. ISENSEE, «Leben gegen Leben», en PAWLIK (ed.), *Festschrift für Günther Jakobs*, 2007, pp. 230 ss.

<sup>147</sup> PAWLIK, *JZ*, (21), 2004, p. 1054. A un razonamiento similar recurre entre nosotros SÁNCHEZ DAFUACE, «El abatimiento de un avión secuestrado», *InDret*, (4), 2014, p. 8.

<sup>148</sup> A idéntica conclusión llega también ROBLES PLANAS, *LH-Mir Puig*, 2010, p. 458.

<sup>149</sup> JAKOBS, *FS-Krey*, 2010, pp. 217 s.; EL MISMO, «Principios y límites de la justificación», *Revista Derecho Penal y Criminología*, (34), 2013, p. 24. A propósito del derribo de aviones, fundamenta una causa de exclusión del injusto penal sin correlativo deber de tolerancia a partir de un razonamiento similar ROBLES PLANAS, *LH-Mir Puig*, 2010, pp. 468 s.

<sup>150</sup> JAKOBS, *FS-Krey*, 2010, p. 217.

efectivamente desafía al Estado.<sup>151</sup> Desgraciadamente, JAKOBS no concreta qué tipo de crisis habilitaría las excepciones despersonalizadoras.<sup>152</sup>

Trasladando los anteriores argumentos a nuestro problema podría afirmarse lo siguiente: la resolución utilitarista de las colisiones de deberes no es admisible en tiempos de normalidad, pero sí lo sería a día de hoy, cuando una pandemia ha desbordado la capacidad hospitalaria y ha supuesto ya la muerte de aproximadamente 54.000 personas solo en nuestro país.<sup>153</sup> Pues bien, aunque las dos cuestiones de fondo acabadas de plantear, esto es, si cabe o no legitimar deberes comunes de autosacrificio y si es posible solventar conflictos existenciales al margen del Derecho en situaciones excepcionales, merecen un estudio en profundidad que en este lugar no puedo abordar; sí creo posible afirmar que ninguna de las dos vías referidas resulta idónea a fin de legitimar una dogmática de excepción ante las actuales prácticas de triaje. Y es que, bien mirado, por trágica que pueda ser la situación de crisis actual, difícilmente cabe afirmar que está en juego la propia subsistencia de la comunidad política o del Estado de Derecho constitucional del modo en el que lo demandan las tesis arriba esbozadas. En pocas palabras, el aferrarnos a los principios liberales clásicos de solución de las colisiones de deberes en situaciones de triaje no supone abrazar la máxima “*fiat justitia pereat mundus*”.

En cambio, lo que sí está en juego es la vigencia de algunos de los principios constitucionales y jurídico-penales considerados hasta hace muy poco marchamo fundamental de nuestro sistema jurídico.<sup>154</sup> Ante una situación de colisión de deberes vital no hay ninguna solución buena. Sin embargo, asumido que el Estado no está en disposición de salvar a todas las vidas que en condiciones normales podría salvar, lo único que aquel puede garantizar es que las decisiones de triaje y, por extensión, su enjuiciamiento penal, tengan lugar en consonancia con los principios fundamentales del ordenamiento constitucional. Es decir, que nadie convierta la desgracia en injusto.<sup>155</sup> Como LUÍS GRECO certeramente ha puesto de relieve en la discusión penal, amparar el apartamiento puntual de las reglas clásicas en una ética jurídica del caso excepcional difícilmente puede hacerse sin abandonar definitivamente los referidos principios.<sup>156</sup> La excepción, así CARL SCHMITT, tiene un mayor interés que el caso estándar. “Lo normal no demuestra nada, la

---

<sup>151</sup> Para JAKOBS, *Revista Derecho Penal y Criminología*, (34), 2013, p. 24, en realidad, el balance costo-beneficio no sería lo decisivo, sino “la necesidad de mantener lo general, lo cual también podría ocurrir en caso de que fueran pocas personas las que representan lo general frente a muchos que están perdidos”. Próximo SILVA SÁNCHEZ, «Asesinatos selectivos en la “guerra punitiva” contra el terrorismo», *InDret*, (1), 2017, p. 15.

<sup>152</sup> Al respecto se limita a afirmar que sí cabría admitir el homicidio de un inocente cuando ello fuera imprescindible para evitar que un tren cargado con material atómico descarrilara y contaminara una gran ciudad. Cfr. JAKOBS, *FS-Krey*, 2010, p. 217, n. 29.

<sup>153</sup> Datos ofrecidos por el *Johns Hopkins Coronavirus Resource Center* a 20.01.2021. Información disponible: <https://coronavirus.jhu.edu/map.html>

<sup>154</sup> MERKEL/AUGSBERG, *JZ*, (14), 2020, p. 706; o GERSON, en ESSER/TSAMBIKAKIS (eds.), *Pandemiestrafrecht*, 2020, nm. 60.

<sup>155</sup> FATEH-MOGHADAM/GUTMANN, «Gleichheit vor der Triage», *Verfassungsblog*, 30/04/20.

<sup>156</sup> GRECO, «Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las *ticking time bombs*», *InDret*, (4), 2007, pp. 10 ss., 21 s. Asimismo, vid. *Deutscher Ethikrat. Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise. Ad-Hoc-Empfehlung*, p. 4: “incluso en los tiempos excepcionales de un estado de necesidad catastrófico que todo lo abarca el Estado no solo tiene el deber de salvar tantas vidas como sea posible, sino también y por encima de todo garantizar los fundamentos del ordenamiento jurídico”. Sobre la retórica de la preferencia de lo político frente a lo jurídico en situaciones excepcionales, en detalle, STÜBINGER, *¿Notwehr-Folter und Notstands-Tötung?*, 2015, pp. 388 ss.



excepción prueba todo; ella no solo confirma la regla, en realidad, la regla vive únicamente de la excepción”.<sup>157</sup>

#### 4. Conclusión

Ante la saturación de los sistemas sanitarios provocada por la pandemia derivada de la enfermedad por COVID-19, un número creciente de autores aboga por una profunda reforma en clave utilitarista del sistema de resolución de las colisiones de deberes jurídico-penales. Por un lado, se niega validez al principio de la imponderabilidad de la vida humana, en particular, a su dimensión cualitativa. En particular, se defiende que en las situaciones de triaje *ex ante* los deberes en conflicto podrían ser jerarquizados en atención a las probabilidades de éxito y a la esperanza de vida. Por otro lado, se niega asimismo que el inicio de un tratamiento suponga una consolidación de la expectativa de salvamento jurídicamente protegida. En concreto, se afirma ahora que en una situación de triaje *ex post* un médico puede, cuando no debe, extubar al paciente que ya ha sido ingresado y está siendo tratado a fin de poder intubar a un nuevo paciente con mayores perspectivas de éxito o con una mejor esperanza de vida. Así las cosas, el médico que en una situación de triaje *ex ante* salva al paciente con menores expectativas de éxito o menor esperanza de vida cometería un homicidio antijurídico. Y lo mismo podría valer para el médico que opta por continuar un tratamiento ya iniciado para con un paciente con escasas perspectivas de éxito a costa de no tratar a un segundo paciente con un mejor pronóstico.

En este trabajo he defendido que esta conclusión resulta inaceptable, como lo es el precipitado abandono de dos de los principios básicos de resolución de colisiones de deberes o intereses en el marco de un ordenamiento jurídico-liberal, a saber, el principio de la imponderabilidad de la vida humana y el de la prohibición de acabar con la vida de un inocente no involucrado en el peligro. Por un lado, he propugnado que en un ordenamiento jurídico-penal liberal la instancia frente a la que justificar la resolución de un conflicto penalmente relevante no es un ente holista inexistente, sino la víctima final en tanto que titular de una pretensión de salvamento amparada en el derecho fundamental a la vida (art. 15 CE). Así las cosas, el que uno de los pacientes tenga una mejor expectativa de éxito o una mayor esperanza de vida no permite jerarquizar los deberes en conflicto. En una situación de triaje *ex ante*, por consiguiente, el médico está ante dos deberes de igual rango y actúa de manera conforme a Derecho salvando a cualquiera de los dos pacientes. Por otro lado, he tratado de demostrar que con el inicio de la tentativa de salvamento por parte del médico garante el paciente intubado consolida su pretensión de salvación, de modo que una eventual interrupción no consentida del tratamiento médico indicado constituye una injerencia en la esfera jurídica del paciente. Así pues, en las situaciones de triaje *ex post* no estamos ante un médico obligado por dos deberes de salvamento, sino ante un médico obligado a no injerirse en la esfera jurídica del primer paciente y a salvar la vida del segundo paciente recién llegado. En consonancia con el principio del *casum sentit dominus*, es al segundo paciente al que le corresponde tolerar su desgracia. A falta de un buen motivo para tolerar la injerencia del médico en la esfera jurídica del primer paciente, inexistente cuando están en juego a ambos lados de la balanza vidas humanas, el triaje *ex post* no puede ser penalmente justificado.

---

<sup>157</sup> SCHMITT, *Politische Theologie*, 2ª ed., 1934, p. 22.

## 5. Bibliografía

ALQUÉZAR-ARBÉ et al. (2020), «Impacto organizativo de la pandemia COVID-19 de 2020 en los servicios de urgencias hospitalarios españoles», *Emergencias*, (5), pp. 320 ss.

ARNOLD (2021), «„Triage“ und Verbot der Benachteiligung von Menschen mit Behinderung», en HILGENDORF et al. (eds.), *Triage in der (Strafrechts-)Wissenschaft*, en prensa.

AST (2020), «Quieta non movere? Ärztliche Auswahlkriterien sowie der Behandlungsabbruch im Fall einer Pflichtenkollision aus strafrechtlicher Sicht», *ZIS*, (6), pp. 268 ss.

BALDÓ LAVILLA (1994), *Estado de necesidad y legítima defensa. Un estudio sobre las "situaciones de necesidad" de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda*, Bosch, Barcelona.

BOCKELMANN (1968), *Strafrecht des Arztes*, Thieme, Stuttgart.

BRADÉ/MÜLLER (2020), «Corona-Triage: Untätigkeit des Gesetzgebers als Schutzpflichtverletzung?», *NVwZ*, (24), pp. 1792 ss.

BRECH (2008), *Triage und Recht. Patientenauswahl beim Massenanfall Hilfebedürftiger in der Katastrophenmedizin: ein Beitrag zur Gerechtigkeitsdebatte im Gesundheitswesen*, Duncker & Humblot, Berlín.

BUSCH (2020), «Ärztliche Triage in Friedenszeiten – Eine kritische Analyse der Strafbarkeitsrisiken im Lichte der Implikationen des Grundgesetzes», *ZStW*, (4), 2020, pp. 742 ss.

COCA VILA (2018), «La colisión “deficitaria” de deberes. Consideraciones sobre la exclusión del injusto omisivo en ejecución de actos de salvamento supererogatorios», *En Letra: Derecho Penal*, (6), pp. 52 ss.

——— (2017), «La colisión entre razones de obligación en Derecho penal», *InDret*, (2), pp. 1 ss.

——— (2017), «Coches autopilotados en situaciones de necesidad: Una aproximación desde la teoría de la justificación penal», *CPC*, (2), pp. 235 ss.

——— (2017), «La legítima defensa frente a omisiones», *ADPCP*, (69), pp. 75 ss.

——— (2016), *La colisión de deberes en Derecho penal. Concepto y fundamentos de solución*, Atelier, Barcelona.

——— (2011), «Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo», *InDret*, (1), pp. 1 ss.

CUELLO CONTRERAS (1990), «La justificación del comportamiento omisivo», *ADPCP*, (43), pp. 497 ss.

CUERDA RIEZU (1984), *La colisión de deberes en Derecho penal*, Tecnos, Madrid.

DE LORA (2005), «¿A qué inocentes debemos sacrificar? La selección de pacientes para la distribución de recursos sanitarios», *Τέλος. Revista iberoamericana de estudios utilitaristas*, (2), 2005, pp. 9 ss.

——— (2004), «El derecho a la protección de la salud», en BETEGÓN CARILLO et al. (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Presidencia del Gobierno, Secretaría General Técnica, Madrid, pp. 875 ss.

DE MIGUEL BERIAIN (2020), «Triage en tiempos de pandemia: un análisis a partir de las limitaciones del marco jurídico español», en ATIENZA/RODRÍGUEZ (dirs.). *Las respuestas del Derecho a las crisis de salud pública*, Dykinson, Madrid, pp. 229 ss.

DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN/BELLVER CAPELLA (2020), «Priorizar sin discriminar: La doctrina del Comité de Bioética de España sobre derechos de las personas con disparidad en un contexto de pandemia», *IgualdadEs*, (3), pp. 313 ss.

DENZEL (2020), «Allocating scarce medical resources under German Criminal Law: the justifying collision of duties in triage situations», *Revista de Estudos Criminais*, (78), pp. 23 ss.

DOMÉNECH PASCUAL (2006), «¿Puede el Estado abatir un avión con inocentes a bordo para prevenir un atentado kamikaze?», *Revista de Administración Pública*, (170), pp. 389 ss.

EMANUEL et al. (2020), «Fair Allocation of Scarce Medical Resources in the Time of Covid 19», *The New England Journal of Medicine*, (21), pp. 2049 ss.

ENGISCH (1939), «Der Arzt im Strafrecht», *MschKrim*, (30), pp. 414 ss.

ENGLÄNDER/ZIMMERMANN (2020), «Die Covid-19-Pandemie und die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und Intensivmedizin», *NJW*, (20), pp. 1398.

ERB (2020), «§ 34», en JOECKS/MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 4ª ed., v. I, C. H. Beck, Múnich.

ESQUINAS VALVERDE (2006), *El delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios. El artículo 196 del Código Penal*, Comares, Granada.

FATEH-MOGHADAM/GUTMANN (2020), «Gleichheit vor der Triage», *Verfassungsblog*, 30/04/20.

FREELAND (2019), «Casum y prelación de facultades de injerencia en situaciones de necesidad», en GARCÍA CAVERO/CHINGUEL RIVERA (coords.), *Derecho Penal y Persona. Libro Homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Jesús María Silva Sánchez*, Ideas, Lima, pp. 367 ss.

FRISTER (2020), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 9ª ed., C.H. Beck, Múnich.

GAEDE et al. (2020), «Rechtmäßiges Handeln in der dilemmatischen Triage-Entscheidungssituation», *medstra*, (3), pp. 129 ss.

GELINSKY (2020), «Brauchen wir ein Triage-Gesetz? Zur Verteilung von Überlebenschancen bei unzureichenden medizinischen Ressourcen», *KAS-Hauptabteilung Analyse und Beratung, Abteilung Demokratie, Recht und Parteien*, pp. 1 ss.

GERSON (2020), «§ 3 Pflichtenkollision beim Lebensschutz (Triage)», en ESSER/TSAMBIKAKIS (eds.), *Pandemiestrafrecht. Aktuelles Recht für die Praxis*, C.H. Beck, München.

GÓMEZ TOMILLO (1999), *Responsabilidad penal de los profesionales sanitarios. Artículo 196 del Código Penal*, Universidad de Valladolid, Valladolid.

GRECO (2007), «Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las *ticking time bombs*», *InDret*, (4), pp. 1 ss.

HARRIS (1985), *The value of life*, Routledge & Kegan Paul, London.

HERB (2002), *Die Verteilungsgerechtigkeit in der Medizin*, Kovač, Hamburgo.

HERREROS et al., (2020), «Triage during the COVID-19 epidemic in Spain: better and worse ethical arguments», *Journal of Medical Ethics*, (7), pp. 455 ss.

HILGENDORF (2020), «Recomendaciones de triaje en la crisis del coronavirus: no importunar a los médicos con cuestiones jurídicas», *En Letra: Derecho Penal*, (10), pp. 22 ss.

HÖRNLE (2021), «Ex-post-Triage: Strafbar als Tötungsdelikt?», en LA MISMA et al. (eds.), *Triage in der Pandemie*, Mohr Siebeck, Tübinga, pp. 149 ss.

HÖRNLE/WOHLERS (2018), «Autonome Fahrzeuge und Leben-gegen-Leben-Dilemmata», *GA*, (1), pp. 12 ss.

HOVEN (2020), «Die „Triage“-Situation als Herausforderung für die Strafrechtswissenschaft», *JZ*, (9), pp. 449 ss.

HOVEN/HAHN (2020), «Strafrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie», *JA*, (7), pp. 481 ss.

HRUSCHKA (1988), *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2ª ed., De Gruyter, Berlín.

ISENSEE (2007), «Leben gegen Leben - Das grundrechtliche Dilemma des Terrorangriffs mit gekapertem Passagierflugzeug», en PAWLIK (ed.), *Festschrift für Günther Jakobs*, Heymann, Colonia, pp. 205 ss.

JÄGER/GRÜNDEL (2020), «Zur Notwendigkeit einer Neuorientierung bei der Beurteilung der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Angesicht der Corona-Triage», *ZIS*, (4), pp. 151 ss.

JAKOBS (2013), «Principios y límites de la justificación», *Revista Derecho Penal y Criminología*, (34), pp. 13 ss.

- (2010), «Kaschierte Ausnahme: übergesetzlicher entschuldigender Notstand», en AMELUNG (ed.), *Festschrift für Volker Krey*, Kohlhammer, Stuttgart, pp. 207 ss.
- (1993), *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., De Gruyter, Berlín.
- JOERDEN (2007), «Erlaubniskollisionen, insbesondere im Strafrecht», en DANNECKER (ed.), *Festschrift für Harro Otto*, Heyman, Colonia, pp. 331 ss.
- (1997) «Der Widerstreit zweier Gründe der Verbindlichkeit. Konsequenzen einer These Kants für die strafrechtliche Lehre von der “Pflichtenkollision”», *JRE*, (5), pp. 43 ss.
- JÖGBES et al. (2020), «Recomendations on COVID-19 triage: international comparison and ethical analysis», *Bioethics*, (9), pp. 948 ss.
- KERSTEN/RIXEN (2020), *Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise*, C.H. Beck, Múnich.
- KINDHÄUSER (1994), «Zur Rechtfertigung von Pflicht- und Obliegenheitsverletzungen im Strafrecht», *JRE*, (2), pp. 339 ss.
- KLESEN (2017), *Die Entscheidung von Maschinen über Menschenleben. Das Recht auf Leben und der Einsatz autonomer Rettungssysteme in Notfällen und Katastrophen*, Nomos, Baden-Baden.
- KÜNSCHNER (1992), *Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht und Patientenauswahl*, Enke, Stuttgart.
- KÜPER (1979), *Grund- und Grenzfragen der Rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht*, Duncker und Humblot, Berlín.
- (1971), «Noch einmal: Rechtfertigender Notstand, Pflichtenkollision und übergesetzliche Entschuldigung», *JuS*, (9), pp. 474 ss.
- LINDNER (2020), «Kann eine Empfehlung des Deutschen Ethikrates einen unvermeidbaren Verbotsirrtum nach § 17 Satz 1 StGB begründen?», *medstra*, (4), pp. 199 ss.
- LIPP (2021), «Die ärztliche Hilfspflicht», en LAUFS et al. (eds.), *Arztrecht*, 8ª ed., C.H.Beck, Múnich.
- MARTÍN LORENZO (2009), *La exculpación penal. Bases para una atribución legítima de responsabilidad penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MERKEL/AUGSBERG (2020), «Die Tragik der Triage – straf- und verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen», *JZ*, (14), pp. 704 ss.
- MINORELLI/ALMEIDA CAETANO (2020), «Vida contra Vida e Colisão de Deveres no Contexto de Covid-19: o Que os Médicos Precisam Saber», *RDP*, (17), pp. 278 ss.
- MOLINA FERNÁNDEZ (2000), «El estado de necesidad como ley general. (Aproximación a un sistema de causas de justificación)», *Revista de derecho penal y criminología*, (1), pp. 199 ss.

NEUMANN (2020), «Rechtspositionen, Rechtsgüter und Rettungsinteressen in der aktuellen Diskussion zu Problemen des rechtfertigenden Notstands (§ 34 StGB)», en BUBLITZ et al. (eds.), *Recht – Philosophie – Literatur. Festschrift für Reinhard Merkel*, v. I, Duncker & Humblot, Berlín, pp. 791 ss.

————— (2017), «§ 34», en KINDHÄUSER et al. (eds.), *NomosKommentar Strafgesetzbuch*, 5<sup>a</sup> ed., v. I, Nomos, Baden-Baden.

————— (1994), «Die Moral des Rechts», *JRE*, (2), pp. 81 ss.

OTTO (2020), «Rechtfertigende Pflichtenkollision», en HILGENDORF et al. (eds.), *Handbuch des Strafrechts*, v. II, Beck, Múnich, § 42.

PAEFFGEN/ZABEL (2017), «Vor §§ 32 ff», en KINDHÄUSER et al. (eds.), *NomosKommentar Strafgesetzbuch*, 5<sup>a</sup> ed., v. I, Nomos, Baden-Baden.

PAWLIK (2013), «Einseitige Therapiebegrenzung und Autonomiegedanke. Über die Kehrseite einer Emanzipationsformel», en FREUND (ed.), *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems. Festschrift für Wolfgang Frisch*, Duncker & Humblot, Berlín, pp. 697 ss.

————— (2012), *Das Unrecht des Bürgers*, Mohr Siebeck, Tübingen.

————— (2004), «14 Abs. 3 des Luftsicherheitsgesetzes – ein Tabubruch?», *JZ*, (21), pp. 1045 ss.

PÉREZ DEL VALLE (2018), *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 2<sup>a</sup> ed., Dykinson, Madrid.

PICCCHI (2020), «Die Zuteilung knapper medizinischer Ressourcen», *sui generis*, pp. 297 ss.

RENGIER (2020), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 12<sup>a</sup> ed., C.H. Beck, Múnich.

RIVERA LÓPEZ et al. (2020), «Propuesta para la elaboración de un protocolo de triaje en el contexto de la pandemia de COVID-19», *Revista de Bioética y Derecho*, (50), pp. 37 ss.

RIVLIN (2000), «Why the fair innings argument is not persuasive», *BMC Medical Ethics*, (1), pp. 1 ss.

ROBLES PLANAS (2010), «En los límites de la justificación. La colisión de intereses vitales en el ejemplo del derribo de aviones y de otros casos trágicos», en LUZÓN PEÑA (ed.), *Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, La Ley, Madrid, pp. 445 ss.

RÖNNAU (2019), «Vor §§ 32 ff», en RÖNNAU et al. (eds.), *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch: StGB*, 13<sup>a</sup> ed., v. 3, De Gruyter, Berlín.

RÖNNAU/WEGNER (2020), «Grundwissen – Strafrecht: Triage», *JuS*, (5), pp. 403 ss.

ROXIN/GRECO (2020), *Strafrecht. Allgemeiner Teil - Der Aufbau der Verbrechenslehre*, v. I, 5ª ed., Beck, München.

RUEDA ETXEBARRIA (2020), «¿No es país para viejos? La edad como criterio de triaje durante la pandemia de la COVID-19», *Enrahonar. An International Journal of Theoretical and Practical Reason*, (65), pp. 85 ss.

SÁNCHEZ DAFAUCE (2014), «El abatimiento de un avión secuestrado», *InDret*, (4), pp. 1 ss.

SCHMITT (1934), *Politische Theologie*, 2ª ed., Duncker & Humblot, München.

SCHOLTEN (2011), *Triage – Zur Strafbarkeit ärztlicher Auswahlentscheidungen*, Kovač, Hamburgo.

SCHÜRCH (2000), *Rationierung in der Medizin als Straftat*, Helbing und Lichtenhahn, Basilea.

SILVA SÁNCHEZ (2017), «Asesinatos selectivos en la “guerra punitiva” contra el terrorismo», *InDret*, (1), pp. 1 ss.

——— (2010), *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 2ª ed., BdeF, Montevideo.

——— (1987), «La responsabilidad penal del médico por omisión», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, (1), pp. 955 ss.

SOLER et al. (2010), «El triaje: herramienta fundamental en urgencias y emergencias», *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, (1), pp. 55 ss.

SOWADA (2020), «Strafrechtliche Probleme der Triage in der Corona-Krise», *NStZ*, (8), pp. 452.

SPIEGEL (2019), *Die Allokation von Rettungsmitteln: eine Frage der Verteilungsgerechtigkeit*, Nomos, Baden-Baden.

SPITZLEI (2020), «Der Zufall als Entscheidungskriterium – Verwaltungsrechtliche Anwendungsfälle und verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Losverfahren», *VerwArch*, (3), pp. 439 ss.

STERNBERG-LIEBEN (2020), «Vor §§ 32 ff.», *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch-Kommentar*, 30ª ed., C.H. Beck, München.

——— (2004), «Rationierung im Gesundheitswesen – Gedanken aus (Straf)rechtlicher Sicht-», en HEINRICH et al. (eds.), *Festschrift für Ulrich Weber*, Giesecking, Bielefeld, pp. 69 ss.

STÜBINGER (2015), *Notwehr-Folter und Notstands-Tötung? Studien zum Schutz von Würde und Leben durch Recht, Moral und Politik*, V & R Unipress, Bonn University Press, Gotinga.

TAUPITZ (2020), «Verteilung medizinischer Ressourcen in der Corona-krise: Wer darf überleben?», *MedR*, (6), pp. 1 ss.



TOMÁS-VALIENTE LANUZA (2009), «La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la vida y a la integridad física (art. 15 CE)», en CARBONELL MATEU et al. (dirs.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*, v. II, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 1839 ss.

TUÑÓN CORTI (2021), «Alter, fair innings und „ex ante“ Triage», en HILGENDORF et al. (eds.), *Triage in der (Strafrechts-)Wissenschaft*, en prensa.

ULSENHEIMER (2019), «Die fahrlässige Tötung», en LAUFS et al. (eds.), *Handbuch des Arztrechts*, 5ª ed., C.H. Beck, München.

————— (2015), *Arztstrafrecht in der Praxis*, 5ª ed., C. F. Müller, Heidelberg.

VON DER PFORDTEN (2010), *Normative Ethik*, De Gruyter, Berlín.

————— (2005), «Normativer Individualismus und das Recht», *JZ*, (22), pp. 1069 ss.

VOßKUHL (1999), «"Wer zuerst kommt, mahlt zuerst!" - Das Prioritätsprinzip als antiquierter Verteilungsmodus einer modernen Rechtsordnung», *Verwaltung*, (32), pp. 21 ss.

WACKE (1981), «Wer zuerst kommt, mahlt zuerst», *JA*, (2), pp. 94 ss.

WALTER (2020), «Menschlichkeit oder Darwinismus? Zu Triage-Regeln und ihren Gründen», *GA*, (11), pp. 656 ss.

WELZEL (1969), *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., De Gruyter, Berlín.

WILENMANN (2016), «Imponderabilidad de la vida humana y situaciones trágicas de necesidad», *InDret*, (1), pp. 1 ss.

————— (2014), *Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff*, Mohr Siebeck, Tübinga.

WITTE (2013), *Recht und Gerechtigkeit im Pandemiefall. Bevorratung, Verteilung und Kosten knapper Arzneimittel im Falle eines Seuchenausbruchs*, Nomos, Baden-Baden.

ZIMMERMANN (2009), *Rettungstötungen. Untersuchungen zur strafrechtlichen Beurteilung von Tötungshandlungen im Lebensnotstand*, Nomos, Baden-Baden.