



VULNERABILIDAD Y ATENCIÓN SANITARIA: DERECHO Y PROTOCOLOS MÉDICOS

VULNERABILITY AND HEALTH CARE. LAW AND MEDICAL PROTOCOLS

MARTA ALBERT

Universidad Rey Juan Carlos¹

Paseo de Artilleros s/n, Vicálvaro, 28032, Madrid. España

+34 646717549

marta.albert@urjc.es

RESUMEN:

Palabras clave:

Vulnerabilidad,
derecho a la
salud, protocolo
médico, covid 19.

Recibido: 20/07/2020

Aceptado: 30/07/2020

El artículo aborda el análisis de los criterios de asignación de recursos sanitarios escasos durante la pandemia producida por el virus covid 19 en España. Se analiza críticamente la ausencia de una perspectiva jurídico-constitucional en la elaboración de tales criterios y se sugiere la incorporación del criterio de equidad como garantía del efectivo disfrute del derecho constitucional a la protección de la salud por parte de las personas vulnerables.

ABSTRACT:

Keywords:

Vulnerability, right
to health, medical
protocol, covid-19.

The article deals with the analysis of the criteria for the allocation of scarce health resources during the pandemic produced by the covid 19 virus in Spain. It critically analyses the absence of a legal-constitutional perspective in the elaboration of such criteria and suggests the incorporation of the criterion of equity as a guarantee of the effective exercise of the constitutional right to health protection by vulnerable persons.

¹ This work was supported by Instituto de Salud Carlos III, Spanish Ministry of Science and Innovation (COVID-19 Research Call COV20/00181) — co-financed by European Development Regional Fund "A way to achieve Europe".

1. Introducción

La atención sanitaria, especialmente en periodos de escasez de recursos, ¿debe dirigirse preferentemente a las personas o colectivos que más la necesitan, o que se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad?, o, por el contrario, ¿deben invertirse los recursos sanitarios en aquellas personas que están en condiciones de rentabilizar su empleo de modo más eficiente?, ¿las personas mayores o con alguna discapacidad han recibido la atención sanitaria adecuada durante la pandemia?

Muchos de nosotros nos hemos hecho en los últimos meses estas o semejantes preguntas.

Gran parte de la atención mediática la ha acaparado el problema de las residencias de ancianos. No es de extrañar. Las últimas cifras en España hablan de 19.572 personas fallecidas en residencias de ancianos, el 69% del total de las muertes notificadas por el ministerio de Sanidad.

“Marea de residencias” ha planteado ante el Tribunal Supremo una querrela contra Díaz Ayuso, presidenta de la Comunidad de Madrid, y dos de sus consejeros, los de Justicia y Sanidad, de la que constituye pieza esencial el protocolo médico de 25 de marzo y sus versiones anteriores, instrumento a través del cual, según los querellantes, se denegó ilegítimamente el derecho a la asistencia sanitaria a miles de residentes².

Pero ya antes, más de tres mil personas, organizadas en torno a la plataforma “Asociación de afectados por el covid-19” se habían querrellado contra el gobierno, acusándole del homicidio de los fallecidos en la pandemia³.

Sólo a los tribunales corresponde ahora fijar las posibles responsabilidades jurídicas derivadas de la aplicación de los protocolos médicos durante aquellas semanas, que, en todo caso, recaerían, de estimarse, sobre los responsables políticos que tenían la competencia para la toma de decisiones en materia de priorización de recursos.

² Vid., <https://www.eldiario.es/opinion/tribuna-abierta/querrela-diaz-ayuso-consejeros-sanidad-justicia-fallecidos-residencias-manos-supremo_129_6085500.html>[Consulta: 15/7/2020].

³ La misma plataforma ha presentado después, en el mes de junio, una denuncia ante la Corte Penal Internacional contra Pedro Sánchez, por el “genocidio” de 50.000 personas.

No es el propósito de estas páginas abordar el problema de cómo o bajo qué criterios de interpretación y aplicación del derecho ha de determinarse la existencia de tales responsabilidades.

Trataremos, en cambio, de responder en la medida de nuestras posibilidades las preguntas que planteábamos al inicio, o, por lo menos, trataremos de formularlas adecuadamente. En primer lugar, debemos plantearnos cómo se ha llevado a cabo la priorización de recursos durante esta crisis sanitaria: no tanto bajo qué criterios técnicos cuanto bajo qué filosofía de asignación de recursos. También importa saber si en esa asignación de recursos sanitarios se afectaban derechos constitucionales, y en qué medida un protocolo médico puede de forma legítima determinar el ámbito de protección efectiva de un derecho. Es relevante determinar si las decisiones de priorización deben llevarse a cabo bajo criterios fijados técnicamente o bajo criterios establecidos jurídica y políticamente (y quien debía asumir la responsabilidad de adoptarlos), pero, a mi juicio, hemos de ser conscientes de que técnicamente, por definición, no es posible determinar criterios. La técnica no responde nunca a la pregunta por el “qué”, sino a la pregunta por el “cómo”. Bajo todo criterio “técnico” late en última instancia una decisión que es tomada en función de valores, asumidos de forma más o menos consciente, pero sin duda, eficaz. Preguntémosnos, entonces, dentro de qué marco axiológico se han tomado las decisiones y si esa filosofía es congruente con la que inspira el Estado social y democrático de derecho en el que hace ya muchos años hemos articulado nuestra convivencia.

2. Comienza la pandemia: soluciones utilitaristas ante el silencio del Ministerio de Sanidad

Al menos desde el final de febrero y durante los primeros días de marzo, ya podía preverse que la situación de los hospitales podría volverse insostenible en un breve periodo de tiempo. Si no en todo el territorio nacional, sí en aquellas Comunidades donde la pandemia se extendiera más rápidamente y en mayor proporción respecto al total de la población.

El hecho es que, días antes de la declaración del estado de alarma, y ante la pasividad de las autoridades sanitarias, los propios hospitales comenzaron a establecer recomendaciones para la priorización de los pacientes, tratando de organizar la gestión de los recursos escasos en función la demanda esperada, con el fin de evitar el colapso de la atención sanitaria.

A continuación, centraremos nuestro análisis en la Comunidad de Madrid, y en los documentos de recomendaciones publicados en distintos hospitales con carácter previo al primero que desató la polémica, el de la Sociedad española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades coronarias (en adelante, SEMICYUC).

De los documentos a los que hemos tenido acceso, el primero en publicarse, el día 10 de marzo, fue elaborado por el Departamento de Bioética Clínica del Hospital Infanta Elena de Valdemoro. Publicadas desde el epicentro de la pandemia, las “consideraciones éticas acerca del manejo de pacientes que puedan precisar asistencia en unidades de cuidados intensivos” tuvieron un impacto importante en otros centros hospitalarios a nivel nacional y regional.

En los días que siguieron, hasta la publicación de documento de SEMICYUC (aparecido en prensa el día 20 de marzo), otros hospitales en la Comunidad fueron trabajando en las primeras versiones de documentos similares, que pretendían ser un apoyo para la toma de decisiones de los profesionales sanitarios en un momento crítico y en ausencia de directrices por parte de las autoridades sanitarias⁴. Es digna de elogio la disposición

para asumir la responsabilidad de la decisión por los propios centros (si bien, como después veremos, no era una responsabilidad que les incumbiera), y la disponibilidad de las comisiones que elaboraron dichos documentos para poner de su parte cuanto fuera posible por superar del mejor modo posible la crisis sanitaria.

Comparto las consideraciones realizadas por la Asociación española de Bioética y Ética Médica (en adelante, AEBI), que tienden a dejar fuera de duda que “todas las instancias y personas implicadas han obrado con la intención de seguir un comportamiento proporcionado y que se ajustara a la situación clínica de los afectados”. Pero también comparto la percepción de que “se han podido introducir en la actuación ciertos elementos o criterios de una forma un tanto precipitada”⁵. Veamos hasta qué punto se trata de una percepción fundada, sin pretender llevar a cabo un análisis exhaustivo de estos textos, pero sí tratando de determinar con carácter general la orientación de los primeros documentos de asignación de recursos, elaborados con carácter previo a la publicación de los informes y recomendaciones oficiales de distintas instancias.

La mayor parte de los documentos elaborados en este periodo de apenas diez días se inspiraban en el documento de la *Società italiana di Anestesia, Analgesia, Rianimazione e Terapia Intensiva* (SIAARTI, en adelante)⁶, publicado el día 6 de marzo, bajo el título *Raccomandazioni di ética clínica per l'ammisione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di equilibrio tra necessità e risorse disponibili*⁷.

4 Haremos referencia a los siguientes: Consideraciones éticas del Departamento de Bioética Clínica del Hospital Universitario Infanta Elena acerca del manejo de pacientes que puedan precisar asistencia en unidades de cuidados intensivos, (10 de marzo de 2020) y “primer documento anexo” a estas Consideraciones (20 de marzo); Propuesta de protocolo de triaje para decisiones sobre el inicio de maniobras de reanimación cardiopulmonar y de medidas de soporte vital avanzado durante la epidemia de covid 19, Servicio de interconsulta ética clínica CEAS y grupo de trabajo ad hoc, del Hospital Universitario La Princesa, (13 de marzo); Recomendaciones de triaje en la atención a los pacientes críticos durante la pandemia de covid 19, CEAS del Hospital Clínico San Carlos (16 de marzo); Recomendaciones de triaje durante la epidemia de coronavirus causante de covid19 para decisiones sobre el inicio de maniobras de reanimación cardiopulmonar y de medidas de soporte vital avanzado, Hospital Universitario Fundación Alcorcón (16 de marzo); Recomendaciones del CEAS para la asignación de ventilación mecánica invasiva en circunstancias excepcionales de recursos limitados, Hospital Universitario Severo Ochoa (17 de marzo); Recomendaciones del comité de ética asis-

tencial del Hospital Universitario Getafe en relación a la atención de pacientes críticos durante la pandemia covid 19 (18 de marzo); Recomendaciones del CEAS para la toma de decisiones en unidades de cuidados intensivos durante la pandemia del covid-19, Hospital Universitario La Paz (22 de marzo); consideraciones bioéticas para la toma de decisiones médicas y de ingreso en UCI en la situación actual de emergencia sanitaria por covid 19, Hospital Universitario Puerta de Hierro (sin fecha). En realidad, las Recomendaciones del CEAS del Hospital Universitario La Paz son posteriores al documento de SEMICYUC, pero introducen un punto de vista diverso sobre los criterios de asignación que parece interesante recoger en este análisis.

5 AEBI, *Algunas cuestiones éticas tras la pandemia por Covid-19 y sobre la situación que suscita la presencia de esta enfermedad en nuestra sociedad* <<http://aebioetica.org/archivos/Postfasecriticav2.pdf>>[Consulta. 15/7/2020].

6 Todos los documentos analizados que citaban referencias se refieren al documento de SIIARTI.

7 SIIARTI, <<http://www.siaarti.it/News/COVID19%20-%20documenti%20SIAARTI.aspx>>[Consulta. 15/7/2020].

El documento había generado polémica en Italia, fundamentalmente por la recomendación de establecer un límite de edad para el ingreso en UCI, de modo que los recursos pudieran ser reservados para quien tuviera una probabilidad mayor de supervivencia, y, secundariamente, para quien pudiera beneficiarse del tratamiento en términos más años de vida salvados (*Raccomandazione* 3). A juicio de sus autores, la finalidad del establecimiento de criterios de triaje había de ser la de “la maximización de los beneficios para el mayor número de personas”.

Expresamos en palabras de Rotondo las principales objeciones planteadas al documento: “la aproximación utilitarista adoptada por la Siaarti [...], puede estar en contra del principio personalista que conforma nuestro ordenamiento jurídico, el cual asume que la persona es su valor máximo y su tutela el principio constitucional supremo, existiendo un derecho fundamental a la salud, ámbito inviolable de su dignidad”⁸.

A esta misma filosofía utilitarista no son ajenos los documentos emitidos en los primeros días de pandemia por los comités de ética asistencial o grupos de trabajo ad hoc de los hospitales madrileños que hemos podido analizar. Todos ellos asumen, con matices relevantes⁹, el principio general de dirigir los mayores esfuerzos terapéuticos a los pacientes con mayor posibilidad de supervivencia conseguida en menor plazo de tiempo con su ingreso en UCI, establecido en las primeras *Consideraciones* elaboradas desde el Infanta Elena.

Así, por ejemplo, se afirma que “los protocolos de triaje persiguen el fin consecuencialista de garantizar el mayor bien para el mayor número de pacientes”¹⁰.

También, por cierto, ante el clamoroso silencio de las autoridades sanitarias italianas, vid., Rotondo, V., [Publicación en línea] «La decisión clínica en una situación de pandemia», mayo 2020, <<https://idibe.org/tribuna/la-decision-clinica-una-situacion-pandemia/>> [Consulta. 15/7/2020]

El documento de Siaarti está inspirado en documentos anteriores, entre otros de la OMS, *Guidance for Managing Ethical Issues in Infectious Disease Outbreaks* (2016).

⁸ Rotondo, V., *op. cit.*

⁹ El documento del Hospital Universitario La Paz es el único que rompe esa uniformidad y establece el criterio de mayor beneficio para el mayor número de pacientes añadiendo: “en el marco del mejor cuidado” para todos ellos.”

¹⁰ *Propuesta de protocolo de triaje*, Hospital Universitario de La Princesa.

El triaje se realiza, por tanto, “cuando no hay recursos para todos y hay que elegir *quien los va a aprovechar mejor*”¹¹.

El documento de SEMICYUC, en cambio, define los protocolos de triaje como “un sistema de reglas que se aplican en el marco de situaciones de recursos escasos para ayudar a tomar decisiones *de forma justa y transparente*”¹².

Los protocolos de triaje determinan el acceso a los recursos sanitarios cuando la demanda es mayor que la oferta de servicios disponible. Como señala el CBE, “la priorización en la asignación de recursos sanitarios no es una novedad ni una consecuencia de la pandemia, sino algo inherente a cualquier sistema de salud (veáanse, por ejemplo, los triajes en Urgencias, las listas de espera o las decisiones de incluir o no en la cartera de servicios determinados medicamentos o prestaciones sanitarias). El *todo, para todos, siempre y ya casi nunca es posible*”¹³. Sería erróneo situar la priorización en un contexto de catástrofe o referirse a ella haciendo uso de una “retórica belicista” que nos incline a pensar que en el triaje, como en el amor y en la guerra, “todo vale”¹⁴.

La finalidad del protocolo de triaje es organizar adecuadamente la asistencia sanitaria cuando la demanda supera los recursos asistenciales¹⁵. De manera justa, dice, con razón, el documento de SEMICYUC.

¹¹ *Recomendaciones de triaje durante la epidemia de coronavirus causante de COVID-19 para decisiones sobre el inicio de maniobras de reanimación cardiopulmonar y de medidas de soporte vital avanzado*, Hospital Fundación Universitaria Alcorcón.

¹² SEMICYUC, *Recomendaciones éticas para la toma de decisiones en la situación excepcional de crisis por pandemia covid-19 en las unidades de cuidados intensivos*, <<https://semicyuc.org/2020/05/documentos-de-la-semicyuc-sobre-la-covid-19/>> [Consulta. 15/7/2020].

El subrayado es nuestro.

¹³ *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*, 4. Vid., también Lora de Toro, P. [Publicación en línea] «¿No es respirador para viejos?» <<https://www.lettraslibres.com/espana-mexico/politica/no-es-respirador-viejos-sobre-la-etica-del-bote-salvavidas-y-la-covid-19/>> [Consulta. 15/7/2020].

¹⁴ Vid., Seoane, J.A., [Publicación en línea] «Bioética, lenguaje y covid 19», 1 de abril de 2020, blog de la Asociación de Bioética Fundamental y Clínica, <<http://www.asociacionbioetica.com/blog/bioetica-lenguaje-y-covid-19/>> [Consulta. 15/7/2020].

¹⁵ Soler, W.; Gomez Muñoz, M.; Bragulat, E. y Alvarez, A.. [Publicación en línea]. «El triaje: herramienta fundamental en urgencias y emergencias». *Anales Sis San Navarra* 2010, vol.33, suppl.1 [citado 2020-07-11], 55-68. Disponible en: <http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1137-66272010000200008&lng=es&nrm=iso> [Consulta. 15/7/2020].

Ahora bien, el *criterio* bajo el que tales recursos se asignen puede ser diverso y no es correcto introducir uno de ellos dentro de la propia definición de triaje. Es decir, que esos recursos se asignen priorizando a *quienes los vayan a aprovechar mejor*, o a quienes más urgentemente los necesitan, o al paciente que primero entre en contacto con el sistema, o a quienes pueden ser más útiles para superar la situación crítica, o a quien señale el puro azar, dependerá de una decisión previa sobre lo que es justo, que no es técnica, sino, en última instancia, valorativa, y que no puede ser hurtada al debate público ni resuelta sin siquiera cuestionarla en el marco de unos documentos cuya función no es establecer el marco axiológico dentro del que se realiza el triaje, sino *facilitar la toma de decisiones dentro de un marco axiológico que cuya determinación escapa a su competencia*.

Es digna de encomio la búsqueda de los criterios éticos que han de regir la toma de decisiones y la elaboración de los protocolos. Así “la situación actual a consecuencia de la epidemia provocada por el virus COVID19, obliga a considerar *cuáles han de ser los principios de índole ético que han de guiar las decisiones clínicas para respetar los derechos de todos los ciudadanos y de los pacientes*”¹⁶.

La mayoría de los textos llegan a conclusiones similares, tendentes a primar la responsabilidad, transparencia, inclusión, claridad... A estos valores se suma el de equidad, (genéricamente entendido como igual trato a pacientes enfermos de covid y el resto de los pacientes)¹⁷.

Por supuesto que resulta oportuna una reflexión sobre cómo adecuar los principios éticos al contexto de la emergencia sanitaria. No obstante, parece que los documentos que analizamos operan como si viviéramos dentro de una estructura jurídico-política axiológicamente neutra, cuando lo cierto es que algunos de los interro-

gantes que se plantean y que con esfuerzo intentan responder, están resueltos (y resueltos *normativamente*) en el propio texto constitucional.

Obviamente, el marco constitucional en absoluto se refiere a las pautas que debe seguir la atención sanitaria a los pacientes en tiempos de escasez de recursos, pero sí delimita un ámbito de actuación legítimo, del que me ocupo más adelante, y que debe ser tenido en cuenta a la hora de determinar la orientación general y la finalidad de los esfuerzos terapéuticos en condiciones de emergencia sanitaria.

A pesar de ello, y sin una adecuada reflexión sobre ciertos aspectos que se iluminarían bajo la perspectiva constitucional, los documentos analizados determinan, como se ha dicho, que la finalidad del triaje ha de ser identificar a aquellos pacientes que serán priorizados por tener mayor posibilidad de supervivencia en menor plazo de tiempo tras su ingreso en UCI.

La traducción de este principio de priorización en pautas concretas de selección de candidatos a tratamientos escasos implica que criterios como la edad del paciente adquieren notable relevancia. No todos los documentos analizados siguen la recomendación de SIA-ARTI de establecer a priori un límite de edad para el acceso a tratamiento intensivo. Las soluciones son muy diversas: algunas recomendaciones expresamente indican que la edad *per se* no podrá ser un criterio decisivo para la toma de decisiones¹⁸, en algún documento se establece el límite de 80 años¹⁹, en otros se establece la edad como criterio especialmente relevante²⁰ (pues “se puede anticipar un curso clínico más largo y, por lo tanto, más “consumo de recursos” en pacientes ancianos frágiles con comorbilidades graves, en comparación con un curso relativamente más corto y potencialmente más

16 *Consideraciones éticas*, del Departamento de Bioética Clínica del Hospital Universitario Infanta Elena, cursiva nuestra.

17 Solo uno de los documentos señala: “Además, la equidad exige que la distribución de recursos escasos *no castigue a las poblaciones socialmente más vulnerables* que tengan menor capacidad para exigir sus derechos” *Recomendaciones del CEAS para la toma de decisiones en UCI durante la pandemia del covid-19* del Hospital Universitario La Paz.

18 Primer documento anexo a las *Consideraciones* del Hospital Infanta Elena (20 de marzo de 2020); *consideraciones bioéticas para la toma de decisiones médicas y de ingreso en UCI* del Hospital Puerta de Hierro; *Recomendaciones del CEAS para la toma de decisiones en UCI durante la pandemia del covid-19* del Hospital Universitario La Paz;

19 *Propuesta de Protocolo de Triaje* del Hospital Universitario de La Princesa.

20 *Recomendaciones del CEAS* del Hospital Universitario Severo Ochoa y *Recomendaciones de Triaje en la atención a pacientes críticos durante la pandemia de covid 19* del CEAS del Hospital Clínico San Carlos.

benigno en sujetos jóvenes sanos”²¹) o explícitamente como factor de “desempate” ante casos similares²². En otros se subraya que la toma en consideración del criterio etario no pretende “reflejar juicios de valor sobre la calidad de vida o el valor de la vida de los pacientes más añosos, sino reservar recursos potencialmente escasísimos de SVA para aquellos pacientes con más posibilidades de supervivencia y, secundariamente, más años de vida salvada”²³.

De ocho documentos analizados, solo uno enfoca explícitamente al beneficio del paciente cuando se refiere al criterio etario, subrayando la futilidad del tratamiento intensivo en pacientes añosos y recomendado este solo en caso de beneficio del paciente²⁴.

Algunos de los documentos concretan el sentido de la expresión “mayor posibilidad de supervivencia con menor tiempo de ingreso en UCI”, explicando cómo se determinan ambos factores.

No hay unanimidad en cuanto a los criterios ni en cuanto a las escalas empleadas para medirlos. En términos generales, se toma en consideración la esperanza de vida, ligada a la existencia de comorbilidad y a la edad, para lo que se emplea la generalmente la escala Charlson, y, en segundo lugar, la situación funcional del paciente (ligada a la calidad de vida, para cuya medición se recomienda el uso de la escala Barthel).

Salvo uno, que aconseja expresamente el no ingreso en UCI de pacientes con Barthel inferior a 60 (dependencia severa)²⁵ ninguno de los documentos determina límites en esas escalas dentro de los cuales los profesionales deban tomar una u otra decisión.

Otros documentos hacen referencia directa a que el empleo de tales escalas deberá orientar la priorización

no sólo a quien tengan más esperanza de vida, sino a quien, secundariamente, pueda representar un “mayor número de años de vida salvados”²⁶, introduciendo así una diferencia (la existente entre salvar más vidas y salvar más años de vida) que desde luego no es irrelevante desde el punto de vista ético.

Todos ellos advierten, que, en todo caso, habrá de tenerse en cuenta la situación concreta de cada paciente por encima de las recomendaciones de los distintos documentos, que no pueden sustituir el juicio médico prudencial sobre cada paciente.

¿Incorpora alguno de estos documentos la perspectiva jurídica?, ¿se contextualiza la toma de decisiones dentro de un marco ético-político constitucionalmente asumido que deba ser tenido en cuenta cuando está en juego el ejercicio efectivo de un derecho básico como es el de la protección de la salud?

Dos de los documentos analizados lo hacen, en idénticos términos: “Bajo circunstancias normales, todos los pacientes tienen igual derecho a recibir los cuidados de salud que necesitan. Sin embargo, ante una situación de desastre sanitario, todos los afectados no van a poder recibir cuidados intensivos debido a que los recursos son finitos. Es necesario, por tanto, aplicar un protocolo de triaje que permita la clasificación de dichos pacientes utilizando los criterios de idoneidad, proporcionalidad y justicia distributiva, manteniendo los valores de responsabilidad, transparencia, inclusividad y sensibilidad”²⁷.

A priori parece que se trata de una afirmación sensata, y sin duda bienintencionada, pero en ella se deja entrever, según mi punto de vista, un grave error conceptual de fondo.

Ese error no tiene que ver tanto con la limitación del ejercicio de derechos constitucionalmente protegidos (que va de suyo en ciertas situaciones límite), sino con la forma en la que se determina a quién y cómo afectará dicha limitación. Un protocolo de triaje, por definición,

21 *Recomendaciones del CEAS del Hospital Universitario Severo Ochoa.*

22 “En situaciones extremas, ante casos similares -por esperanza de vida y situación funcional- se considerará además la edad, dando prioridad a los pacientes con más años de vida salvada”, *Recomendaciones de Triage durante la epidemia de conavirus casuante de covid 19*, Hospital Universitario Fundación Alcorcón.

23 *Recomendaciones del CEAS del Hospital Universitario de Getafe.*

24 *Recomendaciones del CEAS para la toma de decisiones en UCI durante la pandemia del covid-19 del Hospital Universitario La Paz.*

25 Primer documento anexo a las *Consideraciones del Hospital Infanta Elena*

26 *Recomendaciones del CEAS del Hospital Universitario de Getafe; Recomendaciones de Triage durante la epidemia de conavirus casuante de covid 19*, Hospital Unversitario Fundacion Alcorcón; *Propuesta de Protocolo de Triage del Hospital Universitario de La Princesa.*

27 *Recomendaciones del CEAS del Hospital Universitario de Getafe y del CEAS del Hospital Clínico San Carlos.*

no puede convertirse en una herramienta para la delimitación del ejercicio de derechos. Para limitar dicho ejercicio, es necesaria la existencia de una decisión de la autoridad competente, en circunstancias normales el legislador, y, en situaciones extremas, el ejecutivo.

Como puede observarse, muy tempranamente (justo antes del comienzo del periodo más complicado, entre el 15 de marzo y el 15 de abril, y casi a un mes de distancia del “pico”, estimado en torno al 7 de abril), los hospitales comienzan a establecer pautas para la toma de decisiones. Es cierto que bajo una misma “filosofía”, pero sin una directriz única y con diferencias significativas entre ellas, como las relativas al peso del criterio etario.

El día 12 de marzo se había aprobado el Real Decreto Ley 6/2020, en virtud del cual se facultaba a la Administración Sanitaria del Estado a actuar en el caso de escasez de medicamentos, productos sanitarios cualquier producto necesario para la protección de la salud (artículo 4). Sin embargo, el Ministerio no toma cartas en el asunto y ante esta situación²⁸, el grupo de trabajo de Bioética de SEMICYUC, elabora unas *Recomendaciones éticas para la toma de decisiones en la situación excepcional de crisis por pandemia covid-19 en las unidades de cuidados intensivos*²⁹, de los que los medios de comunicación se hacen eco el día 20 de marzo.

El documento aboga por una planificación de acuerdo con el principio de justicia distributiva y la maximización del beneficio global. Se opta por priorizar la “mayor esperanza de vida”, y por el empleo de criterios de idoneidad que tengan en cuenta “la edad, la comorbilidad, la gravedad de la enfermedad, el compromiso de otros órganos y la reversibilidad”.

Como ocurriera en Italia con el documento de la SIAARTI, algunas de las “Recomendaciones” realizadas por SEMICYUC enseguida despertaron la polémica. Entre ellas, singularmente, la nº 16: “ante dos pacientes similares, se debe priorizar a la persona con más años de vida

ajustados a la calidad (AVAC) o QALY (*Quality-Adjusted Life Year*). Son un indicador combinado del estado de salud que aúna cantidad y calidad de vida. Priorizar la mayor esperanza de vida con calidad”.

Y la 17: “En personas mayores se debe tener en cuenta la supervivencia libre de discapacidad por encima de la supervivencia aislada”.

Se sugiere igualmente valorar con cuidado el beneficio de ingreso de pacientes con expectativa de vida inferior a dos años (RG 21), y, sin duda la más polémica de todas las recomendaciones generales: “Tener en cuenta el valor social de la persona enferma” (RG23).

Las Recomendaciones específicas realizadas por esta Sociedad Científica tampoco pasaron desapercibidas. Siguiendo la idea de SIAARTI de establecer un límite de edad para el acceso a determinados tratamientos, el documento establece de modo preferente mascarilla de oxígeno (no ventilación mecánica invasiva) para las personas mayores de 80 años con comorbilidad, y en pacientes entre 70 y 80 años con comorbilidades moderada-graves “se valorará cuidadosamente” la indicación de ventilación invasiva. (RE2 y 3).

La recomendación 4, por su parte, establece que “cualquier paciente con deterioro cognitivo, por demencia u otras enfermedades degenerativas, no serán subsidiarios de ventilación mecánica invasiva”.

No obstante, el documento establece que “el criterio médico en cada paciente está por encima de estas recomendaciones generales, siempre que sea razonado, argumentado y se consensue en la sesión clínica diaria o por el Comité de Ética asistencial”.

3. La vulnerabilidad entra en juego. Utilidad vs equidad en la priorización en el acceso a los recursos sanitarios

Solo tres días después de la publicación del documento de SEMICYUC, el 23 de marzo, la Dirección General de Políticas de Discapacidad dirige al Comité de Bioética de España (en adelante, CBE) una petición de informe acerca de las implicaciones éticas que para las personas con discapacidad pueden tener las Recomendaciones recientemente publicadas.

²⁸ Vid., <https://www.lespanol.com/espana/20200320/criterios-decidir-prioridad-falten-camas-uci/475954325_0.html>:[Consulta. 15/7/2020].

²⁹ Vid., <<https://semicyuc.org/2020/05/documentos-de-la-semicyuc-sobre-la-covid-19/>>[Consulta. 15/7/2020].

El CBE emite el Informe solicitado el día 25. En él advierte sobre la necesidad de “prevenir la extensión de una mentalidad utilitarista, o, peor aún, de prejuicios contrarios hacia las personas mayores o con discapacidad³⁰” y es claramente crítico con el empleo del criterio de “utilidad” o “valor social” de la persona enferma.

El Comité propone que el Ministerio, en uso de las competencias que le corresponden (con mayor razón en estado de alarma), elabore unos protocolos de triaje comunes a todo el territorio nacional y respetuosos con el marco constitucional, añadiendo que “cualquier criterio que se adopte deberá basarse en el pleno respeto a la dignidad de la persona, la equidad y la protección frente a la vulnerabilidad”³¹.

El propio CBE se había ofrecido, semanas antes de la redacción del informe, a participar junto al Ministerio en la elaboración de criterios uniformes sobre la priorización de los pacientes. Ya entonces, expresó al Ministerio su “preocupación por que se estuvieran ya adoptando a nivel local y hospitalario criterios y protocolos de triaje y priorización en la asistencia sanitaria a pacientes con coronavirus, considerándose que tales protocolos se estaban aprobando de manera independiente por cada centro, sin atender a unos criterios comunes ni garantizar la participación de expertos en Bioética”³².

Preocupación que, como ahora podemos constatar, no era en absoluto extemporánea teniendo en cuenta el curso de los acontecimientos. Sólo en uno de los textos anteriormente analizados encontramos un planteamiento explícito del problema de la vulnerabilidad y una comprensión de la equidad vinculada a la no discriminación de las personas más frágiles³³.

Junto al criterio de capacidad de recuperación del paciente, el CBE aboga por el empleo del criterio de equidad, a su juicio, “el que mejor se acomoda a un caso como el que nos ocupa”, y que consiste en “priorizar a los colectivos más vulnerables”³⁴. Este principio de equi-

dad ha de combinarse con el de utilidad, pues también es necesaria una asignación eficaz de recursos: “un modelo mixto que, tomando en consideración el criterio de utilidad social, tenga presentes los principios de equidad y de protección frente a la vulnerabilidad”³⁵.

El Defensor del Pueblo, por su parte, ante la temprana queja planteada por el CERMI declaró que “el combate contra la enfermedad no puede dejar de lado en ningún momento los principios básicos sobre los que se cimenta nuestra sociedad democrática, garantizando en todo momento la dignidad de las personas, cualquiera que sea su condición, y el respeto a sus derechos y libertades consagrados en la Constitución”. Insta también al Ministerio de Sanidad a imponer criterios claros y comunes a nivel nacional en la gestión de la atención sanitaria, para impedir que “se impongan textos sin valor oficial como los de las sociedades científicas que en ningún caso son Derecho aplicable ni vinculan, y más cuando sean *burdamente contrarios al ordenamiento jurídico de un país democrático*”³⁶.

El Ministerio de Sanidad finalmente emitió su propio informe el día 2 de abril. En él se establecen una serie de criterios generales para la distribución de recursos, pero está muy lejos de dar respuesta a las demandas del CBE y del Defensor del Pueblo, en cuanto al establecimiento de criterios de triaje comunes a nivel nacional. De hecho, el propio informe de los expertos del Ministerio propone a éste la elaboración y publicación de tales criterios.

El informe establece como principios básicos para la toma de decisiones los de “equidad, no discriminación, solidaridad, justicia, proporcionalidad y transparencia, entre otros”³⁷. Prohíbe toda forma de discriminación por motivos ajenos a la situación clínica del paciente y a sus expectativas objetivas de supervivencia, considerando especialmente los supuestos de discriminación por razón

30 CBE, *Informe*, cit. 7.

31 *Ibid.*, 5.

32 *Ibid.*, 2-3.

33 *Recomendaciones del CEAS para la toma de decisiones en UCI durante la pandemia del covid-19* del Hospital Universitario La Paz.

34 CBE, *Informe*, cit., 8.

35 *Ibid.*, 9.

36 *Recomendación del Defensor del Pueblo*, referenciada en CERMI, «Argumentario de urgencia para las organizaciones del movimiento CERMI sobre atención sanitaria adecuada sin discriminaciones por razón de discapacidad en la crisis de la pandemia del coronavirus». La cursiva es nuestra.

37 *Informe del Ministerio de Sanidad sobre los aspectos éticos en situaciones de pandemia: El SARS-CoV-2*. < https://www.msbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/documentos/200403-INFORME_PANDEMIA-FINAL-MAQUETADO.pdf > [Consulta: 15/07/2020].

de edad y discapacidad en el apartado “Decisiones sobre cuidados intensivos en pacientes vulnerables”. Junto al máximo beneficio en recuperación de vidas, se hace referencia a la gravedad del paciente, a sus expectativas de recuperación y al orden de entrada en contacto con el sistema de salud³⁸.

No se establecen criterios más concretos de priorización, pero se subraya la competencia del Ministerio de Sanidad para determinarlos: “En nuestro caso, en este estado de alarma corresponde, con plena legitimidad democrática, al Gobierno de la Nación, a través del Ministerio de Sanidad, asumir la responsabilidad política de adoptar criterios, recomendaciones y decisiones, según sea oportuno, unificadoras, constructivas y, en su caso, tranquilizadoras, dirigidas a los profesionales sanitarios y no sanitarios afectados, a los pacientes y, en suma, a toda la sociedad”³⁹.

Tales criterios nunca fueron adoptados por el Ministerio de Sanidad. En el ámbito de la Comunidad de Madrid han sido objeto de enorme polémica los protocolos de derivación hospitalaria desde residencias y, en menor medida, de derivación desde atención primaria a los hospitales de la Comunidad.

El protocolo de derivación de pacientes desde atención primaria incluía, en su primera versión de 23 de marzo, la recomendación de no derivación hospitalaria de mayores de 80 años, personas entre 80 y 70 con comorbilidad y personas con demencia moderada-grave. La Asociación madrileña de bioética (ABIMAD), que tuvo conocimiento del texto, solicitó que se eliminaran tales referencias, y el protocolo fue modificado con fecha de 10 de abril⁴⁰, asumiendo las recomendaciones realizadas por ABIMAD.

El protocolo de derivación hospitalaria de pacientes desde residencias de ancianos ha merecido una atención mediática incomparable al resto de los protocolos que analizamos.

³⁸ *Ibid.*, 3.

³⁹ Ministerio de Sanidad y Consumo, *op. cit.*, 5. Subrayado nuestro.

⁴⁰ <<https://www.lavanguardia.com/local/madrid/20200410/48406330137/madrid-eliminara-requisito-edad-decidir-traslados-hospitalarios.html>> [Consulta: 15/07/2020].

<<https://okdiario.com/espana/madrid-elimina-criterio-que-desaconsejaba-ingresar-hospital-enfermos-terminales-mas-80-anos-5440829>> [Consulta: 15/07/2020].

El propósito del documento era determinar qué pacientes se beneficiarían de la derivación hospitalaria, por “mejorar el pronóstico de supervivencia y calidad de vida a corto y largo plazo”. Según las versiones del protocolo reproducidas por la prensa⁴¹, se indicaba la no derivación hospitalaria para pacientes con infección respiratoria en función de su dependencia (Barthel mayor de 60, deterioro cognitivo moderado-grave), o comorbilidad.

Lo cierto es que la Comunidad de Madrid no debería haber asumido una responsabilidad política que, como el propio grupo de expertos del Ministerio Sanidad ha señalado (y, con anterioridad, el CBE y el Defensor del Pueblo), correspondía, durante el estado de alarma, al gobierno de la nación a través del propio Ministerio. Parece obvio que la adopción de la perspectiva utilitarista merece mayor reprobación en el caso de sea adoptada por una autoridad pública que en el de una sociedad científica o un comité de ética asistencial, máxime cuando se trata de criterios de ingreso hospitalario, y no de ingreso en UCI, con todas las implicaciones que esto supone respecto a la situación en la que quedan los pacientes no derivados. Pero los criterios que tanta polémica han generado no eran tan excepcionales ni la inspiración del documento estaba efectivamente alejada del utilitarismo que ha impregnado los documentos que venimos analizando.

Es a este punto al que querría dirigir la atención, a la percepción socialmente dominante sobre el valor de la vida humana vulnerable y a cómo debe ser abordado su cuidado dentro del contexto jurídico-político en el que vivimos.

4. Valores socialmente dominantes, modelos de bioética y criterios de triaje ¿tiene la Constitución algo que decir?

4.1. Escalas de valores, modelos bioéticos y filosofías para la asignación de recursos

Como han señalado De Montalvo y Bellver, el utilitarismo es la “teoría vehicular” de las Recomendaciones

⁴¹ <https://www.elespanol.com/espana/madrid/20200325/polemico-documento-madrid-ancianos-discapacidad-no-derivaran/477453553_0.html> [Consulta: 15/07/2020].

ciones del SEMICYUC⁴². Esta afirmación bien puede, a mi juicio, hacerse extensiva a la práctica totalidad de los documentos de los centros hospitalarios que, en aquellos días, tuvieron que establecer por sí mismos los criterios necesarios para gestionar la crisis sanitaria.

Se trata de una percepción que podría sorprendernos solo en parte. Las sociedades científicas, los centros asistenciales, los hombres y las mujeres que tomamos decisiones cotidianamente vivimos en el seno de estructuras axiológicas que determinan nuestra preferencia hacia unos valores y la consiguiente postergación de otros, y este orden de preferencia y postergación explica en buena medida el sentido de nuestras elecciones⁴³.

La preferencia fáctica y colectiva del valor de lo útil por encima de otros valores está en la base del utilitarismo académico y de las formas en las que se encarna en la cultura popular.

Tendemos a pensar que la axiología dominante en nuestra época es el relativismo ético. Sin embargo, creo que no le falta razón a Andrés Ollero⁴⁴, cuando nos recuerda la práctica imposibilidad de ser un relativista serio y desenmascara el papel que la apelación al relativismo ético juega en nuestras sociedades: ocultar, para empezar a nosotros mismos, la concepción valorativa realmente dominante: el utilitarismo.

El utilitarismo crece, sin duda, en sociedades como la nuestra, pero también continúa encontrando resistencias. Quizá esta crisis sanitaria se ha convertido en el catalizador de una reacción necesaria, a mi juicio, frente a un creciente utilitarismo social, por otra parte, más cercano al mundo anglosajón que a nuestra propia herencia filosófica y cultural.

Esta polémica que acabamos de analizar entre la ética utilitarista, vehiculizada en los documentos ana-

lizados sobre priorización de recursos, y la ética de la equidad preconizada por sus críticos es también, en cierto modo, el reflejo de la disgregación axiológica de nuestras sociedades.

En la bioética académica contemporánea se reproducen parecidos esquemas. Conviven distintos modelos que, en última instancia, se singularizan por una posición última frente al dilema de qué valores son realmente esenciales⁴⁵.

Recientemente, Palazzani ha reflexionado sobre la vinculación entre los modelos de bioética y las diferentes concepciones sobre lo que es una asignación justa de recursos sanitarios en tiempos de escasez⁴⁶. Cada modelo de bioética inspira una filosofía de la asignación de recursos que pivota sobre la base del valor que funciona como pilar de cada una de las teorías⁴⁷. Todos estamos de acuerdo en que la asignación de recursos escasos ha de ser, como establecía el documento de SEMICYUC, justa. Ahora bien, cada teoría emplea una concepción diversa de lo que exige la justicia y de cómo ha de interpretarse esta.

Una bioética libertaria, por ejemplo, pretenderá proteger por encima de todo la autodeterminación individual en la toma de decisiones. "Dar a cada uno lo suyo" adquiere el significado de atribuir a cada individuo recursos sanitarios de acuerdo con su voluntad, sus méritos, su capacidad, la contribución que represente para la sociedad⁴⁸... No se considera la existencia de un derecho a la asistencia sanitaria, sino que cada cual se procurará la suya de acuerdo con su poder adquisitivo en un contexto en el que el Estado no asume ninguna responsabilidad en la salvaguarda de la salud de los ciudadanos.

Una bioética utilitarista derivará hacia una filosofía de priorización de criterios que maximice la utilidad social.

42 De Montalvo, F., Bellver, V., «La Bioética en los tiempos del coronavirus: una reflexión acerca de algunos dilemas éticos-legales de la pandemia a partir del Informe del Comité de Bioética de España», en Atienza, E., Rodríguez Ayuso, J.S., *Las respuestas del Derecho a las crisis de salud pública*, Dykinson, Madrid, 249.

43 Scheler, M., *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik, Gesammelte Werke*, Francke-Verlag, Bern / Bouvier-Verlag, München (desde 1986, Bonn). Ed., María Scheler (1971-1986) Manfred Frings (1986-1997), II, 2000, 259 y ss.

44 Ollero, A., "Relativismo y dopaje ético", *La política al servicio del bien común*, XI Congreso Católicos y vida pública, CEU ediciones, Madrid, 2010, 196.

45 Xafis, V., G. Owen Schaefer, Markus K. Labude, Yujia Zhu, and Li Yan Hsu, «The Perfect Moral Storm: Diverse Ethical Considerations in the COVID-19 Pandemic», *Asian Bioeth Rev.* 2020 May 1-19; Ballantyne, A., «ICU triage: how many lives or whose lives?» *Journal of Medical Ethics Blog*, 7 April 2020; Sharma, Manas, Simon Scarr and Kate Kelland. «Coronavirus and the risks of "speed science", *World Economic Forum*, 24 March 2020. <<https://www.weforum.org/agenda/2020/03/speed-science-coronavirus-covid19-research-academic>>[Consulta. 15/7/2020].

46 Palazzani, L., «La pandemia e il dilemma per l'etica quando le risorse sono limitate: Chi curare?», *Biolaw Journal*, Rivista di Bio-diritto, 15, 2020.

47 *Ibid.*, 360.

48 *Ibid.*

Será justo aquel reparto que nos depare, en términos generales, mayor número de años de vida con calidad salvados. De este modelo se sigue una concepción “débil” del derecho a la protección de la salud, de la que bien pueden quedar excluidas aquellas personas pertenecientes a colectivos en situación de fragilidad que están en condiciones de proporcionar a la sociedad el rendimiento perseguido por las políticas de asignación de recursos.

Tanto la bioética personalista⁴⁹ como el Principialismo inspirado en la teoría de la justicia de Rawls comparten, según Palazzani, una misma defensa del principio de igualdad y equidad en la asignación de recursos. La posición del personalismo, para el que todo dilema bioético ha de examinarse a la luz del bien de la persona en el caso concreto, es meridianamente clara, a mi juicio.

Pero también el “decent minimum” propugnado por Beauchamps y Childress incluiría un derecho a la asistencia sanitaria que no puede ser ignorado por razones de emergencia sanitaria. El único criterio válido que precorizan estos modelos de bioética sería el de la valoración médica objetiva de cada paciente, la toma en consideración de su gravedad y de la eficacia del tratamiento (y de la evitación de tratamientos fútiles). “Cualquier desviación de la lógica de la igualdad y de la equidad (como justicia del caso concreto) introduce elementos arbitrarios de discriminación”.

La entrada en juego del criterio de la edad, o de la calidad de la vida futura, el valor social, la independencia o la ausencia de discapacidad, o cualquier otro, como la etnia o la nacionalidad, serían, de acuerdo con este modelo, criterios inaceptables por tratarse de juicios para-médicos que establecen arbitrariamente un factor de desigualdad entre los seres humanos⁵⁰.

4.2. Lo que la Constitución tiene que decir al respecto

Así las cosas, se impone la pregunta, ¿cómo podemos discernir cuál de estas formas de entender la

asignación de recursos sanitarios debe adoptarse en el sistema sanitario español?, ¿tiene la Constitución algo que decir al respecto?

Resulta evidente que sí. No solo porque estemos hablando de recursos públicos, sino también porque estamos hablando, como enseguida veremos, de auténticos derechos constitucionales. Lo que la Constitución tiene que decir sobre este asunto puede resumirse, a mi juicio, en dos cuestiones:

- a) Cualquier criterio de asignación de recursos habrá de ser respetuoso con los principios, valores y derechos reconocidos y garantizados constitucionalmente. La filosofía que rija la asignación habrá de estar alineada con el contenido axiológico material de nuestro texto constitucional.
- b) Cualquier actuación que implique una limitación en el ejercicio de un derecho constitucionalmente reconocido habrá de realizarse de acuerdo con la regulación que de tal limitación haya establecido previamente la autoridad competente, y en ningún caso una sociedad científica o un comité de ética asistencial.

Cualquiera que sea la filosofía de la priorización en la asistencia sanitaria que se adopte, esta debe ser coherente con las exigencias de nuestro modelo constitucional. Como antes señalamos, no vivimos en un espacio jurídico-político axiológicamente neutro, sino que hemos organizado nuestra convivencia dentro del respeto a una concepción de la persona y de la política que no solo no está vacía de contenido (aun consistiendo desarrollos y concreciones de ideología diversa) sino que es jurídicamente vinculante⁵¹.

Esa concepción latente en nuestro texto constitucional es el personalismo⁵². La dignidad de la persona,

51 La bibliografía sobre esta cuestión es inagotable. Vid., Peces-Barba, G., *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984; Rodríguez Paniagua, JM., *Moralidad, Derechos, Valores*, Civitas, Madrid, 2003; Albert Márquez, M., *Derecho y Valor. Una filosofía jurídica fenomenológica*, Encuentro, Madrid, 2004.

52 Vid., entre otros, Lucas Verdú, P., *Estimativa y política constitucional*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 123; Parejo, L., *Constitución y valores del ordenamiento*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, 126. Oehling de los Reyes, A., El concepto constitucional de dignidad de la persona: Forma de comprensión y modelos predominantes de recepción en la Europa continental. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 91, 2011, 138.

49 Cfr. Sgreccia, E., Spagnolo, A.G. (a cura di), *Etica e distribuzione delle risorse sanitarie*, Vita e Pensiero, Milano, 1996.

50 Palazzani, L., *op. cit.*, 367.

como afirma el artículo 10 de la Constitución, constituye el fundamento del orden político. La primacía de la dignidad personal irradia desde el artículo 10 la interpretación de los derechos fundamentales y, en realidad, de todo el texto constitucional. Y desde ahí, proporciona también una orientación que es válida para la toma de decisiones en el ámbito bioético⁵³.

El carácter fundamente de la dignidad personal impide la adopción de políticas públicas que la vulneren, fundadas sobre filosofías que, como el utilitarismo, ponen el bien personal al servicio del bien del “mayor número”.

Lorenzo D’Avack, ha escrito, en relación con el documento de SEMICYUC, que representa un modelo que no está en línea con la Constitución italiana, en virtud de la cual, incluso en situaciones extraordinarias, todos los individuos son iguales en valor y todos son titulares de un derecho incontestable a la salud⁵⁴.

Semejante juicio cabría realizar acerca de la alineación del documento con la propia Constitución española, que comparte con la italiana una misma inspiración personalista. No es coherente con ella que, ni siquiera en un contexto de emergencia sanitaria, caigamos “en el error de primar casi exclusivamente el interés colectivo en detrimento de la dignidad y derechos del individuo”⁵⁵.

La asignación de recursos inspirada en criterios utilitaristas es sencillamente incompatible con el respeto, constitucionalmente exigido, a la dignidad humana. Como ha explicado el CBE, haciendo referencia a su informe anterior sobre el medicamento PrEP, “el enfoque utilitarista cae en la falacia de la ausencia de separabilidad moral de las personas, es decir, asume que el valor de las personas es intercambiable: la salud que unos ganan compensa la que otros pierden siempre que el resultado sea una suma positiva”⁵⁶.

53 Lo mismo afirma respecto a la Constitución italiana el Comitato Nazionale per la Bioetica, en su informe *Covid-19: La decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del “triage in emergenza pandemica”*.

54 D’Avack, L., «Covid-19: Criteri etici», *Biolaw Journal, Rivista di Biodiritto*, 15, 2020, 34.

55 CBE, *Informe*, cit., 3.

56 *Ibid.*, 7. Laura Palazzani escribe, a este propósito: “si tratta di criteri che negano il significato autentico di giustizia, che rico-

Esta objeción de principio la expresa perfectamente el CERMI en su argumentario jurídico sobre derecho a la atención sanitaria sin discriminación, cuando afirma lo siguiente: “España es un Estado comprometido con los Derechos Humanos no se puede consentir dar un mensaje de que las personas con discapacidad son descartables, son objetos y no sujetos de derechos. No se puede, sacrificar a nadie por una presunta eficiencia de la vida”⁵⁷. De ahí que “no podrán seguirse criterios clínicos o asistenciales que adolezcan de sesgos por razón de discapacidad o de edad y que supongan un trato desigual desfavorable por esos motivos”⁵⁸.

El sustento jurídico para estas afirmaciones es la Constitución española⁵⁹: artículo 10 (la dignidad de la persona como fundamento del orden político y de la paz social); el artículo 9.2 (los poderes públicos están comprometidos activamente con la libertad y la igualdad real de los ciudadanos y el disfrute efectivo de sus derechos); artículo 14 (igualdad e interdicción de la discriminación); artículo 43 (protección de la salud).

Por todo ello, los autores que defienden la utilidad como valor fundamental de la política sanitaria reconocen la necesidad de un cambio de paradigma, que implicaría dejar de poner el foco en el individuo para ponerlo en la sociedad. “En el futuro, me temo, será necesario replantearnos todas esas creencias colectivas, que se han demostrado claramente disfuncionales en situaciones extraordinarias”⁶⁰. De Miguel propone, en este sentido, la revisión de los principios de Helsinki y de la Convención de Oviedo si bien, a mi juicio, ese “replanteamiento de creencias colectivas” afecta

nosce la dignità di ogni uomo in quanto uomo senza distinzioni estrinseche tra vite con dignità o senza dignità, tra vite con più o meno dignità, in base a condizioni di vita di qualità, numero di anni da vivere, produttività”, *op.cit.*

57 CERMI., *Argumentario de urgencia para las organizaciones del movimiento CERMI sobre atención sanitaria adecuada sin discriminaciones por razón de discapacidad en la crisis de la pandemia del coronavirus*, 3.

58 *Ibid.*, 4.

59 también la ley 33/2011, General de Salud Pública, que establece en su artículo 3.2 el principio de equidad en las políticas de salud pública, y la Convención de derechos de las personas con discapacidad, ratificada por España en 2008.

60 De Miguel, I., «Triage en tiempos de pandemia: un análisis a partir de las limitaciones del marco jurídico español», en Atienza, E., Rodríguez, JF., *Las respuestas del Derecho a las crisis de Salud Pública*, *op.cit.*, 239.

al propio orden constitucional y a la idea misma de Estado de derecho. Como han escrito De Montalvo y Bellver, en una comunidad basada en el imperio de la ley, los derechos individuales no pueden “quedar meramente subordinados al objetivo de una agregación orientada a la maximización de los beneficios colectivos”⁶¹.

Por otra parte, los derechos que la Constitución reconoce y garantiza deben ser regulados y, en su caso, limitados, de acuerdo con lo que establece la propia Constitución.

El artículo 43 de nuestra Constitución reconoce el derecho de todos los españoles a la protección de su salud. Como señala Ana M^a Marcos, este derecho comprende el derecho a la asistencia sanitaria⁶². La cuestión que se plantea es si existe una efectiva obligación del Estado en relación con su garantía efectiva o si se trata, en cambio, de un principio programático.

El artículo 43 se sitúa, efectivamente, dentro de lo que la Constitución denomina los “principios rectores de la política social y económica”, en el capítulo tercero del Título I (De los derechos y deberes fundamentales).

Sin embargo, resulta obvio que la obligación del Estado de tutelar este derecho es mucho más intensa que en otros principios rectores⁶³. Dicha tutela se relaciona directamente con el estado psicofísico de los ciudadanos, y, en realidad, con su propia vida. Así se ha puesto de manifiesto expresamente, para el caso de esta pandemia, por el CERMI, para quien las tentativas de imponer una visión utilitarista de la asistencia sanitaria, “materializadas en documentos y protocolos promovidos por Sociedades Científicas, no ponen en riesgo el derecho a la salud de las personas con discapacidad, sino su propio derecho a la vida, castigando “a quien se considera “diferente” y por tanto de menor valor, cuya salud o cuya vida es sacrificable por entenderse como menos prioritaria”⁶⁴.

61 De Montalvo, F., Bellver, V., *op. cit.*, 251.

62 Marcos del Cano, A.M., “El derecho a la protección de la salud: Delimitación y alcance en el contexto actual”, en Marcos del Cano, A.M., (dir.) *El derecho a una asistencia sanitaria para todos: una visión integral*, Dykinson, Madrid, 2017, 28.

63 *Ibid.*, 42.

64 CERMI, *El impacto de la pandemia del coronavirus en los derechos humanos de las personas con discapacidad en España, Informe de urgencia del CERMI Estatal* (Borrador de fecha 23.05.2020), 10.

Esta conexión directa con el derecho a la vida y con otros derechos fundamentales como la integridad física, la intimidad o la libertad ideológica y religiosa⁶⁵ hacen de este principio un “principio rector subjetivizado”⁶⁶.

A juicio de Talavera, y en virtud de lo establecido en el artículo 53 de la propia Constitución, estaríamos ante un auténtico derecho, “reconocido, garantizado y desarrollado en la legislación sanitaria vigente”⁶⁷, constituyendo la atención sanitaria un bien esencial para la sociedad, por lo que debe contar con la cobertura jurídica indispensable que la garantice como derecho y asegure su prestación universal”⁶⁸.

Siendo el derecho a la protección de la salud un auténtico derecho, su ejercicio tendrá que regularse por ley y en ningún caso puede venir alterado por lo que indique un protocolo médico, que carece completamente de valor jurídico alguno⁶⁹. Cuando hay derechos en juego, la decisión no puede ser científica, ha de ser siempre jurídico-política⁷⁰ y solo puede recaer en la autoridad pública, la única facultada constitucionalmente para limitar y suspender derechos”⁷¹.

La libre actuación médica, garantizada también constitucionalmente (artículo 35) no se entiende cons-

65 De Montalvo F., Bellver, V., *op. cit.*, 247.

66 Del Rey Guanter, S., «El derecho a la protección de la salud: notas sobre su entramado constitucional», *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 6, 1998.

67 Talavera, P., «El actual paradigma subjetivista de la salud y sus repercusiones en su configuración como derecho humano y su cobertura universal», en Santos, J.A., Albert, M., Hermida, C., *Bioética y nuevos derechos*, Comares, Granada, 2015, 120.

68 *Ibid.*

69 Cuestión distinta es el valor que puedan darle los tribunales en tanto indicio de que la conducta llevada a cabo por el médico sea conforme a *lex artis*, siendo conforme al protocolo. Pero eso no significa que el protocolo sea un documento capaz de generar derechos y obligaciones en las partes y mucho menos legitimado para obstaculizar o limitar el ejercicio de derechos constitucionalmente reconocidos.

70 De Montalvo, F., Bellver, V., *op. cit.*, 256.

71 CBE, *Informe, cit.*, 5. El propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado en el caso *Gross v. Suiza*, que la regulación del ejercicio de los derechos subjetivos compete al poder legislativo, y no puede dejarse en manos de sociedades científicas, ni siquiera cuando establecen una regulación adecuada de lo que es *lex artis*. La sentencia fue posteriormente anulada, pero sigue teniendo vigencia la doctrina sobre la regulación de los derechos constitucionales, vid., Albert, M., «Derecho a morir y abuso del derecho. La inadmisibilidad del caso *Gross v. Suiza* Comentario a la Sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de septiembre de 2014», *Medicina e Morale*, 2014, 6, 1027-1045.

treñida por esta sujeción constitucional. Es una libertad que se ejerce dentro del contorno de protección que otorga a los ciudadanos el artículo 43 y los derechos fundamentales que les corresponden⁷². La existencia de derechos constitucionalmente reconocidos se convierte en el marco dentro del cual se lleva a cabo el ejercicio de las profesiones sanitarias⁷³.

Por otra parte, cualquier limitación de derechos que aspire a ser legítima habrá de respetar, en todo caso, el contenido esencial de los mismos. Muchos pacientes durante esta crisis sanitaria no han podido acceder a tratamientos a los que hubieran sido candidatos en condiciones normales, pero eso no significa necesariamente que no hayan recibido atención médica, la han recibido sin la adecuada intensidad terapéutica, pero no han sufrido abandono. Conviene reconocer la imposibilidad de tratar a todos los pacientes adecuadamente, y no apelar a la futilidad de los tratamientos cuando en condiciones normales sí se indicarían o no se retirarían. Como afirma Lora, esto constituye un acto contrario a la deontología que pone en riesgo la confianza que debe presidir la relación médico-paciente⁷⁴. Un tratamiento no deviene fútil para un paciente porque otro lo vaya a aprovechar mejor, si continúa siendo adecuado y proporcionado para el primero⁷⁵.

72 De Montalvo, F., Bellver, V., *op. cit.*, 258. En la misma línea, Vid., Constanza, C., Zagrebelsky, V., «L'accesso alle cure intensive fra emergenza virale e legittimità delle decisioni allocative», *Biolaw Journal Rivista di Biodiritto*, 15, 2020, 443; Bussatta, L., *La salute sostenibile. La complessa determinazione del diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie*, Torino, 2018.

73 Así, por ejemplo, los protocolos de asistencia sanitaria a personas que rehúsan el tratamiento con hemoderivados parte de un principio fundamental: el derecho a la renuncia a tratamiento. Sobre la base de este derecho se articula el procedimiento normalizado de atención sanitaria, pero ningún protocolo podría obligar a una persona a recibir el tratamiento contra su voluntad en nombre de una mayor eficiencia del sistema o de cualquier otro valor asumido por los profesionales sanitarios que le atiendan. La existencia de un derecho genera un deber de respeto en el profesional y garantías de cumplimiento en las administraciones públicas. Vid., Gómez Martín, E., Simón Lorda, «Recomendaciones para la elaboración de protocolos de atención sanitaria a personas que rechazan la terapia con sangre o hemoderivados», Junta de Andalucía, 2011, 20.

74 Lora del Toro, P., *op. cit.*

75 De ahí que no podamos estar de acuerdo con De Miguel cuando defiende tanto la reserva como la reasignación de recursos sanitarios. El juicio sobre la futilidad tiene que ver con la eficacia del tratamiento para cada paciente, no en comparación con otros. Desde mi punto de vista, debe mantenerse la consideración de homicidio de la retirada de tratamientos médicos no fútiles para el paciente al que se le pretenden retirar, aunque haya otros pacientes que pudieran obtener un rendimiento más significativo (un mayor

Situación distinta es la de los pacientes que hayan podido quedar en situación de relativo abandono. Aquellos pacientes sin indicación de derivación hospitalaria, que han permanecido en sus domicilios o en las residencias en las que vivían, ¿han recibido realmente la atención sanitaria de la que eran acreedores?

Que nadie puede ser obligado a lo imposible es un principio general del derecho que aplica, a mi juicio, en situaciones de colapso hospitalario, y que justifica la exención de responsabilidad en aquellos casos de inaevaluación de la intensidad terapéutica debida a fuerza mayor. Pero no justifica en ningún caso el abandono de los pacientes, puesto que la atención sanitaria, aún cuando no sea adecuada en su intensidad, es esencial al contenido del derecho a la protección de la salud.

5. La protección de la salud de las personas vulnerables: otra asignación de recursos es posible (una constitucional)

Un mundo de seres invulnerables no requeriría de ningún tipo de asistencia o cuidado, ni siquiera de la atención sanitaria. De hecho, cuando en castellano decimos de alguien que es vulnerable, queremos expresar que puede ser herido, tanto física como moralmente. Erradicada la vulnerabilidad, no habría herida posible, ni necesidad de cura y cuidado.

La vulnerabilidad es condición de la naturaleza humana⁷⁶. Es un error considerar como un gesto altruista adoptar la perspectiva del frágil. Todos somos vulnerables, es cuestión de grado y del momento vital que

AVAC, por ejemplo) del empleo de ese mismo recurso.

76 Otros autores, como Loureiro, emplean el término "fragilidad" como algo diverso de "vulnerabilidad" para hacer referencia a esa característica común a todos los seres humanos, que, además, pueden ser más o menos vulnerables en función de su edad, de alguna patología que padezcan o de las circunstancias en las que viva. Vid. Loureiro, J.C., «El derecho a la protección de la salud y vulnerabilidad: Una contribución portuguesa», en Marcos del Cano, A.M., (dir.) *El derecho a una asistencia sanitaria para todos: una visión integral*, Dykinson, Madrid, 2017, 175-206, 178. En este texto usaremos los términos "vulnerabilidad" y "fragilidad" como equivalentes, aun conscientes de las diferencias con que pueden ser empleados en diversos contextos.

atraseamos⁷⁷. MacIntyre lo expresó con claridad hace ya años⁷⁸.

Alfredo Marcos destila del mito de Aquiles⁷⁹ la clave para abordar el hecho innegable de que somos seres frágiles. Es doble: en primer lugar, es preciso reconocer nuestra propia vulnerabilidad; en segundo, intentar mitigarla, siendo conscientes de la imposibilidad de eliminarla totalmente⁸⁰.

La medicina, como el derecho, pueden ser entendidos como intentos de mitigación de nuestra vulnerabilidad⁸¹. Como la praxis jurídica, la atención sanitaria encuentra en nuestra condición vulnerable su razón de ser, pero también su dimensión normativa. Por ello debemos preguntarnos: ¿Qué exige la vulnerabilidad? ¿cómo sería una respuesta que, siendo consciente de ella, trate de mitigarla?

En el problema que nos ocupa, *la vulnerabilidad se asume y se mitiga adoptando la equidad como principio rector de la asignación de recursos sanitarios*.

Esto no implica la exclusión de otros principios relevantes en la asignación de recursos, incluido el de eficacia (al que hace referencia expresa nuestra propia Ley General de Salud pública). De hecho, el propio CBE aboga por la adopción de un sistema mixto que combine utilidad con equidad⁸². Es traído a colación el conocido

artículo de Emanuele, en el que se defiende que “una asignación justa de recursos requiere un marco ético pluriaxiológico, que pueda ser adaptado a circunstancias concretas”⁸³.

Sin embargo, es cierto que equidad y utilidad no son valores que convivan fácilmente, ni que puedan adoptarse simultáneamente como principios rectores de una política de asignación de recursos sanitarios.

Desde mi punto de vista, ese marco ético pluriaxiológico al que Emanuel y sus colegas se refieren exige una relación axiológica interna, o, si se prefiere, exige tener en todo caso presente la perspectiva de la equidad como factor transversal en la toma de decisiones clínicas.

Esto se debe a que nuestro marco constitucional es también un marco ético donde hay un valor que posee un carácter fundante: la dignidad de la persona y el respeto a sus derechos, en particular, la interdicción de cualquier tipo de discriminación basada en condición personal distinta de la puramente médica⁸⁴, que es la única que autoriza una diferencia de trato razonable y, por tanto, no discriminatoria⁸⁵.

Una filosofía de la asignación de los recursos sanitarios escasos respetuosa con este marco axiológico constitucional no solo es posible, sino que es la que recomiendan unánimemente las instituciones más relevantes dentro de la bioética internacional y comparada.

La propia AEBI, con fecha de 22 de marzo, aconsejaba ya emplear los recursos limitados “en función de la gravedad de los pacientes, su pronóstico y evolución. Siempre considerando su estado de salud y la evidencia médica. Todo ello bajo un juicio prudencial que discierna lo más adecuado para cada paciente, evitando el

77 Autores como Levinas han hecho de nuestra condición vulnerable la cifra del sentido de nuestra existencia. Somos básicamente una vulnerabilidad respondiendo a otra. Lo que nos interpela del “rostro” del otro es una desnudez, su propia fragilidad “El Rostro no es en modo alguno una forma plástica, como la de un retrato; la relación con el Rostro es a la vez relación con lo absolutamente débil, con lo que está a la intemperie, desnudo y desprovisto, es la relación con la carencia total y, consiguientemente, con lo que está solo y puede padecer el supremo abandono que llamamos muerte. Fernet, R., Gómez, R., «Filosofía, Justicia y Amor, Entrevista con Emmanuel Levinas», *Concordia*, 1982, 62.

78 MacIntyre, A., *Animales racionales y dependientes*, Paidós, Barcelona, 2001.

79 Tetis no pudo sumergir por completo a su hijo Aquiles en las aguas del río Estigia, lo que le habría convertido en un ser efectivamente invulnerable. Si no le hubiera sostenido por su tobillo, el bebé habría muerto ahogado. La vulnerabilidad es el precio que pagamos por estar vivos.

80 Marcos, A., «Neuroética y vulnerabilidad humana en perspectiva filosófica», *Cuadernos de Bioética*, 2015, 3, 409.

81 Como señala Hart, si fuéramos invulnerables, el precepto jurídico por excelencia “no matarás”, dejaría de tener sentido y con ello cambiaría por completo la fisonomía del derecho. Vid., Hart H.L., *El concepto del Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, 241.

82 En esta línea, la propuesta de “equidad eficiente” de en las *Consideraciones* del Departamento de Bioética clínica del Hospital Infanta Elena, *cit*.

83 Emanuel, E., y otros, «Fair Allocation of scarce medical resources in time of covid-19», *The New England Journal of Medicine*, may 2020, 2051. Los autores se refieren expresamente a los valores propios de los tres grandes modelos bioéticos antes mencionados, individualismo, utilitarismo y personalismo.

84 Entendemos el criterio clínico tal como lo ha definido el comité de bioética italiano: “la valoración médica de la eficacia del tratamiento respecto a la *necesidad* clínica de cada paciente individualmente considerado, con referencia a la gravedad de la patología y a la posibilidad de curación”. Téngase en cuenta que el criterio clínico puede considerarse bajo ópticas diversas, de acuerdo con lo que se estime oportuno valorar en cada caso (necesidad, pronóstico, mayor número de años de vida con calidad salvados...).

85 Según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, *vid.*, por todas, STC 128/1987, Fundamento jurídico 5º.

abandono, la futilidad terapéutica, y cualquier forma de discriminación por razón de discapacidad. Consideramos también que no se ha de utilizar de forma aislada o principal el criterio de la edad a la hora del acceso de los pacientes a los recursos disponibles.”⁸⁶

En el panorama internacional, el Comité Internacional de Bioética de la UNESCO ha sido contundente al afirmar que: “en el caso de la selección de pacientes cuando hay escasez de recursos debe primar la necesidad clínica y la efectividad del tratamiento. Los procedimientos deben ser transparentes y respetuosos con la dignidad humana. Los principios éticos consagrados en el marco de los derechos humanos reconocen la protección de la salud como un derecho de cada ser humano”. Esos mismos principios nos conminan a “reafirmar nuestra responsabilidad colectiva” respecto a las personas vulnerables y evitar cualquier estigmatización sobre ellas”⁸⁷.

En el ámbito europeo, probablemente haya sido la Sociedad Belga de Medicina Intensiva la que haya descartado de forma más explícita cualquier conato de utilitarismo al establecer como criterio básico el de urgencia de la atención médica, y, en caso de urgencia comparable, el principio “first come first served”, y el criterio “random” son los más útiles y equitativos”⁸⁸.

El principio de equidad y la perspectiva de la vulnerabilidad están también muy presentes en las recomendaciones del comité nacional de bioética francés, que “recomienda fuertemente a los poderes públicos la integración de la cuestión de las desigualdades sociales a la hora de afrontar los riesgos derivados de la evolu-

ción de la pandemia”⁸⁹. Subrayando, por lo demás, que cualquier medida habrá de adoptarse bajo el principio de que la dignidad humana no puede ponerse al servicio de la utilidad social.

El *Nuffield Council on Bioethics*, en su texto *Ethical considerations in responding to the COVID-19 pandemic* (2020), recuerda la necesidad de adoptar un criterio imparcial en la toma de decisiones que reconozca el igual valor moral de cada persona (*equal moral worth*).

El *Ethikrat* alemán, por su parte, insiste en la interdicción de la discriminación basada en el estatus social, el origen, la edad o la discapacidad⁹⁰. En la misma línea, el Comité Italiano de Bioética, en su informe “*Covid 19. La decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del “triage in emergenza pandemica”*”, reconoce sólo el criterio clínico como referencia adecuada, considerando cualquier otro criterio de selección, como por ejemplo la edad, el sexo, la condición y papel social, la pertenencia étnica, la discapacidad, la responsabilidad respecto a comportamientos que hayan inducido la patología o los costes, éticamente inaceptables”⁹¹.

El Comité de Bioética de San Marino⁹² se había pronunciado antes en términos similares, recordando que el único parámetro válido para la toma de decisiones es el respeto de toda vida humana, y la adopción de criterios de adecuación médica y proporcionalidad de los tratamientos.

89 *Covid-19. Contribution du Comité Consultatif National D’Ethique: Enjeux éthiques face à une pandémie*, 7. <<https://www.cne-ethique.fr>>[Consulta. 15/7/2020].

90 *Ethikrat, Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise*, 27 de marzo 2020, <https://www.ethikrat.org/publikationen/publikationsdetail/?tx_wwt3shop_detail%5Bproduct%5D=135&tx_wwt3shop_detail%5Baction%5D=index&tx_wwt3shop_detail%5Bcontoller%5D=Products&cHash=a37377aedcc6b8b131fce9a9146f9095>[Consulta. 15/7/2020].

91 <<http://bioetica.governo.it/italiano/documenti/pareri-erisposte/covid-19-la-decisione-clinica-in-condizioni-di-carenza-di-risorse-e-il-criterio-del-triage-in-emergenza-pandemica/>>[Consulta. 15/7/2020].

92 *Risposta alla richiesta di parere urgente su aspetti etici legati all’uso della ventilazione assistita in pazienti di ogni età con gravi disabilità in relazione alla pandemia di covid-19: “Ogni altro criterio di selezione, quale ad esempio l’età, il genere, l’appartenenza sociale o etnica, la disabilità, è eticamente inammissibile, in quanto attuerebbe una graduatoria tra vite solo in apparenza più o meno degne di essere vissute, costituendo una inaccettabile violazione dei diritti umani”*, 4. <<http://www.sanita.sm/on-line/home/bioetica/comitato-sammarinese-di-bioetica/pareri-csb.html>>[Consulta. 15/7/2020].

86 AEBI, «Consideraciones bioéticas ante el Covid-19», de 22 de marzo, <http://aebioetica.org/archivos/Consideraciones_2.pdf>[Consulta. 15/7/2020].

87 *Declaración sobre el Covid-19. Consideraciones éticas desde una perspectiva global*. Comité Internacional de Bioética de la UNESCO y Comisión Mundial de Ética del Conocimiento Científico y la Tecnología, 6 de abril de 2020, <<https://www.cibir.es/es/bioetica/documentacion/biblioteca/covid-19/declaracion-sobre-el-covid-19-consideraciones-eticas-desde-una-perspectiva-global>>[Consulta. 15/7/2020].

88 *Ethical principles concerning proportionality of critical care during the COVID-19 pandemic: advice by the Belgian Society of IC medicine* (18 de marzo 2020).

<<https://www.hartcentrumhasselt.be/professioneel/nieuws-professioneel/ethical-principles-concerning-proportionality-of-critical-care-during-the-covid-19-pandemic-advice-by-the-belgian-society-of-ic-medicine>>[Consulta. 15/7/2020].

El *Hastings Center*, en el documento *Ethical Framework for Health Care Institutions Responding to Novel Coronavirus SARS-CoV-2 Managing Uncertainty, Safeguarding Communities*, (17 marzo 2020)⁹³, establece un deber especial de protección de poblaciones vulnerables, en función de su edad o condiciones de salud previas, así como de colectivos que encuentran barreras en el acceso al sistema sanitario como los inmigrantes.

6. Conclusiones

1. Se ha afirmado que la pandemia nos ha sorprendido desprovistos de los recursos bioéticos necesarios⁹⁴ para abordarla adecuadamente. Cabría añadir que falta también la formación jurídica básica que nos brinde al menos los criterios constitucionales básicos de orientación de la toma de decisiones sobre asignación de recursos sanitarios.
2. También son necesarios líderes políticos dispuestos a asumir responsabilidades y adoptar criterios de asignación de recursos comunes a todo el territorio nacional y acordes al marco constitucional vigente. Estos criterios no pueden ser fijados por Sociedades Científicas u otras instituciones bioéticas involucradas en la atención sanitaria.
3. Ese marco constitucional nos impide abandonar la primacía de la dignidad de cada persona y de la perspectiva de los derechos subjetivos. La protección de la salud pública no puede hacerse a costa del sacrificio de los derechos constitucionalmente garantizados.
4. El derecho a la protección de la salud es un derecho constitucional y sus límites habrán de ser delineados de acuerdo con las previsiones constitucionales al respecto.
5. Las sugerencias de las Sociedades Científicas y la elaboración de los protocolos médicos habrán de realizarse desde la perspectiva del marco axiológico constitucional, que es incompatible con la prevalencia absoluta del criterio utilitarista para la asignación de

recursos sanitarios y que exige la adopción de un criterio de equidad, la consideración de cada paciente en su dignidad personal y la interdicción de cualquier tipo de discriminación en el acceso al derecho a la protección de la salud.

6. Ese derecho a la protección de la salud incluye, esencialmente, la atención sanitaria, la prohibición del abandono terapéutico, la no discriminación en el acceso a los recursos disponibles por motivos no clínicos y el acceso igual a tratamientos de la intensidad terapéutica posible y adecuada a la situación concreta del paciente.
7. La independencia en el ejercicio de la profesión médica no se ve amenazada por la exigencia de circunscribir ese ejercicio dentro de lo constitucionalmente aceptable. En este sentido, la protección de los derechos y el marco axiológico constitucional son presupuestos, no límites del ejercicio de las profesiones sanitarias en general y de la elaboración de protocolos de triaje en particular.
8. Es esencial al ejercicio del Derecho a protección del débil y el reequilibrio de las asimetrías que se producen en las relaciones sociales. Los juristas deben sentirse especialmente concernidos por la vigencia de la equidad en la asignación de recursos sanitarios. Se trata de una cuestión de derecho, y no de ciencia médica.
9. Esto no implica que la judicialización sea, en todo caso, la respuesta ideal a los conflictos suscitados. La mediación o negociación sanitaria pueden ofrecer salidas más adecuadas a la situación excepcional que hemos atravesado⁹⁵.
10. La discusión sobre la asignación de recursos sanitarios en situaciones de escasez no compete solo a juristas o a profesionales sanitarios. Debe ser una discusión abierta a la sociedad civil. La experiencia reciente nos muestra la relevancia del movimiento asociativo en la lucha por los derechos de los colectivos vulnerables (compárese la eficacia de la respuesta organizada del mundo de la discapacidad con las reacciones desde

93 <<https://www.thehastingscenter.org/ethicalframeworkcovid19/>>[Consulta. 15/7/2020].

94 De Montalvo, F., Bellver, V., *op. cit.*, 244.

95 De Lorenzo Aparici, O., «Ante los conflictos sanitarios que se avecinan», *El Español*, 11 de abril de 2020.

el colectivo de personas mayores) y nos insta a aunar esfuerzos y a participar activa y constructivamente en la reflexión colectiva sobre las formas más justas de distribuir los recursos sanitarios, especialmente cuando son escasos.

Referencias

- Albert Márquez, M., *Derecho y Valor. Una filosofía jurídica fenomenológica*, Encuentro, Madrid, 2004.
- «Derecho a morir y abuso del derecho. La inadmisibilidad del caso Gross v. Suiza Comentario a la Sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de septiembre de 2014», *Medicina e Morale*, 2014, 6, 1027-1045
- Ballantyne, A., «ICU triage: how many lives or whose lives?» *Journal of Medical Ethics Blog*, 7 April 2020.
- Constanza, C., Zagrebelsky, V., «L'accesso alle cure intensive fra emergenza virale e legittimità delle decisione allocative», *Biolaw Journal Rivista di Biodiritto*, 15, 2020,
- Bussatta, L., *La salute sostenibile. La complessa determinazione del diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie*, Torino, 2018.
- D'Avack, L., «Covid-19: Criteri etici», *Biolaw Journal, Rivista di Biodiritto*, 15, 2020.
- De Lorenzo Aparici, O., «Ante los conflictos sanitarios que se avecinan», *El Español*, 11 de abril de 2020.
- De Miguel, I., «Triage en tiempos de pandemia: un análisis a partir de las limitaciones del marco jurídico español», en Atienza, E., Rodríguez, JF., *Las respuestas del Derecho a las crisis de Salud Pública*.
- De Montalvo, F., Bellver, V., «La Bioética en los tiempos del coronavirus: una reflexión acerca de algunos dilemas éticos-legales de la pandemia a partir del Informe del Comité de Bioética de España», en Atienza, E., Rodríguez Ayuso, J.S., *Las respuestas del Derecho a las crisis de salud pública*, Dykinson, Madrid.
- Del Rey Guanter, S., «El derecho a la protección de la salud: notas sobre su entramado constitucional», *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 6, 1998.
- Emanuel, E., y otros, «Fair Allocation of scarce medical resources in time of covid-19», *The New England Journal of Medicine*, may 2020.
- Fornet, R., Gómez, R., «Filosofía, Justicia y Amor, Entrevista con Emmanuel Levinas», *Concordia*, 1982. .
- Gómez Martín, E., Simon Lorda, «Recomendaciones para la elaboración de protocolos de atención sanitaria a personas que rechazan la terapia con sangre o hemoderivados», Junta de Andalucía, 2011, 20.
- Hart H.L., *El concepto del Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998,
- Lora de Toro, P.[Publicación en línea] «¿No es respirador para viejos?» <<https://www.letraslibres.com/espana-mexico/politica/no-es-respirador-viejos-sobre-la-etica-del-bote-salvavidas-y-la-covid-19>>.
- Loureiro, J.C., «El derecho a la protección de la salud y vulnerabilidad: Una contribución portuguesa», en Marcos del Cano, A.M., (dir.) *El derecho a una asistencia sanitaria para todos: una visión integral*, Dykinson, Madrid, 2017.
- Lucas Verdú, P., *Estimativa y política constitucional*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.
- MacIntyre, A., *Animales racionales y dependientes*, Paidós, Barcelona, 2001,
- Marcos, A., «Neuroética y vulnerabilidad humana en perspectiva filosófica», *Cuadernos de Bioética*, 2015;26(88):397-414.
- Marcos del Cano, A.M., «El derecho a la protección de la salud: Delimitación y alcance en el contexto actual», en Marcos del Cano, A.M., (dir.) *El derecho a una asistencia sanitaria para todos: una visión integral*, Dykinson, Madrid, 2017.
- Oehiling de los Reyes, A., El concepto constitucional de dignidad de la persona: Forma de comprensión y modelos predominantes de recepción en la Europa continental. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 91, 2011.
- Ollero, A., «Relativismo y dopaje ético», *La política al servicio del bien común*, XI Congreso Católicos y vida pública, CEU ediciones, Madrid, 2010.

- Palazzani, L., «La pandemia e il dilemma per l'etica quando le risorse sono limitate: Chi curare?», *Biolaw Journal*, Rivista di Biodiritto, 15, 2020.
- Parejo, L., *Constitución y valores del ordenamiento*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.
- Peces-Barba, G., *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984.
- Rodríguez Paniagua, JM., *Moralidad, Derechos, Valores*, Civitas, Madrid, 2003.
- Rotondo, V., [Publicación en línea] «La decisión clínica en una situación de pandemia», mayo 2020, <<https://idibe.org/tribuna/la-decision-clinica-una-situacion-pandemia/>>
- Scheler, M., *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik, Gesammelte Werke*, Francke-Verlag, Bern / Bouvier-Verlag, München (desde 1986, Bonn). Ed., María Scheler (1971-1986) Manfred Frings (1986-1997), II, 2000.
- Seoane, J.A., [Publicación en línea] «Bioética, lenguaje y covid 19», 1 de abril de 2020, blog de la Asociación de Bioética Fundamental y Clínica, <<http://www.asociacionbioetica.com/blog/bioetica-lenguaje-y-covid-19>>
- Sgreccia, E., Spagnolo, A.G. (a cura di), *Etica e distribuzione delle risorse sanitarie*, Vita e Pensiero, Milano, 1996.
- Sharma, Manas, Simon Scarr and Kate Kelland. «Coronavirus and the risks of "speed science", *World Economic Forum*, 24 March 2020. <<https://www.weforum.org/agenda/2020/03/speed-science-coronavirus-covid19-research-academic>>
- Soler, W.; Gomez Muñoz, M.; Bragulat, E. y Alvarez, A.. [Publicación en línea]. «El triaje: herramienta fundamental en urgencias y emergencias». *Anales Sis San Navarra* 2010, vol.33, suppl.1 [citado 2020-07-11], 55-68. Disponible en: <http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1137-66272010000200008&lng=es&nrm=iso>
- Talavera, P., «El actual paradigma subjetivista de la salud y sus repercusiones en su configuración como derecho humano y su cobertura universal», en Santos, J.A., Albert, M., Hermida, C., *Bioética y nuevos derechos*, Comares, Granada, 2015.
- Xafis, V., G. Owen Schaefer, Markus K. Labude, Yujia Zhu, and Li Yan Hsu, «The Perfect Moral Storm: Diverse Ethical Considerations in the COVID-19 Pandemic», *Asian Bioeth Rev.* 2020 May 1-19.

Documentos citados:

AEBI, «Consideraciones bioéticas ante el Covid-19», de 22 de marzo, <http://aebioetica.org/archivos/Consideraciones_2.pdf>.

Algunas cuestiones éticas tras la pandemia por Covid-19 y sobre la situación que suscita la presencia de esta enfermedad en nuestra sociedad, <<http://aebioetica.org/archivos/Postfasecriticav2.pdf>>.

Belgian society of IC medicine, *Ethical principles concerning proportionality of critical care during the COVID-19 pandemic: advice by the Belgian Society of IC medicine* (18 de marzo 2020).

<<https://www.hartcentrumhasselt.be/professioneel/nieuws-professioneel/ethical-principles-concerning-proportionality-of-critical-care-during-the-covid-19-pandemic-advice-by-the-belgian-society-of-ic-medicine>>.

CERMI, *El impacto de la pandemia del coronavirus en los derechos humanos de las personas con discapacidad en España, Informe de urgencia del CERMI Estatal* (Borrador de fecha 23.05.2020),

Argumentario de urgencia para las organizaciones del movimiento CERMI sobre atención sanitaria adecuada sin discriminaciones por razón de discapacidad en la crisis de la pandemia del coronavirus

Comité Consultatif National D'Ethique, *Covid-19. Contribution du Comité Consultatif National D'Ethique: Enjeux éthiques face à une pandémie*, 7. <<https://www.cne-ethique.fr>>[

Comité de Bioética de España, *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*

Comitato di Bioetica. San Marino, *Risposta alla richiesta di parere urgente su aspetti etici legati all'uso della ventilazione assistita in pazienti di ogni età con gravi disabilità in relazione alla pandemia di covid-19*: <<http://www.sanita.sm/on-line/home/bioetica/comitato-sammarinese-di-bioetica/pareri-csb.html>>[

- Comité Internacional de Bioética, *Declaración sobre el Covid-19. Consideraciones éticas desde una perspectiva global*. Comité Internacional de Bioética de la UNESCO y Comisión Mundial de Ética del Conocimiento Científico y la Tecnología, 6 de abril de 2020, <<https://www.cibir.es/es/bioetica/documentacion/biblioteca/covid-19/declaracion-sobre-el-covid-19-consideraciones-eticas-desde-una-perspectiva-global>>
- Comitato Nazionale per la Bioetica, *Covid-19: La decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del "triage in emergenza pandemica"*.
- Consideraciones éticas del Departamento de Bioética Clínica del Hospital Universitario Infanta Elena acerca del manejo de pacientes que puedan precisar asistencia en unidades de cuidados intensivos, (10 de marzo de 2020) y "primer documento anexo" a estas Consideraciones (20 de marzo)
- Consideraciones bioéticas para la toma de decisiones médicas y de ingreso en UCI en la situación actual de emergencia sanitaria por covid 19, Hospital Universitario Puerta de Hierro
- Defensor del Pueblo, "Recomendaciones" referenciada en CERMI, « *Argumentario de urgencia para las organizaciones del movimiento CERMI sobre atención sanitaria adecuada sin discriminaciones por razón de discapacidad en la crisis de la pandemia del coronavirus*».
- Ethikrat, *Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise*, 27 de marzo 2020, <https://www.ethikrat.org/publikationen/publikationsdetail/?tx_wwt3shop_detail%5Bproduct%5D=135&tx_wwt3shop_detail%5Baction%5D=index&tx_wwt3shop_detail%5Bcontroller%5D=Products&cHash=a37377aedcc6b8b131fce9a9146f9095>
- Hastings Center, *Ethical Framework for Health Care Institutions Responding to Novel Coronavirus SARS-CoV-2 Managing Uncertainty, Safeguarding Communities*, (17 marzo 2020).
- Ministerio de Sanidad, *Informe del Ministerio de Sanidad sobre los aspectos éticos en situaciones de pandemia: El SARS-CoV-2*. <<https://www.msbs.gob.es/profesio->
- [nales/saludPublica/ccayes/alertasActual/InCov-China/documentos/200403-INFORME_PANDEMIA-FINAL-MAQUETADO.pdf](https://www.msbs.gob.es/profesio-)>
- OMS, *Guidance for Managing Ethical Issues in Infectious Disease Outbreaks* (2016).
- Propuesta de protocolo de triaje para decisiones sobre el inicio de maniobras de reanimación cardiopulmonar y de medidas de soporte vital avanzado durante la epidemia de covid 19, Servicio de interconsulta ética clínica CEAS y grupo de trabajo ad hoc, del Hospital Universitario La Princesa, (13 de marzo)
- Recomendaciones de triaje en la atención a los pacientes críticos durante la pandemia de covid 19, CEAS del Hospital Clínico San Carlos (16 de marzo)
- Recomendaciones de triaje durante la epidemia de coronavirus causante de covid19 para decisiones sobre el inicio de maniobras de reanimación cardiopulmonar y de medidas de soporte vital avanzado, Hospital Universitario Fundación Alcorcón (16 de marzo)
- Recomendaciones del CEAS para la asignación de ventilación mecánica invasiva en circunstancias excepcionales de recursos limitados, Hospital Universitario Severo Ochoa (17 de marzo);
- Recomendaciones del comité de ética asistencial del Hospital Universitario Getafe en relación a la atención de pacientes críticos durante la pandemia covid 19 (18 de marzo);
- Recomendaciones del CEAS para la toma de decisiones en unidades de cuidados intensivos durante la pandemia del covid-19, Hospital Universitario La Paz (22 de marzo);
- SEMICYUC, *Recomendaciones éticas para la toma de decisiones en la situación excepcional de crisis por pandemia covid-19 en las unidades de cuidados intensivos*, <<https://semicyuc.org/2020/05/documentos-de-la-semicyuc-sobre-la-covid-19/>>
- SIIARTI, *Raccomandazioni di ética clinica per l'ammisione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili* <<http://www.siaarti.it/News/COVID19%20-%20documenti%20SIAARTI.aspx>>