

UNA CRISIS BIOÉTICA DENTRO DE LA CRISIS SANITARIA PROVOCADA POR LA COVID-19: UNA REFLEXIÓN SOBRE LA PRIORIZACIÓN DE PACIENTES EN TIEMPOS DE PANDEMIA

Federico de Montalvo Jääskeläinen

*Profesor propio agregado de Derecho constitucional. UPComillas, ICADE
Presidente del Comité de Bioética de España*

Vicente Bellver Capella

*Catedrático de Filosofía del Derecho
Universitat de València
Miembro del Comité de Bioética de España*

SUMARIO

1. Introducción: la bioética en tiempos de pandemia. 2. Una “crisis” dentro de la crisis: la abrupta aparición del concepto de valor social como criterio de priorización. 3. El papel de las sociedades científicas en la asignación y priorización de recursos desde la teoría de las prestaciones sanitarias como expresión del derecho constitucional a la protección de la salud. 4. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN: LA BIOÉTICA EN TIEMPOS DE PANDEMIA

“Estoy convencido de que jamás ciudad alguna, al menos no de semejante magnitud e importancia, fue sorprendida por una calamidad tan atroz en condiciones de desprevenición tan absoluta”¹. Las palabras de Defoe a propósito de la epidemia de peste que asoló Londres entre los años 1664 y 1666, resultan más pertinentes, si cabe, ante la pandemia por causa del nuevo virus SARS CoV-2. Desde enero de 2020, el virus se expandió descontrolado por casi todo el mundo, causando miles de muertes cada día y un número de contagios diarios que nadie puede determinar, pero que sin duda es de decenas de miles. Cuando escribimos este trabajo, finales de junio de 2020, más de medio millón de personas ha

muerto oficialmente por COVID-19, aunque nadie duda de que los fallecidos reales por esta enfermedad son muchos más², y el número de afectados es superior a los nueve millones de la población mundial. Aunque se discute si se podía haber actuado o no con mayor celeridad, tanto a nivel de la OMS como de los Estados, nadie podía prever a finales de noviembre de 2019 que solo dos meses más tarde se iba a desencadenar este desafío sanitario sin precedentes en los tiempos modernos.

² El cómputo de fallecidos por Covid resulta muy complicado por dos razones. Primero, porque puede que algunos estados hayan tratado de maquillar sus cifras para tratar de dar una mejor imagen ante sus propios ciudadanos y ante la comunidad internacional. China, país donde se apareció el virus, es el principal sospechoso de esa actitud, pero probablemente no el único. Segundo, porque la OMS ha establecido que solo se contabilicen como muertos por Covid aquellos que hayan dado positivo, lo que deja fuera a quienes han fallecido con síntomas compatibles con la enfermedad pero que no han sido objeto de la pertinente prueba diagnóstica.

¹ Defoe, D., Diario del año de la peste, Impedimenta, Madrid, 2010, p. 128.

Las epidemias han dejado una profunda huella en la historia de la humanidad³. En todo caso, desde la gripe española de 1914 el mundo vivía un periodo de tranquilidad. Con la aparición del virus H5N1 en Hong-Kong en 1997, los expertos empezaron a advertir del riesgo de una gran pandemia mortal para la que la humanidad no está en absoluto preparada. Aunque este riesgo empezó entonces a contemplarse dentro de las amenazas globales para el mundo, lo cierto es que la preocupación se mantuvo centrada en otras amenazas hasta la irrupción misma de la pandemia⁴.

La calamidad que padecemos nos ha alcanzado desprovistos de recursos para afrontarla, pero no solo de recursos sanitarios, sino también bioéticos. Es cierto que existe una literatura específica sobre la asignación equitativa de recursos durante los desastres naturales, y, en general, sobre los problemas bioéticos suscitados con ocasión de las pandemias. Pero apenas tenía cabida en los programas de postgrado en Bioética, mucho menos en la formación de grado de las profesiones sanitarias. Para la mayoría de los profesionales de la salud, la bioética está vinculada a los problemas éticos suscitados por la asistencia clínica, la investigación, y el uso de las biotecnologías. Quienes amplían el foco, incluyen la reflexión sobre el modo correcto de relacionarnos con el ambiente o las cuestiones de ética institucional en el ámbito asistencial. Rara vez se incluye una referencia específica a la bioética de las pandemias.

Habiendo recibido esta formación, y teniendo en cuenta que la inmensa mayoría de los profesionales de la salud orientan su actividad a la asistencia y cuidado de la salud de personas concretas, es lógico que su perspectiva ética resulte insuficiente en contextos de emergencias sanitarias, en los que es imprescindible integrar los deberes de cuidado centrados en el paciente con los deberes hacia el público, que promueven tanto la igualdad entre las personas como la equidad en la distribución de los riesgos y

beneficios en la sociedad⁵. Y cuando, en momentos como el presente, esos profesionales se ven necesariamente compelidos a hacerlo, no solo se pueden sentir confundidos sino incluso angustiados⁶.

En la lucha contra las pandemias se suelen distinguir cuatro momentos: contención, aplazamiento, investigación y mitigación⁷. Pues bien, sin afán exhaustivo, podemos identificar una serie de problemas éticos en cada uno de esos estadios:

1. Fase de contención. Aquí se suscitan problemas relacionados con la restricción de los derechos fundamentales por la necesidad de contener el avance de la pandemia. La vigilancia de la población y el control de sus movimientos, las pruebas invasivas, o el aislamiento coercitivo en el domicilio son algunos ejemplos notorios de esa restricción. Pero también aquí se plantean cuestiones relacionadas con la equidad y proporcionalidad en las medidas de protección preferente de grupos vulnerables, la pertinencia de campañas informativas que exhortan a determinados comportamientos, el fomento de la solidaridad sobre la autonomía para conseguir un bien común primario⁸, etc.

2. Fase de aplazamiento. En este estadio se incrementarán las medidas restrictivas de derechos fundamentales. Y, si bien en cada país existe un marco regulatorio que determina los límites infranqueables de cada derecho, indudablemente la reflexión bioética ofrece un elemento importante a la hora de deliberar sobre la proporcionalidad de cada medida. Al fin y al cabo, la restricción de derechos está determinada por la ponderación de una serie de evidencias científicas y su impacto sobre la salud pública y la de los individuos.

Esas restricciones de derechos afectan directamente el contexto en el que se desenvuelve la asistencia sanitaria. Concretamente, el

3 Harper, K., *El destino fatal de Roma. Cambio climático y enfermedad en el fin de un imperio*, Crítica, Madrid, 2019.

4 El Foro de Davos publica anualmente un informe sobre los riesgos globales. En el Sumario Ejecutivo del informe de este año, publicado en enero de 2020, ninguna de las amenazas más apremiantes tenía que ver con el riesgo de una pandemia. Y la referencia a una pandemia de consecuencias devastadoras para la humanidad, como la que había comenzado un mes antes, solo recibe esta escueta mención: “Los progresos en la lucha contra las pandemias también se ven socavados por la indecisión en la vacunación y la resistencia a los medicamentos, lo que hace cada vez más difícil dar el golpe final a algunos de los mayores asesinos de la humanidad”; World Economic Forum, *Global Risks Report, 2020. Executive Summary*, <http://reports.weforum.org/global-risks-report-2020/executive-summary>. Los líderes del mundo no fueron capaces de apreciar el alcance de lo que ya había comenzado en Wuhan dos meses antes.

5 Berlinger, N., et al., *Ethical Framework for Health Care Institutions Responding to Novel Coronavirus SARS-CoV-2 (COVID-19). Guidelines for Institutional Ethics Services Responding to COVID-19. Managing Uncertainty, Safeguarding Communities, Guiding Practice*, Hastings Center, 16 de marzo de 2020, <https://www.thehastingscenter.org/wp-content/uploads/HastingsCenterCovidFramework2020.pdf>.

6 Cacchione, Pamela Z. “Moral Distress in the Midst of the COVID-19 Pandemic.” *Clinical Nursing Research*, vol. 29, no. 4, May 2020, pp. 215–216, doi:10.1177/1054773820920385.

7 Nuffield Council on Bioethics, *Ethical considerations in responding to the COVID-19 pandemic*, 16 de marzo de 2020, <https://www.nuffieldbioethics.org/assets/pdfs/Ethical-considerations-in-responding-to-the-COVID-19-pandemic.pdf>.

8 Baylis, F., et al., *A Relational Account of Public Health Ethics*, *Public Health Ethics*, Vol. 1, n. 3, noviembre 2008, pp. 196–209, <https://doi.org/10.1093/phe/phn025>.

acompañamiento de los pacientes por parte de sus allegados tiende a suspenderse para reducir el riesgo de contagios; el modo en que se informa y recaba el consentimiento del paciente dificulta la comunicación con él; la asistencia espiritual y religiosa tiende a recortarse; la despedida por la muerte de un familiar se lleva a cabo en condiciones sumamente limitadoras; etc⁹.

3. Fase de investigación. La actual pandemia está evidenciando la urgencia de contar con vacunas para evitar contagios, y de tratamientos para curar a los infectados. Pero los tiempos de la investigación no se compadecen con los de la necesidad de los remedios que nos puede proporcionar. Dos razones poderosas justifican esos tiempos más dilatados: de una parte, garantizar los derechos de las personas que se presten como sujetos de la investigación; de otra, alcanzar un umbral alto de certidumbre acerca de la seguridad y efectividad del producto. Tanto la posibilidad de relajar las garantías de protección de los sujetos de investigación con el objeto de conseguir cuanto antes la vacuna o los medicamentos, como la de aprobar alguno de esos productos sin la total certidumbre de que es efectiva y carece de efectos secundarios relevantes son arriesgadas. Pero no debemos perder de vista que el mantenimiento de los estándares ordinarios acarrea la pérdida de muchas vidas. Tampoco se puede desconocer la dificultad de integrar el necesario abordaje global y coordinado de la investigación con la libertad de investigación de los científicos y las políticas nacionales de investigación¹⁰. Un dilema particular se suscita entre la protección de los datos personales y su uso para investigaciones que puedan mejorar la asistencia de las personas afectadas por la pandemia. El derecho a la intimidad personal debe conciliarse adecuadamente con la consecución de un bien común como es el progreso en el conocimiento de la enfermedad y del modo de prevenirla y tratarla.

4. Fase de mitigación. Es aquella en la que los esfuerzos se centran en la curación de los enfermos y, precisamente por ello, en ella se plantean los problemas bioéticos de índole más clínica.

Sin duda, la cuestión más dramática es la relativa a la priorización en la asignación de recursos, cuando resultan insuficientes para atender a todos los pacientes que los requerirían. También resulta crucial la cuestión sobre los deberes exigibles a los profesionales sanitarios en tiempos de pandemia: ¿en qué medida los tienen un deber profesional de “excederse” frente a una pandemia: dedicando más horas al trabajo que las establecidas por su contrato; asumiendo un nivel de riesgo superior al ordinario en la asistencia; desempeñando tareas para las que no están específicamente formados, incorporando a la asistencia profesionales jubilados, venidos de otros países, o incluso estudiantes? Por la sobrecarga de trabajo, el incremento de riesgo de contagio, la falta de medios y la necesidad de adoptar decisiones trágicas sobre la asignación de recursos sanitarios, los equipos de salud se ven expuestos al agotamiento físico y la angustia moral. Parece obvio que se les deba procurar el cuidado que precisen para poder seguir trabajando en las mejores condiciones que sea posible, y que se les priorice en los supuestos en los que requirieran de asistencia sanitaria. Pero esa intuición requiere de una fundamentación bioética sólida y matizada¹¹. Otro desafío bioético tiene que ver con la información a los pacientes en tiempos de pandemia, sobre todo, cuando se adopta una decisión de no asignar determinado recurso sin someterla a su consentimiento y esa decisión condicionará su probabilidad de supervivencia.

Junto a estos problemas, que en ocasiones se solapan en las distintas fases de lucha contra la pandemia, no se pueden desconocer otros que no son específicos de ninguna de esas fases en particular. Mencionaremos tan solo cuatro, pero de enorme trascendencia:

- En estos momentos la prioridad es afrontar la devastación que está causando la pandemia. Pero en la medida en que va pasando urge pensar en las acciones para prevenir en el futuro situaciones como la que sufrimos ahora y que previsiblemente podrán volver a darse. Se trata de un debate que concierne al conjunto de los ciudadanos, puesto que se trata de determinar el umbral de seguridad que queremos conseguir en función de recursos públicos invertidos¹².

9 Comité de Bioética de España, , *Declaración del Comité de Bioética de España sobre el derecho y deber de facilitar el acompañamiento y la asistencia espiritual a los pacientes con covid-19 al final de sus vidas y en situaciones de especial vulnerabilidad*, http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/CBE_Declaracion_sobre_acompanamiento_COVID19.pdf.

10 Savulescu, J., “Is it right to cut corners in the search for a coronavirus cure?”, *The Guardian*, 25 de marzo de 2020, <https://www.theguardian.com/commentisfree/2020/mar/25/search-coronavirus-cure-vaccine-pandemic>.

11 Novoa, A., ¿Deben los profesionales sanitarios correr riesgos en la epidemia del COVID-19?, 15 de marzo de 2020, <http://www.nogracias.org/2020/03/15/deben-los-profesionales-sanitarios-correr-riesgos-en-la-epidemia-del-covid-19-por-abel-novoa/>.

12 Kotalik, J., “Preparing for an influenza pandemic: ethical issues”, *Bioethics*, 5 de Agosto de 2005 <https://doi.org/10.1111/j.1467-8519.2005.00453.x>.

Cuando, como sucede en el momento actual, remite la epidemia pero el riesgo de un rebrote se contempla como probable, las medidas de prevención basadas en el control de la población se vuelven a plantear. Y entre ellas aparece la posibilidad de expedir pasaportes inmunitarios que permitan a sus titulares gozar de unas libertades que están vedadas a quienes no pueden acreditar su inmunidad. Aunque algunos autores han defendido su pertinencia ética, otros los han denunciado no solo por los riesgos que implican para la igualdad entre las personas, sino también por razones de índole puramente práctica¹³.

- La capacidad de respuesta efectiva de los países frente a la pandemia es enormemente dispar. Mientras que algunos estados cuentan con sistemas de salud bien dotados y organizados, capaces de garantizar a su población unos niveles aceptables de protección y asistencia, otros cuentan con una cobertura sanitaria que resulta completamente insuficiente para llegar a la mayoría de los ciudadanos y afrontar las amenazas sanitarias más graves. Si aceptamos que las pandemias son un desafío global y debe ser globalmente afrontado, deberá prestarse atención preferente a esta desigualdad; por una elemental razón de justicia, en primer lugar, pero también para evitar que los focos de contagio se mantengan vivos en algunos países, con el consiguiente riesgo que entrañan para todos.

Este problema, sin embargo, no se puede resolver siempre con una cooperación más estrecha entre estados porque en no pocas ocasiones el problema va mucho más allá de la insuficiencia del sistema sanitario en determinados países y alcanza al conjunto de la estructura del estado. Nos referimos al problema de los estados fallidos, en los que ni siquiera la seguridad y el funcionamiento de las instituciones garantizado está garantizado en todo su territorio; o el de los estados corruptos, en los que resulta sumamente difícil establecer mecanismos de cooperación. Por si fuera poco, también se debe contemplar el problema de que los gobernantes de un país en un momento determinado desconozcan el alcance y los riesgos de la pandemia, o adopten unas directrices de lucha contra ella notoriamente contrarias a cualquier evidencia científica.

- La crisis de la COVID-19 nos enfrenta, con renovadas perspectivas y mayor urgencia, ante dos grandes cuestiones de las que se viene tratando desde hace décadas: la pertinencia del

concepto de salud de la OMS y la relevancia de los condicionantes ambientales y sociales de salud. ¿Tiene sentido mantener un concepto de salud prácticamente inalcanzable cuando pandemias como la actual nos señalan que el genuino objetivo de salud individual y colectiva debería estar en garantizar unas condiciones ambientales y sociales que permitan aspirar a una expectativa de vida razonable, en la que sea posible aspirar al pleno desarrollo personal? La falta de saneamiento y de acceso al agua potable hacen prácticamente imposible que poblaciones enteras se vean privadas de una elemental y eficaz medida profiláctica frente a la pandemia. Por otro lado, la contaminación del aire¹⁴, así como el modo en que nos relacionamos con los animales salvajes e intervenimos en los espacios naturales están revelando un efecto muy negativo en el origen o en la evolución de la pandemia¹⁵. El propio Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) insistió en este punto en medio de la pandemia: “La actividad humana ha alterado prácticamente todos los rincones de nuestro planeta, desde la tierra hasta el océano. Y a medida que continuamos invadiendo implacablemente la naturaleza y degradando los ecosistemas, ponemos en peligro la salud humana. De hecho, 75% de todas las enfermedades infecciosas emergentes son zoonóticas, es decir, se transmiten de los animales (ya sean domésticos o silvestres) a los humanos”¹⁶.

- En el momento presente estamos viendo cómo la preparación y la respuesta de cada estado a la pandemia arroja unos resultados radicalmente diferentes. Por otro lado, el combate efectivo a la misma pasa por una acción integrada a nivel global. Cabe preguntarse si la protección de la salud frente a estos riesgos globales exige principalmente de una respuesta global efectiva, si depende de que cada estado alcance una plena soberanía sanitaria¹⁷ o si exige la acción complementaria de la comunidad universal y de cada estado. Por el momento, asistimos a una

14 Dominici, F., et al., *Exposure to air pollution and COVID-19 mortality in the United States*, 5 de abril de 2020, <https://www.medrxiv.org/content/10.1101/2020.04.05.20054502v1>.

15 Quammen, D., *Contagio. La evolución de las pandemias*, Debate, Madrid, 2020; Francis, L., “Pandemics in the Era of the Anthropocene”, *Encyclopedia of the Anthropocene*, Elsevier, Amsterdam, 2018, vol. 6, pp. 305-311.

16 PNUMA, Declaración del Programa de la ONU para el Medio Ambiente sobre la COVID-19, 6 de abril 2020, <https://www.unenvironment.org/es/noticias-y-reportajes/declaraciones/declaracion-del-programa-de-la-onu-para-el-medio-ambiente-sobre>.

17 Werkhseiser, I., “Food Sovereignty, Health Sovereignty, and self-organised community viability”, *Interdisciplinary Environmental Review*, Vol. 15, Nos. 2/3, 2014, pp. 134-145.

13 Baylis, F., Kofler, N., “COVID-19 Immunity Testing: A Passport to Inequity.” *Issues in Science and Technology* (April 29, 2020), <https://issues.org/covid-19-immunity-testing-passports/>.

campana de descrédito de la Organización Mundial de la Salud, que ha dificultado enormemente su papel para liderar y coordinar los esfuerzos de los estados en la lucha contra la pandemia. Al mismo tiempo, se ha establecido un ranking sobre la eficiencia de los estados para combatir la pandemia, en cuyos primeros puestos aparecen los que se presentan como referencia para todos los demás. Finalmente, la pandemia puso de manifiesto que, en los momentos más críticos, los países velaron por sus propios intereses sin andarse con contemplaciones con relación a los demás. Las tres tendencias abonan las tendencias nacionalistas. Ambas medidas ahondan en

- El término infodemia, acuñado hace pocos años, designa la difusión no solo de informaciones erróneas sobre las epidemias, muchas con intereses espurios o burdamente manipuladores. Este modo de proceder no es una novedad de la crisis del coronavirus sino una característica propia de cualquier epidemia. La novedad, en este caso, tiene que ver con las plataformas de la tecnología digital y su capacidad de diseminar errores hasta el lugar más recóndito en tiempo real¹⁸, pero también de aportar una sobreabundancia de información que impide que el ciudadano llegue a disponer de una información completamente fiable y útil para orientarse¹⁹. Definir la responsabilidad de todos los agentes, y en especial de los Estados y de los medios de comunicación tradicionales, es una cuestión de ética de la información, pero directamente imbricada con la bioética.

En este trabajo no pretendemos abordar todos los problemas bioéticos mencionados. Habrá tiempo y la experiencia que estamos viviendo nos ayudará a todos a excogitar las respuestas correctas. Nos vamos a limitar a abordar la cuestión más sensible en el día a día de lucha contra la pandemia: la priorización en la asignación de los recursos sanitarios. Pero no nos centramos en los criterios específicos de triaje que deberían emplearse, sino en los principios que deben fundamentar esos criterios. Concretamente, prestaremos una atención especial al sesgo utilitarista en el que fácilmente puede incurrirse cuando hablamos de priorizar en situaciones de calamidad que, a nuestro parecer, no resulta compatible ni con nuestro ordenamiento constitucional, ni con los

18 Zarocostas, J., "How to fight an infodemic", *The Lancet*, vol. 395, n. 10225, p. 676, 29 de febrero de 2020, DOI: [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(20\)30461-X](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(20)30461-X).

19 Obviamente, las redes sociales también pueden ser expresión de solidaridad ciudadana, difundiendo información valiosa para el público, organizando la asistencia, dando voz a la gente o rastreando la difusión de la pandemia; Prainsack, B., y Buyx, A., *Solidarity: reflections on an emerging concept in bioethics*, Nuffield Council on Bioethics, 2011, p. 75.

principios de la bioética. También nos entretenemos en responder a una cuestión jurídica estrechamente relacionada con la priorización, y que es fundamental esclarecer: ¿a quién compete la fijación de los criterios de priorización, a la autoridad sanitaria o a las sociedades científicas? Para abordar estos dos argumentos tomamos en especial consideración el informe del Comité de Bioética de España sobre priorización ante la pandemia del COVID-19 por una elemental razón de coherencia. Ambos formamos parte de este órgano colegiado, el único en España con competencia legal para emitir informes bioéticos, y ambos respaldamos con nuestro voto su aprobación.

2. UNA "CRISIS" DENTRO DE LA CRISIS: LA ABRUPTA APARICIÓN DEL CONCEPTO DE VALOR SOCIAL COMO CRITERIO DE PRIORIZACIÓN

Al inicio de la pandemia, cuando la insuficiencia de los recursos sanitarios empezaba ya a preverse por el abrupto incremento del número de casos infectados y, en particular, de los que precisaban de medios de soporte vital en UCI, la Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias, a través de su Grupo de Bioética, aprobó el documento "Recomendaciones éticas para la toma de decisiones en la situación excepcional de crisis por pandemia covid-19 en las unidades de cuidados intensivos"²⁰.

Las Recomendaciones quedan justificadas, según se expone literalmente al inicio de las mismas, porque "una pandemia global, como la del SARS-COVID-19, puede abrumar la capacidad de las instalaciones ambulatorias, los departamentos de emergencias, los hospitales y los servicios de medicina intensiva (SMI). Impacta en los recursos disponibles, tanto a nivel de estructuras, de equipamientos y de profesionales, con graves consecuencias en los resultados de los pacientes, de sus familias, de los propios profesionales sanitarios y de la sociedad en general" y "se produce, temporalmente, un desequilibrio entre las necesidades clínicas y la disponibilidad efectiva de los recursos sanitarios".

Para la sociedad científica, "esta situación excepcional se debe manejar como las situaciones de "medicina de catástrofe", aplicando una atención de crisis excepcional basada en la justicia distributiva y en la asignación adecuada de los recursos sanitarios", partiéndose de "un marco de planificación basado en criterios científicos sólidos, en principios

20 <https://semicyuc.org>.

éticos, en el estado de derecho, en la importancia de participación del proveedor y en la comunidad, y los pasos que permitan la prestación equitativa, y justa, de servicios médicos a aquellos que los necesiten”. Porque, “ante una pandemia es prioritario el “deber de planificar”. La falta de planificación en situaciones de escasez de recursos puede llevar a la aplicación inapropiada de la situación de crisis, al desperdicio de recursos, a la pérdida inadvertida de vidas, a la pérdida de confianza y a decisiones innecesarias de triaje / racionamiento”.

Y las Recomendaciones ya anticipan que “la situación pandémica puede conllevar un desequilibrio entre las necesidades de ventilación mecánica y los recursos disponibles en la fase más avanzada. Es imprescindible establecer un triaje al ingreso, basado en privilegiar la “mayor esperanza de vida”, y unos criterios de ingreso claros y de descarga de la UCI, basados en un principio de proporcionalidad y de justicia distributiva, para maximizar el beneficio del mayor número posible de personas”.

Como puede deducirse de dicha explicación, en este contexto de “medicina de catástrofe”, debe planificarse la utilización de los recursos, partiendo no solo de criterios científicos, sino también de principios éticos y de las propias exigencias del Estado de Derecho. Las Recomendaciones insisten, más adelante, en que “en una situación de pandemia prevalece ... el principio de justicia distributiva y ... se debe tener consciencia de la justa asignación de la distribución de recursos sanitarios limitados”.

Sin embargo, a continuación, las propias Recomendaciones establecen como criterios de prioridad en la asistencia el de los “años de vida ajustados a la calidad (AVAC) o QALY (*Quality-Adjusted Life Year*)”, añadiendo a continuación que “en personas mayores se debe tener en cuenta la supervivencia libre de discapacidad por encima de la supervivencia aislada”. Se afirma también que “cualquier paciente con deterioro cognitivo, por demencia u otras enfermedades degenerativas, no serían subsidiarios de ventilación mecánica invasiva”. Las Recomendaciones se cierran con la que realmente ha generado el debate en la opinión pública: “Tener en cuenta el valor social de la persona enferma”.

¿Cómo debe interpretarse dicha mención al valor social? ¿Cómo puede evaluarse la utilidad social como parámetro para priorizar a unos pacientes frente a otros?

Dicha mención al valor social puede interpretarse, conjuntamente con la cita del criterio de “años de vida ajustados a la calidad” (AVAC) o QALY (*Quality-Adjusted Life Year*), como una verdadera

expresión de utilitarismo como teoría vehicular del documento en las recomendaciones de priorización de los pacientes. Y en esta apreciación hemos coincidido una amplia variedad de autores e instituciones, destacando, entre otras, el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad, CERMI, que en fecha de 22 de marzo de 2020, se dirigió a la Dirección General de Políticas de Discapacidad del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, solicitando que se pidiera del Comité de Bioética de España, al amparo del artículo 78 de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica, informe sobre las implicaciones éticas que pueden tener las citadas recomendaciones, dado que algunas de las previsiones contenidas en las mismas, como el citado valor social, ponían suponer que la discapacidad fuera considerada como desvalor para la priorización.

Además, en el denominado “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”²¹, publicado por dicho Comité el 2 de abril de 2020, se señala que “las personas con discapacidad deben recibir la atención médica que precisen conforme a su patología, independientemente de su discapacidad, si clínicamente esta no es relevante, y sin que esta situación suponga un sesgo para su atención médica con todas las garantías”. Para CERMI, “las estrategias de salud deben abordar no solo las dimensiones médicas de la epidemia, sino también los derechos humanos y las consecuencias específicas de género de las medidas tomadas como parte de la respuesta de salud. El tratamiento debe estar disponible para todas las personas sin discriminación ni exclusiones ni preferencias o descartes odiosos”. Y así, “las personas con discapacidad tendrán derecho a ser atendidas en las Unidades de Cuidados Intensivos (UCI), cuando la enfermedad así lo requiera. En ningún caso se podrá negar a las personas con discapacidad el recurso de la medicina intensiva”.

En esa misma línea el propio Defensor del Pueblo considera inaceptable que determinados profesionales y expertos sanitarios estén sugiriendo “sacrificar” a personas con discapacidad por esa sola condición, a la hora de administrar los medios asistenciales disponibles para afrontar la COVID-19. Para el Defensor, 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.

²¹ www.cermi.es.

A tal fin, recomienda que, para situaciones extremas, el Ministerio de Sanidad debe disponer de un procedimiento claro de actuación en todos los servicios de salud, que incluya no sólo los criterios clínico-asistenciales, sino también herramientas prácticas para permitir la comunicación de los pacientes con sus seres queridos. Para el Defensor, no es correcto 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, exigiendo que el Ministerio de Sanidad vigile los textos y recomendaciones emitidos por sociedades científicas que pueden convertirse en una praxis perturbadora que comprometa el bien supremo a la vida de las personas con discapacidad²².

También, la Comisión Central de Deontología de la Organización Médica Colegial aprobó un Informe en relación a la priorización de las decisiones sobre los enfermos en estado crítico en una catástrofe sanitaria de fecha 23 de marzo de 2020 en el que, aun reconociendo que “cuando el SNS no pueda proporcionar la atención necesaria porque las unidades disponibles sean insuficientes y no haya posibilidad real de aumentarlas, el establecimiento de prioridades más que necesario es imprescindible y una obligación ética y deontológica”, advierte que “establecer expectativas de vida a corto plazo es aceptable incluso para no caer en la obstinación terapéutica. Pero establecer límites a medio plazo, como el criterio cronológico, constituye una decisión muy arriesgada que se debe realizar con carácter excepcional y utilizando los instrumentos valorativos al uso y en ningún caso la exclusiva impresión clínica”. Por ello, recomienda que “las tomas de decisiones de tanta relevancia deben ser individuales y personales, porque, aunque los procesos puedan coincidir, cada paciente puede ser distinto. El conocimiento científico es imprescindible pero no basta para ayudar a los pacientes a curarse o a convivir con sus enfermedades lo mejor posible”²³.

En el ámbito de la bioética académica, Samuel R. Bagenstos recuerda que privar a las personas con discapacidad en tiempos de catástrofe del acceso a prestaciones sanitarias que puedan resultarles beneficiosas es igualmente injustificable que hacerlo en tiempos ordinarios. Pero advierte de una forma aparentemente más sutil de discriminación: negar que esas personas con discapacidad resulten idóneas para recibir determinados tratamientos. En el primer

supuesto aceptamos el beneficio del tratamiento, pero negamos el acceso a la prestación por razón de la discapacidad. En el segundo negamos la idoneidad de la persona con discapacidad para obtener un beneficio terapéutico de la prestación²⁴. Abundando en las razones que conducen a esa discriminación por razón de la discapacidad, Bagenstos recuerda que las decisiones de racionamiento médico se toman en tiempos de gran incertidumbre e implican pronósticos (sobre la posibilidad de recuperación y la calidad de vida después de la recuperación) que son inciertos. Es natural que cualquiera que decida bajo tales condiciones se guíe por sus valores y prejuicios para resolver dichas incertidumbres, aunque solo sea inconscientemente. Y, además, existe una amplia evidencia de sesgo generalizado contra la discapacidad entre los profesionales médicos, un problema que se ve exacerbado por la representación insuficiente de las personas con discapacidad entre sus filas²⁵. Cuando los profesionales médicos determinan que una discapacidad limita la calidad de vida de una persona, están haciendo un juicio normativo controvertido que a menudo no refleja los puntos de vista de las personas discapacitadas²⁶.

En la línea de buscar criterios que no discriminen por razón de la discapacidad, Wakam et al. entienden que “crisis triage protocols should focus on identifying the patients who are most likely to die without a ventilator yet most likely to survive with one, using the best available clinical survivability scores, not broad categorical exclusions”²⁷. Por tanto, criterios como los años de vida salvados o los años de vida con calidad deberían ceder ante el criterio de vidas salvadas²⁸.

En el ámbito de la bioética emanada desde los organismos intergubernamentales, debemos mencionar las tomas de posición sobre este punto

24 Bagenstos, S.R., “May Hospitals Withhold Ventilators from COVID-19 Patients with Pre- Existing Disabilities? Notes on the Law and Ethics of Disability-Based Medical Rationing”, *Yale Journal Forum*, n. 130, 2020, pp. 1 a 15, p. 5.

25 Ibidem, p. 6.

26 Ibidem, p. 9.

27 Wakam, G.K., Montgomery, J.R., Biesterveld, B.E., Brown, C.S. “Not Dying Alone — Modern Compassionate Care in the Covid-19 Pandemic”. *The New England Journal of Medicine*. 2020 Apr 14. doi: 10.1056/NEJMp2007781.

28 Tambone V, Boudreau D, Ciccozzi M, Sanders K, Campanozzi LL, Wathuta J, Violante L, Cauda R, Petrini C, Abbate A, Alloni R, Argemi J, Argemi Renom J, De Benedictis A, Galerneau F, García-Sánchez E, Ghilardi G, Hafner JP, Linden M, Marcos A, Onetti Muda A, Pandolfi M, Pelaccia T, Picozzi M, Revello RO, Ricci G, Rohrbaugh R, Rossi P, Sirignano A, Spagnolo AG, Stammers T, Velázquez L, Agazzi E and Mercurio M (2020) Ethical Criteria for the Admission and Management of Patients in the ICU Under Conditions of Limited Medical Resources: A Shared International Proposal in View of the COVID-19 Pandemic. *Front. Public Health* 8:284. doi: 10.3389/fpubh.2020.00284

22 Servimedia en su edición del 27 de marzo de 2020, en <https://www.servimedia.es/noticias/1237853>.

23 Informe de la Comisión Central de Deontología en relación a la priorización de las decisiones sobre los enfermos en estado crítico en una catástrofe sanitaria, 23 de marzo de 2020, <https://www.cgcom.es>.

adoptadas por la Organización Mundial de la Salud (OMS), así como por el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad y la Enviada Especial del Secretario General de Naciones Unidas sobre discapacidad y accesibilidad.

La OMS aprobó a finales de marzo de 2020 unas orientaciones dirigidas a “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”, así como el cumplimiento de la obligación asumida por los Estados de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el goce efectivo del derecho a la vida por las personas con discapacidad²⁹.

Desde principios de abril Naciones Unidas ha publicado una batería de declaraciones³⁰ impulsadas tanto desde el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad como desde la Enviada Especial del Secretario General de Naciones Unidas sobre discapacidad y accesibilidad dirigidas a velar por que los criterios de priorización en la asistencia no resultaran discriminatorios por razón de la discapacidad.

Por otro lado, como antes apuntábamos, las Recomendaciones de la Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias, aunque invocan expresamente principios como la justicia distributiva y la equidad, acaban optando por una posición utilitarista de la distribución de recursos sanitarios. Y si bien en un contexto de recursos escasos se puede justificar la adopción de un criterio de asignación basado en la capacidad de recuperación del paciente, en todo caso se debe prevenir la extensión de una mentalidad utilitarista o, peor aún, de prejuicios contrarios hacia las personas mayores o con discapacidad. El término “valor social” parece extremadamente ambiguo y éticamente discutible, porque todo ser humano por el mero hecho de serlo es socialmente útil, en atención al propio valor ontológico de la dignidad humana³¹. Recurrir al concepto de valor social de los individuos significa, inexorablemente, que unos tendrán más valor que otros³².

29 World Health Organization. (2020). Disability considerations during the COVID-19 outbreak. World Health Organization. <https://apps.who.int/iris/handle/10665/332015>.

30 Para consultarlas todas, <https://www.un.org/development/desa/disabilities/covid-19.html>.

31 Ballesteros, J., “La nueva gnosis como negación de las diferencias ontológicas y de las deficiencias inevitables”, en: *Secolarizzazione e diritto. Studi in onore del Profesor Francesco D’Agostino*, Turín, Giappichelli, 2018, pp. 207-16.

32 Aparisi, A., “El principio de la dignidad humana como fundamento de un bioderecho global”, *Cuadernos de Bioética*, vol. XXIV, núm. 2, mayo-agosto, 2013, pp. 201-221.

Además, como señalara el Comité de Bioética de España en su Informe sobre el medicamento PrEP de 2017, el enfoque utilitarista cae en la falacia de la ausencia de separabilidad moral de las personas, es decir, asume que el valor moral de las personas es intercambiable: la salud que unos ganan compensa la que otros pierden siempre que el resultado sea una suma positiva. El enfoque utilitarista ignora el imperativo categórico kantiano, que ha conformado el concepto universal y secularizado de dignidad humana, y que prohíbe utilizar a las personas exclusivamente como medios para los fines de otros. La compensación interpersonal de las vidas humanas entre sí, con el fin de maximizar unos presuntos beneficios colectivos, es incompatible con la primacía de la dignidad humana. Y precisamente por ello, en una comunidad basada en el imperio de la ley, los derechos individuales no pueden quedar subordinados al objetivo de una agregación orientada hacia la maximización de los beneficios colectivos.

Porque para el Comité de Bioética de España, “bajo el enfoque utilitarista, los derechos de los individuos pueden ser fácilmente infringidos porque sus beneficios individuales se agregan para constituir los beneficios colectivos. En el utilitarismo clásico predomina el principio consecuencialista de la maximización de los beneficios colectivos, de tal manera que los derechos del individuo, incluidos los derechos fundamentales, se asignan únicamente de acuerdo con su contribución a la maximización de beneficios y no gozan de ningún estatus teórico independiente. Este principio contrasta con posiciones éticas basadas en los derechos originales de los individuos. Los derechos fundamentales no sólo aspiran a desarrollarse en su dimensión objetiva como expresión de los valores en los que se fundamenta políticamente una comunidad y que como tales deben ser protegidos, sino también como expresiones de un estatus de protección del individuo, incluso, frente a la colectividad (dimensión subjetiva). En una comunidad basada en el imperio de la ley, los derechos individuales no pueden quedar meramente subordinados al objetivo de una agregación orientada hacia la maximización de los beneficios colectivos”³³.

Como ha recordado Lydia Feito, la doctrina del utilitarismo, aun cuando se ha pretendido revestir de una aparente complejidad, es una mera expresión intuitiva que permite una respuesta moral casi inmediata, sin reflexión profunda de los valores en conflicto y, en especial, de la dignidad³⁴.

33 Comité de Bioética de España, Informe del comité de bioética de España sobre la financiación pública del medicamento profilaxis preexposición (PrEP) en la prevención del VIH, 24 de noviembre de 2016, http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/Informe_PrEP.pdf.

34 Feito, L., *Neuroética. Cómo hace juicios morales*

También William Davies recuerda que el utilitarismo moderno no titubeó a la hora de desacreditar el concepto de derechos naturales. Es clásica la cita de Bentham al respecto: “Natural rights is simple nonsense: natural and imprescriptible rights, rhetorical nonsense - nonsense upon stilts”³⁵. En su lugar, ofreció a la política, no una propuesta filosófica o ética, sino una mera solución pragmática que permitiera cuantificar numéricamente la toma de decisiones públicas, basándose en datos empíricos³⁶.

La crítica al utilitarismo no tiene que ver con los elementos que aporta para evaluar la toma de decisiones, sino con su radical insuficiencia, al desconocer la existencia de unos bienes con un valor inconmensurable, como son los derechos humanos. En palabras de Jorge José Ferrer y Juan Carlos Álvarez, el utilitarismo clásico plantea, entre otros, el problema de olvidar que las personas tienen derechos inalienables e inadmisibles que no están sujetos a ningún cálculo³⁷. Y ello, porque como decíamos antes, el utilitarismo se construye como solución a los dilemas éticos dejando a un lado la dignidad ontológica del ser humano, que es percibida como una abstracción o una creación ideológica.

Incluso en el utilitarismo de reglas, superando alguna de las deficiencias más burdas del utilitarismo de los actos, sigue desconociendo el discurso de los derechos humanos.

El utilitarismo incurre en una falacia naturalista ya que el hecho de que la mayor parte de la gente desee algo no significa que ello sea digno de ser deseado. Lo que se desea no tiene que considerarse necesariamente bueno, ya que también posibles malos deseos³⁸. Incluso en el utilitarismo de reglas, el cual pretende superar las críticas al utilitarismo tradicional por defender que las consecuencias son lo único que debe ser atendido desde una perspectiva moral, sigue desconociendo el discurso de los derechos.

Esta ausencia de verdadera reflexión ética en la forma de resolución de conflictos que postula el utilitarismo conecta, además, con la incorrecta

nuestro cerebro, Plaza y Valdés, Madrid, 2019, p. 166.

35 Bentham, J., “Anarchical Fallacies” in J. Bowring (ed.) *Works*, vol. 2 (1843).

36 Davies, W., *The Happiness Industry: How the Government and Big Business Sold Us Well-Being*, Verso books, 2016, pp. 14 a 17.

37 Ferrer, J.J. y Álvarez, J.C., *Para fundamentar la bioética. Teorías y paradigmas teóricos en la bioética contemporánea*, 2.ª ed., Universidad Pontificia Comillas-Desclée de Brouwer, Madrid, 2003, p. 112.

38 Antoine, Jean-Luc M.J. “Genoma y bioética: una visión holística de cómo vamos hacia el mundo feliz que nos prometen las biociencias”, *Acta Bioethica*, año X, núm. 2, 2004, p. 146.

transformación de problemas en dilemas. Señala Diego Gracia que el ser humano tiende a reducir todos los posibles cursos de acción a dos, y además extremos, dejando en la penumbra todos los posibles cursos intermedios que son los más difíciles de ver, a lo que nosotros añadiríamos que además son los que requieren de mayor tiempo y profundidad en la reflexión para ser vistos. De este modo, para simplificar la toma de decisiones optamos por lo dicotómico, produciéndose lo que denomina sesgo del dilematismo³⁹.

La pandemia ha provocado, pues, dos fenómenos correlacionados, el recurso al utilitarismo y el sesgo dilemático como expresiones de la búsqueda de soluciones rápidas y poco comprometidas éticamente para resolver los diferentes problemas a los que aquella nos ha obligado a enfrentarnos. Parece, pues, que el sistema 1 de Daniel Kahneman, conocido como el pensar rápido⁴⁰, es el que ha estado más ocupado durante la crisis, y no solo al comienzo, sino a todo lo largo de su desarrollo.

Tampoco ha estado exenta de polémica, la mención que más adelante se hace en las mismas Recomendaciones de la Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias, en las que el documento denomina “Recomendaciones específicas” a las personas mayores. Se dice que “todo paciente mayor de 80 años y con comorbilidades recibirá preferentemente mascarilla de oxígeno de alta concentración, oxigenoterapia de alto flujo o ventilación mecánica no invasiva... y se seleccionará, cuidadosa e individualmente, la indicación ventilación mecánica invasiva según indicación y evaluando riesgo/beneficios”. El problema, sin embargo, no está en esta frase sino en la siguiente cuando se dice que “todo paciente entre 70 y 80 años con IRA sin patología previa importante es subsidiario de tratamiento con ventilación mecánica invasiva”. Es decir, la interpretación conjunta de ambos apartados permite concluir que el mero hecho de tener 80 o más años, supone, como dato meramente objetivo y al margen de la situación basal del paciente o de la presencia o no de patologías de base, excluir a dichas personas de la asistencia. Ciertamente es que la exclusión no es explícita ni absoluta, pero, al menos, el texto en los términos en que está redactado plantea dudas acerca de la exclusión de los mayores de ochenta años, pudiendo constituir una discriminación por razón de edad cuando se emplea como único criterio.

39 Gracia Guillén, D., *Bioética mínima*, Triacastela, Madrid, 2019, pp. 104 y 105.

40 Este pensamiento rápido se caracteriza porque también es automático, frecuente, emocional, estereotipado y subconsciente; Kahneman, D., *Pensar rápido, pensar despacio*, Debate, Madrid, 2012.

Siguiendo a Pablo de Lora y a Alejandra Zuñiga, Beltrán Aguirre sostiene que existen varios criterios para priorizar a los más jóvenes en detrimento de los más mayores: a) el criterio de necesidad: la persona que va a morir habiendo tenido menos vida en el momento de morir es la más necesitada de vida biológica y de proyecto de vida a realizar (parece más trágico que en un accidente muera un adolescente que un anciano); b) el criterio economicista: los más necesitados, los jóvenes si son atendidos sanitariamente, garantizan un mejor resultado (la vida tendría una utilidad marginal decreciente); y c) el criterio de reparto justo: “usando los recursos que se podrían gastar en prolongar la vida de los ancianos para tratar a pacientes jóvenes, se incrementan las opciones de que cada uno pueda vivir un tiempo de vida normal (las políticas sanitarias no serían injustas si tratan a jóvenes y ancianos de modo diferente, en la medida en que cada persona es atendida del mismo modo en el curso del tiempo de una vida)”. De estos criterios, los utilitaristas inferen que, suponiendo las condiciones apropiadas de escasez de recursos, el racionamiento basado en la edad estaría moralmente justificado. Sin embargo, esta conclusión sería éticamente cuestionable mientras se puedan aplicar otras alternativas morales para no penalizar a los ancianos⁴¹.

Pemán Gavín recuerda que las características de la actividad sanitaria asistencial —en la que las situaciones difíciles y dolorosas para los enfermos y sus familias no son en absoluto excepcionales— determinan también un perfil diferencial respecto a otros servicios y prestaciones públicos: hacen que la materia no pueda abordarse exclusivamente con meras pautas de gestión burocrática, ni tampoco de simple eficiencia gerencial, sino que se requiere un «suplemento de alma», una especial atención desde el punto de vista de la individualización, la dignidad y la humanidad en el trato a los pacientes y sus familiares⁴².

Además, el concepto del valor social para promover una priorización de los recursos en favor de los más jóvenes y con mayor calidad de vida, conectando con el criterio denominado del *fair-innings*, de manera que todo el mundo tendría derecho a vivir el mismo número de años y con una calidad de vida saludable similar. Más allá de eso, ya no es un derecho, sino un regalo de la fortuna o un privilegio

inmerecido para quien lo obtiene en detrimento de otros⁴³. El criterio de priorización por edad presupone una forma de vida “estructurada” en la que se han cumplido ciertas etapas y se ha entrado ya en el ocaso, siendo contingente que esto haya sido así y que, en la comparación, no sea el viejo de más de setenta años quien merezca su “fair-inning”. Así, una persona de cincuenta años ha podido vivir muy intensamente, cumplir muchos de sus propósitos juveniles y poder morir habiendo cerrado los capítulos más importantes de su existencia, mientras que el de ochenta pudiera ser en cambio el que justo ahora, por fin, empieza a disfrutar de una suerte de “edad dorada” después de una vida sujeta a infortunios diversos⁴⁴.

Desde la perspectiva de la Bioética comparada, el Comité Nacional de Ética alemán (Deutscher Ethikrat) en su Recomendación ad hoc sobre la solidaridad y la responsabilidad durante la crisis del coronavirus de 27 de marzo de 2020, señala que el ordenamiento jurídico alemán establece un marco vinculante para la ética médica y, en dicho marco, la dignidad humana ha de quedar garantizada en términos de igualdad, otorgando una protección frente a cualquier discriminación. Además, dicho ordenamiento incorpora también el principio de indiferencia del valor vida, en virtud del cual, está prohibido evaluar la vida humana. Cualquier diferencia que se establezca directa o indirecta en relación con el valor o la duración de la vida y cualquier decisión del Estado que determine una asignación desigual de posibilidades de supervivencia y riesgos de muerte en situaciones de crisis es inadmisibles. Toda vida humana goza de la misma protección. Y ello no solo significa la prohibición de diferencias por género u origen étnico, sino también de clasificar las vidas en función de la edad, el papel social y su supuesto valor o una esperanza de vida prevista⁴⁵.

Sobre el recurso al utilitarismo como fórmula de distribución de recursos sanitarios, el Comité alemán recuerda que el ordenamiento jurídico alemán se muestra contrario a una evaluación puramente utilitaria que tenga como objetivo simplemente maximizar la vida humana o años de vida. Y si bien es lógico que deben hacerse todos los esfuerzos admisibles para salvar tantas vidas como sea posible,

43 Puyol, A., *op. cit.*, pp. 38 y 39.

44 De Lora, P. “¿No es respirador para viejos? Sobre la “ética del bote salvavidas” y la COVID-19”, *Letras Libres*, 31 de marzo de 2020. Puede accederse a dicho trabajo a través del siguiente enlace: <https://www.letraslibres.com/espana-mexico/politica/no-es-respirador-vejos-sobre-la-etica-del-bote-salvavidas-y-la-covid-19>.

45 <https://www.ethikrat.org/en/press-releases/2020/solidarity-and-responsibility-during-the-coronavirus-crisis/>.

41 Beltrán Aguirre, J.L., “Transparencia en la política de priorización de pacientes para recibir asistencia sanitaria”, *Revista Española de Transparencia*, n. 7, segundo semestre 2018, p. 37; De Lora Deltoro, P., Zuñiga Fajuri, A., *El derecho a la asistencia sanitaria. Un análisis desde las teorías de justicia distributiva*, Iustel, Madrid, 2009, p. 276 a 279.

42 Pemán Gavín, J., “Las prestaciones sanitarias públicas: configuración actual y perspectivas de futuro”, *RAP*, núm. 156, septiembre-diciembre 2001, pp. 110 y 111.

tales medidas no pueden vulnerar el marco de las normas constitucionales. El Estado no debe calificar la vida humana y, en consecuencia, no debe prescribir qué vidas deben salvarse primero en situaciones de conflicto. Incluso en momentos excepcionales de una emergencia generalizada y catastrófica, el Estado tiene el deber no solo de salvar tantas vidas humanas como sea posible, sino también, y, sobre todo, de salvaguardar los fundamentos del sistema legal.

El Comité Nacional de Ética francés (Comité Consultatif National D'Ethique pour les Sciences de la Vie et de la Santé) en su Informe sobre los problemas éticos de la pandemia, de 13 de marzo de 2020, se pronuncia en similares términos y rechaza que se recurra a un criterio de priorización basado en el valor económico de la persona. Y así señala que el respeto al principio de equidad como condición esencial de actuación en el contexto de la escasez de recursos, impide seleccionar y priorizar a las personas de acuerdo con su único valor económico inmediato o futuro, es decir, el criterio de utilidad social no es aceptable porque la dignidad de una persona no depende de su utilidad. Por lo tanto, en una situación de escasez de recursos, las opciones médicas, siempre difíciles, se guiarán por una reflexión ética que tendrá en cuenta el respeto por la dignidad de las personas y el principio de equidad⁴⁶.

A nivel de la Unión Europea, el European Group of Ethics and New Technologies aprobó una declaración en la que, si bien no trata en detalle sobre priorización, adopta una posición inequívoca sobre la preeminencia del principio de la dignidad universal del ser humano: “Todas las políticas y medidas deben basarse invariablemente en la idea básica de igual valor de todos los seres humanos, enraizada en una dignidad humana común”⁴⁷.

En Estados Unidos se ha suscitado una notable controversia en torno a la cuestión que venimos tratando. Algunos Estados, como Alabama o Tennessee, aprobaron directrices que recurrían directamente al criterio de la edad para priorizar. La Oficina de Derechos Civiles (OCR) del Departamento de Salud y Servicios Humanos de los EE. UU. (HHS) se apresuró a reafirmar la prohibición de discriminación

por motivos de raza, color, origen nacional, discapacidad, edad, sexo y ejercicio de conciencia y religión en los programas financiados por el HHS⁴⁸.

En el ámbito nacional encontramos la toma de posición de otra sociedad científica, en este caso la Asociación Española de Bioética y Ética Médica (AEBI), más alineada con los pronunciamientos que acabamos de referir, que subraya tres elementos a la hora de priorizar los recursos: que la asignación se realice “en función de la gravedad de los pacientes, su pronóstico y evolución”; que la decisión siempre sea fruto de “un juicio prudencial que discierna lo más adecuado para cada paciente, evitando el abandono, la futilidad terapéutica, y cualquier forma de discriminación por razón de discapacidad”; y que no se utilice nunca “de forma aislada o principal el criterio de la edad a la hora del acceso de los pacientes a los recursos disponibles”⁴⁹.

Los problemas éticos que suscitan el documento de la SEMICYUC que venimos analizando se acrecientan tanto en lo que se refiere a los mayores como a las personas con discapacidad cuando recoge las siguientes “Recomendaciones Generales”: “Fomentar aquellos procedimientos que faciliten el destete de ventilación mecánica según medicina basada en la evidencia y agilizar los circuitos de traslados a planta y centros de derivación, para poder liberar recursos para otros pacientes” y “En caso de complicaciones, o prevista mala evolución tanto clínica como funcional, plantear la retirada terapéutica sin dilación por futilidad e iniciar la aplicación de medidas paliativas”. Es decir, no solo propone el no aplicar determinados procedimientos a determinados pacientes en beneficio de otros, lo que no es éticamente reprochable, en un contexto de limitación de los recursos, cuando ello, se hace de acuerdo con unos criterios que cumplan con los requisitos

46 La contribution du CCNE à la lutte contre COVID-19 : Enjeux éthiques face à une pandémie, 13 de marzo de 2020, <https://www.ccne-ethique.fr/fr/publications/la-contribution-du-ccne-la-lutte-contre-covid-19-enjeux-ethiques-face-une-pandemie>.

47 European Group of Ethics in Science and New Technologies, *Statement on European Solidarity and the Protection of Fundamental Rights in the COVID-19 Pandemic*, 2 de abril de 2020, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/research_and_innovation/ege/ec_rtd_ege-statement-covid-19.pdf.

48 Health and Human Services Office for Civil Rights in Action, *OCR Bulletin: Civil Rights, HIPAA, and the Coronavirus Disease 2019 (COVID-19)*, 28 de marzo de 2020, <https://www.hhs.gov/sites/default/files/ocr-bulletin-3-28-20.pdf>. Stramondo distingue dos formas de discriminación en la priorización: la burda, que es la que reflejan las guías de Alabama o Tennessee, y la sutil, que entiende habría sido aceptada por la misma Oficina de Derechos Civiles del Department of Health and Human Services en el mencionado boletín, y que consiste en matizar el criterio de la mayor supervivencia, de modo que la supervivencia general se entienda como supervivencia saludable a largo plazo. Así se otorga un peso mayor a la supervivencia de los pacientes jóvenes y sanos que a la de pacientes mayores debilitados por enfermedades crónicas. El criterio de mayor número de vidas salvadas queda restringido por un concepto de salud de carácter discriminatorio que entiende que la vida de una persona sana vale más que la de aquella que tiene una patología crónica o una discapacidad; Stramondo, J., *COVID-19 Triage and Disability: What NOT To Do*, 30 de marzo de 2020, <http://www.bioethics.net/2020/03/covid-19-triage-and-disability-what-not-to-do/>.

49 Asociación Española de Bioética y Ética Médica (AEBI), *Consideraciones bioéticas ante el Covid-19*, 22 de marzo de 2020, http://aebioetica.org/archivos/Consideraciones_2.pdf.

científicos y éticos adecuados y se respete la dignidad y los derechos fundamentales, sino la retirada del tratamiento ya instaurado a pacientes en beneficio de otros preferentes en la priorización.

Sobre esta polémica cuestión, la ya citada Recomendación ad hoc del Comité alemán señala que la posibilidad de retirar un tratamiento de soporte vital a un paciente para aplicárselo a otro no puede considerarse legalmente admisible porque no respondería a los principios consagrados en el ordenamiento jurídico. El propio Comité distingue entre el triaje ex ante y el triaje ex post y considera que los conflictos éticos de este último son más difíciles de salvar desde la perspectiva legal.

Otra cuestión no exenta de cierta polémica es la relevancia que se da a las instrucciones previas (en el documento denominadas voluntades anticipadas), y no porque dicho documento haya de cobrar gran virtualidad en los momentos en los que el individuo que las ha suscrito puede encontrarse en una situación de compromiso vital, que es precisamente el supuesto de hecho principal para el que fueron incorporadas las mismas, sino porque entendemos que la referencia en los términos que se formula puede provocar un excesivo automatismo en su interpretación. Nos dicen las Recomendaciones, literalmente, que “Se debe consultar siempre si el paciente dispone de voluntades anticipadas y seguir sus instrucciones, consultando a los representantes designados en el documento de voluntades anticipadas”, añadiendo, más adelante, que “no ingresar pacientes que hayan dejado escritas sus voluntades anticipadas y que rechacen cuidados intensivos y/o ventilación mecánica, tras corroborar con sus representantes las instrucciones que hay en el documento o con el paciente si es competente”.

Sin embargo, creemos que dicha frase olvida un elemento muy relevante de la figura que incorpora *ex novo* la Ley 41/2002 en su artículo 11, y es que, como dice su apartado 3, no serán aplicadas las instrucciones previas que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas, y obviamente no es difícil pensar que la situación que estamos viendo por su carácter extraordinario exige saber contextualizar lo que se expresa en el documento, huyendo de automatismos. Por ello, una llamada a la necesaria contextualización y reflexión ética sobre la aplicación de unas instrucciones para un supuesto difícilmente previsible como el que estamos viviendo hubiera sido oportuno, creemos, incluirla en dicha referencia expresa a las instrucciones previas que contiene el documento de Recomendaciones. En todo caso, los médicos deberán proceder de ese modo, aunque no lo indiquen expresamente las

mencionadas Recomendaciones, porque están sujetos al imperativo legal mencionado.

El Comité de Bioética de España publicó un informe sobre el problema ético de la priorización a finales de marzo de 2020⁵⁰. En él se rechaza el criterio de la utilidad social para establecer la prioridad en el acceso a los recursos sanitarios escasos. Por el contrario, afirma que, en una sociedad democrática, la titularidad de derechos no puede estar ligada a la posesión o no de un determinado nivel de conocimientos, habilidades o competencias (es decir, a una presunta “utilidad social”) sino a la condición de persona, pues todas las personas tienen idéntico título para el reconocimiento y disfrute de sus derechos por el mero hecho de serlo. Ello le lleva posicionarse radicalmente en contra de la discriminación por razón de la discapacidad o de la edad. Más aún, contempla la posibilidad de que ambos colectivos puedan ser objeto de una asistencia prioritaria que atienda a sus necesidades.

Por lo que respecta a los niños recuerdan que, en la priorización de la asignación de recursos, debe ser atendido el principio del interés superior del menor. Este principio exige dar prioridad a la asistencia a niños y adolescentes tal como recogen el art. 3 de la Convención de Derechos del Niño y la Ley Orgánica 1/1996: “El interés superior del menor primará sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, debiendo constituir un criterio esencial en la priorización de recursos”. Y aunque es infrecuente que el coronavirus cause problemas graves de salud en el grupo de niños y adolescentes, en los que la infección cursa habitualmente de forma más benigna, en la toma de decisiones sobre priorización, el interés superior del menor no puede estar ausente, porque el niño o adolescente puede padecer otra enfermedad distinta que también se vea afectada por la escasez de recursos.

El Comité considera que, si bien debe rechazarse el concepto de valor social, debe defenderse la prioridad en la asistencia al personal sanitario y a aquellos que hacen posible, de forma directa, el desarrollo de su actividad. Y ello, por tres razones: en primer lugar, porque la mejor manera de proteger la salud de todos y cada uno de los individuos es proteger la salud de los profesionales, cuya función directa es garantizar aquella. Protegiendo prioritariamente a los sanitarios, sobre todo a aquellos más directamente involucrados en la asistencia directa

50 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, 25 de marzo de 2020, <http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/Informe%20CBE-%20Priorizacion%20de%20recursos%20sanitarios-coronavirus%20CBE.pdf>.

a pacientes, nos protegemos directamente a todos. En segundo lugar, porque el principio de justicia también exige priorizar a los que, en el beneficio de terceros, han expuesto más intensamente su salud. Y, por último, porque para mantener alta la moral de quienes están en la primera línea del frente de batalla, deben saber que si sufren un quebranto en su salud, recibirán toda la atención que precisen para su recuperación. Como nos recuerda la OMS en sus Recomendaciones ya citadas de 2016, el principio ético de reciprocidad implica que la sociedad debe apoyar a las personas que asumen una carga o riesgo desproporcionado en la protección del bien público. Este principio justifica dar acceso prioritario a los escasos recursos a las personas que asumen riesgos para su propia salud o vida para contribuir a los esfuerzos de respuesta ante la pandemia.

Por tanto, el Comité considera que los sanitarios y otros profesionales de particular importancia para combatir la pandemia deben tener preferencia en el acceso a los recursos disponibles.

A este respecto, José Antonio Seoane recuerda, en términos muy similares a los expresados por el Comité, que si bien la integridad física, la salud o la vida son valores merecedores de respeto en cualquier persona con síntomas o riesgo de infección, en este contexto excepcional no se trata solo de la salud individual, sino de la salud pública, que afecta a la colectividad, y este valor se garantiza mediante la labor asistencial de los profesionales. El profesional asistencial no es per se más valioso o digno que los demás, pero el contexto justifica la prioridad en la atención del profesional cuya intervención resulta decisiva para combatir la pandemia y proteger la salud individual en un mayor número de casos. Y el autor basa su posición en dos argumentos. Primero, por su valor instrumental, porque sirve para salvar a otros y, en tal sentido, maximizar los beneficios esperables, razonamiento que no debe entenderse como un mero criterio pragmático o utilitarista, sino como una combinación de los valores de la eficacia y la equidad. El segundo argumento apela a la reciprocidad que, para ser justa, debe ser una reciprocidad proporcional y no basada en la estricta igualdad. Se trata de prestar a los profesionales una atención proporcional a su conducta y a los riesgos asumidos en el cumplimiento de sus deberes profesionales; no es una conducta supererogatoria, sino una conducta ajustada a la excepcionalidad de la situación que deviene ejemplo de profesionalidad y excelencia⁵¹.

51 Seoane, J.A., “Bioética, lenguaje y COVID-19”, blog Asociación de Bioética Fundamental y Clínica, 1 de abril de 2020, <http://www.asociacionbioetica.com/blog/bioetica-lenguaje-y-covid-19>.

3. EL PAPEL DE LAS SOCIEDADES CIENTÍFICAS EN LA ASIGNACIÓN Y PRIORIZACIÓN DE RECURSOS DESDE LA TEORÍA DE LAS PRESTACIONES SANITARIAS COMO EXPRESIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

Más allá de lo acertado o desacertado de los criterios bioéticos empleados en dichas Recomendaciones, en las que se detecta un desproporcionado peso del utilitarismo, procede preguntarse por el papel de las sociedades científicas en estos tiempos, en los que no se trata tanto de establecer cuáles son los criterios técnico-científicos en los que basar una asistencia adecuada, ajustada a la *lex artis*, sino en los que se deben establecer, con carácter previo, los criterios de distribución de unos recursos repentinamente insuficientes. La pregunta sería, ¿está ética y legalmente facultada una sociedad científica para establecer, no ya unos criterios técnico-científicos de priorización, sino una priorización en el acceso a los mismos?

A este respecto, como ya anticipábamos, el propio Defensor del Pueblo ha manifestado que no es correcto que se impongan textos, como los de las sociedades científicas, que en ningún caso son Derecho aplicable ni vinculan, y más cuando sean contrarios al ordenamiento jurídico de un país democrático. De ahí que exija al Ministerio de Sanidad vigilar esos textos, que pueden convertirse en una praxis perturbadora que comprometa el bien supremo de la vida de las personas con discapacidad.

Una sociedad científica puede nutrir a la sociedad y a la propia Administración Pública de conocimientos técnicos, pero no establecer la priorización ante una limitación de recursos porque es la propia Constitución la que reconoce en su artículo 43 el derecho a la salud y su protección en un sentido integral, como bien individual y colectivo, añadiendo en su apartado 2 que “compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto”. Así pues, por mandato constitucional, la tutela del derecho a la salud no puede quedar en manos de una asociación de Derecho privado, creada al amparo del derecho que se consagra en el artículo 22 de la Constitución.

Pero es que, junto a dicho mandato constitucional de los poderes públicos de tutelar el derecho a la asistencia sanitaria de los ciudadanos, existe también otro deber constitucional que exige hacerlo respetando la igualdad efectiva. Ello se deriva de la previsiones contenidas no solo en los artículos 9 y 14 de

la Constitución, sino también en el artículo 149.1.1 de la Constitución, que dispone que el Estado tiene competencia exclusiva sobre la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales. Así se plasmó en la Ley 14/1986 General de Sanidad que establece en su artículo 3.2: “El acceso y las prestaciones sanitarias se realizarán en condiciones de igualdad efectiva”, estando la política de salud, según su apartado 3, “orientada a la superación de los desequilibrios territoriales y sociales”.

El propio Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública, dictado en el marco de la crisis del coronavirus y al amparo del estado de alarma, refiriéndose a dicha función de unificación de criterios de priorización, dispone, en modificación de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, que “cuando un medicamento, un producto sanitario o cualquier producto necesario para la protección de la salud se vea afectado por excepcionales dificultades de abastecimiento y para garantizar su mejor distribución, la Administración Sanitaria del Estado, temporalmente, podrá: ... b) Condicionar su prescripción a la identificación de grupos de riesgo, realización de pruebas analíticas y diagnósticas, cumplimentación de protocolos, envío a la autoridad sanitaria de información sobre el curso de los tratamientos o a otras particularidades semejantes”. Es decir, se faculta expresamente al Ministerio de Sanidad para establecer los correspondientes protocolos de priorización en el acceso a los recursos sanitarios.

Igualmente, el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, dispone en su artículo 12.2 que, si bien las administraciones públicas autonómicas y locales mantendrán la gestión, dentro de su ámbito de competencia, de los correspondientes servicios sanitarios, asegurando en todo momento su adecuado funcionamiento, el Ministro de Sanidad se reserva el ejercicio de cuantas facultades resulten necesarias para garantizar la cohesión y equidad en la prestación del referido servicio.

En todo caso, resulta obvio que la determinación del reparto de los recursos sanitarios es una función que corresponde a la autoridad sanitaria y más en contextos extremos, en lo que también se debe garantizar el respeto a los derechos fundamentales. Tal decisión tiene naturaleza política y jurídica, no científica. Se trata de un acto normativo administrativo

cuya fundamentación deberá atender, entre otros, a los criterios médico-científicos que suministren las sociedades científicas. Pero en modo alguno puede tratarse de una mera decisión científica.

Como ya denunció Esteve Pardo, el carácter expansivo de la actividad científica y tecnológica no puede ir en detrimento del carácter jurídico-político de la toma de decisiones por parte de las autoridades públicas. Son funciones de distinto contenido las que se encomiendan a los poderes científico y político. El poder científico tiene funciones de información, dictamen y, en definitiva, valoración de riesgos, pero no de decisión. La legitimación científica, por el conocimiento experto y especializado, no alcanza así al poder decisorio, que corresponde a las instancias públicas que tengan atribuidas -por determinación constitucional en último término- tales funciones⁵².

Esteve Pardo añade que, más relevante tal vez que las determinaciones constitucionales sobre las funciones de la ciencia y el Derecho, es la diferencia natural y de objetivos de estos dos poderes. Si a la ciencia no le compete la adopción de decisiones, ello no es solo por falta de legitimación sino, sobre todo, porque ella misma no pretende decidir. No podemos esperar decisiones de la ciencia. No es solo que la ciencia es prudente por naturaleza, sino que sus investigaciones, sus informes, sus resultados frecuentemente expresados en probabilidades, en términos relativos, están permanentemente abiertos a la discusión y la controversia. Existen controversias científicas no resueltas en torno a muchos de los riesgos para la salud que son hoy objeto de debate político y social, y sobre los cuales el Derecho, las instancias y órganos habilitados para ello, deben adoptar importantes decisiones. Esa facultad y obligación de decidir del Derecho, concluye, son al mismo tiempo la grandeza y la servidumbre del Derecho y de sus operadores⁵³.

En similares términos se ha expresado la Pontificia Academia para la Vida, en su Nota sobre la emergencia Covid-19, bajo el título de Pandemia y Fraternidad Universal, de 30 de marzo de 2020, donde afirma que “las decisiones políticas tendrán ciertamente que tener en cuenta los datos científicos, pero no pueden reducirse a este nivel. Permitir que los fenómenos humanos se interpreten sólo sobre la base de categorías de ciencia empírica sólo produciría respuestas a nivel técnico. Terminaríamos con una lógica que considera los procesos biológicos como determinantes de las

52 Esteve Pardo, J., “Ciencia y Derecho ante los riesgos para la salud. Evaluación, decisión y gestión”, *Documentación Administrativa*, nn. 265-266, enero-agosto 2003, p. 142.

53 *Ibidem*.

opciones políticas, según el peligroso proceso que la biopolítica nos ha enseñado a conocer. Esta lógica tampoco respeta las diferencias entre las culturas, que interpretan la salud, la enfermedad, la muerte y los sistemas de asistencia atribuyendo significados que en su diversidad pueden constituir una riqueza no homologable según una única clave interpretativa tecnocientífica”⁵⁴.

Las diferentes normas que regulan las prestaciones sanitarias disponen con claridad que la decisión recae sobre la autoridad sanitaria, como no podía ser de otra manera al amparo del referido mandato constitucional. Véase, a título de ejemplo, el artículo 21.1 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, el cual dispone que “La cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud se actualizará mediante orden de la persona titular del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. El procedimiento para la actualización se desarrollará reglamentariamente”, añadiendo el siguiente artículo 25.1 que “En el seno del Consejo Interterritorial se acordarán los criterios marco para garantizar un tiempo máximo de acceso a las prestaciones del Sistema Nacional de Salud, que se aprobarán mediante real decreto. Las comunidades autónomas definirán los tiempos máximos de acceso a su cartera de servicios dentro de dicho marco”.

Todo ello se deduce también de la doctrina de los Tribunales. Así, puede verse la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 31 de mayo de 2000 (ponente: Requero Ibáñez) que dispone que “para la prestación del servicio sanitario la Administración tiene un deber de puesta de medios, pero dispone de unos medios materiales y humanos limitados, medios que gestiona y con los que tiene que atender, en función de la organización sanitaria, a cierto número de beneficiarios. En este contexto la llamada lista de espera es en sí jurídica y como tal tiene su previsión legal. Así se deduce, por ejemplo, del artículo 16.2 de la Ley 4/86, de 25 de abril, General de Sanidad en relación con el artículo 28.2 del RD 521/87, de 15 de abril, sobre Hospitales gestionados por el INSALUD; también se refleja en la OM de 1 de marzo de 1999 o en el Acuerdo 4º de la Resolución de 26 de octubre de 1998; es más, algunas normas autonómicas regulan esa realidad como es la Ley Foral 12/99, de 6 de abril, o la Ley 2/89, de 21 de abril, del Servicio Aragonés de Salud”.

54 Pontificia Academia para la Vida, *Pandemia y Fraternidad Universal*, Ciudad del Vaticano, 2020, p. 4. Puede accederse a dicha Nota a través de la web de la Pontificia Academia, en <http://www.academyforlife.va/content/pav/it/notizie/2020/pandemia-e-fraternita-universale.html>.

Igualmente, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 31 de octubre de 2000 (Ar. 10045), en la que se refiere a la libertad de prescripción del médico, ha venido a reconocer que el ejercicio de la libertad de actuación médica en el ámbito concreto de la prescripción de medicamentos ha de coonestarse, dentro de un sistema público de protección de la salud, con el principio de uso racional de los medicamentos que consagra nuestro ordenamiento jurídico y que se encuentra auspiciado por la Organización Mundial de la Salud y el Consejo de Europa. Tal límite a la libertad de prescripción viene exigido por el carácter limitado de los recursos económicos para sufragar los productos farmacológicos existentes en el mercado, no pudiendo prescindirse mediante invocación a la libertad de prescripción médica de la realidad social y económica en que se inserta ese modo profesional.

Recuerda el Tribunal Supremo que los derechos, incluso los de reconocimiento constitucional, no son absolutos, y que la libertad de prescripción ha de venir condicionada por el deber de los poderes públicos derivado del artículo 43 de la Constitución de mantener un sistema público de salud, asequible a todos en condiciones de igualdad. El uso racional de los medicamentos en el Sistema Nacional de Salud, de la que forma parte su financiación pública, es una exigencia lógica de un sistema público que, en defensa de los intereses generales, ha de buscar el equilibrio entre la racionalización del gasto, la limitación de los recursos, la gravedad de las patologías, la necesidad de ciertos colectivos y la utilidad terapéutica y social de los medicamentos.

En similares términos se ha expresado Sentencia del Tribunal Constitucional en la que se enjuicia la constitucionalidad del Real Decreto-ley 16/2012, por el que se implementaron diferentes medidas de racionalización del gasto sanitario, empezando por la propia definición de la condición de beneficiario del sistema público de salud. Pues bien, el Tribunal Constitucional en fecha 21 de julio de 2016, declaró que el legislador posee una destacada libertad de configuración del derecho consagrado en el artículo 43.2 de la Constitución, dada la ubicación sistemática de este precepto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53.3. La sostenibilidad del sistema sanitario público impone a los poderes públicos la necesidad de adoptar medidas de racionalización del gasto sanitario, necesarias en una situación caracterizada por una exigente reducción del gasto público, de manera que las administraciones públicas competentes tienen la obligación de distribuir equitativamente los recursos públicos disponibles y favorecer un uso racional de este Sistema (con cita del ATC 96/2011, de 21 de junio, FJ 6).

Así pues, si bien la sociedad científica, al amparo de la libertad profesional de los médicos, que consagra la propia Constitución, puede fijar cuáles son los criterios que determinan que tal libertad se ejerza adecuadamente de conformidad con las exigencias de la *lex artis*, ello no supone que pueda subrogarse funciones de organización de las prestaciones públicas de salud que únicamente pueden corresponder a los poderes públicos. La libertad de actuación médica, y, por ende, las facultades de las sociedades científicas deben ser interpretadas de conformidad con el deber que los poderes públicos tienen de mantener un sistema de público de salud según se deriva del artículo 43 de la Constitución. Interpretar la libertad de actuación médica, es decir, el derecho consagrado en el artículo 35 de la Constitución de conformidad con tal deber que establece el artículo 43 no es limitar el derecho sino delimitar su contorno de eficacia dentro de un sistema público de salud. La libertad profesional del médico y de las asociaciones científicas que representan a las diferentes especialidades se encuentra delimitada constitucionalmente por la previsión contenida en el artículo 43.

En palabras de Pemán Gavín, la posición jurídica del ciudadano en relación con el acceso a las prestaciones sanitarias reconocidas está sólidamente construida y queda configurada con todas las características del derecho subjetivo plenamente accionable en vía administrativa y jurisdiccional⁵⁵. Por tanto, la limitación o suspensión del derecho a la asistencia sanitaria que supone la priorización de la asistencia, ya sea a través de la lista de espera quirúrgica, del triaje en urgencias o de la decisión acerca de qué pacientes y cuáles no tienen acceso a las UCIs o a determinadas medidas de soporte vital en el contexto de una pandemia no es un acto de naturaleza científica o médica, sino un acto necesariamente jurídico y que, como tal, debe estar previsto y regulado normativamente. Cuestión distinta es que dicho acto pueda adoptarse al margen de un criterio científico o sin atender a razones de índole médica, porque como tal acto jurídico debe estar fundamentado no solo en la racionalidad formal (véase, sustancialmente, el principio de proporcionalidad) sino también en la racionalidad material.

4. CONCLUSIÓN

Es difícil negar que la pandemia provocada por el nuevo virus SARS CoV-2 ha cogido desprevenida a la humanidad y ha desencadenado una crisis sanitaria sin precedentes en el último siglo. Urge

relanzar la reflexión bioética sobre las pandemias pues no cabe duda que gestionarlas constituye una responsabilidad moral.

Aunque son muchos los problemas bioéticos cruciales planteados por una pandemia como la actual, en este trabajo nos hemos centrado en uno particularmente dramático: el relativa a los principios que deben informar cualquier directriz sobre priorización en la asignación de recursos sanitarios cuando resultan insuficientes para atender necesidades graves y acuciantes. De esta cuestión trató el Comité de Bioética de España en su informe de 25 de marzo de 2020.

De acuerdo con lo aprobado en ese informe, entendemos que el utilitarismo no debe triunfar a la hora de priorizar porque no lo permite nuestro ordenamiento jurídico y resulta contrario a la bioética. No cabe priorizar atendiendo a la edad ni a la discapacidad, como no cabría hacerlo atendiendo a la raza, la religión o el sexo. La aprobación de criterios de priorización es una decisión normativa de la autoridad pública, puesto que tiene que ver con el ejercicio y limitaciones del derecho a la asistencia sanitaria. Ninguna sociedad científica puede atribuirse esta prerrogativa, aunque lógicamente deberán participar en el momento en que se determinen esos criterios.

Por último, consideramos que los profesionales sanitarios merecen un tratamiento prioritario en el acceso a los recursos sanitarios cuando los precisen. Son ellos los que, exponiendo cada día sus vidas en España y en todo el mundo, nos están sacando de la crisis. A ellos, con los que la pandemia se ha cebado, queremos dedicar este trabajo.

⁵⁵ Pemán Gavín, J., “Las prestaciones sanitarias públicas: configuración actual y perspectivas de futuro”, cit., p. 115.