

49

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

LES PRÉVÈTE ET PRO

Revista

Enero 2022

49

Revista Penal

Penal

Enero 2022



tirant
lo blanch

tirant
lo blanch



Revista Penal

Número 49

Sumario

Doctrina:

- Editorial: Enzo Musco, in memoriam, por *Juan Carlos Ferré Olivé*..... 5
- La justificación penal de la desconexión letal de aparatos médicos. A propósito de la reasignación de respiradores en contextos dilemáticos (triaje ex post), por *Ivó Coca Vila* 7
- El delito de abandono del lugar del accidente, por *Javier García Amez*..... 26
- La convocatoria y celebración de referéndums y consultas ilegales: ¿delito?, por *José León Alapont*..... 38
- La cuestión de la gestación subrogada en el Ordenamiento jurídico italiano. La coexistencia de una prohibición de sanciones penales con la necesidad imperiosa de reconocer el vínculo filial, por *Lavinia Messori y Matteo Caldironi* 61
- La “sociedad del miedo” y el discurso terrorista. Algunas consideraciones sobre el delito de difusión de mensajes o consignas terroristas, por *Elena Núñez Castaño* 77
- Blanqueo, corrupción política y función pública. Una nueva agravación penal bajo el umbral de la Unión Europea, por *Miguel Ángel Núñez Paz*..... 101
- El menor como sujeto pasivo en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, por *Enrique Orts Berenguer y Margarita Roig Torres* 116
- Del Derecho penal represivo al preventivo. Un desafío a la transmisión intergeneracional de la violencia penal, por *Laura Pascual Matellán*..... 126
- La (infinita) reforma del Derecho penal empresarial, por *Martin Paul Waßmer* 137
- La Fiscalía General del Estado y los delitos de odio: ¿una falta de respeto al Derecho internacional?, por *Marta Rodríguez Ramos* 146
- La Ley Orgánica reguladora de la eutanasia y la adaptación del Código Penal, por *Carlos María Romeo Casabona* 160
- Los ataques de denegación de servicios como ciberdelito en el Código Penal español, por *M^a Ángeles Rueda Martín* 183
- Sistemas penales comparados:** Financiación ilegal de los partidos políticos (*Illegal financing of political parties*)..... 217

Bibliografía:

- **Recensión:** Discurso jurídico y método científico en el Derecho penal de nuestro tiempo. Reseña de “El Derecho penal en el Estado democrático de Derecho”, de Bernd Schünemann (Madrid: Reus/ Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2019, 107 páginas), por *Eduardo Demetrio Crespo*..... 277

* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano: <http://tabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



UCLM
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA



UNIVERSIDAD
PABLO DE OLAVIDE



Arias Montano
Repositorio Institucional
de la Universidad de Huelva

tirant lo blanc

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferrreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Carlos Martínez- Buján Pérez, Univ. A Coruña
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Alessandro Melchionda. Univ. Trento
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Norberto de la Mata Barranco, Univ. País Vasco	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P. Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecasas. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I ^o	John Vervaele. Univ. Utrecht
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío	

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Carmen González Vaz (Universidad Isabel I^o, Burgos), José León Alapont (Universidad de Valencia), Pablo Galain Palermo (Universidad Nacional Andrés Bello de Chile), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Eva Rulands (Alemania)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Campo Elías Muñoz Arango (Panamá)
Alexis Couto de Brito y Jenifer Moraes (Brasil)	Victor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Paula Andrea Ramírez Barbosa (Colombia)	Blanka Julita Stefańska (Polonia)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)	Frederico de Lacerda Costa Pinto (Portugal)
Elena Núñez Castaño (España)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Lavinia Messori (Italia)	Pablo Galain Palermo y Renata Scaglione (Uruguay)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>



La justificación penal de la desconexión letal de aparatos médicos. A propósito de la reasignación de respiradores en contextos dilemáticos (triaje *ex post*)

Ivó Coca Vila

Revista Penal, n.º 49 - Enero 2022

Ficha técnica

Autor: Ivó Coca Vila

Adscripción institucional: *Tenure Track* – Ramón y Cajal (Universidad Pompeu Fabra) e Investigador en el Max-Planck-Institut zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht

Title: The justification for lethal disconnection of medical devices. The reassignment of ventilators in dilemmatic contexts (*ex post* triage).

Sumario: 1. Introducción. 2. La justificación de la reasignación de aparatos médicos (triaje *ex post*). 3. El triaje *ex post* como injerencia no justificable en la esfera jurídica del paciente intubado. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

Summary: 1. Introduction. 2. The justification of the reassignment of medical devices (*ex post* triage). 3. *Ex post* triage as an unjustifiable interference in the legal sphere of the intubated patient. 4. Conclusions. 5. References.

Resumen: Son muchos los autores que en los últimos tiempos han defendido la legitimidad de la interrupción de un tratamiento de respiración mecánica a fin de poder reasignar el respirador a un nuevo paciente con un mejor pronóstico de éxito. El homicidio del médico habría de quedar justificado por colisión de deberes. En este trabajo defiende que esta conclusión es inasumible. Dado que el paciente ya intubado goza sobre el ventilador de un derecho consolidado, la interrupción no consentida del tratamiento, en tanto que injerencia en su posición jurídica, solo puede justificarse en estado de necesidad agresivo. Asumida la imponderabilidad (cualitativa) de la vida humana, el médico nunca puede salvar con la extubación del primer paciente un interés esencialmente preponderante, así que el triaje *ex post* no puede quedar penalmente justificado.

Palabras clave: interrupción cursos causales salvadores; desconexión de aparato médico; triaje *ex post*; eutanasia; colisión de deberes; estado de necesidad agresivo.

Abstract: Many criminal law scholars have recently defended the legitimacy of discontinuing —against the patient’s will— mechanical ventilation in order to reassign the ventilator to a new patient whose treatment will ensure a better chance of success. According to this view, the physician’s homicide by interrupting the ongoing treatment is justified by a collision of duties. In this paper I argue that this conclusion is wrong. Given that the intubated patient has a consolidated claim over the ventilator, its withdrawal constitutes the infringement of a patient’s right, which can only be justified by the state of aggressive necessity defense. Nevertheless, assuming the (qualitative) imponderability of human life, the withdrawal of mechanical ventilation never would protect a substantially outweighs interest, so that *ex post* triage cannot in any case be justified.

Keywords: double-prevention of harm; withdrawing mechanical treatment; *ex post* triage; euthanasia; conflicting duties defense; aggressive necessity defense.

Observaciones: Este artículo se enmarca en la ejecución del proyecto de investigación DER2017-82232-P (AEI/FEDER, UE).

Rec.: 23-07-2021 **Fav.:** 03-08-2021

1. INTRODUCCIÓN

La ciencia penal continental viene desde antaño ocupándose de la estructura dogmática de la interrupción de un curso causal salvador¹. Especialmente controvertida sigue resultando la valoración penal de la interrupción de un curso causal salvador propio, esto es, aquella variante en la que es el mismo sujeto que ha puesto en marcha el curso salvador quien posteriormente lo interrumpe. En esta estructura, tematizada también bajo la etiqueta de la “tentativa interrumpida de cumplimiento de un mandato” (*abgebrochene Gebotsbefüllungsversuch*)², se da la particularidad de que el resultado finalmente acaecido es el mismo que cabía esperar en caso de que el agente que interrumpe el curso causal salvador no lo hubiera siquiera iniciado. A su vez, es común distinguir en la doctrina penal entre dos ulteriores subestructuras en función de si el sujeto que interrumpe el curso salvador propio es un auxiliar *quavis ex populo*, ya sea un auxiliar altruista o uno obligado por un deber de solidaridad mínima (art. 195 CP); o un garante obligado a evitar el resultado lesivo que amenaza al necesitado (art. 11 CP). Como ejemplo paradigmático de la primera subestructura suele mencionarse el caso de quien, después de entregar en correos la carta en la que se denuncia la próxima comisión de un delito grave (art. 450.2 CP), la reclama con éxito, impidiendo así que llegue a conocimiento de la policía. La interrupción de un curso causal salvador propio por parte de un garante suele ejemplificarse mediante el supuesto del socorrista que tras haber lanzado un salvavidas al agua atado a una cuerda advierte que quien peligra de morir ahogado es su acérrimo enemigo, por lo que instantes antes de que el necesitado pue-

da asirse al salvavidas estira bruscamente de la cuerda, condenándolo a una muerte segura.

Entre los supuestos de interrupción de un curso salvador propio iniciado por un auxiliar garante viene desde antaño discutiéndose con especial intensidad el caso de la desconexión por parte de un médico (garante) del aparato que mantiene con vida a un paciente³. Piénsese, en una máquina corazón-pulmón, en un respirador artificial o en una sonda nasogástrica de alimentación o hidratación de la que depende la vida del paciente. Esta subestructura, además de tener una gran relevancia práctica, presenta dos peculiaridades que hacen su valoración jurídico-penal especialmente compleja⁴. Por un lado, se trata de supuestos en los que la necesidad de la víctima es duradera. Es decir, el peligro para la vida del paciente no queda conjurado con la conexión al respirador artificial, sino tras un largo periodo de tiempo en el que el respirador posibilita la progresiva mejora del paciente. Por el otro, en los casos que aquí nos interesan, el curso salvador requiere de sucesivas intervenciones por parte del equipo médico responsable tras la conexión inicial del paciente al aparato médico. Se trata este, en definitiva, de un medio salvador no autosuficiente⁵.

La discusión penal sobre la desconexión de un paciente de un aparato médico que lo mantiene con vida se ha centrado históricamente en concretar su carácter activo u omisivo⁶. Ello habría de servir a su vez para determinar la eventual relevancia del comportamiento del médico en atención a los tipos de homicidio (art. 138 CP) y cooperación ejecutiva al suicidio (art. 143.3 CP). La doctrina penal contemporánea, asumiendo por lo general una concepción sabidamente artificiosa del respirador como mecanismo salvador autárquico⁷, coincide en afirmar que el médico que interrumpe el

1 Entre nosotros, fundamental, SILVA SÁNCHEZ, «Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia», en *Homenaje al Profesor Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 1007 ss.; EL MISMO, «Interrupción de cursos salvadores ajenos dentro de la propia esfera de organización: un problema de justificación», en DA COSTA ANDRADE et al. (eds.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, v. II, 2011, pp. 979 ss.; EL MISMO, «Frustración de oportunidades terapéuticas», *InDret*, (1), 2019, pp. 1 ss.; GIMBERNAT ORDEIG, «La causalidad en la omisión impropia y en la llamada “omisión por comisión”», *ADPCP*, (LIII), 2000, pp. 72 ss.; EL MISMO, «Una tercera forma de realización del tipo: La interrupción de cursos causales salvadores», *Revista Cenipec*, (25), 2006, pp. 367 ss.; y monográficamente, LERMAN, *La Omisión por Comisión*, 2013. En Alemania, también monográficamente, vid. p.ej., WINTER, *Der Abbruch rettender Kausalität*, 2000; o REINHOLD, *Unrechtszurechnung und der Abbruch rettender Verläufe*, 2009.

2 KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, 2006, pp. 122 s.

3 Entre nosotros, en detalle, vid. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2ª ed., 2010, pp. 311 ss.; o REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, 1996, pp. 374 ss. En la discusión alemana, SCHNEIDER, *Tun und Unterlassen beim Abbruch lebenserhaltender medizinischer Behandlung*, 1997.

4 De ello da cuenta ya LERMAN, *La Omisión por Comisión*, 2013, p. 305.

5 Cfr. McMAHAN, «Killing, Letting Die, and Withdrawing Aid», *Ethics*, (2), 1993, p. 262: el respirador bloquea el curso de peligro, no lo elimina.

6 Entre nosotros, en profundidad, TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho Penal*, 1999, pp. 474 ss.

7 Al respecto, vid. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2ª ed., 2010, p. 314, quien pese a reconocer que los respiradores exigen de un seguimiento constante por parte del equipo médico para cumplir su función, asume en sus reflexiones —en consonancia con la doctrina mayoritaria— que con la conexión del paciente la tentativa de salvamento está acabada. Al respecto, vid. igualmente VON DELLINGSHAUSEN, *Sterbehilfe und Grenzen der Lebenserhaltungspflicht des Arztes*, 1981, pp. 431 s.

tratamiento a instancias del paciente actúa de forma penalmente atípica o justificada⁸. Lo controvertido a día de hoy es, más bien, cómo fundamentar esta conclusión. Es posiblemente mayoritaria la tesis según la cual la interrupción de un tratamiento con un respirador constituiría —normativamente contemplada— una mera omisión (por comisión) a tratar de forma equivalente a la atípica no iniciación de un tratamiento médico a instancias del paciente⁹. Quienes siguen concibiendo la interrupción del tratamiento como un comportamiento activo fundamentan la atipicidad (o justificación) del comportamiento del médico apelando generalmente al principio de autonomía del paciente¹⁰. Este es también el axioma al que recurre en Alemania un sector doctrinal en auge que, apoyado en la jurisprudencia más reciente en aquel país¹¹, aboga por abandonar a tales efectos la distinción entre actuar y omitir. Lo decisivo, asumido el consentimiento del paciente, habría de ser, más bien, si el médico se injiere o no en la esfera de organización del paciente¹². Dado que la interrupción de un tratamiento con un ventilador no constituiría nunca una injerencia en su esfera, tal comportamiento no constituiría un homicidio a petición penalmente típico.

La anterior discusión tiene siempre lugar bajo la premisa de que el paciente, en estado terminal o no, ha consentido la interrupción del tratamiento médico. Mucho menor interés ha recibido hasta el momento la

pregunta por la posibilidad de justificar esa misma interrupción cuando se produce en contra de la voluntad del paciente. Dejando desde ahora a un lado los supuestos en los que la desconexión se produce por falta de indicación médica¹³, son básicamente dos las situaciones de conflicto que aquí se presentan. Por un lado, se plantea la posibilidad de justificar la interrupción unilateral del tratamiento en atención a los (altos) costes médicos que supone mantener con vida a quien ya no podrá recuperar la consciencia¹⁴. Por el otro, y esta es la cuestión que interesa en lo que sigue, la interrupción del tratamiento médico en contra de la voluntad del paciente puede tener a lugar a fin de emplear el aparato liberado para atender a un segundo paciente igualmente en peligro de muerte¹⁵. Ya WELZEL presentó de forma meridiana este dilema de la mano de su célebre caso de la máquina-corazón-pulmón:

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

8 Mientras que para algunos autores ello valdría con independencia del estado en el que se encontrara el paciente (así p.ej., NEUMANN, «Vorbemerkungen zu § 211», en KINDHÄUSER et al. [eds.], *Nomos Kommentar-StGB*, 5ª ed., 2017, nm. 126 ss., 131); otros limitan la exclusión de la responsabilidad penal a los supuestos en los que el paciente que solicita la interrupción del tratamiento sufre graves padecimientos crónicos (eutanasia pasiva) o carece de cualquier opción de recuperar una vida plena e independiente (vid. p.ej., SILVA SÁNCHEZ, «La responsabilidad penal del médico por omisión», *La Ley*, [18819], 2001, p. 10).

9 Cfr. entre otros muchos ROXIN, «En el límite entre comisión y omisión», en EL MISMO, *Problemas básicos del Derecho penal*, 2ª ed., 2017, pp. 317 ss. A la misma conclusión llega SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2ª ed., 2010, pp. 311 ss., para quien toda interrupción de un curso causal salvador propio en estado de tentativa debe considerarse una omisión (de garante) tras injerencia. El deber de salvamento de garante decae cuando el garantizado se opone a ser tratado.

10 Cfr. tempranamente SAMSON, «Begehung und Unterlassung», en STRATENWERTH (ed.), *Festschrift für Hans Welzel*, 1974, p. 602; y, en los últimos tiempos, STILLER, *Sterbehilfe und assistierte Suizid*, 2020, pp. 109 ss. Entre nosotros, en esta línea, vid. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho Penal*, 1999, p. 489 s.: cooperación ejecutiva al suicidio (art. 143.4 CP) justificada por colisión de deberes en atención al derecho fundamental del paciente a mantener el propio cuerpo libre de intromisiones no queridas (art. 15 CE).

11 BGH 2 StR 454/09 – Urteil vom 25. Juni 2010 (LG Fuda): la “interrupción del tratamiento” médica consentida por el paciente como “supraconcepto normativo-valorativo” que incorpora tanto acciones como omisiones.

12 En este sentido, cfr. JAKOBS, «Interrupción del tratamiento médico a petición del paciente y el § 216 StGB (homicidio a petición de la víctima)», en EL MISMO, *Estudios de Derecho Penal*, 1997, pp. 416 ss.; EL MISMO, «La imputación penal de la acción y de la omisión», *ADPCP*, (XLIX), 1996, pp. 868 s.; EL MISMO, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., 1997, 7/63; MERKEL, «Die Abgrenzung von Handlungs- und Unterlassungsdelikt», en PUTZKE (ed.), *Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg*, 2008, pp. 196 ss. Entre nosotros, niega también relevancia normativa a la distinción acción/omisión, JUANATEY DORADO, *Derecho, suicidio y eutanasia*, 1994, pp. 318 ss., 323 s., aunque sin tomar posición respecto a la posible justificación de la desconexión no consentida.

13 En detalle, cfr. ESER/STERNBERG-LIEBEN, «Vor § 211 ff.», *Schönke/Schröder-StGB Kommentar*, 30ª ed., 2019, nm. 29 ss.; o ROMEO CASABONA, *El Derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, 1994, pp. 444 ss.

14 Vid. al respecto PAWLIK, «Das Recht der Älteren im Strafrecht», en BECKER/ROTH (eds.), *Recht der Älteren*, 2013, pp. 127 ss., 158 ss.; EL MISMO, «Einseitige Therapiebegrenzung und Autonomiegedanke. Über die Kehrseite einer Emanzipationsformel», en FREUND (ed.), *Festschrift für Wolfgang Frisch*, 2013, pp. 705 ss.

15 Cfr. DAHM, *Ärztliche Entscheidung unter Reanimationsbedingungen aus rechtlicher Sicht und “passive” Euthanasie*, 1978, pp. 175 ss.; o KÜNSCHNER, *Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht und Patientenauswahl*, 1991, pp. 344 ss.

vivir si es conectado a la máquina. Como era de esperar, A muere tras ser desconectado¹⁶.

WELZEL negaba la posibilidad de justificar el homicidio cometido por el cirujano. Su hecho, a lo sumo, quedaría exculpado, siempre y cuando aquel respetara un requisito procedimental, a saber, hubiera recabado la intervención de otro colega especialista para controlar su dictamen relativo a las probabilidades de éxito de cada uno de los pacientes¹⁷. La doctrina penal contemporánea dominante tampoco admite la justificación del homicidio del médico¹⁸, siendo mayoría el número de autores que niega incluso la posibilidad de exculpar al médico¹⁹. En este lugar me limito a enunciar sucintamente los argumentos que habrían de sustentar la tesis de la doctrina mayoritaria²⁰. En contra de la justificación del homicidio cometido por el médico se afirma que el interés del nuevo paciente con una mejor perspectiva de éxito, dada la imponderabilidad (cualitativa) de la vida humana²¹, no constituiría nunca un interés esencialmente preponderante en el sentido demandado por

la regla de justificación del estado de necesidad agresivo (§ 34 StGB)²². Esta sería precisamente la regla de justificación aplicable a los conflictos entre deberes de actuar y omitir: el médico debe omitir, esto es, respetar la prohibición de no extubar al primer paciente, salvo que el interés protegido por el mandato en favor del paciente recién ingresado preponderara esencialmente frente al protegido por la prohibición²³. El hecho de que el médico esté también obligado por un deber de garantía para con el nuevo paciente no le otorga ningún derecho especial de injerencia en la posición jurídica del paciente intubado²⁴. Y contra una posible exculpación se ha argüido, por un lado, que el médico no podría actuar exculpablemente en auxilio necesario, pues no tiene un vínculo especial con el paciente salvado²⁵. Por el otro, dado que el médico desplazaría el mal a un sujeto no involucrado en la comunidad de peligro (comunidad de peligro secundaria), sin que con ello logre maximizar el número de vidas humanas salvadas²⁶, tampoco cabría plantear una exculpación suprallegal o una exclu-

16 WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, § 23, p. 185.

17 WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, § 23, p. 185.

18 Cfr. ROXIN/GRECO, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre* v. I, 5ª ed., 2020, § 16, pp. 854 s., nm. 33; o JAKOBS, *Derecho Penal. PG*, 2ª ed., 1993, 13/23, n. 47. Entre nosotros, en este mismo sentido, vid. p.ej., BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, p. 226, n. 508. La opinión contraria fue tempranamente defendida por LENCKNER, «Ärztliche Hilfeleistungspflicht und Pflichtenkollision», *Med. Klein.*, (64:21), 1969, pp. 1004 ss.: la interrupción del tratamiento es una omisión a justificar por colisión de deberes; y aunque más dubitativo, próximo, KÜPER, «Noch einmal: Rechtfertigender Notstand, Pflichtenkollision und übergesetzliche Entschuldigung», *JuS*, (9), 1971, p. 476. En favor de otorgar libertad de decisión al médico en el marco de un espacio libre de Derecho, DINGELDEY, «Pflichtenkollision und rechtsfreier Raum», *Jura*, (9), 1979, pp. 478 ss.

19 En detalle, vid. KÜNSCHNER, *Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht und Patientenauswahl*, 1991, pp. 362 ss.

20 Con más detalle, vid. COCA VILA, «Triage y colisión de deberes jurídico-penal. Una crítica al giro utilitarista», *InDret*, (1), 2021, pp. 177 ss.

21 Al respecto, en profundidad, vid. WILENMANN, «Imponderabilidad de la vida humana y situaciones trágicas de necesidad», *InDret*, (1), 2016, pp. 1 ss.

22 Cfr. p.ej., ROXIN/GRECO, *AT*, v. I, 5ª ed., 2020, § 16, nm. 33, con ulteriores referencias. Aunque el art. 20.5 CP no exige expresamente que el necesitado salve un interés esencialmente preponderante, una diferencia de este tipo es también exigida en nuestro país por los defensores de la teoría de la diferenciación. En profundidad, vid. p.ej., BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, pp. 160 ss. De otra opinión, paradigmático, GIMBERNAT ORDEIG, «El estado de necesidad: un problema de antijuricidad», en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., 1990, pp. 218 ss. Sobre la aproximación unitaria al estado de necesidad, vid. además SÁNCHEZ DAFALUCE, *Sobre el estado de necesidad existencial*, 2016, pp. 133 ss. Recientemente, crítico con la exigencia de una prevalencia esencial para la justificación en estado de necesidad agresivo, vid. además MOLINA FERNÁNDEZ, «Estado de necesidad, colisión de deberes y la navaja de Ockham», en DE VICENTE REMESAL et al. (eds.), *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña*, v. 1, 2020, pp. 855 ss., 864 ss., quien entiende no obstante que en la ponderación ha de introducirse "la distribución justa como un elemento de valoración de primer orden" (p. 882), por lo que no necesariamente cabría justificar ex art. 20.5 CP el homicidio activo de un inocente para salvar a otro sujeto también inocente en peligro.

23 Entre nosotros, asimismo, cfr. p.ej., BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, pp. 243 ss.; o CUELLO CONTRERAS, «La justificación del comportamiento omisivo», *ADPCP*, (XLIII), 1990, pp. 497 ss.

24 Cfr. p.ej., RONNAU, «Vor §§ 32 ff», *LK-StGB*, 13ª ed., v. III, 2019, nm. 123; o BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, pp. 244 s.

25 Cfr. ya DAHM, *Ärztliche Entscheidung unter Reanimationsbedingungen aus rechtlicher Sicht und "passive" Euthanasie*, 1978, p. 190. Aunque el art. 20.5 CP, a diferencia del § 35 StGB, no exige expresamente que el autor esté vinculado con el beneficiario de su hecho antijurídico, un importante sector de la doctrina española (cfr. p.ej. MARTÍN LORENZO, *La exculpación penal*, 2009, p. 429) deriva este mismo requisito del fundamento mismo de la causa de exculpación.

26 Sobre ello, vid. p.ej., ROXIN/GRECO, *AT*, v. I, 5ª ed., 2020, § 22 nm. 161 ss.

sión de la punibilidad basada en razones estrictamente consecuencialistas o de necesidad de pena²⁷.

Este amplio consenso acerca de la antijuridicidad de la “extubación salvadora” ha llegado sin embargo en los últimos meses a su fin. Son muchos los autores que se han pronunciado recientemente en favor de la justificación de la interrupción del tratamiento — todavía indicado — con un respirador a fin de poder atender a un nuevo paciente con una (mucho) mejor perspectiva de éxito²⁸. Elisa HOVEN parece incluso defender ahora que el médico está penalmente obligado a desconectar al primer paciente a fin de atender al nuevo con un mejor pronóstico²⁹.

A esta nueva corriente subyace un pensamiento consecuencialista y colectivista que, como he defendido en otro lugar³⁰, pese a contar con un especial encanto en tiempos de excepción, resulta altamente problemático como fundamento de un sistema liberal de causas de justificación. En este trabajo, sin embargo, dejo desde ya a un lado las premisas iusfilosóficas de esta corriente para centrarme en la dimensión dogmática del problema aquí planteado. Y más concretamente, el objetivo en lo que sigue es mostrar que, asumiendo que la vida de un paciente con un mejor pronóstico no representa un interés esencialmente preponderante frente al del paciente intubado con peor pronóstico (imponderabilidad cualitativa de la vida humana)³¹, la interrupción del tratamiento por parte del médico no puede ser penalmente justificada. A tal fin, expongo a continuación (2) de forma sucinta los argumentos dogmáticos centrales en favor de la justificación del triaje *ex post*. Quien conozca la reciente discusión sobre la justificación del triaje puede saltarse este apartado y retomar la lectura

en el apartado (3), en el que definiendo la imposibilidad de legitimar el triaje *ex post* en tanto que injerencia — no justificable en estado de necesidad (agresivo) — en la esfera jurídica del paciente ya intubado. El presente trabajo concluye con un último apartado (4) dedicado a condensar las principales tesis defendidas en lo que sigue.

2. LA JUSTIFICACIÓN DE LA REASIGNACIÓN DE APARATOS MÉDICOS (TRIAJE *EX POST*)

2.1. La irrelevancia normativa de la intubación

La tesis central de quienes entienden justificable el triaje *ex post* reza así: el paciente intubado no goza de un derecho fuerte o consolidado sobre el ventilador del que se vale. Lo único que distingue al paciente intubado y al recién llegado es que el primero posee (fácticamente) el ventilador³². En consecuencia, la interrupción del tratamiento por parte del médico responsable no constituye una injerencia en la esfera jurídica a justificar según la estricta regla del estado de necesidad agresivo³³. Asumir, por el contrario, que el primer paciente tiene un mejor estatus frente a posteriores pacientes por el mero hecho de haber llegado antes al hospital sería irracional y contrario al interés general en maximizar el uso de un instrumento salvador público y escaso³⁴. Hasta donde alcanzo, son dos los principales argumentos esbozados en defensa de la tesis acabada de presentar.

En primer lugar, se afirma que, en la medida en que la pretensión del paciente intubado sobre el respirador no trae causa de un derecho de defensa o negativo (*Abwehrrecht*), sino de un mero derecho de prestación o participación (*Teilhaberecht*), esto es, del derecho a la

27 Cfr. ROXIN/GRECO, AT, v. I, 5ª ed., 2020, § 22 nm. 161 ss. Vid. sin embargo DAHM, *Ärztliche Entscheidung unter Reanimationsbedingungen aus rechtlicher Sicht und “passive” Euthanasie*, 1978, pp. 194 ss., quien abre la puerta a una causa de exclusión de la punibilidad basada en la falta de reproche ético.

28 En este sentido, entre otros muchos, vid. p.ej., GAEDE et al., «Rechtmäßiges Handeln in der dilemmatischen Triage-Entscheidungssituation», *medstra*, (3), 2020, p. 135; o FRISTER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 9ª ed., 2020, 22/63. En la discusión bioética española, en favor del triaje *ex post* “a fin de maximizar los beneficios”, cfr. p.ej., MARTIN-FUMADÓ et al., «Consideraciones éticas y médico-legales sobre la limitación de recursos y decisiones clínicas en la pandemia de la COVID-19», *Revista española de medicina legal*, (46:3), 2020, p. 123.

29 Cfr. HOVEN, «Die »Triage«-Situation als Herausforderung für die Strafrechtswissenschaft», *JZ*, (9), 2020, p. 454, n. 55: “La obligación de interrumpir el tratamiento puede ser incluso preferente, por ejemplo, si el paciente recién ingresado tiene muchas más posibilidades de tratamiento”.

30 Cfr. en detalle COCA-VILA, «Strafrechtliche Pflichtenkollision als Institut der Maximierung der Zahl der Überlebenden? Eine Kritik der utilitaristischen Wende in der Triage-Diskussion», *GA*, (8), 2021, pp. 452 ss.; y resumidamente, EL MISMO, *InDret*, (1), 2021, pp. 177 ss.

31 Asumo igualmente en lo que sigue que un comportamiento típico solo puede ser justificado en estado de necesidad agresivo cuando el mal evitado es mucho mayor al causado. Siendo así, tanto el afectado por el comportamiento típico como los potenciales terceros están obligados a tolerar la conducta justificada en estado de necesidad agresivo. Al respecto, con ulteriores referencias, vid. COCA VILA, «Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo», *InDret*, (1), 2011, pp. 28 ss., n. 105.

32 Así, GAEDE, «Teil 16. Strafrechtliche Fragen des Infektionsschutzes und von Pandemien», en ULSSENHEIMER/GAEDE (eds.), *Arztstrafrecht in der Praxis*, 6ª ed., 2021, nm. 1795; GAEDE et al., *medstra*, (3), 2020, pp. 130 ss.

33 Paradigmáticos GAEDE et al., *medstra*, (3), 2020, pp. 134 ss.

34 Así, p.ej., HÖRNLE, «Ex-post-Triage: Strafbare als Tötungsdelikt?», en HÖRNLE et al. (eds.), *Triage in der Pandemie*, 2021, pp. 171 s.; o JÄGER/GRÜNDEL, «Zur Notwendigkeit einer Neuorientierung bei der Beurteilung der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Angesicht der Corona-Triage», *ZIS*, (4), 2020, p. 156.

protección de la salud como mero derecho a participar en igualdad de condiciones en la distribución estatal de recursos escasos (art. 46 CE)³⁵, el paciente intubado no podría nunca llegar a incorporar plenamente en su esfera jurídica el instrumento salvador³⁶. De hecho, el Estado retendría siempre el derecho a reasignar libremente ese respirador cuando el cambio de sujeto representara un uso más eficiente. Y, en segundo lugar, contra la consolidación por parte del paciente intubado de un derecho sobre el respirador hablaría asimismo el hecho de que este, a diferencia del salvavidas que le lanza el socorrista a quien peligraba de morir ahogado, es un mecanismo salvador que precisa de una sucesión prolongada en el tiempo de prestaciones adicionales de supervisión, adaptación y mantenimiento por parte del equipo médico³⁷. Así las cosas, el respirador no podría integrarse nunca de forma plena en la esfera jurídica del paciente, sino que permanecería *sine die* en la del médico responsable, quien habría de estar decidiendo constantemente a qué paciente le corresponde el derecho de uso provisorio del respirador³⁸.

2.2. La justificación penal del triaje *ex post*

La negación al paciente intubado de un derecho fuerte o garantizado sobre el respirador conduce a descartar la necesidad de recurrir a la (exigente) regla del estado de necesidad agresivo para justificar la interrupción del tratamiento. Ahora bien, ¿bajo qué condiciones cabría entonces justificar la desconexión del primer paciente cuando ello supone condenarlo a una muerte segura? Dos son las respuestas dadas a esta pregunta en la discusión penal contemporánea.

En primer lugar, hay quienes entienden que el paciente intubado no tiene sobre el ventilador ningún

mejor derecho que cualquier otro paciente (tesis de la equivalencia). Es decir, aquel solo gozaría desde la intubación de una posición fáctica, pero su estatus respecto del ventilador sería normativamente equivalente al de cualquier otro necesitado, presente o futuro. Esto significa, traducido al lenguaje de la justificación penal, que en los casos de triaje *ex post* no estaríamos ante un conflicto entre una posición jurídica y un interés, como sucede en un caso normal de estado de necesidad agresivo, sino ante un conflicto entre meros intereses en peligro a salvaguardar. Así las cosas, como defienden JÄGER y GRÜNDEL, en nada se distinguiría el supuesto que aquí nos ocupa de una situación de colisión de deberes de actuar estándar, esto es, aquella en la que un obligado lo está por dos mandatos a salvar, por ejemplo, a dos bañistas que peligran de morir ahogados en el mar. No habría, en suma, diferencia alguna entre la práctica del triaje *ex ante* y el triaje *ex post*³⁹. En ambos casos estaríamos ante una colisión entre deberes de tratamiento (*Behandlungspflichten*)⁴⁰, a resolver según la regla de la colisión de deberes: la simple equivalencia entre los intereses en juego otorgaría ya al médico la libertad de decidir a qué paciente salva, quedando el otro paciente obligado a no interferir en el curso salvador emprendido por el médico⁴¹. Para quien, como HOVEN, la perspectiva de éxito es un factor relevante a la hora de ponderar los intereses en juego, el médico podría estar incluso obligado a cumplir el deber de superior rango, esto es, salvar al paciente recién ingresado. En buena lógica, la interrupción del tratamiento con el ventilador no solo estaría justificada, sino que resultaría jurídico-penalmente obligatoria⁴².

En segundo lugar, en consonancia con la extendida tesis de la naturaleza híbrida de la interrupción de un tratamiento médico respecto de las formas comisivas

35 Sobre el derecho a la salud como derecho de prestación, cfr. DE LORA, «El derecho a la protección de la salud», en BETEGÓN CARILLO et al. (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, 2004, pp. 878 ss.

36 En este sentido, vid. GAEDE et al., *medstra*, (3), 2020, p. 135; KUBICIEL, *Zeitschrift für med. Ethik*, (66:4), 2020, p. 515; GAEDE, en ULSSENHEIMER/GAEDE (eds.), *Arztstrafrecht in der Praxis*, 6ª ed., 2021, 16/1794 s.; o HÖRNLE, en HÖRNLE et al. (eds.), *Triage in der Pandemie*, 2021, pp. 171 s. En la discusión ética, próximos, vid. FLECK/MURPHY, «First Come, First Served in the Intensive Care Unit?», *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, (27), 2018, p. 60.

37 En este sentido, vid. HÖRNLE, en HÖRNLE et al. (eds.), *Triage in der Pandemie*, 2021, pp. 171 s. Próxima PANTALEÓN DÍAZ, «De kantianos y triajes: Notas para un debate con Ivó Coca», *Almacén D Derecho*, Mar 10, 2021: «la situación del paciente ya intubado que depende de él para el desarrollo de sus funciones vitales no parece ser la misma que la de uno con capacidad de supervivencia autónoma».

38 Cfr. GAEDE et al., *medstra*, (3), 2020, p. 135 n. 53.

39 Cfr. JÄGER/GRÜNDEL, *ZIS*, (4), 2020, pp. 157 ss.; FRISTER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 9ª ed., 2020, 22/63. Bajo la etiqueta del triaje *ex ante* se discute el supuesto en el que un médico debe escoger a cuál de los dos (o más) pacientes en peligro de muerte conecta al último respirador disponible. Se trata este de un supuesto estándar de colisión entre deberes (de actuar). Sobre las distintas modalidades de triaje y su tratamiento jurídico-penal vid. ya COCA VILA, *InDret*, (1), 2021, pp. 1 ss.

40 Cfr. JÄGER/GRÜNDEL, *ZIS*, (4), 2020, p. 159; GAEDE et al., *medstra*, (3), 2020, p. 134.

41 En este sentido, vid. p.ej., JÄGER/GRÜNDEL, *ZIS*, (4), 2020, pp. 160 ss.; 160-162; AST, «Quieta non movere? Ärztliche Auswahlkriterien sowie der Behandlungsabbruch im Fall einer Pflichtenkollision aus strafrechtlicher Sicht», *ZIS*, (6), 2020, pp. 271 s.; o HÖRNLE, en HÖRNLE et al. (eds.), *Triage in der Pandemie*, 2021, pp. 175 ss.

42 HOVEN, *JZ*, (9), 2020, p. 454, n. 55.

puras de la acción y la omisión⁴³, hay quienes abogan por una regla de justificación especial para estos supuestos. Así, por ejemplo, sostiene desde antaño NEUMANN que la interrupción de medidas de salvamento en el ámbito de la medicina intensiva no constituiría una injerencia en la posición jurídica del paciente, por lo que su justificación no habría de quedar condicionada a la salvaguarda de un interés esencialmente preponderante en el sentido exigido por la regla de justificación del estado de necesidad agresivo (§ 34 StGB)⁴⁴. Sin embargo, aquella tampoco constituiría una mera forma de omisión, esto es, no sería una simple forma de dejar morir al paciente por su patología previa. En consecuencia, NEUMANN propone una regla de justificación intermedia, a caballo entre la de la colisión de deberes (equivalencia de intereses) y la del estado de necesidad (salvaguarda del interés esencialmente preponderante). La interrupción del tratamiento médico podría quedar justificada cuando con ello el obligado salvara un interés superior, aunque solo lo sea mínimamente, al que deja a su suerte⁴⁵.

En todo caso, dado que para NEUMANN no cabría establecer diferenciaciones cualitativas entre vidas humanas, el triaje *ex post* nunca podría estar justificado. Por mejor que sea el pronóstico de éxito del nuevo paciente, siendo el tratamiento del primero todavía médicamente indicado, aquel nunca tendrá un interés superior frente al paciente intubado que peligra de morir⁴⁶. En cambio, para quienes como GAEDE, el pronóstico de éxito del tratamiento sí afecta al valor de los intereses enfrentados, el triaje *ex post* en favor de quien tiene un pronóstico claramente mejor que el del paciente tratado sí habría de quedar penalmente justificado. No lo estaría, en cambio, la interrupción de un tratamiento iniciado para salvar a quien tiene una perspectiva de éxito (tan solo) mínimamente superior⁴⁷.

3. EL TRIAJE *EX POST* COMO INJERENCIA NO JUSTIFICABLE EN LA ESFERA JURÍDICA DEL PACIENTE INTUBADO

El objetivo de ahora en adelante es rebatir la tesis según la cual el primer paciente intubado nunca llega a consolidar su expectativa de salvamento de un modo equivalente a como lo hace el naufrago ya asido al salvavidas que le acaba de arrojar el socorrista. Si no voy errado, mi objetivo pasa, pues, por dar respuesta a las siguientes tres cuestiones: en primer lugar, debo fundamentar por qué el paciente que es conectado al respirador consolida su expectativa de salvamento teniendo en cuenta que aquella se deriva de un derecho de participación y que el respirador (de titularidad pública) no es un medio de salvamento autosuficiente y de prestación instantánea. En segundo lugar, deberé concretar en qué momento se produce la consolidación de dicha expectativa de salvamento. Y finalmente, en tercer lugar, habré de ocuparme de la cuestión de la intensidad con la que el paciente intubado consolida su expectativa de salvamento. De ello depende en última instancia la regla que habría eventualmente de servir para justificar la interrupción del tratamiento médico.

3.1. La consolidación de la expectativa de salvamento del paciente intubado

Contra la tesis de la consolidación de la expectativa de salvamento del primer paciente se ha afirmado, en primer lugar, que aquella trae causa de un mero derecho de participación o prestación, y no de un derecho negativo garantizado *erga omnes*⁴⁸. Esta afirmación es cierta, pero de ella no se deriva la conclusión pretendida. Y es que, una cosa es la naturaleza constitucional primigenia de la pretensión del paciente, y otra cosa

43 Vid. NEUMANN, «Vorbemerkungen zu § 211», *NK-StGB*, 5ª ed., 2017, nm. 126. En la discusión anglosajona, sobre la interrupción del soporte vital como una forma de conducta híbrida (*actmission*), cfr. CHIESA, «Actmissions», *West Virginia Law Review*, (116), 2013, pp. 596 ss.

44 NEUMANN, «§ 34», *NK-StGB*, 5ª ed., 2017, nm. 130; y, en profundidad, EL MISMO, «Der Rechtfertigungsgrund der Kollision von Rettungsinteressen», en SCHÜNEMANN et al. (eds.), *Festschrift für Claus Roxin*, 2001, pp. 426 s. En un sentido parecido se ha pronunciado también en los últimos tiempos GRECO («Vehículos de motor autónomos y situaciones de colisión», en CANCIO MELIÀ et al. [eds.], *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, v. 1, 2019, p. 492) a propósito de la programación de un coche autopilotado que determina la muerte de una persona: «la programación no supone la intromisión en una esfera ajena, que se trata de una situación que materialmente se corresponde con un intento truncado de cumplir la norma de mandato». En la discusión filosófica anglosajona, también MOORE, *Causation and Responsibility*, 2009, pp. 460 ss.; EL MISMO, «Patrolling the Borders of Consequentialist Justifications: The Scope of Agent-Relative Restrictions», *Law and Philosophy*, (27), 2007, pp. 74 ss., 94, entiende que la justificación de la interrupción letal de un curso causal (*double-preventions*), a diferencia de un homicidio activo, sí podría quedar justificada de forma estrictamente consecuencialista.

45 NEUMANN, «§ 34», *NK-StGB*, 5ª ed., 2017, nm. 130.

46 NEUMANN, «§ 34», *NK-StGB*, 5ª ed., 2017, nm. 130. Algo distinto valdría en el supuesto en el que lo único que permite el tratamiento del paciente es posponer en el tiempo una muerte ya irreversible. La cuestión, en todo caso, es si el tratamiento es aquí todavía médicamente indicado: si no lo es, la interrupción del tratamiento es atípica, por lo que no habría hecho típico alguno que justificar.

47 Cfr. GAEDE, en ULSENHEIMER/GAEDE (eds.), *Arztstrafrecht in der Praxis*, 6ª ed., 2021, nm. 1796; GAEDE et al., *medstra*, (3), 2020, pp. 135 s.

48 Cfr. *supra* 2.1.

muy distinta es su aprehensión jurídico-penal en el marco de la relación de garantía. El médico que asume la posición de garantía y comienza a tratar al paciente con un respirador privatiza el recurso público disponible al servicio de un paciente determinado, quedando aquel desde entonces única y exclusivamente a su servicio, con total independencia de que el derecho al tratamiento fuera en origen de naturaleza positiva. ¿O es que alguien diría que al paciente que se le ha trasplantado un riñón se le puede en todo momento extirpar a fin de implantárselo a un nuevo necesitado con mayor esperanza de vida? El que la pretensión a un riñón se derive de un derecho de mera participación no empece para afirmar que una vez asignado a un concreto individuo, aquel se incorpora plenamente en su esfera jurídica en igualdad de condiciones que cualquier otro órgano. El fundamento originario constitucional del derecho (de participación o negativo) no determina ni la intensidad del deber del obligado, ni la del correlativo derecho del necesitado. No hay, en definitiva, dos sistemas distintos de deberes de garante ni, en consecuencia, dos sistemas de causas de justificación diferentes en atención al carácter positivo o negativo del derecho protegido⁴⁹. Así las cosas, cuando KUBICIEL afirma que “la pretensión a una participación equitativa en los recursos colectivos (limitados)” no podría resultar en “un derecho subjetivo permanente a un tratamiento individual”⁵⁰ está introduciendo una distinción central en la teoría de los deberes penales que, hasta el día de hoy, no ha sido todavía fundamentada.

Contra la tesis de la consolidación, ahora ya en segundo lugar, se ha afirmado que el respirador no podría equipararse a un medio salvador común⁵¹. Por un lado, resulta que el respirador conjura una situación de necesidad prolongada en el tiempo. Esto, según GAEDE, habría de impedir que el tratamiento médico llegara a integrarse como “parte permanente de la esfera corporal protegida con carácter absoluto” del paciente

intubado⁵². En mi opinión, el carácter permanente de la necesidad puede plantear importantes problemas de inexigibilidad que, en última instancia, acaben por liberal al obligado de su mandato de salvamento⁵³. Con un ejemplo: el particular que salva de morir ahogado a un niño tras el naufragio de un ferry sujetándolo está obligado a mantener esta prestación hasta la llegada del salvamento marítimo. Ahora bien, su deber devendrá inexigible cuando con ello ponga en peligro su propia vida. Sin embargo, mientras la prestación resulte exigible, y esto es lo que acontece con carácter general en los supuestos que aquí nos interesan, no alcanzo a ver por qué quien se vale de ella no habría de gozar del mismo derecho que quien se aprovecha de un objeto *per se* idóneo para conjurar definitivamente la situación de peligro. Que el derecho del necesitado esté condicionado a la exigibilidad del deber que lo garantiza en modo alguno afecta a la consolidación de dicho derecho cuando el deber correlativo es exigible. Por otro lado, se ha afirmado también que el hecho de que el respirador no sea un medio de salvamento autárquico impediría su plena incorporación en la esfera jurídica del paciente intubado⁵⁴. Con ello alcanzamos el que es, en mi opinión, el punto neurálgico de nuestra discusión. ¿Puede consolidar el primer paciente su expectativa de salvamento en forma de derecho subjetivo o garantizado cuando el medio salvador es un aparato de respiración precisado de un seguimiento y ajuste constantes por parte de un equipo médico?

Hasta donde alcanzo, en la discusión penal fue JAKOBS el primero en advertir nuestro problema a propósito de la pregunta sobre qué interrupciones de un tratamiento médico a petición del paciente son atípicas y cuáles constitutivas de homicidio a petición (§ 216 StGB). En su opinión, ello depende esencialmente de a qué esfera de organización haya de atribuirse el concreto tratamiento médico interrumpido⁵⁵. “Hablando en términos ejemplificativos: ¿a quién han de atribuirse un

49 Cuestión distinta es que la tradicional bipartición de los deberes entre deberes de garante y deberes de solidaridad mínima es excesivamente tosca, pues con ello se equiparan normativamente deberes reconducibles a actos de libertad del obligado de muy distinta naturaleza. En mi opinión, es preferible recurrir a la tripartición de deberes propuesta por SILVA SÁNCHEZ (*El delito de omisión*, 2ª ed., 2010, pp. 467 ss.) originariamente en relación con el delito omisivo y que he tratado de hacer fructífera para la jerarquización de los deberes (mandatos y prohibiciones) en conflicto (COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 2016, pp. 275 ss., 411 ss.) y para la fundamentación del derecho de legítima defensa (COCA VILA, «La legítima defensa frente a omisiones», *ADPCP*, [LXIX], 2017, pp. 101 ss.).

50 KUBICIEL, *Zeitschrift für med. Ethik*, (66:4), 2020, p. 515.

51 *Supra* 2.1.

52 GAEDE, en ULSENHEIMER/GAEDE (eds.), *Arztstrafrecht in der Praxis*, 6ª ed., 2021, nm. 1795.

53 Sobre la inexigibilidad como razón de decaimiento de un deber de salvamento, cfr. con ulteriores referencias COCA VILA, «La colisión “deficitaria” de deberes. Consideraciones sobre la exclusión del injusto omisivo en ejecución de actos de salvamento supererogatorios», *En Letra Penal*, (IV:6), 2018, pp. 67 ss. Y ya antes, vid. también ROBLES PLANAS, «Sobre la exclusión del injusto penal», en EL MISMO, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, 2015, pp. 185 ss., 193 ss.

54 *Supra* 2.1.

55 JAKOBS, en EL MISMO, *Estudios de Derecho Penal*, 1997, pp. 415 ss. Y resumidamente, EL MISMO, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., 1997, 7/63 s.; EL MISMO, *ADPCP*, (XLIX), 1996, pp. 868 s. También REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, 1996, pp. 377 ss.; y MERKEL, en PUTZKE et al. (eds.), *Strafrecht zwischen System und Telos: Festschrift für Herzberg*, 2008, pp. 206 ss.; EL MISMO, «Killing or letting die?

aparato de tratamiento intensivo, un riñón artificial, un marcapasos, etc.? ¿Al paciente, como su ciclo sanguíneo, al médico, o a otra persona?”⁵⁶ JAKOBS tiene claro que no solo el cuerpo forma parte del *statu quo* del paciente, también la prestación médica obligatoria del médico garante se halla garantizada como un componente de dicho *statu quo*⁵⁷. Lo realmente difícil sería decidir qué es lo que pertenece a ese ámbito cuando el médico ha provisto al paciente de un aparato que funciona autónomamente. A tal fin, distingue entre dos tipos de aparatos: aquellos que pueden definirse como prestación continua del médico y aquellos que constituyen un elemento contenido en el ámbito del paciente —y al menos durante algún tiempo— independiente del médico. La decisión sobre la naturaleza del medio salvador depende de su “similitud con el funcionamiento del cuerpo” a ojos de la sociedad⁵⁸. Para decidir ante qué clase de tratamiento estamos enuncia JAKOBS una serie de criterios indiciarios: la habitualidad social del aparato, la intensidad de la integración en el cuerpo, su similitud con el cuerpo, el nivel de adaptación específica, la separabilidad del mecanismo del cuerpo, el tipo de mantenimiento que requiere el aparato, la similitud del mantenimiento con el cuidado del cuerpo y, por último, como criterio de especial relevancia, las consecuencias éticas y jurídicas de la atribución⁵⁹.

Sentado lo anterior, concluye JAKOBS que en los casos en los que el aparato tenga poca similitud con el cuerpo, lo que acontecería precisamente en el caso de los aparatos de medicina intensiva, estos se definen como una heteroaportación, de modo que su interrupción por parte del médico sería penalmente atípica (eutanasia pasiva). En los casos de gran similitud, en cambio, se trataría de “autosuministros del cuerpo con apoyo de

aparatos” cuya interrupción, piénsese por ejemplo en la inhabilitación de un marcapasos, sí constituiría una injerencia en la esfera de organización del paciente y, por ende, un homicidio a petición típico ex § 216 StGB. En todo caso, cuán fina es la frontera entre los tratamientos que se integran en el *statu quo* del paciente y los que permanecen en la esfera organizativa del médico lo evidencia JAKOBS de la mano del siguiente ejemplo: mientras que desconectar a una persona de un respirador artificial externo clásico cuando así lo solicita sería un hecho penalmente atípico; el hecho sí sería constitutivo de homicidio a petición si “el aparato de respiración fuese una máquina poco voluminosa que pudiese llevarse encima al circular por la calle”⁶⁰. Y es que, “lo que es lo mismo desde el punto de vista naturalista no tiene por qué serlo desde el hermenéutico”⁶¹.

También en la discusión bioética actual se discute intensamente si la desconexión de los así llamados *bio-fixture* (en especial, marcapasos y, en los últimos tiempos, desfibriladores-cardioreversores implantables) constituye una forma de matar (*killing*) o una simple forma de dejar morir (*letting die*)⁶². De ello habría de depender la valoración ética y jurídica del acto médico que determina la muerte del paciente. Hasta donde alcanzo, en la discusión bioética contemporánea cabe advertir, básicamente, dos criterios de distinción entre formas terapéuticas a los efectos que aquí interesan. El bioético norteamericano Daniel SULMASY ha propuesto distinguir entre tratamientos sustitutivos y de reemplazo⁶³. Un tratamiento de reemplazo es aquel basado en una intervención tecnológica que participa en la unidad orgánica del paciente plenamente integrado, proveyendo una función de un modo análogo a como lo hacía el propio cuerpo antes de la patología tratada. Por el

Proposal of a (somewhat) new answer to a perennial question», *J Med Ethics* (42), 2016, pp. 357 ss. Próximo, vid. también FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, 2004, pp. 149 ss.

56 JAKOBS, en EL MISMO, *Estudios de Derecho Penal*, 1997, p. 416.

57 JAKOBS, en EL MISMO, *Estudios de Derecho Penal*, 1997, p. 416.

58 JAKOBS, en EL MISMO, *Estudios de Derecho Penal*, 1997, p. 418. Y en la discusión bioética, próximo JANSEN, «Hastening Death and the Boundaries of the Self», *Bioethics*, (20:2), 2006, pp. 107 ss., p. 109: los límites del cuerpo humano (*self*) no se definen biológicamente, espacialmente o en virtud de consideraciones genéticas, tampoco voluntaristamente, sino a través de convenciones sociales. Lo que conforma el cuerpo del paciente queda definido, pues, a través de acuerdos intersubjetivos.

59 JAKOBS, en EL MISMO, *Estudios de Derecho Penal*, 1997, p. 418.

60 JAKOBS, en EL MISMO, *Estudios de Derecho Penal*, 1997, p. 418.

61 JAKOBS, en EL MISMO, *Estudios de Derecho Penal*, 1997, p. 418.

62 Una interesante aproximación a esta problemática en DATINO et al., «Guía sobre el manejo de desfibriladores automáticos implantables al final de la vida», *Revista Clínica Española*, (214:1), 2014, pp. 31 ss.; KAY/BITTNER, «Should implantable cardioverter-defibrillators and permanent pacemakers in patients with terminal illness be deactivated?», *Circulation: Arrhythmia and Electrophysiology*, (3), 2009, pp. 336 ss.

63 SULMASY, «Within You /Without You: Biotechnology, Ontology, and Ethics», *J Gen Intern Med*, (23), 2007, pp. 71 s.; SULMASY/COURTOIS, «Unlike Diamonds, Defibrillators Aren't Forever: Why It Is Sometimes Ethical to Deactivate Cardiac Implantable Electrical Devices», *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, (28), 2019, pp. 341 ss.; LOS MISMOS, «Why the Common-Sense Distinction between Killing and Allowing-to-Die Is So Easy to Grasp but So Hard to Explain», *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, (28), 2019, pp. 353 ss. Próximo PILKINGTON, «Treating or Killing? The Divergent Moral Implications of Cardiac Device Deactivation», *Journal of Medicine and Philosophy*, (45), 2020, pp. 32 ss.

contrario, la terapia sustitutiva es aquella que no llega a ser parte de la fisiología restablecida del paciente, esto es, que no lleva a cabo una función original del organismo⁶⁴. A fin de distinguir entre ambas clases de terapia alude SULMASY a una serie de criterios entre los que destacan la capacidad de crecimiento y la auto-reparación, la dependencia respecto de fuentes de energía externas, el grado de autarquía en su funcionamiento o la integración en el cuerpo del paciente. Para SULMASY, una válvula cardíaca protésica sería un ejemplo de tratamiento de reemplazo, pues se implanta en el cuerpo del paciente, no necesita inspección frecuente y funciona autónomamente largos períodos de tiempo⁶⁵. La ventilación mecánica, en cambio, sería una terapia sustitutiva, por lo que la desconexión del ventilador constituiría “solo” una forma de dejar morir al paciente⁶⁶.

Por su parte, el filósofo norteamericano Ben BRONNER sostiene que lo relevante es, más bien, si la introducción del aparato terapéutico exige o no la destrucción de un órgano o una función vital previa⁶⁷. Cuando el médico extrae y destruye un corazón orgánico para implantar un corazón artificial, este viene a conjurar un nuevo riesgo creado por el médico. La desactivación de dicho corazón artificial sería, pues, una forma de matar (*killing*). Por el contrario, cuando el tratamiento solo viene a contrarrestar total o parcialmente un riesgo existente que permanece latente tras el inicio de la terapia, es decir, cuando el aparato simplemente contiene un curso de degeneración fisiológica, su interrupción o desconexión constituiría un mero dejar morir (*let-*

ting die)⁶⁸. Este sería en opinión de BRONNER el caso del ventilador mecánico, de un marcapasos, de los tratamientos de hidratación o nutrición artificial o el del aparato de hemodiálisis que sustituye la función renal. La interrupción de estos tratamientos no haría sino permitir que el paciente muriera por su patología previa⁶⁹.

Los dos planteamientos acabados de esbozar asumen que un respirador no se integra en la esfera del paciente de forma plena⁷⁰, por lo que la interrupción del tratamiento solicitada por el paciente no constituiría una forma de homicidio (a petición) éticamente reprochable o penalmente relevante. No obstante, en mi opinión, ninguna de las razones argüidas en defensa de dicha conclusión resulta concluyente, como mínimo, a la hora de resolver la cuestión aquí relevante, esto es, si el paciente intubado consolida su expectativa de salvamento en forma de derecho fuerte o garantizado. Y es que, bien mirado, este juicio normativo no puede obedecer a simples razones fenomenológicas como el carácter interno o externo del aparato⁷¹, si necesita recambios o no, o si la introducción del aparato anula una función vital previa o simplemente sustituye a una que ha dejado de funcionar. Lo decisivo no es tampoco si un respirador constituye o no el cuerpo del paciente⁷². En mi opinión, la decisión acerca de qué expectativas de salvamento se han consolidado en forma de derecho ha de responderse con base en un parámetro estrictamente funcional.

Asumiendo que el Derecho, en tanto que mecanismo de garantía de la paz social, tiene un legítimo interés en

64 Próximo HUDDLE, «A Moral Argument against Turning Off an Implantable Cardiac Device: Why Deactivation Is a Form of Killing, Not Simply Allowing a Patient to Die», *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, (28), 2019, pp. 33 ss., quien distingue entre tratamientos en curso y tratamientos completados. Los primeros serían aquellos que simplemente detienen una trayectoria degenerativa (“*arrested fatal trajectory*”), mientras que los segundos darían lugar a un nuevo equilibrio fisiológico del paciente. Solo retirar o desactivar los tratamientos en curso, como pueden ser la diálisis o la ventilación mecánica, sería una mera forma de dejar morir.

65 SULMASY/COURTOIS, *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, (28), 2019, p. 341.

66 SULMASY, *J Gen Intern Med*, (23), 2007, pp. 70 s.

67 BRONNER, «The Total Artificial Heart and the Dilemma of Deactivation», *Kennedy Institute of Ethics Journal*, (4), 2016, pp. 347 ss.;

EL MISMO, «Two Ways to Kill a Patient», *Journal of Medicine and Philosophy*, (43), 2018, pp. 59 ss.

68 BRONNER, *Kennedy Institute of Ethics Journal*, (4), 2016, pp. 353 ss.

69 BRONNER, *Kennedy Institute of Ethics Journal*, (4), 2016, pp. 352, 355 s.

70 Algo distinto podría valer, sin embargo, respecto de aquellos respiradores destinados al uso personal doméstico por parte de pacientes crónicos, con independencia del título jurídico del que deriva el uso (propiedad, alquiler, cesión...). Para REYNOLDS/GUIDRY-GRIMES/SAVIN, «Against Personal Ventilator Reallocation», *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, (30), 2021, pp. 272 ss., 276, estos no podrían ser redistribuidos al constituir una “tecnología integrada”, esto es, una tecnología que es esencial en la conformación de la identidad narrativa personal. En consecuencia: “quitarle el respirador a alguien es una agresión directa contra su integridad corporal y social” (p. 277). Para AAS y WASSERMAN («Bodily Rights in Personal Ventilators?», *Journal of Applied Philosophy*, 2021, pp. 8 ss.), incluso admitiendo que los respiradores personales no son parte del cuerpo del paciente crónico, algo en absoluto evidente, su relocalización sería injusta, por discriminatoria, pues refuerza la dependencia del paciente al mismo tiempo que se le deniega el recurso salvador.

71 Con razón, vid. AAS/WASSERMAN, *Journal of Applied Philosophy*, 2021, p. 7, quienes tachan el criterio de “metafísicamente inframotivado”.

72 Nadie duda de que cabe cometer un homicidio penalmente típico sin atacar directamente al cuerpo de la víctima. Con un ejemplo: que el flotador hinchable al que se ha asido un bañista no forma parte de su cuerpo es tan evidente como que pincharlo, provocando así la muerte del bañista, constituye un homicidio típico. No se trata, pues, de decidir qué se integra en el cuerpo (así, en cambio JANSSEN, *Bioethics*, [20:2], 2006, pp. 108 ss.), sino de concretar sobre qué medios de salvamento goza el necesitado de un derecho protegido cuya lesión constituya una injerencia en su posición jurídica sancionada por la norma del delito de homicidio.

minimizar las situaciones de incertidumbre en lo que al reparto de derechos se refiere, en especial, en situaciones de necesidad trágicas⁷³, no advierto ninguna razón concluyente por la que el paciente tratado con un respirador no haya de consolidar su expectativa del mismo modo que lo hace el escalador que ya se ha atado a la cuerda de rescate del helicóptero que lo habrá de conducir a tierra firme; o el náufrago que ya se ha asido a la tabla en la variante estándar del caso de la tabla de carnéades⁷⁴. Que la propiedad del respirador no tiene a estos efectos ninguna relevancia es algo ya ampliamente aceptado en la discusión penal y bioética⁷⁵. Si, como el propio JAKOBS afirmara a propósito de la relación médico-paciente, “es posible que determinadas prestaciones de otros ámbitos de organización se hallen garantizadas como componentes del *status quo*”⁷⁶, nada obsta afirmar que el respirador, junto a todas las prestaciones médicas asociadas, se incorpora también en la esfera jurídica del paciente. ¿O es que alguien negaría que forma parte de la esfera de organización de un sujeto el derecho de crédito patrimonial cuya realización depende del comportamiento libre de un tercero deudor? Y en contra de las visiones naturalista arriba referidas, entiendo que también el paciente que es reanimado manualmente por un médico consolida su expectativa de salvamento, por mucho que esta no esté corporeizada, ni sea autárquica, ni pueda resultar fructífera sin la ulterior intervención de un sujeto autorresponsable. El escaso tiempo del que se haya valido el paciente del respirador tampoco es un factor decisivo a estos efectos. Retirarle el respirador a un paciente que hace unas horas ha sido intubado es, pues, normativamente equivalente a retirárselo al paciente crónico que hace años que sobrevive gracias al respirador.

La loable búsqueda de espacios de atipicidad en el marco de los tipos de homicidio a petición o coope-

ración ejecutiva al suicidio no pasa, pues, por negar *ad hoc* la incorporación del respirador en la esfera de organización del paciente, sino simplemente por reconocer al libre consentimiento efectos excluyentes del tipo con independencia del carácter activo, omisivo o híbrido del comportamiento del médico que desencadena la muerte del paciente. Hasta donde alcanzo, la mejor prueba de que el paciente intubado sí consolida su expectativa de salvamento es el amplio acuerdo que existe en la doctrina penal a la hora de considerar la desconexión por parte de un tercero o el propio médico como una forma de asesinato cuando con ello solo se busca acabar con la vida del paciente. Que la intención (altruista o sádica) de la desconexión no puede determinar si el respirador se ha integrado o no en la esfera jurídica del paciente salta a la vista. Tienen, pues, razón Reinhard MERKEL y Steffen AUGSBERG cuando afirman que interrumpir el tratamiento con un respirador en los casos de triaje *ex post* no es solo dejar morir al paciente por su patología previa, sino perturbar un *status quo* jurídicamente garantizado de forma penalmente relevante⁷⁷.

3.2. El momento de consolidación de la expectativa de salvamento del paciente intubado

Admitida la consolidación de la expectativa de salvamento del paciente intubado, surge la pregunta de en qué momento el respirador (y las prestaciones médicas adicionales) queda integrado plenamente en su esfera jurídica⁷⁸. El problema aquí planteado puede ser ilustrado de la mano de la siguiente variante de un caso propuesto por Jeff McMAHAN⁷⁹: un bombero dispone de una única cama elástica, pero advierte al ir a buscarla al camión que son dos los necesitados que asoman al mismo tiempo por dos ventanas distintas. El bombero aga-

73 Próximo, aunque a propósito del náufrago ya asido a la tabla (de carnéades), vid. ya KÜPER, *Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht*, 1979, pp. 80 ss.

74 *Pars pro toto* OTTO, «Rechtfertigende Pflichtenkollision», en HILGENDORF et al. (eds.) *Handbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil* 1, v. 2, 2020, § 41 nm. 54 s.: quien posee la tabla consolida su expectativa de salvamento, pudiendo defenderse en legítima defensa (o estado de necesidad defensivo) frente a los ataques del segundo náufrago que pretende arrebatársela la tabla. Próximo KÜPER, *Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht*, 1979, pp. 68, 71: quien posee la tabla goza de una ventaja posicional (*Situationsvorteil*).

75 Cfr. AAS/WASSERMAN, *Journal of Applied Philosophy*, 2021, p. 4. En la doctrina penal, en este mismo sentido, MERKEL/AUGSBERG, «Die Tragik der Triage – straf- und verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen», *JZ*, (14), 2020, p. 711; y en la bioética, REYNOLDS/GUIDRY-GRIMES/SAVIN, *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, (30), 2021, p. 273.

76 JAKOBS, en EL MISMO, *Estudios de Derecho Penal*, 1997, p. 416.

77 MERKEL/AUGSBERG, *JZ*, (14), 2020, pp. 711 s. Y en la discusión bioética, en este mismo sentido, vid. ya SULMASY/SUGARMAN, «Are withholding and withdrawing therapy always morally equivalent?», *Journal of medical ethics*, (20), 1994, p. 221: no iniciar un tratamiento no es siempre equivalente a interrumpirlo. Lo segundo, supone por lo general la defraudación de una pretensión (*claim*) del paciente ya tratado.

78 Advuértase que, en contra de lo que habitualmente ha sucedido en la discusión penal, en este trabajo se toma como referencia un respirador que precisa de posteriores prestaciones médicas para cumplir su función, es decir, que con la conexión del paciente al respirador todavía no ha cumplido su finalidad salvadora.

79 McMAHAN, *Ethics*, (103:2), 1993, p. 262.

rra la cama elástica y comienza a correr en dirección a la venta en la que se encuentra (A). ¿Ha consolidado (A) ya en ese momento su expectativa de salvamento? ¿Se consolida solo cuando el bombero ya ha colocado la cama elástica debajo de la venta de (A)? ¿Debemos esperar a que (A) salte por la venta para entender consolidada su expectativa de salvamento?

La doctrina penal que se ha pronunciado sobre esta compleja cuestión ha recurrido para ello tradicionalmente a la teoría del *iter criminis* en el delito omisivo⁸⁰. Así, por ejemplo, sostiene BALDÓ LAVILLA que ya cuando el obligado ha iniciado la tentativa de salvamento (fase de tentativa inacabada), el necesitado consolida su expectativa de salvamento⁸¹. En nuestro caso, eso significaría, pues, que a más tardar con la intubación, el paciente consolidaría su expectativa de salvamento, ostentando desde ese momento un mejor derecho sobre el respirador frente a cualquier ulterior paciente. Aunque la equiparación entre el inicio de la tentativa de salvamento y la consolidación de la expectativa de salvamento pueda conducir en la mayoría de casos a soluciones correctas, también en el supuesto que aquí nos preocupa, creo sin embargo preferible desvincular la cuestión de la consolidación de la expectativa de salvamento de la compleja y controvertida dogmática del *iter criminis* en el delito omisivo⁸². Mientras que esta última se ocupa de determinar el momento en el que el obligado comienza la tentativa de un delito omisivo a fin de legitimar la imposición de un castigo por

un delito (intentado); la determinación del momento de consolidación de la expectativa no se orienta a la imposición de un castigo, sino que sirve a la armónica coordinación de esferas de libertad (o derechos subjetivos) en conflicto.

Así las cosas, el momento de consolidación ha de situarse en el instante en el que el sentido objetivo del comportamiento del obligado exprese ya un acto de vinculación inequívoca especial en favor de un concreto beneficiario de una expectativa de salvamento. Este acto de vinculación especial genera en el beneficiario y posibles terceros una confianza legítima en que es al beneficiario en cuestión al que le corresponde el medio de salvamento⁸³. Y, como he señalado arriba, esta confianza amerita protección jurídica en el marco de un ordenamiento que, en aras de la paz pública, trata de minimizar las situaciones de incertidumbre en lo que a la delimitación de esferas jurídicas y derechos se refiere. Como ha mostrado PAWLIK, la protección de esta confianza es fundamental en un proyecto político basado en la idea de la libertad: solo la reducción de la incertidumbre derivada de una prohibición de un comportamiento autocontradictorio permite una vida en sociedad realmente libre⁸⁴. Hasta donde alcanzo a ver, este es también el razonamiento que subyace a la doctrina de los actos propios (*Venire contra factum proprium non valet*), amparada por nuestro Tribunal Constitucional⁸⁵ y por el Tribunal Supremo⁸⁶, tanto en el marco de las relaciones entre privados, como entre

80 A propósito de la pregunta por el carácter activo u omisivo de la interrupción del curso causal, vid. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2ª ed., 2010, pp. 274 ss.

81 Cfr. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, pp. 225 s., n. 408. Próximos DAHM, *Ärztliche Entscheidung unter Reanimationsbedingungen aus rechtlicher Sicht und "passive" Euthanasie*, 1978, p. 178; o SCHEID, *Grund- und Grenzfragen der Pflichten-kollision beim strafrechtlichen Unterlassungsdelikt*, 2000, p. 68.

82 Agradezco al Prof. Greco su observación crítica contra mi planteamiento original aquí modificado. Vid. al respecto COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 2016, pp. 444 ss., en donde todavía identificaba el momento de consolidación de la expectativa de salvamento en el instante en el que el obligado da inicio a la tentativa de salvamento.

83 Cabría imaginar una asignación de respiradores expresamente condicionada: el médico intuba a un paciente haciéndole saber que su pretensión decaerá tan pronto como aparezca un paciente con un mejor pronóstico. La extubación no defraudaría aquí ninguna confianza legítima. Agradezco al Prof. Felipe Saborit esta importante objeción. En mi opinión, sin embargo, la condición establecida por el médico no vincularía al paciente intubado, quien tiene un derecho (de garante) a ser tratado conforme a estándares objetivos no susceptibles de configuración por parte del médico. Una eventual ley que estableciera el carácter condicional de la asignación de un respirador impondría al primer paciente un deber de sacrificio de muy difícil legitimación (constitucional). Un intento de fundamentar tal deber del paciente en estado terminal en atención a los costes que su tratamiento supone al resto de miembros de la comunidad puede leerse en PAWLIK, en FREUND (ed.), *Festschrift für Wolfgang Frisch*, 2013, pp. 705 ss., 707 ss.

84 Cfr. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 185; EL MISMO, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, 1999, p. 129. En profundidad, vid. además, PERDOMO-TORRES, *Garantenpflichten aus Vertrautheit*, 2006, pp. 174 ss.

85 STC 73/1988, de 21 de abril, ponente Díez-Picazo y Ponce de León: "la llamada doctrina de los actos propios o regla que decreta la inadmisibilidad de *venire contra factum proprium*, surgida originariamente en el ámbito del Derecho privado, significa la vinculación del autor de una declaración de voluntad generalmente de carácter tácito al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio, lo que encuentra su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y la regla de la buena fe que impone el deber de coherencia en el comportamiento y limita por ello el ejercicio de los derechos subjetivos".

86 Díez-Picazo Ponce de León, *La doctrina de los actos propios*, 2ª ed., 2014, pp. 167 ss., 305 ss.

estos y la Administración Pública⁸⁷: de la buena fe se deriva un deber de comportamiento coherente con lo ya realizado a fin de dar protección a la razonable confianza depositada en los actos previos⁸⁸.

Volviendo a nuestro caso, de lo acabado de afirmar se deriva que ya en el momento de la intubación, el primer paciente consolida su expectativa de salvamento⁸⁹. Desde ese momento, tal expectativa muta en un derecho consolidado, incorporado plenamente a su esfera jurídica⁹⁰. Y es que, en mi opinión, ya la intubación representa un acto inequívoco de vinculación especial del médico para con un concreto paciente, a quien se le adjudica en exclusiva un mecanismo de salvamento que comienza a cumplir su función salvadora. Desde el momento de la intubación, pues, el médico queda obligado por un “deber” de coherencia⁹¹, que se materializa, básicamente, en la obligatoriedad de proseguir el tratamiento iniciado en tanto que prestación obligatoria⁹². Y adviértase que esto vale con independencia de las razones o el modo en el que el equipo médico haya practicado la intubación⁹³. También el paciente

que ha sido intubado en atención a una razón inmoral, por ejemplo, el médico ha optado por salvar al nacional en detrimento del extranjero, consolida su expectativa de salvamento en forma de un mejor derecho sobre el respirador. Y esto también vale en el supuesto en el que el equipo médico intuba por error (o intencionadamente) a una persona distinta a la que había sido escogida inicialmente. Si el paciente tratado goza de una perspectiva de éxito y desea ser tratado, también con la intubación impropia consolida su expectativa de salvamento⁹⁴.

3.3. La regla de justificación de la interrupción del tratamiento médico

Llegados a este punto solo queda dar respuesta a la última de las preguntas formuladas al inicio del epígrafe, a saber, con qué intensidad consolida su expectativa de salvamento el paciente intubado. De ello dependen las condiciones para admitir la justificación de la práctica del triaje *ex post*. Expresado de otro modo: ¿goza el paciente intubado de un derecho fuerte o garantizado

87 Sobre el “*venire contra factum proprium non valet*” en el Derecho administrativo, vid. SÁNCHEZ MORÓN, «Venire contra factum proprium non valet», *Documentación administrativa*, (263-264), 2003, pp. 223 ss.

88 Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, *La doctrina de los actos propios*, 2ª ed., 2014, pp. 201 ss.

89 Tempranamente, OTTO, *Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitssurteil*, 2ª ed., 1974, p. 121; o JAKOBS, *Derecho Penal. PG*, 2ª ed., 1993, 13/23, n. 47: “la confianza asumida pesa en todo caso más que la que todavía está por asumir”. En la discusión reciente, entre otros, RENGIER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 12ª ed., 2020, § 49, pp. 495 s., nm. 46d; o SOWADA, «Strafrechtliche Probleme der Triage in der Corona-Krise», *NStZ*, (8), 2020, pp. 457 s. En la discusión bioética, muy claros, SULMASY/SUGARMAN, *Journal of medical ethics*, (20), 1994, pp. 219 ss.: “del hecho histórico de la conexión se deriva como tal una pretensión (*claim*) moral a continuar conectado al respirador”.

90 El momento de la intubación es también, claro está, el momento en el que el *ius variandi* del médico obligado ante una situación de colisión de deberes de actuar equivalentes (traje *ex ante*) desaparece: ante tal escenario, el médico puede escoger libremente a qué paciente trata, su deber reza entonces: salva a (A) o a (B). Ahora bien, en el momento en el que intuba a (A), este consolida su expectativa de salvamento, quedando el médico ya solo obligado a finalizar el tratamiento indicado. La intubación precluye el derecho de elección del obligado por su ejercicio. En profundidad, COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 2016, pp. 438 ss.

91 En la doctrina civil, en este sentido, fundamental, Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, *La doctrina de los actos propios*, 2ª ed., 2014, pp. 202 ss.

92 El que el médico, en tanto que representante del Estado, ostente una posición de monopolio fáctico y el paciente intubado no tuviera opción de ser tratado en ningún otro sitio en modo alguno debilita la protección de la confianza que suscita la intubación practicada. De otra opinión, vid. sin embargo HOVEN/HAHN, «Strafrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie», *JA*, (7), 2020, p. 484 n. 43. Lo relevante no es tanto que la intubación aumente el riesgo del paciente que pasa a confiar en el médico, como que la intubación genera una confianza legítima que el médico ya no puede defraudar arbitrariamente. Este es el razonamiento que explica también que, como muestra CHIESA, *West Virginia Law Review*, (116), 2013, pp. 607 ss., no solo pueda generar responsabilidad civil la interrupción de un curso salvador cuyo inicio empeora la situación del necesitado (*worse position approach*), sino también cuando el obligado lo interrumpe sin razón alguna (*reasonableness approach*).

93 Así, vid. SULMASY/SUGARMAN, *Journal of medical ethics*, (20), 1994, p. 220. Críticamente, vid. sin embargo HARRIS, «Are withholding and withdrawing therapy always morally equivalent? A reply to Sulmasy and Sugarman», *Journal of medical ethics*, (20), 1994, pp. 223 s.

94 Algo distinto podría valer en los casos en los que el paciente intubado fuera el responsable de dicha intubación impropia. Con un ejemplo: al ver (A) que el médico ha decidido intubar a (B), quien presenta una mejor perspectiva de éxito, decide sobornar al médico, quien accede a las pretensiones de (A). De este modo, (A) ha impedido ilícitamente que la expectativa de salvamento de (B) mute en un derecho consolidado. A expensas de un mayor estudio, creo que aquí sí cabría negar la consolidación de la expectativa de salvamento de (A). Y es que, en realidad, con la intubación el médico no genera en (A) una confianza que merezca ser protegida por el Derecho. En definitiva, aunque la no renuncia al respirador no puede ser interpretada como una agresión por omisión contra (B) idónea para legitimar una extubación de (A) en legítima defensa, (A) no tiene sobre el respirador un mejor derecho que (B). Sin respuesta puede quedar aquí esta misma pregunta cuando el tratamiento ilícitamente realizado es un trasplante de órgano: ¿puede un médico extraer el riñón a quien ha conseguido que se lo implanten ilícitamente? Al respecto, con ulteriores referencias, vid. COCA VILA, *ADPCP*, (LXIX), 2017, pp. 79 s., n. 12.

que solo puede ser lesionado bajo el estricto parámetro de justificación del estado de necesidad agresivo o, más bien, se trataría aquel de un derecho débil, cuya lesión se justificaría conforme a un parámetro distinto, más laxo? Como se ha mostrado arriba, esta segunda tesis fue tempranamente defendida por NEUMANN, para quien la interrupción del tratamiento con un respirador sería justificable ya cuando con ello el médico salvara un interés (mínimamente) superior al que lesiona⁹⁵.

Pese a que NEUMANN concluye que la práctica del triaje *ex post* no podría justificarse, pues el médico no salvaría nunca un interés superior al que lesiona (principio de imponderabilidad de la vida humana), entiendo que su argumentación en favor de una nueva causa de justificación está basada en una premisa errónea, a saber, que la infracción de un deber de actuar no constituye una injerencia en la posición jurídica del afectado, sino una mera no salvaguarda de un interés en peligro⁹⁶. NEUMANN pasa por alto en sus reflexiones que la dogmática de las posiciones de garantía viene precisamente a concretar las condiciones bajo las cuales una omisión es constitutiva de una injerencia en la posición jurídica del afectado normativamente equivalente a la causación activa de un resultado penalmente típico⁹⁷. El que el paciente no pueda reclamar con carácter *erga omnes* la consolidación de su expectativa de salvamento, sino que aquella solo cobre fuerza normativa frente al garante obligado, no priva de relevancia normativa a la infracción de deber del médico⁹⁸. Ello explica, por un lado, que las omisiones de garante se castiguen de forma plenamente equivalente a la lesión activa del correspondiente bien jurídico (art. 11 CP). Y, por el otro, que la doctrina penal, de forma unánime, entienda que la interrupción del tratamiento por puro sadismo constituya una injerencia en la esfera jurídica del paciente, un homicidio o asesinato de imposible justificación⁹⁹.

Frente a lo anterior podría todavía afirmarse que el problema al que nos enfrentamos en los casos de triaje *ex post* es que el médico está obligado a atender a dos pacientes por un deber de garante, por lo que una regla como la del estado de necesidad (agresivo) que condiciona la justificación del hecho típico a la salvaguarda de un interés esencialmente preponderante condenaría al médico a actuar *volens nolens* de forma antijurídica. Aquel nunca podría salvar un interés esencialmente preponderante. En consecuencia, la justificación de la infracción de un mandato no podría regirse por el estricto baremo del estado de necesidad agresivo, reservado para la infracción de deberes de vinculación *erga omnes*, sino por uno menos estricto que abriera la puerta a una salida conforme a Derecho del conflicto. Frente a esta forma de ver las cosas cabe replicar aquí lo siguiente: aunque admitiéramos que sobre el médico recaen dos deberes de garante, algo en absoluto evidente¹⁰⁰, esto en modo alguno significa que estemos ante un conflicto de deberes a resolver en favor del interés (mínimamente) preponderante. Bien mirado, en los casos de triaje *ex post* nos encontramos ante una comunidad de peligro secundaria, esto es, aquella en la que para salvar al paciente recién ingresado hay que injerirse en la esfera de un sujeto que no forma parte de la comunidad de peligro. Y es que, en realidad, el paciente tratado ya no puede ser considerado un necesitado desde el momento que es intubado por el equipo médico. Estamos, pues, adoptando el término acuñado por MOLINA FERNÁNDEZ, ante un caso de *hetero-distribución externa*¹⁰¹: un médico debe sacrificar a un sujeto ajeno al peligro que acecha al paciente que acaba de ser ingresado y espera ser intubado. Así las cosas, en contra de lo sostenido por los defensores de la justificación del triaje *ex post*, esta clase de conflicto difiere radicalmente de la representada por los casos de triaje *ex ante*¹⁰². No se trata en nuestro caso del conflicto entre preten-

95 Cfr. *supra* 2.2.

96 NEUMANN, «§ 34», *NK-StGB*, 5ª ed., 2017, nm. 130; EL MISMO, *FS-Roxin*, 2001, pp. 426 s.

97 Críticamente, en profundidad, vid. COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 2016, pp. 215 ss.

98 En cambio, vid. NEUMANN, *FS-Roxin*, 2001, p. 427.

99 En este sentido, muy claro ya DAHM, *Ärztliche Entscheidung unter Reanimationsbedingungen aus rechtlicher Sicht und "passive" Euthanasie*, 1978, pp. 177 s.

100 Aunque en la discusión alemana se admite acriticamente esa posición de garantía (vid. al respecto COCA VILA, *GA*, (8), 2021, p. 458, n. 81), es más que discutible que el médico internista esté efectivamente obligado por un deber de garante frente al paciente que espera ser ingresado en la UCI. En este sentido, ya OTTO, *Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil*, 2ª ed., 1974, p. 121; y próximo SAMELUCK, *Zur Unterscheidung des Begehungsdelikts vom Unterlassungsdelikts*, 1976, p. 205, n. 141. La tesis restrictiva dominante en España posiblemente la negaría y reduciría el conflicto a uno entre un deber de garante y uno de solidaridad agravada tipificado en el art. 196 CP que, *ceteris paribus*, habría de ser resuelto en favor del deber de garante. Sobre el problema de la delimitación del art. 196 CP frente a la comisión por omisión, cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, «Omisión del deber de socorro y omisión de asistencia sanitaria», en BAJO FERNÁNDEZ (ed.), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, v. II, 1998, pp. 177 ss., 182 ss. Y en general, sobre la relevancia de la especie de deber en la resolución de las colisiones de deberes, vid. COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 2016, pp. 425 ss.

101 MOLINA FERNÁNDEZ, *LH-Luzón Peña*, v. 1, 2020, pp. 881 s.

102 Lo advierte ya DAHM, *Ärztliche Entscheidung unter Reanimationsbedingungen aus rechtlicher Sicht und "passive" Euthanasie*, 1978, pp. 176 s. Y en los últimos tiempos, acertadamente, vid. también FATEH-MOGHADAM/GUTMANN, «Gleichheit vor der Triage. Rechtliche

siones de salvamento normativamente equivalentes de una pluralidad de sujetos en peligro, sino del conflicto entre la pretensión de salvamento del nuevo paciente y el derecho garantizado de quien ya ha sido intubado.

Ahora bien, en contra de lo afirmado críticamente por los defensores de la justificación del triaje *ex post*¹⁰³, la tesis aquí defendida no supone resolver la situación de conflicto con base en la mera primacía temporal (*prior tempore, potior iure*). Lo decisivo no es quién llega primero a la puerta del hospital. Los conflictos aquí tematizados, más bien, quedan resueltos conforme a la regla defectiva de distribución de la desgracia en nuestro ordenamiento jurídico, esto es, el principio del *casum sentit dominus*: es el paciente necesitado el llamado a soportar primeramente su desgracia¹⁰⁴. Dado que su interés en peligro es equivalente al del paciente intubado que nada tiene que ver con el peligro que le amenaza, aquel no puede desplazarse en estado de necesidad agresivo. El que el médico esté también obligado por un deber de garante para con el nuevo paciente en modo alguno le autoriza a llevar a cabo aquello que el propio necesitado no puede hacer. Nadie acepta, por ejemplo, que un médico pueda matar a un paciente a fin de utilizar sus órganos para salvar la vida a otros dos pacientes en peligro, por mucho que dicho médico esté efectivamente obligado por un deber de garante para con los pacientes que necesitan con urgencia el trasplante. Es a estos a los que les corresponde asumir primariamente su desgracia, quienes solo se la pueden trasladar a un inocente no implicado bajo las estrictas condiciones del estado de necesidad agresivo.

Así pues, en los casos de triaje *ex post* el médico queda finalmente obligado únicamente a proseguir el tratamiento iniciado en tanto así lo desee el paciente intubado y aquel resulte medicamente indicado. El deber de garante para con el segundo paciente decae ante la imposibilidad de atenderlo adecuadamente (*impossibilium nulla obligatio*) o, a lo sumo, muta en su contenido, obligando al médico tan solo a atender al

paciente con los recursos disponibles (respiración artificial externa, ingreso en planta o cuidados paliativos). El médico que, pese a todo, opte por atender al nuevo paciente condenando a una muerte segura al ya intubado cometería un homicidio típico y antijurídico¹⁰⁵. Este, en mi opinión, tampoco podría ser exculpado conforme al art. 20.5 CP. No hay ninguna razón por la que el Estado deba relativizar la pretensión de seguimiento de sus normas cuando es un médico profesional el que comete un homicidio para salvar a un tercero al que nada especial le vincula¹⁰⁶.

4. CONCLUSIONES

1.- La doctrina penal coincide en que el médico que interrumpe un tratamiento que mantiene con vida a un paciente no actúa de forma penalmente relevante cuando ello responde a la voluntad del paciente. Sin embargo, apenas se ha tematizado la posibilidad de justificar la interrupción letal de un tratamiento médico en contra de la voluntad del paciente a fin de poder atender con el recurso liberado a un paciente con un mejor pronóstico.

2.- Quienes se han pronunciado al respecto han negado generalmente la posibilidad de justificar el homicidio del médico, incluso cuando la desconexión sirve para atender a un paciente con una mejor perspectiva de éxito. La doctrina penal ha negado incluso de forma mayoritaria la posibilidad de exculpar el homicidio doloso del médico que interrumpe el tratamiento vital.

3.- Sin embargo, en los últimos meses un importante número de autores se ha pronunciado en favor de la justificación penal del así llamado triaje *ex post*, como mínimo, cuando el nuevo paciente presenta una perspectiva de éxito considerablemente superior. Y es que, según esta nueva corriente, el paciente ya intubado, dada la naturaleza positiva de su derecho y la dependencia de los aparatos de la actividad de los equipos médicos, nunca consolidaría su expectativa de salva-

Rahmenbedingungen der Priorisierung von COVID-19-Patienten in der Intensivmedizin», en HÖRNLE et al. (eds.), *Triage in der Pandemie*, 2021, pp. 329 ss., con ulteriores referencias.

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

104 En profundidad, COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 2016, pp. 380 ss. Acogiendo mi planteamiento en este punto, vid. recientemente FATEH-MOGHADAM/GUTMANN, en HÖRNLE et al. (eds.), *Triage in der Pandemie*, 2021, p. 332. De otra opinión, recientemente, vid. sin embargo OROZCO LÓPEZ, en COCA VILA/OROZCO LÓPEZ, «Triaje ex post: ¿homicidio punible o distribución justa de recursos médicos escasos?», *CIFD Virtual, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho*, Jul 29, 2021.

105 En este mismo sentido, sin ánimo de exhaustividad, KÜNSCHNER, *Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht und Patientenauswahl*, 1992, pp. 361 s.; OTTO, *Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil*, 2ª ed., 1974, p. 121; SAMELICK, *Zur Unterscheidung des Begehungsdelikts vom Unterlassungsdelikt*, 1976, pp. 204 s.; DAHM, *Ärztliche Entscheidung unter Reanimationsbedingungen aus rechtlicher Sicht und "passive" Euthanasie*, 1978, pp. 175 ss., 198; VON DELLINGSHAUSEN, *Sterbehilfe und Grenzen der Lebenserhaltungspflicht des Arztes*, 1981, p. 468, n. Recientemente, entre otros, vid. en este mismo sentido p.ej., ENGLÄNDER/ZIMMERMANN, «"Rettungstötungen" in der Corona-Krise?», *NJW*, (20), 2020, pp. 1401 ss.; o MERKEL/AUGSBERG, *JZ*, (14), 2020, pp. 711 ss. A esta misma conclusión llega entre nosotros, aunque solo para el caso del conflicto entre dos vidas humanas a resolver por un médico, PANTALEÓN DÍAZ, *Almacén D Derecho*, Mar 10, 2021.

106 Próximos ROXIN/GRECO, *AT*, v. I, 5ª ed., 2020, § 22 nm. 164 s.; o STERNBERG-LIEBEN, «Corona-Pandemie, Triage und Grenzen rechtfertiger Pflichtenkollision», *MedR*, (38), 2020, pp. 636 s.

mento en forma de auténtico derecho subjetivo sobre el ventilador.

4.- En este trabajo he defendido que un sistema jurídico-penal llamado a garantizar la paz pública debe minimizar las situaciones de incertidumbre en lo que a la distribución de derechos se refiere. Desde el mismo momento de la intubación, pues, el paciente consolida su expectativa de salvamento, que muta en un auténtico derecho subjetivo. Su lesión en forma de interrupción del tratamiento médico constituye una injerencia en su esfera jurídica a justificar (solo) conforme a las estrictas reglas del estado de necesidad agresivo.

5.- Dado que el mejor pronóstico de éxito del segundo paciente no le otorga en ningún caso un interés esencialmente preponderante en el juicio de ponderación (imponderabilidad de la vida humana), el triaje *ex post* no puede ser bajo ningún concepto justificado. El homicidio del médico, con carácter general, tampoco podrá ser exculpado.

5. BIBLIOGRAFÍA

- AAS/WASSERMAN (2021), «Bodily Rights in Personal Ventilators?», *Journal of Applied Philosophy*, 2021, pp. 1 ss.
- AST (2020), «Quieta non movere? Ärztliche Auswahlkriterien sowie der Behandlungsabbruch im Fall einer Pflichtenkollision aus strafrechtlicher Sicht», *ZIS*, (6), pp. 268 ss.
- BALDÓ LAVILLA (1994), *Estado de necesidad y legítima defensa*, J. M. Bosch, Barcelona.
- BRONNER (2018), «Two Ways to Kill a Patient», *Journal of Medicine and Philosophy*, (43), pp. 44 ss.
- BRONNER (2016), «The Total Artificial Heart and the Dilemma of Deactivation», *Kennedy Institute of Ethics Journal*, (4), pp. 347 ss.
- CHIESA (2013), «Actmissions», *West Virginia Law Review*, (116), pp. 583 ss.
- COCA VILA (2021), «Strafrechtliche Pflichtenkollision als Institut der Maximierung der Zahl der Überlebenden? Eine Kritik der utilitaristischen Wende in der Triage-Diskussion», *GA*, (8), 2021, pp. 446 ss.
- COCA VILA/OROZCO LÓPEZ (2021), «Triage ex post: ¿homicidio punible o distribución justa de recursos médicos escasos?», *CIFD Virtual, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho*, Jul. 29, 2021. Disponible en: <https://cifd.uexternado.edu.co/triaje-ex-post-homicidio-punible-o-distribucion-justa-de-recursos-medicos-escasos/>
- COCA VILA (2021), «Triage y colisión de deberes jurídico-penal. Una crítica al giro utilitarista», *InDret*, (1), pp. 1 ss.
- COCA VILA (2018), «La colisión “deficitaria” de deberes. Consideraciones sobre la exclusión del injusto omisivo en ejecución de actos de salvamento supererogatorios», *En Letra Penal*, (IV:6), pp. 52 ss.
- COCA VILA (2017), «La legítima defensa frente a omisiones», *ADPCP*, (LXIX), pp. 75 ss.
- COCA VILA (2016), *La colisión de deberes en Derecho penal. Concepto y fundamentos de solución*, Atelier, Barcelona.
- COCA VILA (2011), «Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo», *InDret*, (1), pp. 1 ss.
- CUELLO CONTRERAS (1990), «La justificación del comportamiento omisivo», *ADPCP*, (XLIII), pp. 497 ss.
- DAHM (1978), *Ärztliche Entscheidung unter Reanimationsbedingungen aus rechtlicher Sicht und “passive” Euthanasie*, Bochum, Univ., Diss., Bochum.
- DATINO et al. (2014), «Guía sobre el manejo de desfibriladores automáticos implantables al final de la vida», *Revista Clínica Española*, (214:1), pp. 29 ss.
- DE LORA (2004), «El derecho a la protección de la salud», en BETEGÓN CARILLO et al. (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Presidencia del Gobierno, Secretaría General Técnica, Madrid, pp. 875 ss.
- DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (2014), *La doctrina de los actos propios. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 2ª ed., Civitas, Madrid.
- DINGELDEY (1979), «Pflichtenkollision und rechtsfreier Raum», *Jura*, (9), pp. 478 ss.
- ENGLÄNDER/ZIMMERMANN (2020), «“Rettungstötungen” in der Corona-Krise?», *NJW*, (20), pp. 1398 ss.
- ESER/STERNBERG-LIEBEN (2019), «Vor § 211 ff.», en ESER et al. (eds.), *Schönke/Schröder-StGB Kommentar*, 30ª ed., C.H. Beck, München.
- FATEH-MOGHADAM/GUTMANN (2021), «Gleichheit vor der Triage. Rechtliche Rahmenbedingungen der Priorisierung von COVID-19-Patienten in der Intensivmedizin», en HÖRNLE et al. (eds.), *Triage in der Pandemie*, Mohr Siebeck, Tübingen, pp. 291 ss.
- FLECK/MURPHY (2018), «First Come, First Served in the Intensive Care Unit?», *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, (27), 52 ss.
- FRISCH (2004), *Comportamiento típico e imputación del resultado*, Marcial Pons, Madrid.
- FRISTER (2020), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 9ª ed., Beck, München.
- GAEDE (2021), «Teil 16. Strafrechtliche Fragen des Infektionsschutzes und von Pandemien», en ULSENHEIMER/GAEDE (eds.), *Arztstrafrecht in der Praxis*, 6ª ed., C.F. Müller, Heidelberg.

- GAEDE et al. (2020), «Rechtmäßiges Handeln in der dilemmatischen Triage-Entscheidungssituation», *medstra*, (3), 2020, pp. 129 ss.
- GIMBERNAT ORDEIG, (2006), «Una tercera forma de realización del tipo: La interrupción de cursos causales salvadores», *Revista Cenipec*, (25), pp. 365 ss.
- GIMBERNAT ORDEIG (2000), «La causalidad en la omisión impropia y en la llamada “omisión por comisión”», *ADPCP*, (LIII), pp. 29 ss.
- GIMBERNAT ORDEIG (1990), «El estado de necesidad: un problema de antijuricidad», en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, pp. 218 ss.
- GRECO (2019), «Vehículos de motor autónomos y situaciones de colisión», en CANCIO MELIÁ et al. (eds.), *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, v. 1, UAM Ediciones, Madrid, pp. 485 ss.
- HARRIS (1994), «Are withholding and withdrawing therapy always morally equivalent? A reply to Sulmasy and Sugarman», *Journal of medical ethics*, (20), pp. 223 ss.
- HOVEN (2020), «Die »Triage«-Situation als Herausforderung für die Strafrechtswissenschaft», *JZ*, (9), pp. 449 ss.
- HOVEN/HAHN (2020), «Strafrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie», *JA*, (7), pp. 481 ss.
- HÖRNLE (2021), «Ex-post-Triage: Strafbar als Tötungsdelikt?», en HÖRNLE et al. (eds.), *Triage in der Pandemie*, Mohr Siebeck, Tübingen, pp. 149 ss.
- HUDDLE (2019), «A Moral Argument against Turning Off an Implantable Cardiac Device: Why Deactivation Is a Form of Killing, Not Simply Allowing a Patient to Die», *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, (28), pp. 329 ss.
- JAKOBS (1997), «Interrupción del tratamiento médico a petición del paciente y el § 216 StGB (homicidio a petición de la víctima)», en EL MISMO, *Estudios de Derecho Penal*, UAM/Civitas, Madrid, pp. 413 ss.
- JAKOBS (1997), *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid.
- JAKOBS (1996), «La imputación penal de la acción y de la omisión», *ADPCP*, (XLIX), pp. 835 ss.
- JANSEN (2006), «Hastening Death and the Boundaries of the Self», *Bioethics*, (20:2), pp. 105 ss.
- JÄGER/GRÜNDEL (2020), «Zur Notwendigkeit einer Neuorientierung bei der Beurteilung der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Angesicht der Corona-Triage», *ZIS*, (4), pp. 151 ss.
- JUANATEY DORADO (1994), *Derecho, suicidio y eutanasia*, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid.
- KAUFMANN (2006), *Dogmática de los delitos de omisión*, Marcial Pons, Madrid.
- KAY/BITTNER (2009), «Should implantable cardioverter-defibrillators and permanent pacemakers in patients with terminal illness be deactivated?», *Circulation: Arrhythmia and Electrophysiology*, (3), pp. 336 ss.
- KUBICIEL (2020), «Die Triage in der rechtswissenschaftlichen Diskussion», *Zeitschrift für med. Ethik*, (66:4), pp. 509 ss.
- KÜNSCHNER (1991), *Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht und Patientenauswahl*, Enke, Stuttgart.
- KÜPER (1979), *Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin.
- KÜPER (1971), «Noch einmal: Rechtfertigender Notsstand, Pflichtenkollision und übergesetzliche Entschuldigung», *JuS*, (9), pp. 474 ss.
- LENCKNER (1969), «Ärztliche Hilfeleistungspflicht und Pflichtenkollision», *Med. Klein.*, (64:21), pp. 1000 ss.
- LERMAN (2013), *La Omisión por Comisión*, Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- MARTIN-FUMADÓ et al. (2020), «Consideraciones éticas y médico-legales sobre la limitación de recursos y decisiones clínicas en la pandemia de la COVID-19», *Revista española de medicina legal*, (46:3), pp. 119 ss.
- MARTÍN LORENZO (2009), *La exculpación penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- McMAHAN (1993), «Killing, Letting Die, and Withdrawing Aid», *Ethics*, (103:2), pp. 250 ss.
- MERKEL (2016), «Killing or letting die? Proposal of a (somewhat) new answer to a perennial question», *J Med Ethics* (42), 2016, pp. 353 ss.
- MERKEL (2008), «Die Abgrenzung von Handlungs- und Unterlassungsdelikt», en PUTZKE (ed.), *Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg*, Mohr Siebeck, Tübingen, pp. 193 ss.
- MERKEL/AUGSBERG (2020), «Die Tragik der Triage – straf- und verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen», *JZ*, (14), pp. 704 ss.
- MOLINA FERNÁNDEZ (2020), «Estado de necesidad, colisión de deberes y la navaja de Ockham», en DE VICENTE REMESAL et al. (eds.), *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña*, v. 1, Reus, Madrid, pp. 805 ss.
- MOLINA FERNÁNDEZ (1998), «Omisión del deber de socorro y omisión de asistencia sanitaria», en BAJO FERNÁNDEZ (ed.), *Compendio de Derecho Penal*

- (*Parte Especial*), v. II, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, pp. 139 ss.
- MOORE (2009), *Causation and Responsibility*, Oxford University Press, Oxford.
- MOORE (2007), «Patrolling the Borders of Consequentialist Justifications: The Scope of Agent-Relative Restrictions», *Law and Philosophy*, (27), pp. 35 ss.
- NEUMANN (2017), «Vorbemerkungen zu § 211», en KINDHÄUSER et al. (eds.), *Nomos Kommentar-StGB*, 5ª ed., Nomos, Baden-Baden.
- NEUMANN (2017), «§ 34», en KINDHÄUSER et al. (eds.), *Nomos Kommentar-StGB*, 5ª ed., Nomos, Baden-Baden.
- NEUMANN (2001), «Der Rechtfertigungsgrund der Kollision von Rettungsinteressen», en SCHÜNEMANN et al. (eds.), *Festschrift für Claus Roxin*, De Gruyter, Berlin, pp. 421 ss.
- OTTO (2020), «Rechtfertigende Pflichtenkollision», en HILGENDORF et al. (eds.) *Handbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil 1*, v. 2, C.F. Müller, Heidelberg.
- OTTO (1974), *Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitssurteil*, 2ª ed., Elwert, Marburg.
- PANTALEÓN DÍAZ (2021), «De kantianos y triajes: Notas para un debate con Ivó Coca», *Almacén D Derecho*, Mar 10, 2021. Disponible en: <https://almacenederecho.org/de-kantianos-y-triajes>
- PAWLIK (2013), «Das Recht der Älteren im Strafrecht», en BECKER/ROTH (eds.), *Recht der Älteren*, De Gruyter, Berlin, pp. 127 ss.
- PAWLIK (2013), «Einseitige Therapiebegrenzung und Autonomiegedanke. Über die Kehrseite einer Emanzipationsformel», en FREUND (ed.), *Festschrift für Wolfgang Frisch*, pp. 697 ss.
- PAWLIK (2012), *Das Unrecht des Bürgers*, Mohr Siebeck, Tübingen.
- PAWLIK (1999), *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, Heymann, Köln.
- PERDOMO-TORRES (2006), *Garantenpflichten aus Vertraulichkeit*, Duncker & Humblot, Berlin.
- PILKINGTON (2020), «Treating or Killing? The Divergent Moral Implications of Cardiac Device Deactivation», *Journal of Medicine and Philosophy*, (45), pp. 28 ss.
- RENGIER (2020), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 12ª ed., C.H. Beck, München.
- REINHOLD (2009), *Unrechtszurechnung und der Abbruch rettender Verläufe*, Mohr Siebeck, Tübingen.
- REYES ALVARADO (1996), *Imputación objetiva*, Temis, Santa Fé de Bogotá.
- REYNOLDS/GUIDRY-GRIMES/SAVIN (2021), «Against Personal Ventilator Reallocation», *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, (30), pp. 272 ss.
- ROBLES PLANAS (2015), «Sobre la exclusión del injusto penal», en EL MISMO, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, pp. 185 ss.
- ROMEO CASABONA (1994), *El Derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Areces, Madrid.
- RÖNNAU (2019), «Vor §§ 32 ff», en CIRENER et al. (eds.), *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch: StGB*, 13ª ed., v. III, De Gruyter, Berlin.
- ROXIN (2017), «En el límite entre comisión y omisión», en EL MISMO, *Problemas básicos del Derecho penal*, 2ª ed., BdeF, Montevideo-Buenos Aires, pp. 315 ss.
- ROXIN/GRECO (2020), *Strafrecht Allgemeiner Teil, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, v. I, 5ª ed., C.H. Beck, München.
- SAMELUCK (1976), *Zur Unterscheidung des Begehungsdelikts vom Unterlassungsdelikt*, Hamburg, Univ., Hamburg.
- SAMSON (1974), «Begehung und Unterlassung», en STRATENWERTH (ed.), *Festschrift für Hans Welzel*, De Gruyter, Berlin, pp. 579 ss.
- SÁNCHEZ DAFAUCE (2016), *Sobre el estado de necesidad existencial*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- SÁNCHEZ MORÓN (2003), «Venire contra factum proprium non valet», *Documentación administrativa*, (263-264), pp. 223 ss.
- SCHEID (2000), *Grund- und Grenzfragen der Pflichtenkollision beim strafrechtlichen Unterlassungsdelikt*, Shaker, Aachen.
- SCHNEIDER (1997), *Tun und Unterlassen beim Abbruch lebenserhaltender medizinischer Behandlung*, Duncker & Humblot, Berlin.
- SILVA SÁNCHEZ (2019), «Frustración de oportunidades terapéuticas», *InDret*, (1), pp. 1 ss.
- SILVA SÁNCHEZ (2011), «Interrupción de cursos salvadores ajenos dentro de la propia esfera de organización: un problema de justificación», en DA COSTA ANDRADE et al. (eds.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueredo Dias*, v. II, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 979 ss.
- SILVA SÁNCHEZ (2010), *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 2ª ed., BdeF, Montevideo-Buenos Aires.
- SILVA SÁNCHEZ (2005), «Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia», en *Homenaje al Profesor Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, pp. 1007 ss.
- SILVA SÁNCHEZ (2001), «La responsabilidad penal del médico por omisión», *La Ley*, (18819), pp. 1 ss.

- SOWADA (2020), «Strafrechtliche Probleme der Triage in der Corona-Krise», *NStZ*, (8), pp. 452 ss.
- STERNBERG-LIEBEN (2020), «Corona-Pandemie, Triage und Grenzen rechtfertigender Pflichtenkollision», *MedR*, (38), pp. 627 ss.
- STILLER (2020), *Sterbehilfe und assistierte Suizid*, Nomos, Baden-Baden.
- SULMASY (2007), «Within You /Without You: Biotechnology, Ontology, and Ethics», *J Gen Intern Med*, (23), pp. 69 ss.
- SULMASY/COURTOIS (2019), «Unlike Diamonds, Defibrillators Aren't Forever: Why It Is Sometimes Ethical to Deactivate Cardiac Implantable Electrical Devices», *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, (28), pp. 338 ss.
- SULMASY/COURTOIS (2019), «Why the Common-Sense Distinction between Killing and Allowing-to-Die Is So Easy to Grasp but So Hard to Explain», *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, (28), pp. 353 ss.
- SULMASY/SUGARMAN (1994), «Are withholding and withdrawing therapy always morally equivalent?», *Journal of medical ethics*, (20), pp. 218 ss.
- TOMÁS-VALIENTE LANUZA (1999), *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho Penal*, BOE, Madrid.
- VON DELLINGSHAUSEN (1981), *Sterbehilfe und Grenzen der Lebenserhaltungspflicht des Arztes*, Mannhold, Düsseldorf.
- WELZEL (1969), *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., De Gruyter, Berlin.
- WILENMANN (2016), «Imponderabilidad de la vida humana y situaciones trágicas de necesidad», *InDret*, (1), pp. 1 ss.
- WINTER (2000), *Der Abbruch rettender Kausalität*, Lang, Frankfurt am Main.