

Responsabilidad penal médica: consideraciones en la aplicación del principio del doble efecto

Medical Criminal Liability: considerations in the application of the principle of double effect

Lic. Mabel Cándano Pérez, Lic. Rodrigo Guerra Espinosa

Universidad de Los Andes. Santiago de Chile, Chile.

RESUMEN

La responsabilidad médica en Chile contempla un espacio de discrecionalidad, en situaciones de peligro para la mujer durante el embarazo y en el tratamiento paliativo de pacientes terminales. En estos casos se presentan conceptos jurídicos indeterminados, en el ordenamiento jurídico chileno, que requieren de una propuesta interpretativa en consonancia con la protección del derecho a la vida, en actividades médicas que tengan por efecto colateral la muerte de personas inocentes.

Palabras claves: responsabilidad penal médica, principio del doble efecto, muerte del inocente por efecto colateral.

ABSTRACT

The Chilean medical liability leaves a room of discretion in cases when a hazardous condition exists during the pregnancy or palliative care for those dying from a terminal disease. In such cases, the Chilean legal system presents undefined legal concepts. These concepts need to be in accordance with the promotion of the constitutional right to life, in medical cases where innocent people could die by side effect.

Keys words: medical criminal liability, principle of double effect, the death of an innocent person by side effect.

INTRODUCCIÓN

En el derecho penal chileno, se ha reconocido, tradicionalmente, un espacio a la responsabilidad penal médica, en casos en los cuales se genere por resultado la muerte o un grave daño físico en la persona. De ahí que el legislador contemple, en algunas situaciones de peligro para la vida de la madre durante el embarazo o en casos de enfermedades terminales, disposiciones que entregan un margen de discrecionalidad.

El artículo 119 del Código Sanitario chileno (en adelante CS) indica expresamente que, en alusión a situaciones de peligro para la vida de la mujer embarazada, “no podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto”. Por su parte, también la Ley 20.580, relativa a la regulación de los derechos y deberes de los pacientes,¹ establece en el artículo 16 inciso 4 que las personas en un estado de salud terminal “tendrán derecho a vivir con dignidad hasta el momento de la muerte. En consecuencia, tienen derecho a los cuidados paliativos que les permitan hacer más soportables los efectos de la enfermedad”.

Así, conceptos jurídicos indeterminados como fin —presente en el artículo 119 del CS—, y dignidad, en situaciones como las ya enunciadas, relativas a situaciones de peligro para la vida de la madre o en casos de tratamientos paliativos, requieren de un criterio axiológico que nos permita explicar por qué es posible afectar un interés que por sí mismo es valioso para el ordenamiento jurídico, esto es, la vida.

La vida es un bien humano básico reconocido en la Constitución chilena, que adquiere reconocimiento normativo en el artículo 19 N° 1. Última disposición que “asegura a todas las personas: el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica”, siendo enfático en indicar que “la ley protege la vida del que está por nacer”.

Por ello, de no existir otra posibilidad que terminar con la vida del feto, en una situación de peligro para la vida de la madre, o suministrar una sustancia que tendrá por efecto colateral acelerar la muerte del paciente terminal, es necesario explicar por qué la acción estaría justificada en el ordenamiento jurídico chileno.

En este contexto, el término justificación explica por qué sería posible afectar la vida de un ser humano inocente en estas situaciones. Es decir, las razones de por qué una acción típica que afecta el bien jurídico de la vida en este tipo de casos no sería antijurídica.

Este artículo tiene por propósito demostrar que el principio del doble efecto se presenta como un criterio axiológico que responde al campo de las justificantes, que explicaría razonablemente cómo en la intervención médica del embarazo, cuando la vida de la gestante está en peligro de muerte, o en los tratamientos paliativos de un enfermo terminal, es posible terminar por efecto colateral (per accidens) con la vida de un ser humano inocente, sin afectar la dignidad humana.

DESARROLLO

La doctrina penal utiliza esta distinción entre efecto intentado (per se) y colateral (per accidens) solo con el propósito de atribuir responsabilidad al agente en figuras preterintencionales y no para determinar si es posible, por medio de dichas categorías, la justificación del comportamiento del agente en situaciones en las cuales se dé lugar al sacrificio o afectación de la vida de un ser humano inocente. Aquí radica la importancia del doble efecto, porque utiliza la voluntad directa (efecto intentado) e indirecta (efecto colateral) para justificar la acción del agente.

En tal sentido, se evidencia la diferencia existente entre la aplicación jurídica y la moral del principio, si se valora que objetivamente la muerte del feto es un efecto colateral de un acto terapéutico en sí mismo lícito, necesario y proporcionado. El médico aunque intervenga deseando la muerte del feto, estaría justificado de darse las condiciones expuestas. Lo mismo ocurre en el caso del tratamiento paliativo de un enfermo terminal.

En este trabajo se presenta una aproximación a la aplicación del principio del doble efecto, en el ámbito de la responsabilidad penal médica, relacionada a casos de situaciones de peligro para la mujer embarazada, consideraciones acerca de la ponderación de intereses y el problema de la intención en el ejercicio de una acción conforme al principio en cuestión.

Estas tres perspectivas nos aportan una mirada global para interpretar el principio del doble efecto en el campo del ejercicio de la medicina en Chile, en torno al nuevo proyecto de Ley que busca introducir la justificación del aborto en tres causales: a) riesgo o peligro para la vida de la madre, b) alteración estructural congénita o genética incompatible con la vida extrauterina, y c) embarazo producto de una violación. No obstante, únicamente realizaremos un breve comentario en torno a las dos primeras.

Se opta por analizar el principio del doble efecto desde el enfoque ya enunciado porque es un principio que necesita estimarse necesario en la jurisprudencia y en nuestra dogmática. Esto para no incurrir en un comportamiento delictivo que sea subsumible en la figura del delito de aborto.

En síntesis, importante es preguntarse por este espacio de discrecionalidad que da lugar el legislador, para efectos de entregar seguridad y certeza jurídica en la interpretación de la regulación chilena en estas materias. Se estima que la coherencia conceptual se dará al determinar cuál es el factor axiológico adecuado para resolver este tipo de situación en el ámbito médico.

Finalmente, cabe advertir que este trabajo no tiene por propósito entregar un análisis de todas las corrientes filosóficas existentes en la materia, sino más bien indicar cuales serían las razones de por qué considerar al principio del doble efecto como un criterio de razonamiento práctico que puede tener lugar a la hora de resolver problemas en relación a embarazos con riesgos para la vida de la madre o tratamientos paliativos que tengan por efecto colateral acortar la vida del paciente.

Aproximación al principio del doble efecto en el caso del aborto indirecto y la eutanasia indirecta

El doble efecto es un principio que responde al campo de las justificantes en el derecho penal. Este principio es un criterio axiológico que explica por qué en la intervención médica del embarazo, cuando la vida de la gestante está en peligro de muerte, o en tratamientos paliativos a un enfermo terminal, es posible terminar con la vida de un inocente. En estos casos existe un interés lesionado que por sí mismo es relevante para el ordenamiento jurídico: la vida del feto y del paciente terminal.

De ahí que el consentimiento de la madre y del paciente, para someterse a una intervención médica de tales características, sería uno de los factores a considerar en la ponderación. El doble efecto solo justifica acciones que sean lícitas en sí mismas; es decir, bien intencionadas. Esa licitud de la acción se considera que requiere de un reconocimiento en el ordenamiento jurídico. Allí donde existe una acción ilícita regulada, lo cual atenta contra la prohibición deóntica de que nunca es lícito matar directamente a un ser humano inocente, no es posible hacer uso del principio.

De hecho, una de las críticas es determinar que la intención no vulnera esta prohibición deóntica. Así, a modo de ejemplo, en el caso concreto de un paciente que, sufriendo los efectos de un cáncer terminal, muere por consecuencia de un tratamiento paliativo, se sostiene por algunos en la doctrina que conforme al principio se debería exigir al médico en su fuero interno la intención de no matar al paciente.

La muerte del paciente con esa interpretación no se considera un efecto colateral de la acción si el médico estuviese a favor de la eutanasia. Es decir, que el resultado solo puede ser un efecto colateral de la conducta desplegada si la intención del agente en su fuero interno es la de aliviar al paciente, sino de lo contrario la conducta no podría justificarse.

Sin embargo, Miranda,² responde a la crítica formulada en el tratamiento paliativo y analiza el caso de la histerectomía. Así, si una mujer recién embarazada se somete a una histerectomía, con el objeto de detener un cáncer cervical, no siendo posible diferir su operación hasta después del parto, se considera entonces justificado el médico para practicar la histerectomía, con independencia de que la gestante se someta al tratamiento deseando en su fuero interno abortar.

No es un problema de fuero interno. Por ello, también objetivamente la muerte del feto es "un efecto colateral de un acto terapéutico en sí mismo lícito, necesario y proporcionado".³ El médico, aunque intervenga deseando la muerte del feto, estaría justificado de darse las condiciones expuestas. Lo mismo ocurriría en el caso del tratamiento paliativo de un enfermo terminal.

De acuerdo con Miranda,² este análisis también puede ser aplicado a quien se encuentra en la posición de un salvavidas que, frente a dos bañistas que se ahogan, opta por salvar a uno sabiendo que su acción conlleva la muerte del otro, considerando la distancia en que se encuentran, porque la muerte es solo un efecto colateral de un acto en sí mismo lícito, necesario y proporcionado.

Las precisiones realizadas del principio parecen adecuadas, porque permiten una interpretación que no cae en exigencias psicológicas atingentes al fuero interno del agente, no obstante se reconoce la existencia de una diferenciación jurídica y moral en su aplicación. Por ello, el doble efecto determina directamente la justificación o demérito de la conducta en atención al acto externo.^{4,5}

Naturalmente, el derecho penal no se centra en el fuero interno para imputar responsabilidad al agente por su conducta. Por ello, la disposición del ánimo o los propósitos del facultativo serán analizados por el jurista únicamente en cuanto le sean necesarios "para dilucidar el hecho injusto, el acto propiamente dicho".⁶

Tatiana Hörnle,⁵ ha indicado, a propósito de la aplicación del principio del doble efecto a casos de estado de necesidad, esto es, situaciones de peligro en las cuales entran en conflicto dos o más intereses jurídicos, que "aun cuando se puedan poner de manifiesto diferencias entre intención y conocimiento seguro, éstas carecen de relevancia en relación con el injusto superior que radica en un homicidio cometido «solamente» con conocimiento".⁶

Estas últimas consideraciones no inciden en el doble efecto, si se acepta una lectura objetiva de la intención y se restringe su aplicación a los casos específicos relativos al tratamiento paliativo (eutanasia indirecta) y a la intervención médica del embarazo en situaciones de peligro de muerte para la gestante (aborto indirecto).⁷

En tal sentido, cualquier persona en la posición del médico, en el caso de la intervención médica del embarazo en situación de riesgo cierto de muerte de la gestante o en el tratamiento paliativo de un enfermo terminal, debe tener conocimiento que realiza una acción que no traerá aparejado un mal mayor. Así, el agente tiene conocimiento de que su acción provocará un daño derivado e incluso planificado que, a sabiendas, tendrá por resultado (efecto colateral previsible) la muerte de un tercero inocente.⁸

El agente con sus datos al actuar se representa, conoce. Este conocimiento se traduce en caso de no actuar en un mayor riesgo para la lesión de bienes jurídicos de terceros. De este modo, no actuar trae aparejadas consecuencias más nefastas que las deseadas. Entonces, al actuar permite salvar la vida de la madre o padecer al enfermo terminal con dignidad los efectos de su enfermedad.

El doble efecto no desconoce el aborto indirecto ni la eutanasia indirecta como conductas que cumplen el tipo de matar a otro. Pero se dan en un contexto que admite determinar si la acción se ajusta o no a los parámetros del ordenamiento jurídico, dando pie a un criterio de valoración que nos explique si la conducta cumple o no con la regla de comportamiento.

Se considera que la intervención médica tanto en el caso del aborto indirecto, como la eutanasia indirecta es constitutiva de un riesgo relevante para el tipo de aborto u homicidio. Sin embargo, su acción tiene por efecto colateral (previsible) la muerte del feto o del enfermo terminal y por efecto intentado la finalidad de salvar la vida de la madre o permitir al enfermo vivir con dignidad hasta el momento de la muerte, permitiéndole hacer más soportables los efectos de la enfermedad.

El doble efecto permite definir cuáles son los criterios valorativos que, en consideración de la causalidad empírica de los hechos, explican por qué la acción del médico se encuentra amparada por un interés preponderante; esto es, más allá de la conducta consagrada en el tipo de homicidio o el aborto, en virtud de una acción lícita, necesaria y proporcionada.

Este razonamiento muestra correlación con la metarregla de prioridad condicionada entre principios, porque reconoce un núcleo esencial en la ponderación de la dignidad humana que solo puede ser afectado por efecto colateral. En esta línea, si el agente es formalizado por el tipo de homicidio, debido a una supuesta práctica eutanásica, o por el delito de aborto, en la realización de una intervención médica que induzca el parto, sería posible sostener como defensa las justificantes, consagradas en el artículo 119 CS y el artículo 16 inciso 4 de la Ley 20.584.

Lo último, aludiendo al criterio de valoración axiológica del doble efecto, para explicar por qué se terminó colateralmente con la vida de un tercero inocente.⁹ Esto está fuera del estado de necesidad por la decisión del legislador, como se observa en torno al efecto oclusivo de las disposiciones mencionadas en el párrafo anterior.

De todas formas, este razonamiento se podría replicar en el primer y segundo nivel de no existir estas disposiciones. El criterio axiológico estima que el agente no puede matar directamente a un ser humano inocente, porque solo se admite justificar matar a otro ser humano inocente (tercero) a sabiendas, si su muerte es un efecto colateral de la acción.

Así, la muerte del tercero únicamente se permite indirectamente (per accidens) y no directamente (per se). En el caso del aborto indirecto como la eutanasia indirecta, se considera el efecto oclusivo de las justificantes que los contemplarían, lo cual parece que no es posible hablar de una situación atribuible a la esfera de organización del feto,¹⁰ y en el caso del paciente terminal, los efectos de la enfermedad no pueden ser generalmente atribuidos a su propia imprudencia.

En este último caso, no podría aplicarse el artículo 10 N° 11 el Código penal chileno, porque el sujeto, posiblemente, provocó en algún porcentaje su enfermedad. Sin embargo, de todas formas se podría procurar evitar su dolor, en consideración de la justificante del artículo 16 inciso cuarto de la Ley 20.584, aunque del tratamiento se dé por consecuencia su muerte por efecto colateral.

El doble efecto considera, la causalidad empírica; esto es, los presupuestos fácticos del caso, informes periciales, testimonios, relación circunstanciada de los hechos, entre otros, lo cual permite explicar por qué la conducta del agente se encuentra justificada, con independencia del deber de tener en cuenta las normas penales o procedimientos que regulan el ejercicio de la profesión.

Según lo expuesto, se puede concluir que el principio del doble efecto se considera como una metarregla que presenta un criterio razonable de ponderación que no atenta contra el núcleo esencial de la dignidad humana, dentro del ámbito específico del aborto indirecto y eutanasia indirecta, siendo objetivo el análisis de la intención, y se centra su mirada en lo que acontece: los hechos fácticos que concurren en la resolución del caso.

Finalmente, en caso de que no exista otra alternativa que matar directamente a un tercero inocente, sea o no fuente de peligro, se debe considerar excepcionalmente la aplicación del estado de necesidad exculpante. De este modo, el núcleo de la dignidad humana en estas condiciones se vulneraría en conformidad a la metarregla de la prioridad condicionada entre principios. Sin embargo, la conducta podría quedar amparada en el estado de necesidad exculpante de no ser posible exigir moderación al agente en su conducta: inevitabilidad plena.

Ponderación en situaciones de peligro en el campo de la medicina

En las situaciones de estado de necesidad en el ámbito de la medicina muchas veces hay que actuar sin demora. Situaciones en las cuales se deberá seleccionar la alternativa que cause el mal menor evitando infringir prohibiciones deónticas. Sin embargo, en el caso que no pueda, el agente debe seleccionar el mal que estime conveniente, al no existir un margen de libertad lo suficientemente amplio que le permita ponderar.

En el caso de males físicos debe optar por el menor. En cambio, en el ámbito de los principios no existe tal alternativa. Por ello, hay prohibiciones deónticas que solo pueden ser vulneradas de no existir otra alternativa en la selección del agente. Sin embargo, esto no implica transformar en la necesidad la ilicitud del acto en lícito.¹¹

Dentro del principio del mal menor se puede observar que existen dos posiciones. La primera posición considera la existencia de prohibiciones deónticas en el ejercicio de la selección del mal menor por medio del principio fundamental de la dignidad humana. Principio imprescindible en la resolución de casos de estado de necesidad.¹²

La segunda posición considera que el comportamiento del agente no está moralmente sometido a obligaciones, ni a sus propias decisiones, con independencia que sean responsables de su conducta y consecuencias. En esta postura, denominada teleológica, no tiene sentido hablar del mal menor porque la

justificación de la acción proviene de la ponderación de bienes en el caso concreto. Esta teoría teleológica, proporcionalista, consecuencialista o utilitarista no acepta la formulación de prohibiciones deónticas porque no existen actos intrínsecamente malos.

El problema que presenta esta posición utilitarista no proviene de la selección del mal menor o del principio de ponderación de intereses, sino de un análisis meramente técnico, de las situaciones de estado de necesidad, en el cual se consideren únicamente bienes físicos como la propiedad, la salud, la vida, entre otros, en la ponderación. Ello sin considerar prohibiciones deónticas que se desprenden del análisis analítico conceptual de la filosofía hegeliana y kantiana.¹³

Incluso se ha vinculado el principio en cuestión en el caso del análisis de eximente del miedo insuperable, en la dogmática penal, a una doctrina meramente utilitarista. Perspectiva que podría inducir a error si desconocemos que el mismo éste no se reduce a una sola comparación de males.¹⁴

Lo esencial del análisis del estado de necesidad, considerando el principio del mal menor, se centra en este plano, de manera que la valoración propiamente jurídica no es más que una consecuencia de la interrelación, hasta donde se puede observar, de tres principios: la dignidad humana, la legalidad y la seguridad social.¹⁵ Interrelación en la que no se puede dejar de lado la dignidad humana. Según esto, en el análisis de un caso de estado de necesidad sería adecuado que el agente busque el mal menor. Por ello, es aceptable siempre y cuando en la ponderación de principios no se desconozca la dignidad humana como un principio en la resolución de los casos.

El utilitarismo confunde estos planos porque para evadir la existencia de prohibiciones deontológicas distingue entre bienes de orden moral (la prohibición absoluta de matar a un ser humano inocente, la justicia, la prudencia, etc.),¹⁶ y pre moral, físicos u ónticos (la salud, la propiedad, la integridad física, etc.).¹⁷ Pues bien, esta corriente posiciona el análisis del comportamiento del agente en el plano pre moral. Plano en el cual se determina si el comportamiento se encuentra justificado o exculpado conforme a las reglas de comportamiento.

El peligro en la ponderación del interés está en que la misma se inserte únicamente en el campo de los bienes físicos o pre morales en situaciones de estado de necesidad. Problema que llevó incluso al neo-hegeliano de Berner a cuestionar la idea de que la vida fuera considerada un derecho absoluto en el caso del soldado que se envía a la guerra.¹⁸

Cuando la ponderación de intereses se restringe exclusivamente a una ponderación de bienes físicos, se corre el riesgo de reducir la aplicación del estado de necesidad a una declaración de buenas intenciones. Declaración en la cual podría prácticamente justificarse cualquier cosa. Existe un núcleo esencial que parte del principio de la dignidad humana que no puede desconocerse.

Este núcleo esencial de la dignidad humana nos impide ponderar vidas humanas. Únicamente es posible la aprobación de la dignidad como un principio, pero no la vida como un bien físico. Por ello, la muerte de un inocente solo es admisible si la inevitabilidad es absoluta. Por tanto solo en dichos casos es posible no exigir moderación. Pues bien, la necesidad nunca transforma el homicidio de un inocente en lícito.

De lo contrario, se tendría una visión reduccionista de la naturaleza humana que priva a la misma de su dignidad y por consiguiente de su espíritu o inmaterialidad. Sin embargo, no podemos desconocer que en ciertas situaciones específicas el

legislador justifica, en espacios reducidos de libertad para el agente, afectar la dignidad humana.

Existen situaciones excepcionales las cuales no pueden ser subsumidas dentro del estado de necesidad, salvo de tratarse de causales de justificación, específicamente, reguladas por el legislador. De lo contrario, solo se aceptarían tales conductas constitutivas de delito de acreditar la imposibilidad de adoptar otro medio ante la situación de peligro. Por ello, en estas situaciones existe un conflicto de intereses donde no es posible exigir moderación ante la actualidad del peligro.

Por ello, "no existe estado de necesidad alguno que pueda justificar privar a otro de su vida, a la que tiene derecho".¹⁹ Admitir el aborto como un acto lícito parte de la inexistencia del derecho a la vida del concebido. Por tanto, la vida del feto es un interés en sí mismo que resguarda el derecho a la vida del que está por nacer. El legislador únicamente permite terminar con su vida cuando está en un peligro cierto la vida de la madre.

Así pues, en ningún otro caso en el cual se termine con la vida de éste podría ser considerado parte del estado de necesidad. En este sentido, aunque se considere la posibilidad de aceptar otra hipótesis de aborto, en un supuesto de grave riesgo para la salud psíquica de la gestante o por la posibilidad de que nazca con malformaciones. Así, con independencia de si se afirma o no que es persona, lo cierto es que en estas hipótesis no se disminuye o sustituye el riesgo, sino que se crea uno imputable.

El concebido no agrede, ni tampoco provoca un riesgo que sea atribuible a su esfera de organización. Por ello, esta acción no puede ampararse, en las mencionadas hipótesis u otras afines, en un estado de necesidad defensivo ni menos en el caso de la legítima defensa. Posiblemente podría considerarse contemplada dicha acción en un estado de necesidad agresivo. Sin embargo, en este caso no es posible matar a una persona.²⁰

Los derechos relativos a las necesidades físicas de su aplicación primaria y de su adquisición derivada son aquellos de conservación de la vida, la salud, la inviolabilidad de la persona, el derecho de procurarse los alimentos, el vestuario, un techo y los medicamentos. Estos son derechos que se deben adquirir en medios de bienestar y perfeccionamiento para disponer libremente de ellos.

La persona humana no debe servir de instrumento, cada uno de nosotros debe ser respetado como un fin en sí mismo, ningún tratamiento despectivo contra alguien es aceptado. Por consiguiente, el derecho natural en un sentido estricto, en el derecho de inviolabilidad de la persona, al considerar la dignidad del hombre, puede defenderla por todos los medios necesarios. Ello incluso a través de la muerte del agresor si fuese absolutamente necesario.

El derecho desde que existe es entero y absoluto. Se tiene la facultad de hacer todo lo necesario para que sea respetado. En este campo del derecho, la moral es menos severa porque se regula sobre las consideraciones del sentimiento más que las de estricta equidad. La inviolabilidad de la persona comprende la libertad exterior que es necesaria para que ejerza todos sus otros derechos. De ahí que la pregunta por la existencia de tales derechos y la comprensión de los mismos dentro de un género sea incontestable.

Algunas consideraciones en torno proyecto chileno que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo.

El proyecto de despenalización de la interrupción del embarazo, anunciado el 31 de enero de 2015, para su discusión en el Congreso, pretende resolver la problemática

de la interrupción voluntaria de la mujer del embarazo en tres hipótesis: situaciones de peligro para la vida de la mujer embarazada, casos de no viabilidad por una alteración estructural congénita y en supuestos de violación. En esta sección solo se hará una pequeña referencia a las dos primeras causales, debido a su estricta relación con el ámbito de la responsabilidad penal médica, conforme a lo indicado en la introducción de este trabajo.

El proyecto comienza afirmando en sus objetivos que pretende solucionar “un conflicto entre bienes inconmensurables”. Sin embargo, agrega que “se trata de situaciones extremas en que la afectación de la dignidad y de los derechos de la mujer es tal que no puede sino garantizarse un espacio de discernimiento para ella”. El proyecto pretende incorporar en el artículo 119, que actualmente indica que “no podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto”, la siguiente modificación:

“Mediando la voluntad de la mujer, un(a) médico(a) cirujano(a) se encuentra autorizado(a) para interrumpir un embarazo cuando: 1) La mujer se encuentre en riesgo vital, presente o futuro, de modo que la interrupción del embarazo evite un peligro para su vida. 2) El embrión o feto padezca una alteración estructural congénita o genética incompatible con la vida extrauterina. 3) Es resultado de una violación [...] siempre que hayan transcurrido más de doce semanas de gestación. Tratándose de un menor de 14 años, la interrupción del embarazo podrá realizarse siempre que no haya transcurrido más de dieciocho semanas de gestación”.²¹

Esta modificación tendría repercusiones en el delito de aborto, en los artículos 344 y 345 del Código penal chileno, al incorporar un inciso tercero y segundo de ambas disposiciones, respectivamente, lo siguiente: “No constituye delito de aborto la interrupción voluntaria del embarazo en los casos autorizados en el artículo 119 del Código Sanitario”.

En este contexto, el proyecto pretende, aparentemente, dar solución a situaciones extremas en las cuales esté en riesgo la vida de la mujer en el embarazo. Así, contempla la posibilidad de interrumpir el embarazo en una situación de riesgo vital presente. Sin embargo, esta causal sería innecesaria porque, como lo ha indicado la Corte Suprema chilena, en su informe del 24 de abril de 2015, el artículo 119 no “hace punible o transforma en delito el aborto terapéutico realizado con estricto acatamiento de la *lex artis*, con el consentimiento de la mujer y con arreglo a las indicaciones que lo hacen posible”.²²

Ahora bien, el problema en torno a la primera causal es qué se entiende por riesgo futuro. El solo hecho de quedar embarazada es un riesgo vital para la vida de la madre. Pues bien, en todo embarazo existe posibilidad de que la mujer muera. Ello aunque tenga o no antecedentes médicos. Además, en el proyecto se enuncian una serie de enfermedades no predecibles e incluso accidentales durante el parto.²³ Entre estas se pueden mencionar insuficiencias respiratorias o cardiopatías.²⁴ Por último, la propuesta del proyecto se centra en el discernimiento de la mujer en estas situaciones extremas. Lo expuesto, conlleva que la opinión médica pase a un segundo plano en la determinación de riesgos futuros.

Respecto de la segunda causal, relativa a una alteración estructural congénita o genética incompatible con la vida extrauterina, se presentan diversos problemas. En el índice de malformaciones letales, entregado por Fernando Zegers y Waldo Sepúlveda a la Cámara de Diputados, se puede contemplar la holoprosencefalia, pentalogía de Cantrell, displasia renal bilateral, hidrocefalia severa, raquisquisis, hernia diafragmática con hipoplasia pulmonar, hipoplasia de ventrículo izquierdo y uropatía obstructiva con hipoplasia pulmonar.

No obstante, en relación a esta se debe tener en consideración diversos puntos. En primer lugar es que en la malformación relativa a la holoprosencefalia solo un tipo es letal. En segundo lugar, en la Pentalogía de Cantrell existen casos clínicos de sobrevivientes en el Hospital pediátrico de Talca en Chile. En tercer lugar, en relación a la displasia renal bilateral son casos graves pero existen sobrevivientes en Chile que no generan —extraordinariamente— hipoplasia pulmonar. Por último, si bien la hidrocefalia severa es una enfermedad que genera graves secuelas físicas, no todos los pacientes mueren en estos casos.²⁵

Por su parte, la raquisquis o espina bífida en Chile se opera a través de una microcirugía en el útero. Asimismo, la hernia diafragmática tiene por definición hipoplasia pulmonar y existe un centro de la Universidad Católica donde los pacientes que padecen esta enfermedad tienen un 70 % de sobrevida.

A su vez es oportuno aclarar que la hipoplasia de ventrículo izquierdo es una enfermedad que se opera en Chile desde el año 2001. Esto con alrededor de un 50 % de sobrevida por medio de diferentes cirugías.

Por último, el tratamiento de la uropatía obstructiva con hipoplasia pulmonar en el Útero es controvertido. Sin embargo, en Chile existe la posibilidad de su tratamiento por vía endoscópica y sobrevida con daño renal en el paciente. Así, llama la atención que en una lista de malformaciones letales estén las malformaciones enunciadas recientemente.²⁵

En definitiva, el ambiente de razonamiento propicio para el doble efecto se centra en situaciones de peligro para la vida de la madre. En estas situaciones no debe existir otra alternativa que ponderar entre dos intereses jurídicos valiosos por sí mismo para el ordenamiento jurídico, esto es, la vida de la madre y la vida del feto.

En estos casos solo se podría afectar por efecto colateral la vida del que está por nacer. Por ello, no podría existir una acción deliberada que pretenda terminar directamente con la vida del feto. En esta línea, nos parece que, tentativamente, la aplicación del doble efecto solo se reconduce a la primera causal que incorporar el proyecto de Ley en cuestión. Sin embargo, este último punto debe ser objeto de un análisis más detallado en lo que concierne al principio en cuestión.²⁶

CONCLUSIONES

En la legislación chilena no está prohibida la realización de tratamientos terapéuticos con el objeto de salvar la vida de la madre en una situación de peligro presente. La normativa del artículo 119 de Código Sanitario faculta a los médicos intervenir en una situación de riesgo para la vida de la mujer embarazada. Esto último, aunque ello tenga por efecto colateral la muerte del que está por nacer, es decir, del feto. De este modo, el artículo 119 del Código Sanitario restringe el ejercicio de prácticas médicas que tengan por finalidad producir un aborto. Sin embargo, la misma disposición no restringe la posibilidad de realizar tratamientos que provoquen indirectamente la muerte del feto, siempre y cuando se tenga por finalidad salvar la vida de la madre. Los tratamientos paliativos están permitidos para efectos de poder llevar con dignidad los efectos de una enfermedad terminal. La normativa del artículo 16 inciso 4 de la Ley 20.580 permite a los médicos realizar tratamientos que procuren aliviar los dolores que causen enfermedades de esta índole. No obstante, ello no implica que se pueda poner término, deliberadamente, a la vida del paciente a través de un tratamiento paliativo. El Código de Ética del Colegio Médico de Chile permite en casos de riesgo para la vida de la madre embarazada, determinar a las instituciones médicas si procede o no

aplicar un tratamiento de índole terapéutica. Así pues, la legislación chilena no sanciona penalmente al médico que interviene terapéuticamente para salvar la vida de la madre embarazada. Esto último, de ser la muerte del feto una consecuencia indirecta del propósito inicial: salvar la vida de la madre. El concepto fin y dignidad son conceptos jurídicamente indeterminados que requieren de un criterio axiológico. En este contexto, consideramos que es adecuado adoptar el principio del doble efecto, esto es, un criterio no consecuencialista, en la resolución de casos que conlleven el problema del aborto o la eutanasia indirecta. Lo expuesto, de aceptar la prohibición deóntica de que nunca es lícito matar a un ser humano inocente. El principio de doble efecto debe tener lugar en el ámbito de la responsabilidad penal médica, en situaciones de peligro relativas a la afectación de un bien jurídico fundamental: la vida. En estas situaciones excepcionales se considera de gran importancia el pronunciamiento de los profesionales del área de la salud. Sin embargo, consideramos que se requiere de un criterio axiológico que nos explique por qué es posible afectar la vida. Es decir, un interés que por sí mismo es válido para nuestro ordenamiento jurídico.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1- Ministerio de Salud de Chile. Ley 20.584, del Ministerio de Salud. Subsecretaría de Salud Pública, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud [Internet]. Chile: Ministerio de Salud de Chile; 2012 [citado 14 de Mayo 2017]. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1039348>

2- Miranda Montesinos A. Eutanasia, suicidio asistido y principio del doble efecto. Réplica al profesor Rodolfo Figueroa. Rev Médica Chile [Internet]. 2012 [citado 14 de Jun 2016]; 140:261-65. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/rmc/v140n2/art17.pdf>

3- Fernández Gonzalo D. El elemento subjetivo de justificación en Derecho Penal. Buenos Aires: B de F; 2015.

4- Guzmán Dalbora JL. Estudio preliminar en Engisch, La teoría de la libertad de la voluntad en la actual doctrina filosófica del Derecho penal, trad. José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: B de F; 2008.

5- Hörnle T. Matar para salvar muchas vidas. Casos difíciles de estado de necesidad desde la perspectiva filosófico-moral y jurídico-penal", Indret. Revista para el análisis del Derecho [Internet]. 2010 [citado 14 de Junio 2016]; 11. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/744_es.pdf

6- Kindhauser U. Acción y norma en el Derecho penal, Normativismo en Derecho penal. Estudios de dogmática jurídico-penal. Chaco: Universidad Nacional del Chaco Austral; 2011.

7- Jakobs G. La imputación objetiva en Derecho penal. Madrid: Cuadernos Civitas; 1996.

8- Miranda Montecinos A. La injusticia del aborto procurado. En: Aguirrezabal/Bertelsen. El aborto. Perspectivas filosófica, jurídica y médica. Santiago: Cuadernos de extensión jurídica; 2014.

9- Sánchez- Ostiz P, Iñigo Corroza E. Delictum 2.0, Material para clases prácticas de introducción a la teoría general del delito. Navarra: Thomson Reuters; 2013.

- 10- Cuervo F. Principios morales de uso más frecuente. Con las enseñanzas de la Encíclica "*Veritatis splendor*". 3era ed. Madrid: Rialp; 1995.
- 11- Gómez-Lobo A. Los bienes humanos. Ética de la Ley Natural. Santiago: Mediterráneo; 2006.
- 12- Chiesa LE. Caso La Mignonette. En: Sánchez-Ostiz Gutiérrez P. Casos que hicieron doctrina en el Derecho penal. 2da ed. Madrid: La Ley; 2011.
- 13- Varona Gómez D. El miedo insuperable y la ética del hormigüeo: Reflexiones sobre el papel de las eximentes fundadas en la inexigibilidad de otra conducta. Rev Estudios de la justicia [Internet]. 2010 [citado 14 de Junio 2016];12: 17-20. Disponible en: http://web.derecho.uchile.cl/cej/rej12/VARONA%20_3_.pdf
- 14- Sánchez-Ostiz P. Iuspoenale 1.0, Materiales docentes para la asignatura de Conceptos y fundamentos del Derecho Penal. Pamplona: Universidad de Navarra; 2014.
- 15- Consejo de Estado. Constitución de la República de Chile 1980. Chile: Editorial Jurídica de Chile; 1980.
- 16- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Ley No. 20.120, sobre la investigación científica en el ser humano, su genoma y prohíbe la clonación humana [Internet]. Chile: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile; 2006 [citado 14 de Junio 2016]. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=253478>
- 17- Pinckaers S. Consecuencialismo y proporcionalismo. En: Brugués (coord.), Enseñame tus caminos para que siga en tu verdad: comentarios y texto de la encíclica "*Veritatis splendor*", de Juan Pablo II. Valencia: EDICEP; 1993.
- 18- Berner AF. De impunitate propter summam necessitatem proposita (Berolini, Schade). Berlin: Verlag; 1861.
- 19- Silva Sánchez JM. Los indeseados como enemigos. La exclusión de seres humanos del status personae. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología [Internet]. 2007 [citado 14 de Junio 2016];1: 7. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/09/recpc09-01.pdf>
- 20- Ossandón Widow M. Aborto y justificación. Revista Chilena de Derecho [Internet]. 2013 [citado 14 de Junio 2016];39(2). Disponible en: <http://www.sciello.cl/sciello.php>
- 21- Presidencia de la República de Chile. Mensaje No. 1230– 362 [Internet]. Chile: Presidencia de la República de Chile; 2015 [citado 14 de Junio 2016]. Disponible en: <https://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=10113...>
- 22- Presidencia de la República de Chile. Mensaje No. 1230-362/ [Internet]. Chile: Presidencia de la República de Chile; 2015 [citado 14 de Junio 2016]. Disponible en: <https://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=20021&prmTIPO=OFICIOPLEY>
- 23- Comisión de Salud. Proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, boletín N°9895-11 [Internet]. Chile: Comisión de Salud; 2015 [citado 14 de Junio 2016]. Disponible en: <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=19144&prmTIPO=ACTACOMISION>

24- Gobierno de Chile. Proyecto de ley que despenaliza la interrupción voluntaria del embarazo en 3 causales [Internet]. Gobierno de Chile: Ministerio de Salud; 2015 [citado 14 de Junio 2016]. Disponible en: <http://3causales.gob.cl/proyecto-de-ley/>

25- Centro de Bioética. Ponencia del doctor Jorge Becker en la Comisión de Salud en la Cámara de Diputados [Internet]. Chile: Centro de Bioética; 2015 [citado 25 de Julio 2015]. Disponible en: <http://centrodebioetica.org/2015/01/seminario-sobre-interrupcion-del-embarazo-da-inicio-al-debate-sobre-la-despenalizacion-del-aborto-en-chile/>

26- Miranda Montecinos A. El principio del doble efecto. Alemania: OLMS; 2014.

Recibido: 28/7/16
Aprobado: 25/6/18

Mabel Cándano Pérez. Universidad de Los Andes, Santiago de Chile, Chile. Correo electrónico: mmcandano@gmail.com

CÓMO CITAR ESTE ARTÍCULO

Cándano Pérez M, Guerra Espinosa R. Responsabilidad penal médica: consideraciones en la aplicación del principio del doble efecto. Rev Méd Electrón [Internet]. 2018 Jul-Ago [citado: fecha de acceso]; 40(4). Disponible en: <http://www.revmedicaelectronica.sld.cu/index.php/rme/article/view/1994/3967>