

Responsabilidad penal médica y seguridad jurídica en contextos de pandemia

ANDREA PERIN^{1,a,b}, JUAN PABLO CASTILLO MORALES^{2,a,b}

Liability and legal security of healthcare professionals in the context of a pandemic

This paper deals with the relevance of bioethical guidelines for the prioritization of patient care. These guidelines should guide health professionals' triage procedures in exceptional situations of resource shortage. Also, they would contribute to evaluate the legal liability of professionals in these situations.

(Rev Med Chile 2021; 149: 263-267)

Key words: Guideline; Malpractice; Pandemics; Triage.

¹Facultad de Derecho, Universidad Andrés Bello. Santiago, Chile.

²Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Católica del Norte. Antofagasta, Chile.

^aAbogado.

^bDoctor en Derecho.

Trabajo no recibió financiamiento. Los autores declaran no tener conflictos de interés.

Recibido el 28 agosto de 2020, aceptado el 15 de diciembre de 2020.

Correspondencia a:

Andrea Perin

Facultad de Derecho, Universidad Andrés Bello, Bellavista 0121, Providencia. Santiago, Chile.
andrea.perin@unab.cl

1. Bioética y Derecho en la encrucijada

El escenario en que nos centraremos se refiere a la aplicación de “criterios de prioridad” entre pacientes que requieran de cuidados intensivos, debido a la escasez de recursos humanos y materiales; por ejemplo, escasez de camas UCI y/o respiradores en las mismas unidades hospitalarias.

El presente texto, antes que una toma de postura, pretende simplemente exponer el panorama de instituciones de derecho penal –delitos y eximentes de responsabilidad– que puedan llegar a ser pertinentes en el contexto de la llamadas “decisiones trágicas”, es decir, cuando sea imposible garantizar a todos los pacientes el acceso a dichos recursos.

La cuestión se puede plantear, de un lado, desde la óptica del médico y la bioética, o desde el punto de vista del juez y el derecho, por otro.

Desde la primera perspectiva, en cuanto a la decisión que se debe adoptar, las cuestiones parecen ser fundamentalmente las siguientes: (i) ¿con base a qué criterios se debería operar el *triage-ex-ante* para determinar el acceso a medios asistenciales vitales? y (ii) ¿en qué casos cabe operar un *triage-ex-post*, esto es, respecto de pacientes que ya se encuentran utilizando soportes vitales escasos y

que se requieren con urgencia para otros pacientes críticos?¹

En cambio, desde la posición de quien juzga la decisión clínica que supone un sacrificio inevitable, cabe preguntarse qué relevancia (jurídico-penal) puede otorgarse a las orientaciones éticas y los criterios de prioridad en la eventualidad de plantearse, por ejemplo, una imputación de responsabilidad penal por la muerte de un paciente que no fue atendido.

Asumiendo esta doble perspectiva, en la segunda sección nos centraremos brevemente en la parte bio-ética de la cuestión, es decir, la elaboración y difusión de dichas orientaciones y criterios y sus características generales. Al final, ofreceremos algunas indicaciones en cuanto al perfil jurídico-penal del asunto, reflexionando sobre el efecto “justificante” o “exculpante” –y las diferencias entre ambas nociones– de dichos criterios de prioridad.

2. La definición de orientaciones éticas y “criterios de prioridad”: ¿autonomía profesional vs. seguridad jurídica?

Desde los primeros meses de pandemia, ministerios de salud, sociedades científicas y comités nacionales de bioética de diversos países han ela-

borado y adoptado informes y resoluciones sobre orientaciones generales que, conforme a ciertos principios bioéticos y a la necesidad, permitirían clasificar a los pacientes que necesiten atención según niveles de prioridad.

En este contexto, se ha sostenido que, si bien se ha de partir de consideraciones de base utilitaria –de las que no se puede prescindir por completo–, la solución debe estar siempre orientada a “salvar la mayor cantidad de vidas corregido por la consideración de que, *prima facie*, todas las vidas tienen el mismo valor”¹. Así, de hecho, han argumentado los redactores de las orientaciones del Ministerio de Salud español²; el informe del MINSAL, por su parte, adoptó un criterio análogo, recomendando, bajo el rótulo del “Principio de equidad”, considerar “criterios de máximo beneficio para el mayor número de personas, con el fin de recuperar la mayor cantidad de vidas posibles, maximizando la posibilidad de supervivencia al alta hospitalaria y maximizar el número de años-vida”³.

Si bien todas parten del principio irrenunciable de que *todas las vidas tienen el mismo valor*, observadas más atentamente se pueden advertir ciertas diferencias; por ejemplo, a propósito del peligro de discriminación de colectivos o grupos de pacientes, entre otros, según el factor de la *edad*.

El caso de Italia es paradigmático en este último sentido. Las *Recomendaciones de la Società italiana di Anestesia, Analgesia, Rianimazione e Terapia Intensiva* (de 06/03/2020) no excluye la posibilidad de acudir a “criterios de acceso (...) no solo estrictamente referidos a la adecuación clínica y proporcionalidad, sino también inspirados por un criterio de (...) justicia distributiva y de adecuada asignación de los recursos sanitarios limitados”, lo que podría hacer necesario “poner un límite a la edad de acceso a las UCI”, bajo una lógica que favorezca la “mayor expectativa de vida”⁴. Por otra parte, el *Comitato Nazionale per la Bioetica*, en su *Informe* de 08/04/2020⁵ subraya que el “criterio clínico” sería el más adecuado para elegir cómo asignar los recursos disponibles en la situación de emergencia, calificando de “éticamente inaceptable” cualquier otro criterio, indicando además ciertas condiciones para la realización del *triage*.

Más cercano a la sensibilidad expresada por el *Comitato*, el ya aludido informe del Ministerio de Salud español –adoptado con la finalidad de proporcionar unos criterios generales– reconoce “la necesidad de una individualización” que

permita alejarse de la tendencia, más frecuente en el contexto anglosajón, de recurrir a tablas y puntuaciones supuestamente idóneas para definir el orden de acceso a la planta de la UCI⁶. En efecto, la adopción de esta lógica supondría “una deshumanización tremenda”, según sus redactores. De este modo, si bien es indiscutible que la edad puede terminar jugando un papel en supuestos extremos en la priorización del recurso, no cabe *ab initio* denegar la posibilidad de acceder a soportes vitales escasos en función exclusiva del factor cronológico¹.

En Chile, las *Recomendaciones de la Comisión Asesora de Ética Asistencial del Ministerio de Salud (CEAM)*³ reflejan el propósito fundamental de fomentar la definición de “un marco de principios éticos y recomendaciones concretas para su aplicación, de modo de orientar a los CEAs en su proceso deliberativo, y, en segundo lugar, establecer una red nacional de CEAs de referencia con una serie de recomendaciones para su funcionamiento”. Se trata de un propósito que, por cierto, destaca la importancia de constituir y valorar el rol de los CEAs⁷.

En términos generales, estos documentos tratan de conjugar (a) la necesidad de partir de la consideración de criterios *utilitaristas y consecuenialistas* y (b) la oportunidad de establecer marcos *deontológicos y principialistas*, que se traduzcan en indicaciones generales, no taxativas y sin relación jerárquica rígida, y que dejen a los CEAs y, en definitiva, a cada médico, la apreciación y decisión sobre cómo realizar la ponderación y concreción de dichas orientaciones ante cada caso particular⁸.

Conforme a esta última aspiración, se rechaza la expectativa –más arraigada en otros contextos culturales– de fijar criterios y/o tablas de puntuaciones supuestamente idóneas para indicar al médico la solución –acceso o no a la UCI, por ejemplo– de forma automática y despersonalizada.

En consideración de lo anterior, cabe observar el carácter en ocasiones antinómico de la relación entre *autonomía* (del profesional) y *seguridad jurídica*. En efecto, si bien una mayor estandarización de las pautas clínicas podría ofrecer un mayor grado de protección al médico ante casos difíciles –y el riesgo de incurrir en algún tipo de responsabilidad penal–, el “costo” de dicha seguridad sería no sólo cierta deshumanización de la relación terapéutica, sino también la renuncia de toda autonomía en la toma de la decisión clínica (como se ha destacado también respecto de la clase

de responsabilidad “imprudente”)⁹. A través de la indicación de criterios de prioridad se busca, por un lado, garantizar una mayor “seguridad jurídica” –en el sentido de la previsibilidad de las consecuencias jurídicas que acarrea una acción u omisión– ante situaciones emocional y legalmente complejas, pero sin pretender, por otro, predefinir la frontera entre actuación u omisión correcta e incorrecta, lícita e ilícita¹.

3. Implicaciones jurídicas: justificación y exculpación de las “decisiones trágicas” basadas en “criterios de prioridad”

El problema descrito nos permite abordar esta reflexión asumiendo la perspectiva del juez que, *a posteriori*, juzga la “decisión trágica” basada en criterios de prioridad.

El profesional sanitario, que haga uso del *triage* beneficiando a unos pacientes en detrimento de otros, podría ser llamado a responder por lesiones u homicidio (arts. 390 y ss. del Código penal [CP]); de afectarse la integridad física sin secuelas físicas también podría preliminarmente entenderse configurado el delito de maltrato corporal (art. 403 *bis*, CP). Además, dándose las condiciones indicadas por la ley penal, el facultativo podría incurrir en las faltas de omisión de socorro o denegación de asistencia sanitaria (art. 494 núm. 10, 11 y 14 CP).

En cualquier caso, la decisión del profesional se hallará siempre en la frontera que delimita la imputación de responsabilidad penal (“dolosa”) y su eventual justificación o exculpación. Cabe preguntarse, entonces, cómo se puede fundamentar una u otra solución –su justificación o exculpación– y bajo qué condiciones.

En casos de esta naturaleza, en derecho penal se suele acudir a dos categorías normativas que, *lato sensu*, eximen de responsabilidad penal: el “conflicto de deberes” y la “inexigibilidad”. Sin embargo, como cada país cuenta con una regulación penal propia, hay que evaluar cómo la ley penal chilena reconoce estas instituciones y cómo se pueden interpretar. De acuerdo con el CP, las vías podrían ser fundamentalmente tres: (a) argumentar la *justificación* de la actuación médica desde la óptica de la “colisión de deberes”, acudiendo, alternativamente, a la causa de justificación del “cumplimiento del deber” o a la omisión “por causa legítima”; (b) otra vía, siempre en el terreno de la justificación, sería la indicada por el “estado

de necesidad”; (c) finalmente, cabe la posibilidad subsidiaria de *exculpar* al profesional, acudiendo al principio de la inexigibilidad de otra conducta, en los términos que veremos a continuación.

3.1. La “colisión de deberes” y el “estado de necesidad” justificante

Esta categoría normativa apunta al conflicto producido cuando el profesional no puede cumplir a la vez todos los deberes de atención que se requieren. Actúe como actúe, quien esté obligado a la observancia de los dos o más deberes necesariamente infringirá uno de ellos. Bajo esta óptica, se tratará de establecer una relación de prevalencia a partir de una ponderación que, en la situación concreta, definirá que existe un interés preponderante y otro susceptible de sacrificio. Así, teniendo en cuenta todos los intereses en juego presentes, la conducta que supone la protección de uno y el sacrificio de otro se entenderá “justificada”. En los términos de nuestro contexto de reflexión: la infracción del deber de asegurar atención clínica al paciente A, quedaría justificada debido al deber “prevalente” de prestar atención al paciente B. Al declararla justificada, el derecho asume que se trata de una decisión lícita, es decir, que no contraría las expectativas de observancia y respeto del mismo.

Esta declaración de licitud tendría dos respaldos en la ley penal chilena: (i) la causa de justificación del “cumplimiento de un deber” (art. 10, n. 10, CP); (ii) la justificación de la omisión por “causa legítima” (art. 10, n. 12, CP). Cualquiera sea la solución por la que se opte, cabe preguntarse cómo se realiza el juicio de ponderación justificante.

Otra opción justificante, alternativa a la lógica de la “colisión de deberes”, consistiría en acudir al “estado de necesidad” (art. 10, n. 11, CP). Esta figura apunta a un contexto de peligro actual de intereses protegidos por el derecho, en que no queda más alternativa que la afectación de dichos intereses para la salvaguarda de otros que el derecho también protege.

Cabe prevenir que la literatura especializada discute sobre la naturaleza de esta norma. Se ha defendido que el art. 10 n. 11: (a) regula un estado de necesidad exclusivamente *justificante*; (b) regula un estado de necesidad que, según el caso, es *justificante o exculpante*; y (c) regula un estado de necesidad exclusivamente *exculpante*. La posibilidad argumentativa que aquí se plantea

parte de la base de cualquiera de las dos primeras interpretaciones¹⁰.

3.2. La exigencia “justificante” de ponderación y prevalencia

Estas causas de justificación son igualmente pertinentes para declarar la licitud de la decisión trágica adoptada por el profesional dentro del marco de las orientaciones éticas. Las razones para inclinarse por cualquiera de estas alternativas dependerán de la estrategia jurídica que asuma la defensa. Por ejemplo, si se enfatiza en lo que el profesional *no pudo ejecutar* (y las razones que subyacen a esa inactividad), será pertinente la omisión por causa legítima. Si, por el contrario, el profesional justifica su decisión trágica *desde* la conducta que *ejecutó*, serán más idóneos el cumplimiento de un deber o el estado de necesidad. Una y otra alternativa, sin embargo, presentan ventajas y obstáculos. Así, mientras los tribunales (no así la ley) sostienen que el cumplimiento de un deber favorece sólo a quienes detentan la condición de funcionarios públicos, los criterios para su concesión son particularmente dúctiles, pues se exige la satisfacción de estándares de adecuación, proporcionalidad y un concepto lato de “necesidad”¹¹. El estado de necesidad, a su turno, puede favorecer a cualquier persona, independientemente de la función que desempeñe, pero del modo como está regulado –una lista de condiciones que deben satisfacerse– el estándar de su concesión resulta más exigente y rígido.

En cualquiera de estas tres vías, la respuesta a la pregunta de si se satisface o no la exigencia de la ponderación y prevalencia que cada una exige podría hallarse en los criterios médicos de prioridad: si la decisión médica está dentro de las decisiones posibles que se extraen de esos criterios, ésta deberá estimarse justificada (*jurídico-penalmente*, pero sobre la base de criterios de *adecuación médico-científica*). Para declararla “lícita”, el juez deberá limitarse a constatar que el profesional escogió una de las posibilidades “legítimas” de entre las distintas opciones sugeridas; no, en cambio, juzgar si dicho profesional adoptó *la mejor* opción entre todas las disponibles. Esta interpretación halla respaldo en el hecho de que, como se subraya en algunas de las orientaciones éticas antes mencionadas, los criterios de prioridad no deben recibir aplicación automática. En concreto: no existe *una* decisión *correcta*, sino una *clase* de posibles decisiones *adecuadas* idealmente

acotada. Sea cual fuere su decisión, si el médico escogió uno de los caminos posibles ofrecidos por ese marco, su conducta lesiva deberá considerarse justificada y, por ende, amparada por el derecho. En cambio, si la decisión del profesional contradice todo sentido atribuible a esas orientaciones bioéticas, su conducta será antijurídica y, en principio, responderá penalmente, salvo que se encuentre en una situación de *exculpación*, la cual responde a una lógica y a un juicio de naturaleza distinta, como veremos en seguida.

3.3. Ausencia de culpabilidad: conciencia de ilicitud e inexigibilidad

Otra alternativa, *subsidiaria a las anteriores*, es la exculpación. Acá el derecho estima que la conducta es ilícita –no está, por ello, justificada– pero el agente (el profesional) se verá favorecido por la concesión de una “disculpa”. Esta situación se puede presentar a través de dos instituciones: el error de prohibición y la noción general de inexigibilidad de otra conducta.

La primera se presenta cuando el sujeto sabe que su conducta está, en general, prohibida, pero erróneamente la cree cubierta por una causa de justificación. Si ese error se explica, por ejemplo, por la presión motivacional generada por el complejo escenario en que se encuentra, el derecho, sin dejar de considerar ilícita la decisión, la comprenderá. Si, en cambio, el juez estima que el contexto sí le permitía ser más acucioso en su apreciación, el profesional podría responder penalmente, aunque, en su caso, por la forma culposa –no dolosa– del delito de que se trate.

Adicionalmente, la omisión salvadora del profesional –cuya explicación estriba en la acción de salvaguarda del otro paciente– podría exculparse a través de la hipótesis explícitamente reconocida en la segunda parte del art. 10, n. 12, CP, que se refiere a una omisión por una “causa insuperable”. Esta figura descansa en la idea de “inexigibilidad de otra conducta”; en casos límite –como los que de hecho ha suscitado la crisis sanitaria– el derecho, sin modificar la apreciación de ilícita de la omisión y sus consecuencias, no puede pretender que el profesional ajuste su conducta a lo justificado o lícito. La “presión motivacional” ejercida por el contexto es excesiva como para exigirle al profesional actuar correctamente; y el error se excusa precisamente por el carácter excepcional de la situación concreta en la que tuvo que actuar.

4. Conclusiones

Respecto al escenario planteado, se trata de conjugar: (i) la necesidad de brindar a los profesionales de la salud orientaciones claras sobre la “actuación correcta” en las condiciones y circunstancias descritas, para garantizar simultáneamente niveles aceptables de autonomía (libertad de método y tratamiento) y seguridad jurídica en el ejercicio de la actividad médica; y (ii) la oportunidad de evitar prácticas de “medicina a la defensiva” que conlleven perjuicios inaceptables a los derechos fundamentales involucrados (especialmente, el derecho a la vida, el derecho a la integridad y la salud, el derecho a la dignidad y a la igualdad ante la ley).

En nuestra opinión, es inconveniente que los comités de ética clínicos establezcan protocolos rígidos, pues esto llevaría el riesgo del automatismo. La responsabilidad penal de la decisión final, por definición, es *personal*, y es del médico, no el comité. Dentro del marco orientador de las recomendaciones éticas, la decisión deberá ser siempre individualizada, sin que exista necesariamente una decisión absolutamente correcta. Después de todo, “[l]a situación de *triage* refiere a una situación trágica, donde el mejor de los mundos, la mejor de las opciones (salvar a todos o tratarlos a todos) no es posible”⁸. El derecho tampoco exige semejante apreciación y prueba de ello es el reconocimiento de la justificación –conflicto de deberes– o exculpación –inexigibilidad– del médico, como hemos observado. En el primer caso, bastaría con apreciar que el médico actuó *dentro de márgenes de adecuación aceptables* de cara a los criterios de prioridad y las orientaciones éticas; en el segundo, que el error o su omisión fue debido a la *situación extrema y excepcional* en que tuvo que actuar.

Agradecimientos: El trabajo se basa en la exposición realizada en el marco del “4º Webinar Bioética: Medicina y Derecho en la encrucijada”, organizado por el Departamento de Bioética y Humanidades Médicas de la Facultad de Medicina de la U. de Chile, y el Comité de ética asistencial de la Clínica Puerto Varas (13 de agosto de 2020). Se agradecen a ambas instituciones por la oportunidad de participar en la instancia interdisciplinaria. La presentación fue realizada por Andrea Perin, pero su posterior publicación es fruto de reflexiones compartidas por ambos autores. A efectos

meramente académicos, los autores dejan constancia de que los apartados 2, 3, 3.1 y 3.2 fueron redactados por Andrea Perin; y los apartados 1, 3.3 y 4, por Juan Pablo Castillo Morales.

Referencias

1. Romeo Casabona C, Urruela Mora A. La gestión de soportes vitales escasos en contextos de pandemia. Reflexiones acerca de la aplicación de triajes en el marco del COVID-19. *Rev Bio y Der.* 2020; 50: 99-112.
2. Ministerio de Sanidad, *Informe del Ministerio de Sanidad sobre los aspectos éticos en situaciones de pandemia: el Sars-Cov-2*. Disponible en <https://bit.ly/2YBbpvp> [consultado el 27 de agosto de 2020].
3. CEAM, *Recomendaciones para los comités de ética asistencial en el apoyo de toma decisiones éticas de los equipos de salud, en contexto de pandemia por covid-19 (09-04-2020)*. Disponible en: <https://bit.ly/3rY419c> [consultado el 7 de abril de 2021].
4. SIAARTI, *Raccomandazioni di etica clinica per l'ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili*. Disponible en: <https://bit.ly/32vVaRw> [consultado el 27 de agosto de 2020].
5. CNB, *Covid-19: la decisión clínica en condiciones de carencia de recursos e il criterio del 'triage in emergenza pandemica'*. Disponible en: <https://bit.ly/2QvCJ9V> [consultado el 27 de agosto de 2020].
6. Romeo Casabona C. No podíamos dejar que discriminaran a pacientes por su edad, discapacidad o procedencia. Disponible en: <https://bit.ly/32voCXL> [consultado el 27 de agosto de 2020].
7. Valera L, Carrasco M, López R, Ramos P, Von Bernhardt R, Bedregal P, et al. Orientaciones éticas para la toma de decisiones médicas en el contexto de la pandemia de COVID-19 en Chile. *Rev Med Chile* 2020; 148: 393-8.
8. Aurenque D, Espinosa R, Lecaros J, Loewe D, Villarreal R. Orientaciones ético-médicas para la atención de pacientes críticos en contexto de pandemia por COVID-19. *Bioética Complutense* 2020; 39: 34-40.
9. Perin A. Estandarización y automatización en medicina: el deber de cuidado del profesional entre la legítima confianza y la debida prudencia. *Rev Chil Der Tecnol.* 2019; 8: 3-28. doi: 10.5354/0719-2584.2019.52560.
10. Castillo Morales JP. El estado de necesidad del artículo 10 n° 11 del Código penal chileno: ¿Una norma bifronte? Elementos para una respuesta negativa. *Pol crim.* 2016; 22: 340-67. doi: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992016000200001>.
11. Couso Salas J. *Código penal comentado. Parte general. Doctrina y jurisprudencia*. Santiago: AbeledoPerrot; 2011: 262.