

# CORONAVIRUS CASES

NELSON ROSENVALD

Pontificia Universidad Católica de São Paulo, São Paulo, Brasil

Recibido: 16/8/2020 – Aprobado: 23/8/2020

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2020.n50-51.5049>

**RESUMEN.** El autor propone que, en las condiciones de la pandemia del COVID-19, es necesario replantear los supuestos de responsabilidad de los profesionales médicos debido a las circunstancias extraordinarias y los riesgos que asumen durante dicha pandemia. Esto implica limitar su responsabilidad en los casos de pacientes con esta enfermedad y permitirles realizar ciertas prácticas o tratamientos fuera de los protocolos convencionales. Además, propone que es necesario replantear el concepto de culpa para los profesionales médicos. Sin embargo, la propuesta no avala la eliminación de responsabilidad en todos los ámbitos (por ejemplo, en el caso de las prácticas discriminatorias o extremadamente negligentes).

**PALABRAS CLAVE:** condiciones de emergencia / responsabilidad limitada / *good samaritan laws* / principio de solidaridad / negligencia / culpa

## CORONAVIRUS CASES

**ABSTRACT.** The author proposes that, in the light of the COVID-19 pandemic, it is necessary to reformulate the notions of liability for medical professionals due to the extraordinary circumstances and risks they are facing during the pandemic. This requires limiting their liability in coronavirus cases, and allowing them to perform certain practices and recommend certain treatments that may not be on the usual protocols. Furthermore, he suggests that it is necessary to reconsider the concept of guilt for medical professionals. However, the proposal does not support the elimination of liability in all cases; for example, in the cases of discrimination or extreme negligence.

**KEYWORDS:** emergency conditions / limited liability / *good samaritan laws* / principle of solidarity / negligence / guilt

En periodos normales, un profesor de Derecho solo se refiere a la responsabilidad civil de los médicos con dos propósitos: enseñar a sus estudiantes sobre la mala praxis, es decir, cuando por negligencia existe una violación de la *leges actis*; o, más recientemente, cuando hay un daño a la autodeterminación del paciente debido a alguna falla en el proceso de obtención de su consentimiento informado. Sin embargo, la pandemia no solo ha cambiado drásticamente las circunstancias de los contratos, sino también las de la actuación de los profesionales de la salud.

El hecho jurídico del COVID-19 repercute en el derecho de las obligaciones de distintas maneras: en la fuerza mayor, en el derecho a renegociar y en la revisión contractual. Asimismo, en las relaciones entre médico y paciente, ya sea en cuanto a las tecnologías de telemedicina y protección de los datos personales del paciente, a la prescripción *off label* de medicamentos, a los ensayos clínicos y a lo que nos interesa, que es la resignificación de la culpa de los médicos.

Hace un mes, el Instituto Brasileño de Estudios de Responsabilidad Civil —la asociación que presido— redactó un proyecto de ley cuyo punto principal es el siguiente:

Dadas las circunstancias urgentes y dramáticas en las que médicos, profesionales de la salud y otros proveedores del sector médico tienen que prestar servicios, el estado tiene que garantizar que, desde el 20 de marzo del 2020 hasta el final de la declaración de emergencia, no se responsabilice a estos profesionales por efectos adversos relacionados por el COVID [*sic*] excepto en el caso de negligencia grave. (2020)

Está claro que tales excepciones no se aplican al Estado, que sigue siendo responsable de acuerdo con el régimen específico de responsabilidad existente. Desafortunadamente, el proyecto de ley no ha progresado, pero las discusiones son intensas, y los abogados y los jueces tendrán que enfrentar estos problemas.

La idea principal es la siguiente: practicar la medicina en condiciones de crisis como las que ha generado el COVID-19 no es lo mismo que ejercerla en condiciones normales. Existe una dimensión sanitaria relativa a la salud pública que es la circunstancia de que la enfermedad se haya extendido por todo el mundo sin que hasta la fecha exista una vacuna o un remedio comprobadamente eficaz. La única medida preventiva que las autoridades han recomendado es el aislamiento social. Por lo tanto, hay que articular reglas más claras que limiten la responsabilidad de las decisiones de los profesionales de la salud en condiciones de crisis. En otras palabras: el estándar del servicio es flexible y reconoce la alteración de las circunstancias.

En tiempos normales, este estándar se mide en función de cómo los médicos razonables y competentes ejercen sus habilidades y conocimientos para satisfacer las necesidades de sus pacientes. Sin embargo, cuando hay que asignar recursos escasos

entre pacientes en condiciones de triaje, lo que es un cuidado adecuado para un individuo no se puede determinar de forma aislada de consideraciones más amplias de salud pública. Esto es un hecho: en la pandemia, la demanda de servicios de salud sobrepasa la oferta disponible, y los médicos toman decisiones de vida o muerte. Tal es su responsabilidad; no una que anhelan, sino la que inevitablemente les toca asumir. Como existen incertidumbres y fluctuaciones en la legislación con respecto a las posibles responsabilidades, es importante que el Congreso aclare el alcance de la limitación en el contexto de la pandemia.

En el nivel del derecho comparado, los cincuenta estados de los Estados Unidos de América cuentan con *good samaritan laws*, que proveen escudos de responsabilidad a las personas que voluntariamente prestan servicios de atención médica en situaciones de emergencia. La mitigación de responsabilidad reduce el temor de aquellos que en una tragedia dudarían en auxiliar a terceros por el riesgo de ser demandados por lesiones o muerte por negligencia. También se aplica en periodos de excepción la doctrina del buen samaritano a la conducta de los profesionales de la salud, especialmente en los cuidados que se brindan como respuesta a desastres, los que incluyen una emergencia de salud pública.

En Brasil, el COVID-19 es la primera crisis contemporánea de salud pública con el potencial de sobrecargar el Sistema Único de Salud (SUS). Los prestadores de servicios de salud, principalmente los médicos, merecen una libertad considerable para sus deliberaciones de buena fe. En consecuencia, el estándar de servicio que se brinda adecuadamente sufre una modulación en cuanto a su aplicación. Es más, esta protección trasciende las decisiones de los facultativos. En circunstancias sin precedentes, estos profesionales trabajan en ambientes peligrosos sin los recursos que necesitan. Los médicos y las enfermeras prueban métodos de esterilización y materiales alternativos, otorgan tratamientos *off label* e improvisan dispositivos médicos de uso no aprobado. Incluso a veces trabajan sin el uso de equipos de protección apropiados, en instalaciones construidas de forma apurada o en especialidades para las que no necesariamente poseen licencia. Se hallan en circunstancias de emergencia.

En nuestra opinión, la lógica normativa de mitigar la responsabilidad se basa en el principio de solidaridad: cuando la sociedad pide que alguno de sus miembros asuma grandes riesgos personales al servir los intereses del público, es razonable esperar que esa misma sociedad asuma algunas responsabilidades a cambio de los riesgos asumidos. Por ejemplo: de acuerdo con el Código de Ética Médica brasileño, entre los derechos de los médicos se encuentra el de suspender sus actividades cuando la institución para la que trabajan no ofrezca condiciones adecuadas para la práctica profesional, excepto en situaciones de urgencia y emergencia. En el caso de los profesionales de la salud que trabajan en la línea de frente durante la pandemia, es

apropiado que la sociedad reduzca los riesgos de responsabilidad impuestos a aquellos que en una emergencia de salud pública están sujetos a riesgos sustanciales no solo personales, sino que también afectan a sus familiares. Eso significa que el paciente que se sienta ofendido por una omisión de cuidado en un ambiente sin crisis no tendrá necesariamente una queja válida en un ambiente de crisis. Por lo tanto, la adopción de una norma activa de emergencia no impide que se realicen reclamos contra los profesionales de la salud, pero sí les proporciona defensas adicionales en lo que se refiere al COVID-19, además de las que ya están permitidas por la ley.

Una observación esencial es que no se trata de una propuesta de exclusión de causalidad por fuerza mayor. Porque el hecho inevitable e irresistible de la pandemia no acarrea una imposibilidad absoluta, aunque sea temporal, de brindar atención médica. Sin embargo, la objetiva alteración de las circunstancias requiere que el análisis judicial de los estándares de conducta profesionales se adapte a un escenario de calamidad. La responsabilidad personal del médico sigue siendo subjetiva, pero la evaluación casuística de la expresión “cuidado razonable y exigible” se contextualizará en el marco de excepción. Por lo tanto, los profesionales de la salud serán responsabilizados cuando sus actos y omisiones sean irrespetuosos, negligentemente groseros, discriminatorios o violen las normas éticas. Por ejemplo, un médico que haya diagnosticado erróneamente a un paciente debido a una prueba falsa de COVID-19 estaría bien respaldado por la modulación de responsabilidad. Sin embargo, los profesionales que toman decisiones discriminatorias no deben quedar inmunes a las sanciones por este comportamiento antijurídico. Tampoco habrá inmunidad para los profesionales que ignoran o violan conscientemente las normas de triaje y derivación profesionalmente articuladas y aprobadas para los pacientes bajo cuidado.

Un buen punto de partida para eliminar la inseguridad jurídica es la reciente decisión del Supremo Tribunal Federal de Brasil, que otorgó una interpretación constitucional al artículo segundo del Decreto 966 del 2020. El redactor —el ministro Luis Roberto Barroso— estableció que, en la caracterización de lo grosero, se toma en cuenta la observancia de estándares, normas y criterios científicos o técnicos según lo establecen organizaciones y entidades internacional y nacionalmente reconocidas. Entendemos que la pandemia no exime al médico de actuar de acuerdo con el consenso formulado por expertos basados en evidencias. En un sentido análogo, la Ley 13979 de Brasil, que dispuso sobre el aislamiento a causa del COVID-19, determinó que las medidas para combatir la pandemia deben fijarse con base en la evidencia científica.

Para concluir, creemos que es prudente considerar la posibilidad de replantear el concepto de culpa en el ejercicio de las actividades médicas en el transcurso de la pandemia. Por razones obvias, esto no quiere decir que el COVID-19 por sí sola eximirá al médico de la responsabilidad en su actuación. No obstante, podríamos afirmar que la pandemia acarrea una relajación en la exigibilidad de ciertas conductas.