

La responsabilidad civil médico-sanitaria en época de pandemia. Aproximaciones al estudio del caso colombiano

Medical-health Civil Liability In Times Of Pandemic. Approaches To The Colombian Case Study

José López-Oliva*

Resumen

El presente escrito pretende identificar las tensiones que se presentan en la prestación del servicio de salud en época de pandemia en Colombia. A la vez, se busca demostrar que la mala praxis médico-sanitaria generada por acción u omisión del prestador en salud, o por la distribución inadecuada de recursos médicos escasos, puede ocasionar un daño antijurídico al usuario del servicio médico; paciente o perjudicados indirectos que tienen la posibilidad de presentar una demanda declarativa verbal por responsabilidad civil patrimonial contractual o extracontractual. Con el fin de demostrar lo anterior esta investigación utiliza un enfoque cualitativo, con un alcance exploratorio, a través del método hermenéutico crítico y holístico; además, se apoya en las técnicas de investigación de revisión documental y conversación con expertos. Son utilizadas, igualmente, como herramientas de investigación, las bases de datos *Scopus*, *Redalyc*, *Scielo*, entre otras.

Palabras clave: prestación del servicio de salud, pandemia, praxis médico-sanitaria, daño antijurídico, responsabilidad civil

Abstract

This paper aims to identify the tensions that arise in the provision of health services in times of pandemic in Colombia. At the same time, it seeks to demonstrate that medical-health malpractice generated by action or omission of the health provider, or by the inadequate distribution of scarce medical resources, can cause an antijudicial damage to the user of the medical service; patient or indirect injured parties who have the possibility of filing a verbal declaratory lawsuit for contractual or extracontractual civil liability. In order to demonstrate the above, this research uses a qualita-

* Candidato a Postdoctor en Altos Estudios del Derecho. Doctor en Bioética Médica con Énfasis en Responsabilidad Médico-Sanitaria y Daño Indemnizable. Candidato a Doctor en Derecho. Magíster en Derecho. Especializado en Derecho Comercial y Penal. Diplomado en los derechos probatorio, procesal con énfasis en CGP y gerencia financiera. Abogado, profesor universitario e investigador con categoría asociado-Colciencias. Profesor de la Universidad Libre. Correo: joseo.lopezo@unilibre.edu.co

tive approach, with an exploratory scope, through the critical and holistic hermeneutic method ; in addition, it is supported by the research techniques of documentary review and conversation with experts. The databases Scopus, Redalyc, Scielo, among others, are also used as research tools.

Keywords : health service provision, pandemic, medical-health care praxis, antijudicial damage, civil liability

Introducción

En la prestación del servicio médico-sanitario, se puede exteriorizar un incumplimiento contractual o un daño extracontractual. Por un lado, en la responsabilidad civil médica, el legitimado por pasiva o demandado es el profesional liberal, es decir, el médico general o especialista en cuidado intensivo, neumología, fisioterapia respiratoria, entre otras áreas. Estos profesionales y especialistas, en concreto, son quienes atienden “en primera línea” al usuario del servicio médico que padece de las consecuencias de la infección por la covid-19. Por otro lado, el daño extracontractual o el incumplimiento contractual puede ser ocasionado por la negligencia por acción u omisión de la Entidad Promotora de Salud (EPS); o por la Institución Prestadora de Servicios (IPS). Cuando esto ocurre, se está en presencia de la responsabilidad sani-

taria, es decir, de la persona jurídica encargada de promover o prestar el servicio de salud.

Las personas contaminadas con la covid-19 pueden advertir la lesión de sus derechos fundamentales; por ejemplo, a la vida y a la integridad física y mental, en la prestación del servicio médico y sanitario. Esta situación se presenta si el prestador del servicio médico de carácter privado impone condiciones a la prestación del servicio de salud; o al distribuir de forma inadecuada los recursos sanitarios escasos requeridos por el paciente. Ello genera tensiones para el profesional de la salud, experto, por ejemplo, en cuidado intensivo, medicina crítica, neumología, epidemiología y, en general, para todo el personal de la salud encargado de la prestación del servicio médico para el enfermo de covid-19. En consecuencia, el paciente contagiado o sus familiares tienen la posibilidad de iniciar una acción judicial declarativa verbal, por responsabilidad contractual o extracontractual, debido al daño generador de perjuicios ocasionados a la víctima directa.

¹ Según lo ha establecido la Real Academia Española (2020), el nombre de este virus tiene un género ambiguo, es decir, es válido escribir la covid-19 o el covid-19; además, es válido escribirlo en minúscula porque esta categoría se ha convertido en un nombre común.

Con el fin de demostrar lo anterior, esta investigación se apoya en el enfoque cualitativo, propio de las ciencias sociales y humanas, donde se comprometen, en este caso, los derechos fundamentales del paciente; el alcance de la investigación es exploratorio, porque este representa un tema actual que amerita ser estudiado. Además, son utilizados los métodos hermenéutico crítico y holístico porque se pretende interpretar un problema de investigación interdisciplinario en un contexto determinado; con la observación de las tensiones allí existentes. Asimismo, se emplea la técnica de revisión documental de doctrina, jurisprudencia y normas pertinentes, así como la técnica de conversación con expertos en el tema objeto de investigación. Esta información se obtiene, principalmente, de bases de datos, instituidas en las herramientas de investigación utilizadas.

Así las cosas, el presente artículo se estructura de la siguiente manera: en primer lugar, se hace referencia a los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con respecto a la pandemia y las medidas de protección sugeridas por este ente internacional; en segundo lugar, se reflexiona acerca de la acción de tutela instituida en un procedimiento eficaz para la garantía de los derechos del paciente con covid-19; en tercer lugar, se analiza e interpreta el con-

trato médico y la toma de decisiones a cargo del profesional de la salud, que puede ocasionar una demanda por responsabilidad civil; en cuarto lugar, se estudian los presupuestos de la responsabilidad profesional del médico y su relación con los principios de la bioética médica; en quinto lugar, se hace referencia a los mecanismos de exclusión de la responsabilidad civil como consecuencia de la administración de recursos médicos escasos; por último, se presentan los hallazgos o conclusiones de la investigación.

1. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la pandemia

En el actual contexto en el que el mundo se enfrenta a una pandemia, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos aborda un escenario plausible en varios países –incluido Colombia– en los que podrían verse afectados los derechos fundamentales y sociales; en este caso, del usuario del servicio médico. La citada Comisión señala que, cuando el Estado condicione la prestación del servicio médico, debe tener razones sustentadas para hacerlo, porque las naciones deben ser garantes, incluso bajo las conocidas restricciones, de la administración y distribución eficaz de los recursos sanitarios que necesiten los ciudadanos; principalmente, cuando estos se encuentren en situación de vulnerabilidad.

La administración y distribución de recursos escasos² en medicina crítica³ pulmonar, por ejemplo, debe ser realizada en una condición en la que al paciente se le garanticen sus derechos: las particularidades e intereses de orden personal del paciente no pueden constituirse en un criterio para ser excluido de la prestación adecuada del servicio. Asimismo, los recursos sanitarios deben ser manipulados o utilizados por personal médico idóneo y competente, con el propósito de atender los intereses del enfermo (Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias, 2020). Estos intereses se concretan con el aporte *transdisciplinar* de un equipo de profesionales que enfrenten de forma adecuada la pandemia.

De este modo, la resolución de los casos que comprometen los derechos humanos del paciente y representan dilemas éticos para los médicos requiere ir más allá de los límites que su campo les permite. Por ello, el pro-

fesional de la salud se debe apoyar en otros saberes que le brinden la posibilidad de encontrar soluciones, a partir de una perspectiva mucho más amplia y abundante: la psicología⁴, la sociología⁵, el derecho y la filosofía⁶, por ejemplo, aportan conocimientos fundamentales para que la toma de decisiones sea pertinente; especialmente en la situación actual de pandemia que compromete las garantías protegidas por sistemas internacionales como el Interamericano de Derechos Humanos (Rojas y Lara, 2014).

1.1 El derecho convencional y la protección de las personas en situación de vulnerabilidad

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos busca amparar de forma preferente los derechos de las

² El principio que debe regir en la adjudicación de recursos escasos en época de pandemia, por ejemplo, es aquel que promueve las mismas oportunidades de beneficio médico tanto para el paciente que está a cargo del sistema de salud público como para el que se encuentra a cargo del privado (Harris, 2002, citado por Zúñiga, 2014, p. 184).

³ La medicina crítica, también denominada *medicina intensiva*, forma parte de la medicina que estudia a los usuarios del servicio médico con una patología severa, pero susceptible de ser recuperada (Vera, 2015, p. 1).

⁴ La psicología permite conocer las causas del comportamiento de las personas y dar respuesta idónea a cada situación específica (Arana, Meilán y Pérez, 2006, p. 116).

⁵ La sociología estudia el funcionamiento de los sistemas sociales que enfrentan; por ejemplo, una pandemia o infección que afecta a las personas en un entorno global (Rojo y García, 2000, p. 92).

⁶ La filosofía permite responder a las preguntas originadas por una confusión lingüística que involucra, por ejemplo, derechos fundamentales del paciente: eutanasia, distanasia, ortotanasia, entre otros; pueden ser conceptos que requieren de una interpretación apoyada en la filosofía (Vásquez, 2006, p. 4).

personas en situación de vulnerabilidad; principalmente en un estado de emergencia sanitaria⁷ como el actual. Las diferencias ocasionadas por condiciones de vulnerabilidad de grupos o comunidades dentro de la sociedad no pueden agudizarse a través de la limitación al acceso de los servicios de salud: esta situación promueve la desigualdad. Además, la prestación del servicio de salud no se le debe negar a la persona, por no contar con los recursos económicos para asumir los gastos que representa este servicio; tampoco se puede hacer nugatorio este derecho a quienes no contribuyen al régimen de seguridad social en salud y, por consiguiente, integran el régimen subsidiado del servicio sanitario.

De esta manera, las entidades públicas y privadas prestadoras del servicio están llamadas a garantizar a quien lo requiera la prestación del servicio de salud —especialmente cuando se trata de contener una pandemia— (Medina y Palacios, 2020). Aspectos puntuales como la edad o la condición de discapacidad⁸ del paciente no

pueden ser motivos de exclusión para ser aspirante a recibir la atención propia del denominado “cuidado crítico” por covid-19. A la vez, los criterios que concluyan que la persona debe o no recibir el servicio deben ser adecuadamente definidos: el hecho de que un individuo tenga un período de vida menor o que las condiciones de salud sean desfavorables no pueden constituirse en criterios para negar o limitar la prestación del servicio médico (Medina y Palacios, 2020).

1.2 El amparo constitucional de los derechos del paciente víctima de la covid-19

El principio de supremacía de la Constitución ampara los derechos fundamentales de las personas, por ejemplo, a la vida y a la salud del usuario del servicio médico; este principio compromete de forma transversal las distintas áreas del derecho, incluida el área de la responsabilidad civil. Asimismo, la citada supremacía se establece como una directriz para la elaboración de todas las demás normas que regulan la relación médico-paciente. De esta forma, el derecho constitucional marca una ruta que incluye la garantía del principio de legalidad, el impulso de la constitucionalización del derecho, incluido el médico-sanitario, entre

⁷ La emergencia sanitaria representa cualquier tipo de afección presentada de forma grave en un contexto determinado y depende de la situación concreta de los pacientes; y, ante todo, de la disponibilidad de todos los recursos médicos para asistirlo (Sánchez, 2018, p. 3).

⁸ La *discapacidad* (*disability*) se define como la restricción que tiene un ser humano para realizar una actividad concreta que afecta su vida “normal”: las dificultades para ver, hablar o escuchar son algunas de estas discapacidades (Hernández, 2015, p. 49).

otros (Quinche, 2010)⁹. Así, la noción de *Estado social de derecho* señalada en la Constitución política (1991, art. 1)¹⁰ se articula con los conceptos de *justicia*, *solidaridad contractual* y *derecho a la salud*¹¹, que enriquecen su significado con la noción de *equidad*, promovida por la Corte Constitucional (Mantilla, 2011)

1.1.1 La equidad en la prestación del servicio al paciente contaminado con la covid-19

La *igualdad* es un derecho ligado al principio de *equidad*, el cual se debe aplicar para la garantía de los derechos del paciente contaminado con

la covid-19. Este es el nombre que recibe la enfermedad que causa el virus SARS-CoV-2, caracterizado principalmente por su agresividad, por cuanto un 5% de la población ha adquirido esta enfermedad. Pese a que se trabaja en la investigación destinada a la prevención o cura del paciente, no existe —en el momento de desarrollar esta investigación— una vacuna¹² confiable y certificada por la autoridad competente (Vivas, 2020). La Organización Mundial de la Salud ha señalado las medidas efectivas para contrarrestar la propagación del virus. Algunas de estas medidas son las siguientes: el uso obligatorio de tapabocas, el lavado permanente de manos y la conservación del distanciamiento social.

Por otra parte, como el virus¹³ se dispersa por el contacto físico y a través de las microgotas —aerosol— de saliva, es recomendable desinfectar y limpiar todos los elementos de uso compartido y regular. Además, es importante

⁹ La constitucionalización del derecho representa la afirmación de que no existe una norma jurídica que sea superior a la Constitución Política de cada nación y, por lo tanto, las normas legales en materia sanitaria, por ejemplo, deben subordinarse a la norma de normas (Suárez, 2014, p. 325).

¹⁰ El “nuevo” modelo que establece el Estado social de derecho representa, por ejemplo, el respeto por la dignidad humana, en este caso, del paciente contaminado con el virus. Por consiguiente, el ser humano es la razón de ser y de actuar del Estado constitucional y su objetivo principal es hacer efectivos los derechos fundamentales del paciente enfermo en situación de vulnerabilidad (Marín y Trujillo, 2016, p. 54).

¹¹ Una de las decisiones más relevantes emitidas por la Corte Constitucional colombiana está contenida en la Sentencia T-760 de 2008. En este fallo se le exige al Estado colombiano que cumpla sus obligaciones de protección del derecho a la salud y el respeto de la dignidad humana del paciente con anomalías físicas, pero también mentales (Maya, 2008, p. 502).

¹² Las vacunas son elaboradas con “agentes vivos atenuados, muertos o inactivados, toxoides, fracciones de bacterias e, incluso, material producido” con el apoyo de la ingeniería genética. Las vacunas se han utilizado a través de los tiempos para prevenir diversas infecciones como la viruela y la poliomielitis, entre otras (Mago, 2011, p. 5).

¹³ Los virus son responsables de enfermedades que, en el caso del coronavirus, pueden ser mortíferas e incurables. A nivel celular existen virus que atacan el sistema inmune y operan de forma aparente o inaparente (Pierina, 2007).

cumplir con un adecuado manejo de los desechos, de acuerdo con los protocolos¹⁴ del sector o comunidad a los que se pertenece; utilizar la protección personal que se requiera es también un punto significativo, así como contar con una adecuada ventilación del hogar o sitio de trabajo, y ejecutar las medidas higiénico-sanitarias pertinentes, acordes a la actividad realizada por la persona (Vivas, 2020). El hecho de que el empleador incumpla los protocolos, por ejemplo, ocasiona perjuicios al trabajador, quien estaría legitimado por activa para iniciar acciones judiciales, basando sus argumentos en la responsabilidad civil del empleador (Código Sustantivo del Trabajo, 1950, art. 216).

1.1.2 La equidad y la mixtura entre los principios de necesidad médica y de orden de llegada

Los principios de *necesidad médica* y de *orden de llegada* pueden ser tenidos en cuenta de manera conjunta para determinar qué paciente debe recibir los recursos médicos escasos en

el *pico* de la pandemia. La condición de complejidad del paciente es un parámetro que permite determinar la aplicación de uno u otro principio, donde se tiene en cuenta, primero, el orden de llegada o, en su defecto, la necesidad médica de un paciente sobre otro que presenta mayores dificultades de salud (Medina y Palacios, 2020). Este tipo de decisiones que comprometen los derechos del paciente y, por consiguiente, la presentación de acciones judiciales ocasionadas por un daño antijurídico, no son aplicables en condiciones donde se opera bajo el concepto de “normalidad” en la prestación del servicio médico.

La práctica médica normal o regular, como la excepcional —derivada de la presencia de una pandemia—, comprometen la salud pública¹⁵ del paciente y del contexto donde este se desarrolla. Para el caso de la práctica médica regular, todos los procesos están encaminados a la salud de la persona, indistintamente de la fase de atención o urgencia en la que se encuentra. Sin embargo, en circunstancias anormales originadas por una

¹⁴ Un *protocolo* se define como un acuerdo establecido entre un número plural de profesionales expertos en un tema determinado, en el que se determinan una serie de actividades uniformes para un procedimiento específico (Basantes, Parra, García, Barrios, y Martínez, 2017, p. 189).

¹⁵ El término *salud pública* está relacionado con todas las medidas de atención primaria o especializada; asimismo, con la dotación de hospitales y clínicas; con los hábitos de consumo saludable de las personas, la sanidad del medio ambiente, entre otros (Briones, Bezos y Álvarez, 2018, p. 2).

pandemia¹⁶, el quehacer médico genera tensiones; es ahí donde el principio de *equidad*, instituido por la bioética médica, podría constituirse en la base o soporte fundamental de una demanda por responsabilidad civil o estatal (Escobar, 2014; Beauchamp y Childress, 2001).

2. La acción de tutela y la garantía eficaz de los derechos del paciente con covid-19

La acción de tutela está consagrada en la Constitución política colombiana (1991, art. 86)¹⁷. Esta acción se instituye como uno de los mecanismos más revolucionarios, democráticos y eficaces del constitucionalismo latinoamericano para amparar, por ejemplo, los derechos del enfermo contagiado de covid-19 a quien se le puede causar un daño (Carrera, 2011). Por ende, para evitar incurrir en una responsabilidad, el profesional de la medicina es quien, siguiendo la *lex artis*, decide acerca de la viabilidad o

pertinencia del tratamiento médico en cada caso; todo ello con el propósito de cumplir con las garantías del paciente consagradas en la Constitución nacional (Tamayo, 2020).

El juez de tutela no posee los conocimientos técnicos y científicos necesarios para la toma de decisiones pertinentes que permitan la prestación del servicio o la atención de salud de forma eficaz; de modo que asumir esta problemática desde un marco netamente jurídico es un verdadero desacierto, por el grado de desconocimiento del juez que decide acerca de temas médicos, económicos y técnico-jurídicos, que permitan, por ejemplo, realizar un efectivo ejercicio de ponderación¹⁸.

En otras palabras, el derecho sin el apoyo de conceptos médicos, económicos y técnicos no proporciona una salida efectiva y sensata frente a la pandemia. La realidad colombiana ante la imposibilidad de que el Estado, las clínicas, los hospitales y los médicos

¹⁶ El vocablo de origen griego *pandemia* significa “enfermedad del pueblo entero” (Henaó, 2010, p. 55).

¹⁷ La acción de tutela consagrada en la Constitución política colombiana es catalogada como el medio judicial eficaz por excelencia; a través de esta acción se protegen los derechos fundamentales del paciente con covid-19, por ejemplo, ante el uso arbitrario del poder público o privado (Carrera, 2011, p. 91).

¹⁸ La *ponderación* es uno de los elementos fundamentales del principio de *proporcionalidad* y está íntimamente relacionada con la denominada *Teoría de los derechos fundamentales*; a través de esta técnica se pretende amparar los derechos de las personas, cuando dos principios se encuentran en tensión: el derecho a la salud frente al derecho a la vida, por ejemplo. Alexy hace referencia a la clasificación de las normas en reglas y principios que, como en el caso objeto de esta investigación, pueden estar en contraposición (Clérico, 2012, p. 114).

asuman un manejo digno, eficiente y adecuado de la covid-19 se fundamenta en la falta de recursos de distinto orden: económicos, humanos, tecnológicos, farmacéuticos, entre otros. Estos recursos privilegian la atención de unos pacientes sobre otros, lo cual obliga al usuario del servicio de salud a presentar acciones constitucionales¹⁹; la acción de tutela es una de ellas porque permite salvaguardar los derechos y garantías constitucionales del paciente víctima de la Covid-19 (Londoño y Figueredo, 2009; Tamayo, 2020).

2.1 La tutela y el amparo del principio de no exclusión en la prestación del servicio de salud

El juez de tutela debe establecer que, en la cotidianidad, las personas tienen derecho a recibir el mismo trato en la prestación del servicio médico, sin que importen las diferencias de distinto orden que puedan significar un trato preferente en la atención del servicio de salud. El Pacto Internacional de Derechos Económicos,

Sociales y Culturales²⁰ así lo plantea, pues todo ser humano tiene la potencialidad de ser atendido y de gozar de las mejores condiciones de salud, en sus distintas dimensiones (Medina y Palacios, 2020). Las singularidades de las personas respecto a su ideología, orientación sexual, origen geográfico o étnico, características de orden económico y social, son condiciones que generan exclusión y que el juez de tutela está llamado a examinar; en este caso, la persona debe recibir el servicio de salud que la entidad médica pueda brindarle, sin que ella sea excluida de la prestación médica (ONU, 1966).

Sin embargo, la coyuntura social que implica un estado de emergencia en la salud pública puede ocasionar una indebida distribución de recursos escasos que se administran con base en criterios de selección. Estos criterios determinan las personas que acceden a los recursos insuficientes en salud, con condiciones médicas similares. Ello obedece a parámetros en los que se busca el bien mayor, es decir, que a un número considerable de personas en una condición de crisis de su salud les sean garantizados sus derechos

¹⁹ Los derechos fundamentales constitucionales como la salud y la integridad física del paciente se pueden amparar y hacer efectivos si se garantiza un real y efectivo acceso a la administración de justicia; por consiguiente, las acciones constitucionales son instrumentos idóneos que permiten el amparo material de los citados derechos (Londoño y Figueredo, 2009).

²⁰ El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas busca adoptar las medidas necesarias e inmediatas para garantizar los derechos sociales de las personas; esto a través de la utilización de los recursos disponibles con el apoyo de la cooperación internacional (Noguiera, 2009, p. 173).

fundamentales a la vida e integridad física y mental (Savulescu, Cameron y Wilkinson, 2020).

3. El contrato médico-sanitario y la toma de decisiones

Los eventos en los que el cuerpo médico debe solucionar situaciones complejas no son pocos, especialmente en las Unidades de Cuidado Intensivo (UCI)²¹ o intermedio. Dentro de los aspectos que involucran la toma de decisiones y que pueden generarle un daño extracontractual²² o un incumplimiento contractual²³ al paciente, se encuentran los siguientes:

- a. La cantidad de recursos médicos de los que se dispone en la IPS;
- b. la demanda y el uso de tecnologías médicas de un costo considerablemente elevado;

- c. los criterios que se deben tener en cuenta para asignar un lugar destinado a pacientes que requieran de cuidados intensivos;
- d. la forma de ofrecerle al paciente o sus familiares la información relacionada con diagnósticos que comprometen su vida o integridad física o mental;
- e. la decisión de reanimar²⁴ o no a un usuario médico, debido a su condición clínica por factores como la edad, o ante la decisión autónoma del paciente de negarse a la realización de un tratamiento o a la ingesta de un medicamento.

Estos son algunos de los casos que evidencian la complejidad de la prestación del servicio de salud; a los que de forma continua se enfrentan los médicos e instituciones sanitarias que celebran contratos médicos con el paciente (Rojas y Lara, 2014).

El *contrato médico* es la concreción más alta de la cordialidad y armonía de quienes lo celebran; en este caso, el facultativo y el usuario del servicio de salud. Las dos partes procuran un beneficio mutuo —por su condición de sinalagmático—; así, este acto jurídico se aparta de ser un pacto forzoso que

²¹ Las UCI poseen una estructura sanitaria diseñada para conservar las funciones vitales de pacientes en grave estado de salud; es decir, con riesgo latente de perder la vida. Estas unidades están creadas con el propósito de recuperar al paciente (Aguilar y Martínez, 2017, p. 171).

²² La reparación de los perjuicios generados por un daño está seguida del adjetivo ‘integral’, instituido como un principio del derecho positivo (Rosso, 2014, p. 491).

²³ El incumplimiento contractual genera perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales; dentro de los primeros se encuentra la indemnización del daño emergente y el lucro cesante (Gazmuri y Vidal, 2014, p. 21).

²⁴ El reanimar a un paciente reconoce el valor de la vida y la integridad física de este, cuando se enfrenta una situación límite y reversible (Vera, 2016, p. 70).

busca, simplemente, resolver una situación económica o clínica (Sériaux). En la situación actual de pandemia, las normas sufren una serie de variaciones ajenas al papel tradicional de los jueces y, por lo tanto, estos deben asumir una vigilancia estricta de las cláusulas contractuales establecidas, por ejemplo, en el contrato médico; todo ello para modificar las responsabilidades establecidas al contrato con el propósito de amparar los derechos del paciente víctima de un contagio.

En este sentido, por ejemplo, las normas del Código Civil (1887, art. 1603) y del Código de Comercio (1971, art. 871) deben ser interpretadas de acuerdo con el contexto actual colombiano (Solarte, 2004). Una vertiente doctrinal garantista y *pro* usuario del servicio médico ha convertido al juez en la figura que salvaguarda y vela por algunos de los fundamentos que sustentan la justicia objetiva; todo, a pesar de los acuerdos voluntarios que pactan los contratantes, en especial cuando se comprometen los principios de la ética médica que incorpora los derechos del usuario del servicio de salud (Thibierge-Guelfucci, 1997).

Es importante señalar específicamente que la ética médica²⁵ establece

²⁵ La ética médica orienta el comportamiento del profesional de la salud hacia la realización de un procedimiento o tratamiento médico adecuado; es decir, este tipo de ética

normas de comportamiento destinadas a armonizar las tensiones de los dos intervinientes en la prestación de salud: el profesional de la salud y el paciente que padece la infección por la covid-19. Tanto la bioética como la ética²⁶ exigen, de forma significativa, el análisis de la conducta de los citados contratantes en la práctica médica con el propósito de presentar las soluciones pertinentes; siempre con la observancia del contexto actual, donde la toma de decisiones es compleja (Rojas y Lara, 2014).

3.1 El impacto de la pandemia en la ejecución del contrato médico-sanitario

Por una parte, el debate acerca del coronavirus tiene que ser matizado a partir de distintas situaciones que entrevén particularidades importantes en la ejecución del contrato médico: la primera, la no previsión deliberada del manejo adecuado de esta enfermedad (covid-19); la segunda, la omisión de responsabilidad por culpa

propicia que la actividad sanitaria cuente con altos estándares de calidad y excelencia en la relación médico-enfermo (Lizaraso y Benavides, 2018, p. 4).

²⁶ La palabra o categoría *ética*, en este caso médico-sanitaria, proviene del griego; significa hábito o también costumbre o, en su defecto, estar acostumbrado a algo (Ortiz, 2016, p. 117).

probada²⁷ o presunta; la tercera, la conducta irresponsable en casos que claramente representen un riesgo, sin importar que estos correspondan al derecho público o privado, y que no contemplen conductas o acciones de prevención de contagio; por último, la denominada *teoría de la imprevisión ligada a la fuerza mayor*, es decir, a hechos imprevisibles, irresistibles e inevitables (Tamayo, 2020).

Por otra parte, es necesario tener en cuenta los daños causados por tratamientos, implementos sanitarios y medicamentos, incluso aprobados en Colombia por el Instituto de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA)²⁸, de acuerdo con las regulaciones establecidas por el Estado. En este caso, el demandado en un proceso de responsabilidad civil contractual o extracontractual tiene la posibilidad de argumentar, en su defensa, que

el daño fue generado por una causa extraña. Se evidencia, entonces, que la comunidad científica, los comités de ética sanitaria²⁹ y el mismo Estado están limitados por la pandemia frente a la crisis actual (Rueda, 2012; Tamayo, 2020).

La pandemia afecta la normal ejecución del contrato médico y, por consiguiente, la toma de decisiones en cuanto a la opción más eficaz para hacer frente en este país a la covid-19. En la actualidad, se discute acerca de la significativa demanda en la prestación del servicio de salud, que tanto hospitales como médicos no logran cubrir; esta situación ocasiona la ausencia de atención de los pacientes y, por tanto, la muerte de estos. Entonces, ¿cuáles son los parámetros para determinar la responsabilidad contractual o extracontractual del médico, de las empresas promotoras y prestadoras del servicio de salud o del mismo Estado en este tipo de eventos?

Así, la responsabilidad del médico en el contexto del coronavirus, del promotor

²⁷ El incumplimiento de una obligación positiva o negativa catalogada como de medios es generada en el régimen subjetivo de responsabilidad; donde lo observado es el comportamiento del deudor de la obligación. Es en este caso cuando se hace alusión a la culpa probada y donde la carga de probar *onus probandi* se encuentra a cargo del demandante (Mantilla, 2007, p. 135).

²⁸ El INVIMA representa una de las áreas más sensibles en lo relacionado con la política de medicamentos en Colombia. El Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos es creado en 1993, y busca, entre otros aspectos, la calidad e idoneidad de los medicamentos suministrados a los pacientes (Mejía, Vélez, Buritica, Arango y Río, 2002, p. 26).

²⁹ Los comités de ética de las instituciones cumplen con la labor de direccionar un espacio para discutir las tensiones y dificultades éticas propias de la actividad médico-asistencial; desde el punto de vista institucional, regional o nacional. En estas discusiones se involucran temáticas y conceptos de gran relevancia; por ejemplo, relacionados con las categorías *valor, creencia, percepción, vida, muerte, recurso escaso*, entre otras. (Rueda, 2012, p. 72).

o prestador del servicio de salud particular, orientada por el Derecho Privado, se puede originar, entre otras, por las siguientes situaciones: a) el contagio entre personas por factores externos e internos; b) el incumplimiento de las obligaciones positivas de *dar* y *hacer*, y de las negativas de *no hacer*, transgredidas por la negligencia e inobservancia de los protocolos en salud; c) la vulneración de las reglas de cuidado crítico en las UCI por parte de los prestadores del servicio de salud privados; d) la ausencia de mitigación de los factores de peligro en el ámbito laboral; e) los despidos y la privación de las garantías que las clínicas privadas establecieron en los contratos laborales (Tamayo, 2020).

3.2 El solidarismo contractual en la ejecución del contrato médico-sanitario

El *solidarismo contractual* se fundamenta en una perspectiva ética en la que subyacen valores como el *altruismo* y la *cooperación*, y busca que las partes —en este caso, el prestador del servicio de salud y el paciente— escuchen y respeten cada una de sus posiciones; se excluye, por ende, cualquier conducta que atente o afecte al otro extremo contractual (Mazeaud, 2004). El cuestionamiento frente al impacto de la pandemia en el ámbito de los contratos varía, al ser contemplado desde dos escenarios particulares: el primero se relaciona con las

obligaciones y responsabilidades contraídas antes de la situación compleja: la pandemia, por ejemplo; el segundo se presenta cuando los contratantes tienen conocimiento de la situación médica de una persona, sin embargo, el contrato es suscrito. Por lo anterior, la celebración y el cumplimiento contractual de las obligaciones previas o adquiridas en el acto jurídico deben estar enmarcadas en el deber general de prudencia (Tamayo, 2020).

3.3 El principio de justicia social en la ejecución del contrato médico

En cuanto a los principios de la bioética³⁰ existentes, es el de *justicia social* el que, por lo general, predomina; principalmente en el ámbito de la salud pública y la seguridad social en salud en Colombia. Además, las garantías de la salud pública y la práctica médica eficaz pueden entrar en conflicto o tensión, al ser asumidas por el mismo médico en ejercicio de sus funciones; desde dos ámbitos distintos: el primero,

³⁰ Es importante señalar que la *bioética* es una ciencia que estudia y analiza la conducta del ser humano; para efectos de este trabajo, se aborda en su relación con la biomédica y la atención del servicio de salud. Además, la *bioética* centra su atención en las lesiones contra el medio ambiente, así como en la discriminación de toda índole, el frecuente racismo que existe en diferentes contextos, entre otros aspectos (Padovani y Rodríguez, 2010, p. 3).

cuando el médico, atendiendo la *lex artis*, considera pertinente la aplicación de una vacuna al paciente que lo requiere y, el segundo, desde la percepción oficial de salud pública, en la que la persona enferma podría no considerarse beneficiaria de la vacuna porque esta última es considerada un recurso escaso (Powers y Faden, 2006).

Por consiguiente, una de las características en las cuales se basa el principio de justicia social es la *igualdad*. El citado principio plantea que todas las personas se encuentran en condición de igualdad frente a los derechos humanos y sus valores; especialmente cuando un paciente se sitúa en un alto grado de vulnerabilidad, al ser contagiado por la covid-19, por ejemplo. También existen otras garantías que fundamentan el principio de justicia social: la honra, el apoyo incondicional y un trato igual a todos los pacientes, independientemente de su condición socioeconómica o de salud, son algunas de estas garantías (Medina y Palacios, 2020).

4. La responsabilidad profesional del médico y los principios de la bioética médica

La responsabilidad civil médica es diferente a la sanitaria. La *responsabilidad sanitaria* integra el incumplimiento contractual o el daño extracontractual ocasionado por una persona jurídica: la

EPS o la IPS. En cambio, la *responsabilidad médica* está relacionada con el daño ocasionado por un profesional liberal de la salud, por la negligencia por acción u omisión en la prestación del servicio. Este profesional es quien tiene los conocimientos técnicos y científicos y, a la vez, la facultad de recurrir a ellos para decidir, por ejemplo, cuál es el paciente —víctima de la covid-19— que requiere con mayor urgencia la prestación del servicio de salud y si el usuario médico cuenta con la autonomía necesaria para consentir acerca del procedimiento que se debe realizar. Los conocimientos del médico pueden someterse a una prueba pericial, en un proceso judicial por responsabilidad civil (De León, 2017).

La relación entre el profesional de la salud y el usuario del servicio médico involucra un derecho fundamental: la autonomía³¹ de la voluntad de los intervinientes en la ejecución del contrato médico. El paciente es considerado el sujeto pasivo de la relación contractual porque desconoce, generalmente, sus derechos y garantías; incluso, la de decidir de forma autónoma acerca del uso o no del respirador utilizado para casos críticos por covid-19. Sin embargo, en la actualidad, el paciente

³¹ La autonomía está íntimamente relacionada con la libertad de elección que tiene un individuo, en este caso un paciente contagiado con covid-19, para decidir de forma individual, por ejemplo, las alternativas de curación que le presenta el profesional de la salud al paciente, en torno a su anomalía médica (Santos, 2017, p. 20).

exige conocer los riesgos y las consecuencias del tratamiento, del uso de un medicamento y de las secuelas por la utilización de un dispositivo médico; asimismo, requiere que se advierta acerca de las obligaciones contraídas en el procedimiento sanitario (Rojas y Lara, 2014).

4.1 La responsabilidad civil por el funcionamiento inadecuado de los dispositivos médicos utilizados en pacientes con coronavirus

Actualmente existen eventos y probabilidades de contagio que forman parte de las actividades de las personas y del contexto del país. En el derecho y la estructura de sus normas hay momentos en los que no es sencillo comprender e interpretar eventos impredecibles e incontenibles; máxime cuando se presentan fenómenos como una pandemia, estrechamente relacionada con un hecho de la naturaleza que puede lesionar la vida e integridad física y mental del paciente. En esta época de pandemia debe haber una mayor estructura, eje y claridad de las normas y reglas aplicables para resolver las tensiones surgidas en la práctica médica; sin embargo, estas pueden resultar insuficientes para hacer frente a la inmensa variedad de

fenómenos que se presentan en el contexto local e internacional (Chevalier, 2008). De ahí la importancia de acudir a normas tradicionales que regulan, por ejemplo, la responsabilidad civil extracontractual médico-sanitaria.

Existen cuatro tipos de responsabilidad extracontractual médico-sanitaria: a) por el hecho propio; b) por el hecho ajeno o de terceros; c) por el hecho de las cosas —respiradores artificiales o dispositivos médicos, por ejemplo—; y d) por actividades peligrosas (Código Civil, 1887, art. 1231, 2356 y ss.). Es evidente el desarrollo e incidencia de la tecnología en distintos contextos de la sociedad; la medicina no es ajena a estos cambios donde se involucran y comprometen los derechos del paciente³² contagiado con coronavirus, que requiere utilizar un respirador artificial para preservar su vida e integridad física. No obstante, el respirador puede presentar fallas de fabricación o funcionamiento por la inobservancia de los protocolos³³ respectivos y, en

³² La carta general de los derechos del paciente, en este caso víctima de COVID, señala la necesidad de cooperar frente a una situación compleja que puede ocasionar el aumento de demandas judiciales. La primera Carta de Derechos del Paciente se expide en 1973 y protege, de forma especial, la autonomía, la integridad física y mental, y la dignidad del usuario del servicio médico (Sazuri, 2013, p. 1624).

³³ Los protocolos en la atención médica están íntimamente relacionados con la calidad asistencial, el diagnóstico y la terapéutica propios de las entidades promotoras y prestadoras

consecuencia, lesionar al paciente que busca una respuesta positiva ante la infección que padece. Este escenario ha obligado a incorporar en la prestación del servicio médico el concepto de “no maleficencia”, que representa el significado de la expresión latina *primum non nocere* ‘lo primero es no hacer daño’ (Rojas y Lara, 2014).

4.2 Los principios de la bioética y la responsabilidad médico-sanitaria en tiempos de pandemia

El impulso de la bioética médica y la salud pública tiene referentes importantes; uno de ellos es el informe de la Comisión Belmont de 1978³⁴, que da cuenta de los cambios presentados en el campo médico, sobre todo en la atención adecuada de los pacientes y las personas involucradas de forma directa e indirecta en la investigación

del servicio médico. Los protocolos buscan una adecuada calidad asistencial de carácter preventivo y curativo superior; además, propenden a la garantía de la seguridad y la autonomía de los usuarios médicos, así como a la racionalización del uso de los recursos —en época de pandemia— extremadamente escasos (García y Herrera, 2012, p. 249).

³⁴ «Riesgo» es un vocablo que representa diferentes significados; por ejemplo, «peñasco escarpado», «peligro», «posibilidad de ocurrencia», «peligro oculto», este último caso ligado al contexto de la teoría epidemiológica (Filho, Castiel y Ayres, 2009, pp. 324-325).

científica. Los cuatro principios de la bioética son los siguientes: *la autonomía, la beneficencia, la no maleficencia y la justicia*. Todo lo anterior se reduce al análisis de los siguientes aspectos:

- a. La condición y la facultad del individuo para su actuar consciente e independiente;
- b. el hecho de no hacer daño premeditadamente al usuario del servicio de salud;
- c. efectuar todos los procedimientos necesarios para lograr el bienestar físico y mental del paciente;
- d. garantizar el principio de *justicia* en la prestación del servicio de salud, cimentado en la condición equitativa e igualitaria, que demanda el amparo de los derechos humanos del paciente (Beauchamp y Childress).

Se reitera que el respeto del principio de *autonomía*³⁵ reconoce que el paciente es una persona que está en capacidad de informarse, conocer, preguntar acerca de su estado de salud o contagio, y dudar acerca del tratamiento suministrado por el médico; igualmente, el principio de *autonomía* invita al usuario médico a reflexionar en torno a sus condiciones

³⁵ La *autonomía* se desarrolla a partir del contexto psíquico y médico de la persona, es decir, esta depende de la edad, de la condición psíquica o psicológica del usuario médico, entre otros factores (Santos, 2017, p. 20).

particulares de salud. Por su parte, la *no maleficencia*, como su nombre lo indica, se fundamenta en actuaciones que eviten causar daño al paciente, de forma premeditada o dolosa; a su vez, el principio de *beneficencia* busca ofrecer una atención idónea de la prestación del servicio de salud, es decir, favorecer la garantía de los derechos del paciente (Rojas y Lara, 2014).

Por último, el principio de *justicia* se fundamenta en la garantía de las condiciones de igualdad de derechos para todas las personas; en este caso, del paciente contaminado con la Covid-19; todo ello sin que exista una condición de privilegio de un paciente en particular o, de la misma manera, surja un criterio de orden personal en la atención médica, que ocasione la exclusión del servicio médico y sanitario, principalmente al paciente considerado sujeto vulnerable³⁶. Del principio de *justicia* se desprenden la distribución equitativa y justa de los derechos del paciente, y, a la vez, la obligación y responsabilidad histórica y jurídica de la entidad promotora³⁷ y prestadora del servicio

de salud³⁸ con respecto a la persona enferma o contaminada con la Covid-19 (Rojas y Lara, 2014).

Finalmente, hay que señalar que la responsabilidad histórica inicia con los Juicios de Núremberg³⁹ y continúa con las pautas éticas internacionales establecidas para la investigación de temas de salud donde están involucrados seres humanos. Esto ha compensado el papel y la importancia de los comités éticos, de investigación y de asistencia ético-científica; todo con el fin de presentar una solución adecuada y pertinente, a partir de los dilemas del quehacer médico, cada día más complejo y caracterizado por las frecuentes tensiones que ameritan ser dirimidas (CIOMS, 2002).

4.3 Los Comités de Ética Asistencial y

resolutiva de la demanda en salud (Restrepo, 2007, p. 80).

³⁸ El sistema de salud de Colombia está integrado por un sistema de seguridad social apoyado con recursos privados y públicos. La afiliación al citado sistema es de carácter obligatorio y se realiza por medio de las Entidades Promotoras de Salud, que ofrecen el denominado Plan Obligatorio de Salud (POS) (Guerrero, Gallego, Becerril y Vásquez, 2011, pp. 146-147).

³⁹ Los denominados *Juicios de Núremberg* tienen un significado histórico y jurídico porque logran impulsar la respectiva responsabilidad individual e internacional por crímenes contra la humanidad; en este tipo de procesos se conforma un tribunal internacional (Huhle, 2011, p. 43).

³⁶ La vulnerabilidad está asociada con las condiciones propias del individuo y, además, con las condiciones del contexto en el que se desarrolla. Esta es una variable para determinar el grado de susceptibilidad al daño que puede sufrir una persona (Feito, 2007, p. 8).

³⁷ Las EPS deben estar sujetas a la denominada "integración vertical" con el propósito de cumplir con los indicadores propios de la gestión de calidad; así como a la capacidad

la minimización del riesgo jurídico en la actividad médica

En las clínicas privadas⁴⁰ y hospitales públicos⁴¹ se consolidan institucionalmente los llamados *Comités de Ética Asistencial* con el propósito de acompañar y orientar de manera eficaz e idónea los dilemas que exigen ser decididos de forma continua en la práctica médica y hospitalaria (Rojas y Lara, 2014). Estos comités buscan proporcionar a la situación clínica compleja una solución adecuada desde lo ético, bioético y legal. En suma, el Comité de Ética Asistencial toma en consideración los siguientes parámetros:

- a. Presentar una posible solución médica efectiva y de carácter urgente;
- b. no determinar la pauta de actuación frente a determinada tensión

⁴⁰ La empresa privada de salud propende a la satisfacción de las necesidades de sus afiliados, quienes buscan la satisfacción de sus necesidades médicas. Los afiliados al sistema de salud son cada día más conscientes de la calidad del servicio que deben recibir y, por ende, exigen o demandan el cumplimiento de las obligaciones a cargo de estas empresas (Silva, 2005).

⁴¹ Los hospitales públicos son afectados por los nuevos marcos regulatorios, que los convierten en empresas llamadas a competir en el mercado de servicios de salud con compañías de capital privado; esta situación genera tensiones tanto en los entes públicos como en los privados que prestan el servicio médico (Cortés, 2010, p. 141).

propia y urgente en la prestación del servicio médico;

- c. no establecer directrices imperativas o sancionatorias;
- d. impulsar las áreas de investigación y colaboración con entidades públicas y privadas que se encargan de prevenir y curar la enfermedad o establecer los cuidados paliativos⁴² pertinentes (Rojas y Lara, 2014).

Los citados comités se fundamentan en la ética, palabra proveniente del término griego *ethos*, que aborda el comportamiento y los rasgos de conducta de la persona; en este caso, del médico, en cuanto a su acción u omisión valorada por el juzgador como adecuada o inadecuada. A diario se establece una relación entre el concepto de *bioética* y toda la problemática concerniente a los dilemas presentes en el campo de la salud; así como en el análisis de la relación que tiene el paciente con el médico y la institución promotora o prestadora del servicio de salud. Hay que reconocer que dichos asuntos tienen que ver con la ética médica, en la que existen parámetros y directrices fundamentales para la

⁴² Los cuidados paliativos exigen el concurso de profesionales con una formación interdisciplinaria; además, este tipo de cuidado incluye al paciente, su familia y el entorno que lo rodea con el fin de aliviar su sufrimiento agudo (Sanz, 2014).

práctica e investigación propia de la medicina con el objeto de que no se generen daños al usuario del servicio de salud (Rojas y Lara, 2014).

Asimismo, el concepto de *bioética* está relacionado con una rama de la ética que se ocupa de la vida en el medioambiente o un contexto específico; por ejemplo, el médico-sanitario. En consecuencia, este criterio comprende no solo al ser humano, entendido como especie, sino también a los organismos animales y vegetales que coexisten en un contexto determinado (Rojas y Lara, 2014).

4.4 La adaptación del derecho de la responsabilidad médica a una situación específica: quien es primero en el tiempo es primero en la atención médico-sanitaria

Uno de los criterios que se ha establecido para determinar quién puede utilizar los recursos médicos escasos es el de dar prioridad al paciente que haya llegado primero a la cita médica o al centro hospitalario. El día y la hora son criterios o variables que se evalúan para determinar la prioridad en la atención: el paciente que ha esperado más tiempo para ser atendido o, en su defecto, tiene el primer turno

asignado por el centro hospitalario ha de recibir los recursos en salud de forma prioritaria. De esta manera, se supone que existe un trato justo y equitativo del paciente, en el que no tienen influencia los poderes de orden económico, social, político, de estatus o de orden religioso, entre otros (John y Millum, 2020).

Así, es una necesidad imperante que el derecho esté en la capacidad de acomodarse a las diversas dinámicas sociales de las que forma parte; por ejemplo, en cuanto a la regulación de la actividad médica y su responsabilidad jurídica. Con ello se pretende crear un derecho justo para que, posteriormente, sea replicado hasta que surja la necesidad de organizar una nueva estructura jurídica que atienda las demandas de cada contexto y situación determinada (Mantilla, 2011). En suma, existe responsabilidad civil o estatal cuando el paciente muere debido a la suspensión de la prestación del servicio de salud por carencia de recursos: los pacientes contaminados con la covid-19 deben ser atendidos para recuperar su estado de salud. De lo contrario, se puede generar una responsabilidad civil a cargo del prestador privado o una responsabilidad del Estado por la falla en el servicio o un daño especial; títulos de imputación

que son propios de la responsabilidad estatal (García y Ramírez, 2012)⁴³.

5. La exclusión de la responsabilidad civil y la administración de recursos médicos escasos: un argumento en ejercicio del derecho de contradicción

En la responsabilidad civil opera el régimen subjetivo de responsabilidad y, por lo tanto, el juez observa la conducta o comportamiento del deudor de la obligación. El comportamiento puede representarse en la negligencia o diligencia médica, en la inobservancia de los protocolos en salud o en la observancia de estos. Las siguientes son algunas de las variables o actuaciones efectuadas en la prestación del servicio, que el juez observa en el momento de proferir un fallo: el cumplimiento o incumplimiento de la prestación del servicio de salud, es decir, la adecuada o inadecuada atención de un paciente contagiado por la covid-19; el direccionamiento de las actividades que minimicen el riesgo

de contagio a nivel hospitalario, local o nacional; la publicidad de las políticas de mitigación de la enfermedad y la socialización de sus alcances en la clínica u hospital.

Además, el juez, en la jurisdicción ordinaria civil, valora la negligencia⁴⁴ que ocasiona el contagio de trabajadores del sector de la salud: médicos, intensivistas, enfermeros, entre otros. Finalmente, el juzgador observa el impacto perjudicial debido a la contaminación del medio ambiente en el que se desarrolla la actividad médico-sanitaria (Tamayo, 2020). Sin embargo, el profesional de la salud puede argumentar que el daño antijurídico se generó por culpa exclusiva de un tercero —la clínica o el mismo Estado colombiano— que no le suministró los medios, bienes o recursos necesarios para afrontar la enfermedad del paciente.

En el campo de la medicina se hace referencia a los *bienes escasos* o *recursos médicos escasos*; este tipo de bienes son los que se encuentran con una baja oferta y con una demanda importante en un ambiente determinado. Por ejemplo, en la actualidad, son requeridos a

⁴³ La responsabilidad del Estado tiene diferentes títulos de imputación; uno de ellos es la falla en el servicio. Este título de imputación se aplica cuando el Estado o un agente suyo causa un daño antijurídico por acción o por omisión de sus deberes para con los asociados (García y Ramírez, 2012, p. 163).

⁴⁴ La negligencia es uno de los hechos generadores de culpa endilgada al profesional de la salud, como consecuencia de la realización de un acto inapropiado que ocasiona un daño al paciente (Díaz, Jiménez, Botero, Guerrero, Acosta, y Moreno, 2019, p. 269).

nivel mundial –ni siquiera local– respiradores o ventiladores artificiales para los pacientes infectados con el virus. A continuación, se abordan los dos tipos de bienes escasos, esto es, los *bienes escasos divisibles* y los *bienes escasos indivisibles*.

5.1 Bienes escasos divisibles y el principio de necesidad médica y sanitaria

Los *bienes escasos divisibles* son, como su nombre lo indica, los que pueden fraccionarse y cumplir parcialmente con la función para la cual fueron creados (Consejo de Salubridad General, 2020). Un principio empleado en la atención de salud del paciente contagiado con Covid-19 es el de *necesidad médica*. Este principio se fundamenta en lo siguiente: la persona que se encuentra en una condición considerada “de mayor urgencia” debe recibir el recurso escaso de forma preferente; es decir, este tipo de paciente ha de privilegiarse sobre la persona de menor necesidad médica. La situación planteada debe ponderarse adecuadamente por el profesional de la medicina. El recurso escaso debe ser utilizado sólo cuando su uso sea determinante para la mejora del paciente; de lo contrario, el respirador, por ejemplo, tendría una utilización inadecuada (John y Millum, 2020; Langford, 1992).

5.2 Bienes escasos indivisibles

Los *bienes escasos indivisibles* no tienen la facultad de ser seccionados, es decir, es una sola persona enferma la que puede servirse de ellos, en un tiempo y una cantidad específica (Medina y Palacios, 2020). La escasez del recurso humano y técnico médico puede ocasionar una inadecuada atención clínica, ajena a la responsabilidad profesional del médico: es difícil para el personal de la salud establecer los criterios que determinan la utilización de un ventilador pulmonar; en otras palabras, no es sencillo establecer la manera de manipular estos recursos en dos pacientes con un grado de complejidad similar.

Por ejemplo, genera tensión el hecho de decidir a quién se le asigna o destina una máquina empleada para la oxigenación por membrana extracorpórea; en el evento de existir dos usuarios del servicio médico que la requieran de forma inminente (Hassoun y Herlitz, 2019). En resumen, la toma de decisión del uso de los recursos escasos se fundamenta en la elección de subsistencia de la persona, y no en el criterio de quién o qué paciente morirá; este puede ser uno de los argumentos del profesional de la salud para eximirse de su responsabilidad civil. Entonces, el perjuicio generado por la muerte de un usuario del servicio médico por el

hecho de no recibir el recurso escaso se contempla como una posibilidad (Fitz, 2012).

Una de las maneras como se efectúa la distribución de los recursos escasos en salud obedece al parámetro de *elección por azar*; esto garantiza que la elección de las personas no obedezca a intereses particulares o a criterios que otorgan privilegios especiales de distinto tipo. Este parámetro no solo es ampliamente utilizado por ser *justo* en el campo de la medicina, sino que también se aplica a otros ámbitos; así, se garantiza que los derechos de las personas cumplan el criterio de igualdad, ya sea para recibir un beneficio o para cumplir con una responsabilidad de orden ciudadano (Saunders, 2008).

Reflexiones finales

En la investigación realizada, se identificó que, en la prestación del servicio de salud en época de pandemia, se pueden presentar *eventos adversos* que le generan perjuicios al paciente. Estos perjuicios son exteriorizados como consecuencia de una responsabilidad civil contractual o extracontractual; donde el legitimado por activa es el paciente contaminado con la covid-19. A su vez, los legitimados por pasiva serían la EPS, la IPS y los profesionales liberales que forman parte del equipo médico que integra la presta-

ción sanitaria. Se identificó que estos profesionales podrían eximirse de responsabilidad, al argumentar que el perjuicio ocasionado al paciente fue generado por culpa exclusiva de un tercero —EPS, IPS o el Estado—; por el inadecuado suministro de los recursos sanitarios pertinentes.

Se identificó que los profesionales directamente comprometidos en la atención de urgencias por Covid-19 son los especialistas en cuidado intensivo, neumología, fisioterapia respiratoria, entre otros, quienes prestan la atención en salud con la utilización de recursos médicos escasos; situación que los obliga a administrar, por ejemplo, un ventilador o respirador artificial requerido con urgencia por el paciente.

Uno de los principales hallazgos de la investigación es el hecho de que el prestador en salud cuenta con herramientas valiosas para tomar las decisiones idóneas y pertinentes ante este tipo de situaciones. La primera es la utilización de la técnica de ponderación de principios que permite amparar dos derechos fundamentales: la vida y la integridad física y mental del paciente. La segunda herramienta está representada en la aplicación de los principios de la bioética médica integrada por las categorías de *autonomía*, *beneficencia*, *no maleficencia* y *justicia* con el fin de distribuir los recursos médicos escasos; estos prin-

cipios le permiten al especialista en medicina crítica, en neumología, en epidemiología, por ejemplo, evitar que el paciente contagiado o sus familiares inicien y culminen con éxito una demanda verbal por responsabilidad contractual o extracontractual por el incumplimiento de los protocolos en salud establecidos en tiempo de pandemia.

Referencias

- Aguilar, G. C. y Martínez, T. C. (2017). La realidad de la unidad de cuidados intensivos. *Medicina Crítica*, 31(3), 171.
- Arana, J., Meilán, J. y Pérez, E. (2006). El concepto de psicología. Entre la diversidad conceptual y la convivencia de unificación. Apreciaciones desde la epistemología. *Revista Intercontinental de Psicología y Educación*, 8(1), 116.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*.
- Basantes, V. B., Parra, F. C., García, D. J., Barrios, A. Y. y Martínez, G. G. (2017). Elaboración de un protocolo para la vigilancia de la salud laboral. *Revista Médica Electrónica*, 39(2), 189.
- Beauchamp, T. L. y Childress, J. F. (2009). *Principles of Biomedical Ethics*. (6.ª ed.). Oxford University Press.
- Bernal, F. M. (2007). El solidarismo contractual. Especial referencia al derecho francés. *Vniversitas*, 114, 17.
- Briones, D. V., Bezos, G. J. y Álvarez, S. J. (2018). Concepto y contenidos actuales de salud pública y política sanitaria veterinarias. *Revista Española de Salud Pública*, 92, 2.
- Carrera, S. L. (2011). La acción de tutela en Colombia. *Revista IUS*, 5(27), 72-94.
- Chamie, J. F. (2018). Notas sobre algunos principios generales del derecho: una reflexión a partir de principios generales y su influencia en las obligaciones en la experiencia jurídica colombiana. *Derecho*, 80, 214.
- Chevallier, J. (2008). *L'État post-moderne*. LGDJ.
- Chinchilla, I. C. (2011). El deber de información contractual y sus límites. *Revista de Derecho Privado*, 21, 328.
- Clérico, L. (2012). Sobre "casos" y ponderación. Los modelos de Alexy y Moreso, ¿más similitudes que diferencias? *Isonomía*, 37, 114.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Pandemia y Derechos Humanos en las Américas (2020)*.
- Consejo de Organizaciones Internacionales de Ciencias Médicas. (2003). *Pautas éticas internacionales para la investigación biomédica en seres humanos*. (Programa Regional de Bioética OPS/OMS, Trad.).

- Corral, M. (2015). Responsabilidad, autoría y voluntad: La propuesta de Moran. *Rev. Int. Fil.*, 38(01), 208-209.
- Cortés, M. A. (2010). La economía de la salud en el hospital. *Rev. Gerenc. Polit. Salud*, 9(19), 141.
- Decreto Ley 3743 de 1950. Diario Oficial n. ° 27.622. Código Sustantivo del Trabajo.
- De León, T. M. E. (2017). El peritaje como elemento de calidad en la atención médica. *Anest. Méx. [online]*, 29(Supl.1), 5-8.
- Díaz, P. A., Jiménez, S. L. S., Guerrero, Y. R. C., Acosta, C. Y. S., y Moreno, T. Y. (2019). Negligencia como principal error médico por parte del equipo quirúrgico: Conciencia quirúrgica y praxis. *Journal of Medical Case Reports and Reviews*, 2(6), 269.
- Escobar, L. G. S. y Ruíz, C. P. T. (2014). *La responsabilidad patrimonial del Estado*. Ediciones Doctrina y Ley.
- Feito, L. (2007). Vulnerabilidad. *Anales Sis San Navarra*, 30(3), 8.
- Filho, N. A., Castiel, L. D. y Ayres, J. R. (2009). Riesgo: concepto básico de la epidemiología. *Salud Colectiva*, 5(2), 324-325.
- Fitz, W. J. F. (2012). The Doctrine of Double Effect : Intention and Permissibility. *Philos. Compass*, 7, 183-196.
- García, H. R. F. (2008). Concepto de derecho a la vida. *Revista Ius et Praxis*, 14(1), 262.
- García, M. C. y Ramírez, L. E. (2012). La responsabilidad del Estado por la actividad del legislador. *Revista Derecho del Estado*, 29, 163.
- García, P. y Herrera, N. (2012). Protocolización y calidad asistencial, una necesidad impostergable. *Rev. Med.*, 34(2), 249.
- Gaudlitz, H. M. (2008). Reflexiones sobre los principios éticos en investigación biomédica en seres humanos. *Revista de Chile*, 24(2), 139.
- Gazmuri, I. y Vidal, A. (2014). Propósito práctico, incumplimiento contractual y remedios del acreedor. Con ocasión de tres recientes sentencias de la Corte Suprema. *Ius et Praxis*, 20(1), 21 y 25-26.
- Guerrero, R., Gallego, V., Becerril, V. y Vásquez, J. (2011). Sistema de salud en Colombia. *Salud Pública de México*, 53(2), 146-147.
- Hassoun, N. y Herlitz, A. (2019). Distributing Global Health Resources: Contemporary Issues in Political Philosophy. *Philos. Compass*, 14, 12632.
- Henoa, K. L. (2010). El concepto de pandemia: debate e implicaciones a propósito de la pandemia de influenza de 2009. *Revista Geren. Polit. Salud*, 9(19), 55.

- Hernández, R. M. I. (2015). El concepto de discapacidad: De la enfermedad al enfoque de derechos. *Revista CES Derecho*, 6(2), 49.
- Huhle, R. (2011). Hacia una comprensión de los “crímenes contra la humanidad” a partir de Nuremberg. *Estud. Socio-Juríd.*, 13(2), 43.
- John, T. M. y Millum, J. (2020). First Come, First Served ? *Ethics*, 130, 179-207.
- Langford, M. J. (1992). Who Should Get The Kidney Machine ? *J. Med. Ethics*, 18, 12-17.
- Lizaraso, C. F. y Benavides, Z. A. (2018). *Ética médica. Hor. Med.*, 18(4), 4.
- Londoño, T. B. y González, A. A. (2009). Diagnóstico del impacto de la Ley colombiana de Acciones Populares y de Grupo en sus primeros diez años de vigencia. Resultados de investigación. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 42(126).
- Mago, H. (2011). Vacunas: historia y novedades. *Salus Revista de la Facultad de Ciencias de la Salud*, 15(3), 5.
- Mantilla, E. F. (2006). El principio general de responsabilidad por culpa del derecho privado colombiano. *Opinión Jurídica*, 6(11), 135.
- Mantilla, E. F. (2011). El solidarismo contractual en Francia y la constitucionalización de los contratos en Colombia. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 16, 187-241.
- Marín, C. J. C. y Trujillo, G. J. S. (2016). El Estado Social de Derecho: un paradigma aún por consolidar. *Revista Jurídica Derecho*, 3(4), 54.
- Maya, E. (2008). El derecho a la salud en la perspectiva de los derechos humanos y del sistema de inspección, vigilancia y control de quejas en materia de salud. *Revista Colombiana de Psiquiatría*, 37(4), 502.
- Mazeaud, D. (2004). Solidarisme contractuel et réalisation du contrat. En Luc Grynbaum et Marc Nicod. *Le solidarisme contractuel* (pp. 58-59). Ed. Economica.
- Medina, A. M. de J. y Palacios-González, C. (2020). *Guía Bioética para Asignación de Recursos Limitados de Medicina Crítica en Situación de Emergencia*. Consejo de Salubridad General de México.
- Mejía, R. S., Vélez, A. L. A., Buriticá, A. O. C., Arango, M. M. C. y Río, G. J. A. La política farmacéutica nacional en Colombia y la reforma de la seguridad social: acceso y uso racional de medicamentos. *Cad. Saúde Pública*, 18(4), 26.
- Murillo, T. J. F. y Hernández, C. R. (2011). Hacia un concepto de justicia social. *Revista Iberoamericana sobre Calidad, Eficacia y Cambio en Educación*, 9(4), 22.
- Noguiera, A. H. (2009). Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos

- en el constitucionalismo democrático latinoamericano. *Estudios Constitucionales*, 7(2), 173.
- Ortiz, M. G. (2016). Sobre la distinción entre ética y moral. *Isonomía*, 45, 117.
- Padovini, C. A. y Rodríguez, C. M. (2010). ¿Qué es la bioética? *Rev. Ciencias Médicas*, 4(1), 3.
- Pascual, P. V. (2005). Reflexiones sobre el concepto de justicia. *Aposta. Revistas de Ciencias Sociales*, 19, 2.
- Pierina, A. (2007). Los virus en todo tiempo y espacio. *Revista del Instituto Nacional de Higiene Rafael Rangel*, 38(1).
- Powers, M. y Faden, R. R. (2006). *Social Justice: The Moral Foundations of Public Health and Health Policy*. Oxford University Press.
- Quinche, R. M. (2010). *Derecho constitucional colombiano de la Carta de 1991 y sus reformas*. Universidad del Rosario.
- Real Academia Española. (2020). Crisis del COVID-19: sobre la escritura de coronavirus. <https://www.rae.es/noticias/crisis-del-covid-19-sobre-la-escritura-de-coronavirus>
- Restrepo, J. (2007). La calidad en la prestación de los servicios de salud: un imperativo por lograr. *Revista Facultad Nacional de Salud Pública*, 25(1), 80.
- Rojas O, A. y Lara C, L. (2014). ¿Ética, bioética o ética médica? *Revista Chilena de Enfermedades Respiratorias*, 30(2), 91-94.
- Rojo, P. N. y García, G. R. Sociología y salud. Reflexiones para la acción. *Revista Cubana Salud Pública*, 26(2), 92.
- Rosso, G. F. (2014). El principio de la responsabilidad civil objetiva limitada: un elemento de equilibrio sistémico que no contradice al denominado principio de la reparación integral del daño. *Revista de Derecho Privado*, 26, 491.
- Rueda, C. L. (2012). Interdisciplinaridad y comités de ética. *Rev. Latinoamericana Bioética*, 12(2), 72.
- Ruíz, R. V. (2007). Derechos humanos, universales. *En-claves del Pensamiento*, 1(1), 158.
- Sánchez, G. J. L. (2018). Un acercamiento a la medicina de urgencias y emergencias. *Medisan.*, 22(7), 3.
- Santos, C. D. C. (2017). Autonomía, consentimiento y vulnerabilidad del participante de investigación clínica. *Revista Bioética*, 25(1), 20.
- Sanz, G. L. (2014). Cuidados paliativos, la perspectiva de la muerte como parte del proceso de vida. *Ene*, 8(1).
- Sarzuri, H. L. (2013). Derechos de los pacientes en la atención clínica. *Revista de Actualización Clínica*, 32, 1624.
- Saunders, B. (2008). The Equality of Lotteries. *Philosophy*, 83, 359-372.
- Savulescu, J., Cameron, J. y Wilkinson, D. (2020). *Equality or Utility ? Ethics and Law of Rationing Ventilators*. *Br. J. Anaesth.*

- Sériaux, A. (1998). *Droit des obligations*. PUF.
- Silva, Y. (2005). Calidad de los servicios privados de salud. *Revista de Ciencias Sociales*, 11(1).
- Soberanes, D. J. J. (2011). La igualdad y la desigualdad jurídicas. *Cues. Const.*, 25, 389.
- Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias. (2020). *Recomendaciones éticas para la toma de decisiones en la situación excepcional de crisis por pandemia covid-19 en las unidades de cuidados intensivos*.
- Solarte, R. A. (2004). La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta. *Vniversitas*, (108), 282-315.
- Suárez, M. W. Y. (2014). La constitucionalización del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano. *Vniversitas*, (129), 325.
- Tamayo, J. J. (2020). El covid-19 y la responsabilidad civil. *Periódico Ámbito Jurídico*.
- Thibierge-Guelfucci, C. (1997). Libres propos sur la transformation du droit des contrats. *RTD civ.*, (2), 357-385.
- Vásquez, R. A. (2006). El concepto de filosofía y la noción de problema en Wittgenstein. *Revista Critical Journal of Social and Juridical Sciences*, 13, 4.
- Vera, C. O. (2015). Origen y desarrollo histórico de la medicina crítica y unidades de cuidados intensivos en Bolivia. *Revista Médica La Paz*, 21, 1.
- Vera, C. O. (2016). Conducta ética en el paro cardiorrespiratorio. *Rev. Méd.*, 22(1), 70.
- Vivas, M. (2020). Protocolos de bioseguridad para realizar el adecuado manejo del covid-19. *Revista Consultor salud*.
- Zúñiga, A. (2014). La distribución de recursos escasos en la atención de salud con base en la Teoría de las necesidades, ¿una idea añeja? *Convergencia*, 21(64), 184.