

LA INMUNIDAD EN TIEMPOS DE PANDEMIA O LA PANDEMIA DE LA INMUNIDAD

19 de mayo de 2020

ARTÍCULO

Ariel O. Caro Pérez\*

**Introducción**

Este artículo tiene el propósito de discutir el controversial tema de la inmunidad conferida a los profesionales de la salud y a las instituciones hospitalarias ante reclamaciones en daños y perjuicios por actos constitutivos de impericia médica u hospitalaria, en situaciones de emergencias decretadas por el gobierno. El análisis cobra particular importancia en los tiempos presentes donde la humanidad ha sido castigada por el flagelo del COVID-19 (coronavirus) y los Estados se han visto obligados a tomar medidas extremas de urgencia que inciden sobre sus instituciones, estructuras, actividad económica, convivencia social, prestación de servicios médicos y derechos de los ciudadanos. Precisamente por enfrentarnos a un asunto de salud

con consecuencias catastróficas para los pacientes, es de suma importancia abordar los asuntos médico-legales como es el tema objeto de este trabajo.

Las autoridades sanitarias del mundo se han enfrentado a situaciones nunca antes vistas, con efectos mortales sobre su población y con un trastoque del funcionamiento de las instituciones hospitalarias y de los modelos de salud. Nuestro país no ha sido la excepción. Decretada la pandemia,<sup>1</sup> al igual que muchos países, en Puerto Rico la gobernadora, hon. Wanda Vázquez Garced, decretó un estado de emergencia.<sup>2</sup> Mediante ese decreto ejecutivo la primera mandataria delineó los contornos de una administración pública dentro de una crisis sanitaria. Para ello, abrazó el vehículo de las órdenes ejecutivas con una recurrencia nunca antes vista en nuestro país.<sup>3</sup>

\* El autor es profesor a jornada parcial de la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico. Además, es abogado postulante y preside la Comisión de Salud y Responsabilidad Médico-Hospitalaria del Colegio de Abogados y Abogadas de Puerto Rico.

<sup>1</sup> Según el Diccionario Real de la Academia Española una pandemia es una enfermedad epidémica que se extiende a muchos países o que ataca a casi todos los individuos de una localidad o región. *Pandemia*, DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA (*disponible en* <https://dle.rae.es/pandemia>). La epidemia de COVID-19 fue declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) como una emergencia de salud pública de preocupación internacional el 30 de enero de 2020. No obstante, el 11 de marzo de 2020, el Director General de la OMS, doctor Tedros Adhanom Ghebreyesus, anunció que la enfermedad se había convertido en una pandemia. *La OMS caracteriza a COVID-19 como una pandemia*, OPS ARGENTINA, [https://www.paho.org/arg/index.php?option=com\\_content&view=article&id=10436:la-oms-caracteriza-a-covid-19-como-una-pandemia&Itemid=226](https://www.paho.org/arg/index.php?option=com_content&view=article&id=10436:la-oms-caracteriza-a-covid-19-como-una-pandemia&Itemid=226) (última visita el 15 de mayo de 2020).

<sup>2</sup> El 12 de marzo de 2020, la gobernadora emitió el Boletín Administrativo Núm. OE-2020-20, conocida como la orden ejecutiva para declarar un estado de emergencia ante el inminente impacto del COVID-19 en el país. Dicha orden fue promulgada al amparo del Art. 6.10 de la Ley del Departamento de Seguridad Pública, Ley Núm. 20-2017. 25 LPRA §§ 3501-3714 (West 2020).

<sup>3</sup> Para un análisis jurídico del uso, alcance y validez de las órdenes ejecutivas en periodos de emergencia, véase Jorge M. Farinacci Fernós, *Las órdenes ejecutivas, el poder legislativo y las emergencias*, 3 *AMICUS, REV. POL. PÚBL. Y LEG. UIPR* \_\_\_\_ (2020). Para un estudio más abarcador sobre los poderes del ejecutivo sobre esa materia, véase, William Vázquez Irizarry, *Los poderes del Gobernador de Puerto Rico y el uso de órdenes ejecutivas*, 76 *REV. JUR. UPR* 951 (2007).

Entre las órdenes ejecutivas promulgadas, el 22 de abril de 2020 la gobernadora Vázquez Garced emitió una en la que les concedió inmunidad a los profesionales de la salud y a las instituciones sanitarias ante reclamaciones de impericia médica ocasionados durante la emergencia decretada por el COVID-19.<sup>4</sup> Este trabajo pretende analizar la validez jurídica de la orden tomando en consideración los poderes del ejecutivo, el interés del estado en regular esta materia, los intereses reclamados por los profesionales de la salud y las instituciones hospitalarias, así como los derechos de los pacientes reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico. Discutiremos, además la respuesta legislativa al debate público creado como consecuencia de la promulgación de la referida orden ejecutiva.<sup>5</sup> Finalmente expondremos nuestro análisis sobre si constituye una correcta y adecuada política pública la concesión de inmunidad médica, aún en periodos de emergencia.

<sup>4</sup> Boletín Administrativo 2020-036, *Orden ejecutiva de la gobernadora de Puerto Rico, Hon. Wanda Vázquez Garced, para otorgar inmunidad a las facultades y profesionales de la salud que asisten al gobierno de Puerto Rico en la respuesta a la emergencia del Covid-19* (en adelante OE 2020-036).

<sup>5</sup> Véase, Rafael Cox Alomar, *¿Gobernadora o Dictadora?* EL NUEVO DÍA, 23 de marzo de 2020, [www.elnuevodia.com/opinion/columnas/gobernadoraodictad-ora-columna-2563664](https://www.elnuevodia.com/opinion/columnas/gobernadoraodictad-ora-columna-2563664) (última visita 15 de mayo de 2020); *Rivera Schatz urge a Wanda Vázquez un proyecto de ley sobre inmunidad a médicos*, PRIMERA HORA, 23 de abril de 2020; <https://www.primerahora.com/noticias/policia-tribunales/notas/rivera-schatz-urge-a-wanda-vazquez-un-proyecto-de-ley-sobre-inmunidad-a-medicos> (última visita 15 de mayo de 2020); *Tata Charbonier pide a la gobernadora retirar orden ejecutiva sobre inmunidad a médicos y hospitales*, PRIMERA HORA, 23 de abril de 2020, <https://www.primerahora.com/noticias/gobierno-politica/notas/tata-charbonier-pide-a-la-gobernadora-retirar-orden-ejecutiva-sobre-inmunidad-a-medicos-y-hospitales> (última visita 16 de mayo de 2020); Ariel O. Caro Pérez, *Los pacientes y el acceso a la justicia*; EL NUEVO DÍA, 23 de abril de 2020, <https://www.elnuevodia.com/opinion/columnas/lospacientesy-elaccesoalajusticia-columna> (última vista 15 de mayo de 2020); Ariel O. Caro Pérez, *Inmunidad Médica: La Batalla de Troya es*

## *Inmunidad*

En el ámbito civil, como los son las reclamaciones por impericia profesional médica, la inmunidad ha sido definida por la doctrina como la ausencia de responsabilidad civil que pueda tener una persona por sus actos u omisiones negligentes que generen alguna lesión, daño o perjuicio.<sup>6</sup> El Tribunal Supremo ha determinado que “no se trata de una defensa personal ante reclamaciones en su contra, sino de inexistencia de causa de acción”.<sup>7</sup> Por tanto, el Alto Foro ha sentenciado que aquel que disfrute de inmunidad no puede ser objeto de un litigio, independientemente de que su conducta sea antijurídica, negligente culposa o constitutiva de impericia médica.<sup>8</sup>

En su origen la doctrina jurídica se refería a la inmunidad soberana que postulaba que el Estado no podía ser demandado a menos que lo autorice.<sup>9</sup>

*otra*, EL NUEVO DÍA, 30 de abril de 2020, <https://www.elnuevodia.com/opinion/columnas/inmunidadmedicabataladetroyaesotra-columna> (última visita 15 de mayo de 2020).

<sup>6</sup> El tema de la inmunidad es sumamente abarcador y en nuestro ordenamiento se ha extendido a un sinnúmero de sujetos de derecho y supuestos. Este trabajo se limita exclusivamente a la inmunidad en las reclamaciones médicas. Para una exposición detallada sobre a quienes se les ha extendido esta figura véase, Consejo Cond. Plaza del Mar v. Jetter, 169 DPR 643, 656 (2006).

<sup>7</sup> Lind v. Rodríguez, 112 DPR 67, 69 (1982). Véase, además, Rodríguez Ruiz v. Hosp. San Jorge, 169 DPR 850 (2007); Flores Román v. Ramos González, 127 DPR 601 (1990); Vázquez Negrón v. E.L.A., 113 DPR 148 (1982); Vázquez v. E.L.A., 109 DPR 19 (1979).

<sup>8</sup> Rodríguez Figueroa v. Centro de Salud Mario Canales Torresola, et al., 197 DPR 876, 884 (2017).

<sup>9</sup> En efecto, mediante la aprobación de la *Ley de Reclamaciones y Demandas contra el Estado*, Ley Núm. 104 de 29 de junio de 1955, según enmendada, se autorizó demandar al Estado Libre Asociado de Puerto Rico por los daños y perjuicios que se hayan causado por las actuaciones negligentes de sus funcionarios o agentes mientras actúen en sus capacidades oficiales. 32 LPRA §§ 3077, 3082. Véase Galarza Soto v. E.L.A., 109 DPR. 179 (1979).

Tiene su origen en los gobiernos monárquicos en los cuales el rey no era sujeto de responsabilidad por que gozaba de poderes absolutistas. Se decía que el monarca “no hacía nada mal”, por lo que no podía responder ante sus “inferiores”.<sup>10</sup> Con el establecimiento de los estados democráticos, la inmunidad fue limitándose y se permitió que los ciudadanos demandaran al gobierno para reclamar sus derechos, como ocurrió en nuestra jurisdicción con la aprobación de *Ley de Reclamaciones y Demandas contra el Estado*, la conocida ley 104 de 1955.<sup>11</sup>

Vemos pues que la inmunidad constituye la antítesis a la reivindicación jurídica de las víctimas de un daño. En nuestro ordenamiento, una persona perjudicada por un acto u omisión culposo o negligente de origen extracontractual tiene el derecho de buscar la reparación por el daño o perjuicio sufrido. En virtud del Artículo 1802 del Código Civil,<sup>12</sup> todo aquel que cause daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, vendrá obligado a reparar el daño causado. Para ello, es imprescindible que la parte demandante establezca mediante prueba los siguientes requisitos: 1) la existencia de una acción u omisión culposa o negligente; 2) la antijuricidad de la misma; 3) la producción de un daño; y 4) la relación causal entre la acción u omisión y el daño.<sup>13</sup> La amplia trayectoria jurisprudencial ha establecido consistentemente que el concepto de culpa recogido en el Art. 1802 es infinitamente abarcador, “tanto como lo pueda ser la conducta humana”.<sup>14</sup> Tal norma es tan amplia que “permiten que el derecho de responsabilidad civil extracontractual responda a los cambios y necesidades sociales de la época”.<sup>15</sup>

A pesar de la amplitud reconocida, la responsabilidad civil extracontractual sólo se extiende a conducta considerada antijurídica y que no presente una causa excluyente de responsabilidad. La inmunidad precisamente es una de las causas excluyentes de antijuricidad por razones de orden o política pública.<sup>16</sup> Porque niega el acceso a los tribunales, de forma que se diluciden los reclamos de las víctimas que hayan sufrido un daño como consecuencia de un acto culposo o negligentes. es que las exclusiones de responsabilidad, como la inmunidad, tienen que ser legisladas. Así el Tribunal Supremo ha resuelto que la figura de la inmunidad es conferida por la Asamblea Legislativa en atención a consideraciones de política pública que rebasan los límites de los actos u omisiones del individuo que la disfruta.<sup>17</sup> Por tanto, la inmunidad tiene que estar expresamente legislada ya que “salvo disposición expresa concediéndole inmunidad a un grupo o sector de la población, ... la norma general es que existe responsabilidad en todo caso que medie culpa o negligencia...”.<sup>18</sup>

### ***La Orden Ejecutiva 2020-036***

#### Base legal y aplicación

Se dispuso que salvaguardar la salud, la vida y la seguridad de todos los puertorriqueños es la más alta prioridad gubernamental, por lo que, a tono con ello, el 12 de marzo de 2020 la primera mandataria decretó el estado de emergencia mediante la OE-2020-20. Reclamó que su autoridad para promulgar esta y todas las ordenes emitidas durante este

<sup>10</sup> Meléndez v. E.L.A., 81 DPR 824, 826-827 (1960). Para un análisis histórico de la inmunidad soberana como norma proveniente del Common Law véase, *Defendini Collazo et al. v. E.L.A.*, 134 DPR 28, 40 (1993).

<sup>11</sup> 32 LPRA § 3085.

<sup>12</sup> 31 LPRA § 5154.

<sup>13</sup> Valle Izquierdo v. E.L.A., 157 D.P.R. 1 (2002).

<sup>14</sup> *Reyes v. Sucn Sánchez*, 98 DPR 305(1970); *García Gómez v. E.L.A.*, 163 DPR 800 (2005).

<sup>15</sup> *López v. Porrata Doria*, 169 DPR 135, 152 (2006).

<sup>16</sup> *Consejo Cond. Plaza del Mar v. Jetter*, 169 DPR en la pág. 657.

<sup>17</sup> *Romero Arroyo v. E.L.A.*, 127 DPR 724, 745 (1991).

<sup>18</sup> *Consejo Cond. Plaza del Mar v. Jetter*, 169 DPR en la pág. 658.

periodo surgen del Artículo 6.10 de la Ley del Departamento de Seguridad Pública de Puerto Rico. Dispone que ese estatuto la faculta para darle “vigencia a aquellos reglamentos, órdenes, planes o medidas estatales para situaciones de emergencia o desastre o variar los mismos a su juicio.”<sup>19</sup> La orden establece que era necesario viabilizar el acceso a los servicios de salud estableciendo aquellas medidas necesarias para agilizar los servicios de las instituciones hospitalarias, facilidades de salud, médicos, profesionales de enfermería, y todo personal técnico de salud que diariamente se exponen y laboran para salvar vidas ante la amenaza del COVID-19.

Se estableció que, para asegurar el acceso al mejor tratamiento posible, dentro de las circunstancias del estado de emergencia provocado por el COVID-19, “se hace necesario viabilizar la inmunidad que establece esta Orden Ejecutiva” para que le sea de aplicación a hospitales y el personal clínico. Dicha concesión, a juicio de la gobernadora, es “para asegurar acceso a tratamiento a toda la población y que nuestros proveedores de servicios y profesionales de la salud puedan ejercer sus funciones sin la aprehensión o el temor de sentirse amenazados por una reclamación de impericia medica mientras prestan asistencia al Gobierno de Puerto Rico como parte de la respuesta a la emergencia decretada ante el COVID-19”.<sup>20</sup>

La concesión de la inmunidad se extenderá durante el transcurso y duración de la emergencia.<sup>21</sup> Será extensiva a las facilidades y profesionales de la salud que asisten al Gobierno de Puerto Rico en la respuesta a la emergencia del COVID-19. La orden es sumamente abarcadora en cuanto al ámbito de

aplicación. Define como Facilidades de Salud *cualquier establecimiento* que se dedique a la prestación de servicios médicos tales como hospitales generales y especiales, Centros de Diagnóstico y Tratamiento, centros de rehabilitación, facilidades de cuidado extendido, casas de salud, centros de rehabilitación, centro de enfermedades renales, incluyendo unidades ambulatorias de hemodiálisis, centros de cirugía ambulatoria, programas de servicios de salud en el hogar, laboratorios clínicos, facilidades radiológicas, consultorios médicos, clínicas de salud, servicios de telemedicina, servicios médicos al hogar, departamentos de tele-consulta, entre otros.<sup>22</sup>

Igual de amplia es la definición de profesional de la salud a quienes se les extendió la inmunidad. Además de los médicos en todas sus especialidades o clasificaciones, incluye el personal de enfermería, dentistas, terapeutas respiratorios, terapeutas ocupacionales, paramédicos, voluntarios y “otros proveedores de servicios de salud que estén asistiendo los esfuerzos del Gobierno de Puerto Rico durante los esfuerzos de respuesta a la emergencia del COVID-19”.<sup>23</sup>

#### Alcance de la inmunidad

En las secciones novena y décima de la orden se define y determina su alcance. Aplicará a *cualquier* reclamación y/o responsabilidad impuesta por daños y perjuicios sufridos por un caso de alegada impericia médica y/o por negligencia incurrida sobre pacientes “admitidos, atendidos en sala de emergencia, referidos, transferidos, recibidos por un trasladado, o que fueran trasladados a otra institución durante el estado de emergencia...”.<sup>24</sup>

<sup>19</sup> OE 2020-036. Ver Ley 20-2017.

<sup>20</sup> *Id.*

<sup>21</sup> Sec. Segunda, OE 2020-036, pág. 2.

<sup>22</sup> Se extendió además a otras facilidades que operan al amparo de la Ley Núm. 101 de 26 de junio de 1965, según enmendada; la Ley Núm. 2 de 7 de noviembre de 1975, según enmendada; a aquellas autorizadas mediante legislación federal para proveer

servicios de salud a la comunidad o las autorizadas a proveer servicios de salud coma parte de los esfuerzos de respuesta de emergencia ante la pandemia del COVID-19. Sec. Tercera, OE 2020-036, págs. 2-3.

<sup>23</sup> Sec. Cuarta, OE 2020-036, pág. 3.

<sup>24</sup> *Id.*

La orden establece que la inmunidad no será extensiva a “actos u omisiones que constituyan un crimen, delito, fraude, en los que medie malicia o negligencia crasa, actos intencionales, o aquellos que constituyan una reclamación falsa”. En un lenguaje un tanto confuso, parece indicar que para que sea aplicable, el profesional de la salud no podrá “apartarse de la mejor práctica de la profesión y mediando la prestación de servicios de salud bajo el estándar de cuidado razonable durante la emergencia del COVID-19”.<sup>25</sup>

De hecho, la orden define el estándar de cuidado razonable exigible en un lenguaje igualmente confuso. Dice que será “aquel exigible en las circunstancias particulares y en consideración a los conocimientos contemporáneos sobre la enfermedad, bajo las condiciones existentes al momento de recibir y ofrecer cuidado al paciente”. Añade que se tomará en consideración la disponibilidad de medicamentos, equipo, pruebas y suplidos “dentro de las limitaciones de inventario y demanda mundial...”.<sup>26</sup>

## **Análisis**

### Legitimidad

Desde la promulgación de esta orden se generó un intenso debate sobre si la primera ejecutiva podía, por decreto ejecutivo, crear una exclusión de antijuricidad, como hizo en este caso, al conceder una amplia inmunidad, prácticamente sin límites en su ámbito de aplicación, evadiendo el proceso legislativo. Los defensores, entre ellos naturalmente el Colegio de Médicos y los dueños de hospitales, plantearon que, tratándose de un estado

de emergencia, la gobernadora tiene amplios e inherentes poderes constitucionales para promulgar medidas para atender un estado de emergencia como el actual. Por otro lado, la orden hace referencia a que diversos gobernadores han promulgado órdenes ejecutivas similares para atender la crisis de salud como consecuencia de la pandemia.<sup>27</sup>

Plantean además que su poder dimana de las facultades conferidas por el Art. 6.10 de la Ley 20-2017. Esa disposición le confiere al ejecutivo ‘poderes extraordinarios’ en situaciones de emergencia o de desastre. Es al amparo de esta ley que puede decretar un estado de emergencia en todo el territorio de Puerto Rico o en parte del mismo. En lo pertinente mientras dure dicho estado de emergencia o desastre, tendrá, además de cualesquiera otros poderes conferidos por otras leyes, la facultad de: a) dictar, enmendar y revocar reglamentos y órdenes que estime convenientes para regir durante el estado de emergencia o desastre; b) darle vigencia a reglamentos, órdenes, planes o medidas estatales para situaciones de emergencia o desastre o variar los mismos a su juicio. Dice el estatuto que los reglamentos dictados u órdenes emitidas durante un estado de emergencia o desastre tendrán fuerza de ley mientras dure dicho estado de emergencia o desastre.<sup>28</sup>

Por el contrario, como hemos mencionado, la orden generó oposición por muchos sectores por diversos fundamentos. En lo concerniente a la fuente de legitimidad, el presidente del Senado, hon. Thomas Rivera Schatz, públicamente le pidió a la gobernadora que enviara un proyecto de ley para atender legislativamente el asunto.<sup>29</sup> La delegación

<sup>25</sup> La sección décima dispone: “Se extiende la inmunidad que detalla esta Orden Ejecutiva a toda facilidad o profesional de la salud que sin apartarse de la mejor práctica de la profesión y mediando la prestación de servicios de salud bajo el estándar de cuidado razonable durante la emergencia del COVID-19 se le impute haber incurrido en mala-practica de la medicina y/o

negligencia en el ejercicio de prestar asistencia durante la emergencia”. OE 2020-036, pág. 4.

<sup>26</sup> Sec. Sexta, OE 2020-036, pág. 3.

<sup>27</sup> OE 2020-036 pág. 1

<sup>28</sup> Sec. 6.10 20 LPR 2017.

<sup>29</sup> Ver nota al calce 6.

del Partido Independentista Puertorriqueño (PIP) en la Asamblea Legislativa presentó una demanda de sentencia declaratoria y decreto de inconstitucionalidad de la orden por violación a la separación de poderes.<sup>30</sup> Plantearon que al decretar la imposibilidad de reclamar daños sufridos por un caso de impericia médica en el tratamiento y cuidado de la salud de pacientes durante el estado de emergencia, la Orden Ejecutiva tiene el efecto de enmendar la legislación vigente al amparo de la cual se presentan dichas reclamaciones. Sostuvieron que ello es una función eminentemente legislativa por lo que la referida orden usurpaba sus funciones legislativas.<sup>31</sup>

Es importante indicar, que los demandantes presentaron un auto de certificación al Tribunal Supremo para que asumiera jurisdicción y atendiera la controversia presentada de forma directa. El Tribunal Supremo denegó el auto solicitado, no obstante, los jueces asociados hon. Luis Estrella Martínez y hon. Angel Colón Pérez emitieron votos disidentes. Ambos magistrados entendieron que por tratarse de una controversia novel y de alto interés público el Alto Foro debió acoger el recurso y resolver la controversia sin mayor trámite. El juez asociado Colón Pérez abordó frontalmente la controversia. Sentenció que:

La Orden Ejecutiva OE-2020-036 promulgada por la honorable Wanda Vázquez Garced el 22 de abril de 2020 — para otorgar inmunidad a las facilidades y profesionales de la salud que asistan al Gobierno de Puerto Rico en la respuesta a la emergencia del COVID-19 — infringe

la cláusula de separación de poderes contemplada en la Sección 2 del Artículo Uno de la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico. *Ello, pues lo dispuesto en dicha orden trastoca la legislación vigente en cuanto a reclamaciones por daños y perjuicios en el contexto de impericia profesional médico-hospitalaria*, en clara contravención de la prerrogativa constitucional delegada a la Asamblea Legislativa para adoptar las leyes que componen el ordenamiento jurídico puertorriqueño. Recordemos que el sistema republicano de gobierno instaurado por nuestra Constitución no permite que nuestro país sea gobernado a partir de decretos ejecutivos.<sup>32</sup>

Coincidimos con el análisis del magistrado disidente. El principal problema estructural de la orden ejecutiva es que crea una exclusión de responsabilidad sin tener autoridad para ello. Como hemos expuesto, le corresponde a la Asamblea Legislativa aprobar legislación para concederla bajo consideraciones de política pública, puesto que es la excepción al principio general de que toda víctima de un daño tiene derecho a acudir a los tribunales para ser resarcida conforme el mandato del Art. 1802 del Código Civil. Esa legendaria norma estatutaria no puede ser eludida en nuestro sistema por un decreto ejecutivo, pues atentaría contra el poder legislativo y constituiría una violación a la separación de poderes.

<sup>30</sup> Juan Dalmau Ramírez et als vs. Hon. Wanda Vázquez Garced, SJ2020CV02636. Acción presentada por el senador hon. Juan M. Dalmau Ramírez y el representante a la Cámara hon. Denis Márquez Lebrón.

<sup>31</sup> Al momento de la redacción de este escrito, dicho caso se encuentra pendiente de adjudicación ante el Tribunal de Primera Instancia, Sala de San Juan.

<sup>32</sup> Dalmau Ramírez v. Vázquez Garced, CT 2020-04, Resolución de 29 de abril de 2020 (Voto disidente del juez asociado Colón Pérez).

En el caso de las reclamaciones por daños causados por impericia médica, cobra importancia cardinal el asunto puesto que el Tribunal Supremo ha reconocido que existe una fuerte política pública de que los pacientes tengan acceso a los tribunales y que sea en ese foro donde se dilucide su derecho a ser compensado una vez pruebe su reclamación.<sup>33</sup> Por otro lado, también se ha resuelto que los pacientes tienen un derecho constitucional a consentir o rechazar un tratamiento médico sin sujeción a condición médica, al amparo del derecho a la intimidad, la honra y la inviolabilidad del ser humano. El ejercicio de ese derecho constitucional aplica *ex proprio vigore* por lo que los pacientes pueden reclamar el auxilio judicial para la vindicación de su derecho constitucional cuando sea menoscabado por un profesional de la salud o por instituciones médico-hospitalarias.<sup>34</sup>

Entendemos pues que los enunciados de política pública, la existencia de normas estatutarias y derechos constitucionales que asisten a los pacientes superan las prerrogativas de la gobernadora de actuar mediante decreto ejecutivo evadiendo el trámite legislativo constitucional, aún en época de emergencia. Nótese que el Art. 6.10 de la Ley 20-2017, que es la fuente en la que se ampara el gobierno, le concede poderes a la gobernadora en tiempo de emergencia con respecto a reglamentos y ordenes ejecutivas solamente. No le confiere poder para derogar o dejar sin efecto leyes o normas legislativas, ni mucho menos suprimir derechos constitucionales. Coincidimos con el profesor Farinacci Fernós de que el poder principal para adoptar normas sustantivas durante una emergencia le corresponde a la Asamblea Legislativa al palio de los amplios poderes de razón de Estado que tiene la

Legislatura, tanto inherentemente como expresamente al amparo de la Sección 19 del Artículo II de la Constitución.<sup>35</sup>

#### La orden es excesiva en su aplicación

La orden tiene una gran amplitud, puesto que es extensiva a todo profesional de la salud autorizado a ejercer sus disciplinas y a prácticamente todas las entidades que ofrezcan servicios de salud, diagnóstico y tratamiento durante la emergencia. También, aplica a voluntarios, sin definir quienes son, en qué circunstancias y sobre que labor o participación tenga con el paciente. Se trata de un ámbito de regulación, que al igual que otras partes de la pieza, sufre de una amplitud desmedida. Por otro lado, la vigencia de la orden es durante el estado de emergencia, sin definir sus contornos o límites, confiriendo un poder absoluto al ejecutivo sobre la permanencia de una causa de exclusión de responsabilidad. Ello genera una preocupación legítima sobre su extensión quedando solo al amparo de una determinación ejecutiva, sin la intervención de la Asamblea Legislativa.

Nos parece que el defecto principal es que su ámbito de regulación trasciende el tratamiento de condiciones causadas por el coronavirus y se extiende a posibles actos de impericia médica sobre pacientes tratados u hospitalizados por otras condiciones de salud que no tengan relación con el virus en cuestión. En esa situación, ese paciente se vería privado de reclamar.

La orden dispone que el propósito es brindarles a los profesionales de la salud y a las instituciones de salud la libertad de ejercer la medicina sin temor a ser objeto de una reclamación por impericia médica. Aunque loable ese

<sup>33</sup> Martínez Marrero v. González Droz, 180 DPR 579 (2011).

<sup>34</sup> López Tirado vs. Testigos de Jehová, 177 DPR 893 (2010). Para un análisis del derecho a la autodeterminación corporal conforme fuera reconocido en caso de *Lozada Tirado*, véase Ariel O. Caro Pérez, *Aunque pueda ocasionar la muerte: una*

*reflexión sobre el Derecho de los pacientes a su autodeterminación corporal*. 83 REV. JUR. UPR 1089 (2014).

<sup>35</sup> Farinacci Fernós, *Las órdenes ejecutivas, el Poder legislativo y las emergencias*, *supra* nota 3.

fundamento, lo cierto es que afortunadamente en el país no se generó una crisis sanitaria de proporciones mayores, como ocurrió en otros países, tales como España, Italia, Inglaterra y en estados como Nueva York, California o Florida. Consistentemente las autoridades del país han planteado que los hospitales solamente han tenido una ocupación del 30% y no ha habido desenlaces fatales significativos.<sup>36</sup> Hay que reconocer que las medidas de aislamiento social, la intensa participación de los organismos sanitarios del país, la excepcional labor de los profesionales de la salud y las instituciones, unido a la cooperación de la población ha permitido que no se desarrollara un brote con efectos catastróficos como ocurrió en otras jurisdicciones.

#### Respuesta legislativa

Recientemente se presentaron tres piezas legislativas sobre este asunto, dos (2) en el Senado y una en la Cámara de Representantes. Una de ellas, interesantemente, fue un proyecto de ley enviado por la gobernadora a la Asamblea Legislativa. Se trata del *P. del S. 1575* presentado el 27 de abril de 2020. Dicho proyecto fue aprobado por el Senado y recientemente el 11 de mayo de 2020 por la Cámara.<sup>37</sup> Por ser el proyecto de administración, que es anticipable que habrá de convertirse en ley, concentremos nuestro análisis en el mismo.<sup>38</sup> Este proyecto pretende enmendar el artículo 2 de la Ley Número 104 de 29 de junio de 1955, según enmendada (*Ley de Reclamaciones y Demandas contra el Estado*) a los fines de extender la inmunidad en las acciones por daños y perjuicios por actos de impericia médico-hospitalaria a los profesionales de

la salud que laboren en instituciones privadas cuando asistan al Estado y sea decretado un estado de emergencia.

En su exposición de motivos, se dispone que “debido a la vulnerabilidad que se encuentra nuestra isla en tiempos recientes, debido a las consecutivas emergencias experimentadas, ya sea por desastres naturales como huracanes o terremotos, o pandemias, entre otros, entendemos que es meritorio darle seguridad a la continuidad de asistencia médica en estos casos, y se enmienda la Ley Número 104... a los fines de extenderle la inmunidad que cobija a los hospitales públicos a las facilidades y profesionales de la salud privados que asistan al Gobierno cuando sea decretado un estado de emergencia por el Gobernador de turno”. El proyecto en efecto lo que persigue es una vez se decrete un estado de emergencia automáticamente se extenderá la inmunidad a aquellos médicos y profesionales de la salud que estén asistiendo en la misma, sin necesidad de gestión ulterior. Su vigencia será retroactiva al 15 de marzo de 2020 y hasta 30 días luego de que la emergencia sea dejada sin efecto.

A pesar de que en la exposición de motivos se refiere a inmunidad, el proyecto lo que hace es enmendar la ley 104 sobre reclamaciones y demandas contra el Estado para extender los límites de compensación establecidos en dicho estatuto. Dispone el proyecto:

Además, los límites aquí impuestos le serán aplicables a

<sup>36</sup> Al momento de la redacción de este escrito y tras más de 60 días de confinamiento social, las estadísticas oficiales del Departamento de Salud reflejan que hay 2,589 pacientes positivos al virus y han ocurrido 122 muertes. *Resultados de Pruebas para COVID-19 en Puerto Rico*, DEPARTAMENTO DE SALUD GOBIERNO DE PUERTO RICO, <http://www.salud.gov.pr/Pages/coronavirus.aspx> (última visita 16 de mayo de 2020).

<sup>37</sup> Al presente no ha sido firmado por la gobernadora.

<sup>38</sup> El senador hon. Miguel Romero presentó el 24 de abril la R. C. del S. 524. En esencia se trata de una resolución concurrente que tenía el efecto de validar legislativamente la OE-2020-036. La misma fue aprobada en el senado. Por otro lado, la representante hon. María Milagros Charbonier presentó la R. C. de la C 685 que no ha sido considerada.

médicos, profesionales y facilidades de salud privadas siempre y cuando: 1) la reclamación sea a raíz de servicios dados en apoyo al Gobierno, relacionados específicamente a una emergencia; 2) dicha emergencia haya sido decretada por el Gobernador o Gobernadora; 3) el servicio no se apartó de la mejor práctica de la profesión y 4) medió la prestación de servicios de salud bajo el estándar de cuidado razonable.

Conforme a lo anterior, entendemos que *el proyecto de ley no confiere inmunidad, sino que establece límites en la compensación que tendría un paciente que sufre daños por impericia médico hospitalaria durante un estado de emergencia decretado*. Lo anterior es corroborado pues en la exposición de motivos de la pieza legislativa, haciendo referencia a la orden ejecutiva se dispone que:

Es importante señalar que la OE 2020-36, *no afecta la causa de acción de un paciente el cual haya sido víctima de mala práctica por parte de un profesional o institución de salud, ya que establece claramente que, si la conducta del hospital o profesional de la salud se aleja de los estándares médicos establecidos por normas, reglamentos y leyes, el paciente o el familiar podrá instar su reclamación de impericia médica según es reconocido legalmente. En ninguna circunstancia, se limita el derecho que ostenta cada ciudadano a que se le concedan remedios cuando sean víctimas de algún daño o perjuicio.*<sup>39</sup>

### ***Inmunidad y límites de compensación***

La confusión doctrinal sobre lo que es inmunidad y los que son los límites de responsabilidad que surge en las acciones en daños y perjuicios en contra del ELA, los Municipios, y en lo pertinente, en contra de ciertos profesionales de la salud e instituciones sanitarias fue aclarado por el Tribunal Supremo en el caso de *Rodríguez Figueroa v. Centro de Salud Mario Canales Torresola*<sup>40</sup>.

Como expusimos anteriormente, el Tribunal sostuvo que la inmunidad es la ausencia de responsabilidad según establecida por la Asamblea Legislativa por consideraciones de política pública (*“un individuo que disfrute de inmunidad no puede ser objeto de un litigio, independientemente de que haya realizado un acto u omisión, culposo o negligente*). Por otro lado, indicó el Alto Foro que el *“límite de responsabilidad” se refiere a una limitación impuesta por la Asamblea Legislativa a las cuantías compensables por actos u omisiones culposos o negligentes*”. (citas omitidas). Puntualizó que en la medida en que un individuo no pueda ser incluido como demandado en un pleito al estar cobijado por una inmunidad no cabe hablar de límites de compensabilidad.<sup>41</sup> Añadió el Tribunal que, al ser la figura de la inmunidad más abarcadora, absorbe la protección que confiere el límite a la responsabilidad. Aunque ambas figuras persiguen un fin similar, son mutuamente excluyentes, en tanto la aplicación de una necesariamente excluye la aplicación de la otra.<sup>42</sup> Ahora bien, cuando el estatuto limita la responsabilidad, permite que el reclamante presente la acción y de prosperar su demanda la cuantificación del daño tiene que ceñirse a los límites de compensabilidad estatutarios.

<sup>39</sup> Exposición de motivos, P. del S. 1575 de 27 de abril de 2020, 7ma Ses. Or., 18va Asam. Leg., en la pág. 4 (énfasis suplido).

<sup>40</sup> 197 DPR 876 (2017).

<sup>41</sup> *Id.* en la pág. 884.

<sup>42</sup> *Rodríguez Figueroa v. Centro de Salud Mario Canales Torresola*, 197 DPR a las págs.884-885.

Como es de conocimiento en la comunidad jurídica, la ley 104,<sup>43</sup> impuso una limitación a la responsabilidad de “un máximo de setenta y cinco mil dólares (\$75,000) por los daños sufridos por una persona y hasta ciento cincuenta mil dólares (\$150,000) cuando los daños y perjuicios se le causaron a más de una persona, o cuando sean varias las causas de acción a que tenga derecho un solo perjudicado. Esa limitación de la compensabilidad fue validada constitucionalmente por el Tribunal Supremo al concluir que no violaba la igual protección de las leyes<sup>44</sup>. La ley 104 no confiere inmunidad, sino que establece una limitación de responsabilidad en términos de compensación. Es el Art. 41.050 del Código de Seguros de Puerto Rico, la fuente principal de la concesión de inmunidad a ciertos profesionales de la salud.<sup>45</sup> Debido a que este estatuto ha sufrido innumerables enmiendas a través de la historia su lenguaje es uno confuso que ha requerido diversas interpretaciones, tanto de los tribunales como mediante piezas legislativas para aclarar su alcance.

Conforme a este artículo, por gozar de inmunidad no podrá presentarse una reclamación en daños y perjuicios en contra de un profesional de la salud, ya sea empleado, contratista o docente en el cumplimiento de sus deberes y funciones para el: 1) Estado Libre Asociado de Puerto Rico, sus dependencias, instrumentalidades, 2) el Centro Compresivo de Cáncer de la Universidad de Puerto Rico, 3) los municipios, 4) el Hospital San Antonio de Mayagüez, 5) el Centro Médico de Mayagüez-

Hospital Ramón Emeterio Betances, su Centro de Trauma y dependencias y: 6) a los profesionales de la salud que prestan servicios a pacientes referidos por la Corporación del Fondo del Seguro del Estado. Esta inmunidad es para los médicos o profesionales de la salud, no es extensiva a las instituciones quienes habrán de responder, lo único que por los límites de responsabilidad del estado.<sup>46</sup>

A tono con lo anterior entendemos que el *P del S. 1575* claramente no confiere inmunidad, sino limitación de responsabilidad aplicable a médicos, profesionales y facilidades de salud privadas siempre y cuando: 1) *la reclamación sea a raíz de servicios dados en apoyo al Gobierno, relacionados específicamente a una emergencia decretada por el Gobernador o Gobernadora*; 2) *el servicio médico no se haya apartado de la mejor práctica de la profesión y bajo el estándar de cuidado razonable.*

Consideraciones de política pública:  
conveniencia o adecuación

Los médicos y demás componentes del sistema de salud merecen el más amplio apoyo y admiración por su encomiable labor durante esta pandemia. Exponen a riesgo su vida por el bienestar de sus pacientes. No hay cuestionamiento del poder del estado para tomar medidas que fortalezcan y protejan a la clase médica. Como hemos indicado anteriormente<sup>47</sup>, en términos sustantivos, la discusión y el análisis serio debe ser si es conveniente y necesario para nuestro estado de derecho el que se conceda inmunidad ante reclamos de impericia

<sup>43</sup> Ley de pleitos contra el Estado, 32 LPRA §§ 3077-3092a.

<sup>44</sup> Véase *Vázquez Negrón v. E.L.A.*, 109 DPR 19 (1979).

<sup>45</sup> 26 LPRA § 4105. Existen otros estatutos como la Ley del Buen Samaritano, que confiere inmunidad en ciertas circunstancias y que es de aplicación a médicos que ofrezca servicios de emergencia, gratuitos, fuera de una institución médica y en el que no haya intervenido negligencia crasa. 20 LPRA §§ 31 et seq.; *Elías Vega v. Chenet*, 147 DPR 507 (1999).

<sup>46</sup> Aunque de forma confusa en su lenguaje, el mencionado Art. 41.050 enumera los sujetos de derecho a quienes le es de

aplicación la limitación de cuantía antes discutida. Para un análisis más abarcador, véase *Rodríguez Ruiz v. Hosp. San Jorge*, 169 DPR 850, 857 (2007), *Flores Román v. Ramos González*, 127 DPR 601 (1990).

<sup>47</sup> Ariel O. Caro Pérez, *Inmunidad Médica: La Batalla de Troya es otra*, EL NUEVO DÍA, 30 de abril de 2020, <https://www.elnuevodia.com/opinion/columnas/inmunidadmedicalabatalladetroyaesotra-columna> (última visita 15 de mayo de 2020).

profesional en estos tiempos. Es innegable el hecho de que los profesionales de la salud en nuestro país y en el resto del mundo han asumido un rol esencial y protagónico en el manejo de esta crisis de salud. Por otro lado, a los pacientes solo les queda la confianza en sus médicos e instituciones de que los van a tratar con el profesionalismo y competencia requerida para curar o aliviar su estado de salud. Cuando ocurre una falla en esa relación es que cobra importancia vital el estado de derecho.

Resulta imprescindible analizar diversas alternativas. En primer lugar, el no conceder inmunidad. Esa postura parte de la idea de que los médicos y hospitales gozan de unas protecciones legales que otras partes no tienen. Dicho de otro modo, a los pacientes se les hace muy difícil probar sus casos puesto que se requiere un estándar mayor de análisis y de prueba.

Históricamente, el Tribunal Supremo ha impuesto unos requisitos sumamente estrictos para que prospere una demanda en contra de los médicos y hospitales. Contrario a otros casos de negligencia y culpa, el médico goza de una presunción de corrección.<sup>48</sup> Es decir, le corresponde a la víctima rebatir esa presunción de corrección con la presentación de prueba pericial. En nuestro ordenamiento jurídico este es el único caso en el cual existe una presunción a favor de la parte más poderosa en la relación jurídica. Por otro lado, estos son los únicos casos en los cuales se requiere presentar prueba pericial para establecer un caso prima-facie so pena de ser desestimado.<sup>49</sup> Es decir, si el demandante no presenta un perito, su causa de acción no prosperará. Por tanto, todo caso de impericia médica tiene que estar respaldado por la

opinión de un experto que sostenga la impericia del médico o del hospital demandado.

Para que prospere una demanda por impericia médica, el demandante tiene que probar que la actuación del médico se apartó de la norma de atención médica mínima exigida de conformidad con los adelantos tecnológicos, los medios de comunicación y enseñanza vigentes.<sup>50</sup> Es decir, a diferencia de otros demandados (incluyendo otros profesionales) en los cuales basta probar que incurrieron en una conducta negligente, para que un médico responda, un perito médico de su misma especialidad deberá establecer que se apartó de las normas prevalecientes de la medicina conforme establecidas por los modernos medios de enseñanza y comunicación.

Pero además de lo anterior, el médico goza de múltiples defensas afirmativas que brindan carácter protector a su disciplina. Entre ellas está el error razonable de juicio,<sup>51</sup> la divergencia de criterios,<sup>52</sup> los riesgos inherentes,<sup>53</sup> y la inmunidad, entre otras que no están tampoco disponibles para otros demandados.

Las víctimas de impericia médica constantemente enfrentan la angustiosa realidad de no poder contar con prueba pericial accesible que evalué sus casos y que esté disponible para declarar a su favor en el juicio. Aún persiste el llamado *Código del Silencio* entre los colegas médicos para no prestarse a declarar en contra de otro médico. Ello hace más onerosa la litigación pues el paciente tiene que buscar prueba pericial fuera de Puerto Rico, aumentando los costos, complicando la litigación o recurriendo a prueba pericial que no alcanza las expectativas de calidad necesarias en para este tipo de casos.<sup>54</sup>

<sup>48</sup> Arrieta v. Dr. De la Vega, 165 DPR 538 (2005); López v. Dr. Cañizares, 163 DPR 119 (2004).

<sup>49</sup> Medina Santiago v. Vélez, 120 DPR 380 (1984); Ríos Ruiz v. Mark, 119 DPR 816 (1987).

<sup>50</sup> Oliveros v. Abreu, 101 DPR 209 (1973).

<sup>51</sup> Morales v. Hosp. Matilde Brenes, 102 D.P.R. 188 (1974).

<sup>52</sup> Pérez Cruz v. Hospital La Concepción, 115 DPR 721 (1984).

<sup>53</sup> Arrieta v. De la Vega, 165 DPR 538.

<sup>54</sup> Véase Opinión concurrente del Juez Asociado hon. Francisco Rebollo López emitida hace más de hace más de 25 años en

A tono con lo anterior, incluso en la actual emergencia por el COVID-19 sería extremadamente difícil que prospere una acción por impericia médica, toda vez que se ha discutido a nivel mundial que, por lo novel del virus, sus particulares cualidades y mutaciones, no se ha podido establecer una norma de atención médica exigible para el diagnóstico o tratamiento de las condiciones de salud que provoca. Se han podido establecer unas guías para atender a los pacientes en estado de urgencias, no obstante, no existen vacunas o medicación para curar al paciente.<sup>55</sup> Por tanto, razonablemente el médico estaría protegido por la presunción de corrección que le cobija en nuestro ordenamiento entre otras defensas puesto que no podría precisar con éxito cual es el estándar médico aplicable.

La segunda postura es conceder amplia inmunidad. Los defensores plantean que ante lo novel y catastrófico de este virus se deben proteger para que ejerzan la medicina libre de presiones. Aunque parezca loable esa postura, la realidad es que en la actualidad existe inmunidad para los médicos que laboran para el estado o para instituciones educativas, y en ciertas instancias en instituciones privadas como hemos indicado. Esta alternativa protege solamente a una parte, puesto que deja desprovisto de remedios al paciente víctima de un mal manejo médico. Esta alternativa niega el acceso a los tribunales y favorece a las aseguradoras. En Puerto Rico la ley requiere que los médicos y hospitales tengan pólizas de seguros para responder por los daños causados, por lo que la inmunidad los beneficiaría enormemente.<sup>56</sup>

Una tercera alternativa es que se establezcan límites de cuantía en la valoración del daño dentro de

los términos que dispone la Ley 104 de pleitos contra el estado (\$75,000/\$150,000). Adjudicada una reclamación a favor de los pacientes, caería dentro de los límites de prácticamente todas las pólizas de seguros. Esta alternativa concilia todos los intereses envueltos y permite un adecuado balance de intereses.

Esta es la opción que se recoge en el *P. del. S. 1575* como hemos discutido anteriormente. En el balance de interés, y a pesar de que no favorecemos las limitaciones al ejercicio de los derechos, nos parece que esta es la adecuada alternativa en una situación de emergencia como la que sufrimos en la actualidad. No obstante, debe limitarse a la crisis actual del COVID-19 y no de forma general a toda emergencia, ya que cada situación se debe atender a tenor con sus particularidades. No nos parece que una activación automática de la limitación de responsabilidad ante toda situación de emergencia sea la mejor política pública. Podría constituir una cesión legislativa muy amplia de la facultad de legislar para el bienestar y la salud de los puertorriqueños, que pudiera menoscabar los derechos de las víctimas de impericia médica en situaciones que no necesariamente presenten un estado de alarma apremiante. De igual modo, debe limitarse a tratamientos médicos ofrecidos a pacientes con condiciones médicas de emergencia como consecuencia del COVID-19 y no a toda condición. De lo contrario podría ser un subterfugio para extender los límites de responsabilidad a entidades o médicos privados por actos de impericia causados durante la emergencia, pero por condiciones de salud que no estén relacionadas.

*Cirino Vizcarrondo v. Clínica Gubern*, 129 DPR 977, 998-1000 (1992) la cual presenta una radiografía vigente actualmente.

<sup>55</sup> Véase *Information for Healthcare Professionals about Coronavirus (COVID-19)*, CDC, <https://www.cdc.gov/coronavirus/2019-ncov/hcp/index.html> (última visita 19 de mayo de 2020), en donde se podrá ver como

diariamente el *Center for Disease Control and Prevention* elabora guías, estándares de cuidado y circunstancias noveles asociadas a los efectos sobre la salud provocados por el COVID-19.

<sup>56</sup> 26 LPRA § 4105.