

+Lectura
GRATIS
en la nube

Ángela Arenas Massa (*editora*)

**DERECHO SANITARIO DE
LAS PERSONAS MAYORES
EN CONTEXTO COVID-19
EN CHILE.
Una mirada desde los
Derechos Humanos**



tirant
lo blanch
alternativa



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD FINIS TERRAE

Pacientes de avanzada edad, COVID-19 y responsabilidad civil

CARLOS PIZARRO WILSON*

I. INTRODUCCIÓN

Las personas de avanzada edad pueden calificarse como personas vulnerables, más aún en la hipótesis en que se encuentren afectadas de una enfermedad, lo que determina ciertas particularidades que no emana de una identidad, sino que del otorgamiento de derechos que deben considerar sus especiales características y que influyen en la información que debe prodigárseles y en la forma en que se ejecuta el acto médico el cual debe respetar una diligencia conforme una *lex artis* modificada. En otras palabras, los actos médicos cuyo destinatario es una persona de avanzada edad deben considerar esas características que impregnan la diligencia exigible a los médicos tanto en el deber de informar como en el acto médico propiamente tal.

Esta propuesta requiere exponer un planteamiento más o menos general de lo que atañe a la responsabilidad médica en el contexto del COVID-19 para luego pronunciarse sobre esos aspectos particulares determinados por la cualidad adscrita de la vejez.

II. PLANTEAMIENTO GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS MÉDICOS POR ACTOS EN EL TRATAMIENTO DEL COVID-19

La responsabilidad civil se entromete en todo o casi todo y respecto a los impactos del COVID-19 en la vida de las personas, no

* Doctor en derecho por la Universidad Paris II Panthéon-Assas, Francia; Profesor de derecho civil de la Universidad Diego Portales. Correo electrónico: carlos.pizarro@udp.cl

ha estado ausente. Así ha sido detectado en recientes artículos doctrinales, agudizando el interés de visualizar la relación entre la nueva enfermedad y la responsabilidad civil médica¹.

La enfermedad en cuestión surge como un fenómeno asociado, de manera temprana, a la fuerza mayor, pues se le asignan los caracteres de imprevista e irresistible, así como resultar exterior a quienes la padecen. Sin embargo, más que referirse a la enfermedad en sí como una hipótesis de fuerza mayor, son las medidas de la autoridad las que corresponde calificar o no como dicha causal de exoneración de responsabilidad. Esto ha sido tratado en los dos últimos años en forma lata por la doctrina local a propósito de los contratos y sobre todo el contrato de arrendamiento². El surgimiento de una enfermedad genera un desafío para la medicina, pero también para el derecho. Desde una perspectiva médica deben llevarse a cabo los estudios necesarios para enfrentarla, a través de la investigación que logre proporcionar su remedio. En cambio, para el derecho, al tratarse de una enfermedad nueva, la diligencia exigible a los médicos es de distinta entidad, pues su comportamiento debe adaptarse a ese nuevo fenómeno, desconocido hasta ahora y, por ende, imprevisto, al menos en una primera etapa, la cual ya ha expirado. El error médico tenderá más espacio en la atención de la enfermedad en una primera etapa en que se conocía poco o nada del comportamiento del virus donde el error se puede manifestar de manera más usual sin que pueda calificarse ese comportamiento como culpable. Es decir, los médicos quedarán excusados de responsabilidad por conductas que no hayan sido las apropiadas para el tratamiento de la enfermedad, al no contar con los conocimientos científicos idóneos, lo que

excluye la culpa, y corresponde calificar como error médico, sin consecuencias desde el punto de vista de la responsabilidad civil³. Esto, sin embargo, irá variando, pues al conocerse las técnicas, tratamientos o paliativos eficaces para evitar el agravamiento de la enfermedad irá surgiendo o modelándose una *lex artis* que resultará exigible a los médicos⁴. Esta misma conclusión expresan Cárdenas y Pérez, al sostener que: "El conocimiento técnico y científico que se tiene de enfermedades "nuevas" es, normalmente, muy precario. Las incertezas que existen respecto de ellas, como ocurre tratándose del coronavirus, acrecienta las posibilidades de que, con el tiempo y el desarrollo de las investigaciones, se descubra que algunas acciones u omisiones médicas no fueron acertadas respecto del tratamiento de esa enfermedad"⁵. Por lo mismo es acertado recurrir al artículo 41 de la Ley del Auge que recoge la exoneración de responsabilidad de los prestadores de servicios sanitarios en el ámbito de la salud pública, al considerar que no existe tal si los prestadores de salud no están en condiciones de adquirir y ejercer los conocimientos técnicos y científicos que permitan responder a la enfermedad hasta ahora desconocida. Los errores que se hayan podido cometer en la etapa temprana de la enfermedad resultan inimputables en términos de culpa a los prestadores de salud. Acá discrepamos de los autores Cárdenas y Pérez quienes entienden que la regla del artículo 41 de la Ley N° 19.966⁶ sería tan sólo una iteración del principio general de responsabilidad por culpa que se recoge ya sea en el artículo 38 de la Ley del auge o el célebre artículo 2314 del Código Civil⁷. No hay una repetición dado que el principio que provoca la responsabili-

1 Hugo Cárdenas y Manuel Pérez, "COVID 19 y responsabilidad civil médica: desafíos de una enfermedad desconocida que devino en pandemia". *Acta Bioethica*, 26, n° 2, (2020):155-164. <http://dx.doi.org/10.4067/S1726-569X2020000200155>.

2 Mauricio Tapia "¿El COVID-19 es un caso fortuito?". Columnas de opinión (20 abril 2020). Disponible en: <http://www.derecho.uchile.cl/comunicaciones/columnas-de-opinion/el-covid-19-es-un-caso-fortuito-mauricio-tapia>.

3 Cárdenas y Pérez, "COVID 19 y responsabilidad civil médica...". 157.

4 Hospital Barros Luco Trudeau (2020) Un ejemplo de protocolo de atención de pacientes Protocolo de Manejo de Hospitalizado COVID-19. Disponible en: <http://www.hospitalbarrosluco.cl/wp-content/uploads/2020/05/MED-COY-PROTOCOLO-DE-MANEJO-DE-HOSPITALIZADO-COVID-19-1.pdf>

5 Cárdenas y Pérez "COVID 19 y responsabilidad civil médica...".157.

6 Ley 19.966. Establece un régimen de garantías en salud. Ministerio de Salud, Chile. 25 agosto 2004, Artículo 40.

7 Artículo 2314, Código Civil, Chile.

dad por culpas no comprende un problema de causalidad al que alude el artículo 41, pues este precepto impide la responsabilidad no por el hecho de la ausencia de culpa, sino por falta de imputación objetiva o causalidad normativa a los prestadores de salud. La inevitabilidad o irresistibilidad del hecho de una enfermedad desconocida impide la responsabilidad de los prestadores de salud por cuanto ellos no son causa del daño cuya indemnización se reclama.

Tal como se ha indicado, el personal médico y en general los funcionarios y empleados de la salud se han visto sometidos a una enorme presión para responder frente a la pandemia. Lecaros y López han clamado por la limitación de la responsabilidad médica en este contexto de crisis⁸. Señalan que “Una cuestión muy relevante a discutir cuando la saturación del sistema sanitario debido a la pandemia puede llevar a los médicos y prestadores de salud a tomar decisiones difíciles como la priorización de pacientes ante la eventual falta de recursos de medicina crítica, camas de unidades de cuidados intensivos y ventiladores mecánicos”⁹.

En el centro de este dilema está la definición y contenido de la *lex artis* para la nueva enfermedad y ahora ya no tan nueva, sobre todo por la posible responsabilidad que podría afectar al personal médico. No es una preocupación local, sino que ya otros países han discutido y tratado el asunto, incluso a nivel legislativo. En Estados Unidos se ha privilegiado una cierta inmunidad para el personal de la salud, aunque con variadas técnicas. Debe tenerse en cuenta, además, que, en los momentos álgidos de la pandemia, que aún no pueden descartarse que sobrevendrán, se ha hecho un llamado a diversos médicos de distintas especialidades que, por cierto, podrían carecer de las competencias para la prestación de los servicios médicos que se les requiere. La ley Federal CARES

en EE. UU. bajo la figura del buen samaritano, inexistente en Chile, estableció una cierta inmunidad para el personal médico que trabajare durante la emergencia sanitaria del COVID-19. Como es evidente esta inmunidad no puede excusar casos de culpa grave o conductas dolosas, tales como llevar a cabo el acto médico en estado de ebriedad¹⁰. Ahora, esta protección, a diferencia de lo que plantean Lecaros y López carece de un ámbito de aplicación amplio, sino que sólo cubre a los prestadores de salud gratuitos denominados buen samaritano. No sólo queda fuera la negligencia grave, sino que también la medicina privada, lo que es destacado por Lecaros y López.

Como era de esperar, la responsabilidad médica en tiempos de COVID debe someterse al derecho común, lo que en materia médico-sanitaria es bastante oscuro ante las diversas fuentes normativas. Tal como he afirmado con anterioridad la responsabilidad de los médicos abarca diversas reglas dispersas en el sistema legal local, generando un mosaico de leyes, artículos, reglamentos y normas de diversa índole que atañen a las negligencias médicas¹¹. A pesar de la discusión sobre la centralidad del Código Civil en cuanto derecho común, no resulta discutible que el régimen previsto en el Código Civil en los artículos 2314 y siguientes es la regla supletoria para los accidentes en el ordenamiento jurídico chileno¹². Así opera, al menos, en la práctica, ya sea por la vía de aplicación directa de las reglas del título XXXV del libro IV del Código Civil o por extensión recurriendo a la teoría general de la responsabilidad civil elaborada por la doctrina y la jurisprudencia. Otro tanto ocurre con la denominada responsabilidad contrac-

⁸ Juan Alberto Lecaros y Gonzalo López. “Límites de la responsabilidad médica durante la pandemia del coronavirus”. *Revista Médica de Chile*, 148, n°8 (2020): 1221-1223.

⁹ Lecaros y López. “Límites de la responsabilidad médica”. 1221.

¹⁰ American Medical Association. “Liability protections for health care professionals during COVID 19”, En *Liability protections for health care professionals during COVID-19*, (8 abril 2020). Disponible en: <https://www.ama-assn.org/practice-management/sustainability/liability-protections-health-care-professionals-during-covid-19>.

¹¹ Carlos Pizarro Wilson “La responsabilidad civil médica ¿un régimen especial de responsabilidad?”, en *Estatutos especiales de responsabilidad civil*, directores Cristián Lepin y Nicolás Stitichkin, Santiago, Tirant lo Blanch, 2020, p. 7.

¹² Artículo 2314, Código Civil, Chile.

tual, que si bien es un régimen de origen doctrinal a partir de algunos preceptos del Código Civil¹³, en lo fundamental el título XII del libro IV, más la extraviada regla del artículo 1489 del mismo Código, constituye la regla supletoria para los problemas de incumplimiento contractual de cualquier índole, tales como contratos comerciales, administrativos, en materia laboral o incluso de consumo. Si en el Código Civil se recogen, ya sea en forma expresa o por construcción doctrinal, dos regímenes de responsabilidad que abarcan la responsabilidad que se puede derivar de un accidente médico que cause lesión al paciente o la muerte, originando responsabilidad contractual o extracontractual.

Pese a la variedad de regímenes, según nos encontremos en la medicina pública o privada, lo cierto es que los médicos responderán por culpa, la cual constituye una infracción a los parámetros que establece la *lex artis*, la cual se compone de los conocimientos científicos avanzados que indican cómo debe comportarse el médico en los actos que ejecuta respecto al paciente, lo que incluye el acto médico mismo más el deber de informar¹⁴. La noción de la *lex artis* conduce a la comprensión de la culpa médica. La culpa se elabora en base al viejo expediente de la *lex artis* médica. Al tiempo de establecer la culpa médica, la que debemos diferenciar del error, impotente para generar responsabilidad, lo relevante es construir lo que el médico debió ejecutar en las circunstancias en que se llevó a cabo el acto médico. Atrás queda, en una buena medida, la idea de culpa leve que debiera asignarse tanto en lo contractual y extracontractual ya sea por tratarse de un contrato bilateral o porque es la regla general, según dispone el artículo 44 del Código Civil y, en cambio, debe elaborarse un patrón de conducta abstracto, pero imbuido de los conocimientos técnicos

y avances de la medicina, es decir, que le son exigibles al médico, aunque actualizados a las circunstancias en que desempeña su oficio. Con todo, este modelo de culpa profesional aplicable al médico no dista del que corresponde a cualquier profesional, respecto de la cual la diligencia o la culpa debe necesariamente considerarse los aspectos propios de la profesión. La particularidad se da en el ámbito de la profesión liberal, la cual debe tomar en cuenta los conocimientos asociados a esa profesión en particular para llegar a establecer la conducta que debía ejecutar el profesional en las circunstancias en que desempeña el acto en cuestionamiento. Esto no quiere decir que dentro de la culpa profesional aplicable a los médicos no exista particularidad, pero en cuanto a la forma de proceder a elaborar el modelo abstracto de conducta exigible no se verifica, sino que procede en los mismos términos que cualquier otro profesional, recurriendo a lo que se estima es la *lex artis* en esa profesión en concreto. En el caso de los médicos habrá que considerar los avances avanzados en la medicina, los protocolos que corresponden e, incluso, la reglamentación del caso o acto médico específico. Es la profesión en particular lo que otorga la especificidad para la construcción del modelo la que debe adaptarse a la profesión en particular impregnando la *lex artis* exigible al profesional en las circunstancias concretas del acto médico. A esto cabe agregar leyes que han introducido conductas específicas que deben ejecutar los médicos en el desempeño de sus actos, tal como ocurrió con la Ley de Derechos y Deberes de los Pacientes N° 20.584. En esta normativa se estableció tanto para los prestadores individuales como institucionales el deber de información, según se contempla en los artículos 8 y siguientes. Además, el artículo 4 delega en el Ministerio de Salud la facultad de dictar protocolos de seguridad aplicables en los establecimientos de salud. A través de estos protocolos se indican conductas específicas que deben efectuarse en determinados actos médicos con el fin de evitar daños a los pacientes. Aquella norma especial impone en forma directa conductas exigibles a los médicos o por vía indirecta a través de la delegación al órgano administrativo, la exigencia que los médicos se comporten de una forma determina-

¹³ Philippe Rémy. "La «responsabilité contractuelle»: histoire d'un faux concept". En RTD civ., 1997: 323; Rémy, Philippe. "Critique du système français de responsabilité civile". En Droit et cultures, 1997: 31.

¹⁴ José Miguel Valdíviva. "La culpa médica en la responsabilidad de los hospitales públicos". Revista Médica de Chile, 146, n° 9 (2018): 1028-1032 <http://dx.doi.org/10.4067/s0034-98872018000901028>.

da, lo que incide en la diligencia que se les requiere en esos precisos actos médicos. Se genera así, en el ámbito extracontractual la posibilidad de configurar una culpa infraccional. Por lo mismo, el contrato médico se ha calificado como uno dirigido a propósito de la introducción de estos deberes u obligaciones que pesan sobre los médicos en cuanto prestadores individuales¹⁵.

En el ámbito de las negligencias médicas en que incurren los médicos privados o que ejercen la profesión en forma liberal, ya sea en sus consultas o clínicas privadas, su responsabilidad civil queda regida por alguno de los regímenes de responsabilidad del Código Civil, contractual o extracontractual. La particularidad en ese ámbito se verifica sólo a propósito de la culpa, no en cuanto elemento necesario para la indemnización de los perjuicios, sino en la forma en que se construye al introducirse el concepto de culpa profesional.

Todo este análisis, para nada novedoso y ya planteado en reiteradas oportunidades debe aplicarse a los pacientes COVID-19. Que el paciente esté afectado de COVID-19 no debería, en principio, provocar un análisis particular en cuanto a la responsabilidad que pueda generarse para los médicos o establecimientos donde se desarrollan los actos médicos paliativos del paciente. Sabemos y no hay misterio en eso que los médicos por regla general tienen obligaciones de medio, lo que se traduce en que deben llevar a cabo una conducta conforme con su *lex artis* sin un compromiso con el resultado de sanación, salvo hipótesis excepcionales, en que se predica una obligación de resultado, no sin debate.

De qué manera, la construcción de la responsabilidad médica respecto de pacientes de avanzada edad debería presentar ciertas particularidades que deberíamos destacar.

III. LO IDENTIFICARIO DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EN PACIENTES DE AVANZADA EDAD

Es indudable que las personas de avanzada edad han estado en situación de padecer de manera más intensa los embates del COVID-19. En Informe elaborado por la Cepal se indica que “Las personas mayores tendrían mayor riesgo de morir si son afectadas por el virus (véase el Gráfico 1). Según el Centro Chino para el Control y Prevención de Enfermedades, del total de casos que murieron en el país hasta el 11 de febrero de 2020, el 14,8% de las personas infectadas por COVID-19 tenía 80 años y más. En Italia, en un análisis que comprendió hasta el 4 de marzo de 2020, el Instituto Nacional de Salud detectó que el promedio de edad de las 105 personas fallecidas por el virus fue de 81 años”¹⁶. Esta constatación lleva a plantear que las personas de avanzada edad se encuentran en una situación de vulnerabilidad lo que justificaría un tratamiento particular, en lo que respecta a este trabajo, en los actos médicos que le pudieren ocasionar daños y perjuicios. Esto plantea un debate sobre el fundamento de la responsabilidad, al ser insuficiente la justicia correctiva, y si corresponde admitir criterios de justicia distributiva por tratarse de víctimas vulnerables o considerar la configuración de la culpa de manera diversa por ser víctimas más proclives al daño. Aunque la comprensión de la noción de vulnerabilidad no es para nada pacífica, aquella constituye una herramienta útil para ilustrar el problema de la responsabilidad en personas de avanzada edad. La sociedad contemporánea exhibe una creciente preocupación por los más vulnerables, ya sea por una condición intrínseca o por circunstancias que así lo determinen desde una perspectiva relacional. En la responsabi-

¹⁵ Carlos Pizarro Wilson. “El contrato médico. Calificación, contenido y responsabilidad”. *Revista Chilena de Derecho*, 41, n°3 (2014): 825-843.

¹⁶ Sandra Huenchuan. “COVID-19 Recomendaciones generales para la atención a personas mayores desde una perspectiva de derechos humanos”, (LC/MEX/TS.2020/6/Rev.1), Ciudad de México, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2020. Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/45316/4/S2000271_es.pdf.

dad civil¹⁷, por su parte, la existencia de potenciales víctimas más vulnerables a sufrir un daño por razones socioeconómicas o¹⁸, en nuestro caso, por tratarse de personas de avanzada edad¹⁹. Enfrentamos así un grupo de personas, aquellas de avanzada edad, más expuestas a consecuencias nocivas por contagiarse con la enfermedad del COVID-19 y, por cierto, con mayores resultados de muerte ¿por qué debiéramos darle a este grupo de personas un tratamiento particular a propósito de la responsabilidad civil?²⁰ De manera reciente el profesor Carlos Peña ha tratado en su ensayo sobre la Política de la Identidad el problema de las reivindicaciones de grupos que por alguna razón étnica, cultural, opciones de vida pretende que se le asignen determinadas condiciones que difieren con los demás miembros de la sociedad²¹. Esta posición es adversa a aquella que defiende el universalismo propio de la democracia liberal cuya impronta igualitaria se resquebrajaría frente al cúmulo de crecientes grupos que exigen esa consideración especial, lo que debería asegurarse tratándose de una etnia oprimida, pero con menos énfasis o sólo apelando a los derechos liberales cuando se trata de opciones de vida o cualidades adscritas. Pareciera que en este segundo grupo deberíamos situar a las personas de avanzada edad. Estas no por el sólo hecho de ser tales requirieran un estatus normativo privilegiado en términos colectivos, sino que debemos, a través de la deliberación visualizar qué derechos en particular corresponden garantizarles. Una perspectiva

¹⁷ Alberto Pino Emhart, "Entre reparación y distribución: la responsabilidad civil extracontractual como mecanismo de distribución de infortunios". RChDP [online]. 2013, n.21 [citado 2021-09-30], pp.89-135. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722013000200004>.

¹⁸ Nicolás Espejo Yaksic. "Introducción, persona, autonomía y capacidad", en *Discapacidad intelectual y derecho*, Santiago, Thomson Reuters, 2019.

¹⁹ B. Clough. "Disability and Vulnerability: Challenging the Capacity/Incapacity Binary". *Social Policy and Society*, 16, n.º3 (2017): 469-481. ISSN 1474-7464.

²⁰ Martine Esposito. "La vulnerabilité dans la responsabilité civile délictuelle". *Université Grenoble Alpes Faculté de Droit, France*, 2000.

²¹ Carlos Peña González. "La política de la identidad ¿el infierno son los otros?". Santiago, Taurus, 2021.

usual es delegar esta tarea en la administración, lo que ha tenido lugar a través de protocolos que intentan asegurar la debida protección de las personas de avanzada edad en residencias. Esta estrategia de prevención del contagio en adultos mayores se recoge en el acto administrativo "Estrategia de prevención y mitigación COVID-19"²². Algunos han manifestado las particularidades de la responsabilidad médica a propósito del COVID-19²³. Nada ahí comprende una situación particular de las personas de avanzada edad²⁴. Empero es posible construir una cierta particularidad dado que las personas de avanzada edad podrían presentar cierto decaimiento de sus capacidades, el cual no suele ser abrupto, sino que paulatino y esto influye de manera gravitante en el consentimiento informado que, como todo paciente, tiene el derecho a que se le prodigue. La infracción a este deber de informar particular, atendidas las características síquicas y físicas del paciente de avanzada edad deben, en todo caso, considerarse por el personal médico. Además, en ciertas ocasiones la vulnerabilidad se acrecienta al encontrarse aislados y sin visitas durante un tiempo prolongado lo que provoca una sensación y condición de abandono que el personal médico ignora y ni siquiera le importa, pese a que debido al estado en que se encuentran requirieran un trato especial. Como se sabe la culpa se construye no sólo echando mano a un patrón abstracto, en este caso, cómo debe comportarse un médico advertido de los conocimientos técnicos y científicos de la enfermedad COVID-19, sino que también considerando las circunstancias y entre estas las características del paciente. Al tratarse de una persona de avanzada edad es lógico pensar que habrá mayores riesgos en el tratamiento y la obligación de información se

²² SENAMA. "Protocolos COVID-19" 2020. Disponible en: <http://www.senama.gob.cl/protocolos-covid-19/>.

²³ Cristián Aedo Barrera y Renzo Munita Marambio. "Pandemia y culpa", En: *Idealex Press*, 2020. Disponible en: <https://idealex.press/aedo-munita-pandemia-y-culpa/>.

²⁴ Alberto Pino Emhart. "Responsabilidad civil y contagio del COVID-19", En: *Reos del derecho privado en un contexto de crisis*, Erika Isler y María Elisa Morales directoras, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

agudiza. Esto se explica en razón de la edad del paciente. En algunos momentos o en todos no estará en condiciones de entender lo que se informa, por lo que será relevante a quien corresponde informar y quien debe tomar las decisiones. A diferencia de otros sistemas legales esto no tiene un desarrollo en la legislación o en la normativa administrativa. Particular interés muestra el derecho francés en la regulación del consentimiento de personas de avanzada edad. En el caso que se trate de una persona que no se encuentre en condiciones de expresar su voluntad, no puede llevarse a cabo ninguna intervención o investigación, salvo en situación de urgencia o imposibilidad, sin que la persona de confianza prevista en el artículo 1111-6 del Código Sanitario o la familia, o en defecto, uno de sus cercanos haya sido consultado. Conforme este precepto, toda persona mayor puede designar una persona de confianza que puede ser un pariente o un próximo o el médico tratante, quien será consultado en caso de que ella misma esté imposibilitada de expresar su voluntad o recibir información necesaria para ese cometido. El testimonio de esta persona constituye la voluntad del paciente y pesa por sobre cualquier otra voluntad. En cuanto a las condiciones formales, debe otorgarse por escrito y consignada por la persona designada. Siempre puede revocarse y revisarse. También si el paciente lo desea la persona de confianza le acompaña en sus trámites y puede asistir a las consultas médicas para ayudar a la toma de decisiones. El médico a cargo debe asegurarse que el paciente se encuentra informado de la posibilidad de designar una persona de confianza y, si fuere pertinente, le sugerirá que proceda a dicha designación. Si la persona se encuentra sometida a una medida de protección jurídica con representación de la persona, el paciente puede designar una persona de confianza con la autorización del juez o del consejo de familia si se ha constituido. Si la persona de confianza fue designada con anterioridad a la tutela o protección, el consejo de familia o el juez pueden confirmar la designación de esta persona o revocarla. Si la persona se encuentra imposibilitada de expresar su voluntad, la limitación o paralización del tratamiento que pueda causar su muerte no puede realizarse sin haber respetado el pro-

cedimiento colegial que se regula en el artículo L. 1110-5-1²⁵ y las directivas anticipadas o, en defecto, sin que la persona de confianza o, en subsidio la familia o personas cercanas hayan sido consultadas. Debe quedar registrada la decisión motivada de limitación o paralización del tratamiento en el expediente médico. Por su parte, el consentimiento de la persona mayor que es objeto de una medida de protección jurídica con representación relativa a la persona debe ser obtenido si es apta para expresar su voluntad, y si es necesario con la asistencia de la persona encargada de su protección. Si no se cumple con esta condición, corresponde la decisión a la persona que detenta la representación teniendo en cuenta la opinión de la persona bajo protección. Salvo un caso de urgencia, en caso de desacuerdo entre el mayor protegido y la persona encargada de su protección, el juez autoriza a uno o el otro a tomar la decisión. Si el rechazo al tratamiento por la persona titular de la autoridad parental o por el tutor si el paciente es un menor o por la persona encargada de la medida de protección si se trata de un mayor objeto de medida de protección jurídica con representación arriesga consecuencias graves para la salud del menor o del mayor protegido el médico otorgará los cuidados indispensables. También es necesario considerar que una persona enferma en el marco de enseñanza clínica requiere su consentimiento. Y los estudiantes deben ser informados de la necesidad de respetar los derechos de los enfermos establecidos en la ley. A su turno, debe considerarse lo dispuesto en el artículo 4127-36 del Código de la Salud Pública. Se dispone que el consentimiento de la persona examinada debe ser obtenido en todos los casos. Cuando el enfermo en estado de expresar su voluntad rechaza las investigaciones o el tratamiento propuesto, el médico debe respetar este rechazo después de haber informado al paciente de las consecuencias. Si el paciente no puede expresar su voluntad, el médico no puede intervenir sin que la persona de confianza o en defecto la familia o alguno de sus cercanos haya sido prevenido e

²⁵ Article L1110-5-1 Code de la santé publique (4 février 2016). https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI0000031971164/

informado, salvo urgencia o imposibilidad. Esta misma regla reenvía en cuanto a los menores y personas mayores protegidas al artículo R. 4197-42²⁶ el que a su turno se remite al artículo L. 1111-5²⁷, ambos del Código Sanitario. En cuanto a la forma del consentimiento, éste debe ser expreso de la parte del paciente. Debe expresarse de manera manifiesta y clara y puede ser oral o escrito. Toda esta normativa establecida en el derecho francés es útil para confrontarla con aquello que aparece dispuesto en nuestro propio ordenamiento jurídico. Y acá el páramo es evidente, pues no existe una normativa especial dedicada al consentimiento informado de personas de avanzada edad. Esto es particularmente relevante en el ámbito del COVID-19, una enfermedad relativamente nueva en que los tratamientos han ido variando en forma considerable, todo lo cual debería informarse a las personas de avanzada edad, sin lo cual podría haber una hipótesis de responsabilidad civil. Más allá de la información, el acto médico en una persona de avanzada edad, ya informado, debe considerar las particularidades de la persona en cuanto a su estado clínico, lo que es evidente tratándose de personas de avanzada edad. Eso determina una *lex artis* particular de los médicos que atienden a personas de avanzada edad que padecen COVID-19, pues las patologías preexistentes pueden ser muy relevantes para el tratamiento y las chances de sobrevivencia.

IV. CONCLUSIONES

Las personas de avanzada edad tienen una condición adscrita que involucra una atención de salud distinta que considere las capacidades físicas y síquicas y respecto del COVID-19 los mayores riesgos de eventos adversos y consecuencias más graves para su

salud. Desde una perspectiva jurídica los actos médicos que comprenden tanto el deber de informar como el acto en sí mismo deben someterse a una diligencia que considere las particularidades de las personas de avanzada edad, no sólo en el acompañamiento, sino también respecto a una forma de llevar a cabo el cumplimiento del deber de informar que tome en cuenta dicha cualidad adscrita, lo que necesariamente puede involucrar a terceros cercanos al paciente mayor y así satisfacer dicho deber y, por otra parte, los mayores riesgos y condiciones especiales deben, como es usual en la construcción de la *lex artis*, comprender esos mayores riesgos y conductas que puedan evitar daños que derivan de un comportamiento desapegado de la diligencia exigible.

BIBLIOGRAFÍA

- Aedo Barrena, Cristián y Renzo Munita Marambio. "Pandemia y culpa", en: *Idealex Press*, 2020. Disponible en: <https://idealex.press/aedo-munita-pandemia-y-culpa/>
- Artículo L1111-5 - Code de la santé publique (28 janvier 2016). Disponible en: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000031927576
- Artículo L1110-5-1. Code de la santé publique (4 février 2016). Disponible en: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000031971164/
- Artículo R4197-42. Code de la santé publique (31 mai 2021). Disponible en: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000043588175
- Artículo 2314 "el daño moral y nuestra legislación". Código civil, Chile. American Medical Association. "Liability protections for health care professionals during COVID 19", en. *Liability protections for health care professionals during COVID-19* (8 April 2020). Disponible en: <https://www.ama-assn.org/practice-management/sustainability/habitability-protections-health-care-professionals-during-covid-19>.
- Cárdenas, Hugo y Manuel Pérez. "COVID 19 y responsabilidad civil médica: desafíos de una enfermedad desconocida que devino en pandemia". *Acta Bioethica*, 26, n° 2, (2020):155-164. <http://dx.doi.org/10.4067/S1726-569X2020000200155>.

²⁶ Article R4197-42. Code de la santé publique (31 mai 2021). Disponible en:

https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000043588175

²⁷ Article L1111-5 - Code de la santé publique (28 janvier 2016). Disponible en: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000031927576

- Clough, B. "Disability and Vulnerability: Challenging the Capacity/Incapacity Binary. *Social Policy and Society*, 16, n° 3 (2017): 469-481. ISSN 1474-7464
- Cohet-Cordey, Frederique. "Vulnerabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité". Presses Universitaires de Grenoble (PUG), 2001.
- Espejo Yaksic, Nicolás. "Introducción, persona, autonomía y capacidad", en *Discapacidad intelectual y derecho*, Santiago, Thomson Reuters, 2019.
- Exposito, Martine. "La vulnérabilité dans la responsabilité civile délictuelle". Université Grenoble Alpes Faculté de Droit, France, 2000.
- Fineman, Martha Albertson, *The Vulnerable Subject and the Responsive State*. Emory Law Journal, 60, Emory Public Law Research Paper N° 10-130, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1694740>
- Huenchuan, Sandra. "COVID-19 Recomendaciones generales para la atención a personas mayores desde una perspectiva de derechos humanos", (LC/MEX/TS.2020/6/Rev.1), Ciudad de México, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2020. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/45316/4/S2000271_es.pdf
- Lecaros, Juan Alberto y Gonzalo López (2020) "Límites de la responsabilidad médica durante la pandemia del coronavirus". *Revista Médica de Chile*, 148, n° 8 (2020): 1221-1223
- Ley 19.966. "Establece un régimen de garantías en salud". Ministerio de Salud, Chile. 25 agosto 2004, Artículo 40.
- Peña González, Carlos. "La política de la identidad ¿el infierno son los otros?". Santiago, Taurus, 2021.
- Pino Emhart, Alberto. "Entre reparación y distribución: la responsabilidad civil extracontractual como mecanismo de distribución de infortunios". RChDP [online]. 2013, n.21 [citado 2021-09-30], pp.89-135. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722013000200004>
- Pino Emhart, Alberto. "Los supuestos de restitución de ganancias ilícitas en el derecho privado chileno". *Revista Chilena De Derecho*, 46, n° 2 (2020): 373-398. <https://doi.org/10.4067/S0718-34372019000200373>
- Pino Emhart, Alberto. "Responsabilidad civil y contagio del COVID-19", en *Retos del derecho privado en un contexto de crisis*, Erika Isler y María Elisa Morales directoras, Tirant lo blanch, Valencia, 2021.
- Pizarro Wilson, Carlos. "El contrato médico. Calificación, contenido y responsabilidad". *Revista Chilena de Derecho*, 41, n° 3 (2014): 825-843.
- Pizarro Wilson, Carlos. "La responsabilidad civil médica ¿un régimen especial de responsabilidad?", en *Estatutos especiales de responsabilidad civil*, directores Cristián Lepin y Nicolás Stitckin, Santiago, Tirant lo Blanch, 2020.

- Rémy, Philippe. "La «responsabilité contractuelle»: histoire d' un faux concept". En *RTD civ*, p. 323; Rémy, Philippe (1996). "Critique du système français de responsabilité civile". En *Droit et cultures*, 1997: 31.
- Tapia, Mauricio. "¿El COVID-19 es un caso fortuito?". *Columnas de opinión* (20 abril 2020). Disponible en: <http://www.derecho.uchile.cl/comunicaciones/columnas-de-opinion/el-covid-19-es-un-caso-fortuito-mauricio-tapia>.
- SENAMA. "Protocolos COVID-19" 2020. <http://www.senama.gob.cl/protocolos-covid-19>
- Valdivia, José Miguel. "La culpa médica en la responsabilidad de los hospitales públicos". *Revista Médica de Chile*, 146, n° 9 (2018):1028-1032 <http://dx.doi.org/10.4067/s0034-98872018000901028>.