

LA PERSONA HUMANA, SUS DERECHOS PERSONALÍSIMOS Y LA EMERGENCIA SANITARIA COVID-19

Noemí Lidia NICOLAU¹

Resumen

En este trabajo se aborda la protección jurídica de la persona humana en el marco de la emergencia sanitaria decretada por el gobierno nacional como consecuencia de la llegada al país de la pandemia ocasionada por el virus de COVID-19.

A fin de facilitar una mejor comprensión del problema se incluyen algunas reflexiones acerca del concepto jurídico de persona, de la dignidad y otros derechos personalísimos y en relación al derecho en las emergencias.

1. La persona humana y su dignidad

a. La persona humana es el principal objeto del mundo jurídico y, sobre todo, del Derecho civil. Se ha dicho con palabras muy elocuentes que: *“Tal vez la humanidad sea el punto culminante de la pregunta y la respuesta cósmica. El máximo lugar problemático del universo. La humanidad es una especie viva especialmente problemática y problematizadora ... Posee descollante importancia la asunción jurídica del lugar de la humanidad en la vida, sobre todo en su propia vida, en este caso en la perspectiva genética y en el cosmos².”*

Desde el punto de vista jurídico la “persona” se conceptualiza como *“ente susceptible de adquirir derechos, o contraer obligaciones”* (art. 30 CC derogado). Explicado de otro modo, puede decirse que es quien tiene aptitud de ser portador activo o pasivo de la relación jurídica o bien quién es capaz de ser titular de derechos y deberes, es decir, quién tiene personalidad en sentido jurídico.

Persona es una categoría jurídica que, como tantas otras,

¹ Investigadora Superior de la Carrera del Investigador CConsejo de investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario (CIUNR). Facultad de Derecho de la UNR.

² CIURO CALDANI, MIGUEL ANGEL, El derecho, la vida humana, la genérica y el cosmos, Fder.UNR., Rosario, 2019, pág.23.

constituye una abstracción (persona, derecho individual, derechos de incidencia colectiva, cosas). Esas categorías y taxonomías jurídicas son construcciones de juristas y legisladores que pueden y, quizás, deben ser repensadas. No debe caerse en la *“tentación de creer que nuestro modo de pensar, nuestros deseos, nuestras clasificaciones y nuestras nomenclaturas responden necesariamente a una realidad trascendente, excluyente y permanente”*³.

Precisamente, en torno a la noción de persona algunas doctrinas pretenden abandonar la clásica bipolaridad persona/cosa e incluir en la noción de persona a entes, como ser los animales o la naturaleza, lo cual plantea serios reparos. Se trata de forzar la noción de persona⁴ para otorgar derechos a los “animales no humanos” denominación que implica, como no podría ser de otro modo, el reconocimiento de que en la naturaleza hay tres reinos y que, en el reino animal se incluyen los animales humanos, que desde el punto de vista jurídico serían las personas humanas y los animales no humanos, es decir, el resto de los animales⁵.

Las teorías animalistas hacen ingentes esfuerzos por lograr el reconocimiento de los derechos de los animales para lo cual personalizan al animal⁶, fuerzan la noción de persona que en el derecho argentino alude a un ente que tiene aptitud para ser titular de derechos, pero también, aptitud para contraer obligaciones. Se confunde la noción de persona porque el sistema jurídico no puede admitir que sea sujeto activo o pasivo de una relación jurídica un animal, aunque se trate de demostrar que tiene capacidad intelectual para comprender el acto que realiza igual o mayor que la de algunas personas humanas. Los animales no gozan de los atributos de la persona, no tienen identidad, tampoco patrimonio y ni siquiera domicilio.

³ GUIBOURG, RICARDO A., Personas, simios y otras abstracciones, LA LEY2014-F, 1251.

⁴ NICOLAU, NOEMÍ L., La persona, una categoría jurídica claudicante. La persona humana y su debilidad jurídica, en Libro Homenaje al Dr. Luis Leiva Fernández, en prensa; SAUX, EDGARDO I., Personificación de los animales. Debate necesario sobre el alcance de categorías jurídicas, LA LEY2016-B, 1020 - DFyP 2016 (mayo), 09/05/2016, 141.

⁵ TRIGUEAD, J. M., “Sur la distinction civiliste des personnes et des choses. Vers la reconnaissance d’un fondement reel”, en *Liber Amicorum*, en homenaje al Prof. Dr. Luis Moissset de Espanés, Advocatus, Córdoba, 2010, t. I, p. 143; KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, La categoría jurídica “sujeto/objeto” y su insuficiencia respecto de los animales. Especial referencia a los animales usados en laboratorios, Anuario de la Facultad de Derecho, ISSN 0213-988-X, vol. XXVII, 2009, 311-327.

⁶ SINGER, PETER, Liberación animal, trad. de Paula Casal, Valladolid, 1999; MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO, Los animales y el derecho, Madrid, ed. Civitas, 1999, págs. 15 y ss.; MUÑIZ, CARLOS M., Los animales ante la ley. De objetos y sujetos, LL 2016-A-547; ROSA, MARÍA E., El reconocimiento de los animales como sujetos de derecho. El caso del Habeas Corpus de Sandra la orangutana, RDamb. 41, 164.

En el camino a desnaturalizar la noción de persona se vislumbra, inclusive, una tendencia en ciernes que se inclina a otorgar personalidad jurídica a la “persona electrónica”, denominación empleada por el Parlamento Europeo en un documento de 2017⁷. En un futuro próximo habrá que considerar, también, a los denominados seres poshumanos, transformados, atravesados por la nanotecnología, la cibernética, la cuántica⁸.

En este contexto es posible considerar una categorización diferente, que por supuesto, no se adecua a las categorías legales del derecho positivo argentino. En abstracto y, desde una consideración dogmática, el género podría ser “persona”, ente que tienen aptitud para ser titular de derechos (incluiría a los animales). En el género habría que diferenciar tres especies: persona, como sujeto con aptitud para ser titular de derechos; persona humana y persona jurídica, entes que además de tener aptitud para ser titulares de derechos, pueden contraer obligaciones.

b. A fin de comprender a cabalidad el respeto que en el Derecho civil de este siglo se brinda a la persona humana debe tenerse presente la evolución que se dio en esta rama jurídica respecto al lugar que en la sociedad se le debe atribuir.

Durante mucho tiempo la noción de persona se construyó desde una mirada individualista en exceso que se apoyó en una formalidad normativa, según la cual todas las personas son libres e iguales ante la ley y, como tal, deben ser tratadas igualmente, sin consideración de la realidad social existente. El positivismo jurídico constituyó el fundamento esencial de esa concepción que mantuvo una mirada unidimensional sobre una cuestión tan vasta y compleja como es el rol de la persona en el seno de la sociedad.

Sin embargo, de manera muy lenta y progresiva fue admitiéndose que en la dimensión sociológica se evidencia la existencia de fuertes y débiles en todas las relaciones jurídicas, desequilibrio que debe ser paliado por el ordenamiento normativo. Fueron surgiendo corrientes filosóficas que contribuyeron a modificar la mirada positivista y que, desde un verdadero personalismo trataron de

⁷ Resolución del 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL)). Recomienda “*crear a largo plazo una personalidad jurídica específica para los robots, de forma que como mínimo los robots autónomos más complejos puedan ser considerados personas electrónicas responsables de reparar los daños que puedan causar, y posiblemente aplicar la personalidad electrónica a aquellos supuestos en los que los robots tomen decisiones autónomas inteligentes o interactúen con terceros de forma independiente*”.

⁸ BARRETO VARGAS, CARMEN, “Transgresiones corporales, rituales de belleza y seres poshumanos, Revista Atlántida, 3; diciembre 2011, pp. 17-34; CÓRDOBA GUARDADO, SOLEDAD, La representación del cuerpo futuro, tesis doctoral Departamento de Pintura, Facultad de Bellas Artes, Universidad Complutense de Madrid 2006.

rescatar a la persona no sólo como ser individual sino, sobre todo, como sujeto social y comunitario, como ser social⁹. En ese camino hoy la civilística va trabajando en una línea que concibe la persona humana en relación con los otros, con “otros” seres vivientes, es decir con otras personas, con los animales e, inclusive, con la naturaleza¹⁰.

Esa concepción de la persona humana es la que viene propiciando la jerarquización de los derechos personalísimos, entre los cuales se destaca el derecho a la dignidad personal.

c. La máxima garantía que todo Estado debe ofrecer a cualquier persona humana es el respeto a su dignidad. El mundo globalizado así lo percibe y lo plasma en sus documentos internacionales.

La Declaración Universal de los Derechos humanos en un momento crucial de la historia de Occidente proclamó en su artículo 1: *“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”*. Agregó en el artículo 22 que deben satisfacerse a toda persona los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad. En el artículo 23 exige para toda persona una remuneración del trabajo que le asegure al trabajador una existencia conforme a la dignidad humana.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos formaliza el respeto a la dignidad humana en el Artículo 5 inc. 2., en el artículo 6 inc. 2, y en especial en el artículo 11: *“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad...”*. Asimismo, la Convención sobre los Derechos del niño exige a los Estados garantizar su dignidad en los artículos 23, 28, 37 y 39.

En Argentina, además de la vigencia de esos tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional, la Constitución nacional incluye en su artículo 7: *“El Estado reconoce a la persona humana su eminente dignidad y todos los órganos del poder público están obligados a respetarla y protegerla...”*, y en el artículo 15 propicia la iniciativa económica de los individuos: *“Sin*

⁹ MOUNIER, EMMANUEL, Manifiesto al servicio del personalismo, Taurus, Madrid, 1972. Acerca del personalismo de Mounier p.v. RANDALL CARRERA UMAÑA, Presupuestos antropológicos del personalismo comunitario de Emmanuel Mounier, Rev. Humanitas, 2014, 11 (11): pp. 149-162; SECO MARTÍNEZ, JOSÉ MARÍA, El derecho como dogma en la forma ético-político liberal. Otra lectura desde el realismo crítico de E. Mounier: la persona como fundamento ético de los derechos, Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, Número 38 (2018), CEFD.38.12692.

¹⁰ LORENZO, MIGUEL FEDERICO, Repensar al "otro": reflexiones sobre el derecho civil, SJA 17/04/2019, 17/04/2019, 3 - RCyS2019-VI, 3.

embargo, no puede desarrollarse en pugna con la utilidad social o con mengua de la seguridad, libertad o dignidad humana...”.

Existiendo en el ordenamiento normativo argentino estas garantías constitucionales parecería superfluo que una norma infraconstitucional exija también el respeto a la dignidad humana. No obstante, se enfatiza ese mismo derecho fundamental en el artículo 51 del Código civil y comercial de reciente vigencia: *“Inviolabilidad de la persona humana. La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad”*. Inclusive puede verse una reafirmación de ese principio en la legislación de emergencia, que más adelante se analizará (art. 21 decreto 60/2020 PE).

A pesar de la vehemencia de las citadas normas de la más alta jerarquía se observa en la realidad social del mundo al cual van dirigidas un doloroso menosprecio por la dignidad de la persona. Basta observar a las víctimas de las diferentes formas de violencia, de la pobreza, de las guerras civiles.

La doctrina se pregunta si el principio de dignidad de la persona es inútil o fundante. Para algunos, en la sociedad las relaciones humanas se fundan en la autonomía de la persona, que hace a la libertad. Para otros, las relaciones humanas tienen como fundamento sustancial la dignidad de la persona, porque no es posible la autonomía ni la libertad de la persona sin el reconocimiento de su dignidad. Según la CN y los Tratados internacionales parece necesario reconocer el carácter ontológico de la dignidad humana¹¹.

La afectación a la dignidad humana, por lo general, es una consecuencia de la situación de vulnerabilidad económica de la persona, aunque también puede derivar de su debilidad en la salud.

d. En efecto, la persona humana padece las más variadas manifestaciones de su vulnerabilidad, entre ellas la que tiene particular interés en este trabajo es la debilidad derivada de la enfermedad que afecta su salud y, con frecuencia, es una ocasión

¹¹ TOBÍAS, JOSÉ WW., La dignitas: principio y valor constitucional. Fundamento de los derechos personalísimos. Límite a la disponibilidad de los derechos personalísimos, Instituto de Derecho Civil, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, La Ley, setiembre 2018, pág. 77; APARISI MIRALLES, ANGELA, El principio de la dignidad humana como fundamento de un bioderecho global, Cuadernos de Bioética XXIV 2013/2ª, 201; CONSOLO, MAXIMILIANO, El uso del término “dignidad” en el Debate parlamentario de la Cámara de Senadores para la Reforma, actualización y unificación de los Códigos civil y comercial de la Nación. Tras una búsqueda del sustrato filosófico del artículo 51, Los derechos de la persona en el nuevo Código civil y comercial. Aproximación a algunos aspectos novedosos, La Ley, Bs.As., 2017, pág. 15.

para que se vea afectada su dignidad, pues es evidente que la “buena salud”, por sí misma, potencia la dignidad de la persona, ya que le permite gozar en plenitud sus potencialidades y superar en gran medida otras vulnerabilidades que puedan afectarla.

Como es sabido, la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y determina en gran medida la calidad de vida de la persona. Es una cuestión que atañe a las personas individualmente consideradas, pero también es un problema de la sociedad. Es una cuestión médica, política y jurídica que interesa como problema individual de la persona, sujeto de la relación médico paciente, y, como problema social, objeto de estudio de las políticas públicas y del denominado Derecho sanitario.

Desde la perspectiva de los derechos individuales de la persona como paciente, la enfermedad produce un impacto notorio porque la torna más débil desde lo físico y psicológico, deteriora su autonomía, crea nuevas necesidades, la coloca en un contexto social diferente en medio de los profesionales e instituciones de la salud, en ocasiones dificulta el desarrollo de sus actividades habituales.

Esa vulnerabilidad personal del paciente se traduce en una debilidad jurídica que el sistema de Derecho privado debe considerar y tratar de paliar con principios y normas eficaces, desafío que en las últimas décadas ha sido asumido en el derecho argentino. Así lo demuestran el gran desarrollo que ha tenido el estudio y regulación de los derechos personalísimos del sector físico.

No obstante los esfuerzos que se hayan realizado para la protección de los derechos del paciente, se advierte que frente a una pandemia la afectación de la salud individual y colectiva constituye un grave problema que deben asumir los Estados y, en consecuencia, es también un gran desafío para la juridicidad del país. Las emergencias y urgencias propias de una situación crítica como una pandemia pueden poner en peligro los derechos personalísimos de los ciudadanos, cuestión que debe alertar a los civilistas, cuyo principal objeto de estudio es la persona humana.

2. Los Derechos personalísimos

a. Parece oportuno incluir algunas referencias a la estructura de los derechos personalísimos para ayudar a comprender el impacto que causa en la persona el modelo de juridicidad que se emplee en las emergencias sanitarias.

Los derechos personalísimos han sido definidos como *"derechos subjetivos privados, innatos y vitalicios que tienen por objeto manifestaciones interiores de la persona y que, por ser inherentes, extrapatrimoniales y necesarios, no pueden transmitirse ni disponerse en forma absoluta y radical"*¹². La definición enumera los caracteres de estos derechos individuales, entre los cuales interesa destacar la renunciabilidad. Es posible renunciar en forma temporal a esos derechos, pero la renuncia no se presume y es de interpretación restrictiva (art. 55 CCC). Por ejemplo, un paciente renuncia al derecho a su integridad corporal y al derecho a la intimidad cuando permite al médico, mediante el denominado consentimiento informado, intervenir quirúrgicamente su cuerpo.

Los derechos personalísimos han sido agrupados en tres grandes sectores. Un primer sector en el que están los derechos relativos a la integridad física, que incluyen el derecho a la vida y la salud, derecho de la persona sobre su cuerpo, derecho sobre las partes renovables. Otro sector que corresponde a los derechos vinculados a la integridad espiritual, en el que se encuentran el derecho a la intimidad, el derecho a la imagen, el derecho a la identidad, el derecho al secreto, el derecho al honor y un último sector en el que se ubica el Derecho a la libertad.

En el ordenamiento normativo argentino se ocupa de los derechos personalísimos e incluye principios éticos en numerosas normas legales, tales como los artículos 51 a 61 del Código civil y comercial, la ley de Derechos del paciente N° 26529, la ley 27491 de vacunación obligatoria, la Ley 25326 de Protección de datos personales.

b. A fin de analizar la protección de estos derechos en la emergencia sanitaria conviene detenerse en las relaciones jurídicas que se traban entre la persona, por lo general, un paciente, con el Estado, los servicios de salud y el médico. La reflexión en esa materia se plantea desde la concepción de un modelo de medicina de beneficencia o de un modelo de autonomía, porque la sociedad y los médicos dan prevalencia a un modelo o a otro según su propia formación y sus valores.

Es conocida la diferencia sustancial entre el modelo de beneficencia y el modelo de autonomía. El primero de ellos, conocido también como modelo de autoridad, según el cual el médico posee los saberes para resolver de la manera más adecuada las dificultades de sus pacientes y debe proceder en consecuencia. Es un modelo que deriva en gran medida del juramento hipocrático de la medicina clásica. El modelo de medicina de autonomía, imperante en la actualidad, considera que

¹² CIFUENTES, SANTOS, Derechos personalísimos, 2ª edic., p. 200, Astrea, Bs.As., 1995, pág. 199.

es el paciente quien debe resolver acerca de sus problemas de salud, sin interferencia de terceros, pero después de haber sido cuidadosamente informado.

El proceso evolutivo de estos modelos que culmina con la consolidación del modelo de autonomía queda plasmado en los principios bioéticos internacionales y en las normas legales de numerosos países, entre ellas las normas arriba mencionadas.

El derecho de la persona a disponer de su propio cuerpo una vez que ha sido informada se formaliza en el denominado “consentimiento informado”, regulado ahora en el derecho argentino en el artículo 59 del CCC., que define este acto jurídico como *“la declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada, respecto a: ...”*. Este consentimiento no se presume, es de interpretación restrictiva, y libremente revocable (art. 55 CCC)¹³.

El respeto a ultranza de la voluntad de la persona es el principio general en esta materia y así lo destaca el artículo citado *“Nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento libre e informado”*, dejando a salvo que el principio cede frente a una *“disposición legal en contrario”*. Surge entonces la tensión entre autonomía y autoridad. Es que cuando la autoridad dicta una norma legal imperativa, que prevalecerá sobre la autonomía del paciente, tensiona el interés individual y el interés colectivo.

El referido artículo 55 se complementa con el artículo 9 de la ley 26529 que establece los supuestos en los que se excepciona el requerimiento de consentimiento informado. *“El profesional de la salud quedará eximido de requerir el consentimiento informado en los siguientes casos: a) Cuando mediare grave peligro para la salud pública; b) Cuando mediare una situación de emergencia, con grave peligro para la salud o vida del paciente, y no pudiera dar el consentimiento por sí o a través de sus representantes legales”*.

De modo que queda expresamente previsto en el régimen legal argentino que, por el principio de autoridad, puede procederse sin el consentimiento del paciente frente a una situación de grave peligro para la salud pública. Se hace prevalecer el interés colectivo dado que en estado de necesidad es admisible causar un daño para evitar otro mayor, en este caso, prescindir del

¹³ Acerca de la naturaleza jurídica p.v. NICOLAU, NOEMI L., El acto jurídico personalísimo, instrumento para la dinamización de los derechos personalísimos, Instituto de Derecho Civil, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, La Ley, setiembre 2018, pag. 19 y ss.

consentimiento de la persona para evitar que se concrete la afectación de la salud pública por el peligro grave. Este es el fundamento de la obligatoriedad de la vacunación respecto de determinadas enfermedades y, en la actualidad, frente al grave peligro de la pandemia el fundamento de todas las restricciones que se han impuesto por larguísimo tiempo, como se verá más adelante.

Dada la enorme dificultad que implica en la emergencia avanzar sobre derechos de la persona, intromisión que por sí misma afecta la dignidad personal, el Estado debe ejercer las facultades que tiene al respecto con extremo cuidado, en un equilibrio constante. La totalidad de las personas que habiten en lugares declarados en “cuarentena” por disposición del Estado renuncian, parcial y momentáneamente, a ejercer su autonomía respecto a su salud y su privacidad, lo cual se justifica siempre que sea en beneficio del interés colectivo, pues, en caso contrario, es un avasallamiento dañoso.

En ese sentido es significativo el caso resuelto por un tribunal federal a principios de mayo 2020, en plena cuarentena decretada por la pandemia Covid 19. Se trata de las acciones que debió promover una anciana contra el Pami solicitando se le ordene al Instituto no proceder a su internación compulsiva. Sucedió que la misma anciana había promovido, con anterioridad a la pandemia, un amparo contra el Pami a fin de que se le brindara internación y éste fue condenado a hacerlo y pretendía cumplir. Ante la nueva realidad la anciana se negó a ser internada, alegó que sus parientes por las normas de ASPO (Aislamiento social preventivo obligatorio) no podrían visitarla y probó que estaba asistida. La Cámara hizo lugar a lo solicitado por la anciana y dijo que *“No debe olvidarse que el art. 2, inc. a) de la ley 26.529 prevé que “el paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de voluntad”, de manera tal que también incide la voluntad del paciente en el marco circunstancial de la actual pandemia Covid 19”*¹⁴.

c. Otra cuestión que interesa en este momento es lo relativo al consentimiento del paciente para su inclusión en un protocolo de investigación clínica.

La investigación clínica en una de sus últimas fases exige la aplicación de la experiencia en personas humanas. A ese fin puede convocarse a pacientes para experimentar respecto de la misma

¹⁴ CNFedCivCom.SalaDeFeria, 05/05/2020, R. E. c. Instituto Nac de Serv. Soc. para Jubilados y Pensionados s/ Amparo de salud, AR/JUR/15038/2020

dolencia que los aqueja, en cuyo caso la persona puede obtener el beneficio de la mejora o cura de su enfermedad a la vez que contribuye a la investigación, o bien, puede también convocarse a personas sanas cuando lo requiera la investigación. Por ejemplo, con motivo de la investigación para la cura o la vacuna del Covid 19 algunos equipos de investigación trabajan con la hipótesis de que las personas recuperadas de la enfermedad poseen en el plasma de su sangre anticuerpos que podrían beneficiar a quienes están cursando la enfermedad. Como no se ha demostrado hasta la actualidad en forma fehaciente la seguridad y la eficacia de este tratamiento el Ministerio de Salud de la Nación comenzó un Ensayo Clínico Nacional para evaluar los riesgos y beneficios de este tratamiento iniciando en la Región Metropolitana. Se convoca a los pacientes recuperados de COVID-19 para que procedan a la dación de su plasma y a los contagiados se les suministra el plasma según las indicaciones de los médicos especialistas. Tanto los donadores del plasma como los beneficiarios participan de un ensayo clínico y, en ambos casos, es importante que se les informe que no se les está proporcionando ningún remedio sino un tratamiento experimental, y se les asegure su completa autonomía antes de brindar su consentimiento para la inclusión en el proyecto.

Suele acontecer que en el fragor de la investigación los equipos avasallan de alguna manera a la persona, retaceando información o desvirtuando algunos datos. Por tal razón el artículo 59 del CCC exige que se obtenga el “consentimiento del paciente, previo informarle *a. su estado de salud; b. el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c. los beneficios esperados del procedimiento; d. los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e. la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f. las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados; g. en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, el derecho a rechazar procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación a las perspectivas de mejoría, o produzcan sufrimiento desmesurado, o tengan por único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable; h. el derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento. ...*”.

Los Comités de bioética de investigación son quienes deben ocuparse con rigor de verificar la procedencia ética de los protocolos de investigación. El objetivo principal es asegurar la

protección de las personas, de la sociedad y a veces de la propia naturaleza y de los animales.

Los comités son multidisciplinarios y tienen facultades para la revisión ética de los protocolos que constan en reglamentos que, por lo general, reproducen los principios éticos internacionales que rigen esas prácticas. Su labor debe ser emprendida con honestidad y esmero y, en muchas ocasiones, se extiende por plazos considerables debido a la complejidad de los planteos éticos, en ocasiones dilemas difíciles de resolver, que además obligan a efectuar reiteradas consultas a evaluadores externos especializados. Los dictámenes de un comité de bioética deben ser decisiones adoptadas sin prisa ni presiones, por lo que no parece aconsejable, en principio, imprimir trámite urgente a la revisión de los protocolos, como se verá más adelante.

d. La conflictiva relación de los ciudadanos con el Estado en el marco de las restricciones dispuestas por las emergencias sanitarias puede también afectar el derecho a la integridad espiritual, tanto por invadir la privacidad de las personas como por violentar el derecho al secreto.

Se ha dicho que el derecho a la intimidad es el derecho personalísimo que permite sustraer a la persona de la publicidad o de otras turbaciones a la vida privada, el cual está limitado por las necesidades sociales y los intereses públicos¹⁵. Son numerosos los medios actuales que pueden emplearse para inmiscuirse en la vida privada de las personas, pues la tecnología ha superado todos los obstáculos que otrora podían encontrarse para penetrar en ese ámbito tan personal. Están disponibles las redes sociales, las video cámaras, los drones, algunas aplicaciones de inteligencia artificial, entre otros¹⁶.

Uno de los tantos modos de inmiscuirse en la privacidad de gran cantidad de personas es la obtención y procesamiento de datos personales obtenidos de manera un tanto subrepticia, que en su conjunto permiten trazar perfiles personales y que, por lo general, terminan incluidos en bases de datos que se comercializan y circulan a gran velocidad sin límites espaciales.

El rápido desarrollo de estas tecnologías de recolección de datos condujo a la mayoría de los países al dictado de normas regulatorias. El derecho argentino cuenta desde hace años con la ley de protección de datos personales N° 25.326 que reconoce

¹⁵ CIFUENTES, SANTOS, op. cit. pág. 543.

¹⁶ P.V. acerca de la protección constitucional de la privacidad ROSATTI, HORACIO, El Código civil y comercial desde el Derecho constitucional, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, pág.202 y sig.

derechos y mecanismos procesales para su tutela e incluye normas muy claras acerca de los denominados “datos sensibles”. Según el art. 2º, son *“Datos personales que revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual”*. Es evidente que la recolección de datos sensibles permite construir un perfil de la persona que se entromete en sus más profundas convicciones y elecciones.

Como se verá más adelante, en relación con la normativa de la emergencia sanitaria 2020 interesa subrayar el artículo 7 de la referida ley 25326: *“1. Ninguna persona puede ser obligada a proporcionar datos sensibles. 2. Los datos sensibles sólo pueden ser recolectados y objeto de tratamiento cuando medien razones de interés general autorizadas por ley. También podrán ser tratados con finalidades estadísticas o científicas cuando no puedan ser identificados sus titulares. 3. Queda prohibida la formación de archivos, bancos o registros que almacenen información que directa o indirectamente revele datos sensibles. Esta última prohibición tiene excepciones previstas en el artículo 8. El meollo del problema radica en las aplicaciones sanitarias de inteligencia artificial que se tratan de emplear para el control de la circulación del virus, como se verá.*

3. El Derecho de la emergencia o el derecho en emergencia

Para comprender desde el punto de vista jurídico la emergencia sanitaria declarada en Argentina y las acciones que se toman respecto a los derechos y garantías de la población en ese contexto es imprescindible repasar los problemas que plantea una declaración de emergencia pública, cualquiera sea el ámbito en la que se declare. Esas dificultades ponen en crisis la propia juridicidad, podría decirse que el “derecho de la emergencia” coloca también al “derecho en emergencia”.

La experiencia argentina en esta materia es vastísima. Para comprobarlo es suficiente recordar que rigió por varias décadas la “emergencia locativa” y con inusitada frecuencia se declaran “emergencias económicas” en alguna provincia. El recuerdo más reciente y crítico ha sido la emergencia “pública, en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria” declarada por la ley N° 25.561 en el año 2002¹⁷.

Cualquier emergencia, ya sea total o de algún sector particular, supone una crisis que directa o indirectamente afecta a la sociedad

¹⁷ Un detalle de las numerosas declaraciones de emergencia argentinas, p.v. en NICOLAU, NOEMÍ L., Las obligaciones de derecho privado no vinculadas al sistema financiero, en el nuevo régimen de emergencia pública, LA LEY 2002-C, 1044; Sup. Esp. Dep. Banc. y Restric. 2002 (abril) 45; DJ 2002-2, 649.

en su conjunto, aun cuando puede suceder que el sector declarado en emergencia esté delimitado. Se pone en crisis a la sociedad, al propio Estado, a la política, a la economía y a las personas.

En materia jurídica las situaciones de emergencia dan origen al denominado Derecho de emergencia, en cuyo contenido se encuentran regulaciones de derecho de fondo y de derecho procesal.

Muy cercana a la noción de emergencia está la noción de necesidad. Se entiende el derecho de necesidad como género y la emergencia económica, como especie¹⁸, lo cual permite considerar a la declaración de emergencia como un acto necesitado. Según esa taxonomía la emergencia sanitaria constituye una especie de necesidad que, por sus características, puede ser calificada como transitoria.

Ese Derecho de necesidad se expresa en el Derecho privado como “estado de necesidad” que tiene caracteres propios similares a los del Derecho público. Por ejemplo, el CCC en el artículo 1718 determina con precisión cual es el acto necesitado y sus efectos: es aquel que causa un daño *para evitar un mal, actual o inminente, de otro modo inevitable, que amenaza al agente o a un tercero*. Se causa un mal, pero queda justificado si el mal que se evita es mayor. Desde esta perspectiva una emergencia declarada causa un mal, porque limita derechos de los ciudadanos, pero queda justificada cuando resulta eficaz para evitar un mal mayor.

El Derecho privado es el ámbito propio de las relaciones entre particulares en las que tienen un rol esencial la autonomía y la propiedad privadas, principios liminares que se ven afectados cuando se declara una emergencia. En ese caso la intromisión del Estado en las relaciones entre particulares es un mal que se justifica para evitar otros mayores, pero debe tratarse con un delicado equilibrio entre interés particular e interés general. En el derecho argentino esta cuestión parece relativamente resuelta porque está justificada ahora en el marco de la constitucionalización del derecho privado, fenómeno indiscutido. El CCC en su Título Preliminar elaboró un marco general para las relaciones entre el Estado y los particulares.

La doctrina constitucionalista señala que, para justificar las medidas que se adopten en estado de necesidad, se requiere: a) una situación de necesidad, o circunstancia fáctica que exige una respuesta por parte del Estado; b) un acto necesario para enfrentar

¹⁸ SAGÜÉS, NÉSTOR P., Derecho constitucional y derecho de emergencia, LA LEY1990-D, 1036 - Derecho Constitucional - Doctrinas Esenciales Tomo IV, 01/01/2008, 3

la situación de necesidad; c) el sujeto necesitado (Estado), cuyo comportamiento se requiere para adoptar y ejecutar al acto necesario; d) el derecho de necesidad, que sea adecuado para dar solución a la problemática jurídica de la situación de necesidad (si la contempla o no), adecuado al acto necesario a adoptar y a la conducta del sujeto necesitado¹⁹.

Para una parte de la doctrina iuspublicista la situación de necesidad todo lo legitima, porque es una razón de Estado. No tiene topes jurídicos ni axiológicos, porque carece de ley y ella es ética, en sí misma. Para otros, en cambio, la necesidad puede, a lo sumo, operar como dispensa de la ley, pero está sometida a parámetros éticos, como la idea de bien común²⁰. Siguiendo este criterio es que la Corte ha dictado el fallo en el que estableció con criterio actualizado los requisitos que deben necesariamente ser cumplidos para que las normas de una emergencia puedan resistir el control de constitucionalidad, señalando:

“1º) Que se presente una situación de emergencia — declarada por el Congreso y con debido sustento en la realidad— que obligue a poner en ejercicio aquellos poderes reservados para proteger los intereses vitales de la comunidad; 2º) Que la ley persiga la satisfacción del interés público: ello es, que no haya sido dictada en beneficio de intereses particulares sino para la protección de los intereses básicos de la sociedad; 3º) Que los remedios justificados en la emergencia sean de aquellos propios de ellas y utilizados razonablemente; 4º) Que la ley sancionada se encuentre limitada en el tiempo y que el término fijado tenga relación directa con la exigencia en razón de la cual ella fue sancionada”²¹.

Desde esta perspectiva deben ser analizadas las normas dictadas en la emergencia sanitaria 2020 que se señalan a continuación.

4. La emergencia sanitaria argentina decretada por la pandemia Covid 19

a. El 21 de diciembre de 2019 se dictó en Argentina la ley N° 27.541 que en su artículo 1 declara la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social hasta el 31 de diciembre de 2020. Se delega en el Poder Ejecutivo nacional las facultades comprendidas en la ley en los términos del artículo 76 de la Constitución Nacional

¹⁹ Ídem

²⁰ ibidem

²¹ CSJN., “Bustos, Alberto Roque y otros c/ Estado Nacional y otros s/ amparo”, 26 octubre 2004, Fallos: 327:4495.

y con arreglo a las bases de delegación establecidas en el artículo 2º de la misma ley.

Encontrándose el país en la emergencia pública señalada, llegaron los primeros indicios de la pandemia que aqueja al mundo y que motivara a la Organización Mundial de la Salud a declarar el brote del nuevo coronavirus como pandemia el 11 de marzo de 2020. Fue una declaración criticada por extemporánea, porque se esperó a que el número de personas infectadas por COVID-19 a nivel global llegara a 118.554, y el número de muertes a 4.281, afectando ya en ese momento a 110 países.

A pocos días, y frente a la propagación vertiginosa del virus en el país, se dicta el decreto 260/20 Decreto de necesidad y urgencia sobre Emergencia sanitaria que incluye numerosas normas referidas a cuestiones administrativas en las que regula las facultades excepcionales del PE para enfrentar la pandemia. Apenas unos días más tarde, el 19 de marzo, se dicta el Decreto 297/20 también decreto de necesidad y urgencia que establece el Aislamiento social, preventivo y obligatorio (ASPO).

b. Haciendo un somero análisis de las normas contenidas en esa regulación de la emergencia sanitaria se advierte en qué gran medida afectan los derechos personalísimos de los ciudadanos a los que hemos referido más arriba.

Así en el artículo 2 inc.13 del decreto 260/20 se faculta a la autoridad sanitaria para: *“Establecer la declaración jurada de estado de salud como medida de control sanitario obligatorio para viajeros y otras que se estimen necesarias, incluso al momento de la partida, antes o durante su arribo al país”*. Por su parte en el artículo 8º el citado decreto dispone que *“Las personas que presenten síntomas compatibles con Covid-19 deberán reportar de inmediato dicha situación a los prestadores de salud, con la modalidad establecida en las recomendaciones sanitarias vigentes en cada jurisdicción”*.

Obligar compulsivamente a una persona a dar a conocer a la autoridad su estado de salud mediante una declaración jurada significa una afrenta a su derecho personalísimo sobre su cuerpo, su vida y a su privacidad. También es una afectación a esos derechos obligarle a reportar de inmediato la situación de su salud a los prestadores de salud si tiene síntomas compatibles con Covid. Por el principio de autonomía la persona puede decidir que no le interesa estar enfermo, que soportará la enfermedad e, inclusive, decide que si el virus le ataca y muere esa será su decisión personal. Es evidente que esas normas imperativas son violatorias del derecho a la privacidad de la persona y de su autonomía en cuanto a su vida y su salud. Inclusive son disposiciones contrarias

al artículo 2 inc. e, de la ley 26529 según el cual toda persona goza de la autonomía de la voluntad para decidir *“aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad...”*.

Sin embargo, esos derechos individuales cuya defensa es legítima en situaciones ordinarias deben ceder frente a la emergencia que exige la defensa a ultranza del bien común²². En la medida que las normas legales de la emergencia pasen el test de constitucionalidad, según las reglas sentadas por la Corte Suprema de Justicia y la doctrina, como se ha visto, los ciudadanos deben soportar que se les cause un mal, toda vez que se afecta sus derechos personalísimos, para evitar un mal mayor, como sería la profundización de la pandemia en la sociedad²³.

Sin duda el autor de las normas emergenciales tenía presente las garantías constitucionales y convencionales, la ley de derechos de los pacientes y las reglas bioéticas existentes al respecto. Conocía que las ponía temporalmente en suspenso y que en la práctica podrían existir excesos por lo que incluyó en el Decreto 260/20 un artículo un tanto obvio, pero que puede resultar útil como advertencia, titulado Trato digno. Vigencia de derechos. Allí se aclara que *“Las medidas sanitarias que se dispongan en el marco del presente decreto deberán ser lo menos restrictivas posible y con base en criterios científicamente aceptables. Las personas afectadas por dichas medidas tendrán asegurados sus derechos, en particular: I. el derecho a estar permanentemente informado sobre su estado de salud; II. el derecho a la atención sin discriminación; III. el derecho al trato digno”*.

Por su parte, el Decreto 297/20 avanza sobre las restricciones y restringe la libertad ambulatoria²⁴. El artículo 2 dispone que

²² ALVAREZ GARCÍA, VICENTE, El coronavirus (COVID-19): respuestas jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria, El Cronista, Núm. 86-87 Marzo-Abril 2020.

²³ En ese sentido p.v. la sentencia del Juzgado de lo Contencioso administrativo nº 5 de Palmas de Gran Canaria, de 29 de ABRIL de 2020, recurso 137/2020, por la que se autoriza el sometimiento forzoso a la prueba de covid-19 de un varón de 80 años residente en un centro para mayores, ante su negativa a someterse al test y “empleando para ello la fuerza mínima indispensable o el medio menos invasivo posible. La petición fue formulada por la coordinadora de un Centro Sociosanitario para que se obligue a hacerse la prueba del coronavirus a un interno que, si bien no está incapacitado por orden judicial, presenta un trastorno paranoide de la personalidad y no accede a que le hagan el test. La negativa del interno compromete su propia salud y la del resto de residentes, trabajadores o visitantes del centro, siendo público y notoria la perentoriedad en la realización de las pruebas diagnósticas del virus a fin de combatir la propagación incontrolada de aquel, particularmente en un centro de mayores.

²⁴ Esta fue una de las medidas universalmente adoptadas con sus ventajas sanitarias y sus problemas jurídicos, p.v. AMOEDO SOUTO, CARLOS ALBERTO, Vigilar y castigar el

“Durante la vigencia del “aislamiento social, preventivo y obligatorio”, las personas deberán permanecer en sus residencias habituales o en la residencia en que se encuentren a las 00:00 horas del día 20 de marzo de 2020, momento de inicio de la medida dispuesta. Deberán abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo y no podrán desplazarse por rutas, vías y espacios públicos, todo ello con el fin de prevenir la circulación y el contagio del virus COVID-19 y la consiguiente afectación a la salud pública y los demás derechos subjetivos derivados, tales como la vida y la integridad física de las personas. Quienes se encuentren cumpliendo el aislamiento dispuesto en el artículo 1°, solo podrán realizar desplazamientos mínimos e indispensables para aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos”.

Una acotación al margen. Aunque se pone especial énfasis en exigir el respeto a los derechos personalísimos porque son intrínsecos a la persona y fundamento esencial de su dignidad, por lo general, la población no tiene una sensibilidad especial frente a la vulneración de esos derechos. Naturaliza situaciones que son violatorias de su zona de reserva, de su imagen o su privacidad, en cambio, percibe como un gran atropello la vulneración de sus derechos patrimoniales. Por ejemplo, las personas no se plantean que se viola su derecho a la privacidad cuando se le toma la fiebre al entrar a un negocio (el estado febril y la salud es cuestión privativa de la persona, no debería publicitarse para poder acceder a un negocio). En cambio, la misma persona es altamente probable que reaccione si el cajero automático de un banco le impide disponer en forma inmediata de su dinero efectivo depositado en esa institución. Sería deseable que los ciudadanos vayan asumiendo la defensa de esos derechos personalísimos que son los más intrínsecos a su calidad de personas humanas.

c. Conviene destacar que en esta emergencia no solo se afecta la autonomía de la persona para disponer acerca de su propio cuerpo, su libertad ambulatoria y el derecho a su privacidad, sino que este último se afecta, de modo notorio, por la recolección de datos sensibles de la salud que se incorporan a gigantescas bases de datos relativas a la salud de la población. Cada testeo, cada informe de un centro de salud que reporta un contagiado se ingresa a la gran base de datos cuyas dimensiones se extienden, aún más, al implementarse la APP Cuidar por la Secretaría de Innovación Pública de la Jefatura de Gabinete de Ministros que recoge y almacena datos por medio de inteligencia artificial e, incluso, se intentó hacerla obligatoria en algunas jurisdicciones.

confinamiento forzoso. Problemas de la potestad sancionadora al servicio del estado de alarma sanitaria, El Cronista, Núm. 86-87 Marzo-Abril 2020

Para comprender la gravedad de la recolección de datos mediante el empleo de inteligencia artificial es suficiente con entrar a la página oficial de “argentina. gov. ar”. El objetivo central de la aplicación es permitir la autoevaluación de síntomas en pocos pasos y sumar la posibilidad de añadir al Certificado Único Habilitante de Circulación (CUHC), un código que muestra que el ciudadano o la ciudadana está habilitado/a para moverse, siempre y cuando en el autoexamen no se detecten síntomas de Covid-19. En cambio, si hay síntomas compatibles, la información llega a los comités de emergencia de salud de cada provincia para que se contacten con el usuario y reciba atención médica. En simultáneo, se informa al ciudadano cómo proceder y a qué números contactarse, según su jurisdicción. Una vez que la persona manifiesta síntomas, la app advierte que debe permanecer totalmente aislada y si posee un certificado de circulación se inhabilita. Además, el sistema brinda información de calidad a las provincias y al ministerio de Salud de la Nación, para la agilización de la gestión conjunta en el marco de la emergencia sanitaria.

d. Por último, lo más importante es someter las normas de la emergencia sanitaria recién comentadas al test de constitucionalidad, es decir, que cabe preguntarse si puede afirmarse con certeza que las limitaciones a los derechos personalísimos están justificadas.

De acuerdo con las reglas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación es necesario analizar:

1º) *Que se presente una situación de emergencia.* En este caso la emergencia pública fue considerada en el Congreso de la Nación en diciembre de 2019 y declarada en general ante la grave situación económica y social que se presentaba. Luego, al expandirse la pandemia y cuando fueron llegando los primeros casos de coronavirus con las personas que ingresaban al país provenientes de lugares que estaban sufriendo el contagio del virus, la Presidencia de la nación dictó los dos decretos de necesidad y urgencia ya mencionados y otros en su consecuencia, que se encuentran en el Congreso para ser reconocidos como leyes nacionales. Es decir que la situación de emergencia es legítima y será declarada por el congreso.

2º) *Que la ley persiga la satisfacción del interés público.* Es evidente que toda la normativa tiende a exigir el máximo de acatamiento para evitar la mayor propagación del virus, en pos de la menor afectación de la salud pública. La finalidad de las normas fue en un principio no solo evitar la propagación del virus, sino permitir al Estado adecuar el sistema sanitario nacional para responder a los exigentes requerimientos que seguramente se producirían cuando llegara el máximo de la pandemia a la población argentina.

3º) *Que los remedios justificados en la emergencia sean de aquellos propios de ellas y utilizados razonablemente.* En este ítem se exigen dos requisitos. Por un lado, que las medidas adoptadas sean adecuadas al fin propuesto y, por otro, que la aplicación concreta de esas medidas sea razonable.

En ese sentido, puede afirmarse a esta altura de la situación del país que las medidas adoptadas parecen ser las más adecuadas de acuerdo con la experiencia vivida en otros países, aunque por la novedad del caso es posible que en el futuro se advierta que no fueron las mejores porque resultaron no tan eficaces para detener la propagación del virus, quizás se llegue a comprobar que hubieran podido existir otras alternativas. De todos modos, el juicio de valor debe hacerse en relación con el estado de la ciencia específica en el momento actual y, en estas circunstancias, la conclusión es positiva²⁵.

En cambio, es más dudoso considerar que algunas medidas hayan sido aplicadas razonablemente, es decir, con sentido común. Por ejemplo, no pareció razonable la medida dispuesta por el Estado local que obligaba a los adultos mayores a solicitar permiso para salir de sus domicilios, se los desalentaría ofreciéndoles ayuda para que otra persona les cubriera la necesidad de salir a algún negocio de cercanía, en caso de ser necesario el permiso duraría pocas horas²⁶. Tampoco parece razonable que el Estado habilite una

²⁵ Los tribunales en general consideraron razonables algunas de las medidas implementadas. Por ejemplo, al rechazar un habeas corpus el tribunal consideró que las medidas preventivas contempladas en el “Protocolo de manejo de individuos provenientes del exterior asintomáticos: Aislamiento en alojamientos extrahospitalarios” son razonables y se ajustan al objetivo establecido en los DNU 260/2020 y 297/2020, y son complementarias y aún más necesarias en tanto esta jurisdicción —CABA—, por sus características, es una de las de mayor impacto y posible verificación de un número superior de casos positivos y/o de circulación local del virus (CPenal Contravencional y de Faltas Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala de Turno), 31/03/2020, Causa n° 8054/2020-0, Cita Online: AR/JUR/6639/2020). En igual sentido CNCrimyCorrec. Sala de Habeas Corpus, 24/03/2020, Zanon Rossi Dos Santos, Leonardo, La Ley Online; Cita Online: AR/JUR/4094/2020

²⁶ Es ilustrativo el fallo dictado por el Juzgado Contencioso administrativo y Trib Ciudad Autónoma de Buenos Aires Nro14, 20/04/2020, en la causa Lanzieri, Silvano c. GCBA s/ amparo con múltiples adhesiones, LA LEY 29/04/2020 , 5, Cita Online: AR/JUR/11730/2020. El tribunal dijo que: Los arts. 2 y 3 de la resolución conjunta 16/MJGGC/2020 de la Ciudad de Buenos Aires, que restringe la circulación de adultos mayores a su previa autorización —más allá de sus buenas intenciones, por cierto; lo que se descarta— importan una discriminación en razón de la edad, que vulnera los derechos y las garantías del grupo etario al cual se encuentra destinada, al imponer una exigencia mayor y distintiva del resto de la población, pues, a partir de esta nueva norma local, existiría un nuevo grupo, con mayores restricciones a sus libertades individuales, y para el que el aislamiento pasaría a tener una intensidad superior; esto conlleva una lesión a los derechos y garantías constitucionales ya reseñados y, como tal, no supera el test de constitucionalidad.

aplicación que, mediante el uso de inteligencia artificial, proporcione al usuario tecnología que le permite ver el estado de su salud, reportarla a los funcionarios públicos y, a la vez, permita el seguimiento de la vida del ciudadano que colocó en su celular la aplicación. Fueron intentos frustrados. El primer caso porque ante la reacción colectiva contraria se suspendió la medida y, en el segundo caso la APP Cuidar se ha implementado, pero en carácter de voluntaria, siendo su uso absolutamente reducido.

En general, es posible admitir que no haya resultado sencillo manejar una realidad social compleja y un sistema de salud muy descentralizado.

4º) Que la ley sancionada se encuentre limitada en el tiempo y que el término fijado tenga relación directa con la exigencia en razón de la cual ella fue sancionada. En este inciso se exige la concurrencia de dos requisitos. Por un lado, la limitación temporal de la norma de emergencia. El Decreto 260/20 responde a esa exigencia, pues en su art. 1 amplía la emergencia sanitaria dispuesta por la ley 27541 por el plazo de un año de la entrada en vigencia del referido decreto. En cambio, el Decreto 297/20 no es claro, pues dispone que el “aislamiento social, preventivo y obligatorio” regirá desde el 20 hasta el 31 de marzo inclusive del corriente año, pudiéndose prorrogar este plazo por el tiempo que se considere necesario en atención a la situación epidemiológica.

El requisito del plazo determinado de vigencia de las normas de la emergencia es más difícil de establecer por la incertidumbre que existe en el mundo entero sobre el avance o retroceso de la pandemia. Es imposible determinar que el plazo esté en relación con la finalidad de las leyes.

5. Los principios bioéticos durante la emergencia

La emergencia sanitaria pone de relieve una vez más la importancia de los principios bioéticos universales que rigen a la par de las normas jurídicas en el ámbito de la salud pública como en las relaciones entre particulares vinculadas a la salud de las personas²⁷. La bioética subyace en todas las cuestiones que se abordan en este trabajo y debería ser tratada de manera especial, sin embargo, ante la imposibilidad de hacerlo en esta oportunidad se señalan al menos dos cuestiones que aparecen como esenciales.

²⁷ ANTONIO PIGA RIVERO, MARÍA TERESA ALFONSO GALÁN, Consideraciones éticas y médico legales sobre la pandemia Covid 19 en España, Actualidad del derecho sanitario, ISSN 1136-6869, Nº. 280, 2020, págs. 446-451

a. Por un lado, interesa destacar el rol de los comités de bioética hospitalarios. La aplicación de las normas de la emergencia no puede obviar los principios bioéticos, aun cuando pareciera que puede justificarse por la velocidad de respuesta que exige la emergencia médica.

En las complicadas situaciones cotidianas que se presentan a los equipos médicos en la pandemia los comités de bioética hospitalarios, que siempre deberían ser referencia en las prácticas médicas, son un centro obligado de las decisiones. Es que al no encontrarse en el frente de las batallas cotidianas el comité puede elaborar respuestas desde una mejor perspectiva ayudado, además, por su composición heterogénea, que le permite lograr decisiones más apropiadas fundadas en la diversidad de juicios de valor.

b. En relación con la mirada bioética en tiempos de pandemia merecen especial atención las cuestiones que plantea la urgente necesidad de encontrar un remedio o una vacuna o ambas cosas para este nuevo virus e, inclusive, la necesidad de *realizar investigaciones que generen evidencia para mantener, promover y mejorar la atención de la salud, la toma de decisiones y la definición de políticas en salud para el tratamiento y mitigación de la pandemia*, tal como lo explicitan los fundamentos de la resolución que ha emitido el Ministerio de Salud, Resolución 908/2020 del 12 de mayo de 2020 en la que se fijan Pautas éticas y operativas para la *evaluación ética acelerada* de investigaciones relacionadas con el COVID-19.

Esa Resolución suscita algunas inquietudes, por ejemplo, en el título que se ha elegido para identificarla, pues refiere a la *evaluación ética acelerada* de investigaciones relacionadas con el COVID-19. Calificar de esa manera a la evaluación ética es un mensaje confuso para los comités de bioética porque permite intuir que las autoridades consideran que en situaciones normales su trabajo es retardado, imputación que, con frecuencia, se hace a los comités de ética cuando no se entiende la importancia de su labor.

De la lectura del Anexo en el que constan las orientaciones que ofrece el Ministerio puede interpretarse que la finalidad esencial de la autoridad es la aceleración, aunque advirtiendo que esa urgencia no puede obviar lo importante, se incluyen algunas recomendaciones que ponen en evidencia la preocupación por la protección de los participantes en las investigaciones y por asegurar la validez científicas de los producidos.

No obstante, con miras a obtener el cumplimiento de su finalidad esencial el Ministerio apunta a un veloz procedimiento de evaluación para lo cual se propone una contracción temporal

notoria, una semana, aunque se admite que puede ser mayor dependiendo de la complejidad del estudio.

Se reconoce expresamente que las garantías éticas deben ser mayores en situaciones de emergencia, no menores que en las situaciones ordinarias, pero se exige adaptar los mecanismos habituales de cumplimiento de los principios éticos al nuevo contexto de la emergencia sanitaria.

Como es obvio, se subraya que la investigación debe tener valor social y ser relevante. Por otro lado, se recomienda una evaluación cuidadosa de su validez científica, sin confundir diseños alternativos, con diseños científicamente inválidos o poco sólidos. En cuanto al consentimiento de las personas participantes de la investigación se remarca que las excepciones en las que no se exige el consentimiento deben ser interpretadas con carácter restrictivo y asentadas en la historia clínica del paciente, fundamentando los motivos por los cuales no pudo obtenerse y las medidas adoptadas.

No parece acertado recomendar que desde el momento en que se diagnostica al paciente se le solicite su consentimiento para investigaciones futuras. Es casi seguro que en ese momento la autonomía del paciente esté muy afectada y, por tanto, su manifestación de voluntad es muy dudosa. Además, no podrá considerarse válida si no tiene contemporaneidad con el comienzo de la investigación porque, como es sabido, el consentimiento es libremente revocable en cualquier momento.

Se advierte una omisión importante en la recomendación referida al archivo de la documentación de los proyectos, pues debió consignarse en forma expresa la necesidad del encriptamiento de los datos, por tratarse de datos sensibles (arts. 7 y 8 de la Ley 25326).

Por último, la Resolución asume que los conflictos de interés en los comités de bioética y en los procesos de evaluación de proyectos de investigación son un serio problema, por eso dice *Es necesario que los comités identifiquen y dejen asentados los conflictos de interés que los miembros ad-hoc pudieran tener...* Hasta allí se describe con claridad el supuesto de hecho, pero cuando debe describir la consecuencia de cómo tratar ese supuesto es harto oscura: *“excluirlos para investigaciones particulares si la sola declaración no fuera un remedio necesario”*. La pregunta es cómo debe interpretarse este párrafo. Debió ser tajante en cuanto a la exclusión y no condicionarla a que *“la sola declaración”* (qué declaración no se sabe), *“no fuera un remedio necesario”*, (qué remedio, tampoco se sabe). Esta oscura recomendación puede

legitimar situaciones graves en torno a los frecuentes y preocupantes conflictos de interés.

6. Conclusiones

El sistema jurídico reconoce la dignidad de la persona humana y se esfuerza por garantizarle el goce de sus derechos personalísimos mediante el ejercicio de su autonomía. No obstante, en circunstancias excepcionales como es la emergencia sanitaria, esos derechos ceden cuando es necesario contribuir al bien común. En esos casos el Estado debe propiciar soluciones equilibradas en la tensión entre derechos personalísimos y cuidado de la salud de la población.