

GUILLERMO EDUARDO BARRERA BUTELER

Director

EL DERECHO ARGENTINO FRENTE A LA PANDEMIA Y POST-PANDEMIA COVID-19

TOMO I

*Colección de Estudios Críticos
de la Facultad de Derecho
de la Universidad Nacional de Córdoba*

COORDINADORES:
MAXIMILIANO RAIJMAN
RICARDO DANIEL EREZIÁN

Córdoba
2020

EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS PERSONALISIMOS EN TIEMPOS DE PANDEMIA Y POST PANDEMIA

BEATRIZ JUNYENT DE SANDOVAL¹

PATRICIA STEIN²

GABRIEL EUGENIO TAVIP³

Sumario: I. Introducción. II. Derechos de la personalidad. 1. Derechos que tienen por objeto manifestaciones físicas. 2. Derechos que tiene por objeto manifestaciones espirituales. III. El derecho a la salud. IV. Derecho a la disposición del propio cuerpo. V. Directivas médicas anticipadas. VI. El consentimiento informado. VII. Los derechos personalísimos de los adultos mayores: Su ejercicio en caso de situaciones de emergencia, con especial aplicación a la Pandemia COVID-19. VIII. Conclusiones.

I. Introducción

Nuestro país, como el mundo entero, se enfrenta a una pandemia que ha alterado de modo inédito la vida de todas las personas, el coronavirus COVID-19. La velocidad de propagación de este virus y la falta por el momento, de vacunas que prevengan la enfermedad, determinó al gobierno nacional a dictar el primer Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU 297/2020) de fecha 19-03-20, disponiendo el “aislamiento social, preventivo y obligatorio” a fin de proteger y preservar la salud

¹ Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Profesora Titular de Derecho Privado I “B”, y Profesora Adjunta de Derecho Privado VII Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

² Profesora Adjunta de Derecho Privado I Cátedra “B”, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

³ Asistente de la Cátedra de Derecho Privado I, Cátedra “B”. y Profesor Adjunto de Derecho Privado VI Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

pública, medida esta que ha sido prorrogada hasta el presente, a través del dictado de sucesivos DNU.

Los especialistas han determinado que el distanciamiento social y cumplir con los estándares de higiene, reviste un rol fundamental para hacer frente a la situación epidemiológica y lograr mitigar de este modo el impacto sanitario del COVID-19 pues es, hasta ahora, la única herramienta que se tiene ante la ausencia de otros recursos médicos que impidan la propagación del virus. Al ser tan contagiosa la enfermedad, la manera de minimizar la transmisión es localizar, aislar y cuidar cada caso, además de encontrar y poner en cuarentena a todos sus contactos, algo difícil de lograr en zonas densamente pobladas como el Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA), donde el número de contagios ha crecido exponencialmente.

Desde el primer contagio hasta estos días, el escenario de la pandemia ha estado fluctuando, pasando de un aislamiento restrictivo en el que sólo se autoriza la circulación de quienes realizan tareas consideradas esenciales, v.gr. personal de salud, de las fuerzas de seguridad, empleados de supermercados, farmacia, entre otros (art. 6 DNU), a continuar con el distanciamiento social pero con flexibilizaciones habilitando la apertura gradual de algunas actividades bajo estrictos protocolos, v.gr. comercio, industrias, caminatas recreativas, la realización de algunos deportes, profesiones independientes, permaneciendo otras aun cerradas, v.gr. clases en todos los niveles, gimnasios, teatros, cines.

Sin embargo, la situación no es uniforme en todo el país. Las provincias, han ido dando lugar a estas flexibilizaciones según la situación epidemiológica de cada jurisdicción, siendo el Ministerio de Salud de la Nación quien determina las condiciones que deben ser exigidas como requisito previo a la habilitación de funcionamiento de las actividades cuya apertura se pretende. Pero la pandemia es tan cambiante, que zonas que contaban con un mayor grado de flexibilización que otras, debieron volver al aislamiento restrictivo, a causa de un aumento del número de contagios. Tan es así, que al tiempo del presente trabajo, teniendo en cuenta que en materia epidemiológica conviven en nuestro país distintas realidades que deben ser abordadas de forma diferente, y dado que se registra una disminución en la velocidad de propagación en una gran parte del territorio nacional es que se dictó el DNU 576/2020 disponiendo el “distanciamiento social, preventivo y obligatorio” (DISPO), con mayores flexibilizaciones sujetas a los protocolos correspondientes, manteniendo para las áreas con transmisión comunitaria sostenida (AMBA, Chaco, Neuquén y Río Negro) el ASPO.

Con acierto se ha sostenido que “la pandemia que enfrenta una sociedad globalizada en pleno siglo XXI, se muestra como una circunstancia excepcional con múltiples impactos en la sociedad, la política, la economía, el derecho, entre muchas otras variables; cuyas proyecciones son actualmente teorizadas, pero que se revelarán en su verdadera dimensión una vez superadas”⁴.

Somos parte de una comunidad, inéditamente reclusa en sus ámbitos privados, con distancia social, áreas cercadas por barreras sanitarias, y metodologías de comunicación (familiares, laborales, educativas etc.) mediatizadas mayormente por dispositivos móviles y pantallas de computadoras, esto torna necesario reflexiones críticas que colaboren en la comprensión de un problema universal, y en la manera en que saldremos de él a una nueva normalidad. A ello debemos sumar la incertidumbre que viene aparejada a ese necesario aislamiento social.

En este contexto, el ejercicio de los derechos de la personalidad se ha visto impactado. De manera palmaria la libertad ambulatoria, religiosa, de reunión; la intimidad; el derecho a la salud, a no ser discriminado, se han visto afectados por las medidas de “aislamiento social, preventivo y obligatorio” adoptadas, las que en su concreción debieran haber propiciado el adecuado resguardo y respeto a la dignidad de la persona humana, especialmente de la franja etaria constituida por los adultos mayores, por ser consideradas personas de riesgo proclives a padecer los efectos mas adversos del virus COVID19.

Los derechos personalísimos no son derechos absolutos, sino que son susceptibles de ser limitados en su ejercicio, sin que ello suponga que las eventuales restricciones queden libradas a la entera discrecionalidad de la autoridad. En todo caso, la legitimidad de tales limitaciones radica en que deben ser dispuestas con criterios objetivos de razonabilidad y proporcionalidad⁵, en este sentido se ha sostenido que las restricciones impuestas a los derechos y garantías de todos los habitantes, en el marco de los DNU Nros. 297/20, sus sucesivas prórrogas, se encuentran motivadas en forma

⁴ MALAVOLTA, Victor y PULVIRENTI, Orlando D.: “*Pandemia covid-19: derecho a la salud y su tutela estatal*”. En: www.saij.gob.ar Id SAIJ: DACF200041, 30-03-2020.

⁵ NAVARRO FLORIA, Juan G.: “*Estado, religión y ley en tiempos de emergencia sanitaria: ¿la libertad religiosa en cuarentena?*”. En: <http://www.calir.org.ar/verPdf.php?doc=/docs/Libertadreligiosaentiemposdecoronavirus.pdf>

razonable por cuanto no se advierte otro mecanismo posible en este estado del conocimiento científico, a fin de preservar la salud pública⁶.

Esta claro que en el máximo nivel de nuestro sistema, se encuentra el derecho a la vida y a la salud, cabe ver de que manera, en tiempo de crisis como la que vivimos, se compatibilizan y armonizan los otros derechos frente a ellos, Y allí es, donde tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 27 y 30) como la Constitución Nacional (23, 28, entre otros), permiten medidas excepcionales ante situaciones extraordinarias, y claramente la pandemia del coronavirus COVID 19 lo es⁷.

En el presente trabajo abordaremos las nociones preliminares de los derechos de la personalidad y las afectaciones que algunos de ellos han tenido, para luego detenernos en el impacto que la pandemia tiene en el derecho a la salud y de la vejez.

II. Derechos de la personalidad

a. Nociones preliminares. Concepto y caracteres

Los derechos humanos conforman un complejo integral, interdependiente e indivisible de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales del hombre, su reconocimiento se encuentra plasmado en los tratados de derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad (art. 75 inc. 22 C.N.); entre ellos pueden mencionarse, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (llamada también Pacto de San José de Costa Rica), el Pacto Internacional de Derechos Políticos, Económicos y Sociales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención de los Derechos del Niño, la Convención sobre eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer, la Convención internacional de los derechos de las personas con discapacidad, los que han inspirado importantes reformas legislativas.

En este contexto, los derechos de la personalidad constituyen el reflejo de los derechos humanos en el ámbito del derecho privado, ellos son los derechos subjetivos privados innatos y vitalicios, que tienen

⁶ CN. CRIM. Y CORREC.SALA V- “Blanco Peña, M. L. s/habeas corpus” - 29/05/2020.

⁷ MALAVOLTA, Víctor y PULVIRENTI, Orlando D.: “*Pandemia covid-19: derecho a la salud y su tutela estatal*”. ob. cit.

por objeto las manifestaciones de la personalidad humana y que por ser inherentes, extrapatrimoniales y necesarios, no pueden transmitirse ni disponerse en forma absoluta⁸.

En cuanto a sus caracteres, éstos son innatos, ya que nacen con la persona humana; son vitalicios, la acompañan durante toda su existencia; son absolutos porque se dan contra todos; necesarios porque nadie pueden carecer de ellos; inherentes pues existe una unión inseparable del objeto respecto del sujeto; relativamente indisponibles en tanto su titular tendrá un margen de disponibilidad de éstos siempre que no se afecte el orden público; son extrapatrimoniales, pues están fuera del comercio.

b. Inviolabilidad de la persona humana y afecciones a la dignidad

En el ámbito de los derechos de la personalidad cobra plena vigencia el principio de inviolabilidad de la persona humana y el respeto por la dignidad personal, ello en consonancia con lo ya expresado por la Corte Suprema de la Nación al señalar que *“el hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y, en tanto fin en sí mismo —más allá de su naturaleza trascendente— su persona es inviolable y constituye el valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental”*⁹.

La inviolabilidad de la persona humana presupone el derecho que corresponde a todo ser humano a ser respetado en su propia dignidad, se ha sostenido que *“en una democracia constitucional, en la que la dignidad y el valor de la persona humana ocupan un lugar prioritario y central, dicha dignidad exige que se respeten las decisiones personales, el propio plan o proyecto de vida que cada cual elige para sí, en la medida en que no perjudique a terceros, ni afecte al bien común”*¹⁰.

La Constitución de Córdoba contiene un reconocimiento expreso a la inviolabilidad de la persona humana en su art. 4º que prescribe: *«La vida*

⁸ CIFUENTES, Santos: *“Los derechos personalísimos”*. Astrea, Bs. As., 1986.

⁹ CSJN , Fallos 316:479, “Bahamondez”, voto Dres. Barra y Fayt; Fallos 323:3229; 324:3569; 327:3753; 329:1638; 329:4918; Corte Sup., causa “Arriola”, sent. del 25/8/2009, Fallos 332:1963

¹⁰ HOOFT, Irene: *“Breve panorama de la regulación de los derechos personalísimos en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”*. Publicado en: SJA 14/10/2015, 14/10/2015, 8. Cita Online: AR/DOC/5372/2015.

desde su concepción, la dignidad y la integridad física y moral de la persona son inviolables. Su respeto y protección es deber de la comunidad y, en especial, de los poderes públicos».

En cuanto a la recepción legislativa que han tenido los derechos de la personalidad, nos parece importante señalar, que si bien Vélez Sársfield no reguló los derechos de la personalidad en el Código Civil, esto no significó que desconociera su existencia, pues a ellos se refirió en la nota al art. 2312, cuando expresó: «*Hay derechos y los más importantes que no son bienes, tales son ciertos derechos que tienen su origen en la existencia del individuo mismo a que pertenecen, como la libertad, el honor, el cuerpo de la persona, etc.*». El codificador estimó que al tiempo de sanción del Código Civil, estos derechos tenían adecuado resguardo en el art. 33 CN¹¹.

Sin embargo, con el correr del tiempo se fue vislumbrando que los avances científicos, médicos, tecnológicos, traían aparejado medios cada vez más sofisticados de ataque a los bienes de la personalidad humana, lo que llevó al dictado de regulaciones específicas como la ley 11.723 sobre derecho a la imagen y derecho de autor, la ley 21.173 que incorporó el art. 1071 bis al CC sobre derecho a la intimidad, la ley 23.592 sobre actos discriminatorios, la ley 26.529 de derechos del paciente modificada por ley 26.742 de muerte digna, la ley 26.743 sobre identidad de género, la ley 27.447 de trasplantes de órganos, que derogó la anterior ley 24.193.

La incorporación en el código de un régimen sistemático de los derechos personalísimos, era reclamada desde hacía tiempo por la doctrina nacional. El Código Civil y Comercial (CCyCN) los regula en el Libro Primero: Parte General, Título 1: Persona Humana, Capítulo 3: Derechos y Actos Personalísimos. En los fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial, se señala que se han tomado muy en cuenta los tratados de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en el bloque de constitucionalidad, fenómeno que se irradia claramente en el campo de la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales¹². Por ello se parte de la noción esencial de la inviolabilidad de la persona humana y su dignidad personal como valor máximo a respetar, tal como esta establecido en el art. 51 que expresa: “*La persona humana es inviolable y*

¹¹ STEIN, Patricia; “*Personas humanas. principio y fin de su existencia*”. En: BERTOLDI DE FOURCADE, María V. (Directora), “*Manual de Derecho Privado. Parte General*”, Advocatus, Córdoba 2015.

¹² Fundamentos del anteproyecto de código civil y comercial de la nación, Código Civil y Comercial, Zavallia, Bs. As., 2014.

en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad”, y de él derivan el resto de sus derechos de la personalidad como la intimidad, el honor, la imagen, la identidad y cualquier otro que resulte de su dignidad personal, en los términos del art. 52¹³.

II.1. Derechos que tienen por objeto manifestaciones físicas

a. Derecho a la vida

La vida constituye el bien jurídico que debe ser protegido por el Estado, de modo tal que se garantice a las personas el disfrute de una vida digna. Dimanan de este derecho las facultades de defender la propia vida de ataques, conservarla y gozarla.

El derecho personalísimo a la vida tiene reconocimiento constitucional en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuyo art. 4º inc. 1 se establece que toda persona tiene derecho a que se respete su vida a partir del momento de la concepción.

En tiempo de pandemia la protección de la vida de los seres humano como obligación inalienable del Estado ha sido prioritaria, materializándose a través de las distintas medidas de aislamiento social, preventivo y obligatorio adoptadas.

b. Derecho a la salud

En el contexto de la pandemia la protección y preservación de la salud pública ha sido siempre priorizada por el Estado, aun frente a los múltiples impactos que el aislamiento social, preventivo y obligatorio dispuesto, tiene sobre la economía y el derecho. Por este motivo, este derecho será tratado de manera específica en un apartado posterior.

¹³ El art 52 del CCyCN dispone que “*La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo I*”.

Investigaciones en seres humanos

Según los objetivos perseguidos por las investigaciones médicas en seres humanos, pueden tratarse de las llamadas “investigaciones o experimentación terapéuticas” que procuran un beneficio para el paciente sobre el cual se realizan, y cuyos resultados pueden beneficiar a más personas. O bien pueden tratarse de investigaciones y experimentos no terapéuticos o puros, destinados al sólo adelanto de la ciencia médica¹⁴.

Los requisitos estrictos que deben observarse para llevar a cabo investigaciones en salud humana están previstos en el art. 58 del CCyCN, y son: *a) presentación del protocolo de investigación debidamente fundamentado; b) ser realizada por personas con acreditadas calificaciones científicas; c) contar con la aprobación previa de un comité de evaluación ética en la investigación, d) contar con la autorización previa del organismo público correspondiente; e) estar sustentada en una comparación de los riesgos y las cargas en relación con los beneficios previsibles; f) contar con el consentimiento informado del participante en la investigación, a quien se le debe explicar en términos comprensibles los objetivos y la metodología de la investigación sus riesgos y posibles beneficios; dicho consentimiento es revocable; g) respetar el criterio de proporcionalidad de riesgos y molestias en relación con los beneficios que se espera obtener de la investigación; h) resguardar la intimidad del participante y la confidencialidad de su información personal; i) asegurar que la participación de los sujetos de la investigación sea gratuita; y f) poner a disposición de los participantes el acceso a los tratamientos que la investigación haya demostrado beneficiosos.*

En términos generales la disposición normativa sigue el Decálogo de Nüremberg de 1948, la Declaración de Helsincky de la Asociación Médica Mundial sobre principios éticos para las investigaciones médicas en seres humanos, la que ha sufrido varias modificaciones, con una última versión del año 2008 y que sentó como principio esencial que el bienestar de la persona participante debe tener primacía sobre otros intereses. También la Guía para investigaciones con seres humanos resolución 1480/2011 del Ministerio de Salud de la Nación constituyó un antecedente.

Resulta razonable que los médicos puedan utilizar nuevas técnicas, tratamientos, procedimientos, siempre que ellos sean recomendables para

¹⁴ LORENZETTI, Ricardo L.: “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”. Rubinzal Culzoni Santa Fe 2014 ps. 303/305 .

restablecer la salud del paciente y no existan ya, otras terapéuticas que sean más apropiadas, siguiendo para ello los estrictos protocolos.

Existen en el mundo más de 136 desarrollos en funcionamiento para la obtención de la vacuna contra el COVID-19 de los cuales, según la OMS, hay 3 proyectos más avanzados: el de la Universidad de Oxford (Brasil ya comenzó a probar esta vacuna), la del Beijing Institute of Biotechnology y la de la compañía estadounidense Moderna/NIAID. En nuestro país la vacuna argentina contra el COVID-19 avanza en su etapa preclínica, se trata de un desarrollo liderado por una investigadora del CONICET y de la Universidad Nacional de San Martín¹⁵.

En la etapa clínica de esta investigación resultara imperioso que se respeten las estrictas exigencias previstas en el art. 58, a fin de garantizar los derechos de las personas participantes en el desarrollo.

c. Disposición del propio cadáver

En relación con la disposición del propio cadáver, se debe señalar, además que está fuera del comercio, que la persona plenamente capaz tiene la facultad de disponer lo relativo a sus exequias e inhumación, o bien la dación de todo o parte del cadáver con fines terapéuticos, científicos, pedagógicos o de índole similar (art.61 CCyCN). Se trata de un acto de disposición de voluntad unilateral y por cierto revocable.

La norma contempla la posibilidad que el cónyuge, el conviviente y en su defecto los parientes según el orden sucesorio, asuman la disposición de los restos, con la salvedad que no pueden dar al cadáver un destino diferente del que habría dado el difunto de haber podido expresar su voluntad.

En cuanto a la forma de exteriorizar la voluntad, la norma es flexible ya que admite “cualquier forma”, así podrá ser por escrito o verbalmente, con las dificultades probatorias de esta última, como también ser presumida de hechos que permitan conocerla con certidumbre.

En tiempos de pandemia este derecho personalísimo también puede verse afectado, tanto en lo que se refiere a sus exequias e inhumación, dando al cadáver de un paciente con COVID19 un tratamiento distinto del que hubiera previsto en vida la persona.

¹⁵ Disponible online en: www.infobae.com/salud/2020/06/23/la-vacuna-argentina-contra-el-covid-19-avanza-en-su-etapa-preclinica/

II.2. Derechos que tiene por objeto manifestaciones espirituales

En materia de derechos personalísimos a la integridad espiritual, el Código Civil y Comercial, salvo lo inherente a la propia imagen, en general, se limita a enunciarlos (art. 52) dejando a la doctrina su sistematización.

El Capítulo 3 (derechos y actos personalísimos), como ya se señaló, se inicia con una declaración acerca de la dignidad de la persona humana, reconociendo explícitamente su inviolabilidad (art. 51). Asimismo, se tutelan los derechos a la intimidad personal y familiar, a la honra o reputación, a la imagen e identidad, consagrando la facultad de reclamar la prevención y reparación de los daños que la vulneración de los mismos hubiera ocasionado, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título 5, Capítulo 1 (art. 52).

Debe señalarse que la tutela preventiva y resarcitoria que la norma establece, no es sólo inherente a los derechos a la integridad espiritual en ella mencionados, sino que puede proyectarse a eventuales afectaciones de otros derechos personalísimos, más allá de los allí enunciados¹⁶.

Además, se reconoce expresamente el derecho a disponer de estos derechos, siempre que el consentimiento dado para ello no sea contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres. Como regla general se establece que este consentimiento no se presume, es de interpretación restrictiva y libremente revocable (art. 55).

a. Derecho al honor

El honor de las personas puede percibirse desde una faz subjetiva como la autovaloración personal, la mirada que el sujeto tiene de sí mismo. Desde una faz objetiva, se refiere a la valoración que los terceros hacen de la persona, lo que se traduce en la fama, buen nombre, honra o reputación del sujeto.

La tutela constitucional del honor está presente en el art. 11 inc. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos al establecer: «*Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad*».

¹⁶ LORENZETTI, Ricardo L.: “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”. ob .cit. ps 279/283.

En el Código Civil y Comercial conforme al art. 1771, podrá reclamarse la indemnización de los daños causados al honor de las personas por acusación calumniosa, sólo si se obró con culpa grave o dolo. A su vez, si se prueba que no tenía razones justificables para creer que el damnificado estaba implicado, deberá responder por los daños derivados de la falsedad de la denuncia,

b. Derecho a la imagen

La imagen es la representación física de la persona y su difusión a través de fotografías, videos en medios gráficos, televisivos e incluso en la web, debe tener lugar con el consentimiento del interesado. La voz constituye también una emanación de la personalidad humana, ya que una persona puede ser reconocida a través de su propia voz. Por lo tanto, goza de protección en los mismos términos que la imagen, y en consecuencia, para su difusión debe requerirse el consentimiento del interesado y así lo establece el art. 53 del CCyCN

La norma citada prescribe que difusión de la imagen o la voz será libre, en los siguientes casos: *a. que la persona participe en actos públicos; b. que exista un interés científico, cultural o educacional prioritario, y se tomen las precauciones suficientes para evitar un daño innecesario; c. que se trate del ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general.*

Habiendo fallecido la persona, quienes están autorizados a dar el consentimiento para la difusión del retrato, son sus herederos o el designado por el causante en una disposición de última voluntad.

Cuando hayan transcurrido veinte años desde la muerte, la reproducción es libre siempre y cuando dicha reproducción no sea ofensiva.

En el contexto de aislamiento, como ya señalamos, las comunicaciones familiares, laborales, educativas etc. se llevan a cabo empleando metodologías de comunicación mediatizadas mayormente por dispositivos móviles y pantallas de computadoras, a través de la utilización de diversas plataformas como Zoom, Google Meet, Hangouts, FaceTime; en este entorno el derecho a la imagen de las personas intervinientes en los encuentros podría verse afectado por la utilización de su propia imagen o voz, para fines diversos a los autorizados por el interesado.

c. Derecho a la intimidad

La intimidad constituye el ámbito de reserva privada necesario para el pleno desenvolvimiento de la personalidad humana. Si bien este ámbito debe ser sustraído de injerencias externas que lo perturben, existen algunas limitaciones como las que tienen su origen en la seguridad pública y necesidades sociales supuestos estos en los que la perturbación a la intimidad no será considerada arbitraria.

Integran el ámbito de privacidad de las personas, entre otros, las relaciones familiares, laborales, la salud, el domicilio, los papeles privados, la correspondencia (tanto epistolar como el correo electrónico), el secreto profesional.

En el orden constitucional la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su art. 11 inc. 2 establece que «*Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia*», y en el derecho interno el art. 1770 del CCyCN regula la *protección de la vida privada*.

En el marco de la pandemia cobra preponderancia la protección de los datos considerados información sensible como son los relativos a la salud. En este punto debemos destacar que los distintos actores han tenido especial cuidado en preservar la identidad de la persona infectada por coronavirus. Pero los datos sanitarios no son los únicos involucrados, pues también pueden encontrarse en juego otro tipo de información que no está directamente relacionada con la salud, pero cuyo tratamiento indiscriminado también puede ocasionar graves consecuencias para los derechos de las personas, tales como la ubicación geográfica o la información sobre su vida social¹⁷, situación que puede darse en la búsqueda de los contactos estrechos, ante la aparición de una persona contagiada de COVID-19.

d. Derecho a no ser discriminado

La discriminación entendida como la acción y efecto de discriminar suele por lo general ser interpretada con un sentido negativo; esto es como discriminación injusta. La injusticia de la discriminación se revela cuando se coloca a la persona en una situación de inferioridad, lesiva de su

¹⁷ BOSSI, María Florencia: “*La protección de datos personales y de la privacidad en tiempos de pandemia*”. <https://www.linkedin.com> Id SAIJ: DACF200038; 24-03-2020.

dignidad. Sin embargo, también es necesario estarse a la otra acepción, la positiva; es decir la discriminación justa que se basa en el respeto hacia las razonables diferencias personales.

Es injusta la discriminación, cuando se da trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos (art. 1º ley 23.592 de actos discriminatorios).

En el contexto de la pandemia el derecho a no ser discriminado se ha visto afectado, pues lamentablemente, se han dado numerosos casos de actitudes discriminatorias y de hostigamiento, no sólo con los infectados de COVID-19, sino también con el personal de la salud por trabajar en contacto con pacientes con coronavirus.

e. Derecho a la identidad personal

El derecho a la identidad personal ha sido definido como “*la facultad de exigir la fiel representación de la persona, sin deformación de sus cualidades o caracteres y sin atribución de caracteres inexistentes o diversos de aquellos reales del sujeto*”¹⁸.

La identidad personal alude al patrimonio cultural, político, social, religioso e ideológico del sujeto. Este derecho, persigue que la representación exterior que se haga de ese patrimonio espiritual, sea acorde con la realidad.

Como un aspecto del derecho a la identidad se reconoce el derecho a conocer el propio origen biológico. Jurisprudencialmente se ha reconocido la “*existencia de un derecho de toda persona a conocer su propia génesis, su procedencia, en lo cual está comprometida la dignidad personal*”¹⁹.

Desde otra perspectiva, se reconoce el derecho a la identidad de género. La ley 26.743 (2012) en su art. 1 establece que: *Toda persona tiene derecho: a) Al reconocimiento de su identidad de género; b) Al libre desarrollo de su persona conforme a su identidad de género; c) A ser tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser identificada de*

¹⁸ RIVERA, Julio César, CROVI, Luis Daniel y MEDINA, Graciela: “*Derecho Civil. Parte General*”. Abeledo Perrot, Thomson Reuters, Buenos Aires, 2016, p. 421

¹⁹ CSJN, 13-11-1990. L.L. 1991B-470

ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad respecto de el/los nombre/s de pila, imagen y sexo con los que allí es registrada.

f. Derecho a la libertad

La libertad es la facultad del sujeto de elegir entre diversas opciones, y actuar conforme a la elección realizada. Dos facetas se integran en el derecho a la libertad: a) la libertad física y b) la libertad moral. En la primera se comprende la libertad de movimiento (entrar, salir, permanecer) y de acciones (hacer o no hacer), en la segunda, la libertad de conciencia y en el modo de vida²⁰.

El reconocimiento constitucional de la libertad se encuentra en el art. 14 de la CN y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 7° incs. 1 y 2, 12 y 13, en los mismos se tutela la libertad en sus diversos aspectos: acciones, estado y conciencia.

La libertad de acciones, es la facultad del sujeto para entrar y salir del país, o para permanecer o cambiar de domicilio. La libertad de estado, es la facultad de la persona para casarse o no hacerlo, o divorciarse. La libertad de conciencia es la facultad que tiene el sujeto de profesar una religión o no hacerlo, o cambiar de religión.

En el contexto de la pandemia la libertad ambulatoria, se ha visto afectada por las restricciones impuestas para salir del país, o circular dentro del territorio nacional, al igual que la libertad de reunión, pues si bien nos encontramos en la etapa en la que se permiten las reuniones, ello debe acontecer solamente los fines de semana o feriados, y en un número de no más de 10 personas. La libertad religiosa también se ha visto afectada por la prohibición de la realización de eventos religiosos que impliquen aglomeración de personas. En lo que respecta a la libertad de expresión, resulta plausible que se haya exceptuado del cumplimiento del “aislamiento social, preventivo y obligatorio” al personal que se desempeña en los servicios de comunicaciones audiovisuales, radiales y gráficos (art. 6 DNU).

²⁰ TAGLE, Victoria María: “*Derecho privado. Parte general*”. T. I, Alveroni, Córdoba., edición actualizada, p. 124.

III). El derecho a la salud

Desde la doctrina se destaca que es recién “*desde finales del siglo XIX y comienzos del XX se comienza a hablar de la salud como un derecho y a exigirse del Estado una responsabilidad mayor por la realización de diversas actividades con él vinculadas, como la regulación de las condiciones de trabajo, las tareas de saneamiento, la distribución de alimentos*”²¹.

Su estudio actual importa diferentes aspectos que a continuación presentamos:

1) *Aspectos generales*: la idea que la salud humana es un hecho (de la naturaleza humana) que tiene importantes consecuencias que se multiplican en diversos sentidos que hacen a la adecuada protección de la persona humana. Son tantas las implicancias que tiene que debe ser considerado un derecho fundamental e inalienable.

El “*derecho a la salud*” es de manera indudable una manifestación y proyección directa del derecho a la vida y tiene relación con la libertad humana, ya que es requisito previo para el ejercicio de esta²².

La vida humana requiere de salud ya que está relacionada estrechamente al organismo humano, que vulgarmente se vincula al concepto de cuerpo humano, con una acepción que trasciende lo físico y que en sentido amplio comprende la dimensión mental, psíquica y espiritual.

En Argentina la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que el derecho a la salud está íntimamente relacionado con el derecho a la vida y que este último es “*el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que, obviamente, resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes*”²³.

²¹ Cfr: ZALAZAR, Claudia E.: “*La protección de la discapacidad en la argentina a luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*”. En: ZALAZAR, Claudia y CARRANZA, Gonzalo: “*Derecho y Salud en Perspectiva. Estudios*”, Advocatus, Córdoba, 2019, p. 239.

²² Notas personales del Curso “*Los nuevos paradigmas en materia de salud del Código Civil y Comercial Unificado*” dictado por el Consejo de la Magistratura de la Nación Argentina.

²³ CSJN, 06/11/1980, “Saguir y Dib, Claudia Graciela s/ autorización”, LL, 1981-A, 401; CSJN, 27/1/1987; CSJN, 27/02/1987, “Cisilotto, María del Carmen Baricalla de c. Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social)”, LL, 1987-B, 311; CSJN, 05/03/2003, “Portal de Belen — Asociación Civil Sin Fines de Lucro c. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo”, LL, 2002-B, 520.

Todo cuerpo humano a nivel orgánico es un biosistema, complejo con una estructura jerárquica organizada en distintos niveles: físico, químico, biológico, mental y espiritual. Además es semiabierto, interactúa en el medio ambiente en donde se halla de modo dinámico y múltiple a través de todos sus niveles y se vincula socialmente.

Por ello el derecho a la vida, además, debe ser entendido no solo con criterio biológico sino en la inteligencia de que esa vida debe tener condiciones dignas. No se trata solo de existir, sino de que la existencia satisfaga la integridad y dignidad de cada ser humano según sus propios parámetros²⁴.

2) *La salud como derecho*: Como corolario de esa importancia para el desarrollo de la vida, el derecho a la salud es derecho fundamental prioritario. Sin embargo no tiene un carácter absoluto ya puede ceder de manera excepcional ante otros derechos pero solo en limitados casos. En consecuencia la integralidad de la salud debe ser salvaguardada abarcando el equilibrio físico y psíquico, así como social y espiritual.

Importa de manera indudable un derecho subjetivo de carácter público, ya que su ejercicio tiene una utilidad social real. Trasciende al mero interés individual y como tal su faz pública habilita a impugnar con carácter preventivo la irregularidad en el actuar público estatal o no.

Al referirnos a este derecho, partimos desde la perspectiva integral que recepta y defiende desde hace tantísimo tiempo la Organización Mundial de la Salud, que en el 1948 sostuvo que “*La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades*”²⁵.

En este sentido, debe entenderse que el derecho a la salud tiene por objeto la protección de la integridad física y síquica del individuo. Vinculado íntimamente con el derecho a la vida, acusa recepción en

²⁴ PAJARO, Marcela: “*Vivir y dejar morir. Apuntes sobre la eutanasia y el derecho a morir*”; Revista de Derecho de Familia, 2019-II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 379.

²⁵ La cita procede del Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, que fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22/07/1946, firmada el 22/07/1946 por los representantes de 61 Estados (Official Records of the World Health Organization, 2, p. 100), y entró en vigor el 7 de abril de 1948. La definición no ha sido modificada desde 1948” (<https://www.who.int/es/about/who-we-are/frequentlyasked-questions>, compulsada el 24/05/2019).

numerosos tratados internacionales de derechos humanos²⁶, que analizaremos a continuación.

3) *La recepción normativa del derecho a la salud*: El art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, incorpora el derecho a la vida y en el art. 25 recepta el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado que le asegure la salud y el bienestar, la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios.

El art. XI de la Declaración de Derechos y Deberes del Hombre establece que toda persona tiene derecho *a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales relativas a la alimentación, el vestido, la vivencia, la asistencia médica correspondiente al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad*.

Por su parte, en el art. 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se consagra el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental y en su art. 7, establece que nadie podrá ser sometido a experimentos médicos científicos sin su libre consentimiento.

El art. 5 apartado e) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, incluye el derecho a la salud pública, a la asistencia médica, a la seguridad y a los servicios sociales.

También está receptado en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), ya que en el apartado f) del art. 11 se incluye el derecho a la protección de la salud, así como el art. 14.2, en sus apartados b) y h), incorporan como derechos al acceso a servicios adecuados de atención médica, y a gozar de condiciones de vida adecuadas.

Otro tratado internacional que lo reconoce con una importante presencia en diversas normas es la Convención sobre los Derechos del Niño,

²⁶ Se sostiene que “*Los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos sientan una ética global y crean para los Estados que los suscriben y ratifican la obligación de emitir legislación dirigida a darles cumplimiento. En tal sentido constituyen las bases para el accionar de los Estados en términos de respetar (abstenerse de obstaculizar el goce del derecho), proteger (prevenir violaciones a estos derechos por parte de terceros) y cumplir (adoptar las medidas legislativas, administrativas, presupuestarias y de otra índole adecuadas para lograr su plena efectividad)*”. Cfr: MPOLÁS ANDREADIS, Alejandra y RIVAS BALOIRA, Mariano N.: “*El derecho a la salud: un pequeño paso hacia la tutela judicial efectiva*”. La Ley CABA, Buenos Aires, febrero 2020, p. 3.

que garantiza el Derecho a la salud de los NNA en sus arts. 6° (“todo niño tiene derecho intrínseco a la vida”), 17 (“derecho al bienestar social, espiritual y moral, y su salud física y moral”), 23 (“derecho del niño mental o físicamente impedido a los servicios sanitarios y a una atención sanitaria preventiva y tratamiento médico, psicológico y funcional”), 24 (“derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud”) y 25 (“derecho de un niño internado a los fines de atención, protección o tratamiento de su salud física o mental”).

A nivel regional americano este derecho personalísimo tiene tutela legal específica en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su art. 5° inc. 1 establece con claridad que: «*Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral*».

Vemos también que en el derecho español ha sido reconocido expresamente en el marco de la Constitución del año 1978. Así en el capítulo III, Título I que está dedicado a los *principios rectores de la política social y económica*, incluye el artículo 43 con el contenido que se detalla a continuación: a) Reconocimiento del derecho a la protección de la salud; b) Impone a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios; c) Deber de los poderes públicos de fomentar la educación sanitaria, la educación física y el deporte; así como asimismo, facilitar la adecuada utilización del ocio²⁷.

Asimismo tiene una múltiple protección en el derecho interno argentino, ya que por ejemplo en el Código Penal de éste país (como sucede en los de todas las naciones) se reprime a quien causare a otra persona lesiones graves, leves y levisimas que afecten la integridad física (art. 89 y ss. C.P.), importando así su respeto desde una perspectiva punitiva. Es decir que se busca una sanción penal a quien infringe una lesión al derecho a la salud de una persona.

También en el ámbito del derecho privado, el CCyCN incorpora normas específicas que constituyen un marco concreto de protección del derecho a la salud, como son lo que disponen los arts. 56 a 60 y que analizaré en los próximos apartados de este texto.

²⁷ Además en el contexto constitucional español se relaciona con otros preceptos que se relacionan con el derecho a la vida, a la protección social y la calidad de vida, que están incorporados en los arts. 15, 40.2, 45.1, 46, 47, 49, 50 y 51.

Por todo ello, no existe duda que dentro del amplio espectro de los derechos humanos, debemos velar y proteger el derecho a la salud, ya que ella hace a la vida misma del ser humano²⁸.

Al respecto y con una visión desde la bioética se ha dicho que “...la salud no solo debe ser garantizado porque es un derecho que está positivizado (...) sino porque es antes que ello, un objetivo de derecho natural confiado a la custodia del Estado. Huelga decir que es tal: derecho natural; por ser sin más él mismo, una clara extensión prolongación, derivación o corolario -del mismo derecho a la vida. El derecho a la salud en definitiva no puede ser pensado disociadamente del derecho a la vida; la ausencia de salud es primero enfermedad y finalmente no vida; obviamente que también entre nacer y morir, el mencionado derecho a la salud se interrelaciona con una totalidad de otros derechos, que hacen seriamente pensar que sin salud aunque ontológicamente es antes siempre sin vida -resulta inaccesible gozar de otros derechos..”²⁹.

4) *Salud, autonomía privada y actos de disposición del propio cuerpo:* Particularmente dentro del derecho a la salud se encuentra estrechamente relacionado el derecho de las personas a la libre disposición de su propio cuerpo, en donde la autonomía de la voluntad se alza como regla general con las respectivas limitaciones que imponen las diferentes normativas (CCyCN, CN, Tratados internacionales, entre otras). Cabe destacar además que ese derecho adquiere especiales connotaciones cuando se trata de personas menores de edad, quienes lo ejercen

En consecuencia, estamos ante esenciales derechos íntimamente vinculados, pues el cuidado y la disposición del propio cuerpo se relacionan con el derecho a la salud, a recibir la atención médica adecuada y a la vida.

La nueva legislación en Argentina establece una serie de pautas que limitan la autonomía de la voluntad de las personas a la hora de ejercerlos como portadoras o titulares de estos. Así, en su artículo 55 el CCyC dispone que: “*El consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos es admitido si no es contrario a la ley, la moral o las buenas costum-*

²⁸ Cfr: ZALAZAR, Claudia E.: “*La protección de la discapacidad en la argentina a luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*”. En: ZALAZAR, Claudia y CARRANZA, Gonzalo: “*Derecho y Salud en Perspectiva. Estudios*”, ob. cit. p. 242.

²⁹ ANDRUET, Armando S: “*Bioética, Derecho y Sociedad. Conflicto, ciencia y convivencia*”, Alveroni, Córdoba, 2004, p. 107.

bres. *Este consentimiento no se presume, es de interpretación restrictiva, y libremente revocable*”.

IV-. Derecho a la disposición del propio cuerpo

Los actos de disposición de propio cuerpo son esencialmente parte de los derechos personalísimos que protegen las manifestaciones físicas de la persona, comprendiendo las atribuciones o señorío que el hombre tiene sobre su propia vida, su integridad física, e incluso sobre sus despojos mortales³⁰.

En Argentina han merecido una recepción expresa en el art. 17, el CCyCN que dispone que *“Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor económico, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social, y sólo pueden ser disponibles por su titular cuando se configure alguno de esos valores y según lo dispongan leyes especiales”*

Es decir que la disposición sobre el propio cuerpo tiene límites claros que se relacionan con los principios que son delineados en el propio sistema jurídico. Así, se sostiene que *“la autonomía dispositiva de la persona sobre su cuerpo se vincula con el llamado derecho a la integridad física, que procura determinar las atribuciones que se tienen sobre el propio cuerpo, sus límites y la tutela legal que posibilite su efectivo ejercicio frente a la oposición, atentado o amenaza de agresión, ya sea proveniente de terceros o del Estado”*³¹.

En todo coherente con la doctrina y la jurisprudencia, es la propia persona- como portadora del derecho- la que puede lícitamente disponer del cuerpo y sus partes integrantes para los fines antes mencionados con arreglo a lo que dispongan las leyes especiales, a las que la norma reenvía.

De modo tal que, como consecuencia de un principio bioético³² por el cual el que “cuerpo humano” no es susceptible de tener un valor económico

³⁰ CERUTTI, María del Carmen: *“Derechos personalísimos. Actos de disposición del propio cuerpo: cuatro preguntas distintas sobre su existencia”*, ponencia en la Comisión 1 de las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Argentina, 2001.

³¹ HOOFT, Irene: *“Breve panorama de la regulación de los derechos personalísimos en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”*, ob. cit., p. 12.

³² La bioética, también denominada “ética de vida”, es esa disciplina científica que estudia aspectos éticos de la medicina y la biología en general, así como las relaciones de los hombres con restantes seres vivos (Cfr.: BERGEL, Salvador Darío: *“Notas sobre*

y por la propia definición relacionada al mismo, el CCyCN lo sustrae del régimen correspondiente a los bienes materiales (y por lo tanto de la definición de cosas), en definitiva, lo deja “fuera del comercio”³³. Es decir que no puede ser considerado una “cosa” en el sentido jurídico del término³⁴ ya que no es un objeto material susceptible de apreciación pecuniaria en los términos del art. 16 del CCyCN³⁵.

De esta manera, se entiende que una persona adulta es soberana para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea –conforme a las normas constitucionales y convencionales-. Como también es claro que el negocio jurídico, al ser un instrumento de autodeterminación, es -por naturaleza- un medio de expresión de las preferencias subjetivas, de la libertad emocional y de sentimientos discrecionales jurídicamente no controlables por criterios de razonabilidad.

Pero esa libertad deja de justificarse cuando su ejercicio atenta intolerablemente contra la dignidad humana. Sucede que esta dignidad es un valor objetivo sustraído a la disponibilidad de la persona interesada. Por otro lado, en una sociedad con tendencias inocultables a la mercantilización de la persona humana, dejar solo en el consentimiento contractual la legitimación de la disposición de un derecho fundamental o personalísimo equivaldría, en la gran mayoría de los casos, a poner a los vulnerables al servicio de los fuertes, a los pobres al servicio de los ricos³⁶. Es así que el límite de libertad de actuación individual o de autodeterminación está en que no se perjudique intolerablemente la dignidad de la persona humana³⁷.

la bioética en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, Revista de Derecho de Familia y las Personas, Noviembre, 2014, p. 135.

³³ CANTAFIO, Fabio Fidel, “La salud y los derechos personalísimos en el Proyecto de Código” ob. cit.

³⁴ CHIAPERO, Silvana María, “Manual de Derecho Privado. Parte General”, Advocatus, Córdoba, 2016, p 119

³⁵ El art. 16 del CCyCN dispone que “Los derechos referidos en el artículo anterior pueden recaer sobre bienes susceptibles de valor económico. Los bienes materiales se llaman cosas. Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre”.

³⁶ LAMM, Eleonora, “Comentario al artículo 55”, en CAMELO, Gustavo, HERRERA, Marisa y PICASSO, Sebastián, “Código Civil y Comercial de La Nación Comentado”; ob. cit.; p. 135.

³⁷ DE LORENZO, Miguel F., “Contratos, derechos fundamentales y dignidad de la persona humana”, en LL 2011-E, p. 1258.

Luego de analizar las normas citadas, cabe preguntarse ¿En qué casos la legislación permite el ejercicio de este derecho?.

Así, continuando con la lectura del código, se observa que el artículo 56 del mismo cuerpo normativo contiene una prohibición en su primer párrafo, que extiende la regla de la indisponibilidad relativa de los derechos personalísimos a los relacionados con el propio cuerpo.

Así se dispone que: “*Están prohibidos los actos de disposición del propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de su integridad o resulten contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres, excepto que sean requeridos para el mejoramiento de la salud de la persona, y excepcionalmente de otra persona, de conformidad a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico*”.

Si lo analizamos vemos como el artículo analizado consagra como principio general, que la disposición del propio cuerpo resulta viable y permitida a través de un acto de voluntad, libre y revocable.

Sin embargo también estipula que esta “facultad/derecho” tiene límites que se establecen, como ya analizamos, en resguardo de la dignidad de la persona humana.

Así, no se puede disponer del propio cuerpo en dos circunstancias:

- i. Cuando esa disposición causa una disminución permanente de la integridad que no tiene una razón de salud; y
- ii. Cuando la disposición resulta contraria a la ley, moral o las buenas costumbres.

De esta manera, no basta la mera voluntad del individuo de disponer de partes de su cuerpo como si se tratase de simples objetos, si ello puede causar una disminución permanente de su integridad. A modo de ejemplo, ni la voluntad de vender un riñón, ni el deseo de verse amputado un miembro sano sin ninguna necesidad terapéutica, se consideran compatibles con la dignidad humana³⁸.

Ahora bien, este derecho de disposición se extiende a los actos que afectan al propio cuerpo de la persona, incluso cuando su ejercicio puede producir una disminución permanente de su integridad, si los mismos son

³⁸ ANDORNO, Roberto, “La persona humana en el proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial”, *Revista de Derecho de Familia de las Personas*, año IV, n° 7, 2012, p. 232

requeridos para el mejoramiento de la salud de la persona”, o “excepcionalmente” al mejoramiento de la salud de otra persona.

Esta solución que ofrece una permisión extraordinaria, cuando -basado en el valor solidaridad- la disposición sobre el propio cuerpo redunde en beneficio exclusivo de otra persona.

Así, con esta excepción el legislador contempló lo que ya había sido resuelto por la jurisprudencia en un caso de autorización de trasplante de pulmón de un padre a sus dos hijas menores, valorando en la decisión, la circunstancia que el donante “*no sufrirá un grave perjuicio a su salud, sólo una disminución en un porcentaje inferior que no afectará su vida futura, existiendo además razonables perspectivas de éxito para conservar la vida o al menos, mejorar la salud de las receptoras*”³⁹.

V. Directivas médicas anticipadas

Desde el ámbito de la ciencia médica se sostiene que las directivas medicas anticipadas consisten en esa manifestación de la voluntad escrita que fue hecha por una persona capaz quien, de manera consciente y libre, expresa las opciones, preferencias o deseos que deben respetarse en la asistencia sanitaria por recibir cuando se produzcan circunstancias clínicas que le impidan comunicar personalmente su voluntad⁴⁰.

Se puede afirmar así que las también denominadas “voluntades anticipadas”, importan esas manifestaciones de la voluntad que son dictadas en ejercicio de los derechos personalísimos que se relacionan a la salud y al cuidado del propio cuerpo y que tendrán virtualidad en un supuesto futuro y eventual.

Las mismas implicarán la permisión o el rechazo a la realización de tratamientos médicos y que serán utilizadas solamente en el supuesto que el sujeto que la haya emitido se encuentre imposibilitado de manifestar su

³⁹ CANTAFIO, Fabio Fidel, La salud y los derechos personalísimos en el Proyecto de Código, ob. cit.

⁴⁰ PEZZANO, Laura, “*Directivas anticipadas. Una expresión de planificación anticipada del cuidado médico*”, Revista del Hospital Italiano de Buenos Aires, vol. 26, n. 4, diciembre 2006, disponible en www.revista.hospitalitaliano.org.ar.

voluntad al tiempo que se realice la práctica médica, como consecuencia de la gravedad de su estado⁴¹.

Es decir que abarcan dos posibilidades diferentes:

Las que tienen que relación con la habilitación o no de recibir ciertas prácticas médicas que se pretendan realizar, en relación a la persona que las ha realizado;

En su caso designando por esa directiva a esas personas que podrán tomar la decisión por él o ella.

Directivas anticipadas y autodeterminación tiene una relación de género a especie ya que como se sostiene desde la doctrina *“el sustento sobre el que fundar una disciplina relativa a las directivas anticipadas es el mismo que el del consentimiento informado: el derecho a la autodeterminación del paciente, que no es sino una manifestación particular del derecho a la libertad. La libre determinación del paciente es hoy universalmente reconocida como el esencial criterio para la elección y ejecución del tratamiento sanitario. Es de señalar, no obstante, que no faltan opiniones que lo fundan en el derecho personalísimo a la integridad física o a la disposición del propio cuerpo”*⁴².

De acuerdo a la distribución de competencias legislativas en el sistema federal argentino, la cuestión de las directivas anticipadas puede estar regulada tanto por las provincias, como por el Estado Nacional.

En el derecho privado interno argentino, las directivas médicas anticipadas a nivel nacional tienen su regulación especial, concreta y específica en el art. 60 de CCyCN. Por su parte, no hay gran número de provincias que hayan receptado una regulación especial, existiendo solo en Córdoba, Chubut y Río Negro⁴³.

⁴¹ Cfr: LARSEN, Jessica A.: *“Los adolescentes y el ejercicio de las directivas médicas anticipadas”*; Revista de Derecho de Familia, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2019-II, p. 373.

⁴² TOBÍAS, José W.: *“Las directivas anticipadas”*, LA LEY 2016-C, 790.

⁴³ En la Provincia de Córdoba la ley 10.058 incluye la *“regulación del derecho a decidir en forma anticipada la voluntad respecto a la negativa a someterse a medios, tratamientos o procedimientos médicos de encarnizamiento terapéutico que pretendan prolongar de manera indigna la vida”*. Por su parte en la Provincia de Chubut se sancionó la ley III-34 que dispone la y en la de Río Negro existe un gran trabajo normativo en este camino. Podemos nombrar la ley 4.263 de *“Declaración de Voluntad Anticipada”* y la ley 4.264 de *“Rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación y alimenta-*

Volviendo al art. 60, en su primera parte, dispone que: “*La persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad...*”. En este punto, la norma alude a capacidad y no a competencia, excluyendo de las directivas anticipadas a los menores de edad, pese a que el código les reconoce -en forma gradual- un papel preponderante en la toma de decisiones vinculadas a su salud, cuestión que analizaremos más adelante.

La segunda parte del artículo refiere a la posibilidad de designar a una o más personas por parte de quien suscribe la directiva anticipada para que estos manifiesten la voluntad de su “representado” para recibir o rechazar los actos médicos que se requieran en su debido momento siempre que la persona se encuentre imposibilitada para expresarlo.

Por último, en consonancia con lo ya analizado, la norma establece un claro límite a la hora de realizar una directiva medica anticipada: “*Las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutánasicas se tienen por no escritas*”, pues esto iría en contra de la ley –art. 5 de la ley 26.259-, la moral y las buenas costumbres.

VI. El consentimiento informado

Cada vez que una práctica médica de este tipo entra en juego, el paciente que va a recibirla debe conocer adecuadamente el tratamientos médicos a los que puede someterse y las consecuencias que ellos pueden generar.

El consentimiento informado fue incluido en el estatuto que reguló sobre los derechos de los pacientes, el consentimiento informado y la historia clínica (ley 26.529) y luego, el CCyCN lo incluyó en el art. 59 al legislar sobre los derechos personalísimos.

Sólo resulta válido si el paciente presta su consentimiento previo a recibir la adecuada y completa información. El art. 59 del CCyCN establece claramente que nadie puede ser sometido a tratamientos médicos o quirúrgicos sin su consentimiento informado. Esta una regla básica tiene excepciones, como cuando existe una disposición legal en contrario, como sería en el caso de exámenes médicos prescriptos con carácter obligatorio

ción y de reanimación artificial, cuando sean extraordinarios o desproporcionados a las perspectivas de mejoría y produzcan dolor y sufrimiento desmesurado”.

como, por ejemplo, los que deben cumplir los interesados en acceder a empleos públicos.

Se lo define como la declaración de voluntad expresada por el paciente, luego de recibir «*información clara, precisa y adecuada*», respecto a diversos aspectos relacionados con su salud, el tratamiento, los riesgos, beneficios, los procedimientos alternativos, consecuencias de la no realización de la terapéutica indicada.

De esta manera, previamente informado, cualquier paciente puede aceptar o rechazar los tratamientos que se pretende realizar sobre su cuerpo, lo que en función del principio de autonomía de la voluntad, debe ser respetado por el médico.

En el supuesto de incapacidad del paciente, o cuando haya imposibilidad de darlo a causa de su estado físico o psíquico, podrá dar el consentimiento el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente, siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud.

El consentimiento informado es libremente revocable, siendo éste una regla básica en materia bioética y el profesional médico podrá prescindir de él sólo en caso de urgencia y cuando no se encuentre presente algunas de las personas señaladas en el párrafo anterior.⁴⁴

En cuanto a la forma del consentimiento informado, el art. 7 de la ley 26.529, de Derechos del paciente, establece que será verbal, salvo que se trate de procedimientos médicos de mayor complejidad, como intervenciones quirúrgicas, internaciones, tratamientos invasivos, en los que debe ser realizado por escrito.

⁴⁴ En relación a la revocabilidad del consentimiento prestado se sostiene que “*El legislador vuelve a poner en el tapete, la importancia de la declaración de voluntad del paciente, es decir, su autonomía, su autodeterminación ligada a sus derechos personalísimos, en un caso para autorizar; en otro para rechazar; y en este, para revocar una autorización o una denegatoria, anteriormente dada*” (Cfr.: GARAY, Oscar E.: “*El consentimiento informado en el código civil y comercial y en la ley de derechos de los pacientes*”, LA LEY 23/08/2017, 1) .

VII. Los derechos personalísimos de los adultos mayores: Su ejercicio en caso de situaciones de emergencia, con especial aplicación a la Pandemia COVID 19

VII.1. El eje de este capítulo, es analizar si las restricciones a los derechos personalísimos de los adultos mayores que fueron efectuados por el Poder Ejecutivo a través de los Decretos de Necesidad y Urgencia, son razonables y guardan relación con nuestro sistema democrático de gobierno, con la Constitución Nacional; con las normas de nuestro derecho interno que especialmente tutelan estos derechos y con el Derecho Supra Nacional.

El estudio doctrinario y la aplicación jurisprudencial de los Derechos Personalísimos, se ha intensificado en los últimos tiempos en todo el mundo. Argentina no ha sido ajena a este fenómeno.

Estos derechos se encuentran tutelados desde dos ópticas:

- a) Desde la óptica del derecho público protegen a la persona humana de toda invasión estatal que conculque su libertad, dignidad, igualdad -entre otros- en cuanto seres que participan de una vida en sociedad, que necesitan el reconocimiento de sus potencias básicas para subsistir económicamente, que buscan un lugar en cuanto a sus ideales o ideas políticas, creencias religiosas, éticas y humanas, por mencionar algunas.
- b) Desde la óptica del derecho privado, protegen a la persona de las lesiones que otros puedan causar dentro del marco individual e interrelacional⁴⁵.

Asimismo, el Derecho Supra Nacional, a través de los Tratados Internacionales que hayan sido ratificados por Ley Nacional.

Como se ha dicho, nuestra Constitución Nacional reformada en 1994, ratificó a través del artículo 75 inc. 22, los Tratados Internacionales que tutelan de modo bastante completo, los derechos de la personalidad.

En especial referencia al tema que nos ocupa, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de los adultos mayores, ratificada por Ley Nacional 27.360.

⁴⁵ JUNYENT DE SANDOVAL, Beatriz: “*Fecundación Asistida e Identidad Personal*”. Primera Reimpresión, Astrea, Buenos Aires, Bogotá, Puerto Alegre, 2020

Todos ellos deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ellos reconocidos.

En la Constitución Nacional, encontramos estos derechos reconocidos fundamentalmente en los artículos 14, 14 bis, 15, 16, 17, 18 y siguientes que declaran los derechos y garantías entre los cuales están el derecho a trabajar y ejercer industria lícita, entrar, permanecer, transitar y salir del territorio Argentino, publicar las ideas por la prensa sin censura previa; usar y disponer de su propiedad, profesar libremente su culto, enseñar y aprender. Condiciones dignas y equitativas de labor, derecho de huelga, seguridad social, acceso a una vivienda digna, igualdad ante la ley, inviolabilidad de la propiedad privada, etc.

Especial referencia merece el artículo 19 que establece la zona de reserva donde todas las acciones privadas de los hombres que no perjudican a un tercero y no ofendan el orden y la moral pública, “están reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados”. Consagrando a su vez el principio de Legalidad, en virtud del cual ninguna persona está obligada a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíba.

Dentro del Derecho Privado, el Código Civil y Comercial de la Nación en los fundamentos, establece aspectos valorativos que caracterizan al mismo entre los que se encuentran: a) **la Constitucionalización del derecho Privado**. Este aspecto, establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, reflejada en casi todos los campos entre otros, la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales; b) **Un Código de la igualdad** que busca plasmar una verdadera ética de los vulnerables; c) **un Código basado en un paradigma no discriminatorio**.

El tema de la restricción de los derechos personalísimos ante una “Emergencia Sanitaria” como la que se nos presenta hoy a través de la Pandemia del COVID 19, es un asunto sumamente delicado.

Es imprescindible que la suspensión de ciertos derechos y garantías país, estén acordes al Principio de Razonabilidad establecido en el art 28 CN, que determina que no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio. Es preciso hacer un examen de proporcionalidad entre los fines y los medios.

Por otro lado, hay que tener muy en cuenta que estas restricciones, deben ser siempre temporarias, no sine die.... Llevamos ya más de cien días de cuarentena, días en los cuales se restringen los derechos de circular libremente, de autodeterminación, de libertad.

VII.2. En el caso especial de los adultos mayores, con una supuesta intención tuitiva, a través de algunas Resoluciones emanadas de los órganos gubernamentales, se los ha discriminado inconstitucionalmente. De tal manera que estas restricciones, deberán siempre tener presente el valor supremo de la justicia como prioritario.

Nos referiremos sucintamente al “lamentable proyecto del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, finalmente modificado sustancialmente, y que sigue teniendo efectos porque esos adultos mayores están sometidos a un confinamiento estricto que además se pretende prolongar en el tiempo”⁴⁶.

A través de una Resolución Conjunta emanada del Gobierno de la ciudad de Buenos Aires, (del Señor ministro de Salud y el Sr Jefe de gabinete de Ministros porteño individualizada como N°16/MJGGC/20, se dispuso instruir a a todo el personal del Gobierno de la ciudad Autónoma de Buenos Aires a contactarse con las personas mayores de 70 años a fin de exponerles entre otras cosas los riesgos de contagio. Pero lo más asombroso de esta resolución es que intenta garantizar la salud de este colectivo social (mayores de 70 años) “evitando que los mayores de 70 años salgan innecesariamente de su domicilio, para lo cual, “*establece la necesidad de que estos adultos mayores se comuniquen previamente con el servicio de atención ciudadana al número 147*”.

Esta Resolución fechada 19 de abril del 2020, expresa “EL MINISTRO DE SALUD Y EL JEFE DE GABINETE DE MINISTROS DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES RESUELVEN: Artículo 1°. Instruyese a todo el personal del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que no revista en reparticiones de naturaleza esencial en el marco de la presente emergencia sanitaria, a contactarse con las personas mayores de 70 años, a efectos de brindar asistencia e información a quienes lo necesiten, a fin de evitar situaciones que los expongan al riesgo de contagio y afectación del sistema de salud. La actuación del personal convocado consistirá en concientizar acerca de los riesgos de contagio, escuchar a la personas, identificar las necesidades que se planteen y brindar la orientación y/o posterior derivación y resolución de las mismas. Artículo 2°. A los efectos de garantizar el conocimiento de todas las alternativas puestas a disposición por parte de la Ciudad, para evitar que las personas

⁴⁶ RIVERA, Julio Cesar: “*La Autonomía en jaque y la Constitución también*”. Comentario al fallo Lanzari y otras consideraciones

de setenta (70) o más años salgan innecesariamente de su domicilio o lugar en el que se encuentren cumpliendo el “aislamiento social, preventivo y obligatorio” dispuesto por el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 297/PEN/20, establécese la necesidad de comunicarse previamente con el servicio de atención ciudadana al número 147. Artículo 3°. El aviso efectuado con la modalidad prevista en el artículo 2°, estará vigente durante 48 horas. Artículo 4°. Quedan exceptuados de lo establecido en el artículo 2°: 1. Personal de Salud, Fuerzas de seguridad, Fuerzas Armadas, actividad migratoria, servicio meteorológico nacional, bomberos y control de tráfico aéreo. 2. Autoridades superiores de los gobiernos nacional, provinciales, municipales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 3. Personal diplomático y consular extranjero acreditado ante el gobierno argentino, en el marco de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y la Convención de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares y al personal de los organismos internacionales acreditados ante el gobierno argentino, de la Cruz Roja y Cascos Blancos. 4. Personal que se desempeña en los servicios de comunicación audiovisuales, radiales y gráficos. 5. Los titulares de las actividades y servicios declarados esenciales por el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 297/PEN/20 y las autorizadas por las Decisiones Administrativas N° 429/20, 450/20, 467/20, 468/20 y 490, así como las que en el futuro se establezcan. 6. Las personas que deban recibir las vacunas de conformidad con el calendario establecido y/o para realizar tratamientos médicos programados. 7. Las personas que deban cobrar su sueldo o jubilación en el día que corresponda conforme el calendario de pago establecido. Artículo 5°. La presente medida entrará en vigencia a partir de las cero horas (00:00 hs.) del día lunes 20 de abril de 2020. Artículo 6°. Publíquese en el Boletín Oficial de la Ciudad de Buenos Aires. Comuníquese y notifíquese a los Ministerios y Secretarías del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para su conocimiento y demás efectos. Cumplido, archívese. González Bernaldo de Quiros – Miguel

Consideramos que esta Resolución, lesiona el derecho a la autodeterminación de los adultos mayores e implica una discriminación intolerable a este grupo etareo, vulnerando su más elemental derecho a la dignidad humana. Nos parece abusiva e inconstitucional y así fue declarada por el juez Lisandro Ezequiel Fastman por considerar que imponer a los adultos mayores de 70 años , una comunicación previa para realizar desplazamientos mínimos, resulta una exigencia desproporcionada .

Así se declaró en la sentencia que “*Resulta procedente declarar la inconstitucionalidad de la medida del GCBA que restringe la posibilidad*

de circular sin autorización previa a los mayores de 70 años, durante el aislamiento social, preventivo y obligatorio, toda vez que se trata de una medida que, más allá de sus buenas intenciones, importa 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 la herramienta planteada disminuye la autonomía personal y la capacidad de decisión, solo en función de la edad, por lo que desde la óptica judicial ello conlleva una lesión a los derechos y garantías constitucionales y, como tal, no supera el test de constitucionalidad⁴⁷.

En la Convención Interamericana para Adultos Mayores, dentro de los Derechos Protegidos, en el artículo 5, menciona la igualdad y la no discriminación por razón de edad. Queda prohibida por la presente Convención la discriminación por edad en la vejez.

En el artículo 6 de la misma convención, se determina que Los Estados Parte adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar a la persona mayor el goce efectivo del derecho a la vida y el derecho a vivir con dignidad en la vejez hasta el fin de sus días, en igualdad de condiciones con otros sectores de la población⁴⁸.

VII.3. Concepto de Adulto Mayor

La Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, en el Preámbulo, considera importante reiterar el propósito de consolidar, dentro del marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos fundamentales de la persona;

Resalta que la persona mayor tiene los mismos derechos humanos y libertades fundamentales que otras personas, y que estos derechos, incluido el de no verse sometida a discriminación fundada en la edad ni a ningún tipo de violencia, dimanar de la dignidad y la igualdad que son inherentes a todo ser humano; Reconoce que la persona, a medida que envejece, debe

⁴⁷ Sentencia del 20 de Abril de 2020, Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario NRO 14. Ciudad de Buenos Aires, Juez Lisandro Ezequiel Fastman SAIJ: FA20370011.

⁴⁸ Convención Interamericana sobre derechos de las Personas Mayores, ratificada por Ley nacional 27.360 del año 2017.

seguir disfrutando de una vida plena, independiente y autónoma, con salud, seguridad, integración y participación activa en las esferas económica, social, cultural y política de sus sociedades. El objeto de la Convención es promover, proteger y asegurar el reconocimiento y el pleno goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor, a fin de contribuir a su plena inclusión, integración y participación en la sociedad.

Lo dispuesto en la presente Convención no se interpretará como una limitación a derechos o beneficios más amplios o adicionales que reconozcan el derecho internacional o las legislaciones internas de los Estados Parte, a favor de la persona mayor.

La convención, establece una definición de la Persona Mayor, expresando que es “Aquella de 60 años o más, salvo que la ley interna determine una edad base menor o mayor, siempre que esta no sea superior a los 65 años.”⁴⁹

Siguiendo los conceptos vertidos por Isolina Davove⁵⁰, “es importante que no califiquemos a todas las personas mayores de la misma manera puesto que hay vejez diversas y asistencias distintas. Así, existe una vejez robusta, plena, saludable y activa. Se trata de personas mayores de 60 pero que son totalmente autoválidas, se sienten plenas, sanas, trabajan y viven en forma totalmente independiente.”

Confinarlos y restringirles sus derechos a la libertad de circulación, a la auto determinación, conspira contra su dignidad y resulta a todas luces discriminatorio e inconstitucional.

No se nos escapa que hay otra vejez frágil y dependiente, pero en nuestro país el 90% de los adultos mayores entre 60 y 75/80 años suele ser independiente y autoválida⁵¹, incluso siguen trabajando, cuidando sus nietos, llevándolos al colegio, ayudando en múltiples actividades. No son descartables, son personas humanas cuya dignidad debe ser respetada.

El Capítulo II de la Convención, titulado Principios Generales, en su artículo 3 determina que son aplicables – entre otros-: a) La promoción y defensa de los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor. b) La valorización de la persona mayor, su papel en la sociedad y

⁴⁹ Convención Interamericana sobre derechos de las Personas Mayores, ratificada por Ley nacional 27.360 del año 2017.

⁵⁰ DAVOVE, Isolina: “*Conferencia Colegio de Abogados de Córdoba de abril del 2020*”

⁵¹ DAVOVE, Isolina: “*Conferencia Colegio de Abogados de Córdoba de abril del 2020*”

contribución al desarrollo. c) La dignidad, independencia, protagonismo y autonomía de la persona mayor. d) La igualdad y no discriminación ; e) La participación, integración e inclusión plena y efectiva en la sociedad. l) El enfoque diferencial para el goce efectivo de los derechos de la persona mayor. m) El respeto y valorización de la diversidad cultural.

Es importante mencionar también que la Convención, establece expresamente el derecho a la independencia y a la autonomía personal de los adultos mayores. Que los estados parte en la presente convención, reconocen el derecho de la persona mayor a tomar decisiones, a la definición de su plan de vida, a desarrollar una vida autónoma e independiente, conforme a sus tradiciones y creencias, en igualdad de condiciones y a disponer de mecanismos para poder ejercer sus derechos.

No podemos, ni siquiera con un fin tuitivo, privar a los adultos mayores del respeto a la autonomía en la toma de sus decisiones, así como ,ni a la independencia en la realización de sus actos.

La persona mayor tiene derecho a aceptar, negarse a recibir o interrumpir voluntariamente tratamientos médicos o quirúrgicos, incluidos los de la medicina tradicional, alternativa y complementaria, investigación, experimentos médicos o científicos, ya sean de carácter físico o psíquico, y a recibir información clara y oportuna sobre las posibles consecuencias y los riesgos de dicha decisión.

Del mismo modo, la persona mayor tiene derecho a la privacidad y a la intimidad y a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, hogar o unidad doméstica, o cualquier ámbito en el que se desenvuelvan, así como en su correspondencia o cualquier otro tipo de comunicación.

Para concluir este tema del respeto profundo que merecen los adultos mayores, reproduzco en esta oportunidad, unas palabras escritas por la Dra. Delia Ferreira Rubio en el Diario La Nación. Así expresa que “ la emergencia no es un cheque en blanco para decidir cualquier cosa sobre cualquier área de la vida. Las medidas de emergencia deben respetar el estado de derecho, las libertades y los derechos básicos. Las restricciones deben ser las necesarias, adecuadas y proporcionales al objetivo; deben ser limitadas en el tiempo, informadas a la ciudadanía y sujetas a control”⁵².

⁵² FERREIRA RUBIO, Delia: “*La emergencia no es un cheque en blanco*”. En: Diario La Nación, Buenos Aires, 4 de mayo de 2020. Disponible online: <https://www.>

VIII. Conclusiones

VIII.1. En el contexto de la pandemia de COVID-19, el ejercicio de los derechos de la personalidad se ha visto impactado. De manera notoria la libertad ambulatoria, religiosa, de reunión; la intimidad; el derecho a la salud, a no ser discriminado, se han visto afectados por las medidas de “aislamiento social, preventivo y obligatorio” adoptadas, las que en su concreción debieran haber propiciado el adecuado resguardo y respeto a la dignidad de la persona humana, especialmente de la franja etaria constituida por los adultos mayores, por ser consideradas personas de riesgo proclives a padecer los efectos más adversos del virus COVID-19.

VIII.2. Está claro que en el máximo nivel de nuestro sistema, está el derecho a la vida y a la salud, cabe ver de que manera, en tiempo de crisis como la que vivimos, se compatibilizan y armonizan los otros derechos frente a ellos.

VIII.3. Los derechos personalísimos no son derechos absolutos, sino que son susceptibles de ser limitados en su ejercicio, sin que ello suponga que las eventuales restricciones queden libradas a la entera discrecionalidad de la autoridad. En todo caso, la legitimidad de tales limitaciones radica en que deben ser dispuestas con criterios objetivos de razonabilidad y proporcionalidad.

VIII.4. En tiempos de pandemia, el derecho a la salud entendido como un derecho personalísimo primordial debe ser resguardado por el Estado, a través del despliegue, desarrollo y configuración de la mayor cantidad de políticas públicas sanitarias que puedan dar una respuesta efectiva a las personas que contraigan el virus del COVID-19.

VIII 5. En base el principio de autodeterminación, cualquier persona podría negarse a la recepción de tratamientos médicos destinados a mejorar su condición al haber contraído el virus COVI-19. Sin embargo esa decisión puede ser limitada cuando su ejercicio abusivo puede poner en riesgo a la población en general.

VIII 6. La directivas médicas anticipadas pueden ser un eficaz instrumento a los fines de la toma de decisiones sobre tratamientos médicos a ser realizados, en los casos que la persona afectada por el virus se encuentre en

una situación en que ya no pueda expresar su consentimiento para seguir o no recibiendo asistencia médica que prolongue su vida.

VIII.7 El tema de la restricción de los derechos personalísimos ante una Emergencia Sanitaria como la que se nos presenta hoy a través de la Pandemia COVID-19, es un asunto sumamente delicado.

VIII.8 Consideramos importante reflexionar sobre la necesaria temporalidad de la suspensión de estos derechos, sobre todo la libertad, tan preciada por el hombre y la capacidad de autodeterminación de todas las personas, en especial de los adultos mayores, quienes no pueden ser tratados todos de la misma manera puesto que esto implicaría una discriminación injustificada.

VIII.9 No puede permitirse conductas gubernamentales abusivas. Es preciso hacer un examen de proporcionalidad entre los fines y los medios con carácter de razonabilidad para que exista justicia en la sociedad.

BIBLIOGRAFIA

- ANDORNO, Roberto, “La persona humana en el proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial”, *Revista de Derecho de Familia de las Personas*, año IV, n° 7, 2012.
- ANDRUET, Armando S: “*Bioética, Derecho y Sociedad. Conflicto, ciencia y convivencia*”, Alveroni, Córdoba, 2004.
- BERGEL, Salvador Darío: “*Notas sobre la bioética en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*”, *Revista de Derecho de Familia y las Personas*, Noviembre, 2014.
- BOSSI, María Florencia: “*La protección de datos personales y de la privacidad en tiempos de pandemia*”. <https://www.linkedin.com> Id SAIJ: DACF200038; 24-03-2020.
- CERUTTI, María del Carmen: “*Derechos personalísimos. Actos de disposición del propio cuerpo: cuatro preguntas distintas sobre su existencia*”, ponencia en la Comisión 1 de las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Argentina, 2001.
- CHIAPERO, Silvana María, “*Manual de Derecho Privado. Parte General*”, Advocatus, Córdoba, 2016.

- CIFUENTES, Santos: *“Los derechos personalísimos”*. Astrea, Bs. As., 1986.
- CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS DE LAS PERSONAS MAYORES, ratificada por Ley nacional 27.360 del año 2017
- CN. CRIM. Y CORREC.SALA V- “Blanco Peña, M. L. s/habeas corpus” - 29/05/2020.
- CSJN , Fallos 316:479, “Bahamondez”, voto Dres. Barra y Fayt; Fallos 323:3229; 324:3569; 327:3753; 329:1638; 329:4918; Corte Sup., causa “Arriola”, sent. del 25/8/2009, Fallos 332:1963. CSJN, 13-11-1990. L.L. 1991B-470.CSJN, 06/11/1980, “Saguir y Dib, Claudia Graciela s/ autorización”, LL, 1981-A, 401; CSJN, 27/1/1987; CSJN, 27/02/1987, “Cisilotto, María del Carmen Baricalla de c. Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social)”, LL, 1987-B, 311; CSJN, 05/03/2003, “Portal de Belen — Asociación Civil Sin Fines de Lucro c. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo”, LL, 2002-B, 520.
- DE LORENZO, Miguel F., *“Contratos, derechos fundamentales y dignidad de la persona humana”*, en LL 2011-E.
- DAVOVE, Isolina: *“Conferencia Colegio de Abogados de Córdoba de abril del 2020”*.
- FERREIRA RUBIO, Delia: *“La emergencia no es un cheque en blanco”*. En: Diario La Nación, Buenos Aires, 4 de mayo de 2020. Disponible online: <https://www.lanacion.com.ar/politica/coronavirus-delia-ferreira-rubio-la-emergencia-no-es-un-cheque-en-blanco-nid2361173>.
- FUNDAMENTOS DEL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN, Código Civil y Comercial, Zavallia, Bs. As., 2014.
- GARAY, Oscar E.: *“El consentimiento informado en el código civil y comercial y en la ley de derechos de los pacientes”*, LA LEY 23/08/2017
- HOOFT, Irene: *“Breve panorama de la regulación de los derechos personalísimos en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”*. Publicado en: SJA 14/10/2015, 14/10/2015, 8. Cita Online: AR/DOC/5372/2015.
- JUNYENT BAS DE SANDOVAL, Beatriz: *“Fecundación Asistida e Identidad Personal”*. Primera Reimpresión, Astrea, Buenos Aires, Bogotá, Puerto Alegre, 2020.

- LAMM, Eleonora, “Comentario al artículo 55”, en CAMELO, Gustavo, HERRERA, Marisa y PICASSO, Sebastián, “Código Civil y Comercial de La Nación Comentado.
- LARSEN, Jessica A.: “Los adolescentes y el ejercicio de las directivas médicas anticipadas”; Revista de Derecho de Familia, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2019-II.
- LORENZETTI, Ricardo L.: “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”. Rubinzal Culzoni Santa Fe 2014.
- MALAVOLTA, Victor y PULVIRENTI, Orlando D.: “Pandemia COVID-19: derecho a la salud y su tutela estatal”. En: www.saij.gov.ar Id SAIJ: DACF200041, 30-03-2020.
- MPOLÁS ANDREADIS, Alejandra y RIVAS BALOIRA, Mariano N.: “El derecho a la salud: un pequeño paso hacia la tutela judicial efectiva”. La Ley CABA, Buenos Aires, febrero 2020.
- NAVARRO FLORIA, Juan G.: “Estado, religión y ley en tiempos de emergencia sanitaria: ¿la libertad religiosa en cuarentena?”. En: [http://www.calir.org.ar/verPdf.php?doc=/docs Libertadreligiosaentiemposdecoronavirus.pdf](http://www.calir.org.ar/verPdf.php?doc=/docs/Libertadreligiosaentiemposdecoronavirus.pdf).
- PAJARO, Marcela: “Vivir y dejar morir. Apuntes sobre la eutanasia y el derecho a morir”; Revista de Derecho de Familia, 2019-II, Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- PEZZANO, Laura, “Directivas anticipadas. Una expresión de planificación anticipada del cuidado médico”, Revista del Hospital Italiano de Buenos Aires, vol. 26, n. 4, diciembre 2006, disponible en www.revista.hospitalitaliano.org.ar.
- RIVERA, Julio César, CROVI, Luis Daniel y MEDINA, Graciela: “Derecho Civil. Parte General”. Abeledo Perrot, Thomson Reuters, Buenos Aires, 2016.
- RIVERA, Julio Cesar: “La Autonomía en jaque y la Constitución también”. Comentario al fallo Lanzari y otras consideraciones
- STEIN, Patricia; “Personas humanas. principio y fin de su existencia”. En: BERTOLDI DE FOURCADE, María V. (Directora), “Manual de Derecho Privado. Parte General”, Advocatus, Córdoba 2015.
- TAGLE, Victoria María: “Derecho privado. Parte general”. T. I, Alveroni, Córdoba., edición actualizada.
- TOBÍAS, José W.: “Las directivas anticipadas”, LA LEY 2016-C

ZALAZAR, Claudia E.: “*La protección de la discapacidad en la argentina a luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*”. En: ZALAZAR, Claudia y CARRANZA, Gonzalo: “*Derecho y Salud en Perspectiva. Estudios*”, Advocatus, Córdoba, 2019.