

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO FRENTE A LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DEL GOBIERNO ARGENTINO ANTE LA PANDEMIA DEL COVID-19

OLLIS SALUS POPULI SUPREMA LEX ESTO

PABLO OCTAVIO CABRAL¹

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Los problemas de la medicina como rama del Estado, no pueden resolverse si la política sanitaria no está respaldada por una política social. Del mismo modo que no puede haber una política social sin una economía organizada en beneficio de la mayoría.

Ramón Carrillo

I. PRESENTACIÓN

La pandemia que hoy azota a todo el planeta nos expone ante las distintas experiencias de cada país, donde abundan variadas respuestas de los Estados para afrontar la veloz transmisión del coronavirus, amortiguar el impacto en los sistemas de salud –públicos y privados- y disminuir el número de fallecidos por COVID-19. Estos objetivos establecidos por las autoridades públicas estatales -repetidos en todos

¹ Abogado y Especialista en Derecho Administrativo (UNLP), profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, Director de la Revista Derechos en Acción, investigador del Centro de Investigación en Derecho Crítico –CIDERCIT/UNLP- y Sub Director de la Escuela del Cuerpo de Abogados/as del Estado –ECAE- dependiente de la Procuración del Tesoro de la Nación.

los países que sufren esta enfermedad- pueden ser graficados con la frase “disminuir y retrasar la curva de contagios y muertes”. Una consecuencia directa de la difusión de la enfermedad y de las medidas y políticas públicas dispuestas para afrontar la crisis sanitaria, resultó ser la paralización de la economía, así como el aumento del desempleo, la caída de la recaudación fiscal, la disminución de las arcas públicas y el cierre de empresas, comercios y fábricas –grandes, medianos y chicos-, entre otras.

La magnitud de la catástrofe vital a la que nos enfrentamos como sociedad, nos ubica en una situación cuyo abordaje no se encuentra suficientemente regulado o normado por el derecho; nuestro ordenamiento jurídico –al igual que el de la gran mayoría de los Estados- no prevé ni resuelve el modo, acciones o conductas que los gobernantes deben adoptar para superar una pandemia de estas dimensiones. Nos encontramos, entonces, ante un fenómeno no desarrollado por el derecho, ni abordado y resuelto en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que el margen de discrecionalidad en la adopción de las medidas para combatir al coronavirus se ensancha indefectiblemente. La doctrina se encuentra en pleno análisis del impacto de la pandemia en nuestro ordenamiento jurídico, en nuestro país², la región y el mundo³.

¿Cómo debemos evaluar y caracterizar las medidas dispuestas por el gobierno? ¿Se trata de limitaciones antijurídicas que afectan gravemente derechos fundamentales? ¿Se pueden sopesar en este escrutinio entre costos y beneficios de las políticas adoptadas? ¿Hasta dónde es libre el Poder Ejecutivo para tomar decisiones que afectan derechos individuales básicos?

No obstante –y con más razón por tratarse del ejercicio de una actividad con muchos aspectos no reglados- nuestro sistema constitucional establece mecanismos de limitación de las intervenciones de

² Nicolás Francisco Barbier; “Coronavirus Covid-19. La aplicación de las medidas que impactan en el Derecho Laboral”, 6 de abril de 2020 www.saij.gov.ar/IdSAIJ/DACF200052; Álvaro Bautista Flores; “Las contrataciones públicas en trámite y COVID-19. Algunas reflexiones”, REDA;

³ Walfrido Warde e Rafael Valim, *As consequências da COVID-19 no direito brasileiro*, Editora Contracorrente, 2020; Mauricio Tapia, “¿Era imprevisible el COVID-19? Análisis en derecho francés y chileno”, *Revista Jurisprudencia Argentina*, 2020-II, Fascículo 13, Buenos Aires, 24 de junio de 2020.

los gobernantes, disponiendo guías de conductas ante el conflicto de derechos en juego y pautas o estándares para evaluar la razonabilidad de las decisiones adoptadas.

Los sucesivos actos administrativos –en especial actos generales normativos- emitidos por el Presidente de la Nación –que en su conjunto constituyen una política pública ante la emergencia sanitaria y social- deberán ser evaluados en cuanto a su concordancia y respeto a nuestro ordenamiento jurídico por encontrarse en juego una serie de derechos individuales (derecho de propiedad, libertad de asociación, libertad de circulación, reunión y residencia, ejercicio del comercio, entre otros), colectivos (derecho a la salud, derecho a la vida, derecho a la alimentación, entre otros Derechos Económicos, Sociales y Culturales) y resultar especialmente afectados determinados grupos vulnerados, particularmente alcanzados por la enfermedad (personas de la tercera edad, personas enfermas, personas que habitan en geriátricos, sistemas penitenciarios y villas de emergencia) o por el impacto que las medidas estatales generan en la economía (grupos de personas excluidas con riesgo en el goce del derecho a la alimentación, a un trabajo y salario digno, a condiciones dignas de vida, entre otros). En todos los casos, se trata de derechos o grupos vulnerados con garantías de protección expresas en nuestra Constitución Nacional y Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

En este texto propongo un primer acercamiento más general y provisorio al análisis jurídico al conjunto de las principales medidas dispuestas por el Gobierno de la República Argentina para afrontar la crisis del coronavirus evaluando el contexto político, institucional y las condiciones sociales en las que se desenvuelven. Luego sí, me gustaría desarrollar un análisis – también provisorio- respecto de la razonabilidad de la medida que más claramente pone en juego la crisis entre derechos individuales y colectivos, consistente en el *aislamiento social preventivo y obligatorio*, conocido popularmente como “*cuarentena*”, y que se dispuso mediante una decisión administrativa que –como veremos- se fue prorrogando –con paulatinas flexibilizaciones por actividad y por zonas geográficas- hasta quedar reducida al Área Metropolitana de Buenos Aires –AMBA- y algunas ciudades provinciales, por ahora hasta el 30 de agosto de 2020.

La herramienta central en nuestro sistema constitucional para escrutar jurídicamente este tipo de medidas es la aplicación del estándar de razonabilidad. Abordaré esta pauta de interpretación en su relación con el principio de igualdad constitucional, las medidas de acción positiva, para referirme a los primeros precedentes jurisprudenciales en el que el Poder Judicial analizó el Decreto de Necesidad y Urgencia del Poder Ejecutivo N° 297/20 que diera inicio al aislamiento social preventivo y obligatorio en la Argentina.

Por último, evaluar el esquema general de las políticas sanitarias, económicas y sociales del Gobierno Nacional a la luz de las disposiciones de la Ley Nacional de Responsabilidad del Estado federal.

II. EL CORONAVIRUS Y LA POLÍTICA SANITARIA, ECONÓMICA Y SOCIAL DISPUESTA POR EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA ARGENTINA⁴

El coronavirus es una enfermedad que surgió en la República Popular de China a finales de 2019 y que en cuestión de meses se propagó por todo el planeta, si bien con una –relativa– baja mortalidad, con gran velocidad de contagio, y con afectación de un determinado grupo etario y de personas con problemas de salud de base. La Organización Mundial de la Salud (OMS) con fecha 11 de marzo de 2020 declaró el brote del nuevo coronavirus como una pandemia, luego 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 hasta ese momento a 110 países.⁵

⁴ Para un completo detalle normativo ver; Delfina M. Cavallini Viale y Leandro E. Ferreyra, “Cincuenta decretos de Alberto Fernández. Desde su asunción, el Presidente dictó 38 decretos de necesidad y urgencia y 12 delegados”, blog: palabrasdelderecho.com.ar. También se puede consultar; Víctor Malavolta y Orlando D. Pulvirenti, “Pandemia Covid-19: derecho a la salud y su tutela estatal”, publicado el 30 de marzo de 2020 www.saij.gov.ar Id SAIJ: DACF200041.

⁵ Las pandemias conocidas y documentadas que antecedieron al coronavirus, se iniciaron con la “*Peste de Justiniano*”, que atacó al Imperio Bizantino cobrándose la vida de 4 millones de personas; luego –ya en la Edad Media– se destaca la “*Peste Negra*” o “*Bubónica*” una zoonosis que a partir de las ratas y las pulgas se diseminó en los años 1343/1356 por toda Europa matando al 60 por ciento de su población; ya durante el Siglo XVIII la “*Viruela*”, una enfermedad grave y

II.1. Contexto general –social, institucional y político– de las medidas adoptadas

Antes de ingresar en el detalle de las políticas sanitarias en estudio, quisiera describir superficialmente algunas características generales que comparten la mayoría de las medidas dispuestas y el contexto institucional en el que se desenvuelven las respuestas del Gobierno argentino para afrontar la pandemia del coronavirus. El marco institucional en el que se desarrollan dichas políticas es el de la plena vigencia del Estado de Derecho y de las garantías propias de una sociedad democrática, encontrándose en funcionamiento –con las adaptaciones adecuadas a la crisis sanitaria- los tres poderes constituidos.

Todas las medidas de emergencia adoptadas dan cumplimiento a las condiciones cuyo respeto es exigido para su validez, pues existe:

extremadamente contagiosa que diezmo la población mundial desde su aparición, llegando a tener tasas de mortalidad de hasta el 30%, hoy erradicada por el descubrimiento y aplicación de vacunas (En 1977 se registró el último caso de contagio del virus, que desde entonces se considera extinguido); a partir de 1918 el mundo conoció la “*Gripe Española*” que se extendió por todo el mundo casi al tiempo que las tropas se repartían por los frentes europeos durante el final de la primera guerra mundial. Los sistemas de salud se vieron desbordados y las funerarias no daban abasto. Estudios recientes han revelado datos más precisos. Se estima que la tasa global de mortalidad fue de entre el 10 y el 20 por ciento de los infectados, *llegando a morir, en todo el mundo, entre 20 o 50 millones de personas*; en 1957 se desató la “*Gripe Asiática*”, el virus de la gripe A (H2N2) de procedencia aviar produjo en el mundo alrededor de un millón de fallecidos; esta gripe fue seguida por la “*Gripe de Hong Kong*”, una variación del virus de la gripe A (H3N2) que fue registrada en esta ciudad en 1968 y se expandió por todo el mundo; en la década del ochenta del siglo pasado se conoció el “*Virus de Inmunodeficiencia Adquirida -SIDA o VIH-*”, se extendió por todo el mundo centrando gran parte de los esfuerzos de las organizaciones mundiales de la salud. Se cree que su origen fue animal, y sus efectos son algo que podría describirse como el agotamiento del sistema inmunológico, de modo que el propio virus no es letal, pero sí lo son sus consecuencias, pues dejan el organismo desprotegido frente a otras enfermedades y se calcula que el VIH ha podido causar alrededor de 25 millones de muertes en todo el mundo. Ampliar en Guiomar Huguet Pané, “*Grandes pandemias de la historia. Enfermedades nuevas que aparecían y en poco tiempo atacaban a toda una población eran capaces de atravesar fronteras y convertirse en pandemias, cambiando el destino de los lugares y las personas que se veían afectadas por ellas*”. Disponible en: <https://historia.nationalgeographic.com.es>, 25 de marzo de 2020.

1) una real situación de emergencia, constatada o declarada por órgano competente (y con control judicial sobre su existencia y subsistencia); 2) un fin real de interés social y público; 3) la transitoriedad de la regulación excepcional y por último –como veremos en los próximos puntos- 4) la razonabilidad del medio elegido, o sea, proporción y adecuación entre la medida dispuesta, el fin perseguido, y los motivos y causas que dan origen a la medida de emergencia.

En el caso del Poder Legislativo, hoy funciona en modalidad virtual pudiendo sancionar leyes y realizar las tareas de control de la actividad normativa del Poder Ejecutivo en situaciones de emergencia, encontrándose en pleno trámite la revisión de los Decretos de Necesidad y Urgencia dictados durante la crisis sanitaria (Ley N° 26.122, Art. 99, inciso 3, CN)⁶. Al inicio de la pandemia existía incertidumbre sobre la constitucionalidad de las sesiones a distancia, lo que llevo a la Presidenta del Senado a iniciar una acción judicial solicitando a la CSJN que habilite las sesiones virtuales. El Tribunal falló que el “Senado de la Nación tiene todas las atribuciones constitucionales para interpretar su propio reglamento en cuanto a la manera virtual o remota de sesionar, sin recurrir a la Corte Suprema de Justicia de la Nación; por lo cual se rechaza la acción incoada”⁷.

Como bien explica el profesor Guillermo R. Moreno; “...si bien la pretensión fue desestimada, la Corte Suprema claramente accedió a la solicitud de un pronunciamiento acerca de la constitucionalidad de las sesiones virtuales en el Parlamento Nacional. Pues, sostuvo que, de acuerdo a la doctrina de la Corte, no corresponde que el máximo tribunal se pronuncie sobre actos de los otros poderes que ya están previstos en la Constitución. De esta forma señaló que “el llevar adelante las sesiones del Senado bajo una modalidad remota en lugar de la tradicional forma presencial, orbita dentro de las atribuciones propias del Poder Legislativo referentes a la instrumentación de las condiciones para crear la ley...[y] no supone en sí misma una posible

⁶ Delfina M. Cavallini Viale y Leandro E. Ferreyra, “Cincuenta decretos de Alberto Fernández. Desde su asunción, el Presidente dictó 38 decretos de necesidad y urgencia y 12 delegados”, blog palabrasdelderecho.com.ar.

⁷ CSJ 000353/2020/CS001, 24/04/2020

invasión del Poder Legislativo al ámbito de competencias que la Constitución asigna a los demás poderes del Estado.”⁸

Luego del pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que habilitó la posibilidad de sesiones virtuales en el Congreso de la Nación, ambas cámaras lograron llevar adelante sin inconvenientes sus sesiones remotas en las cuales se logró garantizar la identidad de cada legislador, el *quorum*, el debate y la votación. Así, en cuanto a la pandemia el Poder Legislativo dictó la ley 27.549, disponiendo beneficios especiales a personal de Salud, Fuerzas Armadas, de Seguridad y otros ante la pandemia de COVID- 19 (BO 08/06/2020), como también la Ley 27.548 de creación del programa de protección al personal de Salud ante la pandemia de coronavirus COVID- 19 (BO 08/06/2020).

En cuanto al Poder Judicial, ha quedado evidenciado que, a partir del dictado de las primeras medidas para afrontar la pandemia emitidas por el Poder Ejecutivo Nacional, los distintos poderes judiciales del país han emitido un importante caudal de resoluciones y sentencias que se relacionan directa e indirectamente con la posible afectación de derechos por las medidas de aislamiento social dispuestas. Esto es cabal demostración del funcionamiento del control judicial de la actividad administrativa en nuestro país, estando garantizado el cumplimiento de las garantías judiciales reguladas constitucionalmente y por tratados internacionales de protección de Derechos Humanos vigentes.⁹

Un análisis detallado del funcionamiento del Poder Judicial en nuestro país está disponible en el último reporte del CEJA¹⁰, en el cual sus autores¹¹ dan cuenta de las modalidades que permitieron la

⁸ Moreno, Guillermo Raúl, “El Congreso de la Nación Argentina y su funcionamiento a distancia. Una necesaria interpretación dinámica del texto constitucional frente a la crisis desatada por el Covid-19”, a editarse en Revista Derechos en Acción, N° 15, Junio 2020.

⁹ Ampliar en Ramiro Vélez; Diez fallos destacados con relación al aislamiento social, preventivo y obligatorio. Un repaso por las decisiones más importantes dictadas en el marco de la pandemia y su impacto en las relaciones jurídicas. Publicado en el blog: palabrasdelderecho.com.ar.

¹⁰ Ver Reporte CEJA: “Estado de la Justicia en América Latina bajo el COVID-19 Medidas generales adoptadas y uso de TICs en procesos judiciales”, Mayo 2020.

¹¹ Jaime Arellano, Laura Cora, Cristina García y Matías Sucunza.

continuidad del servicio de justicia y que para el caso de Argentina en el ámbito federal se garantizó la atención de causas urgentes, considerando tales, por lo menos: en materia penal, cuestiones vinculadas con privación de libertad, violencia urbana y doméstica, delitos contra la salud pública, delitos migratorios, interrupción de comunicaciones, aprovechamiento de calamidad, hábeas corpus, delitos contra integridad, seguridad pública y orden público; y, no penales, asuntos de familia urgentes, resguardo de menores, violencia de género y amparos.

Como lo explican López y Vélez, luego de un muy completo estudio de la casuística de los diversos Poderes Judiciales de la Argentina en tiempo de pandemia, “Los tribunales, si bien tuvieron que disponer ferias o asuetos extraordinarios, atendieron los planteos que les fueron llevados a su conocimiento, derivados de las medidas para prevenir la propagación del virus”.¹²

La propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, una vez conocida la medida de aislamiento social, preventivo y obligatorio dispuesto por el Poder Ejecutivo, acompañó la cuarentena con el dictado de la Acordada N° 6/2020 en la que ordenó una feria extraordinario respecto de todos los tribunales federales y nacionales y demás dependencias que integran este Poder Judicial de la Nación, apelando a la solidaridad que debe guiar la conducta de los habitantes de la Nación, justificando su decisión en las razones de salud pública referidas, atento lo dispuesto en el Decreto de Necesidad Urgencia 297/2020¹³. Las sucesivas prórrogas de la cuarentena dispuestas por el Gobierno Nacional fueron acompañadas por las correspondientes acordadas de la Corte

¹² López, José Ignacio y Vélez, Ramiro; “El control judicial de decisiones estatales en el marco de la emergencia sanitaria Un relevamiento de casos”, RDA,

¹³ CSJN, Acordada 6/2020, Expte. 1207/20, del 20 de marzo de 2020. Allí expresó el tribunal: “Que este Tribunal, como cabeza del Poder Judicial de la Nación, tiene la obligación de acompañar desde su ámbito las decisiones de las autoridades sanitarias competentes, quienes se encuentran en mejores condiciones de adoptar criterios plenamente informados en dichas cuestiones. A tales efectos, además de las que por su naturaleza exijan su urgente intervención, enfocara su accionar las cuestiones sanitarias -individuales generales- que se le planteen las sancionatorias de las conductas que desafían el sistema de prevención y mitigación dispuesto que socavan la solidaridad que debe guiar la conducta de los habitantes de la Nación, sin excepción alguna.”

Suprema de Justicia que, correlativamente fueron prorrogando la feria extraordinaria por el nuevo plazo de aislamiento social preventivo y obligatorio¹⁴. Consideró, al decidir el acompañamiento de la política sanitaria del Poder Ejecutivo, que la Corte ha venido adoptando diversas medidas desde el inicio de la pandemia con el objeto de garantizar el servicio de justicia: “sin descuidar las razones de salud pública que inspiraron las políticas implementadas en esa materia por la autoridad nacional y local”¹⁵. En otras de sus acordadas, el Tribunal sostuvo que todas las medidas adoptadas, si bien tienden a aumentar la prestación del servicio de justicia, deben ser: “compatibles con la preservación de la salud de las personas que la prestan y de aquellos que concurren a recibirla”¹⁶.

Finalmente, todas las medidas de gobierno referidas a la crisis del coronavirus son informadas a la población en forma veraz y confiable, tanto a través del reporte oficial diario, respecto a la evolución de los datos epidemiológicos que brindan las autoridades del Ministerio de Salud de la Nación, como a las conferencias de prensa que realiza el Presidente de la Nación cuando se produce una novedad o modificación de las medidas de aislamiento social.¹⁷

En definitiva se observa el cumplimiento de la directiva emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la actual situación sanitaria, en la que sostuvo que “es indispensable que se garantice el acceso a la justicia y a los mecanismos de denuncia, así como se proteja particularmente la actividad de las y los periodistas y las defensoras y defensores de derechos humanos, a fin de monitorear todas aquellas medidas que se adopten y que conlleven afectación o

¹⁴ CSJN; Acordadas Nros. 8/20, 10/20, 13/20, 14/20, 16/20, 18/20 y 25/20.

¹⁵ CSJN, Acordada N°25/20 de fecha 29 de junio de 2020.

¹⁶ CSJN, Acordada N° 14/20 de fecha 11 de mayo de 2020.

¹⁷ Dijo la Corte IDH en la Res. 1/2020; “El acceso a la información veraz y fiable, así como a internet, es esencial. Deben disponerse las medidas adecuadas para que el uso de tecnología de vigilancia para monitorear y rastrear la propagación del coronavirus COVID19, sea limitado y proporcional a las necesidades sanitarias y no implique una injerencia desmedida y lesiva para la privacidad, la protección de datos personales, y a la observancia del principio general de no discriminación.”

restricción de derechos humanos, con el objeto de ir evaluando su conformidad con los instrumentos y estándares interamericanos, así como sus consecuencias en las personas.”¹⁸

II.2. Emergencia sanitaria y social. Declaración legislativa

En diciembre de 2019, el Congreso de la Nación sancionó la **Ley 27.541**¹⁹, de Solidaridad Social y Reactivación productiva en el marco de la Emergencia Pública, que en su primer artículo declaró –entre otras áreas en crisis- la emergencia sanitaria y social²⁰, delegando al Poder Ejecutivo algunas facultades²¹ y – en su título X (artículo 64 a 85)- regulando diversos aspectos de la emergencia sanitaria.

¹⁸ Corte IDH, Res. 1/2020.

¹⁹ Ley de Solidaridad Social y Reactivación productiva en el marco de la Emergencia Pública, aprobada el 21 de diciembre de 2019 (Publicada en el Boletín Oficial del 23-dic-2019).

²⁰ Artículo 1°- “Declárase la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social, y deléganse en el Poder Ejecutivo nacional, las facultades comprendidas en la presente ley en los términos del artículo 76 de la Constitución Nacional, con arreglo a las bases de delegación establecidas en el artículo 2°, hasta el 31 de diciembre de 2020.”

²¹ Artículo 2°- Establécense las siguientes bases de delegación:...f) Procurar el suministro de medicamentos esenciales para tratamientos ambulatorios a pacientes en condiciones de alta vulnerabilidad social, el acceso a medicamentos e insumos esenciales para la prevención y el tratamiento de enfermedades infecciosas y crónicas no transmisibles; atender al efectivo cumplimiento de la ley 27.491 de control de enfermedades prevenibles por vacunación y asegurar a los beneficiarios del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados y del Sistema Nacional del Seguro de Salud, el acceso a las prestaciones médicas esenciales; g) Impulsar la recuperación de los salarios atendiendo a los sectores más vulnerados y generar mecanismos para facilitar la obtención de acuerdos salariales.” Sobre delegación legislativa, ver: SANTIAGO (h.), Alfonso – THURY CORNEJO, Valentín, Tratado sobre la delegación legislativa, Buenos Aires, Abaco, 2003; CASTRO VIDELA, Santiago M. – MAQUEDA FOURCADE, Santiago, La delegación legislativa y el Estado regulatorio Una mirada crítica al agujero negro de la regulación, Ábaco, Buenos Aires, 2017. BIANCHI, Alberto B., La delegación legislativa. Teoría de los reglamentos delegados en la Administración Pública, Ábaco, Buenos Aires, 1990.

El 12 de marzo del corriente año, mediante el **Decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 260/20**, se amplió la emergencia pública en materia sanitaria establecida por la Ley N° 27.541, en virtud de la pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en relación con el COVID-19, durante el plazo de un año a partir de la entrada en vigencia del citado decreto. Se designó como autoridad sanitaria de aplicación al Ministerio de Salud de la Nación y se lo facultó a realizar intervenciones concretas para afrontar la crisis sanitaria²², identificó las “zonas afectadas” por la pandemia de COVID-19²³, dispuso que el Ministerio de Salud deberá dar información diaria a la población sobre las “zonas afectadas” y la situación epidemiológica, respecto a la propagación, contención, y mitigación de esta enfermedad y deberá mantener informados a los centros de salud y profesionales sanitarios, públicos y privados, sobre las medidas de prevención, atención, contención y mitigación, que corresponde adoptar para dar respuesta al COVID-19.

²² En su artículo 2 el Decreto facultó al Ministerio de Salud de la Nación a; Disponer las recomendaciones y medidas a adoptar respecto de la situación epidemiológica, a fin de mitigar el impacto sanitario; Difundir en medios de comunicación masiva las medidas sanitarias que se adopten; Realizar campañas educativas y de difusión para brindar información a la comunidad; Recomendar restricciones de viajes desde o hacia las zonas afectadas; Efectuar la adquisición directa de bienes, servicios o equipamiento que sean necesarios para atender la emergencia, en base a evidencia científica y análisis de información estratégica de salud, sin sujeción al régimen de contrataciones de la administración nacional; Coordinar la distribución de los productos farmacéuticos que se requieran para satisfacer la demanda ante la emergencia; Entregar medicamentos, dispositivos médicos u otros elementos sanitizantes; Coordinar con las distintas jurisdicciones, la aplicación obligatoria de medidas sanitarias de desinfección en medios de transporte, salas de clases, lugares de trabajos y, en general, en cualquier lugar de acceso público o donde exista o pueda existir aglomeración de personas; Coordinar con las distintas jurisdicciones la adopción de medidas de salud pública, para restringir el desembarco de pasajeros de naves y aeronaves o circulación de transporte colectivo de pasajeros, subterráneos o trenes, o el aislamiento de zonas o regiones, o establecer restricciones de traslados, y sus excepciones, entre otras.

²³ Se indicó que la zona afectada está integrada por los Estados miembros de la Unión Europea, miembros del Espacio Schengen, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Estados Unidos de América, República de Corea, Estado del Japón, República Popular China y República Islámica de Irán.

Respecto de los insumos críticos (alcohol en gel, barbijos y otros definidos como tales), la autoridad sanitaria y el Ministerio de Desarrollo Productivo fueron facultados –conjuntamente- para fijar precios máximos y prevenir su desabastecimiento. Asimismo, reguló el aislamiento obligatorio y acciones preventivas ante casos confirmados de COVID-19 o sospechosos, la obligación de la población de reportar síntomas y la suspensión temporaria de los vuelos internacionales de pasajeros provenientes de las “zonas afectadas”.

II.3. Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio (Cuarentena)

El Presidente de la Nación -Alberto Fernández- dispuso, en el marco de la emergencia sanitaria y social, el *aislamiento social, preventivo y obligatorio* de las personas que habitan la Argentina o están en el país temporalmente por el **Decreto de Necesidad y Urgencia N°297/20** -durante el plazo comprendido entre el 20 y el 31 de marzo- (prorrogado hasta el 28 de Junio por los DNU N°325/20, 355/2020, 408/20, 459/20, 493/20 y 520/20), con la finalidad de proteger la salud pública, con fundamento en que dicho objetivo constituye una obligación inalienable del Estado nacional en razón de la pandemia declarada por la OMS y en atención a la evolución epidemiológica del COVID-19²⁴. Como vimos, esta medida fue acompañada por la Corte Suprema de Justicia mediante la imposición de la feria extraordinaria mediante Acordada 6/2020 del día 20 de marzo de 2020.

En estas decisiones el Poder Ejecutivo utilizó la figura de los Decretos de Necesidad y Urgencia, dando cumplimiento a los requisitos

²⁴ Artículo 1° “A fin de proteger la salud pública, lo que constituye una obligación inalienable del Estado nacional, se establece para todas las personas que habitan en el país o se encuentren en él en forma temporaria, la medida de “aislamiento social, preventivo y obligatorio” en los términos indicados en el presente decreto. La misma 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. Esta disposición se adopta en el marco de la declaración de pandemia emitida por la Organización Mundial de la Salud (OMS), la Emergencia Sanitaria ampliada por el Decreto N° 260/20 y su modificatorio, y en atención a la evolución de la situación epidemiológica, con relación al CORONAVIRUS-COVID 19.”

constitucionales (Art. 99, inc. 3 Constitución Nacional) y jurisprudenciales para su utilización. Al respecto, es criterio de la Corte Suprema que: “es necesaria la concurrencia de alguna de estas dos circunstancias: 1) Que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, vale decir, que las cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, o 2) que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes y, en este sentido, corresponde descartar criterios de mera conveniencia ajenos a circunstancias extremas de necesidad, puesto que la Constitución no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto”²⁵. Tampoco estas normas regulan materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos, expresamente prohibidas por la constitución.²⁶

La medida de *cuarentena*, tal como fue regulada, implica que las personas deberán permanecer aisladas en sus residencias y abstenerse

²⁵ CSJN, “Verrocchi, Ezio Daniel c/ Poder Ejecutivo Nacional - Administración Nacional de Aduanas s/ acción de amparo”, 19/8/1999, Fallos: 322:1726. Ver también; “Consumidores Argentinos c/ EN- PEN- Dto. 558/02-SS- ley 20.091 s/ amparo ley 16.986”, 19/5/2010, Fallos: 333:633.

²⁶ Víctor Malavolta y Orlando D. Pulvirenti, “Pandemia Covid-19: derecho a la salud y su tutela estatal”, publicado el 30 de marzo de 2020 www.saij.gob.ar Id SAIJ: DACF200041. Dicen los autores al respecto: “La herramienta legal a la cual se ha acudido en esta instancia, es decir el Decreto de Necesidad y Urgencia posiblemente por sus orígenes y algunos abusos históricos que ha corregido la Justicia, no goza de buena prensa; pero no es menos cierto que si existen situaciones que pueden justificar su uso, pocas encuadrarían tan razonablemente como ésta. Nos hallamos lamentablemente frente a una de aquellas casuísticas en las que no resulta posible aguardar los tiempos propios de deliberación y reflexión de los cuerpos legislativos... Y nos detenemos brevemente en la imposibilidad de dictar normas penales o tributarias, ambos DNU, el 260/2020 y el 297/2020, cuidadosamente remiten el accionar de las fuerzas policiales y de seguridad, así como de todo funcionario, al Código Penal y sus figuras ya existentes (artículos 205 y 239), no transgrediendo en modo alguna la prohibición citada. El camino elegido entonces por parte del presidente de la Nación resulta conforme con derecho no mereciendo reproche alguno desde el punto de vista del marco jurídico imperante.”

de concurrir a trabajar y no podrán desplazarse por rutas, vías y espacios públicos, pudiendo sólo realizar desplazamientos mínimos e indispensables para aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos²⁷. Quedaron exceptuadas las personas afectadas a las actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia como personal de salud, de seguridad, autoridades de los gobiernos nacional y local, personal de los servicios del Poder Judicial de turno, industria alimenticia y su comercialización, entre muchos otros²⁸. Durante la

²⁷ Artículo 2°. “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.”

²⁸ Artículo 6°. “Quedan exceptuadas del cumplimiento del “aislamiento social, preventivo y obligatorio” y de la prohibición de circular, las personas afectadas a las actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia, según se detalla a continuación, y sus desplazamientos deberán limitarse al estricto cumplimiento de esas actividades y servicios: 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 Trabajadores y trabajadoras del sector público nacional, provincial, municipal y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, convocados para garantizar actividades esenciales requeridas por las respectivas autoridades. 3. Personal de los servicios de justicia de turno, conforme establezcan las autoridades competentes. 4. 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. 5. Personas que deban asistir a otras con discapacidad; familiares que necesiten asistencia; a personas mayores; a niños, a niñas y a adolescentes. 6. Personas que deban atender una situación de fuerza mayor. 7. Personas afectadas a la realización de servicios funerarios, entierros y cremaciones. En tal marco, no se autorizan actividades que signifiquen reunión de personas. 8. Personas afectadas a la atención de comedores escolares, comunitarios y merenderos. 9. Personal que se desempeña

vigencia del aislamiento fueron prohibidos eventos culturales, recreativos, deportivos, religiosos, y de ninguna otra índole que impliquen la concurrencia de personas, quedando suspendidas las aperturas de locales, centros comerciales, establecimientos mayoristas y minoristas, y cualquier otro lugar que requiera la presencia de personas.²⁹

en los servicios de comunicación audiovisuales, radiales y gráficos. 10. Personal afectado a obra pública. 11. Supermercados mayoristas y minoristas y comercios minoristas de proximidad. Farmacias. Ferreterías. Veterinarias. Provisión de garrafas. 12. Industrias de alimentación, su cadena productiva e insumos; de higiene personal y limpieza; de equipamiento médico, medicamentos, vacunas y otros insumos sanitarios. 13. Actividades vinculadas con la producción, distribución y comercialización agropecuaria y de pesca. 14. Actividades de telecomunicaciones, internet fija y móvil y servicios digitales. 15. Actividades imposterables vinculadas con el comercio exterior. 16. Recolección, transporte y tratamiento de residuos sólidos urbanos, peligrosos y patogénicos. 17. Mantenimiento de los servicios básicos (agua, electricidad, gas, comunicaciones, etc.) y atención de emergencias. 18. Transporte público de pasajeros, transporte de mercaderías, petróleo, combustibles y GLP. 19. Reparto a domicilio de alimentos, medicamentos, productos de higiene, de limpieza y otros insumos de necesidad. 20. Servicios de lavandería. 21. Servicios postales y de distribución de paquetería. 22. Servicios esenciales de vigilancia, limpieza y guardia. 23. Guardias mínimas que aseguren la operación y mantenimiento de Yacimientos de Petróleo y Gas, plantas de tratamiento y/o refinación de Petróleo y gas, transporte y distribución de energía eléctrica, combustibles líquidos, petróleo y gas, estaciones expendedoras de combustibles y generadores de energía eléctrica. 24. S.E. Casa de Moneda, servicios de cajeros automáticos, transporte de caudales y todas aquellas actividades que el BANCO CENTRAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA disponga imprescindibles para garantizar el funcionamiento del sistema de pagos. El Jefe de Gabinete de Ministros, en su carácter de coordinador de la "Unidad de Coordinación General del Plan Integral para la Prevención de Eventos de Salud Pública de Importancia Internacional" y con recomendación de la autoridad sanitaria podrá ampliar o reducir las excepciones dispuestas, en función de la dinámica de la situación epidemiológica y de la eficacia que se observe en el cumplimiento de la presente medida. En todos estos casos, los empleadores y empleadoras deberán garantizar las condiciones de higiene y seguridad establecidas por el MINISTERIO DE SALUD para preservar la salud de las trabajadoras y de los trabajadores."

²⁹ Artículo 5°. "Durante la vigencia del "aislamiento social, preventivo y obligatorio" no podrán realizarse eventos culturales, recreativos, deportivos, religiosos, ni de ninguna otra índole que impliquen la concurrencia de personas. Se suspende la apertura de locales, centros comerciales, establecimientos mayoristas y minoristas, y cualquier otro lugar que requiera la presencia de personas."

Dispone la norma que el Poder Ejecutivo nacional, en coordinación con las jurisdicciones provinciales y de la CABA, realizará controles permanentes y fiscalización del cumplimiento de las medidas dispuestas para garantizar el aislamiento social, preventivo y obligatorio³⁰, estando facultado el Ministerio de Seguridad a disponer la inmediata detención de los vehículos que circulen en infracción a lo dispuesto en el decreto 297/20. Ante la existencia de una infracción a las medidas dispuestas, se hará cesar la conducta que violentó el decreto y se dará intervención al Poder Judicial con competencia en la materia.³¹

En sus considerandos el decreto resalta que la velocidad en el agravamiento de la situación epidemiológica a escala internacional, requiere la adopción de medidas inmediatas para hacer frente a esta emergencia, ya que, a pesar de las medidas oportunas y firmes que viene desplegando el Gobierno Nacional y los distintos gobiernos - provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires desde el primer caso confirmado en la Argentina, el día 3 de marzo de 2020, se han contabilizado noventa y siete casos de personas infectadas en once jurisdicciones, habiendo fallecido tres de ellas, según datos oficiales al 18 de marzo de 2020.

³⁰ Artículo 3º. “El Ministerio de Seguridad dispondrá controles permanentes en rutas, vías y espacios públicos, accesos y demás lugares estratégicos que determine, en coordinación y en forma concurrente con sus pares de las jurisdicciones provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para garantizar el cumplimiento del “aislamiento social, preventivo y obligatorio”, de las normas vigentes dispuestas en el marco de la emergencia sanitaria y de sus normas complementarias. Las autoridades de las demás jurisdicciones y organismos del sector público nacional, en el ámbito de sus competencias, y en coordinación y en forma concurrente con sus pares de las jurisdicciones provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, dispondrán procedimientos de fiscalización con la misma finalidad.”

³¹ Artículo 4º. “Cuando se constate la existencia de infracción al cumplimiento del “aislamiento social, preventivo y obligatorio” o a otras normas dispuestas para la protección de la salud pública en el marco de la emergencia sanitaria, se procederá de inmediato a hacer cesar la conducta infractora y se dará actuación a la autoridad competente, en el marco de los artículos 205, 239 y concordantes del Código Penal. El Ministerio de Seguridad deberá disponer la inmediata detención de los vehículos que circulen en infracción a lo dispuesto en el presente decreto y procederá a su retención preventiva por el tiempo que resulte necesario, a fin de evitar el desplazamiento de los mismos, para salvaguarda de la salud pública y para evitar la propagación del virus.”

Enfatiza que nos encontramos ante una potencial crisis sanitaria y social sin precedentes, y para ello es necesario tomar medidas oportunas, transparentes, consensuadas y basadas en las evidencias disponibles, a fin de mitigar su propagación y su impacto en el sistema sanitario. Por ello, teniendo en consideración la experiencia de los países de Asia y Europa que han transitado la circulación del virus pandémico con antelación, se puede concluir que el éxito de las medidas depende de las siguientes variables: la oportunidad, la intensidad (drásticas o escalonadas), y el efectivo cumplimiento de las mismas.

El fundamento fáctico de la medida es que no se cuenta con un tratamiento antiviral efectivo ni con vacunas que prevengan el contagio de coronavirus, las medidas de aislamiento y distanciamiento social siguen revistiendo un rol de vital importancia para hacer frente a la situación epidemiológica y mitigar el impacto sanitario de COVID-19.

Esta realidad es la que impone al Gobierno adoptar la medida de cuarentena, con el objetivo y finalidad de proteger la salud pública como una obligación inalienable del Estado nacional.

El **31 de marzo de 2020**, por **Decreto de Necesidad y Urgencia N°325/20**, se prorrogó hasta el 12 de abril de 2020 el aislamiento social y se dispuso que los trabajadores estatales del ámbito nacional que no están exceptuados de la cuarentena por el DNU N° 297, deberán realizar sus tareas –en tanto ello sea posible– desde los lugares en los que se encuentren aislados³². Esta medida fue nuevamente acompañada por la Corte Suprema de Justicia mediante la extensión de la feria extraordinaria mediante Acordada 8/2020 del día 1 de abril de 2020.

En sus considerandos, se da cuenta de una evaluación del estado epidemiológico de la enfermedad, tanto en nuestro país como en la región³³.

³² Artículo 2°. “Las trabajadoras y los trabajadores que no se encuentren alcanzados por ninguna de las excepciones previstas en el artículo 6° del Decreto N° 297/20, y deban cumplir con el “aislamiento social preventivo y obligatorio”, pertenecientes a las jurisdicciones, organismos y entidades del sector público nacional, cualquiera sea su forma de contratación, deberán abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo, pero deberán realizar sus tareas, en tanto ello sea posible, desde el lugar donde cumplan el aislamiento ordenado, cumpliendo las indicaciones de la autoridad jerárquica correspondiente.”

³³ Dicen los considerandos del DNU N°325/20; “Que, hasta el 29 de marzo de 2020, se han detectado a nivel mundial 571.568 casos de COVID-19

Se ejemplifica con las políticas públicas de otras naciones con buenos resultados en la disminución o desaceleración de la curva de contagios y muertes³⁴ y se detalla el desarrollo de la enfermedad en la Argentina que, si bien era el esperable, es necesario el paso de más tiempo para evaluar el impacto de la cuarentena³⁵. Concluye al respecto afirmando que: “no debemos dejar de lado que nos enfrentamos a una pandemia mundial que podría provocar, si no se adoptan las medidas adecuadas, una potencial crisis sanitaria y social sin precedentes, por lo que se deben tomar todas las medidas necesarias con el fin de mitigar su propagación y su impacto en el sistema sanitario” y destacando que la prórroga de la cuarentena dispuesta fue parte de las precisas

confirmados, con 26.494 muertes. Del total de casos, 100.314 se encuentran en nuestro continente”.

³⁴ Se lee en sus fundamentos: “Que los países que lograron aplanar la curva al día de la fecha (CHINA y COREA DEL SUR) confirmaron el impacto de tales medidas entre DIECIOCHO (18) y VEINTITRÉS (23) días después de haber adoptado las medidas de aislamiento y, en ambos casos, no se interrumpieron hasta haberse comprobado su efecto en razón del crecimiento de los casos confirmados de COVID-19. Que los países que han logrado controlar la expansión del virus han mantenido en niveles muy bajos la circulación de personas por, al menos, CINCO (5) semanas, condición necesaria para reducir la transmisión del virus... Que, según la experiencia de los países con mejores resultados, es esperable un incremento en el número de casos hasta TRES (3) semanas después de iniciada la cuarentena estricta. Que los países que implementaron medidas estrictas en el tramo exponencial de sus curvas y ya con números muy elevados de casos, no han podido observar aún efectos positivos en el número de contagios y fallecimientos.”

³⁵ Dice la norma que; “Que gracias a las medidas oportunas y firmes que vienen desplegando el Gobierno Nacional y los distintos Gobiernos Provinciales y de la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, así como al estricto cumplimiento de las mismas que viene realizando la gran mayoría de la población, en la REPÚBLICA ARGENTINA, al 29 de marzo, se han detectado 820 casos confirmados de COVID-19. Que la REPÚBLICA ARGENTINA ha implementado numerosas medidas tempranas para la contención de la epidemia, con la menor cantidad de casos y de días de evolución, en comparación con otros países del mundo...Que, si bien se han observado buenos resultados en la disminución de la circulación de personas, que se ven reflejados en el uso del transporte público, donde se constató una marcada disminución de pasajeros en subtes, trenes y colectivos, estos datos resultan aún insuficientes para evaluar sus efectos porque todavía no ha transcurrido, al menos, un período de incubación del virus - CATORCE (14) días-.”

recomendaciones recibidas por el Presidente de la Nación al reunirse con destacados expertos en epidemiología, a fin de proteger la salud pública.

Da cuenta el decreto, de la declaración judicial respecto de la constitucionalidad de la medida de aislamiento social, agregando que el DNU 297/20; “se ha dictado con el fin de contener y mitigar la propagación de la epidemia de COVID-19 y con su aplicación se pretende preservar la salud pública, adoptándose en tal sentido medidas proporcionadas a la amenaza que se enfrenta, en forma razonable y temporaria. La restricción a la libertad ambulatoria tiende a la preservación del orden público, en cuanto el bien jurídico tutelado es el derecho colectivo a la salud pública. En efecto, no se trata solo de la salud de cada una de las personas obligadas a cumplir la medida de aislamiento dispuesta, sino de todas y todos los habitantes en su conjunto, ya que la salud pública, por las características de contagio de COVID-19, depende de que cada una y cada uno de nosotros cumpla con su aislamiento, como la forma más eficaz para cuidarnos como sociedad.”

Con fecha *11 de abril de 2020*, por **Decreto de Necesidad y Urgencia N° 355/20**, el Poder Ejecutivo prorrogó hasta el día 26 de abril de 2020 las medidas de aislamiento social preventivo y obligatorio, facultando al Jefe de Gabinete nacional –con previa intervención de las autoridades sanitarias y a pedido de los gobiernos provinciales- a exceptuar del cumplimiento de las medidas de cuarentena al personal afectado a determinadas actividades y servicios, o a las personas que habiten en áreas geográficas específicas y delimitadas, con los respectivos protocolos sanitarios.³⁶ También dispuso la coordinación de las

³⁶ Artículo 2°. “El Jefe de Gabinete de Ministros, en su carácter de Coordinador de la “Unidad de Coordinación General del Plan Integral para la Prevención de Eventos de Salud Pública de Importancia Internacional” podrá, previa intervención de la autoridad sanitaria nacional, y a pedido de los Gobernadores o de las Gobernadoras de Provincias o del Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, exceptuar del cumplimiento del “aislamiento social, preventivo y obligatorio” y de la prohibición de circular, al personal afectado a determinadas actividades y servicios, o a las personas que habiten en áreas geográficas específicas y delimitadas, siempre que medien las siguientes circunstancias: a. Que el Gobernador, la Gobernadora o el Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires lo requiera por escrito, previa intervención y asentimiento de la máxima autoridad sanitaria local, en atención

distintas jurisdicciones para la fiscalización del cumplimiento de las medidas de aislamiento social.³⁷ Esta medida fue nuevamente acompañada por la Corte Suprema de Justicia mediante la prórroga de la feria extraordinaria dispuesta mediante Acordada 10/2020 del día 12 de abril de 2020.

En sus fundamentos, luego de repasar el contexto mundial de la pandemia, se evalúa la medida de aislamiento social adoptada en nuestro país, afirmando que, comparando el tiempo de duplicación de casos en Argentina antes y después de haberla implementado, se observó que pasó de 3,3 días a 10,3 días. Agrega que, habiéndose aumentado el testeado diagnóstico en todas las jurisdicciones del país, la proporción de casos nuevos detectados ha decrecido. Concluye que estas medidas permitieron, por el momento, contener la epidemia por la aparición paulatina de casos y de menor tiempo de evolución, registrándose una disminución en la velocidad de propagación y evitando que se verificara la saturación del sistema de salud, tal como sucedió en otros lugares del mundo.³⁸

Vuelve a informar que las más altas autoridades del Gobierno nacional mantuvieron una reunión con destacados expertos en epidemiología y recibieron precisas recomendaciones acerca de la conveniencia, a los fines de proteger la salud pública, de prorrogar la cuarentena,

a la situación epidemiológica respectiva. b. Que, junto con el requerimiento, se acompañe el protocolo de funcionamiento correspondiente, dando cumplimiento a las recomendaciones e instrucciones sanitarias y de seguridad nacionales y locales.”

³⁷ Artículo 3°. “Las autoridades de las jurisdicciones y organismos del sector público nacional en coordinación con sus pares de las jurisdicciones Provinciales, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las autoridades Municipales, cada uno en el ámbito de sus competencias, dispondrán los procedimientos de fiscalización necesarios para garantizar el cumplimiento del aislamiento social, preventivo y obligatorio, de los protocolos vigentes y de las normas dispuestas en el marco de la emergencia sanitaria y de sus normas complementarias.”

³⁸ Al respecto, amplía los argumentos el decreto en sus considerandos, al afirmar que “el comportamiento de los casos en la REPÚBLICA ARGENTINA evidencia un incipiente aplanamiento de la curva, que requiere de mayor tiempo para confirmar esta tendencia. Que nos hallamos ante una situación dinámica en la que pueden presentarse diferentes circunstancias epidemiológicas dentro del país e inclusive dentro de las distintas jurisdicciones provinciales.”

agregando que el Presidente de la Nación mantuvo una reunión por teleconferencia con los Gobernadores del país y con el Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en la cual se evaluó la implementación y los efectos de las medidas de aislamiento social preventivo y obligatorio.

El *26 de abril de 2020* se dictó el **Decreto de Necesidad y Urgencia 408/20**, por el que se prorrogó hasta el 10 de mayo las medidas sanitarias de cuarentena, ampliando las facultades de las jurisdicciones provinciales al disponer que los gobernadores podrán decidir excepciones a la misma dentro de sus territorios con la previa aprobación de la autoridad sanitaria local, siempre que se encuentren cumplidos los siguientes indicadores: que el tiempo de duplicación de casos supere los 15 días; que el sistema sanitario cuente con capacidad para dar respuesta a la potencial demanda; que la medida cuente con una evaluación positiva de las autoridades sanitarias; que la proporción de personas exceptuadas no supere el 50 por ciento del total de la población; que el área a exceptuar no debe estar definida por la autoridad sanitaria nacional como aquellas “con transmisión local o por conglomerado”³⁹. Se exceptúan expresamente de la flexibilización

³⁹ Artículo 3º: “Los Gobernadores y las Gobernadoras de Provincias podrán decidir excepciones al cumplimiento del “aislamiento social, preventivo y obligatorio” y a la prohibición de circular, respecto del personal afectado a determinadas actividades y servicios, en Departamentos o Partidos de sus jurisdicciones, previa aprobación de la autoridad sanitaria local y siempre que se dé cumplimiento, en cada Departamento o Partido comprendido en la medida, a los requisitos exigidos por los siguientes parámetros epidemiológicos y sanitarios: 1. El tiempo de duplicación de casos confirmados de Covid-19 no debe ser inferior a QUINCE (15) días. Este requisito no será requerido si, por la escasa o nula cantidad de casos, no puede realizarse el mencionado cálculo. 2. El sistema de salud debe contar con capacidad suficiente y adecuada para dar respuesta a la potencial demanda sanitaria. 3. Debe existir una evaluación positiva de las autoridades sanitarias respecto del riesgo socio-sanitario con relación a la densidad poblacional del área geográfica involucrada. 4. La proporción de personas exceptuadas del aislamiento social, preventivo y obligatorio, no podrá superar el CINCUENTA POR CIENTO (50%) de la población total del Departamento o Partido, según corresponda. 5. El Departamento o Partido comprendido en la medida no debe estar definido por la autoridad sanitaria nacional como aquellos “con transmisión local o por conglomerado”. Cuando cualquiera de los indicadores epidemiológicos y sanitarios señalados

de la cuarentena actividades como la educación, eventos sociales, cines, teatros, centros comerciales, restaurantes y bares, gimnasios, transporte público interjurisdiccionales y actividades turísticas, entre otras.⁴⁰ En estos casos, las autoridades nacionales y locales llevarán a cabo monitoreo de la evolución de la situación epidemiológica y sanitaria, pudiendo dejarse sin efecto las excepciones dispuestas.⁴¹ Esta

no se cumpliere en el Departamento o Partido comprendido en la medida, no podrá disponerse la excepción respecto del mismo y esta prohibición alcanzará a todo el aglomerado urbano que incluye sus zonas lindantes. Cuando se autorice una excepción en los términos previstos en este artículo, se deberá implementar, en forma previa, un protocolo de funcionamiento que dé cumplimiento a las recomendaciones e instrucciones sanitarias y de seguridad, nacionales y locales. Al disponerse la excepción se debe ordenar la inmediata comunicación de la medida al MINISTERIO DE SALUD de la Nación.”

⁴⁰ Artículo 4°. “No podrán incluirse como excepción en los términos del artículo 3° del presente decreto, las siguientes actividades y servicios: 1. Dictado de clases presenciales en todos los niveles y todas las modalidades. 2. Eventos públicos y privados: sociales, culturales, recreativos, deportivos, religiosos y de cualquier otra índole que implique la concurrencia de personas. 3. Centros comerciales, cines, teatros, centros culturales, bibliotecas, museos, restaurantes, bares, gimnasios, clubes y cualquier espacio público o privado que implique la concurrencia de personas. 4. Transporte público de pasajeros interurbano, interjurisdiccional e internacional. 5. Actividades turísticas; apertura de parques, plazas o similares.”

⁴¹ Artículo 5°. “Las jurisdicciones provinciales que dispusieren excepciones en el marco del artículo 3° del presente decreto, deberán realizar, en forma conjunta con el MINISTERIO DE SALUD de la Nación, el monitoreo de la evolución de la situación epidemiológica y sanitaria. En forma semanal, las autoridades sanitarias locales deberán remitir a la autoridad sanitaria nacional, un “Informe de Seguimiento Epidemiológico y Sanitario COVID-19” (ISES COVID-19) que deberá contener toda la información que esta les requiera para evaluar la trayectoria de la enfermedad y la capacidad del sistema sanitario para atender a la población. Si las autoridades locales detectaren un signo de alerta epidemiológico o sanitario, deberán comunicarlo de inmediato a la autoridad sanitaria nacional. El MINISTERIO DE SALUD de la Nación realizará el monitoreo de la evolución epidemiológica y sanitaria, y si detectare una situación de riesgo epidemiológico o sanitario, deberá recomendar en forma inmediata al Jefe de Gabinete de Ministros, que adopte las medidas pertinentes para contener la transmisión del virus SARS-CoV-2 que puede incluir la decisión de dejar sin efecto la excepción dispuesta por la autoridad provincial correspondiente. El Jefe de Gabinete de Ministros podrá disponer el cese de las excepciones dispuestas en el marco del artículo 3° del presente

medida fue nuevamente acompañada por la Corte Suprema de Justicia mediante la extensión de la feria extraordinaria mediante el dictado de la Acordada N°13/2020, del día 27 de abril de 2020.

Otra gran exclusión de la posibilidad de excepcionar las medidas de aislamiento social lo constituyen los aglomerados urbanos con más de medio millón de habitantes, así como el área metropolitana de Buenos Aires (AMBA).⁴²

Por último, se flexibilizó la cuarentena permitiendo a los aislados realizar una breve salida de esparcimiento, en beneficio de la salud y el

decreto, respecto de la jurisdicción provincial que incumpla con la entrega del Informe de Seguimiento Epidemiológico y Sanitario requerido o incumpla con la carga de información exigida en el marco del “Monitoreo de Indicadores de Riesgo Epidemiológico y Sanitario – COVID-19” (MIREs COVID-19). El Jefe de Gabinete de Ministros, en su carácter de Coordinador de la “Unidad de Coordinación General del Plan Integral para la Prevención de Eventos de Salud Pública de Importancia Internacional” podrá, en cualquier momento, por recomendación de la autoridad sanitaria nacional, dejar sin efecto las excepciones dispuestas en los términos del artículo 3° del presente decreto.”

⁴² Artículo 6°. “Toda vez que los indicadores epidemiológicos señalan que los grandes aglomerados urbanos son los lugares de mayor riesgo de transmisión del virus SARS-CoV-2 y donde más difícil resulta controlar esa transmisión, no será de aplicación el artículo 3° del presente decreto respecto de los aglomerados urbanos con más de QUINIENTOS MIL (500.000) habitantes, ubicados en cualquier lugar del país, ni tampoco respecto del Área Metropolitana de BUENOS AIRES. A los fines de este decreto, se considera Área Metropolitana de BUENOS AIRES a la zona urbana común que conforman la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES y los siguientes CUARENTA (40) Municipios de la Provincia de BUENOS AIRES: Almirante Brown, Avellaneda, Berazategui, Berisso, Brandsen, Campana, Cañuelas, Ensenada, Escobar, Esteban Echeverría, Exaltación de la Cruz, Ezeiza, Florencio Varela, General Las Heras, General Rodríguez, General San Martín, Hurlingham, Ituzaingó, José C. Paz, La Matanza, Lanús, La Plata, Lomas de Zamora, Luján, Marcos Paz, Malvinas Argentinas, Moreno, Merlo, Morón, Pilar, Presidente Perón, Quilmes, San Fernando, San Isidro, San Miguel, San Vicente, Tigre, Tres de Febrero, Vicente López y Zárate. El Jefe de Gabinete de Ministros, en su carácter de Coordinador de la “Unidad de Coordinación General del Plan Integral para la Prevención de Eventos de Salud Pública de Importancia Internacional”, podrá incluir en esta prohibición a aglomerados urbanos que tengan menos de QUINIENTOS MIL (500.000) habitantes o excluir a otros que superen esa cantidad de población, en atención a la evolución epidemiológica específica del lugar y previa intervención de la autoridad sanitaria nacional.”

bienestar psicofísico, sin alejarse más de quinientos metros de su residencia, con una duración máxima de una hora, durante el día y antes de las 20 horas.⁴³

Entre los fundamentos de la nueva prórroga de la cuarentena se informa que el tiempo de duplicación de casos era al inicio de 3,3 días y en la actualidad alcanza los 17,1 días, observando que las medidas adoptadas permitieron, por el momento, contener la epidemia por la aparición gradual y detección precoz de casos y la implementación de las acciones de control con menor tiempo de evolución, registrándose una disminución en la velocidad de propagación y evitando que se verificara la saturación del sistema de salud, tal como sucedió en otros lugares del mundo. También se da cuenta de la realización de una nueva reunión con los Gobernadores y Jefe de Gobierno de la CABA, así como con destacados expertos en epidemiología que emitieron precisas recomendaciones acerca de la conveniencia y necesidad, a los fines de proteger la salud pública, de prorrogar el aislamiento social.

La novedad consistió en la distinción de abordaje sanitario entre el tamaño de los conglomerados urbanos, ya que la Argentina es el octavo país en extensión territorial a nivel mundial y presenta una diversidad geográfica, socio-económica y demográfica que impacta en la dinámica de transmisión del virus. Se identifican áreas geográficas que justifican

⁴³ Artículo 8°. “Las personas que deben cumplir el “aislamiento social, preventivo y obligatorio” podrán realizar una breve salida de esparcimiento, en beneficio de la salud y el bienestar psicofísico, sin alejarse más de QUINIENTOS (500) metros de su residencia, con una duración máxima de SESENTA (60) minutos, en horario diurno y antes de las 20 horas. No se podrá usar transporte público o vehicular y se deberá guardar en todo momento un distanciamiento físico entre peatones no menor a DOS (2) metros, salvo en el caso de niños y niñas de hasta DOCE (12) años de edad, quienes deberán realizar la salida en compañía de una persona mayor conviviente. En ningún caso se podrán realizar aglomeramientos o reuniones y se deberá dar cumplimiento a las instrucciones generales de la autoridad sanitaria. Para esta salida se recomienda el uso de cubre boca, nariz y mentón o barbijo casero. Las autoridades locales dictaran las correspondientes normas reglamentarias y, en atención a las condiciones epidemiológicas y a la evaluación de riesgo en los distintos Departamentos o Partidos de la jurisdicción a su cargo, podrán incluso determinar uno o algunos días para ejercer este derecho, limitar su duración y, eventualmente, suspenderlo con el fin de proteger la salud pública.”

un tratamiento sanitario diferenciado, distinguiendo entre aquellas en las que solo se han confirmado casos importados o casos de contactos locales a partir del caso importado y que están controladas y otras que presentan transmisión local extendida, ya sea por conglomerados o con casos comunitarios.⁴⁴

El **10 de mayo de 2020** el Presidente de la República emitió el **Decreto de Necesidad y Urgencia N° 459/20**, por el que prorrogó el aislamiento social, preventivo y obligatorio hasta el día 24 de mayo del corriente año, habilitando nuevas excepciones para ciudades de hasta 500.000 habitantes, para localidades de más de medio millón de pobladores y para el AMBA. Esta medida fue nuevamente acompañada por la Corte Suprema de Justicia mediante la extensión de la feria extraordinaria dispuesta por Acordada N° 14/2020, del día 11 de mayo de 2020.

Respecto de los partidos o departamentos de hasta medio millón de habitantes, se dispuso que los Gobernadores de Provincias podrán establecer nuevas excepciones al cumplimiento de la cuarentena y a la prohibición de circular con el fin de autorizar actividades industriales, de servicios o comerciales, manteniendo los requisitos dispuestos en el artículo 3 del DNU 408, ampliando el porcentaje del total de la población alcanzada al 75 por ciento.⁴⁵ También se dispusieron facultades

⁴⁴ Especifica al respecto el decreto: “toda vez que los indicadores epidemiológicos señalan que los grandes conglomerados urbanos son los lugares de mayor peligro de expansión del virus SARS-CoV-2 y, también, los lugares donde es más difícil contener el contagio, no se establece la posibilidad de decidir excepciones al aislamiento social, preventivo y obligatorio, por parte de las autoridades de las jurisdicciones provinciales, respecto de los aglomerados urbanos con más de QUINIENTOS MIL (500.000) habitantes situados en cualquier lugar del país, ni respecto del Área Metropolitana de BUENOS AIRES, que incluye a la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES y a CUARENTA (40) Partidos, a los fines de este decreto.”

⁴⁵ Artículo 3°. “NUEVAS EXCEPCIONES EN DEPARTAMENTOS O PARTIDOS DE HASTA QUINIENTOS MIL (500.000 HABITANTES): En los Departamentos o Partidos que posean hasta QUINIENTOS MIL (500.000) habitantes y siempre que no formen parte de aglomerados urbanos cuya población supere ese número, los Gobernadores y las Gobernadoras de Provincias podrán disponer nuevas excepciones al cumplimiento del “aislamiento social, preventivo y obligatorio” y a la prohibición de circular con el fin de

para que los Gobernadores de cada jurisdicción amplíen las excepciones en ciudades de más de medio millón de habitantes y en el AMBA. En todos los casos las Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cuando se dispongan algunas de estas excepciones deberán realizar, en forma conjunta con el Ministerio de Salud de la Nación, el monitoreo de la evolución epidemiológica y de las condiciones sanitarias correspondientes.

En sus considerandos, el decreto realiza una evaluación epidemiológica de las medidas objeto de prórroga, advirtiendo que el Estado Nacional ha mejorado e incrementado la capacidad de asistencia del sistema de salud a través de lo que se conoce comúnmente como “aplanamiento de la curva”, tarea que, como se ha verificado a lo largo de este lapso, se viene logrando con éxito. Así lo demuestra la extensión del tiempo de duplicación de casos de COVID-19, que se extendió a veinticinco

autorizar actividades industriales, de servicios o comerciales. Para ello, deberán contar con la aprobación previa de la autoridad sanitaria provincial y ordenar la implementación de un protocolo de funcionamiento de la actividad respectiva, que contemple, como mínimo, el cumplimiento de todas las recomendaciones e instrucciones de la autoridad sanitaria nacional. En todos los casos, en forma previa a disponer la excepción respectiva, la autoridad provincial deberá constatar el cumplimiento de los requisitos exigidos por los siguientes parámetros epidemiológicos y sanitarios en cada Departamento o Partido comprendido en la medida: 1. Que el tiempo de duplicación de casos confirmados de COVID-19 no sea inferior a QUINCE (15) días. No será necesario cumplimentar este requisito si, por la escasa o nula cantidad de casos, no puede realizarse el mencionado cálculo. 2. Que el sistema de salud cuente con capacidad suficiente y adecuada para dar respuesta a la potencial demanda sanitaria. 3. Que exista una evaluación positiva de las autoridades sanitarias respecto del riesgo socio-sanitario con relación a la densidad poblacional del área geográfica involucrada. 4. Que la proporción de personas exceptuadas del “aislamiento social, preventivo y obligatorio”, no supere el SETENTA Y CINCO POR CIENTO (75 %) de la población total del Departamento o Partido, según corresponda. 5. Que el Departamento o Partido comprendido en la medida no esté definido por la autoridad sanitaria nacional como aquellos “con transmisión local o por conglomerado”. Cuando cualquiera de los indicadores epidemiológicos y sanitarios indicados no se cumplieren en un Departamento o Partido, no podrá disponerse excepción alguna respecto del mismo y esta prohibición alcanzará a todo el aglomerado urbano que incluye sus zonas lindantes. Al disponerse la excepción se deberá comunicar la medida en forma inmediata al MINISTERIO DE SALUD de la Nación.”

-25- días, al 8 de mayo de 2020. Indica que la situación epidemiológica a esa fecha, en nuestro país, con un total de 5.680 casos confirmados y 297 personas que han muerto a causa del coronavirus, permite observar un comportamiento regional distinto al ocurrido en las semanas anteriores y que la evolución de la pandemia en la mayoría de los países de la región ha evidenciado trayectorias mucho más severas.

El día **24 de mayo de 2020**, se emitió el **Decreto de Necesidad y Urgencia N° 493/20**, extendiendo la cuarentena hasta el día 7 de junio de 2020 y volviendo a prorrogar las medidas dispuestas originalmente por el Decreto N° 297/20. Esta medida fue nuevamente acompañada por la Corte Suprema de Justicia mediante la extensión de la feria extraordinaria dispuesta por Acordada N° 16/2020 del día 25 de mayo de 2020.

Entre sus fundamentos el decreto de necesidad y urgencia repasa el estado sanitario actual a nivel mundial, regional y de nuestro país, comparando algunos resultados provisorios alcanzados por diversas medidas adoptadas por diferentes Estados⁴⁶, y se especifican los indicadores epidemiológicos de Argentina resaltando una disminución en la tasa de duplicación de casos, que al dictado de la norma retrocedió a trece coma cuatro (13,4) días. Considera que, en atención a los resultados

⁴⁶ Expone el decreto: "Que no se conoce todavía en el mundo un país que haya superado totalmente la epidemia en forma plenamente exitosa, por lo que no puede aún validarse en forma categórica ninguna estrategia adoptada, máxime cuando las realidades sociales, económicas y culturales son diversas. Por este motivo se debe continuar en el diseño de una estrategia nacional específica para atender las urgencias y los desafíos que demanda una situación epidemiológica con características inusitadas y, en muchos aspectos, desconocidas. Que al día 22 de mayo, según datos oficiales de la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS), se han confirmado más de 4,9 millones de casos y 327 mil fallecidos en un total de 215 países, áreas o territorios con casos de COVID-19. Que, a nivel regional, se observa que el 70,2% de los casos corresponde a Estados Unidos de América, el 12,9% corresponde a Brasil y solo el 0,4% corresponde a Argentina, y que similar distribución presenta el total de fallecidos donde el 70,9% corresponde a los Estados Unidos de América, el 14,3% a Brasil y el 0,3% a la Argentina. Que la tasa de incidencia acumulada para Argentina es de 22 casos cada 100.000 habitantes, y resulta una de las más bajas de la región. Que la tasa de letalidad se ha mantenido relativamente estable para Argentina desde el inicio de la pandemia y a la fecha es de 4,2% y la tasa de mortalidad es de 9,8 por millón, y se mantiene dentro de los países con menor índice de mortalidad en la región."

del esfuerzo realizado por la sociedad en su conjunto y de conformidad con las recomendaciones recibidas por los expertos y las expertas que asesoran a la Presidencia, se evalúa que es necesario seguir adoptando decisiones consensuadas con los Gobernadores de las Provincias y con el Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para atender a las diferentes realidades y a la evolución epidemiológica que se verifica en las distintas regiones del país.

En los considerandos profundiza en la existencia de dos situaciones sanitarias muy diferentes dentro de la geografía nacional, una más preocupante integrada por el AMBA, la zona de Córdoba y Gran Córdoba, y la zona de Resistencia y Gran Resistencia, en las que existe transmisión comunitaria sostenida y son los lugares donde se observa la mayor concentración de casos y muertes del país, por lo cual requieren de un especial abordaje para controlar el crecimiento en el número de casos, y allí deben dirigirse los mayores esfuerzos. Por otra parte, la situación del resto de las provincias donde la enfermedad ha adquirido características distintivas, sea por el origen de la infección, la evolución que se ha observado en cada brote, las dinámicas propias de cada área en relación con la demografía y la respuesta que ha podido dar el sistema de atención para hacer frente a la epidemia. Por ello, en función de la distinta evolución de la epidemia en las diversas jurisdicciones, la determinación de la forma en que debe realizarse el aislamiento social debe ser evaluada a la luz de distintos parámetros y, necesariamente, debe adaptarse a la situación particular de cada provincia, departamento o territorio. La decisión respecto al momento en que se debe avanzar o retroceder de fase no depende de plazos medidos en tiempo, sino de momentos de evolución de la epidemia en cada lugar, que deben ser monitoreados de manera permanente.

El **8 de junio de 2020**, el Presidente de la Nación emitió el **Decreto de Necesidad y Urgencia N° 520/20**, extendiendo la cuarentena para la región del AMBA y algunas ciudades del interior del país, hasta el día 28 de junio de 2020 y disponiendo el reemplazo del aislamiento social, preventivo y obligatorio por la medida de *Distanciamiento Social, Preventivo y Obligatorio* para el resto de las jurisdicciones. Esta medida fue nuevamente acompañada por la Corte Suprema de Justicia mediante la extensión de la feria extraordinaria por Acordada N° 18/2020 del día 8 de junio de 2020.

En su primer capítulo el decreto regula el *Distanciamiento Social, Preventivo y Obligatorio* estableciéndolo para todas las personas que residan o transiten en los aglomerados urbanos y en los partidos y departamentos de las provincias argentinas en tanto estos verifiquen en forma positiva los siguientes parámetros epidemiológicos y sanitarios: 1. El sistema de salud debe contar con capacidad suficiente y adecuada para dar respuesta a la demanda sanitaria. 2. El aglomerado urbano, departamento o partido no debe estar definido por la autoridad sanitaria nacional como aquellos que poseen “transmisión comunitaria” del virus. 3. Que el tiempo de duplicación de casos confirmados de COVID-19 no sea inferior a quince días.⁴⁷

Al regular el nuevo Distanciamiento Social, Preventivo y Obligatoria, dispone lo relativo a los límites a la circulación (art. 4); reglas de conductas generales (art. 5); protocolos de actividades económicas (art. 6) y normas y protocolos para actividades deportivas, artísticas y sociales (art. 7). También aborda la evaluación para el reinicio de clases presenciales (art. 8) y detalla las actividades prohibidas durante el distanciamiento social, preventivo y obligatorio (art. 9).

En su segundo capítulo la norma vuelve a regular el sistema de cuarentena, prorrogando en su artículo 10 hasta el día 28 de junio, la vigencia del Decreto N° 297/20, que establece el “aislamiento social, preventivo y obligatorio”, exclusivamente para las personas que residan o se encuentren en los aglomerados urbanos y en los departamentos y partidos de las provincias argentinas, que no cumplan positivamente los parámetros epidemiológicos y sanitarios previstos en el presente decreto. A la fecha de dictado del decreto en análisis se encuentran alcanzados los siguientes lugares: El aglomerado urbano denominado

⁴⁷ Según el artículo 3 del DNU N°520, A la fecha de dictado del presente decreto se encuentran alcanzados por lo dispuesto en el artículo 2° del mismo, los siguientes lugares: Todos los departamentos de la Provincia de Catamarca; Corrientes; Entre Ríos; Formosa; Jujuy; La Pampa; La Rioja; Mendoza; Misiones; Neuquén; Salta; San Juan; San Luis; Santa Cruz; Santa Fe; Santiago del Estero; Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur; Tucumán; Chaco (excepto el de San Fernando); Chubut (excepto el de Rawson); Río Negro (excepto los de Bariloche y General Roca); Córdoba, (excepto la ciudad de Córdoba y su aglomerado urbano); Provincia de Buenos Aires (con excepción de los cuarenta partidos que comprenden el AMBA).

Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA); El Departamento de San Fernando de la Provincia del Chaco; Los Departamentos de Bariloche y de General Roca de la Provincia de Río Negro; El Departamento de Rawson de la Provincia del Chubut y la Ciudad de Córdoba y su aglomerado urbano de la Provincia de Córdoba. También regula la autorización de nuevas excepciones (art. 13); los límites para la autorización para circular (art. 14); las actividades prohibidas durante el aislamiento social, preventivo y obligatorio (art. 15) y la prórroga de salidas sanitarias (art. 16).

El último capítulo del Decreto de Necesidad y Urgencia regula las disposiciones comunes para el distanciamiento social y para el aislamiento social (arts. 17 a 26).

Con fecha **29 de junio de 2020** se dictó el **Decreto de Necesidad y Urgencia N° 576/2020**, por el que –por un lado- se extendió el “distanciamiento social, preventivo y obligatorio” desde el día 1° hasta el día 17 de julio de 2020, inclusive, y –por el otro-, se prorrogó por el mismo plazo la vigencia del Decreto N° 297/20, que establece el “aislamiento social, preventivo y obligatorio” para el AMBA, todos los departamentos de la provincia del Chaco; el Departamento de General Roca de la provincia de Río Negro y el aglomerado urbano de la ciudad de Neuquén de la provincia de Neuquén. Esta medida fue nuevamente acompañada por la Corte Suprema de Justicia mediante la extensión de la feria extraordinaria, a través del dictado de la Acordada N° 25/2020 del día 29 de junio de 2020.

El día **18 de julio de 2020**, mediante **Decreto de Necesidad y Urgencia N° 605/2020**, se prorrogaron las políticas de salud pública para combatir la pandemia del coronavirus hasta el día 02 de agosto.

Con fecha **02 de agosto 2020**, por **Decreto de necesidad y Urgencia N° 641/2020**, se extendieron las medidas hasta el 16 de agosto del mismo año.

El **16 de agosto de 2020** se dictó el **Decreto de Necesidad y Urgencia N° 677/2020** extendiendo las medidas sanitarias hasta el 30 de agosto de 2020 y se estableció un abordaje en materia epidemiológica que contempla las distintas realidades del país, distinguiendo entre el aislamiento social preventivo y obligatorio y el distanciamiento social preventivo y obligatorio.

II. 4. Prohibición de ingreso al territorio nacional

Por el artículo 1° del Decreto N° 274/20 se estableció la prohibición de ingreso al territorio nacional, por un plazo de quince días corridos, de personas extranjeras no residentes en el país, a través de puertos, aeropuertos, pasos internacionales, centros de frontera y cualquier otro punto de acceso, con el objeto de reducir las posibilidades de contagio. Este plazo, a su vez, se ha visto prorrogado primero por el Decreto 331/20 hasta el 12 de abril de 2020, inclusive y luego, por el Decreto 365/20 hasta el 26 de abril de 2020, inclusive y luego, por el Decreto 409/20, hasta el 10 de mayo de 2020.

Esta decisión fue impugnada judicialmente. La causa quedó radicada ante la Justicia Federal de la Provincia de Tucumán, que, en cuanto a la razonabilidad de las medidas adoptadas en nuestro país, en el marco del Decreto 260/20, manifestó: "...Asimismo, se contempló que algunos derechos pueden ser temporalmente suspendidos (como los de circulación y de residencia) y, en consecuencia, que su ejercicio puede restringirse, en forma proporcionada y razonable, y por el menor tiempo posible, ante la emergencia pública en materia sanitaria que la República Argentina se encuentra atravesando. También se ha considerado que los Estados tienen la prerrogativa de regular de manera temporal el control de los movimientos migratorios a lo largo de cada una de sus fronteras, lo que comprende la facultad de restringir el ingreso al territorio nacional cuando se determine fundadamente que ello representa una amenaza o riesgo relevante para la salud pública o la seguridad"; y en ese mismo orden de ideas que: "La medida dispuesta responde a la necesidad de garantizar la salud pública frente a circunstancias de inusitadas características, siendo la protección de ella una obligación inalienable del Estado."⁴⁸

II. 5. Regulaciones económicas y sociales⁴⁹

Como medidas de acompañamiento de las regulaciones sanitarias el Gobierno generó políticas de protección económica para morigerar

⁴⁸ Cámara Federal de Tucumán, autos "C., J. A c/ Estado Nacional - Presidencia de la Nación y otro s/ amparo Ley 16.986", 11/04/2020.

⁴⁹ Ver: Organización de Naciones Unidas- Argentina: "Análisis inicial de las Naciones Unidas. Covid-19 en Argentina: Impacto socio económico y ambiental."

el impacto del “aislamiento social, preventivo y obligatorio” que fueron implementadas a través de distintos instrumentos normativos. Entre las políticas para proteger el ingreso de las familias y la viabilidad de las empresas se incluye el Ingreso Familiar de Emergencia (IFE), el crédito a tasa cero para las trabajadoras y los trabajadores independientes registrados y la postergación o reducción de los aportes patronales, así como un salario complementario, en el caso del programa para la asistencia a las empresas y el trabajo (ATP). A estas políticas de sostenimiento de los ingresos se sumó el pago de bonos especiales para los sectores más vulnerables (AUH, AUE, jubilados que cobran el mínimo haber jubilatorio, personas con discapacidad, entre otros) y a los sectores que trabajan cotidianamente para prevenir y contener la expansión de la epidemia, como son las trabajadoras y los trabajadores de la salud, de la seguridad y de las fuerzas armadas.

Paralelamente, el gobierno nacional adoptó una serie de decisiones adicionales destinadas a contrarrestar el incremento de los gastos para las familias y las empresas, entre ellas el congelamiento de las tarifas y la suspensión temporaria de los cortes por falta de pago de los servicios públicos; el congelamiento de alquileres y suspensión de desalojos; el congelamiento de las cuotas de créditos hipotecarios y prendarios UVA y la suspensión de las ejecuciones por estas causas y facilidades para los pagos de deudas acumuladas; el pago en cuotas de los saldos en las tarjetas de crédito, y los préstamos a tasa fija para el pago de la nómina salarial y capital de trabajo, entre otras.

También, por Decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 329 del 31 de marzo de 2020 (Prorrogado por Decreto 487/2020 del 18/05/2020), se prohibieron los despidos sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor, así como las suspensiones por las causales de fuerza mayor o falta o disminución de trabajo por el plazo de sesenta días.⁵⁰

⁵⁰ Que en el marco de las obligaciones asumidas por la REPÚBLICA ARGENTINA en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y con el objetivo de preservar la paz social, corresponde adoptar medidas transitorias, proporcionadas y razonables, con el fin de garantizar el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante su trabajo, que le asegure condiciones de existencia dignas para ellas y para sus familias. Que, a su vez, el artículo 14 bis de la CONSTITUCIÓN NACIONAL

Todas las mencionadas medidas generales dispuestas por el Poder Ejecutivo nacional, se encontrarían –en principio- alcanzadas por la limitación a su revisión por los organismos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos a partir de la reserva efectuada por la Argentina al ratificar la Convención Americana de Derechos Humanos⁵¹ respecto al control de una cuestión inherente a la política

impone una protección específica al trabajo en sus diversas formas y en la coyuntura, deviene indispensable la preservación de los puestos de trabajo. Que la Organización Internacional del Trabajo, el 23 de marzo de 2020, ha emitido un documento “Las normas de la OIT y el Covid 19 (Coronavirus)” que revela la preocupación mundial y alude a la necesidad de que los gobiernos implementen medidas dirigidas a paliar los efectos nocivos en el mundo del trabajo, en particular en lo referido a la conservación de los puestos de labor y en tal sentido recuerda la importancia de tener presente la Recomendación 166, que subraya “que todas las partes interesadas deberían tratar de evitar o limitar en todo lo posible la terminación de la relación de trabajo por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, sin perjuicio para el funcionamiento eficaz de la empresa, establecimiento o servicio, y esforzarse por atenuar las consecuencias adversas de toda terminación de la relación de trabajo por estos motivos, para el trabajador o trabajadores interesados.”. Que, por su parte, el artículo 1733 del Código Civil y Comercial de la Nación en su inciso b) establece expresamente la posibilidad que la “fuerza mayor” no exima de consecuencias o pueda ser neutralizada en sus efectos cuando una disposición legal así lo prevea. Que una situación de crisis como la que motivó el dictado de las medidas de emergencia ya citadas, autoriza a colegir que cabe atender el principio establecido por la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN en “Aquino”, Fallos 327:3753, considerando 3, en orden a considerar al trabajador o trabajadora como sujetos de preferente tutela, por imperio de lo ordenado por la CONSTITUCIÓN NACIONAL. Que, asimismo, resulta indispensable continuar garantizando la conservación de los puestos de trabajo por un plazo razonable, en aras de preservar la paz social y que ello solo será posible si se transita la emergencia con un Diálogo Social en todos los niveles y no con medidas unilaterales de distracto laboral, que no serán más que una forma de agravar los problemas que el aislamiento social, preventivo y obligatorio, procura remediar.

⁵¹ En el instrumento de ratificación de fecha 14 de agosto de 1984, depositado el 5 de septiembre de 1984 en la Secretaría General de la OEA, el Gobierno de la República Argentina reconoció la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido y bajo condición de estricta reciprocidad, sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación de la citada Convención, con la reserva parcial y teniendo en cuenta las declaraciones

económica general adoptada por el Estado que tenga relación con el derecho a la propiedad consagrado en el artículo 21 de la CADH⁵².

III. PODER DE POLICÍA Y EMERGENCIA

La doctrina define al poder de policía como aquella potestad –atribuida por la Constitución Nacional al Poder Legislativo– para regular el ejercicio de los derechos y del cumplimiento de los deberes constitucionales de los habitantes. En su artículo 14 la Constitución establece que todos los habitantes de la Nación gozan de los derechos allí reconocidos, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio⁵³,

interpretativas que se consignan en el instrumento de ratificación. Se procedió al trámite de notificación de la reserva de conformidad con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados suscrita el 23 de mayo de 1969. La reserva efectuada por Argentina es la siguiente: El artículo 21 de la Convención Americana (derecho de propiedad) queda sometido a la siguiente reserva: “El Gobierno argentino establece que no quedarán sujetas a revisión de un Tribunal Internacional cuestiones inherentes a la política económica del Gobierno. Tampoco considerará revisable lo que los Tribunales nacionales determinen como causas de ‘utilidad pública’ e ‘interés social’, ni lo que éstos entiendan por ‘indemnización justa’”.

⁵² Los alcances de la reserva fueron determinados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al resolver el caso “Furlan” (Corte IDH. Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C N° 246. Ídem.). Dijo la Corte: “Si bien es cierto que en el texto de la reserva no se especifican mayores componentes para determinar cuáles son las “cuestiones inherentes a la política económica” del Gobierno, el Tribunal considera que el primer inciso de dicha reserva debe ser entendido como una limitación a los órganos del sistema interamericano para que realicen una revisión de políticas generales de tipo económico que tengan relación con elementos del derecho a la propiedad consagrado en el artículo 21 de la Convención Americana” (párr. 41).

⁵³ Artículo 14.- Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.

agregando en el artículo 28, que los reglamentos de las leyes no pueden modificar los derechos reconocidos constitucionalmente⁵⁴. Se desprende de ello que el ejercicio de los derechos en un conjunto social reclama su reglamentación para hacerlos compatibles con los de los demás integrantes del núcleo social y que sólo la ley puede reglamentar los derechos que reconoce la Constitución.⁵⁵

Carlos Balbín ha expresado que es un enfoque equivocado pensar en el llamado “poder de policía”, en términos de poder del Estado, porque en realidad se trata de un juego de derechos contra derechos. Por una parte los derechos de un individuo, que pretende ejercer en plenitud sus prerrogativas y por otro lado los derechos del conjunto social —representados por el Estado o la Administración Pública— que intentan conciliar aquel ejercicio con los intereses públicos o los derechos de cada uno de los demás miembros de la comunidad.”⁵⁶

Existen dos variantes —restringida (seguridad, salubridad y moralidad) o amplia (bienestar general)— que se sucedieron en la historia de nuestro país y que se reflejan en la evolución jurisprudencial de nuestro máximo tribunal de Justicia⁵⁷.

⁵⁴ Artículo 28.- Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.

⁵⁵ García Pullés, Fernando; *Lecciones de Derecho Administrativo*, p. 273. Artículo 19.- Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

⁵⁶ Citado por García Pullés. Explica la distinción entre “poder de policía” y “policía”; “mientras la policía, es una porción de la función administrativa cuyo objeto es la concreción o ejecución —por medio de actos particulares— de las leyes de policía; el poder de policía es la potestad legislativa que tiene como finalidad promocionar el bienestar general, regulando a este fin, los derechos individuales, expresa o tácitamente reconocidos por la Constitución Nacional.”

⁵⁷ García Pullés, Fernando; *Lecciones de Derecho Administrativo* “Son ampliamente conocidas las dos concepciones —restringida y amplia— del poder de policía. El primero, también llamado en inglés —narrow—, se limita a cuestiones de salubridad, moralidad y seguridad públicas e impera en Europa, especialmente en Francia y en Italia; el segundo, llamado también en inglés —broad

En la primera etapa de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, el tribunal adoptó el criterio restringido respecto del poder de policía, estableciendo que los derechos individuales no eran absolutos y que podían ser restringidos para el Estado para que salvaguardar la salubridad, moralidad y seguridad públicas.

El primer precedente jurisprudencial en materia de poder de policía de nuestro máximo tribunal de justicia fue el dictado de la sentencia en la causa “Plaza de Toros”, sentenciado el 13 de abril de 1869, donde se expresó: “que es un hecho, y también un principio de derecho constitucional, que la policía de la Provincia está a cargo de sus gobiernos locales, entendiéndose incluido en los poderes que se han reservado, el de proveer lo conveniente a la seguridad, salubridad y moralidad de sus vecinos; y que, por consiguiente, pueden lícitamente dictar leyes y reglamentos con estos fines, no habiéndose garantido por el artículo catorce de la Constitución Nacional a los habitantes de la República el derecho absoluto de ejercer su industria o profesión, sino con sujeción a las leyes que reglamentan su ejercicio.”⁵⁸

Avanzó la Corte en el desarrollo de los fundamentos del poder de policía de salubridad en su precedente dictado en el caso “Saladeristas”, que por cuestiones metodológicas y expositivas será abordado en detalle en los siguientes puntos del presente trabajo.

En la segunda etapa de este desarrollo jurisprudencial, la Corte reconoció paulatinamente el criterio amplio de poder de policía, extendiendo la intervención del Estado con la finalidad de defender y promover los intereses económicos de la sociedad y alcanzar su bienestar general.

and plenary—, rige, actualmente, en los Estados Unidos de América. Este último es el adoptado por la Corte Suprema de Estados Unidos y por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de nuestro país. De acuerdo con el criterio restringido, el poder de policía se limita a medidas tendientes a proteger la seguridad, moralidad y salubridad públicas. Conforme al criterio amplio, el poder de policía —aparte de los objetivos indicados— se extiende a la defensa y promoción de los intereses económicos de la colectividad y al bienestar general de la misma. De ahí que se admita una policía de la emergencia y una policía de la prosperidad.”, p.377.

⁵⁸ CSJN, Empresa Plaza de Toros quejándose de un Decreto expedido por el Gobierno de Buenos Aires, Causa XXXVII, sent. Del 13-04-1869.

Así, en el caso “Ercolano”⁵⁹ el tribunal, al declarar la constitucionalidad de la ley que congelaba los alquileres de inmuebles por dos años, limitó la libertad contractual en materia de locación para vivienda, lo que visto desde una mirada liberal, sería ilegítimo, pero se comienza a advertir que el Estado debe intervenir y entonces su objeto ya no se limita, a salvaguardar la defensa, la seguridad, las relaciones exteriores y la justicia. La Corte admitió en el caso que las restricciones a los derechos constitucionales puedan ser más intensas en épocas de emergencia.

A partir de allí, la Corte convalidó diferentes medidas dispuestas en el marco de sucesivas situaciones de emergencia, tanto por el Poder Legislativo como por el Poder Judicial, reservándole al poder político la potestad de establecer la valoración sobre las condiciones fácticas que habilitan la declaración excepcional de emergencia y efectuando un estudio respecto de la razonabilidad de la medida o política dispuesta.⁶⁰

IV. EL PODER DE POLICÍA DE SALUBRIDAD. OLLIS SALUS POPULI SUPREMA LEX ESTO⁶¹

En este punto desarrollaré los antecedentes históricos de la regulación pública en materia de salubridad, para luego dar cuenta de tres

⁵⁹ CSJN, “Ercolano, Agustín c/ Lantieri de Renshaw, Julieta s/ consignación”, 28/4/1922, Fallos: 136:161.

⁶⁰ CSJN, “Avico, Oscar Agustín c/ de la Pesa, Saúl G.”, 7/12/1934, Fallos: 172:21; CSJN, “Nadur, Amar c/ Borelli Francisco”, 15/5/1959, Fallos: 243:449; y “Russo, Angel y otra c/ C. de Delle Donne E.”, 15/5/1959, Fallos: 243:467; CSJN, “Vicente Martini e Hijos, S.R.L Infac. Ley 12.591”, 27/12/1944, Fallos: 200:450; CSJN, “Cine Callao”, 22/6/1960, Fallos: 247:121; CSJN, “Hagelin, Ragnar c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ juicio de conocimiento”, 22/12/1993, Fallos: 316:3176; CSJN, “Peralta, Luis A. y otro c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía -B.C.R.A.)”, 27/12/1990, Fallos: 313:1513, entre otros.

⁶¹ Omar Heffes, *Salus populi: Estado de excepción o razón de Estado en la salvación de la comunidad*. Explica el autor que: “Por esta razón, Cicerón plantearía una especie de cortapisa jurídica a esta autoridad suprema de los magistrados sosteniendo que “para ellos la salud del pueblo [debe ser] la suprema ley”. Pareciera que Cicerón está sosteniendo un cuestionamiento al gobierno. Tal y como se ha dicho, la frase que se encuentra originalmente en latín, reza de la siguiente manera: *Ollis salus populi suprema lex esto*. La fórmula *Ollis... esto* implicaba una conminación, una orden que debía ser cumplida. *Ollis* es un arcaísmo del pronombre *illis* y *esto* es el verbo *ser* conjugado en forma

situaciones (el HIV-Sida, las vacunas obligatorias y la prohibición de fumar en público) que –en alguno de sus aspectos centrales- están vinculados con el ejercicio del poder de policía sanitario que ejerce en estos días el gobierno argentino para combatir la pandemia del coronavirus.

IV.1. Antecedentes históricos. Los precedentes jurisprudenciales más destacados en materia de policía de la salubridad

a) Las primeras interpretaciones de la incipiente doctrina administrativista

Como a principios del siglo pasado explicaban Quiros y Emiliani, todas las cuestiones relativas a la salubridad pública tienen su policía, constituyendo lo que en el derecho administrativo se conoce como policía sanitaria, que tiene por objeto precaver las enfermedades que flagelan a las personas y los animales. Así, afirmaban; “La policía sanitaria llega muchas veces a los efectos del cumplimiento de sus fines a tomar medidas que importan un ataque a la libertad humana, ya sea aislando a los individuos o a un barrio entero, etc.; pero estas medidas que adopta a los efectos del mejor cumplimiento de sus fines, se imponen y las disculpan la gravedad de los intereses públicos comprometidos”.⁶²

En otra obra sobre Derecho Administrativo Argentino que vio la luz en los primeros años del siglo XX se abordó la cuestión vinculadas a la policía sanitaria, dando cuenta del contexto social e histórico marcado por las epidemias de finales de 1800.

En las lecciones dadas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires por el profesor Lucio V. López, en un curso dictado hasta el año 1894, se daba cuenta de las diversas respuestas del Gobierno frente a las sucesivas epidemias que asolaban las grandes ciudades y las zonas rurales de la Argentina. El profesor explicaba en sus clases que: “La verdad es que no se puede negar este derecho que una o varias

impersonal y actúa como la parte más relevante de la conminación y puede ser traducido como “así sea”. Evidentemente esta frase es una orden dada al magistrado, sea cual sea las características de su mandato.”

⁶² Quiros, Emilio y Emiliani, Rafael, Derecho Administrativo, Valerio Abeledo Editor, Buenos Aires, 1914, Tomo II, página 336.

provincias ni aun a una ciudad, porque no hay derecho más sagrado que el que cada uno tiene de defender su propia casa; así, si estallara en la Plata una epidemia, Buenos Aires (y viceversa) podría establecer un cordón sanitario para impedir el contagio, por cuanto tiene por delante el sagrado y primordial compromiso, de custodiar la vida de su ingente población, en aquello en que no hace mal a otro, consideración que está arriba de cualquier otra: *salus populi suprema lex esto.*⁶³

Continuaba explicando: “La higiene sanitaria es siempre un deber de la administración y mucho más lo es en las épocas de epidemia en que es necesario a toda costa impedir su propagación: uno de los medios con que se procura conseguirlo es el establecimiento de cordones sanitarios.”

Sobre la posibilidad de limitar derechos individuales, como el de propiedad, por razones vinculadas a la salubridad animal, el profesor explicaba con claridad que: “Así es que el mismo derecho de propiedad absoluta que el dueño tiene en su estancia y en sus animales de cría (por ejemplo), no es tan ilimitado que pueda impedir la intervención de la autoridad pública si llegase a ser necesario para extirpar una epidemia que pudiese dañar a los vecinos de la misma circunscripción administrativa o evitar o coartar abusos que perjudiquen, inquieten o produzcan conflictos con sus vecinos: de acuerdo en todo no solo con el orden administrativo, sino también con el Código Civil.”

b) El caso Saladeristas (1887)⁶⁴

En estos años finales del Siglo XIX, la Ciudad de Buenos Aires sufrió tres epidemias de fiebre amarilla, de 1853, 1870-71-⁶⁵ y las del cólera morbus. El Doctor Penna localizó en un mapa, los casos producidos en la ciudad y concluyó que el cólera se había iniciado a la vera del Riachuelo, siendo este su foco originario y que luego marchó: “[...] siguiendo el camino de las mayores facilidades para su difusión, es decir los lugares bajos y húmedos de la ribera, los buques del canal y las casas de las costa, ordinariamente deficientes y habitada por gente poco cuidadosa [...]” (Penna 1897, 239). De hecho, una de las características fue

⁶³ Lucio V. López, Derecho Administrativo Argentino. Lecciones dadas en la Facultad de Derecho por el Profesor de la Materia Dr. Lucio V. López. Imprenta de la Nación, Buenos Aires, 1902, p. 276.

la difusión del virus colérico en ciertos barrios, y no en toda la jurisdicción capitalina. Por ejemplo, el diario *La Nación* pedía la destrucción de focos de infección por medio del fuego: “No somos alarmistas, pero señalamos a la Boca como un foco de infección que es menester destruir a todo trance [...] ¡La Boca no tiene desagües ni agua que beber y su población se ingurgita sus propios desperdicios! [...]”. El diario *La Prensa* también criticaba la insalubridad de ese distrito, aludiendo

⁶⁴ CSJN, “Los saladeristas Podestá, Bertram, Anderson, Ferrer y otros contra la Provincia de Buenos Aires; sobre indemnización de daños y perjuicios”, Fallos: 31:273, sent. Del 14-05-1887. El criterio fue reiterado en “C.H.Y.C. Cahiza Hnos. y Cía. S.R.L. c/ Municipalidad de la ciudad de Mendoza” (Fallos: 221:151). En la causa, “Davico, Horacio E.”, el Tribunal, en similar sentido, sostuvo que la clausura de un cinematógrafo hasta tanto se subsanen las deficiencias sanitarias comprobadas comportaba el ejercicio del poder de policía en salvaguarda de la salud pública, por lo que la pertinente resolución, que restringía el derecho constitucional de trabajar y ejercer toda industria lícita, no era violatoria del art. 14 de la Constitución Nacional, ya que el organismo administrativo actuó en uso de facultades privativas y en el ámbito de su competencia (Fallos: 243:381).

⁶⁵ Pégola F. La epidemia de fiebre amarilla en Buenos Aires. *Rev Argent Salud Pública*. 2014; Mar; 5(18):48-49. Ver también; Felipe Pigna, <https://www.elhistoriador.com.ar/la-fiebre-amarilla-en-buenos-aires/>: “El nombre dado a la “reina del Plata” no dejaba de asombrar a los visitantes extranjeros que apenas se alejaban de los ricos y elegantes salones podían percibir que no eran justamente buenos aires los que se respiraban en aquella ciudad que crecía desordenadamente y que según el censo de 1869 tenía casi doscientos mil habitantes. No había recolección de residuos y los basurales abundaban particularmente en los “barrios bajos” que tenían el raro privilegio de acumular desechos propios y extraños. El método para achicar los volúmenes de basura era absolutamente insalubre y consistía en pasar por encima de los desperdicios de una gran piedra aplanadora que reducía el tamaño de los desperdicios pero no los eliminaba sino que los dispersaba y los preparada para ser usados como relleno de terrenos bajos y desniveles sobre los que, en el mejor de los casos se ponían adoquines. Los saladeros arrojaban displicentemente sus desperdicios orgánicos a las aguas del Riachuelo que ya por entonces distaba mucho de oler a extracto francés. A todo este insalubre panorama se sumaba la falta de reglamentación sobre el entierro de los fallecidos que eran inhumados prácticamente al ras del suelo y bastaba una lluvia regular para que los restos cadavéricos se incorporaran a los riachos que confluían al Riachuelo. Todas estas fuentes infecciosas convivían sin ser molestadas en la gran urbe del Sur. El Estado estaba ausente con aviso y sólo faltaba que una epidemia pusiera a prueba la eficiencia de las leyes del mercado. Y la peste llegó en enero de 1871.”

a la indiferencia de las autoridades, por lo que entendía que el único recurso apto era el servicio de aguas corrientes y cloacas.

Vinculado a este fenómeno demográfico y al intercambio de mercancías, se evidencian las llamadas “enfermedades exóticas”, entre ellas el cólera. La mayor cantidad del intercambio se producía con Europa Occidental, región en la que desde 1830 asolaba el cólera en forma epidémica, y desde donde se difundió hacia Argentina y otros países como Brasil y Paraguay. Los barcos fueron la principal vía de traslado de la enfermedad. Buenos Aires fue una de las zonas más afectada por las primeras epidemias. En 1867 se registraron más de 5.000 casos coléricos en una población que no alcanzaba las 180.000 personas.⁶⁶ Pero la epidemia del 67 generó, además de las medidas de infraestructura urbana mencionadas, disposiciones de orden clínico. El aislamiento se convirtió en el principal medio preventivo y cobró un protagonismo central en la opinión pública. Los mensajes y recomendaciones vertidas por los médicos porteños se centraron en el blanqueo de las viviendas, la limpieza y la desinfección de las letrinas. Para entonces, algunos facultativos entendían que la cuestión higiénica se enfrentaba con superficialidad; de hecho, en 1867 el cólera ocasionó en la ciudad de Buenos Aires un total de 1.653 defunciones, lo que le hizo suponer a Besio Moreno que el número de atacados debió alcanzar cerca de 5.000, poco más del tres por ciento de la población. En 1868 retornó, pero no causó un número tan grande de víctimas como el año anterior⁶⁷.

⁶⁶ Adriana Carlina Álvarez Cardozo, La aparición del cólera en Buenos Aires (Argentina), 1865-1996, Revista Historelo, Vol 4, No. 8 / julio - diciembre de 2012 / ISSN: 2145-132X. “En este escenario tan polifacético, donde la iluminación a gas los acercaba a la “modernidad” europea, fueron las pestes producidas por la falta de higiene urbana y de aguas corrientes las que situaron a las cuestiones higiénicas en el centro de atención de la opinión pública, e impactaron tanto en el ambiente médico como en el gubernamental.

⁶⁷ Adriana Carlina Álvarez Cardozo, La aparición del cólera en Buenos Aires (Argentina), 1865-1996, Revista Historelo, Vol 4, No. 8 / julio - diciembre de 2012 / ISSN: 2145-132X. “En este escenario tan polifacético, donde la iluminación a gas los acercaba a la “modernidad” europea, fueron las pestes producidas por la falta de higiene urbana y de aguas corrientes las que situaron a las cuestiones higiénicas en el centro de atención de la opinión pública, e impactaron tanto en el ambiente médico como en el gubernamental. Dice: ““La epidemia colérica también motorizó la aparición de nuevas instituciones: se fundó

Mucho más perdurables en el tiempo fueron las preocupaciones asociadas a los peligros higiénicos internos, como el conventillo, el aire, el agua y el matadero.

Los saladeros aparecieron en el siglo XVIII para producir carne salada (tasajo) con destino a Cuba o Brasil, donde era consumido por la amplia población esclava y -en el caso de Buenos Aires- a partir de una ley del año 1922 los saladeros se establecieron a una legua distante de la ciudad, tomada por la parte del oeste y del norte, desde la barranca, y por la parte del sur al otro lado del Riachuelo.

La legislatura de la Provincia de Buenos Aires, por ley de 6 de setiembre de 1871, prohibió absolutamente las faenas de los saladeros y graserías situados en el municipio de la ciudad, y sobre el río de Barracas y sus inmediaciones. Estos demandaron a la provincia por los daños y perjuicios causados argumentando que ésta actuó en forma irreflexiva y arbitraria lo que trajo la ruina injustificable de numerosos y honrados industriales. Por su parte, la provincia sostuvo que su deber era velar por la salud pública que se hallaba comprometida por los saladeros, clasificados como establecimientos insalubres de primera clase. Agregó que cumplió con su deber después de haber agotado todos los medios a su alcance para que dichos establecimientos se pusieran en condiciones higiénicas que los hicieran inocuos.

La Corte rechazó la acción y confirmó la constitucionalidad de la ley, aun cuando consideró el impacto económico de la suspensión de la actividad, al destacar que el propio gobierno evaluó: “que era una necesidad verdaderamente sentida la de que los saladeros volviesen a sus trabajos ordinarios para evitar que se interrumpiera el envío regular de nuestros productos rurales a los mercados de su consumo, lo que no

el Consejo de Higiene (1869) y se organizó la Junta de Sanidad Nacional, cuyo presidente era el capitán del puerto, asesorado por dos médicos. Ese año, el presidente y el secretario del Consejo de Higiene, los doctores Luis María Drago y Leopoldo Montes de Oca, respectivamente, formularon un proyecto de Reglamento de Policía Sanitaria Marítima para la República Argentina; con el cual se apuntaba a establecer barreras preventivas, con el fin de evitar el ingreso de enfermedades o de enfermos, que, como el cólera con frecuencia, tenían una procedencia marítima. En ese Reglamento se establecieron lineamientos básicos sobre las Juntas de Sanidad, como también las medidas relativas al despacho, salida, arribo y anclaje de buques, sobre las cuarentenas y los lazaretos.”

podría verificarse sin traer un desequilibrio en los cambios, y graves trastornos en la primera de nuestras industrias”.

Sobre los derechos adquiridos de los empresarios, dijo el tribunal que: “ninguno puede tener un derecho adquirido de comprometer la salud pública, y esparcir en la vecindad la muerte y el duelo con el uso que haga de su propiedad, y especialmente con el ejercicio de una profesión o de una industria... Que la autorización de un establecimiento industrial, está siempre fundada en la presunción de su inocuidad, y no obliga al gobierno que la concedió, cuando esta presunción ha sido destruida por los hechos, pues en tal caso, el deber que sobre él pesa de proteger la salud pública contra la cual no hay derechos adquiridos, recobra toda su fuerza, y no solamente puede imponer al establecimiento nuevas condiciones, sino retirar la autorización concedida, si éstas no se cumplieran o fuesen ineficaces para hacerlos completamente inocuos.”⁶⁸

En lo medular del fallo, el tribunal sostuvo que “la objeción que hoy se opone a la ley y decreto citados, de ser contrarios a la Constitución y a las leyes civiles, por cuanto atacan la propiedad y el ejercicio de una industria lícita, no tiene fundamento alguno legal, porque según la Constitución, esos derechos están sujetos a las leyes que reglamenten su ejercicio, y según nuestro Código Civil, la propiedad está sujeta a las restricciones y limitaciones exigidas por el interés público o por el interés privado, correspondiendo establecer las primeras al derecho administrativo solamente (art. 2611 del Código Civil). Por consiguiente, la ley provincial de 6 de setiembre de 1871, determinando las condiciones bajo las cuales pueden establecerse saladeros en la Provincia, y retirando a los establecidos en Barracas

⁶⁸ Al respecto, amplió la CSJN; “Que siendo esto así, y deduciéndose de los principios expuestos en el 3° y 4° considerando, que las autorizaciones en virtud de las cuales se forman los establecimientos de industria, no tienen ni el carácter de una ley que ligue al poder administrativo, ni el carácter de un contrato civil que obligue al Estado para con los industriales, se sigue que éstos no pueden oponer al Estado estas autorizaciones como un título que les da el derecho de mantener sus establecimientos a despecho de los peligros y de los inconvenientes que puedan presentar, o el derecho de ser indemnizados cuando la autoridad administrativa, para poner fin a estos peligros, los manda cesar, o modificar las condiciones de su explotación.”

la autorización para continuar en ese punto, por exigirlo así la salud pública, no es contraria a la ley constitucional, ni ataca el derecho de propiedad, pues ninguno lo tiene para usar de ésta en daño de otro, o como dice la ley 13, título 32, partida 3a, concordante con los principios de nuestra legislación sobre la materia: “maguer el ome haya poder de fazer en lo suyo lo que quisiese; pero debelo fazer de manera que non faga dano nin tuerto a otro”.

En 1951 la Corte Suprema, en la causa “Cahiza” reiteró su doctrina del precedente “Saladeristas”, al confirmar la constitucionalidad de la clausura de una caballeriza por constituir un foco de infección y entrañar un peligro para la salud, dispuesta por el Consejo Deliberante de la Municipalidad de Mendoza, resultando un ejemplo de la policía preventiva en salvaguarda de la salud de la población.⁶⁹

En 1959 el Tribunal avaló la decisión de la Municipalidad de Merlo por la que se clausuró el Cine Cosmopolita, con fundamentos en razones de salubridad (deficiencias de higiene) y en ejercicio del poder de policía establecido en la Ley Orgánica Municipal de la Provincia de Buenos Aires, sin afectar el derecho de trabajar y ejercer toda industria lícita. En el caso “Davico” dijo: “Que la intendencia municipal de la ciudad de Merlo ha actuado, en la emergencia, ejerciendo el poder de policía que le compete en salvaguarda de la salud pública, vale decir, en uso de facultades que le son privativas y en el ámbito de su competencia. Su resolución de clausura del cinematógrafo ha sido dispuesta hasta tanto se subsanen las deficiencias sanitarias.”⁷⁰

Ya en el año 2004, al sentenciar en el caso “Frascalli”, en el que se impugnó la validez de un acto administrativo emitido por el Servicio Nacional de Sanidad y Calidad Agroalimentaria –SENASA– que ordenó la matanza de animales -84 caprinos- pertenecientes al actor, la Corte Suprema sostuvo, remitiendo a los fundamentos del Procurador General de la Nación, que la razonabilidad —según el particular significado que a este concepto jurídico se le reconoce en orden al poder de policía y a la materia aquí examinada— quiere decir que las medidas utilizadas

⁶⁹ CSJN, C.H.Y.C. Cahiza Hnos. y Cía. S.R.L. c/ Municipalidad de la ciudad de Mendoza”, Fallos: 221:151.

⁷⁰ CSJN, “Davico, Horacio E”, Fallos: 243:381.

por la autoridad pública deben ser proporcionalmente adecuadas a los fines perseguidos por el legislador... toda vez que tal adecuación exista, es decir, siempre que la actividad estatal restrictiva no aparezca como patente y arbitrariamente desproporcionada con relación al objeto del acto, su revisión jurídica será improcedente.⁷¹

En el caso “Friar”, sentenciado en 2006, la Corte sostuvo que existe un límite a la revisión judicial en tanto las medidas públicas sanitarias fueron regular y razonablemente adoptadas en ejercicio del poder de policía de salubridad. En el caso se desestimó un reclamo indemnizatorio por los perjuicios derivados de decisiones adoptadas por el SENASA –en ejercicio de la policía sanitaria- con relación al control de la aftosa –prohibición de exportar carnes durante la epidemia-, el tribunal afirmó que no incumbía a los jueces cuestionar el acierto o eficacia de las medidas adoptadas en esta materia por la autoridad competente a tales efectos.⁷²

⁷¹ CSJN, “Frascalli, José Eduardo c. SENASA”, sentencia de fecha 16 de noviembre de 2004. Agregó el Tribunal: “Cabe recalcar, además, que tanto la ley 24.305 como sus normas reglamentarias, que atribuyen al SENASA la responsabilidad del control sanitario de la fiebre aftosa, le asignan también facultades para aplicar las medidas necesarias destinadas a ejercer tal control. Es evidente que la finalidad de tal clase de normas es dotar al organismo de amplias competencias para adoptar todas las acciones, a fin de evitar la propagación de la enfermedad y que no se frustre el propósito al que se ha hecho referencia anteriormente, para lo cual puede fiscalizar los movimientos de hacienda, efectuar inspecciones clínicas, e incluso aplicar medidas drásticas que incluyen el sacrificio y faena de animales.”

⁷² CSJN, “Friar SA c. Estado Nacional”, Fallos: 329:3966. Dijo la Corte que “De tal manera, si la prohibición de exportar y la falta de expedición de los certificados de aptitud sanitaria constituían medidas no sólo razonables sino indispensables ante la situación descrita, la actora nada puede reclamar al respecto. En nuestro derecho no existe norma o construcción jurisprudencial alguna que, tal como sucede en el Reino de España, obligue a la administración pública a indemnizar todo perjuicio ocasionado por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos ni, por tanto, a resarcir los perjuicios derivados de las medidas regular y razonablemente adoptadas en ejercicio del poder de policía de salubridad. Pues, si el Estado tuviera que pagar por cada uno de los cambios y nuevas exigencias derivadas del desarrollo de la legislación general en la materia, sería imposible gobernar.”

IV.2. El HIV-SIDA

Con la aparición del HIV-SIDA, el Estado –en 1990- sancionó la ley 23.798 por la que declaró de interés nacional la lucha contra esta enfermedad, entendiéndose por tal a la detección e investigación de sus agentes causales, el diagnóstico y tratamiento de la enfermedad, su prevención, asistencia y rehabilitación, incluyendo la de sus patologías derivadas, como así también las medidas tendientes a evitar su propagación, en primer lugar, la educación de la población.

La Corte Suprema de Justicia tuvo oportunidad de sentenciar una causa en la que un agente de la policía federal impugnaba su pase a retiro obligatorio, en virtud de detectársele la presencia de la enfermedad HIV-SIDA. El actor –subcomisario de la Policía Federal Argentina- había sido sometido -sin su consentimiento- a la reacción de Western Blot, lo que –a su juicio- constituía una violación del derecho constitucional al respeto de la privacidad y una transgresión a la ley 23.798.⁷³

El tribunal dictó sentencia el 17 de diciembre de 1997, en la que afirmó que “la ley 23.798 -que declara de interés nacional la lucha contra el SIDA- no restringe en modo alguno el marco de razonable discrecionalidad con que cuenta la Policía Federal para evaluar la salud física de sus dependientes. Ello se explica en razón de que el propósito preeminente que inspiró el dictado de esa ley no fue el resguardo del derecho a la intimidad de las personas -lo que queda corroborado, además, por las medidas dispuestas en los arts. 5°, 7° y 9° del citado cuerpo legal- sino la protección de la salud pública. En efecto, la intención del legislador fue claramente manifestada en ocasión del debate parlamentario (doctrina de Fallos: 182:486; 296:253; 306:1047); se dijo entonces: “No existen aún vacunas ni otros elementos curativos. Así el crecimiento del número de casos en relación al tiempo, parece señalar para la Argentina el establecimiento de una epidemia de características similares a la de los países del hemisferio norte. Dadas las propiedades del virus, agente causal de la enfermedad, su largo período de incubación, y la gran cantidad de mutaciones a las cuales está sujeto, se hace

⁷³ CSJN, autos: “B., R. E. c/ Policía Federal Argentina s/ amparo”, 17 de diciembre de 1997.

difícil prever a corto plazo el desarrollo de sistemas de prevención adecuados. Por ello deben adoptarse medidas profilácticas tendientes a controlar la expansión del mal en nuestro medio” (Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores, 1° de junio de 1988, pág. 861).”

Entendió la corte que; “A los fines indicados, la norma en examen prevé - entre otras cosas (art. 1°)- la detección obligatoria del virus en determinados casos (vgr. arts. 5°, 7° y 9°), lo que supone, evidentemente, prescindir del consentimiento individual. Ahora bien, dado que la inteligencia de las leyes debe efectuarse procurando no sólo la armonización de sus preceptos sino también su conexión con las demás normas que integran el ordenamiento jurídico (Fallos: 287:79; 288:416 y 308:1118), no cabe inferir que los casos aludidos configuren una enumeración de carácter taxativo que le impida a la demandada imponer aquella medida respecto de su personal con fundamento en los principios y normas que rigen el empleo público (Fallos: 181:290, ver pág. 296).”

Destacó que la ley de lucha contra el SIDA fue dictada en ejercicio del poder de policía del Estado (art. 67, incisos 16 y 28 de la Constitución Nacional, texto anterior, actualmente, art. 75, incisos 18 y 32) el cual se manifiesta en forma de restricciones a los derechos y garantías constitucionales y se impone con prescindencia de la voluntad de los particulares (Fallos: 199:483 y 295:394, en particular, pág. 397); por ende, al fijar el alcance de las disposiciones que la reglamentan deben descartarse aquellos criterios hermenéuticos notoriamente ajenos a la naturaleza del poder que instrumenta la norma y a la intención del legislador. Es preciso inclinarse, en cambio, por aquel sentido que las concilie a todas ellas entre sí y las armonice con el resto del ordenamiento jurídico (Fallos: 289:185; 291:359; 292: 211; 297:142; 300:1080).

Concluyó que la ley 23.798 no constituye óbice para que la demandada someta a su personal a la detección obligatoria del virus que causa el SIDA.

IV.3. Las políticas públicas de vacunación obligatoria

Las vacunas -definidas por la OMS como aquellas preparaciones destinadas a generar inmunidad contra una enfermedad al estimular la

producción de anticuerpos⁷⁴- son uno de los más importantes adelantos de la medicina en el siglo XX. Su uso permitió salvar millones de vidas y ha sido determinante para la disminución de la mortalidad infantil en el mundo.⁷⁵ Sus orígenes los hallamos a mediados del siglo XVIII, cuando el médico inglés Eduardo Jenner –el padre de la vacunación, en 1768, siendo aún estudiante de medicina, oyó que una campesina del condado de Berkeley en Escocia, planteaba que ella no podía padecer la enfermedad pues ya había sido afectada por la viruela del ganado vacuno. Después de graduado, dedicó muchos años de investigación al estudio de la vacunación, y el 14 de mayo de 1796 inoculó en un niño la linfa de una pústula de viruela obtenida de una ordeñadora que había contraído la enfermedad. Luego, para comprobar la eficacia de la vacunación inoculó al mismo niño con virus de viruela humana y nunca enfermó. Sus resultados los publica en 1798 en *Variolae Vaccinae*, y en menos de 10 años esta vacunación se había extendido al mundo entero.⁷⁶ El desarrollo científico de la vacunación y su utilización como efectiva política sanitaria en todo el mundo, luego de los logros de Louis Pasteur respecto de enfermedades como el cólera de las aves, el carbunco y la rabia, se propagó por los cinco continentes y permitió la eliminación o atenuación de innumerables virus y enfermedades.⁷⁷

⁷⁴ Organización mundial de la salud. Vacunas (www.who.int/topics/vaccines/es/). Ampliar en: María Yanina Gázquez, “Derecho, salud y políticas públicas. Vacunación. Posturas a favor y en contra.”, *Revista Derecho y Salud*, p.62.

⁷⁵ Horacio Luis Barragán (Director), *Fundamentos de Salud Pública*, Editora de la Universidad Nacional de La Plata, La Plata, 2007.

⁷⁶ Denis Berdasquera Corcho, Georgina Cruz Martínez y Carmen Luisa Suárez Larreinaga, La vacunación. Antecedentes históricos en el mundo, *Rev. Cubana Med Gen Integr* v.16 n.4 Ciudad de La Habana jul.-ago. 2000.

⁷⁷ Ampliar en María Yanina Gázquez, “Derecho, salud y políticas públicas. Vacunación. Posturas a favor y en contra.”, *Revista Derecho y Salud*, p.62. Dice esta autora que: “A finales del siglo XIX se registró el desarrollo de vacunas de microorganismos muertos frente al tifus, el cólera y la peste; luego se desarrolló la inactivación química de toxinas, consiguiéndose así los primeros toxoides: tétanos y difteria. La vacuna contra la tuberculosis se desarrolló en 1909. Otras vacunas desarrolladas en este período fueron la vacuna contra la fiebre amarilla (1935) y la vacuna contra el virus influenza A (1936). La edad de oro de la vacunación comenzó en 1949. Después de la vacuna contra la poliomielitis se desarrollaron vacunas frente al sarampión, la parotiditis y

La Dra. Silvia Elena González Ayala -Profesora Titular de Infectología de la Facultad de Medicina de la UNLP-, explica que: “La vacunación es un derecho y debe ser una realidad alcanzable a través de la responsabilidad y el compromiso político, de los subsectores salud y educación, así como también social. La inversión en vacunas es una de las mejores inversiones sociales que el gobierno realiza en función del costo per cápita. La estrategia de vacunación universal (acceso gratuito a las vacunas para la población blanco) permite en sucesivas etapas el control, la eliminación y la erradicación de algunas enfermedades.”⁷⁸

Abordaremos a continuación la normativa estatal que dispone la obligatoriedad de la aplicación de vacunas ya que su análisis jurídico puede ser útil para analizar algunas de las medidas sanitarias –también obligatorias- dispuestas contra el COVID-19. En la obligatoriedad de

la rubéola. La vacuna contra la varicela se creó en la década de los '70 en Japón. Otra de las vacunas de microorganismos vivos introducidas en esa época fue la vacuna antitifoidea, y se avanzó también en el desarrollo de las vacunas inactivadas frente a la poliomielitis, la rabia, la encefalitis japonesa y la hepatitis A. Durante las décadas de 1970 y 1980 se introdujeron las vacunas formuladas con proteínas purificadas o polisacáridos capsulares, que ya no aportaban células o microorganismos completos, sino una pequeña parte de aquéllos, suficiente para crear una respuesta defensiva frente a la enfermedad. Ejemplos de ellas son la vacuna antimeningocócica, la vacuna antineumocócica y la primera generación de vacunas frente al *Haemophilus influenzae* tipo B. Posteriormente se inició la era de las vacunas conjugadas, y más adelante el uso de la ingeniería genética para la formulación de vacunas ADN recombinantes, como la de la hepatitis B, autorizada en 1986. Actualmente se continúa investigando para crear nuevas vacunas para viejas o nuevas enfermedades, como es el caso del sida.”

⁷⁸ Silvia Elena González Ayala, Capítulo 36, “Las vacunas”, p. 671, en la obra Horacio Luis Barragán (Director), *Fundamentos de Salud Pública*, Editora de la Universidad Nacional de La Plata, La Plata, 2007. Agrega: “En la Asamblea de la Organización Mundial de la Salud (OMS) de Alma Ata (1975) se estableció la estrategia de atención primaria de la salud y se inició el desarrollo del Programa Ampliado de Inmunizaciones (PAI). Éste comenzó en 1977 en Argentina y en 1978 entró en vigencia el primer Calendario Nacional de Vacunación que incluía las seis vacunas para la prevención de las enfermedades prevalentes: difteria, tos convulsa, tétanos, poliomielitis, sarampión y formas graves de tuberculosis (meningitis, diseminación miliar). Actualmente está vigente el Calendario Nacional 2003 con la modificación de 2005.”

la vacunación se pone en juego el derecho a la autodeterminación⁷⁹, en la esfera de la libertad privada del individuo (protegida por el artículo 19 de la Constitución Nacional que garantiza un ámbito de autonomía como no interferencia o libertad negativa) en contraposición con la salud pública, entendida como derecho colectivo que afecta a la totalidad de la población y cuya protección está en cabeza del Estado por expresa disposición constitucional. Como veremos, la normativa nacional que establece la obligatoriedad de la vacunación, avalada por la jurisprudencia de la CSJN, es una excepción al consentimiento informado del paciente atento a que nuestro ordenamiento constitucional prioriza al derecho de salud por sobre el derecho a la autodeterminación del individuo.

La vacunación de la población fue la solución a muchas enfermedades epidémicas y la herramienta más efectiva que la ciencia médica dispuso para su combate y en algunos casos, definitiva erradicación. El citado profesor Lucio V. López, en sus lecciones dictadas a final del Siglo XIX, ya explicaba que: “Corresponde a la Municipalidad la propagación y el deber de generalizar y aplicar la vacuna. La Ley Orgánica Municipal y las ordenanzas especiales, declaran que la vacunación debe ser gratuita y obligatoria como lo aconsejan todos los higienistas modernos. Ella debe hacerse extensiva a todos los establecimientos y congregaciones de todo orden: hospitales, escuelas, cuarteles, conventos, colegios, etc., porque toda la sociedad está interesada en garantizar la salud común, sometiéndose a la obligación común que la garantice.”⁸⁰

Con el nacimiento de las vacunas como una herramienta eficaz para las políticas sanitarias que llevan adelante los Estados, surgieron también planteos judiciales que se oponían a la vacunación obligatoria, y encontramos en la jurisprudencia norteamericana un antiguo caso en

⁷⁹ Regina Martini, S., & Finco, M. (2018). Diritto alla salute e diritto all'autodeterminazione: la legge sul “consenso informato” in Italia. riflessioni a partire dalla teoria dei sistemi social / Right to health and right to self-determination: the Italian law on “living will”. *Revista Derecho Y Salud*, (2), 41-54. [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2018\)04](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2018)04).

⁸⁰ Lucio V. López, *Derecho Administrativo Argentino. Lecciones dadas en la Facultad de Derecho por el Profesor de la Materia Dr. Lucio V. López*. Imprenta de la Nación, Buenos Aires, 1902, p.

el que la Suprema Corte de los Estados Unidos abordó esta cuestión a la luz del derecho a la salud. Se trata del precedente “Jacobson vs. Massachussets”⁸¹, sentenciado en 1905 y que es considerado el fallo más importante en materia de salud pública en dicho país e importa el reconocimiento judicial del poder de Policía como el factor más importante para la soberanía de Estado.

Como lo explica Lawrence O. Gostin; “Hace un siglo, la Suprema Corte de los E.E.U.U en Jacobson c/Massachussets defendió el ejercicio del poder de policía para proteger la salud pública. A pesar de los avances científicos y jurídicos, los profesionales de la misma aún confrontan contra la tensión básica –presente en Jacobson- entre libertad individual y bien común. Apoyando la ley de vacunación obligatoria en el estado de Massachussets, la Suprema Corte estableció un piso constitucional de protecciones consistentes en cuatro criterios: necesidad, medios razonables, proporcionalidad y prevención de daños. Es bajo el antecedente de Jacobson, que los tribunales deben coadyudar a la salud pública en la medida que estos criterios arriba mencionados sean respetados.”⁸²

Respecto de Estados Unidos, concluye Gostin que, si la Corte norteamericana debiera hoy en día fallar sobre el caso nuevamente, diferiría probablemente en su análisis –tomando en cuenta los desarrollos en materia de Derecho Constitucional- pero también, ciertamente, reafirmaría el poder del gobierno para salvaguardar la salud pública.

Volviendo a nuestro país, hay que decir que la Argentina adoptó un régimen de prevención de ciertas enfermedades mediante un sistema de inmunización que instituyó la administración de vacunas a toda la población, de acuerdo al cronograma que a tal efecto el Estado fija. Tal régimen es de carácter obligatorio y contempló la posibilidad de disponer su cumplimiento coercitivo frente a la reticencia del sujeto obligado a la vacunación.⁸³

⁸¹ Jacobson c/Massachussets, 197 US 11 (1905).

⁸² Gostin, Lawrence O; “Jacobson c/Massachusetts a su centenario: Poder de Policía y Libertades Civiles en Conflicto”, traducción de Juan Cruz Vallefin.

⁸³ Zelaya, Mario A. “Los nuevos desafíos que enfrenta la ley de vacunación obligatoria”, Publicado en: SJA 18/09/2019, 18/09/2019, 3.

La obligación del Estado Nacional de proveer una vacuna para combatir el mal de los rastrojo fue dispuesta por la Justicia Contencioso Administrativa federal, al ordenar en el caso *Viceconte*⁸⁴ que, atento la gravedad de la enfermedad, sumado a la gran cantidad de personas con riesgo de contraerla dentro del área endémica (estimada en 3.500.000 personas), torna absolutamente necesario el máximo esfuerzo de las autoridades competentes a fin de finalizar, dentro del menor tiempo posible, todas las tareas, obras y adquisiciones pertinentes para producir la referida vacuna *Candid 1* en el país.⁸⁵

Desde aquellos lejanos orígenes de las políticas de vacunación, daremos un salto en el tiempo para analizar un caso que fue resuelto por la CSJN en el año 2012⁸⁶, en el que se debatió sobre el derecho constitucional a negarse a la aplicación de las vacunas obligatorias del protocolo oficial, con fundamento en la afectación de los derechos reconocidos en el art. 19 de la CN, como a recibir un trato médico digno y respetuoso, con respecto a sus convicciones personales y morales, principalmente las relacionadas con sus condiciones socioculturales, de género, de pudor y a su intimidad.⁸⁷

El movimiento anti-vacunas representa una mirada con fundamentos ideológicos liberales que no es original de nuestro país y que se remonta al rechazo de algunas personas a la intervención del Estado en cuestiones vinculadas con la salud pública.

El caso “*N.N. D., v. s/ protección guarda de personas*” se inició en Mar del Plata, donde la titular de la Asesoría de Incapaces n° 1 promovió medida de protección de derechos del niño a favor de *N.N. ó U.V.* mediante la cual peticionó la internación del menor en un nosocomio

⁸⁴ Causa N° 31. 777/96 “*Viceconte, Mariela Cecilia c/ Estado Nacional – M° de Salud y Acción Social– s/ amparo Ley N° 16. 986*”.

⁸⁵ Eduardo Mertehikian, “La ‘protección de la salud’ como un derecho de incidencia colectiva y una sentencia que le ordena al Estado que cumpla aquello a lo que se había comprometido” (Comentario al fallo “*Viceconte, M. c/ Ministerio de Salud y Acción Social*”), Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo, dirigido por Agustín Gordillo, La Ley, 1998-F, 9.303.

⁸⁶ CSJN, “*N.N. D., v. s/ protección guarda de personas*”, sent. del 12-06-2012.

⁸⁷ María Yanina Gázquez, “Derecho, salud y políticas públicas. Vacunación. Posturas a favor y en contra.”, *Revista Derecho y Salud*, p.62.

público a fin de que le sea administrada la medicación/vacunación pertinente conforme el protocolo oficial de vacunación, con el auxilio de la fuerza pública⁸⁸. La acción se inició debido a que los representantes de un niño recién nacido se opusieron a que éste reciba las vacunas previstas en el Plan Nacional de Vacunación. Adoptaron esa posición debido a su propia visión de la medicina, y de la elección que profesan por los paradigmas del “modelo homeopático”, y en especial, los “ayurvédicos”. En ese contexto, manifestaron haber optado por un modelo básico de inmunización basado en directrices nutricionales, sanitarias y de profilaxis que excluyen -preferentemente- los procedimientos médicos intrusivos. Según los padres agraviados, la vacunación importa un “paternalismo compulsivo” estatal. Apoyaron su posición en el art. 19 párr. 1° de la Constitución Nacional, alegando que obligarlos a vacunar a su hijo contra sus creencias importaba una violación del principio de autonomía allí consagrado que obstaculizaba el plan de vida que aquellos habían trazado para su familia.

La ley 22.909 -B.O. del 15-IX-1983- de alcance a todo el territorio de la República (conf. arts. 1, 2, 3, 6, 11, 20) instituyó el “Régimen General para las Vacunaciones contra las Enfermedades prevenibles por ese medio”, contemplando el suministro obligatorio a todos los habitantes del país de las vacunas incluidas en la nómina cuya elaboración encomendó a la autoridad sanitaria nacional⁸⁹. El citado art. 11 de

⁸⁸ La solicitud reconoce como antecedente la comunicación que cursara al Ministerio Público el área de servicio social del Hospital Interzonal Especializado Materno Infantil “D. Victorio Tetamanti” de esa localidad, dando cuenta de la negativa de la presunta madre del menor a que le realicen a éste las mencionadas prácticas, en oportunidad de concurrir al establecimiento luego de producido el parto domiciliario.

⁸⁹ Dicho contenido se ha integrado de manera sucesiva por diversas disposiciones reglamentarias dictadas al amparo de la señalada previsión legal (Resoluciones 107/1997 de la Secretaría de Programas de Salud -B.O. del 02-X-1997-; 141/97 de la Secretaría de Programas de Salud -B.O. del 22-I-1998-; 108/98 de la Secretaría de Programas de Salud -B.O. del 11-XI-1998-; 940/2000 del Ministerio de Salud -B.O. del 27-X-2000-; 174/2003 del Ministerio de Salud -B.O. del 07-III-2003-; 175/2003 del Ministerio de Salud -8.0, del 07-III-2003-; 653/2005 del Ministerio de Salud y Ambiente -B,0, del 17-VI-2005-; 48/2007 del Ministerio de Salud -B,0, del 26-I-2007 y 498/2008 del Ministerio de Salud -B.O. del 29-V-2008-)

la ley 22.909 -respecto del deber de vacunación antes mencionado-, dispuso que “los padres, tutores, curadores y guardadores de menores o incapaces son responsables, con respecto a las personas a su cargo”. Sin perjuicio de la sanción de multa que prescribe el art. 17 del plexo analizado para el supuesto en que los sujetos obligados incumplan el mandato legal, el art. 18 dispone: “La falta de vacunación oportuna en que incurran los obligados por el art. 11 determinará su emplazamiento, en término perentorio para someterse y/o someter a las personas a su cargo, a la vacunación que en cada caso corresponda aplicar, sin perjuicio, en caso de incumplimiento, de ser sometidos los obligados o las personas a su cargo a la vacunación en forma compulsiva”.

Por otro lado, la ley nacional 26.529 de Derechos de los Pacientes (sancionada el 21 de octubre de 2009) establece que toda actuación médico-sanitaria puede ser rechazada aún sin expresión de causa y “requiere” el previo consentimiento informado del paciente (arts. 2º inc. “e” y 6º).

Al resolver el caso, dijo la Corte Suprema que “corresponde señalar que no se encuentra discutida en autos la prerrogativa de los progenitores de decidir para si el modelo de vida familiar (artículo 19 de 1a Constitución Nacional), sino el límite de aquella, que está dado por la afectación de la salud pública y el interés superior del niño que -en el caso- de acuerdo con la política pública sanitaria establecida por el Estado, incluye métodos de prevención de enfermedades entre los que se encuentran las vacunas”.

A finales del año 2018 el Poder legislativo de la Nación, en línea con los argumentos expuestos por la Corte Suprema en el referido precedente en el que avaló la constitucionalidad de la vacunación como un deber impuesto por el estado a las personas, sancionó la ley 27.491 que consagró la “prevalencia de la salud pública por sobre el interés particular” (art. 2º, inc. “c”) y la preeminencia del interés superior del niño (art. 11) y que también impuso la norma la obligatoriedad para los habitantes de aplicarse las vacunas (art. 2) y previó que su incumplimiento generaría “acciones de la autoridad sanitaria jurisdiccional correspondiente, tendientes a efectivizar la vacunación, que irán desde la notificación hasta la vacunación compulsiva” (art. 14).

En vigencia de la nueva ley, su obligatoriedad fue solicitada por ciudadanos que se negaban a vacunar a sus hijos al poder judicial, teniendo resoluciones contrarias a excepcionar la aplicación de la vacuna.⁹⁰

María Yanina Gázquez analiza esta cuestión con los siguientes argumentos: “¿No vacunarse implica siempre un daño a la salud colectiva o se trata sólo de un riesgo potencial? Consideramos que no vacunarse no siempre implica un daño a la salud pública y a los derechos de terceros, pero si genera un riesgo potencial de daño. Basándonos en la función preventiva del Código Civil y Comercial (art. 1710), sostenemos que se debe priorizar el deber de no dañar, motivo por el cual se deben extremar los recaudos para evitar daños a los demás, especialmente el Estado a través de los programas de salud pública. La salud no sólo beneficia al individuo sino también a la sociedad. La enfermedad gravita sobre la vida económica y social, debido a que reduce la productividad de las personas. La baja producción proporciona salarios insuficientes que derivan en nutrición deficiente y, por ende, en bajo nivel de vida que, en la mayoría de los casos, provoca enfermedad. A su vez, la enfermedad necesita atención e inversión de grandes sumas de dinero que el Estado podría destinar a la medicina preventiva.”⁹¹

IV.4. La prohibición de fumar tabaco en lugares públicos

Otro claro ejemplo de regulación estatal que limita las libertades individuales en protección de la salud pública son las leyes 23.054 (modificada

⁹⁰ Caso: “Defensoría de Menores e Incapaces N° 1 c. C. F., T. S. s/ medidas precautorias”, AR/JUR/11/2019, comentado por BERGER, Sabrina M., “Vacunación obligatoria y decisiones médicas familiares”, LA LEY del 22/02/2019, p. 4, cita online: AR/DOC/410/2019. Y caso: “XXX c. XXX s/ medidas precautorias (art. 232 del Cód. Proc. Civ. y Com.)”, comentado por URBINA, Paola A., “El interés superior del niño en el marco del Calendario Nacional de Vacunación”, LA LEY del 29/05/2019, p. 6, cita online: AR/DOC/1535/2019. Ambos citados por Zelaya, Mario A. “Los nuevos desafíos que enfrenta la ley de vacunación obligatoria”, Publicado en: SJA 18/09/2019, 18/09/2019, 3.

⁹¹ Gázquez, M. Y. (2019). Derecho, salud y políticas públicas. Vacunación. Posturas a favor y en contra. *Revista Derecho Y Salud*, (3), 62-75. [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2019\)05](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2019)05). Ver también Verónica Rocamora Villena, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, “La salud en disputa. La dimensión sociopolítica y comunicacional de las controversias sobre vacunas en Chile”, Madrid, 2017.

por la ley 24.044), que prohibió la actividad de fumar en público, luego ampliada la reglamentación a otros aspectos del tabaquismo como su publicidad, mediante la sanción de la ley 26.687. Como veremos, coincide la doctrina que no existe un derecho en cabeza de las personas que eligen fumar tabaco de hacerlo en público, lesionando la salud de aquellas personas con las que comparte el espacio, ya que el principio según el cual los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común; sólo tiene el derecho a fumar en privado, al amparo del principio de la privacidad y de las acciones privadas de los hombres.

La evaluación de la intervención del Estado en protección de la salud, cambia según lo haga en aspectos del ámbito privado de las personas o del ámbito público en el que la conducta prohibida interactúa con los derechos de otras personas. Agustín Gordillo, analiza la cuestión y sostiene; “Por lo tanto, si bien el derecho de fumar en privado no resulta prima facie restringido por las normas y principios precedentemente expuestos, no ocurre lo mismo con el acto de fumar en público; fumar en público supone lesionar arbitrariamente la salud de los demás, y por ende resulta violatorio a las normas indicadas y no se encuentra amparado por la facultad genérica que reconoce el art. 19 de la Constitución nacional: ésta enfatiza la libertad de las acciones privadas y aun así, sólo en tanto y en cuanto no afecten la salud pública. No existiendo norma expresamente permisiva, cabe entonces concluir que no existe el “derecho” ni la “libertad” de fumar en público sino antes bien y al contrario el deber jurídico de no hacerlo.”⁹²

El profesor Gordillo explica que: “la línea divisoria de conducta lo constituye siempre la existencia o no de trascendencia de la conducta individual y privada al ámbito compartido de la vida en sociedad; ya que no parece tutelado el “derecho” de obligar a los demás seres humanos a ser sujetos pasivos involuntarios de la ingesta de bebidas, drogas o alimentos nocivos, y no puede tampoco, por ende, aceptarse en el presente una supuesta obligación de ser sujetos pasivos involuntarios de la introducción compulsiva de agentes nocivos en sus vías respiratorias, ni puede reconocerse a nadie la potestad unilateral de imponérsela

⁹² Agustín Alberto Gordillo; Adelina Loiano; Gregorio Flax. - 6a ed. - Buenos Aires: Fund. de Derecho Administrativo, 2007, pág. X-4.

coactivamente sin fundamento normativo expreso y razonable, con sustento fáctico suficiente, nada de lo cual ocurre en la especie.”⁹³

V. LOS DERECHOS AFECTADOS Y LA REGULACIÓN JURÍDICA DE SU LIMITACIÓN O SUSPENSIÓN LEGAL

En la limitación y reglamentación de los derechos deben respetarse los principios de legalidad (art. 19 CN) y razonabilidad (art. 28 CN), por lo que el abordaje de este conflicto desde un análisis jurídico –en especial desde el Derecho Administrativo– nos conduce, para realizar el control de constitucionalidad, a ponderar si la norma, o en generar la actividad del Estado, busca fines legítimos y si los medios utilizados para esos fines respetan el ordenamiento jurídico vigente y son razonables dentro de los mecanismos con los que cuenta la autoridad cuando limita derechos individuales o colectivos.

V.1. Los derechos individuales en juego

En este punto pretendo analizar la afectación de derechos provocada por la medida sanitaria de aislamiento social, preventivo y obligatorio, quedando marginadas el resto de las políticas públicas adoptadas en vinculación directa o indirecta con el COVID-19.

Resulta evidente la afectación de los derechos individuales reconocidos en el artículo 14 de la Constitución Nacional, que establece que “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino”.

Especificando un poco más, y recurriendo al nuevo sistema de fuentes internacionales de nuestro ordenamiento jurídico, la cuarentena impacta directamente sobre el derecho de reunión⁹⁴ y el derecho

⁹³ Gordillo, Agustín y Ots, *Derechos Humanos*, Ob. Cit.

⁹⁴ CADH; Art. 15: “Derecho de Reunión. Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad

de circulación y residencia⁹⁵, y de una forma indirecta –derivada de las consecuencias económicas del aislamiento social- en el derecho de propiedad.⁹⁶

Tales derechos resultan pilares fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, los mismos están sujetos a limitaciones por razones de orden público, seguridad y salud pública. En efecto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos recoge en su artículo 12 inciso 1 el derecho a “...circular libremente...”, y el artículo 12 inciso 3 establece que el ejercicio de los derechos por él consagrados “no podrá ser objeto de restricciones a no ser que éstas se encuentren previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto”.

En cuanto al requisito de proporcionalidad en una sociedad democrática, el Comité de Derechos Humanos manifestó en su Observación General No. 27 que: “...14. [...] Las medidas restrictivas deben ajustarse al principio de proporcionalidad; deben ser adecuadas para desempeñar su función protectora; deben ser el instrumento menos

democrática en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás.”

⁹⁵ CADH; Art. 22. “Derecho de Circulación y de Residencia. 1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y a residir en él con sujeción a las disposiciones legales. 2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio. 3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden público, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás. 4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 puede asimismo ser restringido por la ley en zonas determinadas, por razones de interés público...”

⁹⁶ Art. 21. “Derecho a la Propiedad Privada. 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley...”

perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado, y deben guardar proporción con el interés que debe protegerse. 15. [...] El principio de proporcionalidad debe respetarse no sólo en la ley que defina las restricciones sino también por las autoridades administrativas y judiciales que la apliquen. Los Estados deben garantizar que todo procedimiento relativo al ejercicio o restricción de esos derechos se lleve a cabo con celeridad y que se expliquen las razones de la aplicación de medidas restrictivas”⁹⁷.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 22 inciso 3 que el ejercicio de los derechos a circular y residir en un Estado consagrados en el artículo 22 inciso 1, entre otros, “...no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás”.

En su artículo 30, la CADH establece expresamente que las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos coincide con lo indicado por el Comité de Derechos Humanos en su Observación General No. 27, en el sentido de que “el derecho de circulación se trata del derecho de toda persona a trasladarse libremente de un lugar a otro y a establecerse libremente en el lugar de su elección. El disfrute de este derecho no debe depender de ningún objetivo o motivo en particular de la persona que desea circular o permanecer en un lugar. Se trata de una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona”... “El derecho de circulación y de residencia, incluido el derecho a salir del país, pueden ser objeto de restricciones, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 22.3 y 30 de la Convención. Sin embargo, es necesario que dichas restricciones se encuentren expresamente fijadas por ley, y que estén destinadas a prevenir infracciones penales

⁹⁷ O.N.U., Comité de Derechos Humanos, Comentario general no. 27, *supra* nota 135, párrs. 14 y 15.

o a proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás, en la medida indispensable en una sociedad democrática.”⁹⁸

Recientemente la Corte Interamericana emitió una resolución que indica a los Estados cuáles son las pautas de sus políticas públicas destinadas a combatir el coronavirus respetando los Derechos Humanos⁹⁹, en la que recordó los requisitos y limitaciones a las restricciones o suspensiones de los derechos...“Todas aquellas medidas que los Estados adopten para hacer frente a esta pandemia y puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos.”¹⁰⁰

⁹⁸ Corte IDH Canese c/ Paraguay. En el mismo sentido. Daniel Mauro Nallar Dera, “El Estado en juicio por fallas en el sistema de salud pública. A propósito de la emergencia sanitaria (primera parte)”, REDA N° 129, Mayo- Junio 2020, p. 3 y siguientes.

⁹⁹ Declaración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Covid-19 y Derechos Humanos. Indica el Tribunal que los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de Derechos Humanos y respetando las obligaciones internacionales. La Corte Interamericana de Derechos Humanos abordó -en su declaración del 09 de abril de 2020- los problemas y desafíos extraordinarios que los Estados americanos, la sociedad en su conjunto, y cada persona y familia están afrontando como consecuencia de la pandemia global causada por el coronavirus COVID19, en la que instó a que la adopción y la implementación de medidas, dentro de la estrategia y esfuerzos que los Estados están realizando para abordar y contener esta situación que concierne a la vida y salud pública, se efectúe en el marco del Estado de Derecho, con el pleno respeto a los instrumentos interamericanos de protección de los derechos humanos y los estándares desarrollados en la jurisprudencia de este Tribunal. En los dos primeros puntos destaca la Corte la necesaria cooperación internacional y regional conjunta, solidaria y transparente entre los Estados y la necesaria colaboración de organismos multilaterales, de manera conjunta con los Estados, bajo un enfoque de derechos humanos.

¹⁰⁰ Agregó la Corte IDH agregó que: “Debe cuidarse que el uso de la fuerza para implementar las medidas de contención por parte de los funcionarios encargados del cumplimiento de la ley se ajuste a los principios de absoluta necesidad, proporcionalidad y precaución de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana.”

V.2. Los derechos fundamentales en juego. Derecho a la salud y derecho a la vida

La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. Christian Courtis y Víctor Abramovich enuncian los dos aspectos que integran el contenido del derecho a la salud, en el que uno implica obligaciones tendientes a evitar que la salud sea dañada, sea por la conducta de terceros –tanto del Estado como de otros particulares–, o por otros factores controlables y otro incorpora también obligaciones tendientes a asegurar la asistencia médica –derecho a la atención o asistencia sanitaria– una vez producida la afectación a la salud.¹⁰¹ Numerosos instrumentos de derecho internacional reconocen el derecho del ser humano a la salud. En el párrafo 1 del artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos se afirma que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales contiene el artículo más exhaustivo del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho a la salud.¹⁰²

La efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la

¹⁰¹ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, “El derecho a la atención sanitaria como derecho exigible”, La Ley 2001-D, 22.

¹⁰² El derecho a la salud desde el punto de vista normativo, está reconocido en los tratados internacionales con rango constitucional (art. 75 inc. 22) entre ellos, el art. 12 inc. c del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; inc. 1º, arts. 4º y 5º de la Convención sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- e inc. 1º del art. 6º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, extensivo no sólo a la salud individual sino también a la salud colectiva (conf. CSJN, Fallos, 323:1339; CNCiv., Sala D, diciembre 22-2005, “L., E. c/ Plan de Salud Hospital Italiano de Buenos Aires”, publicado en ED del 27/3/06).

adopción de instrumentos jurídicos concretos. Así la CSJN ha recordado que la vida es el primer derecho de la persona humana reconocido y protegido por la Ley Fundamental (Fallos: 310:112; 312:1953, entre otros) y que, en tanto eje y centro de todo el sistema jurídico, es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los demás tienen siempre carácter instrumental (Fallos: 316:479; 324:3569), puntualizando con especial énfasis tras la reforma constitucional del año 1994 que “la preservación de la salud integra el derecho a la vida, por lo que existe una obligación impostergable de las autoridades públicas de garantizarla mediante la realización de acciones positivas (cfr. arts. 42 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional y Fallos: 321:1684; 323:1339 y 3229, entre otros)”¹⁰³.

La Corte reconoció el derecho de todas las personas a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, así como al deber de los Estados parte de procurar su satisfacción, señalando que entre las medidas a ser adoptadas para garantizar ese derecho se halla la de desarrollar un plan de acción para reducir la mortalidad infantil, lograr el sano desarrollo de los niños y facilitarles ayuda y servicios médicos en caso de enfermedad (art. 12, PIDESC), y a la asunción del Estado de su obligación “hasta el máximo de los recursos posibles” de que dispongan para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en ese tratado (art. 2º.1, PIDESC).¹⁰⁴

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Resolución 01/20 referida al COVID-19, dijo al respecto que: “El derecho a la

¹⁰³ 3 CSJN, I. 248. XLI. RECURSO DE HECHO causa “I. C. F. c/ provincia de Buenos Aires s/amparo”, res. del 30/09/2008.

¹⁰⁴ CSJN, caso “Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c. Ministerio de Salud y Acción Social -Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas s/ Recurso de Hecho”, 24/10/2000. CSJN y CNContencioso adm. Federal, sala I, caso “Asociación Benghalensis y otros c. Ministerio de Salud y Acción Social -Estado Nacional s/ amparo ley 16.986, fallos de 1/6/2000 y 5/3/1998 -La Ley, 1999-F, 749 (42.063-S)-, respectivamente; CCiv. y Com., Bahía Blanca, sala II, caso “C. y otros c. Ministerio de Salud y Acción Social de la Provincia de Buenos Aires, 2/9/1997; CNContenciosoadm.Federal, sala IV, caso “Viceconte, Mariela c. Estado nacional -Ministerio de Salud y Acción Social s/ amparo ley 16.986”, 2/6/1998 -LA LEY, 1998-F, 305-; CNCiv., Neuquén, sala II, caso “Menores Comunidad Paynemil s/acción de amparo”, 19/5/1997.

salud debe garantizarse respetando la dignidad humana y observando los principios fundamentales de la bioética, de conformidad con los estándares interamericanos en cuanto a su disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad, adecuados a las circunstancias generadas por esta pandemia. Por lo señalado, las trabajadoras y trabajadores de la salud deberán ser proveídos de los insumos, equipos, materiales e instrumentos que protejan su integridad, vida y salud, y que les permita desempeñar su labor en términos razonables de seguridad y calidad”¹⁰⁵

Finalmente, corresponde destacar que el derecho a la vida –en este caso vinculado inescindiblemente al derecho a la salud–, a diferencia de los derechos individuales vistos en el punto anterior (Derecho a la circulación, derecho de reunión, derecho de propiedad) no es susceptible de ser suspendido por los Estados, aún en casos de peligro público o emergencia, no quedando autorizado el Gobierno a la limitación de las garantías previstas excepcionalmente en el artículo 27 de la CADH.

V.3. Los grupos de personas vulneradas en sus derechos fundamentales

Surge de nuestro ordenamiento nacional integrado con normas protectorias de los derechos humanos proveniente de la órbita nacional como internacional, que existen grupos o sujetos de especial protección por parte del Estado como la mujer; los niños, niñas y adolescentes; las personas con discapacidad; los adultos mayores; los pueblos indígenas; los trabajadores; las personas migrantes y las personas detenidas o privadas de la libertad. Su protección diferenciada tiene suficiente fundamento normativo en el nuevo sistema integrado de protección de los derechos humanos nacido de la última reforma de la Carta Magna federal. Por ejemplo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al interpretar el PIDESC ha dicho que “Los Estados Parte deben otorgar la debida prioridad a los grupos sociales

¹⁰⁵ Agregó la CorteIDH: “En estos momentos, especial énfasis adquiere garantizar de manera oportuna y apropiada los derechos a la vida y a la salud de todas las personas bajo la jurisdicción del Estado sin discriminación alguna, incluyendo a los adultos mayores, las personas migrantes, refugiadas y apátridas, y los miembros de las comunidades indígenas”.

que viven en condiciones desfavorables concediéndoles una atención especial. Las políticas y la legislación, en consecuencia, no deben ser destinadas a beneficiar a los grupos sociales ya aventajados a expensas de los demás” (Observación General N° 4, párr. 11).

Otro ejemplo de ello es la adopción de las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, que establece como uno de sus objetivos la elaboración, aprobación, implementación y fortalecimiento de políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, otorgándoles un trato adecuado a sus circunstancias singulares. Para alcanzar dicho objetivo, recomienda “priorizar actuaciones destinadas a facilitar el acceso a la justicia de aquellas personas que se encuentren en situación de mayor vulnerabilidad, ya sea por la concurrencia El origen de esta diferenciación legal puede encontrarse, entre otras fuentes, en los criterios jurisprudenciales de nuestro máximo tribunal federal.¹⁰⁶

En la Declaración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Covid-19 y Derechos Humanos, especifica el Tribunal al respecto que: “Dada la naturaleza de la pandemia, los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales deben ser garantizados sin discriminación a toda persona bajo la jurisdicción del Estado y, en especial, a aquellos grupos que son afectados de forma desproporcionada porque se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad, como son las personas mayores, las niñas y los niños, las personas con discapacidad, las personas migrantes, los refugiados, los apátridas, las personas privadas de la libertad, las personas LGBTI, las mujeres embarazadas o en período de post parto, las comunidades indígenas, las personas afrodescendientes, las personas que viven del trabajo informal, la población de barrios o zonas de habitación precaria, las personas en situación de calle, las personas en situación de pobreza, y el personal de los servicios de salud que atienden esta emergencia.”

Dedica la Corte un párrafo especial para otro grupo de personas vulneradas; “Dado el alto impacto que el COVID-19 pueda tener respecto a las personas privadas de libertad en las prisiones y otros

¹⁰⁶ Las Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad han sido aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, que ha tenido lugar en Brasilia los días 4 a 6 de marzo de 2008.

centros de detención y en atención a la posición especial de garante del Estado, se torna necesario reducir los niveles de sobrepoblación y hacinamiento, y disponer en forma racional y ordenada medidas alternativas a la privación de la libertad.”

Finalmente el Tribunal Interamericano refiere al grupo de trabajadores, afirmando que: “Se debe velar porque se preserven las fuentes de trabajo y se respeten los derechos laborales de todos los trabajadores y trabajadoras. Asimismo, se deben adoptar e impulsar medidas para mitigar el posible impacto sobre las fuentes de trabajo e ingresos de todos los trabajadores y trabajadoras y asegurar el ingreso necesario para la subsistencia en condiciones de dignidad humana. En razón de las medidas de aislamiento social y el impacto que esto genera en las economías personales y familiares, se deben procurar mecanismos para atender la provisión básica de alimentos y medicamentos y otras necesidades elementales a quienes no puedan ejercer sus actividades normales, como también a la población en situación de calle.”

V.4. El principio de legalidad del Estado Constitucional y Social de Derecho. Tutela preferencial de derechos fundamentales por sobre derechos patrimoniales

Como explica el profesor Patricio Sammartino, la última reforma constitucional reconfiguró nuestro Estado de Derecho y evolucionó al actual Estado Constitucional Social de Derecho, que lleva ínsito la genuina e irreversible expansión de los derechos fundamentales y de las garantías que los tutelan, implicando que, desde el estado constitucional, la actuación administrativa se erige en el instrumento técnico que concretiza directa e inmediatamente el acceso a los bienes que asegura hoy la Constitución. Esa función adquiere hoy mayor gravitación cuando se verifican necesidades urgentes insoslayables.¹⁰⁷

¹⁰⁷ Patricio M. E. Sammartino; “Precisiones introductorias en torno a las bases del proceso administrativo en el Estado constitucional social de derecho”, *El Derecho*, Buenos Aires, viernes 30 de octubre de 2015. Ver también del mismo autor: “La noción de acto administrativo en el estado constitucional”, EDA, 2007-639.

Explica este autor que una de las consecuencias prácticas del actual Estado Constitucional Social de Derecho es que, además de los principios formales –de reserva de ley y de especificación– y materiales –de favor libertatis y proporcionalidad–, en el estado constitucional rige, como estándar teleológico de interpretación de los antecedentes de hecho y derecho del acto –causa, art. 7° inc. b), LNPA– que habrá de reflejarse en el contenido u objeto –art. 7° inc. c), LNPA–, la idea rectora de favorecer la vigencia efectiva del sistema de derechos humanos que consagra la Constitución Nacional (art. 7°, inc. f), LNPA). Recurriendo entonces a las nuevas fuentes de nuestro ordenamiento jurídico encontramos que en él se efectúa una división esencial entre distintos tipos de derechos, lo que provoca un tratamiento diferenciado del Estado, según se trate de un derecho fundamental o de un interés patrimonial o meramente económico patrimonial.¹⁰⁸

Luigi Ferrajoli, al desarrollar su teoría del derecho, desgrana las diferencias estructurales entre derechos fundamentales –en tanto universales (de los derechos de libertad al derecho a la vida, de los derechos civiles a los derechos políticos y sociales)– y derechos patrimoniales –en cuanto singulares (del derecho de propiedad a los otros derechos reales y a los derechos de crédito)–, que en mi opinión, justifican por sí el tratamiento diferenciado por parte del Estado, basado en una visión jurídico-política más igualitaria de la sociedad.

Comienza el jurista italiano por establecer que “Los derechos fundamentales son los derechos de los que todos son titulares en cuanto personas naturales, o en cuanto ciudadanos, o bien, si se trata de derechos – potestad, en cuanto capaces de obrar o en cuanto ciudadanos capaces de obrar”¹⁰⁹, caracterizándolos como derechos subjetivos –intereses jurídicamente protegidos en forma de expectativas positivas o negativas–, universales –pertenecientes a todos en condiciones de igualdad– e indisponibles y que “se afirman una y otra vez como leyes del más débil, en alternativa a la ley del más fuerte que regía y regiría

¹⁰⁸ Patricio M. E. Sammartino; “La noción de acto administrativo en el estado constitucional”, EDA, 2007-639.

¹⁰⁹ Ferrajoli, Luigi, “Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho”, Editorial Trotta, Madrid, 2011, p. 686.

en su ausencia”¹¹⁰. Agrega que estos derechos “pertenecen sólo a las personas naturales y no también a las artificiales: estas últimas si acaso no son más que un instrumento para su tutela, como sujetos no autónomos sino heterónomos, no constituyentes sino siempre constituidos”. Así, en virtud de tales caracteres, los derechos fundamentales se corresponden con deberes absolutos (*erga omnes*), pudiendo ser dirigidos a todos –como la prohibición de matar, garantía del derecho a la vida– o a determinados sujetos públicos –como la obligación de la asistencia sanitaria, garantía del derecho a la salud–, y en tanto conferidos en el interés de todos, postulan para su garantía funciones de carácter público.

A partir de esta configuración teórica, Ferrajoli distingue los derechos fundamentales de los derechos patrimoniales de la siguiente forma: “La diferencia entre estas dos clases de derechos es ciertamente todavía más radical, residiendo en el hecho de que los derechos patrimoniales, al tener por objeto bienes o prestaciones concretamente determinados, son por un lado singulares en lugar de universales, y por otro lado disponibles en lugar de indisponibles...el rasgo estructural de los derechos patrimoniales es la disponibilidad, a su vez conectada a la singularidad: estos últimos, contrariamente a los derechos fundamentales, no están establecidos inmediatamente a favor de sus titulares por normas téticas, sino predisuestos por normas hipotéticas como efectos de los actos de adquisición o disposición por ellas previstos... Las dos clases de derechos se hallan por ello en relación de contrariedad: los derechos fundamentales no son jamás patrimoniales y viceversa”¹¹¹

¹¹⁰ Ferrajoli, Luigi, “Principia iuris...”, *ob. cit.*, p. 776.

¹¹¹ Ferrajoli, Luigi, “Principia iuris...”, *ob. cit.*, p. 718. Agrega luego: “Se manifiesta de este modo un ulterior perfil de la igualdad en los derechos fundamentales y de la desigualdad en los patrimoniales. Los derechos fundamentales son iguales no sólo en el sentido de que pertenecen a todos, sino también en el sentido de que les pertenecen invariable y normativamente en igual forma y medida. Los derechos patrimoniales son en cambio desiguales en el doble sentido de que son contingentes y mudables a causa de las vicisitudes a las que están sometidos, tanto en los titulares como en los contenidos. Éstos se acumulan y se extinguen, aquéllos permanecen siempre iguales a sí mismos. Todos somos igualmente libres de manifestar nuestro pensamiento o igualmente inmunes frente a las detenciones arbitrarias. Pero cada uno de nosotros es propietario o acreedor de cosas distintas y en diferente medida. Se puede

Los derechos patrimoniales parten de la exclusión de aquellos que no son sus titulares, a diferencia de los derechos fundamentales que se caracterizan por ser inclusivos y formar parte de la base de igualdad jurídica.

La relación de esta clasificación con la igualdad radica en la necesidad que desde el ordenamiento jurídico positivo se intervenga mediante políticas públicas garantizando el conjunto de situaciones de las que todos somos titulares y que no son producidas por el ejercicio de los derechos civiles de autonomía, ello porque “mientras que los derechos fundamentales y sus frágiles garantías están en la base de la igualdad jurídica, los derechos patrimoniales –para los que además el derecho positivo, aunque sólo sea por su milenaria tradición, ha elaborado técnicas de garantía bastante más eficaces– están en la base de la desigualdad jurídica”.¹¹²

Es decir, frente a la existencia de diferencias sociales y económicas entre distingos grupos de personas dentro de una sociedad (diferencias como hechos) el ordenamiento jurídico puede reaccionar con indiferencia (las diferencias no son tuteladas ni reprimidas, ni protegidas ni violadas, simplemente ignoradas) mediante un contenido mínimo de la esfera pública y por el libre y desregulado juego de los poderes privados; también puede otorgar una jerarquía diferente a las distintas identidades sociales; o –por último– las diferencias pueden ser homologadas jurídicamente, es decir negadas e ignoradas en nombre de una abstracta afirmación de igualdad (las diferencias son reprimidas o violentadas como desviaciones, en el cuadro de una neutralización uniformadora). Frente a dichas respuestas insuficientes ante

ser y llegar a ser más o menos rico, mientras que no se puede ser ni devenir más o menos libre. Los derechos patrimoniales, al tener por objetos cosas o prestaciones patrimoniales, se adquieren, se cambian y se venden. Los derechos fundamentales, al contrario, no se cambian ni se acumulan. Unos son alterables en su cantidad y calidad y acaso es posible que se extingan por su ejercicio; los otros permanecen invariables, cualquiera que sea su ejercicio. Se consume, se vende, se permuta o se da en arriendo una cosa que se posee. No se consumen en cambio, y tampoco pueden venderse, el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, o los derechos civiles y políticos, a menos que se transformen en derechos patrimoniales”; p. 722.

¹¹² Ferrajoli, Luigi, “Principia iuris...”, ob. cit., p. 718.

la configuración jurídica de las diferencias Ferrajoli opone un modelo de igual valoración jurídica de las diferencias, basado en el principio normativo de igualdad en los derechos fundamentales y en un sistema de garantías capaces de asegurar su efectividad.

Afirma este autor que: “Lo opuesto a la igualdad no es la diferencia, sino la desigualdad, sea jurídica o antijurídica. Son desigualdades jurídicas (contrarias a la igualdad) las desigualdades económicas y sociales generadas por los derechos patrimoniales y por las demás situaciones singulares de las que cada uno es titular de modo distinto a los otros; son desigualdades antijurídicas (contradictorias con la igualdad) las generadas por la violación del principio de igualdad, o sea, por las discriminaciones de las diferencias. Las primeras son reducidas, si no eliminadas, por la efectividad de los derechos sociales, que imponen niveles mínimos de la que llamamos igualdad sustancial: la cual no es ya contradicha sino no actuada, si de hecho son ignoradas las necesidades vitales que tales derechos imponen satisfacer. Las segundas son impedidas por la efectividad de los derechos individuales, que imponen aquella que llamamos igualdad formal; la cual a su vez es, no ya contradicha, sino violada, cuando de hecho resultan discriminadas las diferencias que tales derechos obligan a tutelar”.¹¹³

En breve síntesis de lo hasta aquí dicho, la respuesta que el Estado debe dar frente a la existencia de personas que sufren carencias económicas y sociales derivadas de una determinada forma de distribución de recursos y bienes, es garantizar mediante acciones positivas y tutelas diferenciadas el ejercicio y efectividad de sus derechos fundamentales. Esta obligación del Estado se agudiza cuando estos mismos grupos son especialmente vulnerables por una enfermedad pandémica que por sus especiales condiciones de vida y salud los afecta en forma diferenciada respecto del resto de los integrantes de la sociedad.

Encontrándose en conflicto un derecho fundamental y colectivo (derecho a la salud y derecho a la vida de todos los habitantes del país), que encuentra una especial afectación de determinados grupos vulnerados, frente a derechos individuales (susceptibles de razonable regulación que los limite temporalmente) y derechos patrimoniales

¹¹³ Ferrajoli, Luigi, “Principia iuris...”, ob. cit., p. 752.

(básicamente, derecho de propiedad en sus diversas manifestaciones), resulta claro que el Estado debe –por imposición jurídica derivada del actual Estado Constitucional Social de Derecho– adoptar medidas para garantizar los primeros, limitando en forma transitoria y razonable, los segundos.

VI. CONTROL DE RAZONABILIDAD¹¹⁴

Brevemente haré mención a los criterios para controlar la razonabilidad de los actos estatales. El primero de ellos implica un nivel básico y mínimo de control y consiste en realizar un análisis de relación, entre los fines que se procuran con el dictado del acto y los medios elegidos para alcanzarlos. Es decir, según este patrón, para que el acto administrativo se muestre como razonable, basta con que el contenido del mismo resulte idóneo o apto para lograr la finalidad perseguida por el órgano del cual emana.

El segundo de ellos evidencia mayor rigidez que el anterior, puesto que aquí se evalúa que entre el contenido del acto y su finalidad exista relación de proporcionalidad, verificando, de este modo, que el medio escogido por la autoridad no exceda —por su desproporción— la finalidad pública perseguida.

Conforme lo expresa Cassagne, en lo esencial existen tres tipos o especies de conductas que despojan de razón suficiente a la pertinente actuación estatal, a saber: a) irrazonabilidad en los fines perseguidos que se apartan de lo preceptuado en las normas de habilitación (de carácter constitucional, legal o reglamentario) o de los principios generales del derecho; b) desproporción entre el objeto de la medida de policía y los fines perseguidos (argumento incorporado al derecho positivo por el art. 7º, inc. f) in fine de la LNPA); c) exceso de limitación o de punición (en el caso de aplicación de sanciones de naturaleza penal-administrativa) cuando las normas y/o medidas administrativas no guarden una adecuada proporción con los fines que persigue el

¹¹⁴ Ver Cabral, Pablo Octavio; “Aplicación del estándar de la razonabilidad en las decisiones administrativas adoptadas por el Gobierno nacional ante la pandemia del COVID-19”, Revista Derecho Administrativo, Julio - Agosto 2020; 130; RDA, 63.

ordenamiento) y d) violación de la igualdad al introducirse en las normas o en los actos respectivos un factor de discriminación que atribuye a algunos situaciones de ventajas o de gravamen que no se conceden a otras personas que se encuentran en similares condiciones objetivas.¹¹⁵

La razonabilidad no es una exigencia que sólo deba predicarse del acto administrativo, sino que, como se evidencia en el derecho comparado es exigible a todo el actuar del Estado, con fundamento en el art. 28 de la Constitución Nacional, sea que trate del ejercicio de actividad reglada o discrecional, aunque en este último campo, el mentado recaudo se muestra como un mecanismo apropiado para el control de este tipo de facultades.

De esta manera, como lo ha destacado la jurisprudencia, la proporcionalidad actúa como un límite impuesto a la actividad de los poderes públicos, consistente en mantener un nexo de adecuada proporción entre el fin perseguido y los medios puestos en acción para su realización.

En el ámbito de la ley Nacional de Procedimientos Administrativos, la proporcionalidad —entendida como especie de razonabilidad y como condición ineludible que debe cumplir el acto administrativo— ha sido receptada por dicho cuerpo legal en el art. 7 inc. f) como un componente del elemento finalidad, al prescribirse que “las medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a aquella finalidad”.

En el caso del acto administrativo, la razonabilidad surge de la vinculación entre objeto y finalidad del acto administrativo, con lo cual la ausencia de tal recaudo determina la nulidad absoluta del mismo. Por último, evidenciando un control más estricto por parte del juez, que en los supuestos analizados, encontramos el estudio de costos y beneficios que trae aparejado el dictado de un acto administrativo, lo cual se acerca en la práctica al análisis de oportunidad y conveniencia, poniendo en peligro el principio de la división de poderes, pues tal forma de proceder se encuentra vedada al Poder Judicial, incluso en el derecho comparado.

¹¹⁵ Juan Carlos Cassagne, *Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015.

En este orden de cosas se ha expresado que el control de razonabilidad dentro de una causa debe realizarse a través de la aplicación de un estándar básico de razonabilidad que contemple el caso concreto de manera tal que los jueces no excedan sus funciones específicas y acaben valorando la oportunidad mérito o conveniencia de las medias adoptadas, lo que llevaría al gobierno de los jueces.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha valido de esta herramienta de la razonabilidad para controlar la actividad administrativa, sobre todo frente al ejercicio de facultades discrecionales. En tal sentido, ha señalado que “la circunstancia que la Administración obrase en ejercicio de facultades discrecionales en manera alguna puede constituir un justificativo de su conducta arbitraria, puesto que es precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades el principio que otorga validez a los actos de los órganos del estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dicha exigencia”¹¹⁶.

VII. MOTIVACIÓN

Como explica la doctrina, la motivación de la actuación de la Administración Pública nace básicamente del principio de razonabilidad y publicidad de los actos estatales e implica que el Estado debe dar a conocer las razones de sus decisiones.¹¹⁷ Para Carlos Balbín la motivación del acto estatal es “la relación o correspondencia entre la causa y el objeto y, a su vez, entre el objeto y la finalidad. De modo que el Ejecutivo debe explicar cuál es el vínculo entre las causas y el objeto, y entre éste y la finalidad; y sólo en tal caso, el acto está debidamente motivado en términos racionales y jurídicos”, agregando que “la motivación lleva dentro de sí dos componentes, esto es: las razones y la proporcionalidad. Así, el vínculo entre la causa y el objeto debe guardar razonabilidad y, además, proporción entre ambos; igual que

¹¹⁶ La jurisprudencia de la Corte evidencia que el mecanismo de razonabilidad ha sido utilizado de manera frecuente para control del ejercicio de facultades discrecionales.

¹¹⁷ Balbín, Carlos, “Derecho Administrativo”, Edición La Ley, p. 344.

el trato entre el objeto y el fin del acto. En otras palabras, el elemento motivación del acto debe unir, pero no de cualquier modo sino de forma racional y proporcional, las causas, el objeto y el fin, dándole al acto un sentido coherente y sistemático.”¹¹⁸

La obligación de motivar el acto administrativo, como modo de reconstrucción del iter lógico seguido por la autoridad para justificar una decisión de alcance particular que afecta situaciones subjetivas, a más de comportar una exigencia inherente a la racionalidad de su decisión, así como a la legalidad de su actuar y ser, también, derivación del principio republicano de gobierno (arts. 1, Const. nac.) es postulada prácticamente con alcance universal por el moderno derecho público. Si bien es cierto que la observancia de este requisito esencial no puede desvincularse del alcance de las potestades atribuidas a la autoridad administrativa por el ordenamiento, no lo es menos que su modo de concreción depende en cada caso del contenido de la atribución involucrada y, por ende, del objeto del acto que la ejercita o expresa. En otros términos, el recaudo de suficiente motivación debe adecuarse, en cuanto a la modalidad de su configuración, a la índole particular de cada acto administrativo.¹¹⁹

Como recaudo de validez del acto administrativo la motivación cumple la finalidad de permitir que la Administración sometida al derecho dé cuenta de sus decisiones, permitiendo que éstas puedan ser examinadas en su juridicidad por la justicia en caso de ser impugnadas, posibilitando el ejercicio del derecho de defensa de los afectados, el que comprende el derecho a una decisión fundada, es decir, que sea el resultado de la ponderación de todos los antecedentes.

Como se puede observar de la lectura de los sucesivos decretos de establecimiento y prórroga de la cuarentena, la motivación de las medidas se encuentra suficientemente expuesta, en la que el elemento causa se halla presente en los hechos (constatación de la propagación de casos del nuevo coronavirus COVID-19 en nuestro país) y derecho (obligación constitucional del Estado de preservar la salud y vida de la población), que la medida de aislamiento social (objeto) tiene el

¹¹⁸ Balbín, Carlos, “Derecho Administrativo”, Edición La Ley, p. 344 y sgtes.

¹¹⁹ SCBA, B 59937 S 28/02/2018 Juez SORIA.

objetivo de mitigar la propagación del virus y su impacto sanitario (finalidad), destacando que las medidas que se establecieron son temporarias, resultan necesarias, razonables y proporcionadas con relación a la amenaza y al riesgo sanitario que enfrenta nuestro país.

Además de tener los fundamentos de cada decisión una explicación accesible a la población general, se destaca que tienen un fundamento fáctico, reforzado por estadísticas y la permanente consulta a un grupo de científicos –médicos epidemiológicos- que asesoraron a las máximas autoridades del Gobierno Nacional, antes de la adopción de cada medida.

Las disposiciones sanitarias de asilamiento se han dictado con el fin de contener y mitigar la propagación de la epidemia de COVID-19 y con su aplicación se pretende proteger la salud pública, adoptándose en tal sentido medidas proporcionadas a la amenaza que se enfrenta, en forma razonable y temporaria. La restricción a la libertad ambulatoria tiende a la preservación del orden público, en cuanto el bien jurídico tutelado es el derecho colectivo a la salud pública. En efecto, no se trata solo de la salud de cada una de las personas obligadas a cumplir la medida de aislamiento dispuesta, sino de todas y todos los habitantes en su conjunto, ya que la salud pública, por las características de contagio de COVID-19, depende de que cada una y cada uno de nosotros cumpla con su aislamiento, como la forma más eficaz para cuidarnos como sociedad.

En los sucesivos fundamentos de los decretos emitidos para el establecimiento de la cuarentena, se puede leer el desarrollo sanitario y los resultados alcanzados por el aislamiento social, evaluando positivamente la proporcionalidad de dichas políticas en relación a la finalidad establecida. En concreto estas medidas han permitido, hasta el momento, contener la epidemia, por la aparición gradual y detección precoz de casos y por la implementación de las acciones de control ante casos con menor tiempo de evolución, registrándose una disminución en la velocidad de propagación en una gran parte del país y habiéndose evitado la saturación del sistema de salud, a diferencia de lo sucedido en otros lugares del mundo.

Como lo informó el Instituto de Investigaciones Epidemiológicas (IIE), perteneciente a la Academia Nacional de Medicina; “no hay dudas que el aislamiento social, preventivo y obligatorio establecido en

la Argentina desde el 20 de marzo pasado fue la clave para que en el país no registrara los miles de decesos que hubo en otras naciones, tanto de la región como del resto del mundo. Si bien su postergación en las zonas afectadas es cuestionada por algunos sectores, hay unanimidad a la hora de afirmar que gracias a la cuarentena se salvaron vidas.”¹²⁰

Por último, la tendencia general de todas las medidas adoptadas evidencia que el objetivo es proteger la salud de la comunidad y minimizar las restricciones a libertades y derechos individuales, con el correspondiente avance de las excepciones al aislamiento social y la gradual liberación de zonas geográficas, donde la condición sanitaria y epidemiológica lo aconseja.

VIII. EL ESTÁNDAR DE RAZONABILIDAD Y LAS MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA

El control de constitucionalidad tiene numerosas facetas y pautas para su aplicación. Una de las que más se distingue es el estándar jurídico de la razonabilidad, que ha venido a constituirse en un sinónimo de constitucionalidad. Se ejerce sobre toda la actividad estatal (Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial) y constata la forma en que estas decisiones alteran los derechos, principios y garantías del bloque de constitucionalidad (Constitución Nacional, Tratados DDHH, Tratados de Integración y Tratados de Derecho Internacional del Comercio)¹²¹.

La razonabilidad es un concepto jurídico indeterminado, una fórmula elástica, que debe adaptarse ya que se aplica a situaciones cuyo

¹²⁰ Agrega el informe del IIE: “Este registro permite establecer en este punto que si las intervenciones se miden con este indicador específico del COVID -9, la estrategia ha sido adecuada en el objetivo de proteger vidas. Para efectuar este análisis para cada país se establece como día 1 cuando se presentó el primer fallecido y de allí se realiza el seguimiento. De esta forma es posible observar que Brasil es el estado de América Latina que tiene el mayor número de fallecidos (34.021) y Argentina el más bajo (615). Este registro permite establecer en este punto que si las intervenciones se miden con este indicador específico del COVID -9, la estrategia ha sido adecuada en el objetivo de proteger vidas”. Fuente www.perfil.com.

¹²¹ Ampliar en: Gutiérrez Colantuono, Pablo, Administración pública, juridicidad y derechos humanos, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.

contenido es variable, por circunstancias de las personas a las que se aplica, lugar y tiempo, contexto, etc. Su fundamento normativo lo encontramos en el artículo 28 de la Constitución Nacional respecto de las leyes y 99, inciso 2 del mismo texto, respecto de la actividad reglamentaria del Poder Ejecutivo.

Lo razonable es lo justo y equitativo, con conforme con los principios y creencias de la Constitución, es lo proporcional al efecto, lo exigido por la igualdad, lo armónico dentro del todo y lo equilibrado entre los extremos.

Como vemos, la idea que anide en el ordenamiento jurídico respecto del derecho a la igualdad, necesariamente impacta –no sólo del principio de legalidad que debe guiar todo el actuar del Estado-, sino también en la construcción del estándar de razonabilidad que resulta ser la herramienta jurídica para controlar la constitucionalidad de todo el accionar de las autoridades públicas.

El concepto de igualdad ante la ley que receiptó la Constitución argentina de 1853/60 en su artículo 16, es parte de una visión individualista cuya matriz ideológica liberal es parte constitutiva del constitucionalismo clásico en la que abreva nuestra carta magna. Desde una óptica superadora se propone una mirada estructural a las relaciones entre los diferentes grupos –aventajados e incluidos y desaventajados y excluidos- que integran una sociedad en un determinado lugar y momento histórico. Adopta la forma de Igualdad como no arbitrariedad o igualdad como no discriminación.

A esta mirada liberal clásica se opone la idea de la *igualdad estructural* (art. 75 inc.23 CN) que adopta la forma de igualdad como no sometimiento o igualdad como no exclusión. El objetivo que la igualdad ante la ley persigue es el de vitar la constitución de grupos sometidos, excluidos o sojuzgados en una sociedad. Tiene un claro componente estructural. Considera fundamental incorporar datos históricos y sociales acerca del fenómeno de sometimiento y exclusión sistemática al que están sometidos amplios sectores de la sociedad, por cuestiones ajenas a su voluntad y conducta.¹²²

¹²² Saba, Roberto; “(Des) Igualdad Estructural”; Más allá de la igualdad formal ante la ley ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, Buenos Aires, 2016.

La desigualdad estructural se debe a una situación sistémica de exclusión social o de sometimiento de esos grupos por otros o por el resto de la comunidad surgida de complejas prácticas sociales, prejuicios y sistemas de creencias que los desplazan de ámbitos que, desde luego, ellos no controlan. El derecho no puede ser completamente ciego a las relaciones existentes en determinado momento histórico entre diferentes grupos de personas de una comunidad.

La propuesta de distinguir en nuestro derecho entre un tipo de principio de igualdad ante la ley de tipo liberal (art.16 CN), y de igualdad estructural fue expuesto con claridad conceptual por Roberto Saba, de quien tomamos para este punto las ideas centrales de sus trabajos.¹²³ Para dicho autor, la tradición constitucional igualitaria se inició en 1810, fue reflejada en la Constitución de 1853 y perfeccionada en la reforma de 1994. Para sostener ello, inicia su trabajo realizando una lectura de un texto de Mariano Moreno que enlaza con la Constitución de 1853, hasta proponer una confirmación de la visión estructural de la igualdad en las reformas a la carta magna del año 1994. Su argumentación intenta demostrar que; “a la luz de las modificaciones introducidas en la Constitución argentina en 1994, en particular en su nuevo art. 75, inc. 23 –pero también en los arts. 37, 75, inc. 2 y 75, inc. 19- la visión estructural de la igualdad ha sido expresamente incorporada”¹²⁴

El concepto de igualdad ante la ley que receiptó la Constitución argentina de 1853/60 en su artículo 16, es parte de una visión individualista cuya matriz ideológica liberal es parte constitutiva del constitucionalismo clásico en la que abreva nuestra carta magna. Desde una óptica superadora se propone una mirada estructural a las relaciones entre los diferentes grupos –aventajados e incluidos y desaventajados y excluidos- que integran una sociedad en un determinado lugar y momento histórico.

La reforma constitucional de 1994 introdujo diferentes disposiciones para garantizar la igualdad estructural estableciendo acciones afirmativas. Así, establece la Constitución nacional que la igualdad real de

¹²³ Saba, Roberto, “(Des) Igualdad Estructural”; Más allá de la igualdad formal ante la ley ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados? Siglo XXI Editores, Buenos Aires, Buenos Aires, 2016.

¹²⁴ Saba, Roberto, ob. cit, pág.32.

oportunidades entre hombres y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará mediante acciones positivas (Art. 37); dispone como obligación del Congreso el reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos, y garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural (Art. 75, inc. 17); establece que corresponde al Congreso la promoción de políticas diferenciadas que tiendan a igualar el desigual desarrollo entre las provincias y las diferentes regiones de nuestro país (Art. 75, inc. 19).¹²⁵

En especial en su art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional establece que corresponde; legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta constitución y por los Tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

La acción afirmativa fue definida por la Organización de Naciones Unidas como: “la acción afirmativa es un conjunto coherente de medidas de carácter temporal dirigidas a corregir la situación de los miembros del grupo al que están destinadas en un aspecto o varios de su vida social para alcanzar la igualdad efectiva”. Quiroga Lavié, Benedetti y Cenicacelaya explican que “Las llamadas acciones positivas: son aquellas medidas especiales de carácter temporal adoptadas por el Estado encaminadas a acelerar la igualdad de facto en los distintos ámbitos de la sociedad, los cuales cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad y oportunidad y trato”.¹²⁶

¹²⁵ Damsky, Isaac Augusto, *Desde los Derechos. Aproximaciones a un derecho administrativo de las personas*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2019. Explica el autor que: “Las nuevas racionalidades de la Constitución reformada de 1994 y sus legitimidades afinadas en las ratios de los derechos humanos, apoyados sobre la dignidad de la persona humana, con más el impacto de los postulados de la democracia deliberativo participativa sobre las fórmulas constitucionales clásicas democrático representativas cerradas, sumados a las nuevas formas de actuación del campo del poder sobre un ámbito más amplio de dinámica de los intereses públicos de corte mercado centrista, nos advierten sobre un cambio de época”, p. 26.

¹²⁶ Derecho Constitucional Argentino, Tomo I, pág. 415. Agregan: “Es decir, que se refieren a los medios dispuestos por el Estado para procurar alcanzar la igualdad de oportunidades mediante el otorgamiento de ventajas en forma

Pero, en una gran cantidad de casos el principio de no discriminación, sostenido por la visión individualista de la igualdad ante la ley, no provee suficientes herramientas para evitar los efectos no igualitarios de los tratos supuestamente neutrales. En estos casos, la situación de hecho de estas personas es que el trato que reciben por parte del Estado es sistemáticamente excluyente, a pesar de ser razonable.

Es preciso realizar algunos ajustes al estándar de razonabilidad, con el fin de lograr una interpretación armónica tanto del artículo 16 como del art. 75. Inc. 23 de la CN, de modo que concilie la noción de igualdad como no arbitrariedad con la igualdad como no sometimiento, implícita en las acciones afirmativas.

La Corte entendió que los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad derivada, están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial y que tal contralor debe efectuarse a la luz de los principios de igualdad democrática y de diferencia con finalidad tuitiva de los sectores excluidos, debiendo tales derechos ser respetados por quienes deciden políticas públicas.¹²⁷ Esta interpretación permite hacer compatible la división de poderes, la discrecionalidad política del Poder Ejecutivo y del Congreso, con las necesidades mínimas de los sectores más desprotegidos cuando éstos piden el auxilio del Estado. La tutela diferencial, como lo ha sostenido la Corte, no sólo debe materializarse al momento de decidir una política pública, sino también debe ser aplicado momento de someter al control de razonabilidad de la actividad administrativa por parte del Poder Judicial.

La Corte Suprema de Justicia ha dicho que: “El Estado debe velar por la continuidad, universalidad y accesibilidad de los servicios públicos, ponderando la realidad económico social concreta de los afectados por la decisión tarifaria con especial atención a los sectores más vulnerables, y evitando, de esta forma, el perjuicio social provocado por la exclusión

imperativa para corregir una desigualdad fáctica precedente. Se designa (jurídicamente) para tender a igualar (fácticamente)...Esta expresión que alude a la variante de poder de policía amplio para favorecer el ejercicio de ciertos derechos...”

¹²⁷ CSJN, Causa Q. 64. XLVI; “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, res de fecha 24-08-2012

de numerosos usuarios de dichos servicios esenciales como consecuencia de una tarifa que, por su elevada cuantía, pudiera calificarse de confiscatoria, en tanto detraiga de manera irrazonable una proporción excesiva de los ingresos del grupo familiar a considerar”, agregando que: “En miras a garantizar la razonabilidad de la tarifa de un servicio público esencial es imprescindible que exista una clara diferenciación de sectores y regiones, con atención especial a los más vulnerables. En efecto, el artículo 16 de la Ley Fundamental no impone una rígida igualdad por lo que tal garantía no impide que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes, atribuyéndose a su prudencia una amplia libertad para ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando los objetos de la legislación en la medida en que las distinciones o exclusiones se basen en motivos razonables y no en un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas o un indebido privilegio personal o de un grupo. El imperativo igualitario aplicable en la presente causa no sólo deriva de modo genérico del artículo 16 y cc de la Constitución Nacional, sino también, en particular en lo relativo a la prestación de un servicio público esencial, en lo dispuesto por el art. 42 CN incorporado en la reforma constitucional de 1994, en tanto reconoce a los usuarios el derecho a un trato equitativo...”¹²⁸.

IX. UN EJEMPLO DE TUTELA JURÍDICA DIFERENCIADA EN TIEMPOS DE PANDEMIA¹²⁹. LA RES. 139/20 DEL MINISTERIO DE DESARROLLO PRODUCTIVO DE LA NACIÓN Y EL CONCEPTO DE “HIPERVULNERABILIDAD”

Un ejemplo claro de una tutela jurídica diferenciada, que tomó en cuenta la situación de los grupos vulnerados y la naturaleza de los derechos afectados, es la Resolución 139/20 emitida por el Ministerio de Desarrollo Productivo de la Nación por la que se institucionaliza una especial tutela de acompañamiento oficiosa, expedita y especializada

¹²⁸ CSJN; Caso “CEPIS c/Ministerio de Energía y Minería s/Amparo colectivo” sentencia del 18 Agosto 2016.

¹²⁹ Alderete, Claudio M, Reflexiones sobre la accesibilidad y el contexto del aislamiento obligatorio, REVISTA ADLA, N° 06, JUNIO 2020, p. 3.

hacia los reclamos presentados por consumidores hipervulnerables (personas que se encuentren en otras situaciones de vulnerabilidad en razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, que provoquen especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores)¹³⁰, estableciendo un listado de posibles causas de hipervulnerabilidad¹³¹.

En sus considerandos se puede leer que el artículo 42 de la Constitución Nacional; “reconoce en las y los consumidores su vulnerabilidad estructural en el mercado de consumo frente a los proveedores de bienes y servicios y la necesidad de que, las autoridades públicas provean a la protección de sus derechos. Que, no obstante, la vulnerabilidad

¹³⁰ Artículo 1°: “Establécese que a los fines de lo previsto en el Artículo 1° de la Ley N° 24.240 se consideran consumidores hipervulnerables, a aquellos consumidores que sean personas humanas y que se encuentren en otras situaciones de vulnerabilidad en razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, que provoquen especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores. Asimismo, podrán ser considerados consumidores hipervulnerables las personas jurídicas sin fines de lucro que orienten sus objetos sociales a los colectivos comprendidos en el presente artículo”.

¹³¹ Artículo 2°.- A los efectos de la presente medida podrán constituir causas de hipervulnerabilidad, entre otras, las siguientes condiciones: a) reclamos que involucren derechos o intereses de niños, niñas y adolescentes; b) ser personas pertenecientes al colectivo LGBT+ (lesbianas, gays, bisexuales y transgénero); c) ser personas mayores de 70 años; d) ser personas con discapacidad conforme certificado que así lo acredite; e) la condición de persona migrante o turista; f) la pertenencia a comunidades de pueblos originarios; g) ruralidad; h) residencia en barrios populares conforme Ley N° 27.453; i) situaciones de vulnerabilidad socio-económica acreditada por alguno de los siguientes requisitos: 1) Ser Jubilado/a o Pensionado/a o Trabajador/a en Relación de Dependencia que perciba una remuneración bruta menor o igual a DOS (2) Salarios Mínimos Vitales y Móviles; 2) Ser Monotributista inscripto en una categoría cuyo ingreso anual mensualizado no supere en DOS (2) veces el Salario Mínimo Vital y Móvil; 3) Ser Beneficiario/a de una Pensión No Contributiva y percibir ingresos mensuales brutos no superiores a DOS (2) veces el Salario Mínimo Vital y Móvil; 4) Ser beneficiario/a de la Asignación por Embarazo para Protección Social o la Asignación Universal por Hijo para Protección Social; 5) Estar inscripto/a en el Régimen de Monotributo Social; 6) Estar incorporado/a en el Régimen Especial de Seguridad Social para empleados del Servicio Doméstico (Ley 26.844); 7) Estar percibiendo el seguro de desempleo; 8) Ser titular de una Pensión Vitalicia a Veteranos de Guerra del Atlántico Sur (Ley N° 23.848)”

estructural de todos los consumidores en el mercado, algunos de ellos pueden encontrar agravada su situación en razón de su edad, género, condición psicofísica, nacionalidad, entre otras, lo que obliga a la adopción de medidas de tutela diferenciada sobre estos sujetos.”

Agrega que la Constitución Nacional (art. 75, inc. 23) impone la necesidad de “promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la citada Constitución y por los Tratados Internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños y las niñas, las mujeres, los adultos mayores y las personas con discapacidad.”

Así, continúa fundamentando la decisión con el argumentos que; “los grupos especialmente desaventajados mencionados anteriormente, también se encuentran alcanzados por la protección de la “Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer”, la “Convención sobre los Derechos del Niño”, la “Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, los cuales gozan de jerarquía constitucional en los términos del inciso 22 del Artículo 75 de la Constitución Nacional. Que, a su vez, respecto de los adultos mayores, están alcanzados por las previsiones de la “Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores”.

Concluye el hilo argumental del razonamiento, afirmando que “la existencia de condiciones de vulnerabilidad en las que se encuentran ciertos grupos de personas, requiere la intervención de los tres Poderes de la República Argentina en aras a mitigar las desigualdades mencionadas”. Así también; “el reconocimiento de estos grupos desaventajados obliga al resto del aparato de la Administración Pública a intervenir en las situaciones de desigualdad y privación de derechos, especialmente cuando se trata de sujetos en situación de vulnerabilidad.”

Entiendo que este tipo de políticas públicas están en orden con los fines de nuestro actual Estado Constitucional y Social de Derecho y da cumplimiento a las obligaciones internacionales y nacionales que asumimos como Estado.¹³²

¹³² Delpech, Federico F, La aplicación del principio de no regresión en épocas de pandemia COVID-19, REVISTA ADLA, N° 06, JUNIO 2020, p. 10.

X. LOS PRIMEROS ESCRUTINIOS JUDICIALES DE LA CUARENTENA DISPUESTA POR EL GOBIERNO NACIONAL. EL AISLAMIENTO SOCIAL COMO MEDIDA DE ACCIÓN POSITIVA. LOS CASOS “KINGSTON”, “ONETO”, “BLANCO PEÑA” Y “FERRARO”

La respuesta constitucional a la situación de emergencia es un ejercicio particular del poder de policía: aunque restringe más intensamente los derechos para superar la contingencia, subsiste el control judicial de razonabilidad sobre las medidas adoptadas. A todo evento siempre debe resultar judicialable, en miras a respetar el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que ninguna declaración de esta índole implica suspender la vigencia de la Constitución, ni, por ende, alterar la división de poderes ni permitir la violación de los derechos personales.

El señor Patricio Kingston, inició una acción judicial –habeas corpus- contra el Estado Nacional, a fin obtener la anulación de la medida de aislamiento social, preventivo y obligatorio dispuesta por el Gobierno argentino para evitar la propagación del Covid-19. Las razones de salud pública que motivaron el dictado del Decreto de Necesidad y Urgencia n° 297/2020 permitieron al Poder Judicial descartar que las restricciones a la libertad ambulatoria que se señalan en la demanda violaran derechos constitucionales o atacaran el ordenamiento jurídico.¹³³

La Cámara interviniente analizó la razonabilidad de la medida y sostuvo: “A estos fines para realizar el control de constitucionalidad se tiene que ponderar si la norma busca fines legítimos y si los medios utilizados para esos fines son razonables dentro de los mecanismos con los que cuenta la autoridad cuando limita derechos individuales (Arts. 14, 18, 19, 28 y 33 de la C.N.)”

Advirtió el tribunal que el aislamiento dispuesto constituye una restricción a la libertad ambulatoria y al derecho de reunión (Art. 14 de la C.N.). Sin embargo, consideró que esta restricción a derechos fundamentales tiene sustento en la exposición de motivos de la norma

¹³³ Justicia Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal. Sala Integrada de habeas corpus – 19.200/2020 – KINGSTON, Patricio. Habeas corpus. Interloc. 14/143.

de la que se extrae, en forma nítida, las razones de salud pública de público conocimiento que han dado origen a la decisión adoptada.

Agregó que; “Como se advierte de la lectura de los motivos considerados por el Poder Ejecutivo, la medida adoptada -aislamiento social- es la única a disposición que se tiene ante la ausencia de otros recursos médicos que impidan la propagación de la enfermedad... Tal medida, a su vez, encuentra adecuado fundamento en la necesidad de preservar la salud pública. Si bien implica una severa restricción a la libertad ambulatoria tiende a la preservación del orden público, en cuanto el bien jurídico tutelado es la salud pública, no sólo del afectado en forma directa, como podría ser el aquí accionante, sino de los terceros con los que se tenga contacto en caso de ser afectado por el COVID-19”... “Si bien en esos casos se trataba la necesidad de prestación médica por parte del Estado Nacional, en la situación excepcional que da cuenta la norma impugnada y la situación pública y notoria, la acción positiva a la cual puede recurrir el Estado para preservar la salud, ante la ausencia de medicación idónea que permita evitar la propagación y la afectación de la salud, es el aislamiento social al que se ha recurrido.”

Evaluó que la situación de excepcionalidad da cuenta de la legitimidad de los fines buscados que se pretenden preservar, por lo cual desde este prisma la norma tiene pleno sustento. En cuanto al medio utilizado y las restricciones dispuestas que limitan la posibilidad de reunirse y circular han sido dispuestas también en forma razonable, como se dijo, en cuanto único medio que la comunidad internacional y la información médica da cuenta para evitar la propagación de la grave enfermedad.

En cuanto a la proporcionalidad de la medida –indicó el tribunal– también se ajusta a los parámetros constitucionales en tanto se ha previsto en la legislación distintos supuestos que permiten la circulación de personas con tareas esenciales, como la asistencia a niños, niñas y adolescentes, a personas mayores y a quienes lo requieran. Además, la restricción de movimientos general tiene excepción cuando tenga sustento en cuestiones de necesidades alimentarias, de limpieza y médicas en lugares cercanos. En este contexto de excepcionalidad, también señala la Cámara, que el Poder Ejecutivo remitió, conforme surge de la norma, el decreto a consideración del Congreso de la Nación para

su tratamiento por parte de la Comisión respectiva circunstancia que demuestra que se han respetado las normas constitucionales.

Por último, razonó el Tribunal sentenciante, tampoco existe un supuesto de amenaza a la libertad ambulatoria porque el decreto en forma específica dispone que la fuerza policial en caso de detectar un incumplimiento a la norma dará noticia a la justicia penal para que evalúe la pertinencia de iniciar acciones en función de la posible comisión de los delitos previstos en los arts. 205 y 239 del C.P. En esta inteligencia, el Juez Penal con jurisdicción deberá resolver el caso concreto, por lo cual se descarta asimismo en esa situación un caso de privación de la libertad sin orden de autoridad competente (Art. 3, a contrario sensu, de la ley 23.098). En definitiva, por los argumentos expuestos, el planteo efectuado por el letrado no logra demostrar que la normativa impugnada implique una afectación a los derechos constitucionales. Por el contrario, se advierte que busca preservar la salud pública en forma razonable y proporcional.

Se destaca también la causa “Oneto, Norberto F y Villarruel, Victoria c/ Estado Nacional s/Amparo”¹³⁴, rechazada en primera instancia por el Fuero Contencioso Administrativo Federal, y en la que los actores promovieron la acción de amparo contra el Poder Ejecutivo Nacional, solicitando la declaración de inconstitucionalidad del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 493, que dispuso prorrogar hasta el 7 de junio el aislamiento social, preventivo y obligatorio, argumentando que tal cesión violaba los artículos 14, 28 y 36 de la Constitución Nacional y el artículo 22 de la Convención Americana de Derechos Humanos. El juez interpretó que el planteo era abstracto por no manifestarse un conflicto inminente o actual. Además, consideró que no se cumplimentaban los requisitos para sustanciarse un proceso colectivo, en virtud, de no invocarse el sujeto colectivo al cual se representa, lo que trasgrede el Reglamento de Actuaciones en Procesos Colectivos, emitido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Otro antecedente relevante lo encontramos en la sentencia dictada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional,

¹³⁴ Sentencia del Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal N° 10 de fecha junio de 2020.

en autos “Blanco Peña, M. L. s/habeas corpus”¹³⁵ en la que rechazó los planteos de la accionante contra las políticas de cuarentena dispuestas por el Gobierno Nacional. En cuanto a la razonabilidad de las medidas adoptadas en nuestro país, en el marco de los Decretos Nros. 297/20, sus sucesivas prórrogas y 493/20, ha manifestado que: “...En este sentido, la restricción a la libertad ambulatoria para preservar la salud pública, y la reglamentación dispuesta por la norma se encuentra motivada en forma razonable por cuanto, como se explicó no se advierte otro mecanismo posible en este estado del conocimiento científico, ni la parte lo ha explicitado o ha brindado otras posibles opciones que demuestren que las medidas dispuestas en la norma que impugna constituyan mecanismos arbitrarios sin sustento científico o irracionales.” “...Las restricciones allí impuestas a los derechos y garantías de todos los habitantes, de acuerdo a las limitaciones según las jurisdicciones con distintas intensidades de acuerdo a la situación sanitaria, están motivadas en forma razonable como se señaló y con el fin de preservar la salud pública.”, así como también que “...los decretos de necesidad y urgencia cuestionados por la accionante no poseen tintes de arbitrariedad en tanto los fines y medios utilizados demuestran la compatibilidad constitucionalidad de las limitaciones a los derechos individuales (artículos 14, 18, 19, 28 y 33 de la CN)”.

Finalmente, la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas, confirmó el rechazo de un habeas corpus presentado por Maximiliano Ferraro y otros legisladores y actores políticos de la oposición¹³⁶, quienes fundados en su derecho a circular impugnaron las medidas sanitarias de restricción ambulatoria

¹³⁵ 23588/2020/CA1 – “Blanco Peña, M. L. s/habeas corpus” - CNCRIM Y CORREC – SALA V- 29/05/2020.

¹³⁶ Los Sres. Maximiliano Ferraro, Paula Mariana Oliveto Lago, Juan Manuel López, Mariana Zuvic (quienes resultan ser Diputados de la Nación), Claudio Gabriel Cingolani, Juan Facundo Del Gaiso, María Cecilia Ferrero, Hernán Reyes, Lucía Romano (Diputados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), Hugo Vicente Bentivenga (Comunero de la Comuna 8 de la CABA) y Aldana Ayelén Ruiz Zotta, son las personas que han promovido una acción de habeas corpus colectivo y preventivo con el objeto de que se ordene a las fuerzas de seguridad de la Ciudad de Buenos Aires que le permitan transitar y se abstengan de impedir la circulación a las personas que, eventualmente, el lunes 17

dispuestas por los gobiernos nacional y locales, solicitando se ordene a la policía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no obstaculizar su asistencia a la marcha contra las políticas de cuarentena a realizarse el lunes 17 de agosto.

La jueza de primera instancia resolvió el rechazo *in limine* del habeas corpus, considerando que las disposiciones contenidas en el DNU 641/2020 establecen una restricción legítima, razonable y proporcional de la libertad ambulatoria de las personas con el objetivo de prevenir la propagación del coronavirus.

La alzada resolvió en sentencia emitida el 17 de agosto de 2020 confirmar la decisión de la Magistrada de grado dictada el día 16 de agosto del corriente, en tanto resolvió rechazar *in limine* el habeas corpus colectivo y preventivo interpuesto en la presente causa en favor de todas las personas que eventualmente deseen asistir a la manifestación del 17 de agosto de 2020 en la Ciudad de Buenos Aires.¹³⁷

XI. LAS POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE COVID-19 DEL ESTADO NACIONAL ANTE LA LEY DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO (LEY 26.944)

Como primera cuestión, quisiera limitar el análisis a las posibles responsabilidades del Estado Nacional por la emisión de las diversas medidas sanitarias en ejercicio del poder de policía de la salubridad, cuyas previsiones normativas se encuentran en la Ley de Responsabilidad del Estado N° 26.944 y resultan aplicables a esta situación por haber sido medidas adoptadas por la Administración federal. No abordaremos aquí las responsabilidades derivadas de la actuación de otras instancias estatales –provinciales o municipales-, ni los posibles daños derivados en la salud por la acción directa de la enfermedad, ya sea en trabajadores estatales –médicos, enfermeros, agentes de seguridad, etc.-, personas privadas de la libertad o pacientes que fueron atendidos en alguna de las instancias del sistema público de salud argentino. Tampoco la responsabilidad derivada de una relación contractual.

de agosto de 2020 decidan manifestarse personalmente, contra una serie de cuestiones allí indicadas.

¹³⁷ CAU N° 13064-0/20 “Ferraro Maximiliano y otros s/Habeas Corpus”.

Como punto de partida para el análisis, coincido con la afirmación de Pablo Perrino y Juan Carlos Sanguinetti, quienes sostuvieron al respecto que: “a diferencia de lo ocurrido en diversos países europeos, en Argentina se adoptaron prontamente medidas para hacer frente a la pandemia. Si bien podría controvertirse la legitimidad de determinadas decisiones adoptadas, no parecería, en principio, que hayan existido incumplimientos de deberes de actuación por parte del Estado que reúnan los caracteres exigidos por la LRE y la jurisprudencia de la Corte Suprema para dar lugar a este particular supuesto de responsabilidad estatal”¹³⁸.

Por lo que, descartada en principio la presencia de políticas públicas contrarias a derecho o ilegítimas, corresponde evaluar la normativa y jurisprudencia referida a la responsabilidad por actividad lícita para enmarcar la posible reparación de los daños que pudieron ocasionar las medidas sanitarias dispuestas por el Poder Ejecutivo nacional, en el marco de la policía de salubridad orientada a disminuir las consecuencias negativas de la propagación del coronavirus en la población argentina.

1. El caso fortuito o fuerza mayor como eximente de la Responsabilidad Estatal

Ley 26.944 en su artículo 2 establece que se exime de responsabilidad al Estado por los daños y perjuicios que se deriven de casos fortuitos o fuerza mayor, salvo que sean asumidos por el Estado expresamente por ley especial. Por su parte, el Código Civil y Comercial indica en el art. 1730 que se considera caso fortuito o fuerza mayor –a estos efectos funcionan como sinónimos- al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado.

En el caso de la actual pandemia, resulta claro que –luego de la aparición en China y la propagación por Europa- era previsible que el coronavirus impactaría en nuestro país, más tarde o más temprano, de lo que tampoco queda duda alguna es el carácter inevitable de dicha situación, como lo fue en todos los lugares de nuestro planeta.

¹³⁸ Perrino, Pablo E. y Sanguinetti, Juan Carlos; “La responsabilidad patrimonial del Estado por su actuación en el marco de la pandemia de COVID-19”, Revista Derecho Administrativo, Julio - Agosto 2020 | 130, RDA, pág. 120 y sgtes.

Al respecto la doctrina que abordó la cuestión sostiene que el COVID-19 es un suceso inevitable y, en general, irresistible y cumple –por ahora en modo abstracto- con los tres requisitos del caso fortuito (imprevisible, irresistible y externo).¹³⁹

2. Responsabilidad del Estado por actividad lícita

La responsabilidad estatal por actividad legítima, en la regulación dispuesta en el artículo 4 de la Ley de Responsabilidad del Estado, exige el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1) Daño cierto y actual, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero; 2) Imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal; 3) Relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño; 4) Ausencia de deber jurídico de soportar el daño; 5) Sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido

La ley establece como principio que la responsabilidad del Estado por actividad legítima es de carácter excepcional y en su artículo 5° dispone que en ningún caso procede la reparación del lucro cesante. Agrega la norma que la indemnización de la responsabilidad del Estado por actividad legítima comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas.

En este contexto normativo y jurisprudencial, adelantando una hipótesis sobre el impacto de las medidas de policía sanitaria adoptadas por el Estado en la producción de daños a personas físicas y/o

¹³⁹ Tapia, Mauricio, “¿El COVID-19 es un caso fortuito?”, en *El Mostrador*, 20 de abril de 2020. Medina, Gabriela, “Del cumplimiento al incumplimiento de los contratos ante el COVID-19: Imposibilidad de cumplimiento. Teoría de la imprevisión, frustración del contrato. Locación. Estudio de derecho comparado”, *LA LEY* (Argentina), 74, LXXXIV, ps. 2-8. Rivera, Julio César, “Los contratos frente a la pandemia”, *LA LEY* (Argentina), 2020-B, 74, año LXXXIV, ps. 8-14. Calvo Costa, Carlos A., “Imposibilidad de cumplimiento, caso fortuito y fuerza mayor. Importancia y aplicación en situaciones de emergencia”, *LA LEY* (Argentina), 2020-B, 78, año LXXXIV, ps. 1-6.

jurídicas, podemos sostener que éstos no tienen por causa exclusiva la política estatal en cuestión, sino que el propio coronavirus o pandemia constituye un caso fortuito que opera como concausa, excluyente de la responsabilidad estatal en los términos de la Ley 26.944.

XII. CONCLUSIONES (PROVISORIAS)

Lo provisionalidad de estas primeras conclusiones se desprenden de encontrarnos en medio del desarrollo de la pandemia, sin haber superado el esperable pico de contagios y fallecimientos, y asistiendo a una batería muy compleja de medidas y políticas públicas llevadas adelante por el Estado Nacional y los Estados locales, con el apoyo de la población del país.

Sí intentaré responder algunas de las preguntas con las que iniciamos este trabajo, afirmando que el Estado Nacional, actuando en coordinación con el resto de las esferas públicas, ha tomado una serie de medidas sanitarias y económicas, con la finalidad de garantizar el derecho a la salud y vida de la población, resultando adecuadas atento a los resultados –provisorios- hasta el momento alcanzados. Algunas de esas decisiones reglamentaron derechos individuales en forma razonable y acorde a derecho. Por ello, tratándose de una cuestión determinada por el principio de legalidad, en la que los márgenes de posibilidades de actuación están contenidos por el ordenamiento jurídico constitucional, y en virtud del principio de razonabilidad antes descripto (en el que debe ponderarse la obligación del Estado de garantizar los Derechos Fundamentales mediante medidas de acción positiva que protejan especialmente a los grupos de personas vulneradas), no existe resquicio legal alguno para las superficiales, endebles y malintencionadas especulaciones sobre “*costos y beneficios*” de las medidas adoptadas por el Gobierno nacional frente a la pandemia.

La medida de aislamiento social –que ha demostrado ser la única respuesta sanitaria posible para salvar vidas y proteger la salud pública- es prácticamente la única posibilidad que nuestra constitución le deja al Gobierno nacional, para no violar el ordenamiento jurídico y tener luego que responder nacional o internacionalmente por ello. El actual Estado Constitucional y Social de Derecho les impone a las

autoridades a respetar el derecho a la salud de la población mediante políticas públicas activas y diferenciadas a fin de garantizar derechos fundamentales de los habitantes de nuestro país y, en especial, de determinados grupos de personas especialmente vulneradas¹⁴⁰. Como lo sostuvo la Cámara que intervino en la causa judicial analizada –Kingston–, el aislamiento social, preventivo y obligatorio constituye una de las medidas de acción positiva a que se encuentra constitucionalmente obligado el Estado frente a la situación sanitaria que vivimos. También es obligación del Estado garantizar –mediante acciones positivas– los derechos fundamentales básicos de aquellas personas que integran grupos sociales vulnerados económicamente y que, en el contexto de paralización de las actividades, pueden ver afectada su subsistencia, calidad de vida y derechos humanos primordiales, como –por ejemplo– el de alimentación.

En este contexto crítico, todas las personas que vemos afectados –razonablemente– algunos de nuestros derechos individuales, fundamentales o patrimoniales, tenemos que correlacionar solidariamente nuestros derechos con los deberes que como ciudadanos tenemos para con la comunidad y la humanidad. Se nos impone recordar en estos tiempos, que aquellos derechos que nos reconoce el ordenamiento jurídico, están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática (art. 32 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

Quiero terminar este primer abordaje a un complejo tema en permanente desarrollo, con la mirada más general expuesta por el profesor Raúl Gustavo Ferreyra: “El *aislamiento obligatorio* de las individualidades personales configura la única herramienta para mitigar la propagación del mal. En América del Sud más de una tercera parte de las tareas económicas se desenvuelven en el marco de la informalidad. Hay una Mercado voraz, pero informal. Se desconoce el precio que para la economía, frágil y vulnerable de esas personas, ocasionará el aislamiento. El encerramiento que tiene un costo altísimo para los derechos fundamentales, significa el mejor horizonte posible, incluso

¹⁴⁰ Gutiérrez Colantuono, Pablo, Administración pública, juridicidad y derechos humanos, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.

sin saber su fecha de finalización. La lección que surgirá de los tiempos de la peste será que no bastará con no hacerse daño y proteger el individualismo. Hay que guiarse por el conocimiento científico y ser solidario siempre que se pueda, en un marco de profundo e inmarcesible respeto al otro. Ese repertorio normativo, fundamental para las bases mínimas del desarrollo de la vida de nuestra especie, felizmente, descansa en la abrumadora mayoría de las Constituciones de América del Sud. Sin solidaridad no hay campo para contener el daño de la peste.”¹⁴¹

¹⁴¹ Ferreyra, R. G. (2020). Editorial ReDeA N° 14. *Derechos En Acción*, 14(14), 354. <https://doi.org/10.24215/25251678e354>