

Título: [Aplicación del estándar de la razonabilidad en las decisiones administrativas adoptadas por el Gobierno nacional ante la pandemia del COVID-19](#)

Autor: Cabral, Pablo O.

Publicado en: RDA 2020-130, 04/08/2020, 64

Cita Online: [AR/DOC/2161/2020](#)

Sumario: I. Presentación.— II. El coronavirus y la política sanitaria, económica y social dispuesta por el Gobierno de la República Argentina.— III. Los derechos afectados y la regulación jurídica de su limitación o suspensión legal. Poder de policía y emergencia.— IV. Control de razonabilidad.— V. Motivación.— VI. El estándar de razonabilidad y las medidas de acción positiva.— VII. Un ejemplo de tutela jurídica diferenciada en tiempos de pandemia. La res. 139/2020 del Ministerio de Desarrollo Productivo de la Nación y el concepto de "hipervulnerabilidad".— VIII. El primer escrutinio judicial de la cuarentena dispuesta por el Gobierno nacional. El aislamiento social como medida de acción positiva. El caso "Kingston".— IX. Conclusiones (provisorias).

(*)

"Antes que se desencadenare la peste y sus consecuencias globales, otro malestar ya se encontraba instalado en el mundo. La desigualdad social y económica entre los seres humanos, que se consolidó para desgracia de los excluidos del reparto. En toda la historia de la humanidad la desgracia de los individuos y grupos vulnerables y marginados constituye una patética constancia existencial".

FERREYRA, Raúl G., "El tiempo de la peste" (**).

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 los países que sufren esta enfermedad— pueden ser graficados con la frase "disminuir 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.

¿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 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 —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 28 de junio 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, finalmente referirme al primer precedente jurisprudencial en el que el Poder Judicial analizó el decreto de necesidad y urgencia del Poder Ejecutivo 297/2020 que diera inicio al aislamiento social preventivo y obligatorio en la Argentina.

II. El coronavirus y la política sanitaria, económica y social dispuesta por el Gobierno de la República Argentina [\(1\)](#)

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 4281, afectando hasta ese momento a 110 países.

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: 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 26.122, art. 99, inc. 3º, CN) [\(2\)](#). Al inicio de la pandemia existía incertidumbre sobre la constitucionalidad de las sesiones a distancia, lo que llevó a la presidenta del Senado a iniciar una acción judicial solicitando a la CS 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" [\(3\)](#).

Como bien explica el profesor Guillermo 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 con 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 invasión del Poder Legislativo al ámbito de competencias que la Constitución asigna a los demás poderes del Estado" [\(4\)](#).

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.

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 (5).

Un análisis detallado del funcionamiento del Poder Judicial en nuestro país está disponible en el último reporte del CEJA (6), en el cual sus autores (7) dan cuenta de las modalidades que permitieron la 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, habeas corpus, delitos contra integridad, seguridad pública y orden público; y, no penales, asuntos de familia urgentes, resguardo de menores, violencia de género y amparos.

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 (8).

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 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" (9).

II.2. Emergencia sanitaria y social. Declaración legislativa

En diciembre de 2019, el Congreso de la Nación sancionó la ley 27.541 (10), 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 social (11), delegando al Poder Ejecutivo algunas facultades (12) y —en su tít. X (arts. 64 a 85)— regulando diversos aspectos de la emergencia sanitaria.

El 12 de marzo del corriente año, mediante el decreto del Poder Ejecutivo nacional 260/2020, se amplió la emergencia pública en materia sanitaria establecida por la ley 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 sanitaria (13), identificó las "zonas afectadas" por la pandemia de COVID-19 (14), 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.

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 297/2020 —durante el plazo comprendido entre el 20 y el 31 de marzo— (prorrogado hasta el 28 de Junio por los DNU 325/2020, 355/2020, 408/2020, 459/2020, 493/2020 y 520/2020), 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-19 (15).

La medida de cuarentena, tal como fue regulada, implica que las personas deberán permanecer aisladas en sus residencias y abstenerse de concurrir a trabajar y no podrán desplazarse por rutas, vías y espacios públicos, pudiendo solo realizar desplazamientos mínimos e indispensables para aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos (16). 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 otros (17). Durante la 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 (18).

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 obligatorio (19), estando facultado el Ministerio de Seguridad a disponer la inmediata detención de los vehículos que circulen en infracción a lo dispuesto en el dec. 297/2020. 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 (20).

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.

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 estas.

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 325/2020, 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 297, deberán realizar sus tareas —en tanto ello sea posible— desde los lugares en los que se encuentren aislados (21).

En sus considerandos, se da cuenta de una evaluación del estado epidemiológico de la enfermedad, tanto en nuestro país como en la región (22). Se ejemplifica con las políticas públicas de otras naciones con buenos resultados en la disminución o desaceleración de la curva de contagios y muertes (23) 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 cuarentena (24). 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 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 297/2020 "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 355/2020, 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 habitan en áreas geográficas específicas y delimitadas, con los respectivos protocolos sanitarios (25). También dispuso la coordinación de las distintas jurisdicciones para la fiscalización del cumplimiento de las medidas de aislamiento social (26).

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 testeo 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 (27).

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, 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 408/2020, 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 esta 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" (28). Se exceptúan expresamente de la flexibilización 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 (29). 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 (30).

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) (31).

Por último, se flexibilizó la cuarentena permitiendo a los aislados realizar una breve salida de esparcimiento, en beneficio de la salud y el 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 (32).

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, socioeconómica y demográfica que impacta en la dinámica de transmisión del virus. Se identifican áreas geográficas que justifican 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 (33).

El 10 de mayo de 2020 el presidente de la República emitió el decreto de necesidad y urgencia 459/2020, 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.

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 art. 3° del DNU 408, ampliando el porcentaje del total de la población alcanzada al 75 por ciento (34). También se dispusieron facultades 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 —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 493/2020, extendiendo la cuarentena hasta el día 7 de junio de 2020 y volviendo a prorrogar las medidas dispuestas originalmente por el dec. 297/2020.

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 Estados (35), 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 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.

Finalmente, el 8 de junio de 2020, el presidente de la Nación emitió el decreto de necesidad y urgencia 520/2020, 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.

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 [\(36\)](#).

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 art. 10 hasta el día 28 de junio, la vigencia del dec. 297/2020, 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 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).

II.4. Prohibición de ingreso al territorio nacional

Por el art. 1° del dec. 274/2020 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 dec. 331/2020 hasta el 12 de abril de 2020, inclusive y luego, por el dec. 365/2020 hasta el 26 de abril de 2020, inclusive y luego, por el dec. 409/2020, hasta el 10 de mayo de 2020.

Esta decisión fue impugnada judicialmente, quedando radicada la causa 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 dec. 260/2020, 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 "[l]a 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" [\(37\)](#).

II.5. Regulaciones económicas y sociales

Como medidas de acompañamiento de las regulaciones sanitarias el Gobierno generó políticas de protección económica para morigerar 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 temporal 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 329 del 31 de marzo de 2020 (Prorrogado por dec. 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 (38).

III. Los derechos afectados y la regulación jurídica de su limitación o suspensión legal. Poder de policía y emergencia

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 son razonables dentro de los mecanismos con los que cuenta la autoridad cuando limita derechos individuales o colectivos (arts. 14, 18, 19, 28 y 33 de la CN).

III.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 art. 14 de la CN, que establece: "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 reunión (39) y el derecho de circulación y residencia (40), y de una forma indirecta —derivada de las consecuencias económicas del aislamiento social— en el derecho de propiedad (41).

Tales derechos resultan pilares fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico y 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 art. 12, inc. 1º el derecho a "... circular libremente...", y el art. 12, inc. 3º establece que el ejercicio de los derechos por él consagrados "no podrá ser objeto de restricciones a no ser que estas 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 27: "... 14. [...] Las medidas restrictivas deben ajustarse al principio de proporcionalidad; deben ser adecuadas para desempeñar su función protectora; deben ser el instrumento menos 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 solo 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" (42).

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su art. 22, inc. 3º que el ejercicio de los derechos a circular y residir en un Estado consagrados en el art. 22, inc. 1º, 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 art. 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 ella, 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 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 arts. 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 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" (43).

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 Humanos (44), 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" (45).

III.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 (46). Numerosos instrumentos de derecho internacional reconocen el derecho del ser humano a la salud. En el párr. 1º del art. 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.

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 adopción de instrumentos jurídicos concretos. Así la CS ha recordado que la vida es el primer derecho de la persona humana reconocido y protegido por la Ley Fundamental (CS, 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 (CS, 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 CN y CS, Fallos: 321:1684; 323:1339 y 3229, entre otros)" (47).

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. 2.1, PIDESC) (48).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su resolución 1/2020 referida al COVID-19, dijo al respecto: "El derecho a la 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" (49).

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 art. 27 de la CADH.

III.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: "Los Estados Parte deben otorgar la debida prioridad a los grupos sociales 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 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". El origen de esta diferenciación legal puede encontrarse, entre otras fuentes, en los criterios jurisprudenciales de nuestro máximo tribunal federal (50).

En la Declaración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre COVID-19 y Derechos Humanos, especifica el Tribunal al respecto: "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 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: "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".

III.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 (51).

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. 7º, inc. b), LNPA— que habrá de reflejarse en el contenido u objeto —art. 7º, inc. c), LNPA—, la idea rectora de favorecer la vigencia efectiva del sistema de derechos humanos que consagra la Constitución Nacional (art. 7º, 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 (52).

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 "[l]os 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" (53), 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 en su ausencia" (54). Agrega que estos derechos "pertenecen solo 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 predispuestos 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" (55). 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 solo sea por su milenaria tradición, ha elaborado técnicas de garantía bastante más eficaces— están en la base de la desigualdad jurídica" (56).

Es decir, frente a la existencia de diferencias sociales y económicas entre distintos 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 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: "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" (57).

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 (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.

IV. Control de razonabilidad

Brevemente haré mención de 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 su contenido 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 ordenamiento) y d) violación de la igualdad al introducirse en las normas o en los actos respectivos un factor de discriminación que atribuye a algunas situaciones de ventajas o de gravamen que no se conceden a otras personas que se encuentran en similares condiciones objetivas (58).

La razonabilidad no es una exigencia que solo 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 CN, 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. 7º, 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 su nulidad absoluta. 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.

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" (59).

V. 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 (60). 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 este y la finalidad; y solo 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 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" (61).

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 (art. 1º, CN) 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 (62).

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 estas 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 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 aislamiento 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 con 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" (63).

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.

VI. El estándar de razonabilidad y las medidas de acción positiva

El control de constitucionalidad tiene numerosas facetas y pautas para su aplicación, entre las cuales, 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 DD.HH., Tratados de Integración y Tratados de Derecho Internacional del Comercio) (64).

La razonabilidad es un concepto jurídico indeterminado, una fórmula elástica, que debe adaptarse ya que se aplica a situaciones cuyo 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 art. 28 de la CN respecto de las leyes y 99, inc. 2º 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 anida en el ordenamiento jurídico respecto del derecho a la igualdad necesariamente impacta —no solo 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 receptó la Constitución argentina de 1853/60 en su art. 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 (65).

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 (66). 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. 2º y 75, inc. 19— la visión estructural de la igualdad ha sido expresamente incorporada" (67).

El concepto de igualdad ante la ley que recibió la Constitución argentina de 1853/60 en su art. 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 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) (68).

En especial en su art. 75, inc. 23 de la CN 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 "[l]as 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" (69).

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 art. 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 (70). 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 estos piden el auxilio del Estado. La tutela diferencial, como lo ha sostenido la Corte, no solo 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: "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 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: "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 art. 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 solo deriva de modo genérico de los arts. 16 y ccs. de la CN, 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..." (71).

VII. Un ejemplo de tutela jurídica diferenciada en tiempos de pandemia. La res. 139/2020 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 res. 139/2020 emitida por el Ministerio de Desarrollo Productivo de la Nación por la que se institucionaliza una especial tutela de acompañamiento oficiosa, expedita y especializada 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) (72), estableciendo un listado de posibles causas de hipervulnerabilidad (73).

En sus considerandos se puede leer que el art. 42 de la CN "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 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 los argumentos de 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 inc. 22 del art. 75 de la CN. Que, a su vez, con relación a los adultos mayores, se encuentran 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.

VIII. El primer escrutinio judicial de la cuarentena dispuesta por el Gobierno nacional. El aislamiento social como medida de acción positiva. El caso "Kingston"

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 judicialmente, 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 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 (74).

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 CN)".

Advirtió el tribunal que el aislamiento dispuesto constituye una restricción a la libertad ambulatoria y al derecho de reunión (art. 14 de la CN). Sin embargo, consideró que esta restricción a derechos fundamentales tiene sustento en la exposición de motivos de la norma 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, "[c]omo 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 solo 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 Cód. Penal. 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. 3º, 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.

IX. 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 vulneradas (75). 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 un 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 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" (76).

(*) 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 —CIDERCRI/UNLP— y subdirector de la Escuela del Cuerpo de Abogados/as del Estado —ECAE— dependiente de la Procuración del Tesoro de la Nación.

(**) FERREYRA, R. G., "Editorial", ReDeA 14, Derechos En Acción, 14[14], 2020, p. 354, <https://doi.org/10.24215/25251678e354>.

(1) Para un completo detalle normativo ver; CAVALLINI VIALE, Delfina M. — FERREYRA, Leandro E., "Cincuenta decretos de Alberto Fernández. Desde su asunción, el presidente dictó 38 decretos de necesidad y urgencia y 12 delegados", blog: palabrasdelderecho.com.ar.

(2) Ibidem.

(3) CSJ 000353/2020/CS001, 24/04/2020.

(4) MORENO, Guillermo R., "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, 15, junio de 2020.

(5) Ampliar en VÉLEZ, Ramiro, "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", blog: palabrasdelderecho.com.ar.

(6) 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 de 2020.

(7) Jaime Arellano, Laura Cora, Cristina García y Matías Sucunza.

(8) 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 COVID-19, 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".

(9) Corte IDH, res. 1/2020.

(10) Ley de Solidaridad Social y Reactivación Productiva en el Marco de la Emergencia Pública, aprobada el 21 de diciembre de 2019 (publicada en el BO del 23/12/2019).

(11) Art. 1º.— "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 art. 76 de la CN, con arreglo a las bases de delegación establecidas en el art. 2º, hasta el 31 de diciembre de 2020".

(12) Art. 2º.— 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 trasmisibles; 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".

(13) En su art. 2º 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, con base en 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.

(14) 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.

(15) Art. 1º: "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. Esta 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 dec. 260/2020 y su modificatorio, y en atención a la evolución de la situación epidemiológica, con relación al coronavirus COVID-19".

(16) Art. 2º. "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 art. 1º, solo podrán realizar desplazamientos mínimos e indispensables para aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos".

(17) Art. 6º. "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 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 impostergables 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".

(18) Art. 5º. "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".

(19) Art. 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".

(20) Art. 4°. "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 arts. 205, 239 y ccds. del Cód. 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".

(21) Art. 2°. "Las trabajadoras y los trabajadores que no se encuentren alcanzados por ninguna de las excepciones previstas en el art. 6° del dec. 297/2020, 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".

(22) Dicen los considerandos del DNU 325/2020; "Que, hasta el 29 de marzo de 2020, se han detectado a nivel mundial 571.568 casos de COVID-19 confirmados, con 26.494 muertes. Del total de casos, 100.314 se encuentran en nuestro continente".

(23) 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".

(24) Dice la norma 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—".

(25) Art. 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 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".

(26) Art. 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".

(27) 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".

(28) Art. 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 no se cumplieren 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".

(29) Art. 4º. "No podrán incluirse como excepción en los términos del art. 3º 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".

(30) Art. 5º. "Las jurisdicciones provinciales que dispusieron excepciones en el marco del art. 3º 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 art. 3º del presente 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 art. 3º del presente decreto".

(31) Art. 6º. "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 art. 3º 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".

(32) Art. 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 dictarán 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".

(33) 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".

(34) Art. 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 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".

(35) 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".

(36) Según el art. 3° del DNU 520, A la fecha de dictado del presente decreto se encuentran alcanzados por lo dispuesto en el art. 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).

(37) CFed. Tucumán, 11/04/2020, "C., J. A c. Estado Nacional - Presidencia de la Nación y otro s/ amparo ley 16.986".

(38) 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 art. 14 bis de la CN 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 art. 1733 del Cód. Civ. y Com. en su inc. 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 CS en "Aquino", CS, Fallos 327:3753, consid. 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.

(39) CADH, art. 15: "Derecho de Reunión. Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho solo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad 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".

(40) 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 inc. 1° puede asimismo ser restringido por la ley en zonas determinadas, por razones de interés público...".

(41) 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...".

(42) ONU, COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, "Comentario general N.º 27", supra nota 135, párrs. 14 y 15.

(43) Corte IDH, "Canese vs. Paraguay".

(44) 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 9 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 COVID-19, 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.

(45) Agregó la Corte IDH agregó que "[d]ebe 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 con la jurisprudencia de la Corte Interamericana".

(46) ABRAMOVICH, Víctor - COURTIS, Christian, "El derecho a la atención sanitaria como derecho exigible", LA LEY 2001-D, 22.

(47) 3 CS, I. 248. XLI. recurso de hecho causa "I., C. F. c. provincia de Buenos Aires s/ amparo", res. del 30/09/2008.

(48) CS, 24/10/2000, "Campodónico de Beviacqua, Ana C. c. Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas s/ recurso de hecho". CNFed. Cont. Adm., sala I, "Asociación Benghalensis y otros c. Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo ley 16.986", fallos de 01/06/2000 y 05/03/1998 —LA LEY 1999-F, 749 (42.063-S)—, respectivamente; CCiv. y Com., Bahía Blanca, sala II, 02/09/1997, "C. y otros c. Ministerio de Salud y Acción Social de la Provincia de Buenos Aires"; CNFed. Cont. Adm., sala IV, 02/06/1998, "Viceconte, Mariela c. Estado nacional - Ministerio de Salud y Acción Social s/ amparo ley 16.986" —LA LEY 1998-F, 305—; CNCiv., Neuquén, sala II, 19/05/1997, "Menores Comunidad Paynemil s/ acción de amparo".

(49) Agregó la Corte IDH: "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".

(50) 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.

(51) SAMMARTINO, Patricio M. E., "Precisiones introductorias en torno a las bases del proceso administrativo en el Estado constitucional social de derecho", ED, 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.

(52) SAMMARTINO, Patricio M. E., "La noción...", ob. cit.

(53) FERRAJOLI, Luigi, "Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho", Ed. Trotta, Madrid, 2011, p. 686.

(54) Ibidem, p. 776.

(55) Ibidem, 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 solo 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. Estos se acumulan y se extinguen, aquellos 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 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.

(56) *Ibidem*, p. 718.

(57) *Ibidem*, p. 752.

(58) CASSAGNE, Juan Carlos, "Derecho Administrativo", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015.

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

(60) BALBÍN, Carlos, "Derecho Administrativo", Ed. La Ley, p. 344.

(61) *Ibidem*, p. 344 y ss.

(62) SCBA, B 59937 S 28/02/2018 Juez Soria.

(63) Agrega el informe del IIE: "Este registro permite establecer en este punto que si las intervenciones se miden con este indicador específico del COVID-19, 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-19, la estrategia ha sido adecuada en el objetivo de proteger vidas". Fuente www.perfil.com.

(64) Ampliar en: GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo, "Administración pública, juridicidad y derechos humanos", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009.

(65) SABA, Roberto, "(Des)igualdad estructural. Más allá de la igualdad formal ante la ley ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?", Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2016.

(66) *Ibidem*.

(67) *Ibidem*, p. 32.

(68) DAMSKY, Isaac A., "Desde los Derechos. Aproximaciones a un derecho administrativo de las personas", Ed. RAP, Buenos Aires, 2019. Explica el autor que "[l]as nuevas racionalidades de la Constitución reformada de 1994 y sus legitimidades afincadas 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 mercadocentrista, nos advierten sobre un cambio de época", p. 26.

(69) "Derecho Constitucional Argentino", t. I, p. 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 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...".

(70) CS, Causa Q. 64. XLVI; "Q. C., S. Y. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo", res de fecha 24/08/2012.

(71) CS, 18/08/2016, "CEPIS c. Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo".

(72) Art. 1º: "Establécese que a los fines de lo previsto en el art. 1º de la ley 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".

(73) Art. 2º.— 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 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 23.848)".

(74) Justicia Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, sala Integrada de hábeas corpus, 19.200/2020, "Kingston, Patricio. Hábeas corpus. Interloc. 14/143".

(75) GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo, ob. cit.

(76) FERREYRA, R. G., ob. cit.