

UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA (UAI)

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

CARRERA ABOGACÍA



**“PODER DE POLICÍA. EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD
COMO LÍMITE JURÍDICO EN LA EMERGENCIA SANITARIA
OCASIONADA POR EL COVID-19”**

Tutora: Asorey, Iris Elizabeth

Alumna: Migliavacca, Carla Amanda

Título a obtener: Abogada

Dirección de correo electrónico: carlamigliavacca1999@gmail.com

Teléfono actualizado: 1125500299

SEDE BERAZATEGUI

-FEBRERO 2022-

Solicitud de tutoría para el Trabajo Final

Buenos Aires, 10 de abril del año 2021.

Universidad Abierta Interamericana.

Profesora Dra. Iris Asorey.

De mi mayor consideración:

Tengo el agrado de dirigirme a usted en relación al trabajo final, correspondiente a la carrera de Abogacía, para lo cual solicito su acompañamiento para oficiar como tutora del mismo.

El tema elegido es: **“Poder de Policía. El Principio de razonabilidad como límite jurídico en la emergencia sanitaria ocasionada por el Covid-19”.** -

Desde ya, muchas gracias.

Saludo a Ud., muy atte.

Nota de reserva del tema

De: carlamigliavacca1999@gmail.com

Para: Marilina.Miceli@uai.edu.ar

Asunto: “Reserva del tópico de tesis”

Fecha: 14 de abril del año 2021

Hora: 12:03hs

“Buen día, estimada: soy Carla Amanda Migliavacca, DNI 41.745.093, Legajo B00004157; alumna de 5° año de la carrera de abogacía en Sede Berazategui. Me dirijo a usted con el fin de solicitar la reserva de tema o tópico para el trabajo final de tesis. A continuación, le especifico el título y tutor:

TÍTULO: "El Poder de Policía. El principio de razonabilidad como límite y su vinculación con la emergencia sanitaria ocasionada por el Covid-19".

TUTOR: Asorey, Iris Elizabeth ”

De: Marilina.Miceli@uai.edu.ar

Para: carlamigliavacca1999@gmail.com

Fecha: 14 de abril del año 2021

Hora: 14:09hs

“Tema reservado. Atte”

ÍNDICE

Agradecimientos	5
Resumen.....	6
Metodología aplicada	7
Planteo del problema y justificación	8
Hipótesis.....	8
Objetivo general	8
Objetivos particulares.....	8
Introducción	9
Capítulo I: Poder de Policía	10
I.1. Concepto del Poder de Policía	11
I.2. Origen del Poder de Policía.....	13
I.3. Antecedentes jurisprudenciales.....	17
Capítulo II: Principios constitucionales del Poder de Policía	22
II.1 El Poder de Policía y el constitucionalismo.....	23
II.2. Los principios y el control de la constitucionalidad	26
II.3. Principios constitucionales. Particularidades.....	29
II.3.1 Principio de igualdad.....	29
II.3.2 Principio de legalidad.....	29
II.3.3 Principio de intimidad / privacidad / confidencialidad	30
II.3.4 Principio de razonabilidad y principio de proporcionalidad	31
Capítulo III: El test tripartito en la crisis sanitaria	36
III.1 El control de razonabilidad y el test tripartito	37
III.2 Emergencia, necesidad, urgencia y DNU	41
III.3 Medidas sanitarias fijadas por el Estado Nacional	46
III.3.1 Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio (ASPO).....	46
III.3.2 Distanciamiento Social, Preventivo y Obligatorio (DISPO).....	47
III.3.3 Cuarentena estricta vs. Cuarentena flexible.....	48
III.3.4. Medidas generales de prevención.....	51
Capítulo IV: Jurisprudencia y Doctrina	52
IV.1 Jurisprudencia.....	53
IV.2 Doctrina.....	58
Capítulo V: Poder de Policía en el derecho comparado.....	64

V.1 La situación pandémica en España, Brasil y Uruguay	65
V.2 Medidas sanitarias en el derecho comparado	65
V.2.1 <i>España</i>	65
V.2.2 <i>Brasil</i>	68
V.2.3 <i>Uruguay</i>	70
V.3 ¿Qué aspectos que destacamos y por qué?	73
Capítulo VI: Conclusión Final	75
Bibliografía consultada	77
General	77
Artículos de Doctrina	77
Sitios webs consultados	79
Noticias periodísticas	79
Anexo	81
<i>Cuadro de Decretos de Necesidad y Urgencia año 2020 y 2021</i>	81

Agradecimientos

A mi madre Noemí, por su apoyo incondicional, su amor y sabiduría.

A mi padre Sergio, por su confianza, su amor y sinceridad.

A mi hermana Noelia, por su bondad, su amor y templanza.

A mi cuñado Jorge, por su atención, su honestidad y solidaridad.

A mi abuelo Antonio, por ser la luz que me ilumina, cuida y acompaña desde el cielo.

A mis abuelos Ana y Horacio, por ser las guías que desde el cielo me conducen y protegen.

A la Universidad Abierta Interamericana, a sus autoridades y profesores, por brindarme la posibilidad de crecer académicamente.

A mi tutora Dra. Iris Elizabeth Asorey, por su conocimiento, experiencia y acompañamiento.

A mi profesor Gustavo González, por estar siempre presente y atento a lo largo de la carrera.

Resumen

Tras el extraordinario escenario de emergencia sanitaria provocado por la pandemia del Covid-19 y encendida la alarma mundial; los diferentes Estados adoptaron medidas urgentes para enfrentar la situación epidemiológica y mantener el orden público. En este contexto y con el objetivo primordial de proteger la salud de todos los habitantes, el gobierno de Argentina emitió una serie de Decretos de Necesidad y Urgencia; imponiendo restricciones que en muchas ocasiones fueron cuestionadas desde la perspectiva del Derecho Constitucional y del Derecho Administrativo. Ante este panorama de excepcionalidad, surge el interrogante si las limitaciones impuestas a los ciudadanos se ajustan a los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad; tema que será abordado en el presente trabajo de investigación.

Palabras clave: Emergencia sanitaria- Decretos de Necesidad y Urgencia- Principio de razonabilidad- Principio de proporcionalidad.

Metodología aplicada

Para contextualizar científicamente el presente trabajo de tesis se recurrirá a las técnicas del método deductivo-descriptivo. Nos serviremos de la información proveniente tanto de las páginas web de organismos oficiales del Estado Nacional como de fuentes internacionales fidedignas que nos permitan tener una visión más acabada del tema.

Dado a la actualidad del tema seleccionado y los objetivos propuestos, se analizarán artículos de doctrina especializada; antecedentes jurisprudenciales y Decretos de Necesidad y Urgencia que a nivel nacional conformarán el marco teórico literario. Además, se recurrirá a lo expresado por los autores más relevantes del Derecho Administrativo y Constitucional, en los Ciclos de Conferencias de Maestros del Derecho de la Universidad Abierta Interamericana del año 2014 y en el Congreso Internacional de Abogacía Pública, Local y Federal (Ediciones 2020 y 2021)

ÁREA TEMÁTICA: Tema abordado desde el Derecho Administrativo

SUB-ÁREA: Derecho Constitucional

Planteo del problema y justificación

Dado al contexto pandémico causado por el Covid-19 y a la posterior declaración de la emergencia sanitaria, impuesta por el DNU 260/2020; el Poder Ejecutivo Nacional restringió el pleno goce de los derechos fundamentales mediante el ejercicio de la figura del Poder de Policía lo que generó varios cuestionamientos sociales y jurídicos que catalogaron al actuar estatal como abusivo o superabundante.

En virtud de ello, se nos presenta el dilema de saber si las medidas sanitarias que limitan temporalmente los derechos amparados por nuestra Carta Magna son: razonables, proporcionadas, necesarias y constitucionales a los fines de preservar la salud e instaurar el orden público.

Es por ello que resulta importante analizar en la presente investigación el accionar estatal frente a la crisis sanitaria, porque nos permitirá comprender el desarrollo del Poder de Policía en situaciones anómalas, sus límites constitucionales y objetivos propuestos de conformidad con lo receptado por el Derecho Administrativo y Constitucional.

Hipótesis

Los Decretos de Necesidad y Urgencia deben ceñirse a los principios de razonabilidad y de proporcionalidad para no vulnerar los derechos constitucionales.

Objetivo general

Analizar con detenimiento el instituto de la potestad restrictiva y extraordinaria del Poder Ejecutivo Nacional, a través del ejercicio del Poder de Policía en el contexto de emergencia sanitaria.

Objetivos particulares

- 1) Determinar el alcance de las medidas sanitarias adoptadas por el Estado Nacional y su correlación con los mandatos y principios constitucionales.
- 2) Analizar los Decretos de Necesidad y Urgencia teniendo presente el test tripartito de razonabilidad.
- 3) Relacionar los antecedentes jurisprudenciales y los aportes doctrinarios con los conceptos de razonabilidad y proporcionalidad.

- 4) Observar las disposiciones del derecho comparado de los Estados de España, Brasil y Uruguay.

Introducción

A la luz de la crisis sanitaria ocasionada por la propagación del virus Covid-19, el día 11 de marzo del año 2020, la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró el inicio de la pandemia, entendida como aquella situación anómala y sanitaria que implicó el avance de los índices de contagio y de mortalidad a nivel global.

Debido a la carencia de conocimiento sobre la enfermedad, a las modificaciones de los estadios del virus, a la necesidad de desarrollar una vacuna eficaz y a las incertidumbres jurídicas; los distintos Estados tuvieron que adoptar disposiciones urgentes con el fin de amparar la salud e instaurar el orden público.

Para enfrentar esta cuestión, en Argentina, el Poder Ejecutivo Nacional aplicó el Instituto del Poder de Policía, reconocido y avalado por la Carta Magna, con el fin de emitir varios Decretos de Necesidad y Urgencia que impongan restricciones a los derechos constitucionales a través del aislamiento, del distanciamiento y de las medidas generales preventivas.

Bajo este panorama excepcional, se plantearon diversos cuestionamientos sociales y jurídicos que colocaron en tela de juicio el alcance de la potestad extraordinaria y de sus límites. En vista de ello, nos encontramos con la multiplicidad de causas judiciales en contra de las intervenciones estatales que cercenan las libertades individuales.

Por lo expuesto, en este trabajo de investigación se pretende dilucidar el grado de restricción de los derechos fundamentales contenidos en la Ley Suprema, teniendo en cuenta los principios constitucionales de razonabilidad y de proporcionalidad. Para ello, recurriremos al test tripartito de razonabilidad que contempla tres subprincipios a saber: la adecuación, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto. Asimismo, se evaluará la ponderación de la salubridad como cuestión principal a salvaguardar.

Capítulo I: Poder de Policía

SUMARIO:

I.1. Concepto del Poder de Policía. I.2 Origen del Poder de Policía. I.3
Antecedentes jurisprudenciales.

I.1. Concepto del Poder de Policía

Con el objeto de introducirnos en el tópico a analizar, es menester hacer hincapié en la acepción del Poder de Policía, visto desde la perspectiva doctrinaria del derecho administrativo.

Al respecto, el Dr. Juan Carlos Cassagne expresa que el Poder de Policía “*es una figura preconstitucional que provocó la limitación de los derechos privados por razones de interés público*”¹. Razona que, el poder de intervención estatal no sólo cuenta con relevancia jurídica a los fines administrativos, constitucionalistas y positivistas en general, sino que allí impera el valor convencional; que es empleado para resaltar el fenómeno de los actos de creación y ampliación de situaciones jurídicas pasivas. Asimismo, destaca la injerencia del control judicial en las técnicas de limitación con el propósito de evitar arbitrariedades en función a una incorrecta, indebida, defectuosa o injustificada intromisión.

En cambio, el Dr. Agustín Gordillo junto con Miguel Santiago Marienhoff, conservan la postura excluyente del Poder de Policía debido a que no existe una noción propia, autosuficiente e idónea que aporte un nutriente primordial en la actividad del Estado.

Continuando con la línea de pensamiento de Gordillo, el autor propone un listado de multiplicidad de temáticas que conforman los alcances del Estado actual a saber: seguridad, salubridad y moralidad públicas, cuestiones económicas, estéticas, de tranquilidad pública y de decoro público; por lo que entiende que abarca el sentido amplio de la institución.

Ahondando, Manuel María Díez no duda de la existencia e importancia del Poder de Policía y plantea que hay un problema de concepto y no de institución, dado a una vieja concepción enlazada al Estado Liberal y a la aplicación de medidas en sustento de la coacción desmedida, entendida como aquella limitación que excede la razonabilidad.

El antes mencionado, refiere que el Poder de Policía no es más que una actividad de índole legislativa, que pone en práctica el legislador a través de la imposición de una norma que intenta equilibrar los intereses de los particulares con los de la colectividad;

¹ Cassagne, Juan Carlos (2018). “*Curso de Derecho Administrativo*”. Tomo II. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ed. La Ley, pág. 1. Cap. 2.

conviviendo ambos fines en un espacio armónico y socialmente aceptable. Añade que, la libertad y la garantía de los derechos deben subsistir si se quiere evitar, así, ciertos perjuicios.

En esa misma línea se ubica el jurista José Roberto Dromi, quién muestra su conformidad en razón a la potestad que opera por el cuidado del bienestar general, restringiendo, mediante una norma debidamente fundada, los derechos reconocidos por nuestra Carta Magna. Además, aclara que su limitación se vincula a lo reglado por los artículos 19 y 28 de la C.N.

Por su parte, Carlos Balbín denomina al Poder de Policía como el poder de ordenación y regulación estatal, que tiene como función proporcionar el bienestar social, administrando dos tareas: la primera contempla la acción de evitar todo tipo de restricción de derechos, derivado de su propio actuar y la segunda recae en asegurar el pleno goce de los mismos. Según el autor, el Poder de Policía deja a un lado su papel pasivo y comienza a tener una mayor participación e intercambio con la sociedad; acentuando el gran abanico de materias novedosas que pretenden tener una utilidad en la intervención pública. Incluso, apuesta por la redefinición del concepto y adecuación con los cambios constantes en la realidad jurídica, haciendo hincapié sobre las instituciones democráticas de manera tal que soslaya todo tipo de direccionamiento hacia un Estado Autoritario.

Haciendo su aporte al tema, Rafael Bielsa nos habla de criterios amplios y restringidos que hacen a la configuración del Poder de Policía. De este modo, dilucidamos que la primera concepción se vierte sobre el poder público empleado sobre los hombres y las cosas. Mientras que la segunda implementa la coacción que se encuentra en manos del Estado a fin de preservar el interés común, previniendo altercados derivados de cuestiones que pongan en peligro a la sociedad.

No menos importante es el pensamiento de Ramón F. Vázquez, quién manifiesta que el Poder de Policía es *“un sistema de reglas y una nueva organización administrativa y coercitiva, que busca y promueve el bienestar público y actúa como restricción y compulsión”*². De modo que, es entendido como el mecanismo restrictivo de la libertad que tiene como propósito garantizar el interés colectivo, defendiendo los bienes jurídicos de la sociedad toda.

² Alferillo, Pascual E. (2020). *“La crisis del coronavirus y el derecho argentino”*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 1° ed. IJ Editores, pág. 29.

A modo de cierre, las distintas concepciones que hemos visto nos conducen a comprender que la figura del Poder de Policía es netamente extraordinaria, por lo que ante un caso de excepcionalidad y de necesidad; actuará restringiendo o limitando los derechos fundamentales consagrados en la Ley Suprema a través de leyes, decretos, reglamentos, ordenanzas, etc.; en pos de garantizar el bienestar general.

Ligado a ello, podemos hacer énfasis en el contenido del dictamen 208:138 de la Procuración General de la Nación, que declaró al Poder de Policía como aquél que limita derechos individuales sin alterarlos; respetando el límite de la razonabilidad. A su vez, se aclara que esta actividad reguladora debe tener el aval legislativo que posibilite el desarrollo de la imposición estatal; lo que instaura la asociación con el actuar del Estado que colabora al momento de la persecución del fin deseado.

I.2. Origen del Poder de Policía

Enfocarse en el desarrollo más preciso acerca del Poder de Policía, pone de relieve la tarea de remontarnos a sus orígenes primitivos y reflexionar sobre sus cualidades y alcances que han sido transmitidos a diferentes países a lo largo de la historia del derecho administrativo.

En ese sentido, la expresión Poder de Policía ha sufrido a lo largo de los años, amplias modificaciones que aportan, quizás, mayor firmeza en su concepción. Su naturaleza latina parte de la denominada “*politia*”, con procedencia griega acentuada en el término “*politea*”. Esto mismo se traduce en la creación de la ciudad y la administración pública estatal.

Por otro lado, debemos indicar que, cuando hablamos del Poder de Policía podemos adoptar dos enfoques: el restringido (*narrow*) y el amplio (*broad and plenary*), que marcan una evolución en el concepto ligado a un avance jurisprudencial.

La noción restringida fue sostenida por la corriente europea, siendo Francia e Italia los países pioneros, que hicieron hincapié en las razones de seguridad, salubridad y moralidad. En contraposición, el sentido amplio elaborado por la corriente norteamericana, incorpora a los aspectos ya mencionados, la promoción del bienestar general.

Para ubicarnos en la línea histórica del instituto Poder de Policía, partiremos de cuatro escenarios básicos: 1) la Edad Antigua, 2) la Edad Media, 3) la Edad Moderna y 4) la Edad Contemporánea.

En el primer periodo -Edad Antigua-, imperaba el Absolutismo, en donde las decisiones administrativas se encontraban en cabeza de un único ente: el Príncipe. Así, vemos como en el Estado Ciudad de Grecia y en la *civitas* de Roma se defendía la unión del poder y la sociedad, que se ajustaba la coacción y a la injerencia política del momento.

Cuando el Absolutismo se desvaneció, comenzó a primar la idea de la división de poderes y sus competencias. A raíz de ello, se conformó el Estado de Derecho que desplazó parcialmente al Estado de Policía, entendido desde la antigüedad como *“un derecho ilimitado para administrar en donde no se reconocen los derechos del individuo frente al soberano y el particular es un objeto del poder estatal, no un sujeto que se relaciona con él.”*³

En razón a lo formulado, Walter Benjamín refirió la siguiente cita: *“el espíritu de policía es menos espeluznante cuando representa en la monarquía absoluta a la violencia del mandatario en el que se conjugan la totalidad del Poder Legislativo y Ejecutivo. Pero, en las democracias, su existencia no goza de esa relación privilegiada, e ilustra, por tanto, la máxima degeneración de la violencia”*⁴. Esto es así, porque en un Estado totalmente sometido por una sola cabeza de poder era esperable que surjan criterios subjetivos, amplitud del espacio de control y disposiciones fuera de la lógica o de incompatibilidad absoluta en relación a las necesidades que diariamente eran demandadas por la sociedad.

Pero, si nos centramos en un Estado de tipo Democrático, percibimos una violencia que resulta más gravosa e injusta en comparación a un ámbito liderado por la Monarquía debido a que las decisiones se tornan desafortunadas y contrarias a los valores propios de la libertad, de la inclusión y de la voluntad de los particulares.

Tiempo después, durante la Edad Media, el dominio del Estado se encontraba bajo la autoridad máxima de la Iglesia que regulaba cuestiones relacionadas con las materias

³ Gordillo, Agustín (2017). *“Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas”*. Tomo I. Parte General. Buenos Aires, Argentina Ed. Fundación de Derecho Administrativo, II-1.

⁴Link de acceso:

<https://www.comisionporlamemoria.org/archivos/jovenesymemoria/volumen13/docs/6.violencia-institucional/Texto%204.pdf> Visitado el día 27 de febrero del 2021.

de religiosidad y moralidad. En cuanto a la organización de la comunidad, la figura suprema del Estado era la encargada de llevar adelante dicha tarea ⁵.

Incluso en este tiempo, la acepción del Poder de Policía tuvo sus primeros antecedentes en Francia en el siglo XV, por medio de ordenanzas reales del año 1415; y más tarde en Alemania. Tan es así, que un reconocido jurista y filósofo alemán: Samuel Pufendorf, dejó impreso el alcance del *“poder del príncipe del Commonwealth”*⁶, brindando claros ejemplos que se relacionan con las materias abordadas en la actualidad.

Así, decimos que el consumo de bienes y mercancías, la recaudación de impuestos y el derecho del dominio eminente; fueron las tres líneas centrales que despertaron intrigas y cuestionamientos, siendo responsables de la repercusión y la necesidad de otorgarle un sitio en el derecho estadounidense.

Es necesario reparar en el predominante razonamiento de Pufendorf que impactó sobre William Blackstone, un fiel lector y jurista de Reino Unido, que tuvo una notable participación en la Universidad de Oxford. Así, las ideas de esta nueva potestad del Estado fueron trasladadas al constitucionalista norteamericano James Kent, quien expuso la corriente europea. Esto funcionó como base administrativa en Estados Unidos para marcar antecedentes jurisprudenciales de alto nivel.

Es vital desentrañar el sentido adjudicado al instituto estudiado, pues el mismo ha sido entendido *“como un poder de legislación, caracterizado por restricciones a las que cada individuo debe someterse en el ejercicio de su libertad o de sus derechos de propiedad”*⁷.

Por otro, se advierte que el pleno desarrollo de las actividades estatales dispuestas en los tiempos de antaño no permitían, bajo ningún punto de vista, la participación de los súbditos. Es por ello, que los principios que reinaban en aquellas épocas fueron los siguientes:

⁵ Díez, Juan María. (1981).” **Manual de Derecho Administrativo**”. Tomo II. Buenos Aires, Argentina, Ed. Plus Ultra, Págs. 180 y 181.

⁶ Link de acceso: <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/10434/1/poder-policia-historia-jurisprudencia-doctrina.pdf> Visitado el día 27 de febrero del 2021.

⁷ Gutiérrez, Lucía Gabriela y otro (2017).” **Instituto de Derecho Público de Poder de Policía en el Derecho Argentino**”. [Tesis de abogacía, Universidad Nacional de La Pampa]. Págs. 5 y 6. Repositorio Digital de Acceso Abierto. UNLPam. Link de acceso: https://repo.unlpam.edu.ar/bitstream/handle/unlpam/1179/e_gutins514.pdf?sequence=1&isAllowed=y Visitado el día 27 de febrero del 2021.

❖ **La indemandabilidad del soberano:** es aquel que hace énfasis sobre la imposibilidad de actuar como parte y litigar en contra del Estado. Tras el paso del tiempo, en Argentina, dicha acción se podía concretar siempre y cuando haya venia previa del Congreso e impulso a través del reclamo administrativo habilitante que funciona con el fin de agotar la vía administrativa en aras de iniciar un proceso por vía judicial.

❖ **La irresponsabilidad del soberano:** sostiene la carencia de la responsabilidad del Estado frente a los daños cometidos hacia los particulares, además de que resulta casi imposible demandarlo, también debemos tener presente la compleja tarea de responsabilizarlo por los perjuicios sufridos. No obstante, hoy en día, *“el Estado es teóricamente responsable, pero son pocos los que logran hacer efectiva esa responsabilidad si no tienen la miríada de recursos a su disposición”*⁸.

❖ **Los actos del Príncipe:** son órdenes imperiales, de alto rango en comparación con el orden público.

❖ **La doble personalidad del Estado:** es una suerte de construcción ideológica que fue objeto de estudio de varios autores tiempo atrás, pero se ha demostrado que el Estado cuenta con una sola personalidad o finalidad. Si bien tiene injerencia en el ámbito privado en ciertas ocasiones, su naturaleza jurídica es netamente pública.

❖ **La jurisdicción administrativa:** es aquella que forma parte de los principios rectores en la época de las monarquías absolutas, ya que está estrechamente vinculada con la justicia retenida (facultad del particular o súbdito de consensuar las contiendas entre partes), por un lado, y la justicia delegada (cuya función se encuentra en manos de la máxima autoridad, quien encarga la facultad de decidir a un consejo, liderado por la misma), por el otro. En la llamada administración de tipo activa o también la función administrativa propiamente dicha, la cuál es definida como la actividad propia del órgano que cumple la tarea de otorgarle ejecución a las decisiones de manera permanente y continua; se ha incorporado dicho precepto.

Luego, ya adentrándonos a la Edad Moderna se avecina el traspaso desde el objetivo del bien común compartido tanto por el Estado como por la administración pública; hacia

⁸ Gordillo, Agustín (2017). *“Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas”*. Tomo I. Parte General. Buenos Aires, Argentina Ed. Fundación de Derecho Administrativo, II-6 y7.

las arbitrariedades e irregularidades dadas por el hambre de impartir órdenes contrarias al margen de legalidad, moralidad y buena fe, sostenidas por bases subjetivas fornidas por el imperio de la voluntad del Príncipe.

En el año 1789 cuando comienza la Edad Contemporánea que trae consigo la Revolución Francesa, se reglamentó la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, pero por desgracia no fue tan efectiva como se había planteado desde un principio, puesto que los reclamos de los ciudadanos a fin de instalar el respeto y la protección de sus derechos, no obtuvieron el impulso deseado.

Por último, diremos que en esta época surgió el célebre caso “***Brown vs. Estado de Maryland***” (1827) por el cuál John Marshall (presidente de la Corte Suprema de EE. UU) creó el término ‘*the police power*’.

A partir de allí, se produjo un cambio radical que trajo consigo la protección hacia los derechos individuales y el respeto de la esfera privada de los hombres. Se concibió desde entonces la intromisión del Poder de Policía sólo en casos que lo ameriten construyendo un equilibrio jurídico-social que propone un límite que evitaría todo tipo de acciones abusivas por parte del Estado para con el subordinado.

I.3. Antecedentes jurisprudenciales

Sabemos que la jurisprudencia y la doctrina han sido sumamente determinantes al proporcionarnos la utilidad práctica de la institución puesta bajo lupa.

Esto nos lleva a recordar que, desde del año 1870 con el fallo 7:150-153 “***Plaza de Toros c/ provincia de Buenos Aires***” hasta el año 1922 con el fallo 136:161, “***Agustín Ercolano c/ Julieta Lanteri Renshaw s/ consignación***”, se percibe la injerencia de la corriente restringida del Poder de Policía. Aunque, en este último, se logra observar la amplitud del alcance de la institución en juego en razón a que se agrega la protección de los intereses económicos de la comunidad.

Lo descripto *ut supra*, demuestra la diferencia de la concepción vertida por el primer antecedente jurisprudencial de la materia, el cuál resalta que “*es breve y claro el máximo Tribunal en cuanto a la toma del criterio “restringido” del Poder de Policía, ya que*

*entiende dentro del mismo, las facultades de seguridad, salubridad y moralidad pública”*⁹.

Por tanto y a los fines de comprender los alcances y criterios que allí se conjugan, debemos decir que los hechos del primer fallo, demuestran que la empresa Plaza de Toros se enfrenta judicialmente ante la Provincia de Buenos Aires debido a la prohibición de las corridas de toros que la misma había interpuesto.

El objetivo de la entidad era solicitar la realización de ese tipo de espectáculos en un espacio público creado para aquel fin. Dado a lo sucedido, la Suprema Corte se pronunció como incompetente para obligar a una provincia a retroceder en su decisión, en virtud del poder que ha sido reservado a favor de la misma, como resultado de una manda constitucional.

El segundo fallo, engloba la situación de la escasez de viviendas y lo contenido en la ley 11.157, que prohibía cobrar un precio mayor de alquiler de acuerdo al monto que se había fijado, todo por el plazo de dos años. En esta oportunidad, la Corte reconoció la importancia de la regulación correcta de la economía para evitar perjuicios a la comunidad.

Estos casos y tantos otros, reflejan la capacidad del Estado de regular situaciones fuera de lo normal fundándose principalmente en el bienestar general. Por otro lado, la salubridad volvió a ser considerada como cuestión principal en el caso 51:274 **“Saladeristas Podestá”** (1887); en el cual la parte actora reclama la indemnización por daños y perjuicios ocasionados por una ley sancionada por la Provincia de Buenos Aires que prohibía las faenas de los saladeros ubicados en la localidad de Barracas, fundada en la protección hacia la salud pública.

Asimismo, la Corte Suprema declaró que *“ninguno puede tener un derecho adquirido de comprometer la salud pública, y esparcir en la vecindad la muerte y el duelo con el uso que haga de su propiedad, y especialmente con el ejercicio de una profesión o de una industria”*¹⁰. Nótese que similar postura adoptó el Máximo Tribunal varios años

⁹ Link de acceso: <http://www.saij.gob.ar/lucas-jose-zudaire-poder-policia-argentina-provincia-buenos-aires-caso-particular-poder-policia-ambiental-dacf130228-2013-08-12/123456789-0abc-defg8220-31fcanirtcod> Visitado el día 27 de febrero del 2021.

¹⁰ Link de acceso: <http://falloscsn.blogspot.com/2005/08/saladeristas-de-barracas-1887.html> Visitado el día 20 de abril del 2021.

después en el fallo: 331:1622 “**Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)**” del año 2008.

Continuando con la evolución de la jurisprudencia, en el año 1944 con el fallo 199:483 “**Pedro Inchauspe Hermanos c/ Junta Nacional de Carnes. Junta Nacional de Carnes c/ Baurin, Juan J. Junta Nacional de Carnes c/ Corbett Hnos.**”; la Corte Suprema vuelve a pronunciarse confirmando la adherencia al criterio amplio por su compatibilidad con nuestra Carta Magna y las limitaciones que el Poder Legislativo impone en razón los derechos de libertad y propiedad en pos del bien común.

Pasando el tiempo, las actividades culturales también integran el ámbito de desarrollo de la intromisión del Estado para restringir derechos amparados constitucionalmente, por medio de una herramienta legal que permita cumplir con la meta central. Por tanto, el caso 247:121 “**Cine Callao**” del año 1960, invoca el principio de razonabilidad y proporcionalidad en carácter limitador.

Incluso, la cuestión económica juega aquí un rol importante desde que fue partícipe del célebre fallo 313:1513 “**Peralta, Luis A. y otro c. Estado nacional (Ministerio de Economía -Banco Central)**” en el año 1990. Allí, la Corte Suprema manifiesta que: “*en momentos de perturbación social y económica y en otras situaciones semejantes de emergencia y ante la urgencia en atender a la solución de los problemas que crean, es posible el ejercicio del poder del Estado en forma más enérgica que la admisible en períodos de sosiego y normalidad*”¹¹ Justamente el fin del Poder de Policía se refleja en el ejercicio de potestades excepcionales en tiempos de anormalidad.

Por otro lado, la preservación de la salud también imperó en “**Quidi, María Adelina c/ Nobleza Piccardo S.A. y otros s/ daños y perjuicios**” (2002), en donde se interpuso la demanda por daños y perjuicios en contra la tabacalera Nobleza Piccardo por ser responsable de la patología cancerígena de pulmón que había sufrido el Señor Miguel Isabella Valenzi. Dicho suceso culminó sentando jurisprudencia de gran utilidad para la posterior Ley Nacional de Control de Tabaco N° 26.687, sancionada el 1 de junio del 2011 y promulgada el 13 de junio del mismo año.

¹¹ Link de acceso: <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/Fallo-PERALTA.html> Visitado el día 20 de abril del 2021.

Un dato de color, radica en el hecho de que un año después de su entrada en vigencia, se estipuló la inclusión de imágenes en los envases de los productos, que daban a conocer las consecuencias sanitarias o patológicas derivadas del consumo excesivo del tabaco con el objetivo de generar mayor conciencia y así, promover la salud pública.

En cuanto a la promoción y publicidad del tabaco por cualquier medio de comunicación, se ha establecido su absoluta prohibición, a la luz del artículo 5 de dicha normativa. Esto mismo acarrea la imposición de hacer visible el prohibido fumar, por ejemplo, en sitios cerrados en donde transite el público, en espacios de enseñanza escolar, en lugares en los que se desarrollen tareas laborales y demás.

Grandes íconos de la jurisprudencia argentina, revelan el avance de la intervención del Estado, tal es así que, con respecto a la seguridad pública, podemos hacer mención al caso **“Píparo”** del año 2010 que generó una gran conmoción social y gracias a esto, se dictó la ley 26.637¹² la cuál plasma la prohibición del uso de celulares en entidades bancarias. Algo parecido ocurrió con la sanción de la Ley Blumberg N° 25.886 ¹³, en donde se acentuó la necesidad de control de la seguridad y dictaminó la prohibición del uso de armas.

Asimismo, el tan reconocido caso de **“Marita Verón”** admitió la intervención estatal en pos de preservar la moralidad pública y, eliminando el clasificado del rubro 59 de los diarios; por intermedio del decreto 936/2011 que se basa en la Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales N° 26.485 y en la ley 26.522 que alude sobre los servicios de comunicación audiovisual.

Importa añadir que, la institución del Poder de Policía ha sido limitada a ciertos casos de excepcionalidad que son tomados por las riendas de la intervención estatal. Coacción restringida y reducida a cuestiones que superan la normalidad y exceden el ámbito de control alcanzado por los poderes propios de nuestro Estado Democrático y Federal.

¹² Fue sancionada el día 29 de septiembre del 2010 y promulgada el 28 de octubre del mismo año.

¹³ Sancionada el 14 de abril del 2004.

Finalmente, en este acápite pudimos detectar cómo se implementaron los primeros lineamientos de las limitaciones al actuar del ente estatal para cercenar la cantidad de actos arbitrarios que hayan afectado a la sociedad.

Capítulo II: Principios constitucionales del Poder de Policía

SUMARIO:

II.1 El Poder de Policía y el constitucionalismo. II.2 Los principios y el control de la constitucionalidad. II.3 Principios constitucionales. Particularidades. II.3.1 Principio de igualdad. II.3.2 Principio de legalidad. II.3.3 Principio de intimidad / privacidad / confidencialidad. II.3.4 Principio de razonabilidad y principio de proporcionalidad.

II.1 El Poder de Policía y el constitucionalismo

En aras de profundizar lo que hemos tratado en el capítulo anterior; señalaremos la vinculación del concepto de Poder de Policía y su tratamiento en Nuestra Carta Magna. Para ello, es primordial señalar que, dicha institución no ha sido incluida explícitamente en nuestra Constitución Nacional sino hasta la reforma del año 1994.

A causa de esto, en el artículo 75 inc. 30 sobre las atribuciones concedidas al Congreso; se vela por la reserva de los poderes de policía de las autoridades provinciales y municipales. De allí, se nota la evidente injerencia del Federalismo que ha sido el responsable de la distribución del poder entre la Nación y las demás jurisdicciones.

Además, si visualizamos los artículos 5 y 123 de la C.N., podemos inferir que las potestades asignadas a las provincias, cuentan con el carácter de independiente respecto de la Nación. No sólo las provincias y municipios, tienen la posibilidad de ejercer este poder sobre su territorio; sino que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires posee en sus manos *“las facultades propias de legislación y jurisdicción”*¹⁴

De este modo, la competencia del Poder de Policía ha sido fijada directamente por la Carta Magna con el propósito de afianzar el Sistema Federal y el campo de actuación de las provincias y municipios; en sentido paralelo con la independencia y la reserva de legislar en su propio ámbito o terreno.

Siguiendo con el recorrido constitucional y a la luz del artículo 75 inc. 32, podemos observar que se han estipulado los poderes implícitos que adopta el Congreso. Los mismos *“pueden utilizarse para poner en ejercicio todos los otros conferidos expresamente en los incisos anteriores y en las demás cláusulas de la Constitución Nacional...”*¹⁵ Ante esto, se abre el interrogante de ¿Cuál es el camino que pretende tomar esta disposición constitucional? Pues su meta es delegar en el Poder Legislativo, la facultad de dictar leyes y reglamentos favorables, con la colaboración del Poder Ejecutivo y Judicial. Desde el otro lado de la vereda, nos encontramos con los poderes resultantes o inherentes que son los asignados a un órgano o institución en específico.

¹⁴ Constitución de la Nación Argentina (1994); Santa Fe- Paraná. 1º Ed. Buenos Aires. Producciones Mawis SRL, 2003. Pág. 57.

¹⁵ Gelli, María Angélica (2004). *“Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada”*. Buenos Aires, Ed. La Ley. Pág. 611

Ahora bien, en razón a la competencia de las provincias y la Nación debemos remitirnos a lo plasmado en el artículo 121 de la C.N y llegar a un punto en donde no debería interpretarse a favor de una discriminación hecha de manera adrede entre los poderes de carácter delegado y los atinentes al gobierno federal.

De lo contrario, se debería enlazar con el propósito del federalismo y la constitución de la unión nacional, defendida por nuestro Preámbulo. La clara conclusión que realiza el Dr. J.C. Cassagne acerca de esto último, permite vislumbrar que cuando las facultades del Poder Ejecutivo y Legislativo se implementen según los poderes propios de su competencia constitucional; se encuadrará la prevalencia o superioridad por encima de la actividad de las provincias ajustadas a sus poderes de tipo concurrentes. Tal es así, que aquí cobra real importancia el principio de supremacía constitucional, contenido en el artículo 31 de la Carta Magna.

Extraemos por lógica y gracias al aporte del Dr. Marienhoff que el Poder de Policía generalmente es tomado por las provincias y que, de forma excepcional, es correspondido con la Nación.

Recordemos que, cada provincia tiene un poder no delegado encuadrado como exclusivo, el cual otorga la capacidad para dictar normas complementarias en el campo educativo y ambiental (denominado poder compartido); alimentando su progreso económico, lo atinente al desarrollo humano, la ciencia, el conocimiento y la cultura (denominado poder concurrente).

A su vez, los municipios actúan individualmente en orden a lo institucional, lo político, lo administrativo, lo económico y lo financiero porque así lo decreta el artículo 123 de la C.N junto con lo regulado por las constituciones provinciales y el general de la normativa perteneciente a nivel provincial y municipal.

Para profundizar veamos, a continuación, ciertas ejemplificaciones que adoptan distintos criterios respecto a la competencia territorial.

El dictamen dispuesto por la Procuración del Tesoro de la Nación con fecha 25 de enero del año 2002, plasma la discusión acerca de la facultad de reglamento de ciertos artículos que pretende incorporar el Poder Ejecutivo. En razón de que el Poder de Policía es “eminentemente local”; en un principio, se dividieron las opiniones de la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Salud (que estimaba procedente la

facultad del Estado Nacional en asuntos del ejercicio de actividades profesionales, según la base jurídica propiciada por el artículo 99 inc. 2 de la C.N) y de la Procuración General del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, junto con el Servicio Jurídico Permanente de la Subsecretaría de Asuntos Legales de la Secretaría Legal y Técnica de la Presidencia de la Nación (que apoyaba las previsiones otorgadas por el artículo 129 de la C.N.)

La ley en juego era la N° 17.132 con las modificaciones introducidas por la ley 24.588 que garantizaban los intereses del Estado Nacional y ordenaba la conservación del poder no conferido, teniendo presente la Capital de la Nación y la inexistencia de un convenio que delegara esas funciones.

Por otro lado, las capacidades que dotaban a la Ciudad de Buenos Aires de autonomía total para poder desplegar la actividad de restricción, debían ser interpretadas en correlación con la Constitución Nacional. Entonces, más allá de la competencia local, el Estado era el indicado para emplear su poder sobre la norma relativa al arte de curar, porque ésta no le ha sido delegada a CABA, y, además, su independencia y atribuciones eran escasas en comparación a las potestades inherentes a las provincias.

Recurriendo a otro ejemplo, la misma situación ocurrió en otro dictamen fechado el día 9 de mayo del 2014, en donde la Nación y la Ciudad de Buenos Aires no acordaron el traspaso de las potestades relacionadas con la habilitación de medicamentos y otros insumos farmacéuticos; por lo que el Ministerio de Salud fue el encargado de poner en marcha el Poder de Policía por sobre CABA en virtud de lo dispuesto por la ley 17.565.

Los pronunciamientos mencionados *ut supra* reflejan que la noción del instituto tratado, es una función o actividad legislativa que no está inmersa de manera precisa en la Constitución Nacional y que, por ese motivo, debemos recurrir al reparto de competencias ordinario. De allí, se comprende que el gobierno nacional es el que intervendrá únicamente si existe el aval de índole constitucional.

Por lo demás, el Poder de Policía es una aptitud reservada de las provincias y se vincula tanto con los poderes no delegados, como con los poderes concurrentes; tal y como lo hemos decretado *a priori*.

Si bien, Marienhoff concuerda con el aporte doctrinal en razón a que el Poder de Policía es concebido como la “atribución perteneciente al órgano legislativo de

gobierno, único con competencia para establecer limitaciones”¹⁶; es posible percibir que esa misma facultad puede ser compartida entre ambos poderes (Legislativo y Ejecutivo).

En rigor de verdad y examinando el artículo 76 C.N., hallamos la prohibición que nos conduce hacia la imposibilidad de que el Ejecutivo se apropie de las actividades de otro órgano (en este caso el Legislativo). Excepcionalmente lo podrá hacer cuando el Congreso así lo acepte y condicione, mediando justificativo en la emergencia o en materias relativas a la administración; con un plazo pertinente y temporal. En la misma línea el artículo 99 inc. 3 indica que, al dictar un Decreto de Necesidad y Urgencia, no podrá interferir en materias vinculadas al ámbito penal, tributario, electoral y lo relacionado con los regímenes de los partidos políticos; siempre contando con justificativos o razones suficientes que lo habiliten.

Ahora sí, fijando nuestro foco hacia el derecho administrativo y constitucional, logramos observar que en el artículo 14 C.N se enumeran los derechos que gozan todos los habitantes de la Nación. Si lo interpretamos en forma conjunta con el artículo 28, llegamos a la conclusión de que tanto los derechos, como los principios y garantías reconocidos constitucionalmente no podrán ser alterados por aquellas normas que establezcan su esfera de ejercicio. De esta manera, se tiene presente que no existe la absolutez de los derechos, sino que éstos pueden sufrir severas restricciones.

II.2. Los principios y el control de la constitucionalidad

Ante todo, debemos tener presente de qué hablamos cuando apuntamos hacia un principio de derecho. En ése sentido, J.C. Cassagne lo define como aquél que se diferencia de la norma jurídica, pues la misma contempla una sanción en sí misma; mientras que el principio *“es un mandato vinculante, carente de supuestos de hecho y caracterizados por una indeterminación conceptual”¹⁷*. A su vez, el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico nos brinda la siguiente noción general a saber: *“Axioma que plasma una determinada valoración de justicia constituida por doctrina o aforismos que gozan de general y constante aceptación”¹⁸* Pues bien, a partir de esta idea podemos concebir al

¹⁶ Marienhoff, Miguel S. (2000). Tomo IV. *“Tratado de Derecho Administrativo”*. Buenos Aires, Argentina, Ed. Abeledo Perrot, pág. 530.

¹⁷ Cassagne, Juan Carlos (2017, abril 14). *Los desafíos del Derecho Administrativo*. [Exposición de ponencia]. Conferencias de Maestros del Derecho, Buenos Aires, Argentina. Link de acceso: https://www.youtube.com/watch?v=eEMJ052h_6c&ab_channel=UniversidadAbiertaInteramericana Visitado el día 13 de marzo del 2021.

¹⁸ Link de acceso: <https://dpej.rae.es/lema/principio#:~:text=Gral.,de%20general%20y%20constante%20aceptaci%C3%B3n> Visitado el día 13 de marzo del 2021.

principio como aquél precepto, lineamiento, construcción jurídica-doctrinaria o reglamentaria que sienta sus bases sobre un propósito jurídico de sumo interés que genera una mirada positiva. Es decir, de aceptación tanto a nivel social como en materia académica y de derecho.

Por otra parte, las fuentes que originan los diversos principios, impactan sobre nuestra Carta Fundamental, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y cimientan la postura de los doctrinarios, de la jurisprudencia, de la interpretación exhaustiva de las normativas, de antecedentes del derecho comparado, entre otras.

Los principios suelen ser medidas de control de la constitucionalidad de las leyes, que se erige en una verificación absoluta que permite visualizar si el ordenamiento jurídico se amolda a las disposiciones constitucionales; sorteando inconstitucionalidades que lesionen directamente el espíritu de la norma impuesta por nuestra Carta Magna.

En otras palabras, el objetivo principal es el resguardo de la supremacía constitucional, entendida como la responsable de posicionar a la Constitución Nacional en un rango de superioridad en razón a las demás leyes, decretos, reglamentos y ordenanzas. La jerarquía a nivel supremo la comparte con los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en virtud de los artículos 31 y 75 incs. 22 y 24, que aluden a lo plasmado por los arts. 27 y 28 de la C.N.

A saber, el Dr. Félix. V. Lonigro ha proporcionado tres supuestos de sistemas de control de la constitucionalidad a saber: 1) según el órgano que lo lleva adelante, 2) según aquella persona que lo active y 3) según los efectos que produzca la declaración de la inconstitucionalidad.

Uniendo los tres métodos, se entiende que la minuciosa labor conferida debe ser ejecutada por un órgano político (el cual escapa de la esfera del Poder Judicial), tal y como sucede en Francia a través de los Consejos Constitucionales que tuvieron su auge a partir del año 1958 o bien por un órgano jurisdiccional, como surgió del precedente jurisprudencial “*Marbury Vs. Madison*” (1803) de los Estados Unidos.

Éste supuesto se subdivide en dos modalidades o categorías: el control difuso y el concentrado. El primero es efectuado por cualquier juez del Poder Judicial de la Nación, no es vital que interceda la Corte Suprema. En contraposición, el segundo modo requiere

de la voluntad de dictaminar a favor de la Constitución, la cual emana de un órgano particular que este dentro o fuera del área en la que se desenvuelve la actividad judicial.

En cuanto a quienes pueden reclamar el dictado de una declaración de inconstitucionalidad, se admiten dos formas: la concreta y la abstracta. El control de tipo concreto indica que la persona competente para iniciar el reclamo es el interesado, es decir, el afectado es quien lo lleva a cabo siempre y cuando demuestre el perjuicio que ha sufrido. Tal cuestión, no sucede en el control abstracto, puesto que el sujeto activo para exigir ya no es el afectado, sino cualquier persona que se encuentra legitimado para realizarlo y, además no se requiere justificación del daño que padeció producto de la disposición anticonstitucional.

Lo antes dicho no es una cuestión aislada porque las consecuencias de la declaración de la inconstitucionalidad de una ley pueden tener dos sentidos o efectos: el *erga omnes*, que se traslada hacia la totalidad de los individuos, afectándolos tras la derogación de la reglamentación viciada y el individual, que opta por el impacto en el caso particular.

Entonces, en donde existe el control político o el jurisdiccional, pero en dirección hacia lo concentrado, dice Lonigro, “*el efecto de la declaración de inconstitucionalidad suele ser amplio*”¹⁹. En cambio, en nuestro país, prima la imposición de la inconstitucionalidad sobre el caso concreto.

En suma y gracias al pronunciamiento del Máximo Tribunal en fallos 32: 120 “*Eduardo Sojo s/ recurso de habeas corpus*” (1887), se aclaró que el control de constitucionalidad utilizado en Argentina es judicial, difuso, concreto y dirigido hacia el efecto limitado de un caso especial con excepción de intervenciones del Defensor del Pueblo o de un individuo en defensa de intereses colectivos e interpuesto de oficio.

Culminando con el panorama general que hace a la interrelación entre los principios y el ímpetu por salvaguardar la normativa de cuestiones contrarias a lo inculcado por la C.N, se considera indispensable dicha herramienta legal ya que enaltece y hace eficaz el principio cardinal de supremacía constitucional, que vela por la subordinación de normas de rango inferior respecto a lo que la Constitución reglamenta.

¹⁹ Lonigro, Félix V. (2016). “*Derecho Constitucional*” 3° ed. ampl. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ed. Cathedra Jurídica, pág. 94.

Pensemos, entonces, a los principios como pequeños elementos esenciales que integran al control de la constitucionalidad, comprendido como aquel mecanismo encargado de la operatividad de la posición que adopta nuestra Ley Suprema.

II.3. Principios constitucionales. Particularidades

Si nos trasladamos al Poder de Policía, podemos visualizar a luz de lo estipulado por varios autores, que existen ciertos parámetros que imponen límites y que evitarían toda coacción extrema por parte del Estado.

Dicho esto, podemos mencionar que la principal barrera jurídica al obrar público son los principios emanados de la Constitución Nacional. Entre ellos, nos encontramos con la siguiente variedad de principios:

II.3.1 Principio de igualdad

La igualdad proviene del latín *aequalitas* que sienta su significado en lo igual, lo justo, lo llano, etc. Toma relevancia de acuerdo a lo estipulado por el artículo 16 C.N y hace énfasis en las mismas condiciones, derechos y garantías establecidas en disposiciones reglamentarias; tanto para unos como para otros.

Por cierto, y de conformidad con la Ley Suprema, también, éste toma injerencia en los tratados internacionales de jerarquía constitucional (Declaración Universal de Derechos Humanos (D.U.D.H.), Pacto de San José de Costa Rica (C.A.D.H.), Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (C.I.D.H.), por mencionar algunos. La equiparación de derechos omite acciones segregativas o discriminatorias y un tanto abusivas o excesivas, ya que, al proporcionar un trato igualitario, generamos un espacio de balance armonioso en la vida cotidiana.

II.3.2 Principio de legalidad

Lo legal deriva del latín *legalis* y la legalidad se origina del propio léxico *legis* o *lex* con el sufijo *-dad*, que se traduce en estar de acuerdo o conforme con lo receptado por ley.

Uno de los límites centrales, como lo es el principio de legalidad, denota la necesidad de que la imposición de la actividad reguladora del Estado se afiance con el criterio legal-formal. Consecuentemente, el Poder de Policía será empleado por medio de leyes dotadas de entera formalidad, concretadas por el Poder Legislativo.

Por ende, es clave para la limitación de un derecho constitucionalmente reconocido; pues “*no hay limitación sin ley*”²⁰. Lo que quiere decir que debe sujetarse o encontrar su argumento en una norma preexistente. De lo contrario, no prosperará la decisión de coartar por considerarse violatoria del orden público y arbitraria, abusiva o fuera de lo legal.

Este elemento de cercenamiento resulta de una interpretación conjunta de los artículos 14 y 19 C.N. El primero de ellos, hace hincapié sobre la existencia previa de una ley que reglamente el ejercicio de un derecho; mientras que el segundo artículo dispone que todo ciudadano se verá sometido o afectado a lo que la norma disponga, de hecho, no estará en obligación de afianzarse a lo que ésta no ordene o no prohíba.

II.3.3 Principio de intimidad / privacidad / confidencialidad

Etimológicamente, lo íntimo deviene del latín *inti* sumado al vocablo *mus*. La intimidad es considerada como una cualidad de introducirse en el afecto de una persona. Lo privado sienta sus bases en el vocablo latín *privatus* y la privacidad se conecta con la cualidad de lo que uno es que es propia. Por otra parte, lo confidencial nace del *fidere*, lo cual significa la confianza entre dos o más personas.

Todo lo expuesto precedentemente, se encierra en una aspiración: el derecho de estar a solas y la esfera individual protectora contra ataques externos, por parte del Estado o de sus autoridades.

Estos tres conceptos (intimidad, privacidad y confidencialidad), se acentúan expresamente en los artículos 18 y 19 C.N, conforme a lo pronunciado por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Tengamos en cuenta que el derecho a la intimidad parte de una esfera privada que posee cada habitante de la Nación en donde el Estado no podrá inmiscuirse, siempre y cuando el comportamiento individual no viole, altere, afecte o dañe ni la moral pública ni el orden público, ni tampoco los derechos de terceros.

Asimismo, los papeles y el domicilio serán tutelados bajo la garantía de la libertad o intimidad personal. Lo que lo vincula con la confidencialidad que sienta sus bases sobre el significado del resguardo de la información sobre objetos, archivos o posesiones personales.

²⁰ Dromi, Roberto (2006). “*Derecho Administrativo*”. Buenos Aires- Madrid- México, Ed. Ciudad Argentina, pág. 934 en referencia a CN. Crim.Corr, Sala 10, 11/3/90.

Por otro lado, la privacidad genera un rechazo hacia la exposición pública desmedida e indebida. En los autos “*Indalia Ponzetti de Balbín C/ Editorial Atlántida S.A S/ daños y perjuicios*” (1984), se estipuló que el derecho a la privacidad comparte conexión directa con la burbuja personal, que no sólo abarca el hogar, sino también la integridad espiritual-corporal y la posición en sociedad o el reconocimiento público.

II.3.4 Principio de razonabilidad y principio de proporcionalidad

Vale aclarar que los principios que desarrollaremos seguidamente serán analizados de forma más profunda debido a la implicancia en el presente trabajo de investigación.

Cuando el Estado participa activamente en virtud de su potestad extraordinaria, debe hacerlo de modo coherente y justo, evitando abusivas imposiciones que no encuentren su justificación en un suceso, que vaya en concordancia con el requerimiento social constante o que su poder exceda la órbita ideal. Con esto queremos decir que, sus propósitos deben empaparse de razonabilidad en su estado más puro.

Por tanto, en lo que concierne al principio de razonabilidad, se debe aclarar que hunde sus raíces en el artículo 28 de la Constitución Nacional. Ahora bien, ¿a qué hacemos referencia cuando hablamos del principio de razonabilidad? O mejor aún, ¿qué constituye lo razonable?

La palabra razonable nace del vocablo latín *rationabilis* que se traduce en lo justo, arreglado o conforme a razón. Lo tildado como razonable es, a nuestro juicio, lo emparejado al sentido de lo justo, lo proporcional, lo aceptable, la línea o el camino a seguir, lo ideal, lo que se encuentra dentro de los parámetros de normalidad o cotidianidad, lo correcto o adecuado, la medida, lo propicio, lo lógico, lo prudente, etc.

Por ende, la razón o lo razonable está estrechamente vinculado al principio bajo análisis, pues el principio de razonabilidad conforma una frontera de complejo acceso que obliga al Estado a encerrarse en el valor racional sin que pueda cruzar esa barrera.

De conformidad con lo expuesto, el autor Fernando García Pullés aclara que el principio de razonabilidad es aquél que “*constituye un límite al ejercicio del Poder de Policía atento a que el mismo no puede ser ejercido por ninguna autoridad en forma*

arbitraria/ irrazonable...”²¹. Aquí observamos, que la particularidad de este precepto es el intento por desviar cualquier actitud estatal por fuera de lo legítimo.

Lo expuesto, se puede ligar con la raigambre que mantiene con otros principios generales del derecho como ser: la igualdad (a la cual ya hemos hecho alusión oportunamente), la protección del contenido sustancial de los derechos, la interdicción de la arbitrariedad y el principio de proporcionalidad; tal y como lo marca el Dr. J.C. Cassagne.

Para ajustarse al principio de igualdad, se debe prestar total atención al control y seguridad en los derechos, en sus aspiraciones o fines concretamente delineados y reglamentados por el artículo 28 C.N. De aquí, la importancia del contenido sustancial de los derechos debido a la prohibición de alterarlos, que aparta todo tipo de ataque o vaciamiento de aquello que los mismos promulgan y defienden.

En lo que hace al impedimento en razón de la arbitrariedad, entendemos que la voluntad dada por una autoridad con un rango jerárquico de alto grado que se encuentre inmersa en un acto jurídico, una ley, una ordenanza, etc. y que además carezca de soporte jurídico alguno; será receptado como injusto, caprichoso, ambicioso, opresivo, despótico y prepotente.

Ahora bien, cabe preguntarnos, ¿hacia a donde apunta el principio de proporcionalidad? ¿es lo mismo que el principio de razonabilidad? La proporción es derivada del latín *proportio* o *proportionis* y la proporcionalidad es entendida etimológicamente como la “*conformidad o proporción de unas partes con el todo o de cosas relacionadas entre sí*”.²²

Aclarado esto, el principio de proporcionalidad se encuentra ligado a un sistema de balances, en donde se contraponen los costos y beneficios. En otros términos, se practica una suerte de pesaje entre lo que es adecuado o conveniente y, lo que, por lo contrario, no lo es.

Así, se evalúa, a través del juicio de proporcionalidad (parte esencial del test de razonabilidad que será tratado y profundizado en el siguiente capítulo), si el medio es

²¹ García Pullés, Fernando (2015). “*Lecciones de Derecho Administrativo*”. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, pág. 584.

²² Link de acceso: <https://dle.rae.es/proporcionalidad> Visitado el día 19 de junio del año 2021.

justo, correcto o indicado para llegar a ese fin o meta. Por lo expresado, existe una gran conexión entre el principio de razonabilidad y el principio de proporcionalidad.

No obstante, Juan Romero Cianciardo, aplica la distinción de ambos, vinculando la razonabilidad con la selección de recursos o medios justos para llegar a buen puerto, es decir, a la meta propuesta. En contraste, hay quienes creen firmemente que la proporcionalidad estudia y evalúa una serie de ventajas y desventajas que darán como resultado la opción más provechosa.

Por ejemplo, Ezequiel Cassagne encuentra en Pedro Coviello la razón que gira en torno a la apreciación del principio de proporcionalidad como un criterio, un modelo, una guía, un patrón o pauta a seguir para llegar a la razonabilidad del asunto. No obstante, indica que, al manifestarse las condiciones proporcionales, no siempre significa que haya razonabilidad de por medio.

Sin embargo, el ilustre jurista, J.C. Cassagne vierte su saber al momento de caracterizarlo como un “*metaprincipio general del derecho*”²³. ¿Por qué lo llama de esta forma? ¿Qué es lo que contempla? El metaprincipio es aquél que incorpora varios extractos de otros principios. En otros términos, mientras que el principio a secas se avoca a la estructura, mantenimiento y aplicación de un área específica tal como la legalidad, la igualdad, la privacidad, la buena fe, la separación de poderes, la publicidad, el interés general y demás aspectos; el metaprincipio toma en consideración y alberga más de un principio, consolidando así su máxima integridad. Por lo que, ofrece como resultado el hecho de que principio de proporcionalidad se entiende está subsumido en el área perteneciente al principio de razonabilidad.

Por otro lado, Juan Francisco Linares consagra a la razonabilidad como “*la adecuación de sentido en que se deben encontrar todos los elementos de la acción para crear derecho: los motivos (circunstancias del caso), los fines, el sentido común jurídico (el plexo de valores que lo integran) y los medios (aptos para conseguir los fines propuestos)*.”²⁴ Los recursos deben ser escogidos cautelosamente para dar expresa satisfacción del objetivo perseguido. De allí, se desprende la inversión de la carga de la prueba; que tanto ha sido nombrada paradójicamente por J.C. Cassagne, en virtud de un

²³Link de acceso: [http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/425-El principio de razonabilidad y la interdiccion de arbitrariedad por Juan Carlos Cassagne.pdf](http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/425-El_principio_de_razonabilidad_y_la_interdiccion_de_arbitrariedad_por_Juan_Carlos_Cassagne.pdf)
Visitado el día 25 de marzo del 2021.

²⁴ García Pullés, Fernando (2015) en “*Lecciones de Derecho Administrativo*”. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, pág. 554.

equilibrio concentrado en la fórmula o ecuación de a menor cuantía de legalidad, mayor es la incidencia del presupuesto de lo razonable. Añadimos lo que el autor propone como especie de conducta antirrational: el desequilibrio que atañe al motivo y a los fines propios del Poder de Policía.

Notemos que, el apego de lo desmesurado a la punición de la actividad estatal, abre camino a lo abusivo e impropio. Todo exceso tiene su peligrosidad, aunque todo sería más fácil si hallamos el modo de no caer ni en vicios ni en ausencias, como lo reza el pensamiento aristotélico; resaltando que lo que debe prevalecer es el justo medio.

Ahondando, en la acordada N° 17/2019 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) con fecha del día 19 de junio del año 2019, se reflejaba lo discutido en fallos 333:1674, en cuanto al derecho a la privacidad en relación a las comunicaciones telefónicas. Aquí, se impuso el objetivo centrado en eliminar todo tipo de intromisión del Estado, trayendo a colación la idea prevista en fallos 332:111 en referencia a la proporcionalidad y a las circunstancias razonables de los fines impuestos.

Lo sustancial de esta resolución emanada por el Máximo Tribunal, es la enumeración de principios rectores relevantes (de los cuales resaltaremos aquellos que estén en concordancia con el Poder de Policía) al momento de identificar si el poder del Estado implicaría actividades indebidas que podrían perjudicar a los habitantes de la Nación. En este punto, hay que considerar el afianzamiento de justicia en lo que identificamos como meta o alcance. Por ejemplo, en la materia de interceptación es necesario optimizar la instrumentalidad de la medida en aras de descubrir el delito involucrado.

Luego, se deberá desarrollar el exámen relativo a la excepcionalidad y a la proporcionalidad, que recalcan la orden expresa que hace a la utilidad del medio empleado y al carácter insólito o anormal que amerita la puesta en práctica. Es menester decir que, no debemos perder de vista la correcta argumentación o fundamentación totalmente individualizada al caso en concreto y la temporalidad o provisionalidad del recurso en cuestión por un plazo estipulado; que podrá ser extendido o renovado únicamente cuando halla razones del propio hecho que justifiquen tal decisión.

A raíz de lo anteriormente explicado, en el **VIII Congreso Internacional de abogacía pública, local y federal: “El derecho público ante la emergencia y la nueva normalidad”**; -celebrado en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en octubre del año

2020-, J.C. Cassagne sostuvo que el principio de proporcionalidad ha sido categorizado por la Corte como una concepción moderna del principio de razonabilidad.

Para profundizar, a continuación, haremos un breve abordaje constitucional acerca del principio descripto *ut supra*.

Advertimos precedentemente, que el principio de razonabilidad emerge indirectamente del artículo 28 C.N, el cual consagra la inalterabilidad de los derechos allí plasmados; atendiendo a la inclusión de las garantías y derechos constitucionales que se instauren con posterioridad tras la soberanía popular y nuestra forma de gobierno, a la luz del artículo 33 C.N.

Asimismo, en el Preámbulo nos encontramos con el vocablo razón, el cual hace énfasis en un valor religioso o moral que alude a Dios como fuente primaria del orden, del derecho, del raciocinio, pureza y justicia. Similar circunstancia ocurre en el artículo 99 inc. 3, que se enfoca hacia la justificación del actuar del órgano ejecutivo en aras de dictaminar los Decretos de Necesidad y Urgencia con sus respectivas condiciones. En el inc. 18 del mismo artículo se dispone la propuesta de un argumento notorio y real relacionado con el servicio público, cuando se interpongan recesos o ausencias del Ejecutivo.

Con el fin de intensificar su concordancia y amparo con la Ley Fundamental, se requiere de un acercamiento interpretativo-armónico o conexión vital de los artículos 16, 17, 28, 33, 76, 99 inc. 1, 2, 3 y 18 C.N. y su Preámbulo.

Para concluir, diremos que nos hemos dedicado a especificar y determinar cuáles son las particularidades de cada uno de los principios vertidos por nuestra Ley Suprema, entendidos como parámetros de suma relevancia al momento del impulso de la actividad estatal. Dentro de este contexto, observamos la estrecha relación entre el derecho constitucional y el derecho administrativo. Ello, resulta de la injerencia de la supremacía constitucional y su conexión indudable con los principios o directrices, que actúan como colaboradores respecto del control de la constitucionalidad de las normas jurídicas.

Capítulo III: El test tripartito en la crisis sanitaria

SUMARIO:

III.1 El control de razonabilidad y el test tripartito. III.2 Emergencia, urgencia, necesidad y DNU. III.3 Medidas sanitarias fijadas por el Estado Nacional. III.3.1 Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio (ASPO). III.3.2 Distanciamiento Social, Preventivo y Obligatorio (DISPO). III.3.3 Cuarentena estricta vs. Cuarentena flexible. III.3.4. Medidas generales de prevención.

III.1 El control de razonabilidad y el test tripartito

Es oportuno en esta instancia analizar el control de razonabilidad y los aspectos que comprende.

A tal efecto, y en aras de arribar a una amplia comprensión y vinculación cercana con lo que hemos presentado en el capítulo anterior, debemos considerar que el control de la razonabilidad parte del cumplimiento del principio de razonabilidad, contenido en el artículo 28 de Nuestra Carta Magna. En cuanto al primero, se destaca que es aquel que *“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”*.²⁵

Mientras que, cuando se habla de razonabilidad, podemos optar por varios caminos o direcciones hacia aspectos distintos. Dicho esto, es menester categorizarla a través de determinadas tipologías que han sido propuestas durante la trayectoria doctrinaria del Derecho Administrativo.

Tal es así que, Humberto Quiroga Lavié junto con el Dr. Juan Francisco Linares, manifiestan que el subprincipio de razonabilidad es congruente con el debido proceso legal sustantivo. Cabe preguntarnos entonces ¿qué significado adopta este último? Pues, se sostiene que su procedencia radica en Estados Unidos y su concepto reúne las pautas necesarias para alcanzar el ideal de justicia; recurriendo a la influencia de la legalidad, la igualdad y la proporción entre medio y fin.

Otro punto digno de referenciar es la categorización o clasificación de los tipos de razonabilidad existentes, así es que, Juan Francisco Linares dispuso tres de ellos a saber: 1) la técnica, 2) la axiológica y 3) la normativa o también reconocida como jurídica, que seguidamente y de forma breve explicaremos:

- 1) **Razonabilidad técnica:** resalta la importancia de los recursos o medios empleados para el cumplimiento del objetivo en mira, adoptando la razonabilidad o adecuación como su carácter principal.

²⁵ Cabral, Pablo O. (2020). Aplicación del estándar de la razonabilidad en las decisiones administrativas adoptadas por el Gobierno nacional ante la pandemia del Covid-19. *Derecho Administrativo. Revista de doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica. Edición especial Covid-19. Tema seleccionado: Impacto del Covid-19 en el Derecho Administrativo*, 130 (88).

- 2) **Razonabilidad axiológica:** refleja la intensa búsqueda del fundamento del elemento valor individualizado, que culmina en el sentido de justicia como el valor que une la totalidad.
- 3) **Razonabilidad normativa o jurídica:** hace expresa alusión a la verdad o justicia como parámetro central de esta clase.

Cabe destacar que una vez más, Quiroga Lavié inspirado en Linares, recepta la taxonomía y la reduce a dos aspectos: la interna y la externa. La primera de ellas, es objetada a través de las decisiones del legislador que deberán velar por la meta a alcanzar, frente a un caso en particular. Por tanto, lo que allí impera es la necesaria proporción entre los recursos utilizados para la satisfacción del concreto fin.

Esto denota que, *“la razonabilidad interna se caracteriza por su estado técnico ya que los medios elegidos por el legislador deber ser adecuados o proporcionados a los fines que él manifiesta conseguir”*²⁶. Lo expuesto da fe de la inferencia y de la subsunción del principio de proporcionalidad dentro del principio de razonabilidad; sumado al alejamiento de la razonabilidad normativa.

No obstante, ello no sucede cuando nos referimos al sentido externo del concepto estudiado, ya que permite el contacto con los valores e ideales jurídicos de notable importancia en el ámbito constitucional. Si una ley los transgrede, será catalogada como irrazonable.

Veamos un ejemplo: ante el contexto de pandemia y la disposición del Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio; la ejecución del derecho a manifestarse libremente concedido por la Constitución Nacional en su artículo 14, que fue defendido por un sector de la sociedad argentina, podría resultar razonable. ¿Porqué? Sencillamente nuestro Estado Democrático abre las puertas hacia la libertad y la participación ciudadana, persiguiendo el bienestar general con base a las mandas sociales. Si bien se refleja lo razonable, se podría considerar que no sigue el carácter adecuado de lo justo debido al escenario de crisis sanitaria y la restricción emanada directamente del Poder Ejecutivo.

²⁶ Link de acceso: <http://www.saij.gob.ar/veronica-paola-soriano-zothner-razonabilidad-accionar-estatal-modelos-control-constitucionalidad-sistema-juridico-argentino-derecho-comparado-dacf180228-2018-10-24/123456789-0abc-defg8220-81fcanirtcod?&o=7&f=Total%7CTipo%20de%20Documento/Doctrina%7CFecha%7CTema/Derecho%20administrativo/procedimiento%20administrativo%7COrganismo%7CAutor%7CEstado%20de%20Vigencia%7CJurisdicci%F3n%7CTribunal%7CPublicaci%F3n&t=263> Visitado el día 13 de junio del 2021.

Desde otro ángulo, es menester conocer cómo podemos ejecutar el control de constitucionalidad sobre las leyes, decretos, reglamentaciones y distintos instrumentos legales que establecen órdenes particularizadas. Vinculado a lo anterior, el mecanismo que mejor se ajusta al momento de dilucidar si la norma es debidamente razonable es el test tripartito que contempla tres aspectos, juicios o subprincipios: la necesidad, la adecuación y la proporcionalidad propiamente dicha o denominada también como *stricto sensu* (que actúa como un sistema de balance entre los medios y fines).

Para mayor comprensión, debemos arribar al significado de necesidad y adecuación. En lo que hace a la proporcionalidad nos remitimos a lo ya descripto, explicado y desarrollado en el capítulo anterior.

Es así, como llegamos a cuestionarnos qué es lo que se entiende por necesidad y qué resulta necesario. Podemos definir a la necesidad como aquella exploración de lo indispensable, útil, válido y pertinente para satisfacer nuestra carencia particular. En derecho, la necesidad suele apuntar a escoger lo menos gravoso frente a una circunstancia determinada. Cuando aplicamos este concepto y lo colocamos en la posición de subprincipio o juicio del test tripartito, se logra contemplar “... *la norma reglamentaria que sea menos restrictiva de los derechos en juego entre todas aquellas alternativas que tengan un grado de eficacia al menos idéntico*”²⁷. En otros términos, se intenta seleccionar desde un gran caudal normativo, la opción que sea más conveniente y favorable en razón a los fines. La necesidad se encierra, entonces, en la intensiva búsqueda de la alternativa que mejor se amolde a lo que se necesita satisfacer.

Trasladándonos hacia la acepción de adecuación, decimos que podemos asociarla con el sentido de idoneidad como punto clave utilizado a la hora de perseguir un cierto motivo. En otras palabras, lo que aquí cobra relevancia es establecer la correcta adecuación del medio que hemos elegido para dar efectivo seguimiento a lo que nos hemos propuesto, de conformidad con los intereses públicos. Dentro de la gama de medidas que se le presentan al legislador, deberá optar por la más idónea o congruente desde el punto de vista fáctico de la realidad jurídica.

²⁷ Link de acceso:

https://ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle/11336/35550/CONICET_Digital_Nro.7fdeaa36-bc97-4aa7-8a01-8d285c673a24_A.pdf?sequence=2&isAllowed=y

Visitado el día 17 de julio del año 2021.

Con ánimo de reflejar cómo juega la aplicación de dichos parámetros que hacen al reconocido test de razonabilidad, mencionaremos el pronunciamiento de la Corte Suprema en autos “**Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza – Riachuelo)**” del año 2008 y el caso “**Avico, Oscar A. C/ De La Pesa, Saúl**” del año 1934.

El fallo “**Mendoza**” recepta la temática del derecho ambiental, ligado al daño ambiental producido por la contaminación y los tóxicos que se descubrieron en el Río Matanza- Riachuelo. Allí, se interpone una demanda colectiva contra el Estado Nacional, el Estado Provincial, el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y más de 40 empresas que arrojaban desechos peligrosos y emitían gases contaminantes; dada por los perjudicados, por derecho propio y en representación de sus hijos menores de edad.

Debido a las graves consecuencias sufridas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación le asignó a la Autoridad de la Cuenca, una serie de objetivos eficaces o adecuados para cumplir con el fin último: lograr un espacio libre de tóxicos y evitar que se presenten daños a futuro.

Aquí observamos como se construye el subprincipio de necesidad debido a que las medidas que ordenan adoptar²⁸, son las contempladas como menos restrictivas o gravosas. A su vez, el juicio de adecuación pone de relieve la idoneidad de las mismas. Por último, la proporcionalidad inserta el sistema de balance o pesaje entre el medio (es decir, las medidas ambientales) y el fin que parte de la preservación del equilibrio de la biodiversidad, la conservación del ambiente sano y equilibrado y demás cuestiones fijadas bajo el manto constitucional.

Volviendo hacia atrás en el tiempo, el fallo “**Avico**”, parte de la celebración de un contrato de mutuo en donde se pacta una garantía hipotecaria con tasa de interés del 9%. Durante la vigencia del acuerdo, se dicta la ley 11.741 que establece una moratoria de 3 años en el pago y una reducción del 6% en la tasa de interés.

Oscar Avico pretendía abonar la tasa del 6% y no el 9% que había sido convenido anteriormente al dictado de la norma. A partir de ello, se desata la disputa interponiéndose

²⁸ Por ejemplo: el saneo de los basurales, la limpieza de los márgenes del río, la expansión de la red potable, la higiene cloacal y demás.

recurso extraordinario y el Máximo Tribunal se pronuncia al respecto; incorporando en su dictamen los subjuicios de necesidad, adecuación y proporcionalidad.

Específicamente, en el considerando 12° se puede extraer la relevancia que sugiere la tarea de enmarcar la ley de manera tal que no altere, vulnere, viole o transgreda los derechos y los principios rectores jurídicos (poniendo en praxis el subprincipio de necesidad). Además, debemos controlar que las herramientas escogidas sean suficientes para llegar a nuestro propósito o destino (utilizando el subprincipio de adecuación o idoneidad). En última instancia, debemos tener presente que el juicio de proporcionalidad, nos permitirá analizar que los recursos de los cuales nos hemos servido, brinden una respuesta real y concreta dirigida hacia la satisfacción de aquello que perseguimos.

En lo particular de la sentencia, se proclama el justificativo que deriva en el acogimiento de la ley, tomando como base la crisis económica de la época y el carácter de gravedad que la rodea. Esta afirmación que dictamina la Corte, nos permite comprender que la cuestión primordial era proteger un objetivo puntual; empleando los medios de moratoria y reducción en la tasa de interés a través de la nueva normativa (recursos que son vistos como debidamente ajustados, admisibles, justos, razonables y proporcionados).

III.2 Emergencia, necesidad, urgencia y DNU

Hemos llegado a la instancia en donde conviene reparar en el concepto de emergencia (el cual deviene del latín *emergens*), que gira en torno a la esfera de la salud pública. Para ello, recurriremos a la acepción que nos ofrece el Diccionario de la Real Academia Española, a saber: “*situación de peligro o desastre que requiere una acción inmediata*”²⁹. Ligado a lo anterior, es menester mencionar los dos sentidos que añade el Dr. J.C Cassagne.

El primero de ellos, versa sobre los recursos tendientes a la imposición de ciertas restricciones, basándose en el poder de coartar derechos fundamentales en pos del interés social. Según el autor, interesa la participación y ejecución de la Ley de Solidaridad Social y Reactivación Productiva N° 27.541³⁰. El segundo direccionamiento, indica la adhesión

²⁹ Link de acceso: <https://dle.rae.es/emergencia> Visitado el día 20 de agosto del año 2021.

³⁰ Sancionada el día 21 de diciembre del año 2019.

de la idea de emergencia con los métodos o instrumentos concretos que se adoptan en circunstancias de excepcionalidad.

Por otra parte, nuestra Corte Suprema en fallos: 313:1638³¹, reconoce la existencia de una compleja situación que hace eco en el escenario en donde confluyen el riesgo, el peligro y la gravosidad que atentan en contra de la sociedad toda. Sobre este criterio descansa la capacidad que posee el Estado de aplicar, eventualmente, aquellos *“remedios extraordinarios destinados a asegurar la autodefensa de la comunidad y el restablecimiento de la normalidad social...”*³²

De lo anterior, se desprende un acercamiento dirigido hacia la definición pura de la emergencia. En este sentido, ubicamos a la emergencia dentro de un círculo inundado de controversias, de perturbaciones y de cuestiones alejadas de lo común, que pueden llegar a impactar negativamente sobre el conjunto societario. Como morigeración del conflicto que se presenta de manera repentina, se torna indispensable adoptar una respuesta que estimule o trabaje un límite o una posibilidad de freno, con el objetivo de cercenar el ritmo de los efectos que se puedan generar.

Si vemos lo expuesto en formato de conjunto, podremos vincular a la emergencia con el estado de necesidad. ¿Por qué deberíamos conectarlos? Es claro que, ante un nuevo contexto originado por un supuesto perjudicial para el bienestar general, sea por motivos políticos, económicos, culturales, sanitarios y demás; requerimos de una solución de manera rápida que englobe efectividad. Entonces, el mecanismo a adoptar para paliar el asunto problemático se debe ajustar a nuestra necesidad. Para reforzar alguna arista en particular tal como la seguridad, por ejemplo; el Estado tiene que dictar las medidas tendientes a cumplir con la motivación principal, empleando los recursos que estén a su alcance. Ahora bien, el significado del estado de necesidad se enfoca en conseguir un método de acción que sea concordante con las disposiciones y principios rectores del derecho, lo que invita a reflexionar cuál es la alternativa que fomentará la respuesta inmediata a la cuestión planteada.

Con arreglo al párrafo precedente, se interpone la construcción del significado del estado de emergencia al que el Dr. J.C. Cassagne referencia como el entorno en donde fluye el peligro o riesgo y la necesidad junto con la regulación que brindan los poderes

³¹ Fallos: 313:1638 *“Videla Cuello, Marcelo sucesión de C/ La Rioja, Prov. S/ daños y perjuicios”* (1990)

³² Alferillo, Pascual E. (2020). *“La crisis del coronavirus y el derecho argentino”*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 1° ed. IJ Editores, pág. 46.

que actúan de forma excepcional ante cuestiones que excedan la normalidad clásica; tras el aval de todo el ordenamiento jurídico que hace posible el ejercicio de un poder dinámico y justificado, bajo la temporalidad en su actuar y las limitaciones que lo alcanzan. En paralelo, el Dr. Pablo Luis Manili manifiesta que: “*Cuando hablamos de poderes de emergencia o poderes para combatir una situación de emergencia, estamos refiriéndonos a algo excepcional y no a una normalidad, es decir, a una intensificación de las atribuciones cotidianas de los poderes públicos*”³³.

Continuando con el tema, la Corte ratificó en infinitas oportunidades lo que comprende la declaración del estado de emergencia, expresando que legislador llevará a cabo las diligencias necesarias que se correspondan con los planteos anómalos de la propia realidad jurídica y, para darle fiel cumplimiento a este deber, se centrará en las herramientas que atenúen las consecuencias visibles, de conformidad con los principios de razonabilidad, proporcionalidad e igualdad.

Desde otro punto de vista, nos encontramos con la urgencia, que proviene del latín *urgentia* y sienta su significado en la “*inmediata obligación de cumplir una ley o un precepto*”³⁴, así es que la urgencia vista de este modo, implica la total atención empleada por el Estado en aras de atender ciertas circunstancias excepcionales.

En el marco de la urgencia, es sustancial remarcar la potestad de actuación del Poder Ejecutivo, quién conforme al art. 99 inc. 3 CN³⁵ posee la atribución de emanar Decretos de Necesidad y Urgencia con algunas limitaciones que se deberán tener presentes – las cuales fueron señaladas en el capítulo II, por tanto, nos remitimos al mismo –

³³ Link de acceso: <file:///C:/Users/caram/Downloads/CF160347F1.PDF> Visitado el día 20 de agosto del año 2021.

³⁴ Link de acceso: <https://dle.rae.es/urgencia> Visitado el día 25 de agosto del año 2021.

³⁵ A raíz de ello, Cassagne J.C., explicó lo siguiente sobre el derecho comparado y la conexión con las facultades del P.E., sumado a los Decretos-leyes: “*En el modelo estadounidense, se observó la adhesión dirigida hacia la delegación de facultades legislativas al Poder Ejecutivo. Por otro lado, en Francia, en virtud de la Segunda Guerra Mundial, se comenzó a reglamentar a través de los decretos- leyes debido a la circunstancia de emergencia*”. Link de acceso: https://www.youtube.com/watch?v=xhx_FKbo92c&ab_channel=UniversidadAbiertaInteramericana Visitado el día 7 de septiembre del año 2021.

Para una mejor ilustración del tema, se agregan dos gráficos que permitirán resaltar las características y cualidades de los conceptos “Estado de Emergencia” y “Urgencia”.

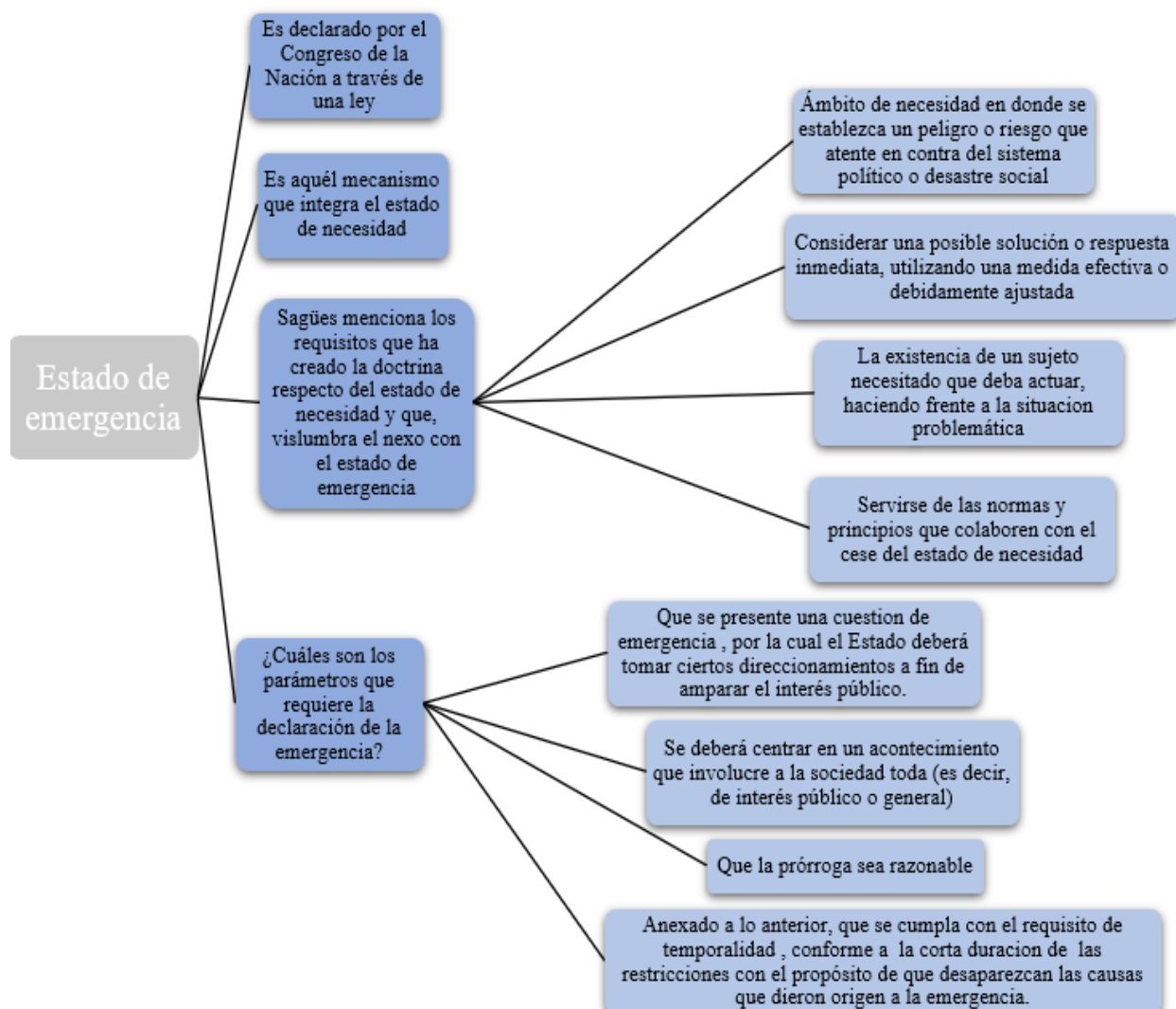


Gráfico I: Estado de Emergencia. Fuentes: Hernández, Antonio María (2003) “Las emergencias y el orden constitucional” México. Ed. Rubinzal Culzoni Editores. 2º edición. Pág. 5. Alferillo, Pascual E. (2020). “La crisis del coronavirus y el derecho argentino”. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 1º ed. IJ Editores, págs. 13,14, 49 y 50.

Gráfico de elaboración propia. -

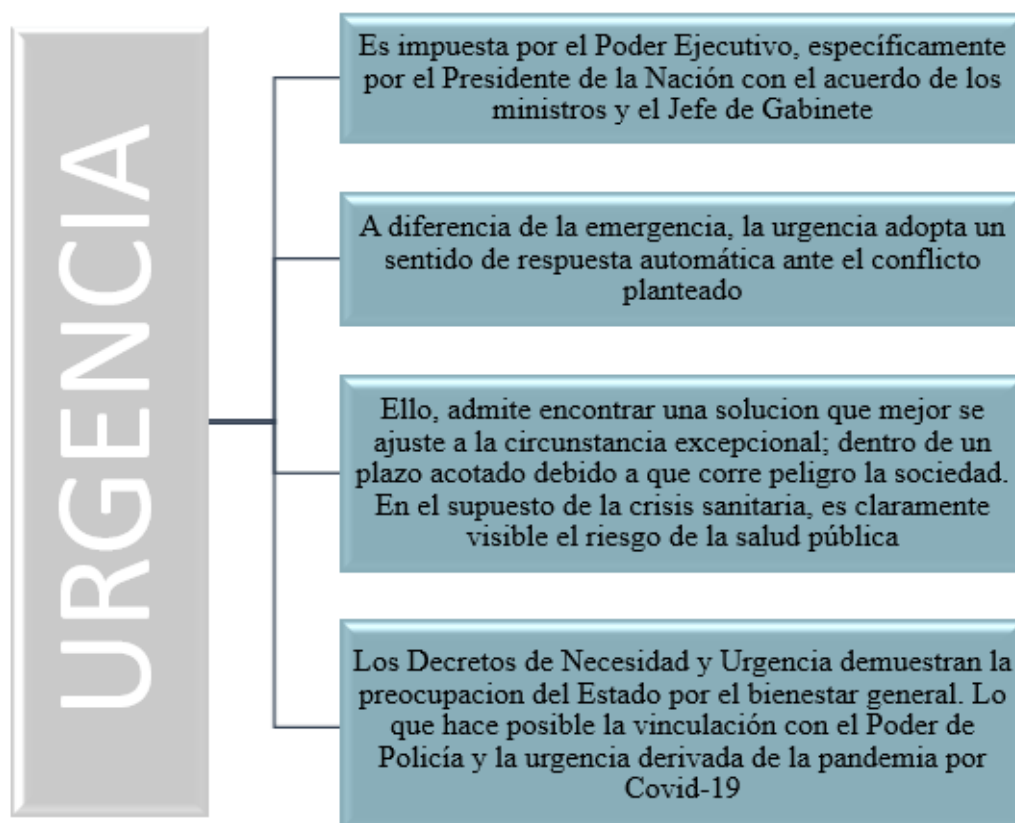


Gráfico II: Urgencia. Fuentes: Alferillo, Pascual E. (2020). *“La crisis del coronavirus y el derecho argentino”*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 1º ed. IJ Editores, Pág. 14.

Gráfico de elaboración propia. -

Resulta oportuno en éste estadio, analizar como juega la urgencia y la necesidad respecto de los actos administrativos- DNU- dictados por el Poder Ejecutivo en plena crisis sanitaria y cuáles han sido las medidas concretas que ha fijado el Estado Nacional ante el escenario excepcional.

Como punto de partida y en relación a lo que hemos proyectado a lo largo del capítulo, es menester situarnos en la época de pandemia que nos involucra como sujetos activos de la sociedad argentina. Y, desde allí, poder analizar la intromisión del Estado, partiendo del conocimiento de la figura o instituto denominado Poder de Policía que presta el aval pertinente, dirigido hacia la participación de un Estado más activo y comprometido con el bienestar general.

En esa misma línea, sería pertinente afianzar los términos de urgencia y necesidad; tomando como cimiento los Decretos de Necesidad y Urgencia y sus debidas prórrogas. A tal efecto, podremos identificar cuál es la finalidad y sus alcances o límites de las disposiciones adoptadas. En virtud de lo plasmado en el primer DNU N° 260/2020 con fecha 12 de marzo del año 2020 ³⁶; se observa la preocupación del Estado al momento de conceder una respuesta a la necesidad de preservar la salud.

Las variaciones del estado pandémico aportan mayor inestabilidad en el manejo de la sociedad, puesto que, no existen certezas o precedentes de casos análogos que puedan ser encerrados en la categoría de disparadores útiles que den tratamiento a la circunstancia anormal. Por esa razón, se logra delinear la urgencia en la toma de decisiones menos lesivas a los derechos refrendados por la Ley Suprema, por un lado y, por el otro, la oportunidad de alcanzar la efectividad a través de los medios idóneos empleados.

III.3 Medidas sanitarias fijadas por el Estado Nacional

En lo tocante a esta sección, cabe otorgar un espacio dedicado al abordaje de las imposiciones o reglamentaciones sanitarias que han sido encabezadas por el Poder Ejecutivo por medio del dictado de los Decretos de Necesidad y Urgencia.

III.3.1 Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio (ASPO)

Ante todo, es trascendental puntualizar qué se entiende por aislamiento. Al respecto, debemos decir que consiste en el resguardo coactivo de la sociedad, con la exclusión del personal calificado como esencial ³⁷; en vistas de evitar el acrecentamiento de la famosa curva de contagios, reducir el índice de mortalidad y proporcionar una mayor calidad de atención médica a los pacientes internados en sala de terapia intensiva; priorizando el anticolapso de insumos médicos tales como respiradores.

El confinamiento que las personas debían cumplir en sus residencias, logra alcanzar al total del territorio nacional, siendo imposible su transgresión. De lo contrario, se empleará la sanción correspondiente a los artículos 205 y 239 como también sus concordantes del Código Penal. Sin embargo, tras el transcurso del tiempo se logró habilitar las salidas de emergencia para abastecerse de alimentos, medicamentos u otros

³⁶ Ampliar con el análisis del DNU N° 260/2020, fijado en el Cuadro de Decretos de Necesidad y Urgencia año 2020 y 2021 del Anexo.

³⁷ Entre ellos, el personal médico, los comerciantes, farmacéuticos, trabajadores del ámbito de la seguridad o de las fuerzas armadas, bomberos, obreros, servicio doméstico, servicio de lavandería, etc.

objetos de primera necesidad. Dado a esto, resaltamos nuevamente que el principal propósito no es otro que cuidar la salud pública.

A la luz de la anterior precisión, es de suma importancia recurrir a lo receptado en los Decretos de Necesidad y Urgencia emitidos por el Poder Ejecutivo. Así, podemos concebir el criterio de adecuación con el fin último, representado por esta medida dentro del contexto propenso a la presencia de múltiples modificaciones. Lo cuál implica la decisión de la suspensión temporaria de actividades de entretenimiento o esparcimiento vinculadas a los cines, teatros, complejos deportivos, apertura de locales, entre otros contemplados a partir del DNU N° 297/2020 y subsiguientes prórrogas ³⁸.

En resumen, el justificativo del Estado radica en la conservación del buen orden, sobre el cimiento de la propagación de políticas sanitarias correlativas a la realidad desequilibrada, arrojada por la pandemia a nivel mundial. Tras la falta de conocimiento sobre las características y comportamientos del virus, sumado a la carencia de sustentos médicos, maquinarias, personal de salud y centros hospitalarios o de emergencia; se seleccionó el medio menos defectuoso y, si se quiere, más justo. ¿Por qué más justo? Porque la voluntad del Estado era transmitir tranquilidad a la población y protegerla de contagios y posibles muertes. Simplemente, se ponderó la salud por encima de otras variables en vistas a priorizar el bienestar común. Por otro, es importante aclarar que detrás de las decisiones estatales, nos encontramos con diversos consensos, discusiones y opiniones de expertos científicos y especialistas del área de medicina, que intentan explicar los extraños sucesos conectados con el coronavirus y propiciar posibles soluciones que otorguen mayores frutos positivos.

III.3.2 Distanciamiento Social, Preventivo y Obligatorio (DISPO)

La disposición del Distanciamiento Social, Preventivo y Obligatorio (DISPO) es entendida como anexa al ASPO. En términos exactos, podemos definirlo como el complemento que refuerza la preservación de la salud pública y que es aplicado en paralelo con el aislamiento, en pos de afianzar una contención social y plasmar seguridad sanitaria. La precaución de tomar distancia los unos de los otros, respetando el margen de

³⁸ Reforzar el alcance y objetivos del Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio estudiado a partir de las principales medidas de los distintos Decretos de Necesidad y Urgencia del año 2020 y 2021. Contenido a visualizar en el Cuadro de Decretos de Necesidad y Urgencia año 2020 y 2021 del Anexo.

2 metros; es considerada esencial para evitar contactos innecesarios que podrían colocar en peligro nuestra salud.

En concordancia con lo cristalizado en el texto del DNU N° 520/2020³⁹, podemos extraer las principales características que representan al Distanciamiento Social, Preventivo y Obligatorio:

- ❖ Su ámbito de aplicación reside sobre los aglomerados urbanos (en donde se reúnen transeúntes y personas que posean su asiento jurídico allí), las provincias y partidos.
- ❖ Estos sectores deberán ajustarse a las directrices que se ajusten a la organización del sistema de salud, de manera tal que se satisfagan los objetivos sanitarios por medio del empleo de insumos de alta calidad. Además, dichas zonas no deberán ser catalogadas bajo la denominación científica de transmisión comunitaria (identificada como el mecanismo que fomenta el contagio sin nexo epidemiológico alguno, sobre la calificación de tres o más casos sucesivos en conglomerados no relacionados⁴⁰)
- ❖ La suma de contagios que hace a la duplicación de casos relacionados con el virus Covid- 19 no deberá instalarse por debajo de los 15 días, en principio; atendiendo al índice de casos que pueda hacer posible el desarrollo del cálculo estadístico.
- ❖ Seguimiento de las pautas sanitarias de prevención del Covid- 19 junto con el sostenimiento de la distancia mínima de 2 metros.
- ❖ Es una medida temporaria, al igual que el Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio. Así como también, comparte los mismos caracteres de la anterior.
- ❖ Frente a su vulneración, se dispondrá la fijación de los castigos penales que emergen de los artículos 205 y 239 como sus concordantes; contenidos en el Código Penal.

III.3.3 Cuarentena estricta vs. Cuarentena flexible

En un primer momento, contemplando las mandas contenidas en los diferentes Decretos de Necesidad y Urgencia y sus respectivas prórrogas; podemos a todas luces

³⁹ Con el propósito de profundizar sobre los aspectos generales contenidos en el DNU N° 520/2020, se recomienda recurrir al Cuadro de Decretos de Necesidad y Urgencia año 2020 y 2021 del Anexo.

⁴⁰ Referencia en el siguiente link de acceso: <https://www.entrerios.gov.ar/msalud/?p=39588> Visitado el día 18 de septiembre del año 2021.

vislumbrar una tensión entre el carácter rígido y la flexibilidad que establecieron matices dignos de destacar y de estudiar.

Tan es así que, el Estado se vio dispuesto a ejercer su potestad extraordinaria al máximo para poder mitigar los efectos negativos que acarreaba la situación pandémica. Por tal razón, decidió implementar el Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio como primera disposición sanitaria considerada elemental, proporcionada y justa a los fines de preservar el derecho a la salud y el derecho a la vida. Así, se restringieron temporalmente los derechos individuales, amparados por nuestra Carta Magna en su artículo 14.⁴¹

A modo de ejemplo, señalamos la postergación del dictado de clases presenciales, el cierre por un lapso equilibrado de comercios no esenciales, de cines, teatros, eventos públicos y privados, aperturas de locales y demás. A su vez, el Ministerio de Salud desde el primer contacto del virus en nuestro país, lanzó campañas de educación sanitaria en donde se brindaban los recaudos primarios para reducir la curva de contagios y los índices de letalidad y mortalidad. Además, se reforzó la calidad de la información epidemiológica que circulaba en diversos medios de comunicación con ánimo de arribar a informes claros, cotejados, oficiales y públicos que puedan generar conciencia y compromiso social.

Dado a lo expresado y reglado por el DNU N° 260/2020, se hace hincapié en el confinamiento por el plazo de 14 días, al cual debían ajustarse o someterse aquellas personas que hayan viajado al exterior y, por ende, estén propensos a contraer la mortal patología tras el posible contacto estrecho. Más específicamente, *“en los casos categorizados como sospechosos, se dispondrá esta medida hasta confirmar que el caso haya arrojado resultados negativos. Si es positivo por Covid-19, deberá cumplir 10 días de aislamiento contados a partir de la presencia de síntomas o de su diagnóstico. Para los casos estrechos, rige el aislamiento por 14 días, aunque podrá reducir su número a 10 días, según las indicaciones médicas.”*⁴²

Tras esto, se buscaba contener la cuantía de contagios logrando gradualmente la disminución a gran escala de los mismos, junto con los fallecidos e internados. Se apostaba por el resguardo de la mayoría de la sociedad que se encontraba por fuera de la

⁴¹ Algunos de ellos recaen sobre el derecho al libre circular, el derecho a la educación, el derecho a profesar libremente una religión o culto, derecho a navegar, entre otros incluidos en el artículo 14 C.N.

⁴² Pasaje extraído del análisis del DNU N° 260/2020, correspondiente al Cuadro de Decretos de Necesidad y Urgencia año 2020 y 2021 del Anexo.

calificación que encerraba al personal prioritario para continuar con el funcionamiento, el orden y la organización del país.

Sin embargo, es factible subrayar el giro repentino que ha tomado el Poder Ejecutivo en el DNU N° 408/2020; por cuanto, atendiendo a la salud psicofísica de los aislados, se dispuso la autorización para realizar salidas breves de esparcimiento o recreación. Por supuesto que, siempre se deberán asimilar las recomendaciones sanitarias tales como uso continuo y correcto del barbijo como de alcohol en gel o lavado de manos. Dichas salidas serán por el periodo de 1 hora y dentro del radio de la jurisdicción en donde se acentúe la residencia particular. Se advierte, en este punto, un sentido que apela al criterio moral, a la sensibilidad y al contenido social que serán visualizados en las posteriores prórrogas.

Adicionalmente, es notable marcar la reglamentación del Distanciamiento Social, Preventivo y Obligatorio que se observa en el DNU N° 520/2020, puesto que, implica una postura ligada al carácter rígido. Vale decir al respecto que, si bien estarán autorizadas las salidas sanitarias breves en espacios públicos, se deberá acatar las medidas sanitarias del ASPO y el DISPO(pudiendo presentarse la posibilidad del traspaso de una hacia la otra).En términos más claros, si los resultados de las evaluaciones del estado de avance epidemiológico enlazado al índice de casos confirmados y casos estrechos; conduce a una reducción considerable de dichos parámetros, entonces regirá el DISPO sobre esa zona en particular. Pero, si se ha detectado una escala superior en relación a los datos estadísticos que arrojan diversos estudios; sería pertinente la aplicación del ASPO sobre ese territorio o región.

En último lugar, es preciso enfatizar sobre la apertura gradual y sostenida de las actividades industriales, económicas, comerciales que implicarán un tratamiento especial en torno al desarrollo de un protocolo sanitario adecuado a los supuestos que se presenten. En razón a ello, podemos decir que, por ejemplo, los empleadores tendrán que velar por el medio de transporte privado que utilizarán aquellos trabajadores que ejerzan las labores mencionadas precedentemente.

Asimismo, se comienza a instaurar la protección económica para los sectores sociales vulnerables que han sido afectados directamente por los efectos negativos de la crisis sanitaria. Por otro lado, se habilitan las reuniones sociales en espacios de amplia

circulación de aire y, posteriormente, se autoriza la realización de eventos culturales, religiosos, sociales o recreativos, con aumento en el número de participantes.

III.3.4. Medidas generales de prevención

A partir del DNU N° 235/2021, comenzaron a regir las denominadas medidas generales de prevención que tienen por objeto mitigar los efectos negativos ocasionados por la pandemia. Se las puede definir como el conjunto de recaudos sanitarios que han sido implementados desde el inicio de la emergencia sanitaria. Así, se contempla, por ejemplo, el distanciamiento, la higiene de manos, la ventilación de hogares, etc.⁴³

Su incorporación, permite que se establezca la flexibilidad en la toma de decisiones y se refuerce el compromiso social de trabajar por el fin último: priorizar la salud y el orden público.

A raíz de que hemos nombrado hasta el momento de forma sucinta, podemos integrar la rigidez y la flexibilidad que han sido incorporadas a lo largo de los dictados de los DNU junto con sus prórrogas. Como dato de color, decimos que a partir de criterios, estudios, avances o retrocesos y monitoreos geográficos permanentes; en el DNU N° 1033/2020 se ha impuesto el empleo de las condiciones y características referentes al DISPO, dejando hacia un lado el régimen del ASPO en todos los departamentos y aglomerados urbanos del país.

Por lo expuesto, se han abordado las principales características que hacen a la conformación del test tripartito de razonabilidad, aplicándolo conjuntamente con el control de aquello que resulta razonable, además del rol vital que ocupa el control de la constitucionalidad.

Logramos observar cómo éste se ejecuta en la praxis, partiendo de análisis jurisprudenciales varios. Por otro, apreciamos las medidas sanitarias concretas ordenadas por el Poder Ejecutivo (ASPO y DISPO) a través de la examinación e interpretación de los Decretos de Necesidad y Urgencia y sus respectivas prórrogas. Incluso, distinguimos las concepciones de emergencia y urgencia, además de establecer sus aspectos fundamentales. Por último, hicimos hincapié sobre las variaciones del sentido de rigidez y flexibilidad que han sido adoptadas en los textos de los DNU.

⁴³ Ampliar en: Cuadro de Decretos de Necesidad y Urgencia año 2020 y 2021 del Anexo.

Capítulo IV: Jurisprudencia y Doctrina

SUMARIO:

IV.1 Jurisprudencia. IV.2 Doctrina.

IV.1 Jurisprudencia

Con motivo del accionar estatal ante la emergencia sanitaria ocasionada por la pandemia, así declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS), se originaron diversos amparos y otros tipos de reclamos legales que tenían por objeto atenuar el grado de las restricciones, las que eran consideradas como irrazonables, desproporcionadas o excesivas.

A lo largo de su intervención, el órgano judicial fue emitiendo una serie de resoluciones y sentencias que se relacionan directa e indirectamente con la posible afectación de derechos fundamentales y revelan distintas perspectivas en torno a la emergencia sanitaria, las que merecen ser tratadas a párrafos siguientes:

Fallo “*Kingston, Patricio S/ Habeas Corpus*”

Podemos observar que la sentencia emitida por la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional en el fallo “***Kingston, Patricio S/ Habeas Corpus***” con fecha 21 de marzo del año 2020; esboza que lo prioritario era la protección directa hacia el bien jurídico tutelado: la salud. Por cuanto, recurre al texto expreso del DNU 297/2020 y alude la correcta señalización de las razones que adopta el Poder Ejecutivo; como la ausencia de vacunas o medicamentos que tengan por fin el control y reducción de la propagación del virus.

En razón a la solicitud de la declaración de inconstitucionalidad del decreto, fundada en la imposición que coartaba el derecho del libre circular o de libertad ambulatoria y el derecho de reunión; la Cámara estableció que: “*para realizar el control de constitucionalidad se tiene que ponderar si la norma busca fines legítimos y si los medios utilizados para esos fines son razonables dentro de los mecanismos con los que cuenta la autoridad cuando limita derechos individuales (Arts. 14, 18, 19, 28 y 33 de la C.N.)*”⁴⁴.

De ello se desprende la clara vinculación entre el control de constitucionalidad con la búsqueda de la razonabilidad de las leyes, partiendo del análisis entre medios y fines (proporcionalidad). En paralelo, se debe conectar el seguimiento de estos parámetros en las decisiones tomadas por el Ejecutivo, dadas por el ejercicio del Instituto del Poder de

⁴⁴ Link de acceso: [file:///C:/Users/caram/Downloads/20060000%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/caram/Downloads/20060000%20(1).pdf) Visitado el día 1 de octubre del año 2021.

Policía. Incluso, debemos decir que juega un rol relevante el precepto de la ponderación; desarrollado en párrafos posteriores.

En síntesis, se decide que las medidas sanitarias han sido debidamente razonables y proporcionadas a la luz de la protección del bienestar social. Dicho esto, no se encuentra restricción severa o abusiva de los derechos puestos en tela de juicio.

Fallo “Lanzieri, Silvano C/ GCBA S/ Amparo”

Más adelante, exactamente el día 20 de abril del año 2020, en fallos “**Lanzieri, Silvano C/ GCBA S/ Amparo**”, se pretende catalogar de inconstitucional a la Resolución conjunta N° 16/MJGGC/2020 dictada por el Jefe de Gabinete y el Ministro de Salud de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; porque transgrede los artículos 14, 14 bis, 16, 17, 18, 28,29, 31, 43 y 75, inc. 22 de la C.N.

Dicha resolución expresaba la imposibilidad de la libre circulación sin autorización o permiso para aquellos adultos mayores que superaran los 70 años, debido a que se consideraban como grupo de riesgo absoluto. Sin embargo, se entendía que la situación extraordinaria, daba origen a las sucesivas imposiciones.

En el supuesto analizado se hace alusión a lo siguiente: “*Se...afirma que, sin desconocer la existencia de la emergencia sanitaria establecida que justifica el dictado de medidas excepcionales, en todo momento las medidas adoptadas deben ser razonables, proporcionadas y sujetas al escrutinio judicial; superar el test de razonabilidad y al mismo tiempo, debe evitarse cualquier discriminación en razón de edad*”⁴⁵. De esta forma, se invoca el principio de razonabilidad y consecuentemente la aplicación del principio de proporcionalidad junto con el test tripartito, para evaluar si la norma cumple con los fines concretos, siendo justa o conveniente en su determinación.

Del fallo señalamos que, la prohibición de ejercer uno de los derechos conferidos por el art. 14 C.N es comprendida bajo el carácter de irrazonable, inconstitucional e inconcebible. ¿Por qué esto último? Pues la demanda reviste cierto aspecto moral que apela al carácter de debilidad que se les ha asignado a los ancianos mayores de 70 años, que ha sido relacionado con la vulnerabilidad y el alto peligro de contagio que significan un aumento en el índice de infectados y fallecidos.

⁴⁵ Link de acceso: https://cijur.mpba.gov.ar/files/bulletins/Lanzieri_Fallo.pdf Visitado el día 1 de octubre del año 2021.

Finalmente, la sentencia del Juzgado en lo Contencioso- Administrativo y Tributario N° 14 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, hace lugar parcialmente a la medida cautelar dispuesta.

Fallo “Colegio Público de Abogados de la Capital Federal C/ En y otro S/ Amparo Ley N° 16.986”

Luego, en el caso “*Colegio Público de Abogados de la Capital Federal C/ En y otro S/ Amparo Ley N° 16.986*” con fecha 13 del mes de julio del año 2020; el Juzgado Contencioso Administrativo Federal N° 4 reveló su decisión respecto de la acción de amparo que el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal presentó en miras a la cesación de las lesiones producidas (no poder ejercer su trabajo plenamente debido a que los profesionales del derecho no eran considerados personal esencial) tras la imposición del ASPO y la prohibición del libre circular. Cabe mencionar que, la medida ejercida por el Colegio se dispuso en contra del PEN (Poder Ejecutivo Nacional) y del Gobierno local; basándose, principalmente, en el texto del DNU N° 297/2020.

Aclaremos que, en esta cuestión no entró en deliberación el carácter de razonabilidad de las disposiciones sanitarias, puesto que, se comprende la necesidad de abrigar la salubridad pública.

Como cierre diremos que, el Juzgado resolvió admitiendo de manera parcial la acción invocada por el Colegio y libra oficio al Jefe de Gobierno de la CABA, con el objeto de que otorgue especial tratamiento a la autorización solicitada por el instituto de abogados, fijando el protocolo sanitario apropiado.

Fallo “Carlos Roberto y otro c/ Consejo de Atención Integral de la Emergencia Covid-19 Provincia de Formosa s/ amparo – amparo colectivo (expediente digital)”

Un fallo importante a destacar, tuvo fecha el día 19 de noviembre del año 2020 y su sentencia fue pronunciada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Se trata del caso de “*Carlos Roberto y otro c/ Consejo de Atención Integral de la Emergencia Covid-19 Provincia de Formosa s/ amparo – amparo colectivo (expediente digital)*”, en donde el día 29 de octubre del año 2020, se presentó una medida cautelar que pretendía que la Provincia de Formosa dispusiera la autorización de ingreso de los ciudadanos allí domiciliados para dar fiel cumplimiento al Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio.

Tras esto, se advierte que, el objetivo principal de los actores era resguardarse en sus residencias y evitar todo tipo de erogación extra que pudiera ocasionar el alojamiento en hoteles. Todo ello, debido a la falta de infraestructura adecuada en los Centros de Alojamiento Preventivo para llevar adelante el aislamiento.

La Corte solicitó a la provincia el debido informe que determinara la cantidad de peticionantes y el rechazo o aceptación de los permisos, junto con el seguimiento de los fundamentos pertinentes que giran en torno a la emergencia sanitaria. Hacia el final del fallo, se visualiza que la decisión determinante expresada por los jueces del Máximo Tribunal indica que, Formosa deberá adecuar sus reglas jurídicas y principios a la manda constitucional que versa sobre el respeto a los derechos fundamentales; velando por el ingreso de sus ciudadanos. El fundamento principal de dicha resolución, lo encontramos en los considerandos 8° y 9° del fallo estudiado.

Fallo sobre la medida cautelar innovativa de la Asociación de Hoteles, Restaurantes, Confiterías y Cafés (AHRCC)

Por otro lado, en el mes de julio del año 2021, la Asociación de Hoteles, Restaurantes, Confiterías y Cafés (AHRCC) impulsó la acción de amparo en contra del Poder Ejecutivo y sus medidas, en virtud de conseguir que se materialice la declaración de inconstitucionalidad del Decreto N° 241/2021 y N° 287/2021 por vulnerar el artículo 14 de la Carta Magna, entre otros. Se sostuvo, también, que la imposición entablaba una gran contrariedad respecto del principio de razonabilidad.

La Asociación, manifestó aquello que contiene la siguiente cita a saber: “...estas medidas restrictivas constituyen un irrazonable ejercicio del Poder de Policía adoptado arbitrariamente y sin ningún análisis científico ni fundamentaciones basadas en situaciones fácticas, implicando ello una modificación disvaliosa de los derechos consagrados en las normas constitucionales...”⁴⁶ Lo aquí expresado, refleja la intervención estatal del Poder Ejecutivo como potestad extraordinaria concedida por el Poder de Policía Sanitario que conduce hacia la restricción de los derechos que son custodiados por la Constitución Nacional. En este caso, se requiere de la presencia de algún tipo de límite que abra lugar al control de constitucionalidad de las leyes; debido a

⁴⁶ Link de acceso: <https://www.errei.us/Jurisprudencia/documento/20210716122245180/accion-de-amparo-medida-cautelar-innovativa-decreto-241-2021-horario-de-cierre-de-establecimientos-comerciales-en-el-marco-de-la-pandemia-por-coronavirus> Visitado el día 10 de octubre del año 2021.

que la actora entiende que las mandas no se ajustan a los hechos de la realidad jurídica de la propia emergencia sanitaria.

El caso descripto, culmina con el dictado que atenta contra la acción invocada, rechazándola en su totalidad por considerar que se trata de una cuestión que puede colocar en situación de peligro al restante del conjunto societario, pues, se hace hincapié en el interés público de salvaguardar la salud pública. Por otro, se indica que en el reclamo no se ha dado especial atención a los requisitos de la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora.

Por último y en relación a lo explorado en capítulos anteriores, es necesario elaborar una breve remisión a uno de los precedentes jurisprudenciales más notorios, que nos demuestra la declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica a causa del sentido y alcance del principio de razonabilidad que aquí nos atañe.

Fallo “Hileret y otro C/ Provincia de Tucumán”

El supuesto fáctico al que hacemos alusión es el caso de “**Hileret y otro C/ Provincia de Tucumán**” del año 1903. Allí, se entabla una demanda en contra de la Provincia de Tucumán por entenderse que la ley que la misma había sancionado (que creaba un impuesto), excedía los límites constitucionales, provocando el quebrantamiento de los estatutos de manda constitucional (el ejercicio libre de la industria y la producción, sobre la base de lo que rezan los artículos 10, 14 y 16 de la Constitución Nacional de 1853, vigente en aquella época).

En una postura contraria, la Provincia de Tucumán mostró su conformidad con el texto legal, aduciendo su plena constitucionalidad y respeto por el derecho fundamental que la parte actora reclamaba.

En suma, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictaminó que la ley en conflicto es violatoria de lo vertido por la Ley Máxima. Ello se deriva, *prima facie*, de los artículos 14 y 28 C.N. En ese marco, se dispone la imposibilidad de alteración de los bienes jurídicos protegidos; mediante una norma particular por cuestiones de prevalencia jerárquica. Incluso, los magistrados de la Corte se preguntaron cómo las provincias pueden transgredir “...*estos principios, garantías y derechos, con leyes que reglamenten*

*su ejercicio y porqué o cómo ha de serles permitido prohibir y extinguir parcialmente que sea con leyes reglamentarias, el ejercicio de esos mismos derechos”.*⁴⁷

Con lo visto, se concluye que la adopción del criterio o estándar de la razonabilidad en las decisiones judiciales, se encierra como eje central de limitación al Poder de Policía ejercido a nivel Nacional, Provincial o Municipal. Por ende, denotamos la correlación de ello con el control de la constitucionalidad y la proporcionalidad.

IV.2 Doctrina

Corresponde ver en éste punto cuál fue la intervención de la doctrina, por ser la fuente principal del derecho que nos contacta con las construcciones teóricas vertidas por los autores y especialistas. Las mismas, se asientan principalmente sobre el principio de razonabilidad y de proporcionalidad en la crisis sanitaria; que serán abordadas seguidamente.

Si miramos a la razonabilidad como un límite o precepto legal que debe cumplirse y que resulta complementario a la normativa toda; estamos considerándolo legítimo. Esa legitimidad debe corresponderse con el sitio que ocupa en nuestra Constitución Nacional (art. 28 C.N.)

Ahora bien, con el surgimiento de la situación desesperante, impensada y extraordinaria de la pandemia; la doctrina recurrió al principio de razonabilidad para intentar captar su recepción en las medidas sanitarias acogidas por el Estado. Asimismo, se ha criticado al ente estatal por entender que había cruzado la línea de aquello que es catalogado como justo, razonable o proporcional; vulnerando el sentido de la temporalidad reflejada en la extensión de la emergencia sanitaria. Hasta incluso se sostuvo la idea de que nuestra forma de Estado (Republicana, Democrática y Federal) iba a volcarse hacia el modelo autoritario; lo que configura una posición totalmente extrema, que tiene muy poca probabilidad de acatarse en la realidad jurídica.

A fin de ampliar lo precedente, es curioso añadir las facetas que hacen a la aplicación de la razonabilidad; amalgamando distintos aspectos que intentan brindar un

⁴⁷ Link de acceso: <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-hileret-otro-provincia-tucuman-fa03000276-1903-09-05/123456789-672-0003-0ots-eupmocsollaf?> Visitado el día 10 de octubre del año 2021.

posible plano de promulgación y tratamiento debidamente ajustado a los supuestos jurídicos controvertidos.

Es por ello que, el Dr. Ricardo Haro nos ofrece la clasificación y categorización de cuatro dimensiones a saber: la cuantitativa, la cualitativa, la instrumental y la temporal, que serán descriptas sucintamente.

❖ **Razonabilidad cuantitativa:** Aquí interesa el rol que juega la ponderación en cuanto al peso o la relevancia medible entre el derecho fundamental y la disposición restrictiva o rígida que limita al mismo. Aunque, no evalúa el fin concreto que persigue la norma jurídica.

❖ **Razonabilidad cualitativa:** Encuentra su explicación en la profunda interpretación y análisis de los supuestos de la realidad jurídica- fáctica (que se remite a hechos o circunstancias firmemente delineadas) que contengan factores iguales o distintos entre sí.

❖ **Razonabilidad instrumental:** Se focaliza en la examinación del objetivo o propósito principal de la ley y las delimitaciones o condicionamientos dispuestos a las reglas jurídicas. En este punto, podemos decir que recoge lo defendido por el principio de proporcionalidad.

❖ **Razonabilidad temporal:** En esta órbita, impera la temporalidad en la toma de las decisiones y en la duración de las mismas, por un plazo razonable. Es necesario que se tenga en cuenta la mutación o variación continúa de las situaciones que se han de vislumbrar.

Por otro lado, y en lo que respecta a lo proporcional, debemos contemplar los medios y fines utilizados de manera concreta en la problemática sanitaria por el letal virus. En este punto, el Dr. Patricio García Moritán en un artículo de doctrina redactado con fecha 19 de mayo del año 2020, manifestó la carencia de significado específico sobre el fin que el Estado persigue.

Así, menciona el cuidado de la salud sin hondar sobre el tratamiento económico que exigía el país como cuestión secundaria y, recurre al concepto innovador que ha tomado auge en el transcurso de la pandemia: el famoso aplanamiento de la curva de contagios. Sobre el primer aspecto, Moritán lo categoriza como impreciso, mientras que el segundo término lo relaciona con algo un poco más definido, pero aún así incompleto o indeterminado.

Eventualmente, ya hemos hecho hincapié sobre lo atinente al alcance que le otorga el Dr. J.C. Cassagne al principio de proporcionalidad y su complementación con el juicio de la razonabilidad. No obstante, en el ***IX Congreso Internacional de Abogacía Pública, Local y Federal sobre “Federalismo y Derechos Fundamentales en Situaciones de Emergencia”***- celebrado en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en septiembre del año 2021-; el doctrinario manifestó que los principios poseen el carácter de mandato vinculante que completa el ordenamiento jurídico general y propicia una mayor exactitud en aspectos innovadores o carentes de cierta coherencia y claridad.

En particular, el autor propone tres lineamientos a tener presentes en virtud de la razonabilidad.

La primer arista o modelo recae sobre lo estipulado por la corriente norteamericana, que implica la fiel adhesión al debido proceso legal sustantivo y adjetivo, alejándose, así, de la gestión y utilización de las directrices sustanciales que se presentan en el campo de acción del Derecho Administrativo y el Derecho Constitucional, entre otras ramas. Ello se debe al mecanismo de reducción de su forma de organización bajo el sistema del *Common Law*.

La segunda teoría contempla la posición española en el impulso del principio de interdicción de la arbitrariedad que ha sido incorporado como eje sustancial en la Convención Americana de Derechos Humanos, en virtud de la tutela judicial efectiva. Ésta, es entendida como aquella que aprecia el derecho al libre acceso a la vía judicial, la obtención y el cumplimiento de la sentencia en un lapso que resulte coherente y concordante los derechos fundamentales resguardados por las leyes supremas de cada Estado-Parte.

Y, por último, se dispone que el tercer movimiento se dirige hacia la propia razonabilidad de las leyes, incluyendo la faceta proporcional que fue creada por el derecho alemán, especialmente, por Alexy. Este filósofo del derecho y jurista alemán, comprende a los principios bajo la idea que los constituye como “*mandatos de optimización*”⁴⁸. Este término, caracteriza a los principios como aquellos que se pueden realizar en la mayor medida de lo posible. En el lado opuesto, nos encontramos con las

⁴⁸ Grajales, Amós A. y otro (2014). *Argumentación jurídica*. 1ª ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ed. Astrea. Pág. 11.

normas que se manejan por el lema “a todo o nada” bajo la operación de la subsunción (en donde el caso se ajusta o no a lo expresado por la regla).

En suma, los mandatos de optimización tienden a aplicarse según supuestos particulares alineados con cuestiones de hecho y de derecho, que arriben a un resultado conveniente y posible. Si existen dudas respecto a cuáles deben ser los principios ejecutables, podemos recurrir al test de proporcionalidad como respuesta frente a la colisión entre dos o más preceptos.

Un aspecto que no debe dejarse de lado, es la tesis de la ponderación que se implementa en los principios. ¿En qué consiste la misma? Pues diremos que es la responsable colocar un valor, contenido en un principio, por encima de otro en correlación a un orden jerárquico estipulado. Esto último, permite entablar una cierta organización que intente realzar la prioridad, la importancia y adecuación de los parámetros en juego en diferentes supuestos. También nos abre el espacio argumentativo-jurídico, en donde podremos determinar cuál es el precepto que debe operar y justificar su selección o preferencia.

Hay quién fusiona el test de proporcionalidad con la ponderación en sí misma, enfatizando sobre el nexo entre la restricción de un derecho fundamental dado por una norma en particular y su motivación razonable o proporcionada a lo estipulado por el derecho alterado o vulnerado.

De igual modo, sabemos que, para dar fiel cumplimiento al testeo de la razonabilidad, se debe recurrir a los subprincipios de necesidad, adecuación y proporcionalidad *stricto sensu*. Aunque también, nos podremos valer de los juicios, trazados por Mariano A. Sapag, en formato de interrogaciones⁴⁹. Los mismos, generan el puntapié inicial para poder juzgar la adopción de las medidas sanitarias por parte del Poder Ejecutivo de nuestro país y el alcance de la figura del Poder de Policía.

⁴⁹ A continuación, las enumeraremos: 1) *¿Cuáles son las finalidades mediatas e inmediatas de la norma?*, 2) *La finalidad, ¿es constitucional?*, 3) *La finalidad, ¿es socialmente relevante?*, 4) *¿Es adecuado el medio empleado?*, 5) *¿Es necesario, o indispensable, el medio empleado?*, 6) *¿Es proporcionada la medida con respecto a los fines?* y 7) *¿Respeto el contenido esencial de los derechos en juego?* Link de acceso: [file:///C:/Users/caram/Downloads/Dialnet-ElPrincipioDeProporcionalidadYDeRazonabilidadComoL-2975899%20\(4\).pdf](file:///C:/Users/caram/Downloads/Dialnet-ElPrincipioDeProporcionalidadYDeRazonabilidadComoL-2975899%20(4).pdf) Visitado el día 17 de octubre del año 2021.

Otra postura doctrinaria que nos aporta instrumentos sustanciales, se acentúa sobre lo atribuido al Dr. Pablo O. Cabral, quien define a la proporcionalidad como la delimitación al actuar de los poderes estatales que exige una atención debida en la tensión protagonizada por los beneficios y costos.

Enlazado estrechamente a este lineamiento, encontramos la referencia del estándar de razonabilidad, ofrecido por el autor, que determina que *“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”*⁵⁰

A partir esta definición, podemos, entonces, entablar una directa conexión entre los principios generales del derecho y lo ordenado por la nuestra Carta Magna; en aras de arribar a la posibilidad de construcción de un conjunto armónico, igualitario, proporcionado, concordado y complementado que pueda aplicarse a las decisiones discrecionales (en la medida que lo amerite una circunstancia fuera de lo común, como, por ejemplo, una pandemia).

En definitiva, para que un acto administrativo, como lo son los Decretos de Necesidad y Urgencia, no sea inconstitucional, arbitrario, abusivo o superabundante, es necesario evaluar lo expuesto por el Dr. Fernando M. Toller en el ***IX Congreso Internacional de Abogacía Pública, Local y Federal sobre “Federalismo y Derechos Fundamentales en Situaciones de Emergencia”***; vinculado estrechamente a la emergencia sanitaria y al poder estatal.

En esta línea, resulta menester realizar una enumeración de los factores elementales al momento de analizar la intromisión del Estado, el respeto hacia los derechos contenidos en Nuestra Carta Magna, la voluntad de la sociedad y la búsqueda y/o utilización de ciertos métodos. Seguidamente, confeccionaremos un punteo de los pasos indicados por el jurista.

- a) Mirada empírica sobre lo que está sucediendo en Argentina con la aparición de la pandemia a nivel global.

⁵⁰ Cabral, Pablo O. (2020). Aplicación del estándar de la razonabilidad en las decisiones administrativas adoptadas por el Gobierno nacional ante la pandemia del Covid-19. *Derecho Administrativo. Revista de doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica. Edición especial Covid-19. Tema seleccionado: Impacto del Covid-19 en el Derecho Administrativo*, 130 (88).

- b) El análisis de la complejidad que presentan los problemas acarreados por la pandemia.
- c) La detección de los principios que resultan aplicables y el profundo análisis sobre la normativa y su correlación con el principio de legalidad.
- d) El estudio sobre la competencia (referido a quién está habilitado para tomar posturas de coacción y cómo lo lleva a cabo).
- e) Énfasis sobre la cuestión que atañe a la razonabilidad sustancial, en miras a la preservación de los derechos primordiales y su contenido.

En suma, se vislumbra la cantidad de aspectos e instrumentos que sirven de guía y, también de límite, si se quiere. Gracias a la perspectiva doctrinaria, podemos hondar sobre el alcance, utilidad y propósito de los mismos; en la tarea de investigación sobre la razonabilidad y proporcionalidad de los DNU.

Capítulo V: Poder de Policía en el derecho comparado

SUMARIO:

V.1 La situación pandémica en España, Brasil y Uruguay. V.2 Medidas sanitarias en el derecho comparado. V.2.1 España. V.2.2 Brasil. V.2.3 Uruguay. V.3 ¿Qué aspectos que destacamos y por qué?

V.1 La situación pandémica en España, Brasil y Uruguay

Con el propósito de adentrarnos al análisis del Poder de Policía ejercido en el derecho comparado, como consecuencia de las disposiciones sanitarias recogidas por cada Estado; tomaremos como referencia la circunstancia vivenciada de tres países: España, Brasil y Uruguay.

A tales fines, es primordial indicar cuándo comenzó la circulación del Covid-19 en los países precitados.

En cuanto a ello, se anoticia que el primer caso detectado en España tuvo fecha el día 31 de enero; mientras que en Brasil ocurrió el 26 de febrero y en Uruguay, el 13 de marzo del año 2020. Aunque en Argentina, se ha confirmado el primigenio infectado, con data anterior a Uruguay; exactamente con fecha 3 de marzo.

Sabemos que la inestabilidad del sistema sanitario ha ocasionado grandes perjuicios, en razón a la capacidad de actuación y de ejecución de los instrumentos elementales para afrontar la emergencia sanitaria. Debido a este contexto anómalo de pandemia, los Estados adoptaron diferentes miradas jurídicas, y, consecuentemente, distintos métodos o medios para llevar a cabo la contención de contagios y posibles muertes; manteniendo la protección del bien jurídico vida.

Teniendo presente la forma de Estado, su sociedad, su legislación y sus aspectos económicos y culturales; se ha optado por implementar restricciones de los derechos fundamentales. En algunos casos, se vierte un lineamiento más formal o rígido; mientras que en otros se apuesta por la flexibilidad de gestión estatal.

V.2 Medidas sanitarias en el derecho comparado

V.2.1 España

Tras la pronta llegada del virus a España y la potencia de la emergencia sanitaria, se decidió proponer el dictado del Estado de Alarma en los términos de lo concebido en el artículo 116 de la Constitución Española, que ordena la creación y regulación de una ley especial.

Antes de profundizar sobre el análisis normativo, recurrimos a la conceptualización de esta medida, diferenciándola del Estado de Excepción y el Estado de Sitio. A tales

finés, debemos recurrir a la Ley Orgánica 04/1981 de España sobre el Estado de Alarma, de Excepción y de Sitio.

Diremos, entonces, que los tres Estados poseen ciertas particularidades compartidas, tales como:

- a) La presencia de circunstancias excepcionales que impiden que los poderes del Estado confluyan plenamente.
- b) El principio de temporalidad que dura hasta que el funcionamiento del gobierno vuelva a su coyuntura original o normal.
- c) La culminación de la potestad sancionatoria que había reinado durante ese periodo en particular.
- d) La comunicación de dichas medidas, por medio del Boletín Público Oficial Español.
- e) La posibilidad indicada por la ley, que determina que los actos administrativos o decisiones de la autoridad administrativa competente, podrán ser recurridos en vistas a la obtención de reparos indemnizatorios devenidos de daños y perjuicios alegados por los particulares.

Al dejar en claro los aspectos comunes, podemos decir que, el Estado de Alarma se caracteriza por hacerse visible en catástrofes de índole natural, en crisis sanitarias, en cuestiones ligadas a la detención del impulso de los servicios públicos y a la desaparición de productos de necesidad primaria.

Éste mismo puede regir en todo o en parte del territorio español, dado a lo impuesto por los artículos 4 y 5 del texto legal que fue mencionado en párrafos precedentes. Al respecto, podemos etiquetarlo como un sistema flexible “...*que no prevé la restricción de derechos*”⁵¹ Tras lo aludido se debe manifestar que, con la situación pandémica, se ha deformado el instituto de Estado de Alarma, extendiéndose su funcionamiento hacia la limitación o suspensión de derechos fundamentales.

⁵¹ Garcimartin, Carmen (2020, mayo 12). *La respuesta del Derecho Español a la situación generada por el COVID 19* [Exposición de ponencia]. Primer Congreso Internacional sobre el Derecho en Circunstancias de Emergencia, Buenos Aires, Argentina. Link de acceso: https://www.youtube.com/watch?v=VsgX2RGp3MU&ab_channel=Alexlaje1 Visitado el día 11 de noviembre del año 2021.

Por otro lado, y en lo concerniente al Estado de Excepción y el Estado de Sitio, motiva entender el lado estricto de aplicación, en función de que el primer instrumento estatal tomará vigor siempre y cuando haya una alteración o violación hacia las libertades personales y la buena organización burocrática. El Estado Español deberá solicitarlo formalmente al Congreso de Diputados y no podrá indicar un plazo superior a los 30 días en vinculación a la disposición del Estado de Excepción.

Vale decir que, el Estado de Sitio se enfoca, principalmente, en la existencia de amenazas que procuren atentar contra el sistema y la soberanía del país. Se recurre a dicha opción en el caso que no se dé lugar a otro remedio u otra herramienta que sea viable en la búsqueda de la no vulneración de los principios, derechos y garantías constitucionales.

Llegados a este punto, vemos como la ley española se correlaciona con el artículo 116 de la Máxima Ley. ¿Qué recepta esta última? Pues requiere la inserción de los procedimientos y pautas que catalogarán a los tres Estados que hemos especificado. A su vez, es determinante al priorizar el consenso brindado por el Congreso; y, al remarcar el respeto del principio de responsabilidad o deber que el Gobierno Español posee.

Desde la óptica de la crisis sanitaria, se logra emitir el Real Decreto N° 463/2020 que marca el comienzo del Estado de Alarma. Allí se fija su lapso de persistencia de 15 días y se detalla en su artículo 7 lo referido a las delimitaciones hacia el derecho de circular de los habitantes; ordenando su traslado en casos que ameriten extrema excepcionalidad. Más adelante, se estipula la suspensión de la actividad educacional en todos los niveles, la apertura de locales o emprendimientos comerciales y minoristas, la interrupción del acceso a museos, bibliotecas, sitios de hospedaje, iglesias y eventos públicos que reúnan una gran cantidad de participantes.

De modo paralelo, se adjuntó el toque de queda, que limita el derecho del libre circular en razón a las situaciones de emergencia y opera en conjunto con el Estado de Alarma. Cabe advertir que, reúne un proceso más informal porque no surge de ningún texto legal, sino que es más bien una construcción del propio Gobierno Central con el apoyo de las Comunidades Autónomas (asimiladas a las provincias en Argentina).

Luego, atendiendo a lo denotado por la Agencia Estatal a través del Boletín Oficial del Estado Español; se examina la prórroga del Real Decreto N° 463/2020. En especial, el Real Decreto N° 926/2020, en primera instancia, hace un recuento de las estadísticas y el estado del país a la fecha y enfatiza sobre la adopción de medidas sanitarias que

colaboren en el cumplimiento de la finalidad prioritaria: la defensa del derecho a la vida y a la salud.

Se entiende que, la proporcionalidad de las decisiones planteadas por el Gobierno Español, juega un rol de relevancia para la sostenibilidad de la pandemia. Tan es así que, en la letra del Decreto se dictamina lo siguiente a saber: *“Es preciso ofrecer una respuesta inmediata, ajustada y proporcional, en un marco de cogobernanza, que permita afrontar la gravedad de la situación con las máximas garantías constitucionales...”*⁵²

En última instancia y, según lo analizado en el Real Decreto anterior, se dispone que el Estado de Alarma será extendido por 6 meses. Asimismo, para este supuesto, se deberá conseguir el acuerdo o conformidad del Ministerio de Sanidad y la Comisión de Sanidad y Consumo, perteneciente a la esfera de la Cámara de Diputados del Congreso Español.

V.2.2 Brasil

En miras al comienzo de la evaluación del Poder de Policía de Brasil, exhibiremos la presencia de un escenario que dista de la intervención estatal de nuestro país y de la incorporación de mandas con fuerza de coacción; todo ello bajo el contexto de auge de la pandemia, calificado como carente de certidumbre manifiesta y de experiencia en la realidad que nos envuelve.

Si nos situamos en la época en la cuál se entabló el primer caso de contagio en Brasil, debemos avocarnos a lo expresado por el Presidente Jair Bolsonaro. Lo que se dijo de manera un tanto irracional, quizás, fue lo que desembarcó en la minimización del alcance del coronavirus y de la existencia de graves contagios y números elevados que representaban la mortalidad a nivel casi global.

Con esto, se buscaba el pleno flujo de la economía del país, la no restricción a los derechos y la desatención a la necesidad de preservar la salud pública; ya que no se ha planteado ni fomentado el impulso de la información epidemiológica oficial y cotejada. En su lugar, se pretendía insertar cierto quebrantamiento de los perjuicios sufridos por los demás países que se veían fuertemente afectados por la crisis sanitaria.

⁵² Link de acceso: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-12898> Visitado el día 11 de noviembre del año 2021.

Según se informa a través de canales oficiales del gobierno brasileño, se ha dispuesto un cambio de rumbo en comparación a lo que hemos aludido más arriba. ¿Cómo se observa dicho direccionamiento? Diremos que el Poder Ejecutivo brasileño dictaminó el Estado de Calamidad, que fue aceptado por el Parlamento. Anexado a ello, en la Ordenanza N° 188 con fecha 3 de febrero del año 2020, se refleja la emergencia sanitaria que ocasiona el requerimiento de gestión del ámbito del Centro de Operaciones de Emergencias de Salud Pública (COE-COV). Dicho acto fue emitido durante el periodo en el cuál Mandetta se encontraba encabezando el Ministerio de Salud.

Consideremos ahora lo que aprecia la Constitución Brasileña en lo relevante a las posibles alternativas que la misma le propiciaba en virtud de desplegar una estrategia eficaz para tratar de mitigar los efectos negativos acarreados por la pandemia. A raíz de los artículos 136 y 137, podemos observar el Estado de Defensa y el Estado de Sitio.

El primer instituto, faculta al Presidente a interponer el decreto que dictamine el Estado de Defensa; en pos de evitar que el orden público y la paz social se vieran de algún modo perjudicados. Con este motivo, se podrá ordenar la limitación de los derechos de reunión, del libre informar y de la correspondencia.

Por otro lado, el segundo mecanismo se asemeja al artículo 23 de nuestra Carta Magna. Aunque se agrega un plazo determinado que se podrá extender por causa de la guerra o peligro que se vislumbre y, en estos casos, el Presidente podrá aplicar penas como la detención o la permanencia en ciertos sitios. En correlación, también estará habilitado a coaccionar los derechos íntimamente vinculados a la libertad de prensa y la inviolabilidad en la correspondencia.

Es importante mencionar que, *“mientras el Estado de defensa abarca lugares determinados, tales como una ciudad o Estado, el Estado de sitio se aplica a todo el territorio nacional, debiendo tener la duración máxima igualmente de treinta días prorrogables una sola vez”*⁵³. De igual forma, el artículo aclara que el periodo podrá ser mayor, a condición de que el Presidente invoque los justificativos que crea adecuados y solicite la debida autorización ante el Congreso.

Ante la carencia de toma de conciencia y los mensajes que el gobierno de Brasil emitía como contrapartida a los recaudos que compartía la OMS; el Estado de São Paulo

⁵³ Link de acceso: http://dplf.org/sites/default/files/brasil_daniel_cerqueira.pdf Visitado el día 5 de noviembre del año 2021.

decidió formalizar la cuarentena obligatoria, mediante el Decreto N° 64.881 con fecha 22 de marzo del año 2020 y sus prórrogas subsiguientes.

Dado a esta circunstancia, abrimos el siguiente interrogante: ¿Cuáles son las limitaciones allí plasmadas? El órgano de la Asamblea Legislativa de dicho territorio ordenó la suspensión de actividades que puedan aumentar considerablemente los índices o datos duros enlazados con el virus. Restringe, por ejemplo, los eventos públicos que generen aglomerados; dejando por fuera a los locales que ofrezcan fármacos, alimentos diarios, artículos de limpieza y demás.

El propósito se centró en reducir, de manera notoria, la cantidad de mortalidad y de infectados, ya que se presentaba una tasa alta de densidad poblacional en los distintos puntos del Estado de São Paulo. Como sabemos, esta circunstancia amerita una órbita ideal para la evolución del coronavirus; lo que conlleva a afianzar el respeto por el derecho a la salud y a instaurar los medios que mejor se amolden al fin último.

Por otra parte, hay que subrayar que el día 6 de febrero del año 2020, se creó la Ley N° 13.979 (Brasil), que unió los instrumentos requeridos en la emergencia sanitaria. Como primer parámetro o recomendación dispuesta, se seleccionó el confinamiento, devenido de la promoción del sistema de vacunación, realización de testeos y tratamientos médicos. También se reforzó la calidad en los informes sobre el estado y avance de la pandemia, la adquisición de bienes y servicios ajustados a la realidad social, la gratuidad de la atención sanitaria, la puesta en marcha de las investigaciones científicas y la responsabilidad de anotar sobre la presencia de síntomas compatibles con el Covid-19.

V.2.3 Uruguay

Con el fin de inmiscuirnos en el encauce de la cuestión anómala perpetrada por la pandemia en el Estado de Uruguay; debemos hacer hincapié sobre lo planteado en la Constitución uruguaya, en virtud de la posición que le es asignada a la salud como derecho a salvaguardar.

En este sentido, destacamos que en su artículo 44, refrenda la potestad estatal de hacer frente a la reglamentación de los factores atinentes a la salud de sus habitantes, preservando y enaltecendo el bienestar común en pos de la integración de aspectos morales, físicos y sociales. A su vez, les adjudica a los partícipes que componen la sociedad uruguaya, el deber de comprometerse a brindar cuidado especial sobre la

salubridad para satisfacer las necesidades de la comunidad entera. Por tanto, se observa la cooperación entre el Estado y sus habitantes, además del compromiso y responsabilidad que se les encarga.

Es interesante, abordar lo contemplado e impuesto por la Ley Orgánica de Salud Pública N° 9.202 del año 1934 de la República Oriental del Uruguay.⁵⁴ Al respecto, resaltaremos el contenido que importa en el estudio de la temática, a saber:

- a) Se prevé la circunstancia de aparición de epidemias.
- b) Se faculta al Ministerio de Salud para que interponga las medidas que considere pertinente a los fines de evitar un alto índice de contagios o mortalidad, según la patología que se presente.
- c) El Poder Ejecutivo brindará el consentimiento necesario en virtud de las recomendaciones que esboce el Ministerio de Salud.
- d) Se impone la obligación para los ciudadanos de acatar los planes de vacunación y las normas que imperen.
- e) Los municipios se amoldarán a las disposiciones adoptadas por los órganos competentes en materia sanitaria.
- f) Si se establece el aislamiento, se deberá cumplir de manera forzosa.

Desde otro enfoque cercano al brote del coronavirus en Uruguay, es necesario abordar lo regulado por el Decreto N° 93/2020 que declara al Estado en emergencia sanitaria, lo cuál amerita su comparación con la primera medida impulsada por el Poder Ejecutivo de Argentina.⁵⁵

A través de este acto administrativo, se hace una breve referencia a la ley que hemos precitado y se dictamina la suspensión de eventos públicos, el cierre temporal de los centros turísticos tanto públicos como privados, el bloqueo de fronteras y la exhaustiva desinfección de los espacios comunes, en los términos de la cooperación y el compromiso asumido por la población, los municipios y departamentos.

Incluso se instauró el aislamiento por al menos 14 días para aquellas personas que presentes síntomas compatible con el Covid-19 que hayan permanecido en zonas consideradas de alto peligro, los infectados, los casos de contacto estrecho y los extranjeros que hayan estado en países afectados en gran escala. Hasta aquí resulta que

⁵⁴ Promulgada el 12/01/1934 y publicada el 22/01/1934.

⁵⁵ DNU N° 260/2020 (Argentina)

no existe nada nuevo bajo el sol, en comparación a la perspectiva argentina. Sin embargo, se advierte en los primeros decretos, la falta de exigencia del examen médico de PCR para los que ingresen al país y la suspensión de vuelos o tránsito fluvial o marítimo; cuestiones que sí han sido examinadas e impuestas en nuestro territorio. Aunque, luego vemos que se incorpora en el siguiente Decreto uruguayo N° 94/2020.

Debemos decir que, la educación y el trabajo han continuado con la inserción de protocolos especializados a fin de evitar la propagación del mortal virus (tras lo expresado en el Decreto N° 94/2020). Cuestión que, en Argentina, como sabemos, se ha restringido más severamente. Basta con trasladarnos al análisis del fallo que emitió la Corte Suprema de Justicia de la Nación a favor de CABA para la vuelta a las clases presenciales ⁵⁶

Más adelante, se configura la publicación del Decreto del país hermano N° 101/2020 que suspende las clases para todos los niveles de educación, sean públicos o privados, añadiendo a los centros de atención a la infancia y a la familia (CAIF). Realzamos que será de forma provisoria, aunque en el texto legal, no se especifica el plazo para finalización de la limitación.

Vale manifestar que, se ha respetado la prevalencia de la economía del país, entendiendo pertinente la creación de la Ley de Fondo Solidario Covid-19 (que reducía los salarios de funcionarios públicos) y del impuesto de Emergencia Sanitaria Covid-19.

En lo tocante al confinamiento o más conocido como cuarentena, se ha apadrinado una postura más escéptica, que se concentró en fijar la responsabilidad individual y la menor violación hacia los derechos (tomado como el medio más idóneo para concluir con el motivo principal). Tan es así, que el Presidente Luis Lacalle Pou junto con los integrantes del Poder Ejecutivo; llegaron al consenso que optaba por la voluntad social en el cumplimiento del aislamiento. Lo que demuestra la flexibilidad del actuar estatal uruguayo, quién toma distancia respecto de la coacción del Poder de Policía visto como remedio a la protección sanitaria. En efecto, se apela a la libertad plena, lo que trae consigo el derecho a ejercer el trabajo, la industria, el comercio, la circulación, la religiosidad, la educación, entre otras.

Sin lugar a dudas, se aplican las recomendaciones pertinentes para prevenir deterioros o desequilibrios en el cuerpo humano como causa de contagio por Covid-19;

⁵⁶ Fallos “*Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ acción declarativa de inconstitucionalidad*” con fecha 4 de mayo del año 2020.

en el desarrollo de las actividades cotidianas. Pero, como hemos aclarado, no se exige el resguardo de los habitantes en sus residencias. Pese a dicha visión, gran parte de la población ha mostrado su aceptación en este aspecto.

Ahora bien, el criterio empleado por Uruguay, no sólo se acentuó en el respeto hacia las garantías constitucionales, sino que lo interesante radica en la toma de conciencia de la economía en la situación de pandemia. Por esta razón, no se quiso establecer disposiciones rigurosas que conllevaran al incumplimiento inmediato y, lógicamente a la figura de desacato unida al abono de multas por carencia de disciplina.

V.3 ¿Qué aspectos que destacamos y por qué?

Es oportuno advertir que, los direccionamientos que fueron delineados por los Estados de Brasil, España y Uruguay, se asocian, en cierto punto, con las disposiciones sanitarias implementadas en nuestro país. Sabemos que conviene resguardar la salud pública y, para ello, Uruguay ha propuesto una mirada menos restrictiva, más solidaria y moral. Mientras que, España actuó de forma tardía, puesto que recién en el Real Decreto N° 463/2020 con fecha 14 de marzo del año 2020, pudo brindar una respuesta hacia la manda social constante y gravosa. Recordemos que, en el país europeo, el primer caso confirmado se sucedió el día 31 de enero del año 2020.

Por otra parte, Brasil no tomó dimensión del auge letal que provocaba la pandemia globalmente y, por tanto, los parámetros que se insertaron fueron deficientes o desproporcionados a nivel de concientización, preocupación y responsabilidad del Estado. En São Paulo se tuvo que extremar las medidas dirigidas a la cuarentena total y obligatoria en virtud de los numerosos contagios y muertes, tras el aglomerado urbano incalculable de dicho territorio.

En miras a lo investigado en los distintos países, se trasluce el ejercicio de la función excepcional de los Estados, denominada bajo el título de Poder de Policía; como instrumento empleado para paliar la emergencia sanitaria. Así, en Uruguay se detecta el abandono de la concentración de poder sobre el Presidente y su conjunto (Poder Ejecutivo); debido a la participación ciudadana y la voluntad de la población, que contribuyó a la baja o reducción de la propagación del virus.

En Brasil, se utiliza un criterio económico y político que impera más allá de la preservación de la salubridad; aunque igualmente se visualizan algunas medidas que giran en torno a la restricción de derechos.

Finalmente, en España, se concentra la atención en la imposición del Estado de Alarma y el toque de queda, como elementos esenciales e idóneos para evitar la evolución de la pandemia. Vemos aquí, un Poder de Policía menos estricto o riguroso, dado a la selección de un medio razonable, menos restrictivo y proporcional en vistas a la concreción de la meta principal.

Capítulo VI: Conclusión Final

A lo largo del trabajo de investigación, hemos profundizado en la lectura e interpretación de los Decretos de Necesidad y Urgencia que demostraron el ejercicio de la figura extraordinaria del Poder de Policía, en pos de priorizar la salud y el orden público, lo que constituye una obligación inalienable del Estado Nacional que conlleva a la restricción de los derechos amparados por la Carta Magna.

En razón de lo analizado, podemos considerar que:

- ❖ En el marco de emergencia pública, el Estado Nacional actuó conforme a los mandatos y principios constitucionales.
- ❖ Frente a la situación excepcional, los derechos constitucionales cedieron a favor de la salud pública.
- ❖ Las disposiciones sanitarias de aislamiento, de distanciamiento y las medidas generales preventivas, contenidas en los textos de los DNU, son:
 - a) Idóneas porque están dirigidas a cumplir con el fin último: la protección de la salubridad.
 - b) Necesarias y ajustadas a la situación excepcional por ser las menos gravosas al momento de limitar las libertades individuales.
 - c) Se corresponden con el principio de proporcionalidad por ser los medios adecuados para dar satisfacción del fin deseado.
 - d) Son constitucionales porque si bien limitan derechos fundamentales, lo hacen por un motivo razonable, conforme a derecho y correlativo con el sentido de la temporalidad; marcado por la duración de la emergencia sanitaria.
 - e) Todo ello, nos indica el seguimiento de los principios de razonabilidad y de proporcionalidad, junto con el test tripartito.

Por último, diremos que resulta imprescindible incorporar la utilización del mecanismo de la ponderación a fin de determinar la importancia de salvaguardar el derecho a la vida y a la salud, por encima de otras cuestiones. En esa línea, pudimos observar que el Estado Nacional seleccionó los medios más convenientes, razonables, proporcionados, justos y moderados para dar fiel cumplimiento al objetivo final, proporcionando una respuesta inmediata y eficaz ante la crisis sanitaria.

Bibliografía consultada

General

- ❖ Balbín, Carlos F. (2015). *“Manual de Derecho Administrativo”*. Buenos Aires. Ed. La Ley.
- ❖ Bullrich, Rodolfo (1982). *“Curso de Derecho Administrativo”*. Tomo II. Buenos Aires. Ed. Biblioteca Jurídica Argentina.
- ❖ Constitución Nacional (1994)
- ❖ Constitución de España (1978)
- ❖ Constitución de Brasil (1988)
- ❖ Constitución de Uruguay (1967)
- ❖ Comadira, Julio Rodolfo y otros (2012). *“Curso de Derecho Administrativo”*. Tomo I. Buenos Aires. Ed. Abeledo Perrot.
- ❖ Quiroga Lavié, Humberto (2009). *“Derecho Constitucional Argentino”*. Tomo II. Santa Fe. Ed. Rubinzal-Culzoni.
- ❖ Sabsay A. Daniel (2015). *“Manual de Derecho Constitucional”*. Buenos Aires. Ed. La Ley.

Artículos de Doctrina

- ❖ Cassagne, Ezequiel (2020). *El rol del Estado en la emergencia ocasionada por el Covid-19*. Link de acceso: <http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/415-.pdf> (Visitado el día 22 de noviembre del año 2020)
- ❖ Cassagne, Juan Carlos (2020). *La Covid-19 y los límites del Estado de Emergencia*. Link de acceso: <https://abogados.com.ar/la-covid-19-y-los-limites-del-estado-de-emergencia/25693> (Visitado el día 22 de noviembre del año 2020)
- ❖ Cassagne, Juan Carlos. (2020). *La regulación en el estado de emergencia*. Link de acceso: <http://cdi.mecon.gov.ar/bases/jurid/19456.pdf> (Visitado el día 22 de noviembre del año 2020)
- ❖ Cianciardo, Juan (2012). *El principio de proporcionalidad y los derechos constitucionales*. Link de acceso: [file:///C:/Users/caram/Downloads/21-4-25%206_38%20\(PM\)%20\(4\).pdf](file:///C:/Users/caram/Downloads/21-4-25%206_38%20(PM)%20(4).pdf) (Visitado el día 1 de diciembre del año 2020)
- ❖ D'Angelo Federico D (2020). *Poder de Policía en épocas de Covid-19. Argentina: ¿limitación de derechos o abuso de poder?* Link de acceso:

https://www.eldial-com.eu1.proxy.openathens.net/nuevo/nuevo_diseno/v2/doctrina1.asp?buscar=Federico%20D.%20D%C2%B4Angelo&id=13036&base=50&resaltar=federico,d%C2%B4angelo,federico (Visitado el día 4 de diciembre del año 2020)

❖ García Moritán, Patricio (2020). *Covid-19: análisis sobre la razonabilidad de la cuarentena*. Link de acceso: <https://abogados.com.ar/covid-19-analisis-sobre-la-razonabilidad-de-la-cuarentena/25920> (Visitado el día 4 de diciembre del año 2020)

❖ Haro, Ricardo (2001). *La razonabilidad y las funciones de control*. Link de acceso: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122001000200008 (Visitado el día 5 de diciembre del año 2020)

❖ López González, José Ignacio (1998). *El principio de proporcionalidad en Derecho Administrativo*. Link de acceso: [file:///C:/Users/caram/Downloads/513-Texto%20del%20art%C3%ADculo-746-1-10-20110531%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/caram/Downloads/513-Texto%20del%20art%C3%ADculo-746-1-10-20110531%20(1).pdf) (Visitado el día 7 de diciembre del año 2020)

❖ López Machín, Mirtha Graciela (2020). *La salud: un derecho-deber constitucional y el rol de policía sanitaria*. Link de acceso: https://ucu.edu.uy/sites/default/files/pdf/2020/cuadernos_de_rso_vol_8_ndeg1_lopez.pdf (Visitado el día 10 de diciembre del año 2020)

❖ Pinése, Graciela Gloria (2005). *El derecho de emergencia o el derecho en emergencia*. Link de acceso: http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacc050009-pinese-derecho_emergencia_derecho_en.htm#:~:text=%2D%20Se%20trata%20de%20las%20emergencias,no%2C%20resultan%20extraordinarios%20y%20excepciones. (Visitado el día 10 de diciembre del año 2020)

❖ Roitman, Facundo Joel (2020). *Covid-19: Aislamiento obligatorio y Poder de Policía*. Link de acceso: <https://palabrasdelderecho.com.ar/articulo.php?id=1246> (Visitado el día 5 de enero del año 2021)

❖ Zudaire, Lucas J (2019). *Breve análisis de la razonabilidad como límite del actuar de la Administración*. Link de acceso: [file:///C:/Users/caram/Downloads/21-4-25%206_38%20\(PM\)%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/caram/Downloads/21-4-25%206_38%20(PM)%20(3).pdf) (Visitado el día 5 de enero del año 2021)

Sitios webs consultados

- ❖ <http://www.saij.gob.ar/resultados.jsp?r=%20fecha-rango%3A%5B20200312%20TO%2020211223%5D&o=0&p=25&f=Total%7CTipo%20de%20Documento/Legislaci%F3n/Decreto/Decreto%20de%20Necesidad%20y%20Urgencia%7CFecha%7COrganismo%7CPublicaci%F3n%7CTema%7CEstado%20de%20Vigencia%7CAutor%7CJurisdicci%F3n/Nacional&v=colapsada> (Visitado el día 12 de enero del año 2021)
- ❖ <https://www.argentina.gob.ar/procuraciondeltesorero> (Visitado el día 12 de enero del año 2021)
- ❖ <https://www.argentina.gob.ar/salud> (Visitado el día 12 de enero del año 2021)
- ❖ <https://bcn.gob.ar/> (Visitado el día 20 de enero del año 2021)
- ❖ <https://biblioteca.vaneduc.edu.ar/#/servicios> (Visitado el día 20 de enero del año 2021)
- ❖ <https://www.argentina.gob.ar/salud/coronavirus/medidas-prevencion> (Visitado el día 1 de julio del año 2021)
- ❖ https://www.eldial.com/nuevo/nuevo_diseno/v2/actualidad_coronavirus.asp (Visitado el día 1 de julio del año 2021)
- ❖ <https://www.lamoncloa.gob.es/covid-19/Paginas/index.aspx> (Visitado el día 10 de noviembre del año 2021)
- ❖ <https://www.gov.br/saude/pt-br> (Visitado el día 10 de noviembre del año 2021)
- ❖ <https://www.gub.uy/presidencia/normativa-periodo> (Visitado el día 10 de noviembre del año 2021)
- ❖ <https://www.youtube.com/channel/UCprYLCOVbIwaovtE8XGngQ/videos> (Visitado el día 11 de noviembre del año 2021)

Noticias periodísticas

- ❖ <https://www.elindependiente.com/vida-sana/salud/2021/03/12/el-ano-del-covid-cronologia-de-la-pandemia-en-espana/> (Visitado el día 15 de octubre del año 2021)
- ❖ <https://www.eleconomista.es/nacional/noticias/10837895/10/20/Que-es-y-que-limitaciones-tiene-el-toque-de-queda-en-Espana.html> (Visitado el día 15 de octubre del año 2021)

- ❖ <https://www.dw.com/es/tribunal-constitucional-de-espa%C3%B1a-declara-ilegal-el-segundo-estado-de-alarma-por-covid-19/a-59643159> (Visitado el día 5 de noviembre del año 2021)
- ❖ <https://www.france24.com/es/20200319-bolsonaro-cambio-actitud-emergencia-coronavirus-covid19> (Visitado el día 5 de noviembre del año 2021)
- ❖ <https://cnnespanol.cnn.com/2020/03/02/lo-que-sabemos-del-coronavirus-en-brasil-casos-medidas-y-recomendaciones/> (Visitado el día 6 de noviembre del año 2021)
- ❖ <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-52837193> (Visitado el día 6 de noviembre del año 2021)

Anexo

En el siguiente cuadro, observaremos el análisis de las medidas y sanciones de los DNU que emitió el Poder Ejecutivo Nacional ante la emergencia sanitaria. Los mismos, seguirán un orden cronológico de conformidad con los años 2020 y 2021.

Cuadro de Decretos de Necesidad y Urgencia año 2020 y 2021

DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA (AÑO 2020 Y 2021)	
Nº de DNU y fecha	MEDIDAS Y SANCIONES
Nº 260/2020 12/03/2020 Emergencia sanitaria. Coronavirus. Disposiciones.	Amplía el periodo de emergencia sanitaria por el plazo de 1 año e impone el Aislamiento Obligatorio por 14 días. Para los casos sospechosos, se dispondrá esta medida hasta confirmar que el caso haya arrojado resultados negativos. Si es positivo por Covid-19, deberá cumplir 10 días de aislamiento contados a partir de la presencia de síntomas o de su diagnóstico. Para los casos estrechos, rige el aislamiento por 14 días, aunque podrá reducir su número a 10 días, según las indicaciones médicas. Establece recomendaciones sanitarias (ej.: concurrir a eventos masivos), instaura la obligación de los habitantes de la Nación de dar cuenta de la presencia de síntomas compatibles con el Covid-19 y suspende temporariamente los vuelos, el transporte terrestre, marítimo y fluvial. Sanciones: aplicación de los artículos 205, 239 y subsiguientes del Código Penal (VIGENTE EN TODOS LOS DNU ANALIZADOS) .
Nº 297/2020 19/03/2020 Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio. Disposiciones.	Implementa el Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio (ASPO) que comenzará a regir a partir del 20 de marzo del año 2020. Dispone la suspensión de actividades que generen aglomeraciones. Las medidas no son aplicables para las personas consideradas esenciales.
Nº 325/2020 31/03/2020 ASPO. Prórroga.	Decreta la prórroga del ASPO hasta el día 12 de abril del año 2020.
Nº 355/2020 11/04/2020 ASPO Prórroga.	Decreta la prórroga del ASPO hasta el día 26 de abril del año 2020.
Nº 408/2020 26/04/2020 ASPO. Prórroga.	Decreta la prórroga del ASPO hasta el día 10 de mayo del año 2020. Entabla la posibilidad de incorporar salidas al aire libre dentro del espacio de 500 metros en relación a la residencia, por el plazo de 1 hora antes de las 20hs. Exige el cumplimiento del protocolo sanitario correspondiente para llevar adelante dicha actividad. Refuerza la regla de mantener el distanciamiento social.
Nº 459/2020 10/05/2020 ASPO. Prórroga.	Decreta la prórroga del ASPO hasta el día 24 de mayo del año 2020. Ordena que la circulación de personas no podrá superar el 75% en virtud de los habitantes de un partido específico. Prohíbe el ingreso de las personas que provengan del extranjero que no posean residencia en Argentina, por el plazo de 15 días. Para aquellas regiones, zonas o departamentos que tengan no más de 500.000 habitantes, se ordena la posibilidad de modificación de excepciones del ASPO e incluso la regulación de la prohibición de circular con el propósito de autorizar actividades vinculadas al sector

	industrial, comercial, entre otros. Siempre y cuando obtenga el aval de la autoridad sanitaria provincial. Pero antes deberá solicitar la autorización al Jefe de Gabinete; quien actuará teniendo en cuenta la intervención del Ministerio de Salud.
N° 493/2020 24/05/2020 ASPO. Prórroga.	Decreta la prórroga del ASPO hasta el día 7 de junio del año 2020. Se remonta a las prohibiciones y medidas en general que fueron adoptadas por el Decreto N° 459/2020.
N° 520/2020 07/06/2020 Distanciamiento Social, Preventivo y Obligatorio. Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio. Prórroga.	Decreta la prórroga del ASPO hasta el día 28 de junio del año 2020. No sólo se continua con el ASPO, sino que se incluye la medida del Distanciamiento Social, Preventivo y Obligatorio (DISPO). El mismo será receptado en las zonas que no estén expuestas a la transmisión de índole poblacional o comunitaria. El DISPO comenzará a regir desde el 8 hasta el 28 de junio del año 2020. Todas las provincias y departamentos o partidos estarán alcanzados por dicha medida. En el caso de la Provincia de Buenos Aires, no se impondrá el DISPO en el AMBA. Las personas deberán únicamente circular en la zona en la que residen. De esta manera, se logrará cumplir con el propósito del DISPO. La única excepción es la presentación del permiso o autorización para circular (“Certificado Único Habilitante para Circulación - Emergencia COVID-19”). No podrán ingresar personas que provengan del extranjero que no posean residencia en Argentina hasta el día 28 de junio del 2020 inclusive.
N° 576/2020: ASPO y DISPO. Prórroga. Fecha: 29/06/2020	Decreta la prórroga del ASPO y del DISPO desde el día 1 de julio hasta el día 17 de julio del año 2020. Predominan la mayoría de las pautas regladas en el anterior DNU N° 520/2020. Fomenta el avance del “Monitoreo de Indicadores de Riesgo Epidemiológico y Sanitario - COVID-19” (MIRE COVID-19). Prorroga la prohibición de ingreso al país de extranjeros que no residan en Argentina (por cualquier tipo de medio de transporte) por el lapso que dura hasta el día 17 de julio del año 2020. El DNU N° 520/2020 se extiende por dos días más (es decir, hasta el 30 de junio del 2020). En lo que respecta al pago de servicios de telefonía e internet, se estipula su prórroga hasta el día 17 de julio.
N° 605/2020 18/07/2020 ASPO y DISPO. Régimen Aplicable.	Decreta la prórroga del ASPO y del DISPO desde el día 18 de julio hasta el día 2 de agosto del año 2020. Prorroga la prohibición de ingreso al país de extranjeros que no residan en Argentina (por cualquier tipo de medio de transporte) por el lapso que dura hasta el día 2 de agosto del año 2020. Instituye, en su gran mayoría, las normas que han sido elaboradas, principalmente en los Decretos N° 520/2020 y N° 576/2020. Otorga el espacio para sumar nuevos protocolos, recomendaciones y excepciones y/o restricciones, sujeto a evaluación del Jefe de Gabinete y de las autoridades con competencia provincial. Refuerza las reglas comunes al ASPO y al DISPO. En lo que respecta al pago de servicios de telefonía e internet, estipula su prórroga hasta el día 2 de agosto del año 2020 inclusive.
N° 641/2020 02/08/2020 ASPO y DISPO	Decreta la prórroga del ASPO y del DISPO desde el día 3 al día 16 de agosto del año 2020. Extiende la prohibición del ingreso al territorio argentino hasta el día 16 de agosto inclusive. Prórroga de salidas sanitarias hasta el día 16 de agosto del año 2020. Prórroga en cuanto a los servicios prepagos de telefonía e internet hasta el día 16 de agosto del año 2020.
N° 677/2020 16/08/2020 ASPO y DISPO	Prórroga del ASPO y del DISPO desde el día 17 hasta el día 30 de agosto del año 2020. Prórroga en cuanto a los servicios prepagos de telefonía e internet hasta el día 30 de agosto del año 2020. Extiende la prohibición del ingreso al territorio argentino hasta el día 30 de agosto del año 2020.

N° 714/2020 30/08/2020 ASPO y DISPO	Prórroga del ASPO y del DISPO desde el día 31 de agosto hasta el día 20 de septiembre del año 2020. Dispone que el lapso respectivo a la duplicación de contagios no debe instalarse por debajo de los 15 días, en principio y atendiendo al índice de casos. Las salidas sanitarias se extienden hasta el día 20 de septiembre del año 2020. Autorización de reuniones sociales al aire libre de hasta 10 personas, siempre cumpliendo con el DISPO y los recaudos sanitarios impuestos por el Ministerio de Salud de la Nación. La prohibición de ingreso al territorio nacional se extenderá hasta el día 20 de septiembre del año 2020. La prohibición de los servicios de telefonía e internet prepagos también se prorrogará hasta el día 20 de septiembre.
N° 754/2020 20/09/2020 ASPO y DISPO	Prórroga del ASPO y del DISPO desde el día 21 de septiembre al día 11 de octubre del año 2020. Se prorrogan las salidas sanitarias hasta el día 11 de octubre del año 2020. La prohibición de ingreso al territorio nacional se extenderá hasta el día 11 de octubre del año 2020.
N° 792/2020 11/10/2020 ASPO y DISPO	Prórroga del ASPO y del DISPO desde el día 12 de octubre hasta el día 25 de octubre. Deberán construirse burbujas de grupos de trabajo de no más de 10 personas para actividades no escolares, siempre y cuando no corra riesgo la salud de los niños, de los adolescentes o del personal docente y no docente. Mantenimiento del protocolo sanitario adecuado para cada actividad o reunión social. Refuerzo del control de las autoridades competentes en el territorio en particular. La prohibición de ingreso al territorio nacional se extenderá hasta el día 25 de octubre del año 2020. Prorrogan de salidas de esparcimiento hasta el día 11 de octubre del año 2020.
N° 814/2020 25/10/2020 ASPO y DISPO	Prórroga del ASPO y del DISPO desde el día 26 de octubre hasta el día 8 de noviembre del año 2020. Mantiene las mismas medidas receptadas en los decretos detallados con antelación, en virtud del monitoreo geográfico- epidemiológico constante, la formulación de protocolos especiales según las zonas determinadas, el uso exclusivo del transporte público para el personal esencial, las salidas sanitarias, el cambio del ASPO al DISPO, las reuniones sociales hasta 10 personas al aire libre, la contención de los grupos de riesgo, el acompañamiento de pacientes en estado terminal, etc. Prórroga de las salidas de esparcimiento hasta el día 8 de noviembre del año 2020.
N° 875/2020 07/11/2020 ASPO y DISPO.	Prórroga del ASPO y del DISPO desde el día 9 de noviembre hasta el día 29 de noviembre del año 2020. Protocolo para las actividades comerciales, industriales, económicas o de servicios, correctamente autorizadas por la autoridad sanitaria provincial o de CABA. En los restaurantes de AMBA se establece el aforo de no más del 30%. Además, deberán seguir los protocolos vigentes. Protocolos especiales para actividades artísticas y deportivas. Prórroga de salidas de esparcimiento hasta el día 29 de noviembre del año 2020. La prohibición de ingreso al territorio nacional se extenderá hasta el día 29 de noviembre del año 2020.
N° 956/2020 29/11/2020 ASPO y DISPO.	Prórroga del ASPO y DISPO desde el día 30 de noviembre hasta el día 20 de diciembre del año 2020. Prórroga de salidas de esparcimiento hasta el día 20 de diciembre del año 2020. La prohibición de ingreso al territorio nacional se extenderá hasta el día 20 de diciembre del año 2020.
N° 1033/2020 20/12/2020 ASPO y DISPO.	Prórroga del ASPO y del DISPO desde el día 21 de diciembre del año 2020 hasta el día 31 de enero del año 2021. No se aplicará el ASPO en ningún departamento o aglomerado urbano. Sólo registrará el DISPO.

	Se permite la participación hasta 20 personas en eventos culturales, religiosos, sociales o recreativos en espacios cerrados, mientras que en espacios al aire libre se autorizó el número máximo de 100 personas. Se prorrogan las salidas de esparcimiento hasta el día 31 de enero del año 2021. La prohibición de ingreso al territorio nacional se extenderá hasta el día 31 de enero del año 2021.
N° 67/2021 29/01/2021 ASPO y DISPO.	El ASPO y el DISPO regirán desde el día 1 de febrero hasta el día 28 de febrero del año 2021. Las salidas sanitarias se extienden hasta el 28 de febrero del año 2021. La prohibición de ingreso al país, se extenderá hasta el 28 de febrero del 2021. Continúan las prohibiciones de actividades que reúnan una alta densidad poblacional. Se permiten las reuniones sociales al aire libre, respetando los recaudos estipulados por el Ministerio de Salud.
N° 125/2021 27/02/2021 ASPO y DISPO	El ASPO y el DISPO se aplican desde el día 1 de marzo hasta el día 12 de marzo del año 2021. Se mantienen los límites de circulación en ciertas zonas y dentro de la franja horaria que establezca la autoridad competente de la jurisdicción. Se sigue con la imposición de protocolos, monitoreos geográficos y plazos de aislamiento por 14 días. La prohibición de ingreso al país, se extenderá hasta el 12 de marzo del 2021.
N° 167/2021 11/03/2021 Emergencia Sanitaria. Prórroga.	Se prorroga la emergencia sanitaria hasta el 31 de diciembre del 2021. Se estipula que los aquellos que sean considerados como casos sospechosos y contactos estrechos, deberán cumplir el ASPO por 14 días, mientras que los casos confirmados por 10 días.
N° 168/2021 12/03/2021 DISPO. Prórroga.	Extiende el DISPO hasta el 9 de abril del 2021. Modifica algunos artículos del DNU N° 125/2021. Dispone que las autoridades de las provincias y de CABA están facultadas para ordenar el ASPO cuando se presenten casos confirmados, sospechosos o de contacto estrecho. La prohibición de ingreso al país se prorroga hasta el 9 de abril del 2021.
N° 235/2021 08/04/2021 Medidas generales de prevención.	Determina las medidas generales de prevención: ventilar los ambientes, utilizar tapabocas, higienizarse las manos, mantener la distancia de 2 metros, cubrirse al toser o estornudar, cumplir con el ASPO y desarrollar los protocolos asignados a distintas actividades. Inserta la importancia del teletrabajo y sus excepciones (no podrán ejercerlo el personal de las fuerzas armadas, del servicio penitenciario, de la ANMAT, etc.) Prohibición de realizar reuniones de esparcimiento en ambientes laborales, viajes de egresados, excursiones turísticas y reuniones de más de 10 personas. Establece dos categorías de lugares: de “Alto Riesgo Epidemiológico y Sanitario” y de “Riesgo Epidemiológico y Sanitario Medio”. Estipula plazos para la restricción de circulación nocturna en lugares con alto riesgo (desde las 0 horas hasta las 6 horas), con excepción del personal esencial, entre otros supuestos. El aforo en lugares cerrados, tendrá que ser del 30%. El cierre de fronteras se extiende hasta el 30 de abril del 2021.
N° 241/2021 15/04/2021 Medidas generales de prevención y disposiciones locales.	Implementa modificaciones al DNU 235/2021. Suspende las actividades en centros comerciales y actividades deportivas o religiosas que se hagan en espacios cerrados; además fija plazos de permanencia en locales gastronómicos y locales comerciales, que no deberán extenderse desde las 19 hs hasta las 6 hs. Todo ello, se aplica a lugares de alto riesgo. En AMBA, la restricción para circular se impone desde las 20 hs hasta las 6 hs. Se incorpora al personal de la Dirección General de Aduanas dentro de la categoría de esencial.
N° 287/2021	Las medidas regirán desde el 1 de mayo hasta el 21 de mayo del 2021. Incorpora la calificación de “Bajo Riesgo Epidemiológico y Sanitario”.

30/04/2021 Medidas generales de prevención.	Los índices de medición y clasificación de las zonas de alto, medio o mediano y bajo riesgo, dependerán de la densidad poblacional de la jurisdicción y del número de contagios. El aforo habilitado para espacios cerrados, será como máximo del 50%. Mientras que, en los locales comerciales que no estén al aire libre, deberá ser del 30%. Continúan las restricciones de circulación nocturna y la suspensión de actividades que generen aglomerados.
N° 334/2021 21/05/2021 Prórroga del DNU N° 287/2021.	Extiende las medidas contenidas en el DNU 287/2021 hasta el día 11 de junio del 2021. Ordena medidas adicionales de prevención hasta el día 6 de junio del 2021, que serán aplicadas en zonas de alto riesgo epidemiológico. Las mismas contemplan: la suspensión de las actividades presenciales relacionadas con la economía, la industria, la educación, etc.; la restricción de circulación nocturna desde las 18hs hasta las 6hs y los desplazamientos necesarios para obtener insumos médicos o alimentos. Continúa el listado del personal exceptuado de cumplir con las restricciones de circulación y se suman otros casos que ameritan ser considerados por ser urgentes o necesarios (ej. El retiro de alimentos).
N° 381/2021 11/06/2021 Prórroga del DNU N° 287/2021.	El DNU 287/2021, continúa hasta el día 25 de junio del 2021 y adopta las mismas medidas adicionales de prevención que han sido fijadas por el DNU 334/2021.
N°411/2021 25/06/2021 Medidas generales de prevención del Covid-19.	Contempla las mismas medidas entabladas por el DNU 287/2021, que serán extendidas hasta el 9 de julio del 2021.
N° 455/2021 09/07/2021 Medidas generales de prevención del Covid-19.	Prorroga las medidas de prevención hasta el día 6 de agosto del 2021, ajustándose al DNU 287/2021.
N° 494/2021 06/08/2021 Nuevas medidas generales de prevención.	Las medidas de control y prevención se extienden hasta el 1 de octubre del 2021. Establece los parámetros que serán utilizados para determinar las situaciones de alarma epidemiológica y sanitaria. Los mismos evaluarán la cantidad de pacientes internados en UTI y la ocupación de camas. Prohíbe las actividades masivas de más de 1000 personas y las reuniones sociales de más de 100 personas al aire libre. Indica un aforo del 70% para espacios cerrados. Permite la presencialidad programada en sectores de la Administración Pública Nacional, en escuelas y en actividades no escolares. Ordena restricciones temporarias para la realización de eventos masivos, de actividades industriales, culturales, religiosas, sociales y demás que se desarrollen en espacios cerrados; por el plazo de 9 días en lugares catalogados de alto riesgo. También estipula la restricción del libre circular desde las 20hs hasta las 6hs. Prorroga el cierre de fronteras hasta el 1 de octubre del 2021.
N° 678/2021 01/10/2021 Nuevas medidas generales de prevención.	Las medidas de prevención rigen hasta el 31 de diciembre del 2021. Indica que, para los eventos de más de 1000 personas, se tendrá en cuenta el aforo del 50% tanto para espacios abiertos como cerrados. Mantiene la necesidad de realizarse testeos, de completar la vacunación con dos dosis, de ejecutar los protocolos adecuados, de monitorear el avance epidemiológico y de seguir las condiciones de seguridad e higiene. Prorroga el cierre de fronteras hasta el 31 de octubre y otorga la apertura de las mismas a partir del 1 de noviembre del 2021.
N° 867/2021	Prorroga la emergencia sanitaria hasta el 31 de diciembre del año 2022.

23/12/2021 Prórroga de la emergencia sanitaria.	Hace hincapié en el avance de la campaña de vacunación y la contención de la evolución de las nuevas cepas del virus. Reduce el plazo de aislamiento a 10 días para los casos confirmados, sospechosos y de contacto estrecho. Mientras que para las personas que provengan del exterior, el periodo de confinamiento será de 14 días. Exige el cumplimiento de la vacunación, de al menos 14 días, para las personas extranjeras no residentes que ingresen al país.
--	--

Nota de supervisión del Trabajo Final

Buenos Aires, febrero 2 del 2022

Por la presente, dejo constancia que el trabajo realizado por la alumna Migliavacca, Carla Amanda, titulado “**Poder de Policía. El principio de razonabilidad como límite jurídico en la emergencia sanitaria ocasionada por el Covid-19**”, ha sido realizado bajo mi supervisión y el mismo se encuentra en condiciones de ser presentado para la etapa de evaluación.

Sin otro en particular, saludo a Ud. atentamente.

Prof. Iris Asorey.