

Emergencia sanitaria y control del poder de los estados provinciales. Estudio de la jurisprudencia de la corte Suprema de Justicia argentina (2020/2021)

Control of federal states public decisions during the pandemic. Study of the Argentine Supreme Court Jurisprudence (2020/2021)

Mauricio GOLDFARB*

RESUMEN: Este trabajo analiza la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina entre marzo de 2020 y junio de 2021 acerca de la razonabilidad y legitimidad de las medidas adoptadas por los estados locales para el control de la pandemia por COVID-19. Para ello, se pasa revista a todos los pronunciamientos sobre la materia emitidos por el alto tribunal, exponiendo el contexto en el que fueron dictados y las implicancias del control asumido por el poder judicial. De acuerdo a los resultados de la investigación, se verifica que el máximo tribunal ha auto restringido sus facultades de control sobre las medidas de excepción adoptadas en la crisis sanitaria, reduciendo su intervención efectiva a pocos casos de evidente arbitrariedad, irrazonabilidad o urgencia.

* Abogado, Especialista en Derecho Administrativo, Doctor en Derecho. Egresado de la Universidad Nacional del Nordeste (Argentina), docente por concurso de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste. Contacto: <estudiogoldfarb@hotmail.com>. ORCID: 0000-0002-9152-7638. Fecha de recepción: 31/10/2021. Fecha de aprobación: 07/03/2021.

PALABRAS CLAVE: derechos humanos; pandemia; tutela efectiva de los derechos; garantías; razonabilidad.

ABSTRACT: This paper analyzes the jurisprudence of the Supreme Court of Justice of Argentina between March 2020 and June 2021 regarding the reasonableness and legitimacy of the measures adopted by local states to control the COVID-19 pandemic. For this, it exposes all the pronouncements on the issue by the high court, revealing their context and the implications of the limits control by the judiciary. According to the results of the investigation, it is verified that the highest court has self-restricted its powers of control over the exceptional measures adopted in the health crisis, reducing its effective intervention to a few cases of evident arbitrariness, unreasonableness or urgency.

KEYWORDS: human rights; pandemic; effective protection of rights; guarantees; reasonableness.

I. INTRODUCCIÓN

La inmensa crisis global desatada por la pandemia del COVID-19 ha colocado -nuevamente- en discusión el siempre controvertido tema de la intervención estatal y de las potestades regulatorias de la conducta de los ciudadanos. Ante una situación a todas luces extraordinaria, también han sido excepcionales las medidas adoptadas por los Estados, que, en mayor o menor medida han significado una importante afectación de derechos tan fundamentales como la libertad ambulatoria, el derecho de reunión o el de realizar actividades lícitas.

Esta inédita extensión de la problemática sanitaria, sumado al desconocimiento de muchos de los aspectos médicos y científicos generó una enorme variedad de respuestas de los distintos estados nacionales: desde aquellos que optaron por restringir de modo total las actividades y la circulación con alcances nunca vistas en tiempos modernos, hasta aquellos otros países, que, al menos en una primera etapa, adoptaron una postura de casi indiferencia a la extensión de la enfermedad. A esta variedad de conductas, cabe agregar que, en muchos casos, las decisiones se fueron modificando con el tiempo, con marchas y contramarchas que la mayoría de las veces solo aportaron mayor confusión a la población.

El solo relevamiento de todas estas medidas públicas excede largamente el objeto de este trabajo y las capacidades del autor. En cambio, lo que sí pretende este trabajo es hacer un repaso crítico de algunos criterios utilizados judicialmente para evaluar la legitimidad de estas medidas de restricción en el marco del Estado Constitucional de Derecho, superando las circunstancias particulares del caso y buscando pautas de generales de evaluación, que puedan ser útiles tanto para su resolución en sede judicial como para la elaboración de políticas y programas de atención de las futuras etapas de la crisis o de situaciones similares futuras.

En los capítulos siguientes comentaremos los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina sobre las facultades

de los estados provinciales, en cuanto han sido objeto de impugnación, que restringieron derechos de los ciudadanos con motivo del combate contra la pandemia. La hipótesis de trabajo es que el máximo tribunal de la Nación ha auto restringido sus facultades de control sobre las medidas de excepción adoptadas en la crisis sanitaria, reduciendo su intervención efectiva a pocos casos de evidente arbitrariedad, irrazonabilidad o urgencia. Para finalizar el trabajo, incluimos algunas reflexiones sobre la valoración jurídica de las decisiones del máximo tribunal nacional en el marco de esta emergencia.

II. METODOLOGÍA

Esta investigación utilizó principalmente procedimientos cualitativos, para lograr una mejor comprensión del objeto de estudio. Los datos de campo han sido extraídos de la página web oficial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina (CSJN); los aspectos teóricos, consultando la bibliografía de referencia.

La unidad de análisis comprende los fallos dictados sobre esta materia durante el período que va de marzo de 2020 y hasta junio de 2021. Al tratarse del máximo tribunal nacional, la doctrina que emana de su jurisprudencia posee un impacto directo en todo el territorio argentino. Aunque la unidad de análisis se circunscribe al ámbito geográfico nacional argentino, muchas de sus conclusiones son extensibles a otras jurisdicciones nacionales –especialmente a los países de estructura federal-, por la semejanza del marco fáctico generado por la pandemia y del producto normativo emergente de esta situación excepcional.

III. FACULTADES DEL ESTADO FEDERAL Y DE LOS ESTADOS PROVINCIALES PARA LA TUTELA DE LA SALUBRIDAD

De acuerdo con la organización constitucional adoptada por la Argentina como un estado federal,¹ tanto el gobierno central como los Estados provinciales y municipales, cuentan con facultades normativas, lo que conforma un plexo normativo no solo muy extenso, sino también muy variado y complejo, en ocasiones, de difícil comprensión. En la especial circunstancia que ahora nos ocupa, el Poder Ejecutivo Nacional tomó un papel más que protagónico, casi exclusivo.² Así, la primera de las normas de excepción –a la que luego seguiría un gran número de ampliaciones y prórrogas, muchas de ellas aún vigentes- fue el Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) 297/2020. Se trataba de un decreto de necesidad y urgencia que en su artículo 1 disponía -para todas las personas que habitaban en el país o se encontraran en él en forma temporaria- un “Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio” (ASPO). El artículo 2 del DNU precisaba el significado del ASPO:

Las personas deberán permanecer en sus residencias habituales o en la residencia en que se encuentren a las 00:00 horas del día 20 de marzo de 2020, momento de inicio de la medida dispuesta. Deberán abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo y no podrán desplazarse por rutas, vías y espacios públicos, todo ello con el fin de prevenir la circulación y el contagio del virus CO-

¹ Constitución Nacional, artículo 1: “La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa, republicana y federal, según la establece la presente Constitución”.

² La situación no fue exclusiva de Argentina, sino que se replicó en muchos países. Ver SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, “Notas sobre el ejercicio de las potestades normativas en tiempos de pandemia”, en Blanquer, David (ed.) *COVID-19 y derecho público: durante el estado de alarma y más allá*, Madrid, Tirant lo Blanch, p. 207 y siguientes.

VID-19 y la consiguiente afectación a la salud pública y los demás derechos subjetivos derivados, tales como la vida y la integridad física de las personas.

Solo quedaban exceptuadas de la prohibición de circulación (artículo 6) las personas afectadas a las “actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia” (personal de salud, fuerzas de seguridad, servicio meteorológico nacional, bomberos, autoridades superiores, control de tráfico aéreo, personas que deban asistir a otras con discapacidad o mayores o niños, afectadas a la realización de servicios funerarios, servicios de comunicación, supermercados, farmacias, ferreterías, industrias de alimentación, de higiene personal y limpieza; de equipamiento médico, medicamento, recolección de residuos, entre otras.

En lo que importa a nuestro objeto de estudio y en relación a la posibilidad de regulación por parte de los estados federales, el artículo 10 del Decreto preveía que:

Las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios dictarán las medidas necesarias para implementar lo dispuesto en el presente decreto, como delegados del gobierno federal, conforme lo establece el artículo 128 de la Constitución Nacional (CN), sin perjuicio de otras medidas que deban adoptar tanto las provincias, como la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como los Municipios, en ejercicio de sus competencias propias.

Es trascendente remarcar que en esta última parte del propio texto del DNU se reconoce el carácter concurrente de las facultades de las provincias y municipios para la tutela de la salud pública. En ejercicio de tales competencias y de la autorización a los gobernadores en los términos del artículo 128 de la Constitución³

³ CN, artículo 128: “Los gobernadores de provincia son agentes naturales del Gobierno federal para hacer cumplir la Constitución y las leyes de la Nación”.

–a la par de los poderes no delegados por el artículo 121- los estados locales dictaron un importante número de regulaciones sobre la materia. Sin embargo, el carácter de “delegados del gobierno federal” no implica un supuesto de subordinación jerárquica de los funcionarios provinciales al gobierno federal. El significado de esta norma constitucional, en una interpretación armónica con la forma de estado federal asumida por el Estado Argentino, obliga a los gobernadores a respetar las normas del bloque normativo superior y a no obstaculizar de modo directo o indirecto las normas emanadas del gobierno nacional⁴.

Al igual que en el caso del Estado Federal, en los estados provinciales fueron los poderes ejecutivos los que asumieron el rol casi exclusivo en materia de regulación, en un claro desmedro de las facultades que las constituciones provinciales colocan en cabeza de las legislaturas. Desde antaño, la Corte Suprema ha reconocido, con fundamento en el original artículo 104 (actualmente 121) de la CN ⁵, que corresponde a las provincias el ejercicio del poder de policía en materia de moralidad, seguridad y, en lo que interesa a este artículo, salubridad. Esta facultad es concurrente con la facultad del gobierno federal de regular los derechos de las personas (artículo 75 inciso 18). De este modo, la CN otorga tanto al Congreso competencia para tomar decisiones concernientes a los intereses del país como un todo, como a las provincias para dictar leyes con imperio exclusivamente dentro de su territorio.

¿Pero qué ocurre cuando las normas locales contienen regulaciones diferentes a las federales? ¿Cuál es el límite para delimitar las competencias de los dos órdenes de regulación? La cuestión del equilibrio entre ambos ordenes normativos es compleja. Recientemente, la Corte Suprema, ha tenido ocasión de señalar es-

⁴ GELLI, María A., *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2010, Tomo II, pp. 613 y ss.

⁵ CN, artículo 121: “Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación”.

tos límites en la causa “*Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ acción declarativa de inconstitucionalidad*”. El 15 de abril de 2021 el Poder Ejecutivo Nacional dictó el DNU 241/2021, que dispuso una nueva serie de medidas sanitarias. Una de estas fue la suspensión de las clases presenciales en el Área Metropolitana de Buenos Aires conformada por el conglomerado urbano de la Ciudad de Buenos Aires (CABA) y el conurbano que la rodea. Al día siguiente, el gobierno de CABA presentó una demanda ante la Corte Suprema, con el fin de que se declarara la inconstitucionalidad de esa medida. Luego del trámite de rigor, el 4 de mayo la Corte dictó sentencia, haciendo lugar a la acción. El fallo sostuvo la incompetencia del gobierno nacional para regular una materia que, por imperio del artículo 129 de la CN⁶, le corresponde como regla al estado local. Para fundar la decisión, los ministros expresaron que tanto la autonomía de la CABA como verdadera ciudad federada⁷ para definir la modalidad educativa, como la atribución federal para atender a la emergencia sanitaria debían entenderse en el marco del federalismo que ordena la CN y considerando el carácter concurrente de sus competencias. Y que, en caso de duda, la regla es siempre la interpretación restrictiva de las potestades federales. Por eso, la Corte sostuvo que el DNU 241/2021 adolecía de insuficiente justificación para ejercer una competencia sanitaria que suspendiera la modalidad presencial de la educación en la ciudad.

⁶ CN, artículo 129: “La ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de Gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción, y su jefe de gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad. Una ley garantizará los intereses del Estado nacional mientras la ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación. En el marco de lo dispuesto en este artículo, el Congreso de la Nación convocará a los habitantes de la ciudad de Buenos Aires para que, mediante los representantes que elijan a ese efecto, dicten el estatuto organizativo de sus instituciones”.

⁷ GELLI, María A., *op. cit.*, t. II, p. 628 y ss.

Así, el Estado Federal en lugar de ejercer una atribución propia, invadió una competencia ajena, propia del estado local.

En su voto individual, el entonces presidente de la Corte doctor Carlos Rosenkrantz profundizó en la ilegitimidad de la decisión del Estado Nacional, y subrayó que la norma no podía sostenerse como válida ni siquiera en un contexto de emergencia, ya que:

La emergencia no es una franquicia para ignorar el derecho vigente. La emergencia está sujeta al derecho en este país, en tanto también es una situación jurídicamente regulada y ella no implica en modo alguno que cualquier medida que pudiera representarse como eficaz para atender la situación sea, por esa sola razón, constitucionalmente admisible. No debe perderse de vista que la emergencia, si bien puede proporcionar la ocasión para ejercer un poder existente, no crea poderes nuevos.

La reflexión *obiter dictum* del doctor Rosenkrantz no es menor. Aun en un contexto de verdadera emergencia –más aún cuando ella ya empezaba a ser superada- el sometimiento del Estado al derecho y el respeto a los derechos y garantías de los ciudadanos jamás debe ser desconocido.

IV. LOS FALLOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (MARZO 2020-JUNIO 2021)

En este capítulo, pasaremos revista a los fallos dictados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los procesos donde se cuestionaron las facultades de los gobiernos locales para imponer restricciones a los derechos de las personas, con fundamento en la tutela de la salud pública.

A) LOS PEDIDOS DE INFORMES A LAS PROVINCIAS

En un primer grupo de casos llegados a conocimiento de la Corte, el 10 de septiembre de 2020, el máximo tribunal dictó 5 resoluciones en sendos expedientes, en los que requirió a las provincias de San Luis, Córdoba, Formosa, Corrientes y Salta informes respecto de las normas dictadas sobre restricciones a la circulación de las personas. A continuación, examinaremos los hechos de los casos que dieron origen a estas decisiones, para una mejor comprensión.

Crescia, Ernesto Omar c/ Salta, Provincia de s/ amparo (10/09/20)

El actor, con domicilio en la CABA, promovió una acción de amparo en los términos del artículo 43 de la CN, a fin de hacer cesar el impedimento para acceder a su establecimiento agropecuario, ubicado en la localidad de La Candelaria (Salta), y para que la autoridad provincial se abstuviera de obligarlo a realizar, con carácter previo, una internación en un hotel de la vecina localidad de Rosario de la Frontera. Todas estas restricciones tenían fundamento en un protocolo aprobado para coordinar acciones en el marco de la pandemia. La Corte Suprema resolvió requerir informe -en el plazo 3 días- acerca de cuáles eran las medidas y protocolos adoptados por la autoridad provincial, y cuáles eran las razones por las que se le imponían condiciones adicionales para al ingreso del actor al territorio provincial.

Licores Nordeste S.R.L. c/ Provincia de Corrientes y otro s/ amparo ley 16.986 (10/09/20)

La firma Licores Nordeste S.R.L., con domicilio legal en la provincia del Chaco, interpuso acción de amparo a fin de que se permita el libre tránsito, circulación y acceso a la ciudad de Corrientes del personal dependiente de la empresa, que debía trasladarse desde la ciudad de Resistencia hacia aquella, y viceversa. En su demanda, la actora planteó el exceso y la irrazonabilidad de las medidas

establecidas y solicitó el dictado de una medida cautelar que garantice la libre circulación de los empleados de la empresa, siempre que no presenten los síntomas característicos del COVID-19. La jueza a cargo del Juzgado Federal de Primera Instancia de Resistencia N°1 se declaró incompetente para entender en la cuestión, por considerar que el asunto correspondía a la competencia originaria de la Corte Suprema, en tanto se encontraba demandada una provincia y la cuestión resultaba de contenido federal (art. 116 de la CN)⁸; y remitió las actuaciones a dicho tribunal. Recibida la causa, la Corte Suprema decidió requerir informe -en el plazo de 3 días- sobre cuáles eran las medidas y protocolos adoptados por las autoridades provinciales en el marco del ASPO previsto por el DNU 297/20 y sus prórrogas, en particular, aquellas referidas al personal de la empresa demandante y que restringían su libertad ambulatoria.

Borge, María Sol c/ San Luis, Provincia de s/medida autosatisfactiva (10/09/20)

La actora, con domicilio en la provincia de Buenos Aires, solicitó el dictado de una medida cautelar autosatisfactiva. Afirmó que se le prohibía el ingreso al territorio provincial y se le impedía el contacto con su hija menor -que vivía allí con su padre- violando así la Convención de los Derechos del Niño y la CN. La actora

⁸ CN, Artículo 116. “Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 12 del artículo 75; y por los tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la Nación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero”.

pretendía que se ordenara a la demandada permitir su ingreso y el de su pareja al territorio provincial y que los autorizara a alojarse en el hotel que ellos eligieran, en la localidad donde residía su hija, y no en el que el gobierno provincial designó, a unos 150 km del domicilio de la menor. La Corte, a pesar de la gravedad de la restricción de los derechos invocados, solo resolvió requerir a la provincia que informe -en el plazo de 3 días- cuáles eran las medidas y protocolos de ingreso a su jurisdicción, particularmente en lo que concernía a la actora y cuáles eran las razones que justificaban que se le impidiera el ingreso.

Sociedad Rural de Río Cuarto y otros c/ Provincia de San Luis - Poder Ejecutivo s/ amparo ley 16.986 (10/09/20)

La Sociedad Rural de Río Cuarto y otras entidades intermedias dedujeron acción de amparo contra la Provincia de San Luis ante el Juzgado Federal de Río Cuarto, denunciando que la demandada -con ilegalidad y arbitrariedad manifiesta- violaba sus derechos constitucionales de transitar, usar y disponer de la propiedad, ejercer industria lícita y profesar libremente el culto, así como los de cientos de ciudadanos y productores, en virtud del decreto 1894/2020 del gobierno de la provincia de San Luis, y los Protocolos de Ingreso y Egreso de la Provincia que habían dispuesto el cierre de rutas.

Los actores denunciaron que San Luis había levantado terraplenes en el límite interprovincial y que el tránsito estaba bloqueado afectando a las localidades cordobesas vinculadas estrechamente a ese estado. Explicaron que, para el sector agropecuario, se había dictado un protocolo que restringía el acceso a la provincia y que las personas afectadas debían optar por realizar una cuarentena de 14 días o realizarse un hisopado a su cargo. La Corte Suprema resolvió requerir a las provincias demandadas que informen, en el plazo de 3 días, cuáles eran las medidas y protocolos de ingreso a sus jurisdicciones, particularmente en lo que concernía al cierre de rutas, y, en su caso, cuáles serían las razones impedir

el ingreso a sus territorios de ciudadanos. Este caso es particular en varios sentidos: por un lado, por la existencia de un *litis consorcio* activo, que incluía personas físicas, personas jurídicas e instituciones intermedias; asimismo, por la multiplicidad de sujetos demandados (2 provincias y el Estado Nacional), así como por el conjunto de derechos constitucionales afectados (transitar libremente, disponer de la propiedad, trabajar y profesar libremente el culto).

Como se advierte del cotejo de las decisiones adoptadas por la Corte Suprema en este y en todos los otros pedidos de informes, resulta claro que el tribunal adoptó una conducta expectante, si se quiere conservadora, buscando obtener mayores elementos de juicio respecto de las medidas adoptadas, lo que conlleva, necesariamente, una mayor dilación en la respuesta jurisdiccional. Resulta evidente que esta demora en el pronunciamiento de fondo o cautelar sobre los casos puestos a su conocimiento pone en riesgo la tutela efectiva de los derechos, especialmente considerando la naturaleza e importancia de los derechos en juego (libertad ambulatoria, salud, integridad física, integridad familiar, entre otros).

Maggi, Mariano c/ Corrientes, Provincia de s/medida autosatisfactiva (10/09/20)

El mismo día que se dictaron las resoluciones anteriores, la Corte dictó la primera medida cautelar sobre la materia, con especial atención a la vulnerabilidad de la persona afectada por las medidas. Los hechos del caso eran los siguientes: El señor Mariano Maggi, con domicilio en la ciudad de Resistencia (Chaco), promovió una medida autosatisfactiva contra la provincia de Corrientes ante la jurisdicción provincial de su lugar de residencia, para lograr autorización judicial de ingreso a la ciudad de Corrientes para asistir a su madre Eulalia Benitez, quien se encontraba en dicha ciudad para someterse a un tratamiento oncológico de radioterapia. La obra social que les brindaba cobertura dispuso que el tratamiento oncológico debía realizarse en un centro médico

situado en la ciudad de Corrientes, el cual comenzó en julio de 2020 con sesiones semanales de radioterapia, cuyos efectos secundarios eran vómitos y dolores punzantes. En una primera etapa, madre e hijo se trasladaban en su automóvil particular hasta la ciudad de Corrientes, para lo cual gestionaban los permisos provinciales necesarios en el marco del ASPO y que se los obligaba a realizarse un hisopado cada siete días como requisito para poder pasar a la ciudad vecina. Frente a la dificultad que ello suponía, decidieron alquilar un departamento en Corrientes para que la paciente permaneciera allí durante el tratamiento, mientras que su hijo volvía a Resistencia y viajaba para acompañarla en cada sesión y asistirle posteriormente. Al querer reingresar a Corrientes, los policías destinados en el límite provincial, le impidieron hacerlo con fundamento en que no viajaba como acompañante, sino que iba solo, a pesar de haber insistido en que su madre se encontraba sola en aquella ciudad y que él, como único familiar, debía asistirle en su tratamiento oncológico.

La demanda –que incluía una medida cautelar de libre tránsito- se promovió ante el Juzgado Civil y Comercial N°8 de Resistencia que se declaró incompetente y remitió las actuaciones al Juzgado Federal N°1 de Resistencia. Este juzgado también se declaró incompetente, por entender que la causa era de competencia originaria y exclusiva de la Corte Suprema de Justicia (arg. art. 116 de la CN, *in fine*). Recibido el expediente, además de requerir informes a la provincia sobre las medidas adoptadas, la Corte despachó favorablemente la medida cautelar. Para así decidir, sostuvo que: “Corresponde acceder a la medida cautelar innovativa solicitada. En efecto, en el estrecho marco de conocimiento que ofrece el estudio de la cuestión, aparece con suficiente claridad que la situación del actor encuadra en el supuesto de excepción al aislamiento social, preventivo y obligatorio (ASPO) previsto por el art. 6°, inc. 50, del decreto 297/20 prorrogado sucesivamente [...] por tratarse de una persona que debe asistir a un familiar (su madre) que se encuentra realizando un tratamiento oncológico en la ciudad de Corrientes”.

El máximo tribunal destacó que, en las excepcionales y específicas circunstancias del caso: “Aparece como un exceso en las atribuciones de las autoridades provinciales (en coordinación con las nacionales, según se denuncia) que se le impida al señor Mariano Maggi su traslado a la ciudad de Corrientes para asistir a su madre durante el tratamiento al que debe someterse por la enfermedad que padece, con fundamento en que viaja solo y no acompañado por su familiar que necesita asistencia” (considerando 7). Por todo ello, el máximo tribunal concluyó que: “Frente a la clara necesidad de asistencia que requiere la señora Eulalia Benítez, las restricciones a la circulación que las autoridades encargadas de la fiscalización pretenden imponerle no resultan razonables, estrictamente necesarias, ni proporcionales, y tampoco se ajustan a los objetivos legales definidos en la regulación nacional que rige en la materia” (considerando 9).

En este caso, a diferencia de los reseñados previamente, se observa una respuesta oportuna y ajustada a derecho del tribunal, que no solo concedió la medida cautelar solicitada, sino que incluso formuló una primera pauta jurisprudencial sobre la ilegitimidad de aquellas medidas que no resultaren razonables o proporcionadas a los fines propuestos (la tutela de la salud pública).

El caso de la provincia de Formosa

Por sus particularidades, y por la cantidad de fallos dictados, el caso de las restricciones a la circulación adoptadas por la provincia de Formosa merece un capítulo aparte. En el inicio de la pandemia, Formosa fue una de las jurisdicciones menos afectadas, tanto que no registró casos hasta casi 3 meses después de iniciadas las restricciones. Sin embargo, esta baja cantidad de infectados fue el resultado de severas medidas de restricción, no ajustadas al orden jurídico como veremos a continuación. Esta afectación de los derechos humanos por las medidas para paliar la difusión del virus en la provincia de Formosa trascendió las fronteras argentinas. La organización Amnistía Internacional (AI) reclamó a

las autoridades de la provincia que todas las medidas adoptadas para combatir la pandemia fueran respetuosas de los derechos humanos. La organización denunció que, se obligaba a permanecer en los centros de aislamiento a personas con COVID positivo (con síntomas leves o asintomáticas) junto con personas que no tenían virus detectable, exponiéndolas así al contagio; y que, en muchos casos, no se brindaba a los ciudadanos de información sobre su salud. Del mismo modo, AI denunció que la duración de las cuarentenas excedía los 14 días y que las personas no tenían información sobre el tiempo que permanecerán alojadas ni sobre los criterios científicos para decidir su alta; que las personas eran trasladadas compulsivamente y luego vigiladas por personal policial, y que los centros no cumplirían con condiciones higiénicas y de salubridad mínimas. Ya en octubre de 2020, AI ya había denunciado la situación de las más de 8000 personas varadas que no podían regresar a Formosa desde el inicio de la emergencia sanitaria, como una situación violatoria de derechos humanos fundamentales.

Lee, Carlos Roberto y otros c/ Consejo de Atención Integral de la Emergencia Covid-19 Provincia de Formosa s/ amparo – amparo colectivo

La causa fue promovida por como un amparo colectivo ante el Juzgado Federal N°2 de Formosa. Los actores sostuvieron que, de manera arbitraria, se cercenaba el derecho de los habitantes de la Nación, en especial el de sus comprovincianos, de ingresar al territorio provincial, con fundamento en el “Programa de Ingreso Ordenado y Administrado de Personas a la Provincia de Formosa”. En estos autos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó dos resoluciones, cuyo contenido repasaremos a continuación.

Lee I (29/10/20)

Los actores solicitaron el dictado de una medida cautelar a fin de que se ordene a la provincia de Formosa el inmediato ingreso al territorio provincial de los ciudadanos que se encontraban varados y esperando por retornar a sus domicilios y, a fin de que se les permita realizar la cuarentena en sus domicilios o en hoteles costeados por ellos mismos. Sin pronunciarse de modo expreso respecto de su competencia originaria en la causa, el máximo Tribunal decidió requerir, como lo hiciera en los casos mencionados en el primer apartado, a la provincia que informara la cantidad precisa de pedidos de ingreso de personas al territorio provincial o de cualquier otra medida o protocolo adoptado en el marco de la pandemia provocada por la propagación del coronavirus COVID-19, como así también cuántos de esos pedidos habían sido admitidos y rechazados, y cuántos otros se encontraban pendientes de autorización, la fecha en la que se había otorgado la autorización y la del efectivo ingreso; los criterios aplicados para resolverlos y las razones que podrían justificar su rechazo.

Lee II (19/11/20)

Producido el informe requerido en su anterior resolución, la Corte hizo lugar a la medida cautelar solicitada. Para ello, ponderó que: “3°) Que, a modo de síntesis de lo informado por la Provincia de Formosa en cuanto aquí importa respecto de lo denunciado por los actores y de la medida cautelar solicitada, y sin perjuicio de que la provincia no ha informado las fechas requeridas a ese respecto, corresponde concluir que, en algo más de seis meses (desde que se dispuso el sistema de ingreso ordenado y administrado a la provincia, el 21 de abril, y hasta la fecha informada, el 31 de octubre, ambas del corriente año), han logrado ingresar al territorio formoseño menos de la mitad de las personas que lo han solicitado —concretamente, un 43,5% de los pedidos registrados—. Respecto de las esperas sufridas por

las personas solicitantes de ingreso para retornar a sus domicilios ubicados dentro de los límites provinciales -períodos durante los cuales se encontraban en las más variadas situaciones, algunas de ellas de alta vulnerabilidad—, conforme a la información brindada por la propia provincia [...] en algunos casos se extendieron por cuatro (4) meses”.

Para fundar la medida cautelar, la Corte Suprema resaltó:

7°) Que aun cuando es cierto que no hay derechos absolutos, no menos cierto es que el poder del gobierno para recortarlos de acuerdo con sus necesidades, sean o no de emergencia, es mucho menos que absoluto. Los tribunales deben examinar con creciente rigor las intervenciones en los derechos individuales, a medida que estas se tornan más intensas y prolongadas, para establecer no solo si está justificada la validez en general de la medida, sino también su alcance [...] 9°) Que, pese a que no pueden desconocerse las facultades con las que cuenta la Provincia de Formosa para establecer en su territorio las medidas de prevención que considere adecuadas en el contexto de la particular situación de emergencia sanitaria de efectos mundiales que está transcurriendo, dichas potestades deben ejercerse de modo razonable y respetando siempre estándares constitucionales. Sin perjuicio de reconocer los propósitos de protección de la salud pública perseguidos por el “Programa de Ingreso Ordenado y Administrado” instaurado por el Estado provincial, lo cierto es que, en los hechos, las restricciones establecidas por las autoridades locales no superan el test de razonabilidad que establece el artículo 28 de la Constitución Nacional, al suprimir libertades individuales más allá de lo tolerable, conforme surge del considerando 3° precedente. Sin que obste a tal conclusión la alternativa señalada por la provincia de ingresar asumiendo los costos económicos (estadia en hotel, alimentación, hisopados, atención médica y consigna policial). En tales condiciones, aun cuando pudiesen resultar adecuadas a la tutela de la salud pública, las medidas adoptadas

por las autoridades provinciales aparecen en su puesta en práctica, prima facie, como limitaciones irrazonables a la autonomía personal frente a la demora que se produce para concretar el ingreso de quienes lo requieren, incluso, de aquellas personas que, de acuerdo con la propia reglamentación local, se encontrarían dentro de los casos prioritarios.

Esta segunda resolución en la causa *Lee* es muy relevante, ya que la Corte ingresa en el análisis de la necesidad y en especial de la proporcionalidad y razonabilidad de las medidas adoptadas –incluso con mayor profundidad que en el caso *Maggi*, ya citado– condición que descarta por su absoluta desproporción y por la falta de justificación “*al suprimir libertades individuales más allá de lo tolerable*”.

Petcoff Naidenoff, Luis s/ habeas corpus (10/09/20)

El senador nacional Luis Petcoff Naidenoff promovió una demanda de habeas corpus contra la decisión del gobierno de la provincia de Formosa de suspender el ingreso de ciudadanos con residencia en dicha provincia “hasta tanto finalice la implementación del protocolo de bloqueo y control”. Como consecuencia de tal decisión, un grupo muy numeroso de ciudadanos se encontraban varados en la ruta 11 en el límite con la provincia del Chaco, debido a que la provincia de Formosa les impedía el ingreso para regresar a sus respectivos lugares de residencia en esta última. Las personas dormían en sus vehículos, a la intemperie o en las carpas y para alimentarse, dependían de los vecinos del lugar o de los choferes de los camiones que transitan por la ruta, quienes les proveían los víveres necesarios para subsistir. La decisión de la Corte Suprema fue requerir a la provincia de Formosa que informe al Tribunal en el plazo de 3 días cuales eran las medidas y protocolos adoptados para la atención del Covid-19 en lo que concernía las personas que se encontraban varadas en la ruta 11, y, en su caso, cuáles eran las razones impedir el regreso a sus lugares de residencia.

El pedido fue reiterado con fecha 29/10/20, a raíz de una presentación del actor que puso en conocimiento del tribunal el fallecimiento del señor Mauro Rubén Ledesma quién, después de haber “solicitado en varias oportunidades la habilitación para ingresar a la provincia” y ante la negativa a tal solicitud, habría optado por ingresar a nado a través del río Bermejo, ocasión en la que murió por ahogamiento.

Petcoff Naidenoff, Luis s/inhibitoria (25/02/21)

En la misma causa, se generó un conflicto positivo de competencia entre la justicia federal y la justicia provincial de Formosa que fue remitido a la Corte Suprema de Justicia, único órgano superior común a ambos tribunales.

La Corte Suprema, además de resolver la cuestión de la competencia, ordenó:

8º) Que, dada la trascendencia de las cuestiones involucradas, en forma excepcional y con carácter previo a dirimir el conflicto de competencia planteado, esta Corte, en su condición de custodio último de las garantías constitucionales, estima que es prioritario requerir información actualizada sobre la situación denunciada en relación a los centros de aislamiento preventivos de la Provincia de Formosa y encomendar a las autoridades públicas correspondientes que, lleven a cabo las gestiones necesarias para que -en el contexto de la emergencia declarada por la propagación del virus COVID-19-, sean respetados y protegidos los estándares constitucionales y convencionales concernientes a los derechos humanos.

Y, al igual que en los otros casos análogos ya reseñados, la decisión de la Corte Federal fue requerir a la provincia informe en el plazo respecto de las medidas adoptadas. Pero, además, no es un dato menor que se incluyó una exhortación –*obiter dictum*– al gobierno provincial sobre la necesidad de llevar a cabo las

medidas sanitarias con arreglo a los estándares constitucionales y convencionales concernientes a los derechos humanos.

Ibarrola, Romina Natalia c/ Formosa, Provincia de s/ acción declarativa de certeza (12/03/21)

La actora promovió una acción contra la provincia de Formosa, a fin de que cesar el estado de incertidumbre en el que decía encontrarse frente a la pretensión de la demandada de obligarla a realizar un aislamiento compulsivo y de impedir el libre tránsito hasta la localidad de Clorinda, donde debía asistir a su madre, una paciente sometida a un prolongado tratamiento oncológico. En ese sentido, pidió que se declare la inconstitucionalidad del “Sistema ordenado y administrado” implementado por la provincia y de los “Centros de Aislamiento Preventivo” establecidos por la demandada con fundamento en las medidas sanitarias del decreto nacional 260/20 y normas concordantes, que le impedían el ingreso a la provincia, por vulnerar lo dispuesto por la CN, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, aprobado por la ley 23054); la Convención sobre los Derechos del Niño (leyes 23849 y 26061); la ley de derechos del paciente (ley 26529); y los artículos 51 y 52 del Código Civil y Comercial de la Nación.

La Corte ordenó la tutela cautelar solicitada. Para ello, hizo hincapié en el fundamento ya citado en *Maggi*:

10) Que la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió, el 9 de abril de 2020, una Declaración titulada “COVID- 19 y Derechos Humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de Derechos Humanos y respetando las obligaciones internacionales”, a fin de instar a que la adopción y la implementación de medidas, dentro de la estrategia y esfuerzos que los Estados Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos están realizando para abordar y contener esta situación que concierne a la vida y salud pública, se efectúe en el marco del Estado de Derecho, con el pleno respeto a los instrumentos

interamericanos de protección de los derechos humanos y los estándares desarrollados en la jurisprudencia de ese Tribunal. [...] 12) Que en la normativa dictada por el Poder Ejecutivo Nacional [...] se ha establecido expresamente que “deberá autorizarse el acompañamiento durante la internación, en sus últimos días de vida, de los y las pacientes con diagnóstico confirmado de COVID-19 o de cualquier enfermedad o padecimiento” (artículo 26 del decreto 125/2021). La disposición citada prescribe también que, en tales casos, las normas provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires deberán prever la aplicación de un estricto protocolo de acompañamiento de pacientes que resguarde la salud del o de la acompañante, que cumpla con las recomendaciones e instrucciones del Ministerio de Salud de la Nación y de las autoridades sanitarias locales. Asimismo, que “los Gobernadores y las Gobernadoras de Provincias y el Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dictarán las correspondientes reglamentaciones. En efecto, en el estrecho marco de conocimiento que ofrece el estudio de la cuestión en esta instancia, surge *prima facie* que, en el caso, de sustancial analogía además a las prescripciones del citado decreto 125/2021, de conformidad con la documentación acompañada, las condiciones de ingreso a su territorio impuestas por la provincia no se ajustan a los casos de urgencia previstos en la norma, al mismo tiempo que aparecen —de acuerdo a los argumentos desarrollados precedentemente— como una limitación irrazonable al derecho de acompañar a un familiar enfermo.

En este caso vemos nuevamente una respuesta cautelar del tribunal, con el propósito de evitar daños irreparables, en una situación a todas luces extrema. Así, la decisión de la Corte Suprema fue ordenar a Formosa que permita a la actora el ingreso al territorio provincial a los efectos de acompañar a su madre enferma, garantizando así el derecho a la libre circulación y protegiendo la salud e integridad física de una persona especialmente vulnerable.

V. DISCUSIÓN SOBRE LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

Del relevamiento que hemos realizado a la jurisprudencia de la Corte Suprema, resulta que, en 5 de los casos resueltos el tribunal se ha limitado a solicitar informes a las autoridades provinciales sobre las medidas de restricción adoptadas (los casos que involucran a las provincias de San Luis, Córdoba, Corrientes y Salta), sin que a la fecha de redacción de este trabajo se hayan dictado nuevas resoluciones en estas causas.

En el período en estudio, la Corte Suprema dictó también 3 medidas cautelares. Estas fueron las causas *Maggi e Ibarrola* (sobre asistencia de familiares a personas con patologías oncológicas en Corrientes y Formosa) y *Lee* (sobre el acceso de personas a la provincia de Formosa a las que no se les permitía reingresar y realizar la cuarentena en sus domicilios). Si bien existen muchos antecedentes de medidas cautelares dictadas por la Corte Federal, no es común que se dicten resoluciones de esta naturaleza antes de estar siquiera declarada la competencia del tribunal. Además, y sin llegar a ser una medida cautelar, en el caso *Naidenoff*, además de solicitar informe sobre las medidas, se incluyó una exhortación a la provincia de Formosa para que se cumplan los estándares constitucionales y convencionales para la tutela de los derechos humanos.

Sin embargo, a la par de estos pronunciamientos, la Corte Suprema ha omitido expedirse de manera contundente respecto de la validez de las restricciones en el orden nacional, salvo en la cuestión formal ya referida en el caso *Gobierno de la Ciudad*. De este modo, no se ha emitido juicio respecto de la legitimidad de la vía utilizada por el Poder Ejecutivo Nacional (DNU), normas que luego dieron pie a las medidas dictadas por los gobiernos locales. El tribunal tampoco se ha pronunciado –siempre considerando las normas nacionales– respecto de la validez constitucional de las restricciones atendiendo a su intensidad, duración o razonabilidad, y en el único caso en que invalidó un DNU dictado por el

Ejecutivo Nacional lo fue exclusivamente con un argumento referido a la invasión de competencias, en el ya citado caso *Gobierno de la Ciudad*⁹.

En este sentido, parece muy dudoso que a la fecha de finalización de este trabajo no hayan llegado casos de impugnación directa sobre estos aspectos, por lo que es más probable que la Corte haya entendido más prudente no expedirse todavía sobre estos aspectos. Esta postura demuestra una evidente auto limitación del máximo tribunal, que ha restringido su intervención a supuestos muy evidentes de irrazonabilidad de las medidas de “segundo grado” dictadas por las autoridades provinciales (impedimento de atención a familiares enfermos o condiciones inhumanas de hacinamiento), e incluso generando trámites previos de pedidos de informes que luego no fueron seguidos de resoluciones sobre el fondo, omitiendo un examen amplio de la legitimidad (por ejemplo, respecto de la competencia de los poderes ejecutivos provinciales), la necesidad o la proporcionalidad de las medidas adoptadas.

Y es que, de acuerdo al diseño constitucional argentino, todos los habitantes gozan de sus derechos fundamentales conforme las leyes que reglamentan su ejercicio (artículo 14 *in fine* de la CN). Este principio determina que ningún derecho es absoluto, y que puede ser regulado o acotado por las leyes, por razones de interés público, cuidando siempre de no alterarlos o desnaturalizarlos (artículo 28 CN). Surgen así, dos principios rectores en materia de regulación de derechos: los principios de legalidad y razonabilidad, de modo que solo pueden aceptarse las menores restricciones posibles, y en tanto sean necesarias y proporcionadas a los fines perseguidos. Otros dos principios constitucionales que se erigen como guías para la regulación, son los de igualdad (artículo

⁹ Esta falta de pronunciamiento del máximo tribunal ha merecido la crítica de la doctrina nacional. Ver BIANCHI Alberto, “La Ciudad de Buenos Aires como sujeto aforado de la competencia originaria de la Corte Suprema (Preguntas y reflexiones críticas)” en *La Ley*, 3/08/2021.

lo 16 de la CN) y el de reserva de ley del artículo 19.¹⁰ Por aplicación de estos principios, no pueden dictarse reglas que violen la igualdad ante la ley de los habitantes (estableciendo distinciones irrazonables, discriminatorias o que no contemplen la situación de los más vulnerables) o que avancen sobre su esfera íntima, personal y privada.

Hoy, transcurridos casi dos años del inicio de la crisis, parece muy difícil sostener -como sí ocurrió al inicio de la pandemia¹¹- la imposibilidad de recurrir a los órganos constitucionalmente previstos para la regulación de las conductas o la restricción de los derechos, tanto en tiempos de normalidad como de emergencia: El Congreso de la Nación y las legislaturas provinciales¹².

Justamente sobre este último punto, parece importante destacar que, así como el Poder Ejecutivo Nacional ha asumido la tarea regulatoria en el orden nacional –determinando una verdadera legalidad paralela-¹³, un fenómeno similar ha tenido lugar en el orden provincial, donde los gobernadores han sido los voceros,

¹⁰ BALBÍN, Carlos, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2011; GOLDFARB, M., Límites constitucionales y convencionales a las normas dictadas en la emergencia por COVID-19 en la República Argentina, *AIS: Ars Iuris Salmanticensis*, Vol. 9 N°1 (2021), 125–142. Disponible en: <<https://doi.org/10.14201/AIS202191125142>>.

¹¹ CASSAGNE, Ezequiel, “El rol del Estado en la emergencia ocasionada por el COVID-19”, *La Ley*, 2 de junio de 2020.

¹² AGUILAR VALDEZ, Oscar, “¿Salud pública vs. Estado de Derecho? Reflexiones sobre el Estado Sanitario y Administrativo de Excepción” en *La Ley Derecho Administrativo y Coronavirus*, 25 de mayo de 2020.; BUTELER Alfonso, “La potestad reglamentaria en la emergencia sanitaria”, *La Ley* 25 de mayo de 2020; THOMAS, Gustavo, *El Estado en la emergencia del COVID-19*, Rosario, Nova Tesis, 2020.

¹³ GARCÍA PULLÉS, Fernando, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015, p. 293, GORDILLLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2013.

transmisores y emisores de las medidas en el orden local. En este sentido, el papel de los gobernadores como delegados del gobierno federal ha sido ejercido de un modo desproporcionado y sin sustento institucional tanto a nivel del derecho público federal como provincial. Dicho en otras palabras: No son los gobernadores los órganos facultados para dictar normas restrictivas de la conducta de las personas. Solo los órganos legislativos, y siempre en el ámbito de sus competencias y de acuerdo al resto del ordenamiento constitucional y convencional, pueden establecer límites a la libertad de los ciudadanos.

Si la libertad, aún en el marco de la emergencia como lo señaló el ministro Rosenkrantz en su voto en la causa *Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires*, es la regla y el principio cualquier restricción debe interpretarse con carácter restrictivo, y privilegiando siempre la mayor amplitud de los derechos fundamentales y la dignidad de las personas. Por eso, toda restricción a los derechos, en algunos casos necesaria y hasta conveniente para la tutela del interés general, debe ser dictada de conformidad a las reglas fijadas en las normas constitucionales y los tratados de Derechos Humanos suscriptos por la República Argentina. Además, debe estar claramente justificada en criterios científicos debidamente explicitados y basada en una norma legal y razonable, interpretada además siempre de acuerdo al principio *pro homine* (Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículos 26 y 29 inciso b), como lo ha destacado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹⁴.

Sin perjuicio de que a esta situación seguirán –como lo predicen todos los expertos– nuevas emergencias, sean estas sanitarias, climáticas o de otra índole, resulta imprescindible que el poder judicial se expida ante las eventuales impugnaciones de las decisiones asumidas en el marco de la crisis. El tema no es puramente teórico –o referido a los *checks and balances* del sistema constitucional y republicano– sino que tiene implicancias

¹⁴ CIDH, Resolución N°1/2020.

muy concretas: Durante todo este período se han dispuesto sanciones administrativas e incluso penales, que, de confirmarse una eventual inconstitucionalidad de las medidas, no tendrían sustento normativo. Además, en el mismo supuesto podría activarse el sistema de responsabilidad del Estado, para el caso de los daños causados a los particulares por su actividad ilegítima. De seguro el tema no se encuentra agotado, ya que falta que la Corte Suprema dicte los fallos sobre el fondo de los expedientes que hemos referido, así como de los seguramente muchos otros casos que llegaran a su conocimiento.

En materia de control jurisdiccional de esta tarea estatal, el examen debe ser amplio y verificando que cada medida cumpla con los principios de juridicidad y razonabilidad, buscando no solo la protección de los intereses de la comunidad, sino también la protección de los derechos y garantías individuales (.¹⁵ Por supuesto que dicho equilibrio –piedra angular del Derecho Administrativo- se presenta a menudo difícil. Pero no por ello, el Poder Judicial puede renunciar a su deber constitucional de examinar la legitimidad de las medidas, y, en su caso, hacer efectivos los sistemas de prevención de mayores daños o de reparación de los daños ya causados¹⁶, especialmente en lo que refiere a la situación de los grupos de personas más vulnerables (niños, ancianos, discapacitados, entre otros). Las reglas del propio sistema republicano así lo exigen: determinar con toda claridad las reglas y principios a seguir en la respuesta estatal a estas especiales circunstancias es primordial para una seguridad jurídica mínima y una tutela efectiva de los derechos.

¹⁵ ROJAS CALDERÓN, Christian y otros, *Derecho Público y Emergencia. Respuestas ante el COVID-19*, Madrid, Thomson Reuters, 2021.

¹⁶ Principios que resultan de la Ley de Responsabilidad del Estado (26944) y del Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26994).

