

# Pandemia Covid-19: derecho a la salud y su tutela estatal

por VICTOR MALAVOLTA, ORLANDO D. PULVIRENTI  
30 de Marzo de 2020  
[www.saij.gob.ar](http://www.saij.gob.ar)  
Id SAIJ: DACF200041

## 1. Introducción.

Tal como se replica en diversas voces, muchas científicas, otras filosóficas, la crisis desencadenada por el Covid-19 no reconoce precedentes próximos, ha cambiado múltiples paradigmas y seguridades, pone en crisis creencias y sistemas, de lo cual es posible suponer habrán de resultar cambios ulteriores. Pero en el interín, mientras se encuentre una manera de prevenir nuevos contagios - vacuna - o se logre una cura efectiva - remedio -, la Organización Mundial de la Salud recomienda como método efectivo para mitigar lo que se denomina la curva de contagios que satura cualquier sistema de sanidad nacional, la "cuarentena". Palabra que remite a tiempos pasados, pero que sigue significando lo mismo, aislar a las personas. Solución que por cierto y tal como también advierten psicólogos, psiquiatras y sociólogos afecta la propia condición gregaria del ser humano.

Ahora bien, desde su origen según se afirma entre noviembre y diciembre en la Provincia de Wuhan, República Comunista China, posiblemente transmitido de una especie animal a una persona, el coronavirus ha pasado de endemia a pandemia, comprometiendo al momento de este artículo la salud pública de todo el mundo con contagios registrados en casi todos los Países y acumulando fallecimientos en una escala que aterroriza por su proyección.

Ante ello, las medidas de aislamiento colectivo o por sectores etarios, con distintas características y grados de acuerdo a los Países, regiones, Provincias y Municipios, se han impuesto globalmente. Aún a pesar de ello, por su dramático efecto sobre la economía, la parálisis de actividades encuentra también discusiones entre visiones capitalistas liberales y concepciones que priorizan conceptos propios del Estado de Bienestar. Parece imponerse afortunadamente para la salud de las personas, la segunda opción. Ello claramente es lo que está ocurriendo en la Argentina. Ese conjunto de disposiciones en las cuales se instrumentan las medidas sanitarias se halla también inmerso en la misma vorágine. Para hacer aún más complejo el panorama en el País, la organización federal añade multiplicación de normas de toda índole sancionadas y publicadas en los últimos días. Considerarlas y poder hacer un breve comentario sobre ellas, requiere alguna forma de sistematización que les de coherencia y facilite su comprensión. El SAIJ ha hecho un gran progreso al momento de establecer en un único Digesto las disposiciones existentes.

Pero adicionalmente a esas normas Nacionales, los Gobiernos Provinciales y Municipales, han dictado las propias (y lamentablemente algunas vías de hecho administrativas) en el ámbito de su competencia, destinadas a mitigar, morigerar y en la medida de lo posible impedir la instalación y propagación de la pandemia, declarada como tal por la Organización Mundial de la Salud, del virus COVID-19(1).

Uno de los esquemas de análisis que provee una posible solución en la exégesis de pluralidad de disposiciones, es acudir a pirámides jerárquicas provenientes del sistema jurídico y del Estado de Derecho argentino. Tal organización del material, sin ingresar en simplificaciones metodológicas, se revela como suficiente en esta

contingencia por la que atraviesa la realidad para acercar algunas pautas interpretativas útiles tanto para el operador jurídico, como esencialmente para la comunidad destinataria de las regulaciones consideradas.

En lo que respecta a este estudio, se centrará particularmente en torno a los [DNU 260/2020](#) y [297/2020](#), por ser la que por su entidad y naturaleza, establece por el momento el marco central sobre el cual se asienta la declaración de emergencia y se dispone el contenido mínimo de restricciones aplicables a las libertades individuales en pos de la meta de evitar la enfermedad y los fallecimientos que de ella pudieran derivarse.

## 2. Los Derechos Humanos como punto de inicio.

En virtud de lo dispuesto por el [artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional](#) el primer parámetro a considerar son los tratados de derecho internacional de los derechos humanos. Sin ingresar en la teoría que jerarquiza a los derechos por su importancia, dado que la misma en realidad debe ser armonizada con el concepto de interdependencia de los Derechos Humanos entre sí<sup>(2)</sup>, es indudable que cobra en este momento particular relevancia tanto el derecho a la vida, como el derecho a la salud ineludiblemente vinculado al primero, en tanto lo garantiza, le brinda sentido y confluye en su sentido finalista<sup>(3)</sup>. En este contexto, tanto la Declaración Universal de Derechos del Hombre, su par Americana, la Convención Americana sobre Derechos del Hombre, y demás Tratados a los que la Argentina se obligó internacionalmente, priorizan el derecho a la vida, ya que lógicamente sin él, todos los otros serían imposibles. Y en esa dimensión ingresa la salud. La salud como contraria a la enfermedad, como un estado de bienestar al que aspira toda persona para desarrollar su existencia. En forma concordante, la Constitución Nacional, en sus artículos [33](#), [41](#) y [42, 75](#), entre otros, garantiza la plena vigencia del derecho a la salud. Lo dicho se refleja permanentemente en fallos judiciales de todos los tribunales del país, comenzando por la Corte Suprema de Justicia, en los que ante la falta de tratamiento, medicamentos, fármacos o negativa de ellos, usualmente se impone el pronto otorgamiento a quién lo solicita<sup>(4)</sup>.

La vida y su resguardo incluido en el derecho a la salud es un bien fundamental y cuando se trata de enfermedades graves, es claro que está íntimamente relacionado con el primero y con el principio de autonomía personal e incumbe al Estado actuar en su plena tutela<sup>(5)</sup>.

Establecido que en el máximo nivel de nuestro sistema, está el derecho a la vida y a la salud, cabe ver cómo compatibilizar y armonizar los otros derechos frente a ellos, en épocas de crisis. Y allí es, donde tanto la Convención Interamericana (arts. 27 y 30) como la Constitución Nacional ([23](#), [28](#), entre otros), permiten medidas excepcionales ante situaciones extraordinarias, y claramente la Pandemia, con el riesgo de enfermedad grave y muerte de los más vulnerables adquiere esa dimensión. Entonces es posible en tanto se respeten garantías necesarias a todo Estado de Derecho, particularmente control judicial efectivo de las medidas, y se actúe razonable y proporcionalmente, restringir o limitar otros derechos.

Cobra sí valor en este momento, la doble dimensión del derecho a la salud, en tanto presenta dos aspectos el de algunas obligaciones exigibles a fines de evitar daños a la salud, tanto por conductas de terceros, o por otras causas que pueden ser mitigadas por el obrar estadual, tales como epidemias o prevenir enfermedades evitables. Por otro lado, existen los deberes estaduales a garantizar un derecho a la atención o asistencia sanitaria<sup>(6)</sup>. En la misma dirección, Bidart Campos decía: "Bidart Campos<sup>13</sup> sostiene que el derecho a la salud "Como derecho implícito dentro de los clásicos derechos civiles, pudo tener como contenido inicial el derecho personal a que nadie infiera daño a la salud, con lo que el sujeto pasivo cumplía su única obligación omitiendo ese daño. El derecho a la salud exige, además de la abstención del daño, muchísimas prestaciones favorables que implican en determinados sujetos pasivos el deber de dar y hacer"<sup>(7)</sup>. Ahora bien, es un buen momento para recordar la causa Fallos: 319:3040, 17/12/1996, "[B.R.E. v. Policía Federal s amparo](#)" donde la CSJN

consideró razonable la obligación que se impuso al personal de la Policía Federal de ser sometido a análisis obligatorios de HIV en virtud de la protección de la salud pública. Allí al balancear el derecho a la autonomía a la voluntad respecto de la protección de la salud pública, acordó mayor discreción a la Policía Federal para el ejercicio del control de idoneidad sobre sus dependientes. De modo tal que realizando una interpretación extensiva de las excepciones legales previstas en los arts. 5°. 7° y 9° de la [ley 23.798](#) -que determinan específicamente en qué casos rige la detección obligatoria del virus de HIV- ha incorporado un nuevo supuesto de excepción que faculta de manera amplia la evaluación de aptitud laboral. La Corte, interpretó teleológicamente la ley 23.798 declarando el interés público de la lucha contra el SIDA, considerando que la misma ha sido creada en el ejercicio razonable del poder de policía a los fines de prestar un marco de mayor protección al bien jurídico salud pública cuya consecuencia tenida en miras por el legislador implica una razonable limitación de otros derechos de raigambre constitucional. Es decir ya existen precedentes donde se permite mayor injerencia estatal frente a una cuestión de un declarado interés público, tal como resulta la salud del resto de la comunidad(8). Dadas las características que casi unánimemente le atribuye la ciencia al coronavirus, en cuanto a su virtualidad de poner en riesgo la propia vida humana particularmente respecto de ciertos grupos particularmente vulnerables, es evidente que aquellas medidas que se adopten en pos de conjurar esa situación hacen a la obligación estadual, social y particular, de respetar la vida humana.

### 3. La herramienta de los DNU.

La herramienta legal a la cual se ha acudido en esta instancia, es decir el Decreto de Necesidad y Urgencia posiblemente por sus orígenes y algunos abusos históricos que ha corregido la Justicia, no goza de buena prensa; pero no es menos cierto que si existen situaciones que pueden justificar su uso, pocas encuadrarían tan razonablemente como ésta. Nos hallamos lamentablemente frente a una de aquellas casuísticas en las que no resulta posible aguardar los tiempos propios de deliberación y reflexión de los cuerpos legislativos.

Recordemos que en principio, el DNU es un acto de alcance general dictado por el Poder Ejecutivo con carácter excepcional, en ejercicio de una competencia orgánicamente atribuida al Poder Legislativo, con características que lo diferencian de la actividad reglamentaria ordinaria (materialmente legislativa), y que reúne los siguientes aspectos: 1. Sólo pueden emanar del Poder Ejecutivo stricto sensu, y no de sus órganos dependientes o autárquicos, exigiendo acuerdo general de ministros y el refrendo de ellos juntamente con el del jefe de gabinete de ministros(9); 2. Se trata de circunstancias excepcionales que impiden continuar el trámite legislativo ordinario(10); 3. No avanza sobre cuestiones penales o tributarias(11) y 4. Queda sujeto al trámite legislativo ulterior(12). Es que la ampliación y reglamentación de la emergencia sanitaria que había sido declarada por la [Ley 27.541](#), frente al nuevo panorama que abrió súbita y públicamente la Pandemia, implica una medida excepcional destinada en tiempos extraordinarios a evitar mayores daños.

En el caso particular de nuestro ordenamiento jurídico ese procedimiento requiere de la intervención obligada del Congreso, pero por la propia urgencia que supone conjurar la situación y los tiempos propios del debate parlamentario, es de toda lógica que pueda ejercer su facultad excepcional por vía del [artículo 99](#) inciso tercero el Poder Ejecutivo Nacional. En ese marco y con el límite de no poder disponer medidas de tipo penal o punitiva en virtud del propio límite que impone la Constitución nacional, sí corresponde que el Poder Ejecutivo que lleva adelante la administración del país y que puede actuar dada su composición unipersonal de manera inmediata y pronta, adopte tal postura para luego sí pasar por la convalidación deliberativa.

Y nos detenemos brevemente en la imposibilidad de dictar normas penales o tributarias, ambos DNU, el 260/2020 y el 297/2020, cuidadosamente remiten el accionar de las fuerzas policiales y de seguridad, así como de todo funcionario, al Código Penal y sus figuras ya existentes (artículos 205 y 239), no transgrediendo en modo alguna la prohibición citada.

El camino elegido entonces por parte del presidente de la Nación resulta conforme con derecho no mereciendo reproche alguno desde el punto de vista del marco jurídico imperante.

#### 4. Comentarios sobre el DNU 260/2020.

Respecto de su alcance, el DNU toma como causa a la Ley 27.541 que ya había declarado la emergencia pública en materia sanitaria, pero la amplía por un año en consonancia con la Pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) y por el plazo de un año a partir de la entrada en vigencia del presente; la cual lógicamente, podrá ser ampliada o reducida conforme a la evolución de la emergencia que se procura conjurar.

Por lo pronto, esta previsión dispone una limitación temporal que resulta necesaria para cualquier evaluación que sobre la razonabilidad de la medida quisiera realizarse judicialmente, esto en el marco de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Inmediatamente el DNU establece delegaciones y autorizaciones en favor de las distintas carteras ministeriales, poniendo el acento, al designarla como autoridad de aplicación de la norma sobre el Ministerio de Salud de la Nación.

Las facultades que se delegan podrían resultar sobre abundantes, por cuanto ya son propias de las misiones y funciones que en el organigrama nacional le incumben, pero entiendo que la importancia de la crisis a la luz de su expansión global justifica la prevención adoptada en el texto considerado.

Así se autoriza a establecer recomendaciones y medidas a fin de mitigar el impacto sanitario, realizar la difusión de la misma y comunicar al público la situación, educar a la comunidad, recomendar restricciones de viajes desde o hacia las zonas afectadas, instar a las personas sintomáticas procedentes de zonas afectadas a abstenerse de viajar hacia la República Argentina, hasta tanto cuenten con un diagnóstico médico de la autoridad sanitaria del país en el que se encuentren, con la debida certificación que descarte la posibilidad de contagio; entre otras.

Ahora bien, en un punto que resulta central, se le permite efectuar la adquisición directa de bienes, servicios o equipamiento que sean necesarios para atender la emergencia, en base a evidencia científica y análisis de información estratégica de salud, sin sujeción al régimen de contrataciones de la administración nacional. En todos los casos deberá procederse a su publicación posterior. Esta excepción resulta particularmente relevante tanto por su inusualidad, como por resultar una clara prevención sobre la posibilidad de que la crisis se agrave y resulten necesarias las adquisiciones de insumos médicos que no pueden aguardar los procedimientos administrativos previstos para situaciones normales. De hecho, debe señalarse que un anticipo ya lo ha dado la realidad europea en la materia, donde la escasez de equipos médicos de respiración asistida se encuentran entre los factores que pueden evitar el deceso de personas.

En ese mismo régimen de excepcionalidad, y previendo - reitero a la luz de lo que acaecido en China y Europa - que también esto provoque una inmediata falta de personal médico y de asistencia preparado, a la contratación de ex funcionarios o personal jubilado o retirado, exceptuándolos temporariamente del régimen de incompatibilidades vigentes para la administración pública nacional; pero también a habilitar la contratación y el ejercicio de profesionales y técnicos de salud titulados en el extranjero, cuyo título no esté revalidado o habilitado en la República Argentina.

En la misma dirección, es posible requerir la distribución de los productos farmacéuticos y elementos de uso médico que se requieran para satisfacer la demanda ante la emergencia; así como entregar, a título gratuito u

oneroso, medicamentos, dispositivos médicos u otros elementos sanitizantes; o proceder a instalar hospitales de campaña o modulares, aunque no contasen con las lógicas habilitaciones normalmente exigidas a nivel nacional, provincial o municipal.

Por otra parte, a los fines de paliar la complejidad que genera ante una crisis la dispersión propia de un régimen federal, el Ministerio de Salud es quién coordinará con las distintas jurisdicciones, la aplicación obligatoria de medidas sanitarias de desinfección en medios de transporte, salas de clases, lugares de trabajos y, en general, en cualquier lugar de acceso público o donde exista o pueda existir aglomeración de personas.

El inciso 13) autoriza a generar una declaración jurada de estado de salud como medida de control sanitario obligatorio para viajeros y otras que se estimen necesarias, incluso al momento de la partida, antes o durante su arribo al país; medida que hoy 26 de marzo de 2020, fecha de redacción de este artículo, ha sido inclusive complejizada por el cierre de fronteras del País y la posibilidad de disponer medidas directas sobre quién presente síntomas, tal como la derivación inmediata y bajo protocolos especiales a centros de salud habilitados a tales efectos.

Por su parte, el artículo 6° autoriza al Ministerio de Salud y al de Desarrollo Productivo, en medida que algunos han criticado rápidamente, más estimo desde una visión de filosofía económica, le permiten fijar precios máximos para el alcohol en gel, los barbijos, u otros insumos críticos, definidos como tales. Asimismo, podrán adoptar las medidas necesarias para prevenir su desabastecimiento.

Respecto de la posibilidad de afectar libertades personales, comerciales, industriales(13), los artículos 7° y 8° con algunos otros que comentaremos seguidamente, establecen el marco de las restricciones que se disponen.

El primer dato relevante, es que tratándose el Decreto de un intento por evitar el contagio y propagación del virus, se genera la categoría de "sospechoso" de ser portador del virus. Por cierto, la palabra puede parecer inconveniente por cuanto pareciera ser la aplicable a un hecho delictivo, cuando claramente la adquisición del microbio y su posterior posibilidad de transmisión, no son un acto voluntario sino una consecuencia de la propia biología; pero en términos médicos es adecuada para mencionar a quién pudiera estar infectado.

Ahora bien, el DNU se encarga de definir quiénes podrían ser incluidos en esa categoría y ser sujeto en consecuencia a medidas de mayor restricción con vista a prevenir la difusión viral.

La sospecha de encontrarse contagiado, surge de la conjunción de dos elementos: 1. Síntomas y 2. Lugar visitado en forma inmediata anterior a la aparición de los primeros. Es así que el inciso primero define como tal a quien presenta fiebre y uno o más síntomas respiratorios (tos, dolor de garganta o dificultad respiratoria) y que además, en los últimos días, tenga historial de viaje a "zonas afectadas" o haya estado en contacto con casos confirmados o probables de COVID-19. También lo son, aunque más que "sospechoso" sería un caso confirmado, quién tenga el resultado médico que diagnostica que ha contraído el COVID - 19; y asumen misma consideración quienes resulten tener un contacto estrecho con las personas antes mentadas.

Respecto de las restricciones inmediatas, por lo pronto, se exige que los sospechosos permanezcan en aislamiento durante 14 días, lo que también alcanza a quienes transitaron por "zonas afectadas".

El incumplimiento de esta restricción a la libertad circulatoria, estima el Decreto haría incurrir a los transgresores en los delitos previstos en los artículos 205, 239 y concordantes del Código Penal, sin perjuicio de las eventuales infracciones a regímenes de faltas o contravenciones locales.

Además se impone a toda persona que presente síntomas compatibles con el COVID-19 a reportar

inmediatamente dicha situación a los prestadores de salud, con la modalidad establecida en las recomendaciones sanitarias vigentes en cada jurisdicción.

En el marco de las medidas posibles, los artículos subsiguientes permiten desde establecer corredores seguros en materia migratoria, a impedir nuevos ingresos e inclusive disponer la suspensión, cancelación de eventos, espectáculos masivos y deportivos, o el cierre de establecimientos de concurrencia pública, hecho que ha ocurrido durante el día domingo 15 de marzo hasta el 31 de marzo, de no mediar modificaciones previas.

Las medidas que hemos mencionado con anterioridad, suponen en muchos de dichos casos, erogaciones presupuestarias no solo por la afectación para atención de erogaciones directas del Estado, sino también porque será necesario en muchos casos disponer medidas económicas de apoyo o soporte a actividades privadas particularmente afectadas por la crisis.

Por esta razón es de pleno sentido que el artículo 23 permita que el Jefe de Gabinete de Ministros, goce de la facultad de disponer modificaciones en las partidas presupuestarias, de manera tal de asignar recursos -claramente en detrimento de otras asignaciones preexistentes - al cumplimiento de aquellas cuestiones a las que se ha asignado prioridad.

La declaración de orden público del artículo 24, tiene lógica en tanto se entiende como tal determinar que para el Estado Nacional, esta cuestión adquiere una relevancia tal que impide que intereses parciales o sectoriales procuren afectar sus alcances o extensión. Envía consecuentemente un mensaje para aquellos que tienen a su cargo su aplicación.

##### 5. Comentario al [Decreto 287/2020](#) y al [DNU 297/2020](#).

Y ello ha ocurrido especialmente por medio del Decreto 287/2020 y el DNU 297/2020 que ahora comento; pero no es menos cierto, con un plus que ratifica aquellas premonitorias líneas, la Justicia ha comenzado a expedirse respecto de los primeros pedidos de declaración de inconstitucionalidad de las restricciones, en un sentido favorable a la legalidad de la mismas.

El Decreto 297/2020 refiere en sus Considerandos que luego de pronunciado el DNU 260/2020, se incrementó el número de contagios, mientras sigue persistiendo como realidad la ausencia tanto de vacuna que prevenga nuevas infecciones, como de tratamientos efectivos que puedan curar o cuanto menos mitigar la incidencia en el número de decesos que produce la afección. Sobre dicha base, resulta razonable que el Decreto mencione tanto que el [artículo 14 de la Constitución](#) asegura las libertades personales, como la cita que realiza a Tratados Internacionales respecto de la posibilidad de restringir el ejercicio de dichos derechos, cuando entre otras causales mediaran razones de salud pública. Es precisamente ese vínculo, que ya mencioné y que empieza ahora a contar con fallos judiciales que lo avalan, el que permite al Poder Ejecutivo Nacional por el momento y bajo estrictos límites de contralor judicial, antes del eventual paso a una declaración de estado de sitio que compete al Poder Legislativo, morigerar el ejercicio de derechos ambulatorios.

Respecto de la parte dispositiva, el DNU 297/2020 impone el aislamiento social preventivo y obligatorio, desde las 00 horas del día 20 de marzo al 31 de marzo de este año, y fija como condición para su respeto la permanencia en el domicilio. Y aquí empieza la primera de las precisiones que entendemos necesaria de ser realizada.

Primero, la norma dice que las personas deben permanecer en su residencia habitual o en la que se encontrasen a las 00 horas del día 20 de marzo de 2020. Esta circunstancia obliga a expresar que la disposición genera una disyunción, o sea que se cumple en lo que sería el ámbito común de desarrollo de la actividad

familiar diaria de la persona; o en la que se encontrase el día 20 a las 00; de esta manera si la persona tuviera dos posibles lugares de vivienda, debería optar por uno u otro, pero a partir de ese momento no podría desplazarse. Es precisamente este artículo el que explicaría por qué, aquellos que lograron instalarse en sus casas o residencias de fines de semana antes de la entrada en vigencia de la norma, luego no pueden válidamente desplazarse desde allí a su otra eventual propiedad. Válido para quienes viajaron por ejemplo a la Costa y a las que la autoridad federal le impide el regreso a Capital Federal, también para aquellos que se desplazaron al interior del País, con prescindencia de la evaluación social que pueda realizarse sobre sus comportamientos.

Ahora bien, lo que ha hecho el Decreto en comentario respecto del Decreto 260/2020, es darle forma al aislamiento, impidiendo en forma concreta cualquier movimiento no necesario. A tal fin, recordamos que el portador y transmisor del virus, es la persona, consecuentemente es su movimiento y socialización el que determina la posibilidad de otros contagiados.

## 6. Excepciones.

Lógicamente por la diversidad de las razones por las cuales puede movilizarse la población, el artículo 6° fija las excepciones de actividades que pueden continuar desarrollándose a partir del Decreto y mientras permanezca la medida de restricción. Trataré de ampliar respecto de cada uno de ellos, en el punto en que se requiera de alguna explicación.

En primer término se exime al personal de salud, disposición de toda lógica atento al motivo mismo de la crisis que se origina en un virus infeccioso susceptible de afectar hasta con la muerte. Ello comprende necesariamente a los médicos, enfermeros, asistentes, instrumentistas y personal de asistencia complementaria e imprescindible para realizar estas actividades.

También se excluyen a las Fuerzas de seguridad y Fuerzas Armadas, lo cual comprende a aquellas fuerzas federales, pero también alcanza a las provinciales y debiera entenderse a las municipales afectadas a similares labores. Debo aclarar que conforme al marco normativo de algunas provincias, tal el supuesto de la Provincia de Buenos Aires, la autoridad policial puede solicitar la colaboración para desarrollo de sus labores de las empresas y empleados de seguridad privada, que en el caso particular de esta jurisdicción casi duplica el número de agentes de las existentes en el sector público. Dicho esto, esa facultad se está materializando en otra realidad que presenta muy sustancialmente el ámbito del AMBA y que son los emprendimientos de propiedades privadas o cerradas, en las que viven miles de bonaerenses y donde el cumplimiento de la normativa es precisamente complementado por las agencias de seguridad. Los bomberos quedan también excluidos de la prohibición, y si bien la norma no lo expresa, entiendo comprende a los pertenecientes tanto a las fuerzas de seguridad, como a las asociaciones que desarrollan la tarea en forma voluntaria; dado que lo regulado es la actividad y no la naturaleza del empleo o vínculo que guardan.

También quedan exceptuadas la actividad migratoria y el control de tráfico aéreo, lo cual resulta de absoluta importancia, por cuanto más allá de la limitación impuesta a los traslados y fronteras, precisamente lo que aparece como una necesidad, es por un lado asegurar la repatriación de los argentinos en el extranjero que a la fecha de este artículo se estimaban en unos treinta mil o su asistencia en el exterior; como asimismo, la plena operatividad de la recepción de la eventual ayuda humanitaria que tanto pueda prestar la Argentina (se ha ofrecido a Malvinas) como pudiera recibir (insumos solicitados a la República Popular China).

Sin que el Decreto identifique exactamente a quiénes refiere, se exime a las autoridades superiores de los gobiernos nacional, provinciales y municipales; es lógico que ello incluye a los Ministros, Secretarios, Subsecretarios, Gobernadores, Intendentes, debiendo evaluarse el caso de Directores Nacionales, Directores

simples, Jefes de Departamento en la Administración Nacional o sus equivalentes en las Provinciales y Municipales. También es de entender que alcanza a las autoridades de los Poderes Legislativos, aunque el DNU invita a las Legislaturas a disponer el alcance dentro de sus competencias.

Ahora bien, el gris que puede haber dejado en el punto anterior la mención, puede ser cubierto en los casos en que éstos y otros agentes estatales, sean trabajadores y trabajadoras del sector público nacional, provincial y municipal, convocados para garantizar actividades esenciales requeridas por las respectivas autoridades. También se excluye aunque la norma no refiera expresamente, a las autoridades de la Justicia, Jueces y Secretarios, pero también al personal de los servicios que se encuentren de turno, conforme establezcan las autoridades competentes. En este punto es necesario destacar que el cese de la actividad judicial, no depende del Decreto del Poder Ejecutivo Nacional, sino que es la propia Corte Suprema y sus pares provinciales, las que tienen la potestad por vía de Acordada o Decreto, según el caso, de disponer la suspensión de sus actividades y consecuentemente de los plazos procesales. En este punto debe señalarse, que no se pronunció "feria judicial", sino días inhábiles, diferencia no menor en el cómputo procesal de términos de caducidad, a lo que los colegas habrán de estar atentos. Lógicamente se incluye en las excepciones al personal diplomático y consular extranjero acreditado ante el gobierno argentino, en el marco de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y la Convención de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares y al personal de los organismos internacionales acreditados ante el gobierno argentino, de la Cruz Roja y Cascos Blancos. No puede olvidarse que esa asistencia está garantizada por los Tratados Internacionales mencionados, pero además resulta central habida cuenta de la medida simultánea de aerolíneas y de muchos Estados de cerrar las fronteras, varando en territorio nacional a extranjeros que requieren la continuidad del vínculo con sus autoridades consulares.

El aislamiento social impuesto lógicamente altera sustancialmente la vida de las personas, pero genera un mayor problema en términos de logística para quienes deben guardar aislamiento completo (es decir no pueden siquiera contactarse con otras personas por su estado de salud o condiciones preexistentes), o para quienes no pueden valerse por sí mismos. En tales casos, se admite que la persona que justifique tener que trasladarse para asistir a personas con discapacidad; familiares que necesiten asistencia; personas mayores; niños, niñas y adolescentes, pueden hacerlo. Cabe decir que aunque no lo diga el DNU, por medio de resolución del Ministerio de Desarrollo Social y modelo de DDJJ conformada en su página, también quedan habilitados a movilizarse de su residencia para tomar contacto con sus hijos, las madres/padres no convivientes con los mismos ejerciendo su derecho de visita o vínculo paterno-filial.

Lamentablemente es lógico que se sigan produciendo decesos durante el período de veda, por ello también se habilita el trabajo de personas afectadas a la realización de servicios funerarios, entierros y cremaciones; pero la norma advierte en simultáneo que ello no autoriza actividades que signifiquen reunión de personas, por lo que se entienden comprendidas entre las limitaciones la correspondiente al velatorio, o duelo compartido al que culturalmente estamos vinculados desde hace centurias. Es éste, otro de los aspectos que se está viendo como particularmente doloroso en el proceso que se vive en Italia y en España, ya que se prohíbe el despedir en salas velatorias y cementerios a los familiares fallecidos. Toca decir que a los fines de evitar contagios indeseados, ha sido esa una norma básica seguida en tiempos de epidemias, como muestran los casos de las de Fiebre Amarilla (1871), Gripe Española (1918) y Poliomieltis (1956) por mencionar las más graves que azotaron en el pasado a nuestro país.

El Gobierno Nacional fue cuidadoso y en concordancia con la solicitud de las Provincias, se analizó que el cierre de establecimientos escolares, no solo puede afectar la educación sino que en ellos se asiste a niños que tienen en ese servicio la alimentación diaria. Por eso la exclusión no alcanza a las personas que estuvieran afectadas a la atención de comedores escolares, comunitarios, y merenderos. Es interesante que el Gobierno Nacional haya excluido de la restricción al personal que se desempeña en los servicios de comunicación audiovisuales,



radiales y gráficos; ello así por cuanto se asegura la plena vigencia de la libertad de expresión. Este es un detalle no menor, y que no se ha exaltado lo suficiente. La Libertad de Expresión ha sido reivindicada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, especialmente en la Opinión Consultiva 5,(14) como pilar y base del sistema democrático. Es particularmente esencial para la plena vigencia de las instituciones que hacen a la democracia, que el periodismo pueda indagar, investigar, informar y difundir sus noticias; así como la de cada uno de los habitantes de ser informados en forma veraz y por pluralidad de fuentes. En consecuencia, si se imponen restricciones a libertades individuales, el aseguramiento de la actividad de la prensa y la existencia de las garantías judiciales, se convierten en el dueto que puede advertir sobre cualquier exceso o desvío en la reglamentación o en su ejercicio, y encausarla dentro del juego democrático. Por ello, se convierte esta excepción en uno de los aspectos más destacables del Decreto en comentario.

Si bien ubicada más adelante en los términos del Decreto 297/2020, la excepción que alcanza a las actividades de telecomunicaciones, internet fija y móvil y servicios digitales, se integra con la libertad antes asegurada, siendo que gran parte de los contenidos referidos precedentemente requieren de una red que brinde el medio para esas transmisiones. Por otro lado, la conectividad permite compensar el aislamiento social con un vínculo de proximidad virtual que facilita la continuidad de los lazos propios de toda comunidad, habilitando además el sostén de gran parte de la actividad burocrática del Estado, del comercio y de los servicios, evitando mayores perjuicios a la ya de por sí golpeada actividad económica.

También se excluye el personal afectado a obra pública, aunque debiera ser interpretado restrictivamente alcanzando a aquellas necesarias e imprescindibles que no pueden ser detenidas durante la crisis, como por ejemplo sería la terminación o instalación de un hospital o un centro médico o de un emprendimiento que por su urgencia o aspecto estratégico debe ser continuado. Todas las demás otras obras deben cesar. No están incluídas en la excepción, empresas, constructores, empleados u obreros de la construcción privada, lo que al generar un efecto sobre cuentapropistas ha sido intentado de ser cubierto en forma parcial en el anuncio del día 23 de marzo del Ministerio de Economía de la Nación, sobre subsidio de 10.000 pesos para las categorías A y B de monotributistas (sectores más vulnerables).

Siendo que deben satisfacerse las necesidades básicas durante el aislamiento, se asegura la tarea de supermercados tanto mayoristas como minoristas, alcanzando a farmacias, ferreterías, veterinarias y provisión de garrafas. En este punto es cierto que los límites de cada actividad son un tanto imprecisos, y que ha generado alguna duda sobre los negocios que están habilitados y cuáles no a permanecer operativos. Nuevamente se convierte en una cuestión de razonabilidad y de control provincial y municipal, determinar en concreto los locales que cumplen con esos recaudos, pero es evidente que el espíritu de la norma es ceñirse a aquellos suministros imprescindibles para alimentarse y poder realizar eventuales reparaciones de urgencia en la residencia. Derivado de la cadena productiva, al habilitarse los locales de expendio, es lógico que se eximan las industrias de alimentación, su cadena productiva e insumos; de higiene personal y limpieza; de equipamiento médico, medicamentos, vacunas y otros insumos sanitarios. Ahora bien, el punto más complicado radica en determinar en qué eslabón termina esa cadena. Por ejemplo; la fabricación de harina, incluye en su proceso desde la siembra a la cosecha, luego el traslado al molino, la molienda, el empacamiento y esta industria por su parte tiene a los proveedores de papel, plásticos, y a su vez el movimiento se realiza con transporte, utilizando pallets, que a su vez requieren aserraderos; es decir, la cadena en su totalidad puede ser difícil de cortar en algún momento, pudiendo permitir múltiples excepciones. En el mismo derrotero antes mencionado, por tratarse de la provisión de alimentos se hallan exentas las actividades vinculadas con la producción, distribución y comercialización agropecuaria y de pesca. Finalmente quedan exceptuados los servicios públicos básicos y consecuentemente el personal destinado a la recolección de basura y residuos; transporte y tratamiento de residuos peligrosos y patogénicos, agua, electricidad, gas, comunicaciones, transporte público de pasajeros, transporte de mercaderías, petróleo, combustibles y GLP, servicios postales y de distribución de paquetería;

producción de yacimientos de petróleo y Gas, plantas de tratamiento y/o refinación de petróleo y gas, transporte y distribución de energía eléctrica, combustibles líquidos, petróleo y gas, estaciones expendedoras de combustibles y generadores de energía eléctrica. En materia financiera, el alcance de las medidas ha generado algunos inconvenientes. Es cierto que se excluyó a la Casa de la Moneda - básicamente impresión monetaria -, servicios de cajeros automáticos, transporte de caudales y todas aquellas actividades que el BCRA considere imprescindibles para garantizar el funcionamiento del sistema de pagos. Ahora bien, al día de la fecha los Bancos han cerrado sus operaciones excepto las mencionadas, y eso incluye el clearing bancario, el depósito y cobro de cheques, lo que se ha convertido en el mayor problema para el círculo económico y financiero, que fue solucionado parcialmente mediante Comunicación A 6467/2020 del BCRA a partir del 26/03/2020.

Cabe mencionar que a los fines de asegurar el aislamiento, el artículo 9° otorga asueto al personal de la Administración Pública Nacional durante idéntico período, exigiendo que los distintos organismos implementen las medidas necesarias a fin de mantener la continuidad de las actividades necesarias<sup>(15)</sup>. Finalmente el artículo 10 recurre a la cláusula del [artículo 128 de la CN](#), que establece que los Gobernadores de Provincias son delegados del gobierno federal, a efectos de que dicten medidas adecuadas y complementarias. Cabe advertir que este texto es consecuencia de una reunión previa sostenida con los Gobernadores, y a fuerza de sincerar lo ocurrido, ya varias provincias habían dictado medidas de aislamiento e inclusive de cierre de sus pasos interprovinciales, que ocasiona algunos conflictos de constitucionalidad- e inclusive algunos Municipios por decretos, Ordenanzas e inclusive vías de hecho, dispusieron la imposibilidad de ingreso o egreso de los mismos de no tratarse de residentes.

## 7. El obrar judicial ante la Crisis.

Existen múltiples teorías respecto del rol que le compete dentro del Estado Constitucional de Derecho al Poder Judicial, discutiéndose en diversas ocasiones si el mismo cumple o no una función en términos políticos. Pero en cualquier escenario va de suyo que en tanto el Estado democrático respetuoso de las decisiones que impartan los Jueces, decisiones contrarias a las líneas trazadas por el Poder Ejecutivo tienen la virtualidad de desactivar estas últimas o de impedir su realización. Por el contrario, el aval a lo actuado implica entender que se maneja dentro de los límites constitucionales, y por ende razonable y proporcionalmente.

En ese punto el Poder Judicial no solo controla, sino que además al hacerlo y consentir sobre la procedencia del actuar, se convierte en el brazo que ayuda a la ejecución de las instrucciones que brinda la Administración en el ejercicio de sus funciones policiales. Ello supone en estos días, no sólo fallos que han rechazado el planteo de inconstitucionalidad abstracto del DNU 260/2020, sino decisiones destinadas a encausar a aquellos que en forma irresponsable hacia la colectividad han desafiado las normas vigentes. En tal sentido hasta la fecha, Ministerios Públicos y Jueces han impartido órdenes interlocutorias destinados a asegurar el cumplimiento de las medidas, sin perjuicio claro está y por el escaso tiempo transcurrido sin que todavía existan sentencias de condena a los infractores.

Dicho esto, y en materia de contralor, a la fecha de este artículo, conocemos dos causas judiciales en las que se ha discutido la constitucionalidad del Decreto 260/2020 y que por su interdependencia con el 297/2020, entendemos extensible en sus consideraciones.

Así en autos "[Kingston Patricio s. Habeas Corpus](#)", el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional N° 14 en medida confirmada por la Cámara, ante el cuestionamiento del aislamiento social por considerarlo un estado de sitio; lo descartó por considerar que no media otro recurso para impedir la propagación de la enfermedad. En ese sentido, se encuentra su fundamento en la necesidad de preservar la salud pública; por lo que si bien reconoce una severa restricción a la libertad ambulatoria entiende que el bien

jurídico tutelado es la salud pública, no sólo del afectado en forma directa, como podría ser el aquí accionante, sino de los terceros con los que se tenga contacto en caso de ser afectado por el COVID-19.

Finalmente, entiende que no hay amenaza a la libertad ambulatoria por parte del Decreto 260/2020, en tanto que la fuerza policial en caso de detectar un incumplimiento a la norma dará noticia a la justicia penal para que evalúe la pertinencia de iniciar acciones en función de la posible comisión de los delitos previstos en los arts. [205](#) y [239](#) del C.P.

La segunda causa fue resuelta por la Cámara Federal de La Plata, rechazando el habeas corpus destinado a modificar la modalidad de detención en establecimientos penitenciarios, por considerar que en los mismos se pueden producir contagios; petición que fue desestimada sobre la base de la razonabilidad de lo actuado, la inexistencia de esta causal en la [Ley 23.098](#) y no observarse motivo para revocar lo decidido por los Jueces actuantes(16).

#### 8. Recapitulación y Conclusiones.

La Pandemia que enfrenta una sociedad globalizada en pleno siglo XXI, se muestra como una circunstancia excepcional con múltiples impactos en la sociedad, política, economía, derecho, entre muchas otras variables; cuyas proyecciones son actualmente teorizadas, pero que se revelarán en su verdadera dimensión una vez superadas. Lo cierto es que el COVID-19, deja en su expansión miles de muertes, afecta la salud de cientos de miles más y a la fecha no se observa otro mecanismo para paliar su continuidad, que el aislamiento social.

La propia excepcionalidad es la que obliga a los Estados a intentar dar una respuesta adecuada, y bajo el amparo de la Organización Mundial de la Salud, se recomienda establecer mecanismos que impidan la circulación viral, que debemos reiterar lo hace en tanto su portador, el ser humano, lo haga.

En este extraordinario momento, ese conjunto de circunstancias acuerda la causa y motivo de los DNU 260/2020 y 297/2020, convirtiéndose así en normas proporcionales con relación al objetivo de evitar la propagación de la pandemia.

El DNU 260/2020 autoriza por su parte y teniendo en cuenta las competencias y especialidades de los distintos organismos nacionales provinciales y municipales a dictar todas aquellas normas y disposiciones complementarias que fuera menester. La limitación que en pos de la plena vigencia del derecho a la vida y de la salud, como uno de sus derivados, se imponen a otros derechos humanos se hallan justificados tanto por la necesidad de garantizar los primeros condición sine qua non para la vigencia de los segundos como por el ordenamiento jurídico que habilita tal proceder.

El Decreto 297/2020 por su parte establece precisiones sobre la limitación a la libertad circulatoria, en base al concepto de aislamiento social obligatorio; resulta claro que el fin perseguido es la salud pública y que por el momento se encuentra dentro de límites de proporcionalidad y razonabilidad que hallan su sostén en la Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos de los que la Argentina es tributario.

El pleno funcionamiento de las instituciones republicanas y democráticas, las garantías judiciales y del libre rol de la prensa, son un reaseguro respecto del cumplimiento perseguido con las medidas y un valladar a cualquier eventual tentación de desvío, que toca decir no se observa en ningún acto público. Aunque sí debe reconocerse que el exceso de celo que están poniendo algunas autoridades locales, con la construcción de muros y cierres en los ámbitos circulatorios, o el eventual exceso en el que puedan incurrir los oficiales encargados de la aplicación local, deben ser seguidos por las autoridades competentes para evitar a aquellos incurrir en

ilegalidades.

En conclusión, el derecho a la vida, a la salud, ubicados en la cúspide del ordenamiento jurídico internacional y consecuentemente de nuestro País, exigen que en pos de su adecuada protección y goce, se restrinjan en forma excepcional, limitada a la crisis y en el tiempo, otros derechos de inferior jerarquía y mientras así suceda, se estará actuando conforme a derecho.

Notas al pie:

1) Debemos decir que si bien puede tornar confuso el actuar de cada autoridad, la propia CSJN ha afirmado que la "Las obligaciones que atañen a la Nación en materia sanitaria no son exclusivas ni excluyentes de las que competen a sus unidades políticas en sus esferas de actuación sino que, en estados de estructura federal, pesan sobre ellas responsabilidades semejantes, que también se proyectan sobre las entidades públicas y privadas que se desenvuelven en este ámbito, ya que de lo contrario, las leyes sancionadas en la materia no dejarían de ser sino enfáticas enumeraciones programáticas vacías de operatividad." CSJN, Fallos 341:214, "Nobleza Piccardo SAleF c. Santa Fe Provincia s. Acción Declarativa de Inconstitucionalidad".

2) La Asamblea General de las Naciones Unidas en la Proclamación de Teherán afirma que todos los derechos humanos y libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes, sosteniendo además que deberá prestarse la misma atención y urgente consideración tanto a la aplicación, promoción y protección de los derechos civiles y políticos como a los derechos económicos, sociales y culturales. Resolución 32/130, AG 16/12/1977. En sentido análogo. otra resolución destacó que la "promoción y la protección de una categoría de derechos no debería jamás eximir o dispensar a los Estados de la promoción y protección de los otros" Resolución 39/145. AG. 14/II/1984.

3) "El derecho a la preservación de la salud está comprendido dentro del derecho a la vida, la autoridad pública tiene la obligación impostergable de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (Voto del Dr. Adolfo Roberto Vázquez).", CSJN, Fallos 324:754, Hospital Británico de Buenos Aires c. Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social), H. 90, XXXIV, 13/03/2001.

4) Puede ampliarse en Tanzi, Silvia, " El Derecho a la salud: su desarrollo a la luz de la Constitución Nacional y los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", Asociación de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial, <http://www.amfjn.org.ar/2018/02/20/el-derecho-a-la-salud-su-desarrollo-a-la-luz-de-la-constitucion-nacional-y-los-pronunciamientos-de-la-corte-suprema-de-justicia-de-la-nacion/#sdfootnote3sym>. Consultado 26/03/2020.

5) CSJN, 18/12/2003, "Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c/ Ministerio de Salud", DJ 2004-2, 173, LL 2004-D, 30, Fallos 326:4931, del dictamen del Procurador General que la Corte hace suyo; CSJN, 11/07/2006, "Floreancig, Andrea C. y otro por sí y en representación de su hijo menor H., L. E. c/ Estado Nacional", Fallos 329:2552, DJ 25/10/2006, 565 (Del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo); Dictamen del procurador en CSJN, 09/09/2008, "Nuñez de Zanetti, Mónica Viviana c/ Faml Salud", Fallos 331:1987, LL 2008-F, 93.

6) Ver al respecto ADIAMUVICH-COUKTIS. "El derecho a la atención sanitaria como derecho eligible". LL 2000-D-29.

7) Bidart Campos, Germán J., Manual de la Constitución Reformada, T II, Ediar, Buenos Aires, 2006, pág. 107.

8) Ver para profundizar, Ariza Clerici, Rodolfo, El Derecho a la Salud en la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Lecciones y Ensayos, UBA

<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/80/el-derecho-a-la-salud-en-la-csfn.pdf>.

9) Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal el, "Inconstitucionalidad de la Comunicación A-652 del Banco Central".

10) Cabe destacar que existía doctrina nacional que sostenía la procedencia del DNU aún antes de la reforma constitucional de 1994, pero exigía como condición la existencia de "necesidad" o "emergencia". Ver Pedro Sagües, Nestor, "Los Decretos de necesidad y urgencia: derecho comparado y argentino", en La Ley, 1985-E, 798; y "La declaración del estado de sitio por decreto de necesidad y urgencia", en La Ley, 1990-A, 45).

11) En la célebre causa CSJN, "PERALTA, Luis A. y otro c/ Estado Nacional, Ministerio de Economía - B.C.R.A.", 27/12/1990 caso (E.D, t. 141, pág. 523; L.L.1991-C, pág.141), valida el decreto 36/90 que dispuso el pago de plazos fijos con Bonos de la deuda pública) y precisa los recaudos que legitiman y condicionan constitucionalmente a los Decretos de necesidad y urgencia: a) Que la Legislatura, en definitiva (es decir, después del Decreto) no adopte decisiones diferentes en la materia; b) Que realmente haya existido una situación de necesidad y urgencia; c) Que las medidas adoptadas sean útiles para conjurar el caso de necesidad y urgencia "...cuya eficacia no parece concebible por medios distintos a los arbitrados" ( consid. 24). Esta jurisprudencia fue morigerada en autos Sala III de la CNCAF expresando " a) que la validez de los decretos de necesidad y urgencia, aún dentro del criterio amplio sostenido por la Corte Suprema de Justicia, tiene como límite la imposición de tributos y contribuciones en la que parece imponerse la obligada participación del Poder Legislativo, y b) que con esas medidas el Poder Ejecutivo se arroga un ejercicio de competencias propias del Congreso, por lo que necesitan de la ratificación del Poder Legislativo pues nacen con una validez potencialmente efímera, no gozando -por lo tanto- de la presunción de legitimidad que el ordenamiento legal atribuye a los actos y reglamentos del Poder Ejecutivo. Finalmente ordenó al Instituto Nacional de Cinematografía que se abstenga de exigir el pago del impuesto creado por los decretos impugnados, aunque advirtiendo que el fallo no significaba entrar a considerar la necesidad de establecer por ley contribuciones o tributos para el sostén del cine argentino." 12) Ver Ley 26.122 que regula la intervención del Poder Legislativo ante entre otros instrumentos, Decretos de Necesidad y Urgencia.

13) Cabe decir que la CSJN se ha expedido sobre el tema desde antaño, "No es posible admitir que el artículo 14 de la Constitución en la parte relativa a la libertad de cultos, pueda ser legítimamente invocado como proyección contra la disposición del artículo 208, inciso 1º, del Código Penal, inspirada en manifiestas razones de higiene pública y de policía social y que tiende, no a limitar o restringir la mencionada garantía, sino a impedir que en su ejercicio y a nombre de ella se comprometa la salud y la moral de los habitantes." Fallos 141:31, "Huesis Juan", 1924.

13) Cabe decir que la CSJN se ha expedido sobre el tema desde antaño, "No es posible admitir que el artículo 14 de la Constitución en la parte relativa a la libertad de cultos, pueda ser legítimamente invocado como proyección contra la disposición del artículo 208, inciso 1º, del Código Penal, inspirada en manifiestas razones de higiene pública y de policía social y que tiende, no a limitar o restringir la mencionada garantía, sino a impedir que en su ejercicio y a nombre de ella se comprometa la salud y la moral de los habitantes." Fallos 141:31, "Huesis Juan", 1924.

14) CIDH, OC 5-85, en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1844/18.pdf>.

15) En este punto recomendamos acudir al Digesto sobre COVID-19, que en forma destacable ha elaborado el SAIJ.

16) CFALP, Sala I, FLP 9419/I, "s/Habeas Corpus - presentante L.A. y otros", 20/03/2020.