

LAS LIBERTADES INDIVIDUALES EN TIEMPO DE COVID-19

LA CONSTITUCIONALIDAD DE SU RESTRICCIÓN

MANUEL GONZALO CASAS¹

DANIELA LÓPEZ TESTA²

Universidad Nacional de Tucumán

*Nuestros conciudadanos no eran más culpables que otros,
se olvidaban de ser modestos, eso es todo,
y pensaban que todavía todo era posible para ellos,
lo cual daba por supuesto que las plagas eran imposibles (...)
¿Cómo hubieran podido pensar en la peste que suprime el porvenir,
los desplazamientos y las discusiones?
Se creían libres y nadie será libre mientras haya plagas.*

Albert Camus, *La Peste*, 2ª ed., Libresa, Quito, 1990, págs. 105 y sig.

I. INTRODUCCIÓN

Argentina es una sociedad libre. Es una sociedad criolla, hija de la revolución francesa, de los barcos y de la pachamama³. Para conciliar

¹ Abogado. Master of Law (Universität Freiburg im Breisgau), Doctor en derecho (Universität Heidelberg), Profesor de Derecho de las Obligaciones (Universidad San Pablo-Tucumán).

² Abogada. Master of Law (Universität Freiburg im Breisgau), Doctoranda (Universität Erlangen-Nürnberg).

³ Sobre esto Casas, *Manuel Gonzalo*, "Die causa-Lehre in der französischen und argentinischen Privatrechtsreform", en: *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, Jahr 2017, págs. 82 y sig.

estas tres tradiciones, junto a la reivindicación de los orígenes latinoamericanos en el art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional mediante el reconocimiento del derecho de los pueblos originarios, se consagra como pilar central de la organización social el art. 19. Esta norma recoge la idea básica legalista de que *todo lo que no está prohibido, está permitido*.

Esta premisa de corte liberal, no obstante, hoy se encuentra extraordinariamente invertida. La pandemia del coronavirus se expandió de manera vertiginosa. Pero lamentablemente no existe hasta el momento contra esto más “vacuna” que el distanciamiento social. En consecuencia, el gobierno argentino, al igual que la mayoría de los gobiernos pertenecientes a ordenamientos democráticos liberales, tuvieron que restringir temporalmente algunas libertades para controlar la transmisión de esta enfermedad y evitar, así, el colapso del sistema de salud. Se dictó mediante el decreto de necesidad y urgencia 297/2020 el 20 de marzo el Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio (ASPO). Con esto, se prohibió, entre otras cosas, la circulación por vías públicas, la reunión de personas, los espectáculos deportivos y musicales. Se determinó, con precisión, qué actividades podían continuar desarrollándose y bajo qué medidas. Rige excepcionalmente, desde entonces, de alguna manera, el mandato *todo está prohibido, a menos que esté permitido*.

Esta situación fue vista con recelo por algunos⁴. Por esta razón, en este pequeño trabajo, se quiere analizar si las medidas tomadas por el gobierno argentino para mitigar las consecuencias en la salud de la pandemia superan, en abstracto, el test de constitucionalidad. A tal fin, se tomará como referencia la situación de las libertades civiles del art. 14 de la Constitución Nacional, así, por ejemplo, el derecho de la libre circulación. En primer lugar, el texto atenderá si estos derechos son restringibles (*Ver II*). En esto, ellos serán interpretados a la luz de la “Teoría de los Derechos como Principios” de *Robert Alexy* (*Ver III*). Esta idea implica que las medidas que limiten estos derechos, para ser constitucionales, deben superar el control de proporcionalidad. Por eso, se analizará cuáles son los presupuestos de este control (*Ver IV*).

⁴ Así, por ejemplo, *Gargarella, Roberto*, “Frente al coronavirus, ¿es necesario restringir las libertades compulsivamente?”, *en*: Clarín, 24/3/2020, disponible en https://www.clarin.com/opinion/frente-coronavirus-necesario-restringir-libertades-compulsivamente-_0_7-hXC6hjy.html (última consulta 16/6/2020).

Para finalizar, se considerará, en vista a lo expuesto, si los decretos de necesidad y urgencia fueron las medidas idóneas para administrar la emergencia sanitaria específica del coronavirus en el país (*Ver V*).

II. LA RELATIVIDAD DE LAS LIBERTADES CIVILES

El art. 14 de la Constitución Nacional reconoce una serie de derechos esenciales para todos los habitantes de la Nación Argentina. Así, esta normativa consagra, entre otros, el derecho a trabajar, a ejercer industria lícita, a navegar, a comerciar, a circular por el territorio argentino y a asociarse con fines útiles. Muchas de estas libertades se ven restringidas hoy por las medidas de confinamiento obligatorio decretadas para paliar los efectos del coronavirus. Esta situación legal no implica, sin embargo, una violación *per se* de aquellas. El mismo art. 14 de la Carta Magna dispone, al instaurar una reserva legal⁵, que los derechos por él consagrados no son absolutos. Ellos deben utilizarse, ciertamente, “conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio”. Estas leyes reglamentarias deben tomar en cuenta intereses estatales como el de la seguridad y el de la salud pública⁶. En esta reglamentación, no obstante, de acuerdo al art. 28 de la Constitución Nacional, los derechos no pueden ser alterados. En concreto, ellos no deben ser desvirtuados.

Esta interpretación general sobre la relatividad de las libertades constitucionales ha encontrado recepción jurisprudencial. A modo de ejemplo cabe mencionar el fallo “Peralta” del año 1990 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En tal caso se trataba de la constitucionalidad del decreto de necesidad y urgencia que convertía los contratos de plazo fijo en bonos del estado. En ese entonces, se sostuvo que “en el sistema constitucional argentino, no hay derechos absolutos

⁵ Sobre las reservas legales en general *Alexy, Robert*, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, octava edición, Sinzheim, 2018, págs. 254 y sigs.

⁶ *Ezequiel Casagne* sostiene que “la limitación de los derechos de los habitantes por razones de salud pública es uno de los ejemplos tradicionalmente de la competencia legislativa usualmente denominada ‘poder de policía’”. *Casagne, Ezequiel*, “El rol del Estado en la emergencia ocasionada por el COVID-19”, *en: La Ley*, 2/6/2020, pág. 2; ver también *Gelli, María Angélica*, “La Pandemia del COVID-19. Desafíos democráticos y límites constitucionales”, *en: La Ley*, 18/5/2020, pág. 1.

y todos están subordinados a las leyes que reglamentan su ejercicio”⁷. Se estableció, además, que existen limitaciones impuestas “por la necesidad de atenuar o superar situaciones de crisis”⁸, por lo que se concluyó que ante ciertos problemas urgentes – como el de la pandemia que nos ocupa actualmente – se justifica *incluso* una reacción del Estado en forma “más enérgica que la admisible en períodos de sosiego y normalidad”⁹.

La normativa internacional que compromete al Estado Argentino reconoce, igualmente, limitaciones a los derechos de libertad de acción. Por ejemplo, la Convención Americana de Derechos Humanos instituye en su art. 22 inc. 3 que el derecho a circular puede ser restringido en virtud de una ley para proteger, entre otras cosas, la salud pública. Su art. 27 expresa, además, que un Estado frente a una guerra, un peligro público u otra emergencia grave que amenace su independencia o seguridad podrá limitar ciertos derechos, en tanto esta restricción no entrañe discriminaciones fundadas en raza, religión, sexo, origen social o idioma. En relación a este cuerpo legal, se debe mencionar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos – una de sus autoridades de aplicación – emitió el 10 de abril del 2020 la Resolución No. 1/2020 específicamente sobre la pandemia del coronavirus. En esta disposición se declara, entre otras cosas, que las medidas estatales para administrar la emergencia sanitaria deben ser adoptadas atendiendo a la mejor evidencia científica en concordancia con el Reglamento Sanitario Internacional así como con las recomendaciones emitidas por la Organización Mundial de la Salud y la Organización Panamericana de la Salud. Asimismo, la resolución determina que la limitación, debido a los efectos de la pandemia, de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales debe tener lugar sólo cuando sea inevitable y debe permitir su revisión judicial.

Ahora bien, es cierto que las restricciones de los derechos fundamentales de rango constitucional deben hacerse por normas de rango

⁷ CSJN, Fallos: 313: 1513, Luis Arcenio Peralta y otro v. Estado Nacional - Ministerio de Economía- Banco Central, considerando 38.

⁸ CSJN, Fallos: 313: 1513, Luis Arcenio Peralta y otro v. Estado Nacional - Ministerio de Economía- Banco Central, considerando 38.

⁹ CSJN, Fallos: 313: 1513, Luis Arcenio Peralta y otro v. Estado Nacional - Ministerio de Economía- Banco Central, considerando 46.

constitucional¹⁰ o por normas de rango inferior a la constitución pero autorizadas por ésta a tal fin¹¹. El art. 14 de la Constitución Nacional afirma, *como principio*, que las *leyes* pueden limitar las libertades por él consagradas. Es decir, las normas dictadas por el legislador son, según la Carta Magna, las que pueden restringir, por ejemplo, la libertad de navegación. Sin embargo, en el supuesto particular de la pandemia el procedimiento en Argentina fue peculiar. Lo intempestivo de la situación llevó a que sea el Poder Ejecutivo y no el Legislativo quien debió tomar, en un primer momento, las medidas limitantes de la libertad para asegurar el distanciamiento social y, con esto, disminuir la propagación del virus. El Congreso tuvo que permanecer sin sesionar hasta tanto se dispusiera de la logística necesaria para las deliberaciones virtuales. La tasa de contagiosidad de esta enfermedad no permitía razonablemente dejarlo sesionar de modo presencial ni esperar hasta que pudiera hacerlo mediante internet. Se debió actuar. El Ejecutivo, en consecuencia, se valió, como se verá luego, del instituto de los decretos de necesidad y urgencia. Pero esta situación no significó que el Poder Legislativo renunciara en su totalidad a su potestad legisferante. Esta se transformó, más bien, conforme al art. 99 inc. 3 de la Constitución Nacional, en un poder de contralor posterior de los decretos¹².

III. LOS DERECHOS COMO PRINCIPIOS

De lo expuesto se extrae que el art. 14 de la Constitución Argentina contiene derechos como *principios* en los términos de las teorías principalistas¹³. Allí no se consagran derechos de manera absoluta. Ni tampoco

¹⁰ Cfr. *Borowski, Martin*, "La restricción de los derechos fundamentales", en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Traducción *Rodolfo Arango*, Año 20, Número 59, Mayo-Agosto, 2000, pág. 42.

¹¹ *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, op. cit., págs. 258 y sigs.

¹² Ver "Coronavirus en Argentina: en el debut de las sesiones virtuales, el Senado aprobó 20 de los DNU que dictó Alberto Fernández por la pandemia", en: *Clarín*, 13/5/2020, disponible en https://www.clarin.com/politica/coronavirus-argentina-debut-sesiones-virtuales-senado-aprobo-20-dnu-dicto-alberto-fernandez-pandemia_0_893BhkOMy.html (última consulta: 18/6/2020).

¹³ De manera similar *Croxatto, Guido*, "No se trata de restringir la libertad sino de proteger nuestra salud y nuestras vidas", en: *Clarín*, 29/3/2020, disponible

reglas. Esta normativa, de leerse desde la perspectiva de la “Teoría de los Derechos Fundamentales” de *Alexy*, presenta, más bien, derechos como mandatos de optimización. Esto implica que esta norma ordena realizar las libertades *en la mayor medida según las posibilidades fácticas y jurídicas*¹⁴. Las primeras posibilidades refieren a las condiciones propias de la realidad, las segundas aluden, en cambio, a los principios o reglas jurídicas que se oponen a su realización¹⁵. Se debe pensar, respecto a esto último, en un derecho que no se pueda concretar en un caso específico por chocar con otro de mayor peso. Éste desplaza a aquél¹⁶. Así, una pasajera no podrá hacer valer probablemente su derecho a la intimidad para que su nombre no figure en un pasaje de avión por sobre el interés del Estado en resguardar la seguridad de la sociedad. Estas limitaciones son propias de la necesidad de compatibilizar los derechos de los distintos miembros de una sociedad con los derechos individuales de los demás y con los derechos colectivos de la comunidad¹⁷. Esto es, al fin y al cabo, el objeto último de la cuestión jurídica: *coordinar el ejercicio de la libertad de los seres humanos*¹⁸.

Por estas razones, los derechos como principios sólo prevén una consecuencia jurídica *prima facie*¹⁹. Ellos no son como las reglas que

en https://www.clarin.com/opinion/trata-restringir-libertad-protoger-salud-vidas_0_tYmOAn4mW.html (última consulta 16/6/2020).

¹⁴ *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, op. cit., págs. 75 y sig. Ver además *mismo autor*, “Zur Struktur der Rechtsprinzipien”, en: *Schilcher, Bernd/Koller, Peter/Funk, Bernd-Christian* (Editores), *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Recht*, Juristische Schriftenreihe, Band 125, Verlag Österreich, Viena, 2000, págs. 32 y sigs.

¹⁵ *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, op. cit., pág. 76.

¹⁶ *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, op. cit., pág. 88.

¹⁷ *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, op. cit., pág. 250.

¹⁸ Sobre esto en profundidad ver *Casas, Manuel Gonzalo*, “La teoría kantiana del Derecho Privado”, en: *Anuario de Derecho del Instituto del Noroeste de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, No. 2, II Editores, Año 2020.

¹⁹ *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, op. cit., págs. 87 y sigs.; *Poscher, Ralf*, “Theorie eines Phantoms, Die erfolglose Suche der Prinzipientheorie nach ihrem Gegenstand”, en: *RW (Rechtswissenschaft) – Heft 4*, 2010, pág. 350. Más sobre el carácter *prima facie* de las consecuencias jurídicas de los principios:

establecen mandatos definitivos. Estas prescriben con toda claridad los presupuestos fácticos de aplicación como así también sus consecuencias jurídicas²⁰. Ellas pueden ser *o cumplidas o violadas*²¹, a no ser que ellas sean inválidas o reconozcan una excepción²². Ejemplo de regla es el art. 30 de la Constitución Nacional. Esta disposición determina exactamente las formalidades que debe cumplir el proceso de reforma constitucional: la existencia de una declaración por el Congreso de la necesidad de reforma constitucional, el voto de las dos terceras partes al menos de los miembros del Congreso de esta declaración y la necesidad de una Convención convocada al efecto. De seguirse estas prescripciones, la reforma es válida. De lo contrario, ella será nula. No hay un tercer camino.

Los principios, a diferencia de las reglas, no se rigen por el método de subsunción recién sugerido. Sus consecuencias jurídicas no se activan a partir de la subsunción de situaciones fácticas a supuestos de hecho normativizados. Los principios deben aplicarse, como se dijo, en la mayor medida de lo posible. La procedencia de su restricción se juzga mediante la ponderación en el marco de un examen de proporcionalidad en el caso concreto²³. Ellos son, ciertamente, confrontados con los intereses opuestos que se busca proteger con su limitación y se valora cuál prevalece. Por eso, los principios admiten *un más/menos*.

En el contexto de la pandemia, viene a consideración la oposición entre el derecho a la vida de la comunidad y a la salud pública que se quiere proteger con el ASPO y el derecho a la libertad de acción que es restringido. Para ponderar cuál de estos prevalecería en las circunstancias actuales conviene describir antes mínimamente el control de proporcionalidad.

Sieckmann, Jan, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Nomos, Baden-Baden, 1990, págs. 79 y sigs.

²⁰ *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, op. cit., pág. 76.

²¹ *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, op. cit., pág. 76.

²² *Borowski*, op. cit., pág. 37.

²³ *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, op. cit., pág. 149; *Borowski*, op. cit., págs. 37 y sig.; *Sieckmann*, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, op. cit., págs. 18 y sig.

IV. EL CONTROL DE PROPORCIONALIDAD DE LAS MEDIDAS ESTATALES

Cómo se adelantó, el carácter de principio de una norma implica que su restricción, para ser considerada válida, debe ser sometida al test de proporcionalidad²⁴. Este último, conforme *Jan R. Sieckmann*, “demanda que la interferencia o no realización de un derecho, esté justificada por razones que sean lo suficientemente importantes para sobrepasar el derecho afectado”²⁵. Para analizar esto, se deben considerar tres presupuestos²⁶. Así, en primer lugar, corresponde atender la *adecuación* del medio restrictivo elegido para lograr el fin que se persigue. Luego, se tiene que estudiar si la medida restrictiva es *necesaria*, en el sentido de no existir medidas menos afectantes al principio limitado. Por último, se debe *ponderar* el principio afectado con el principio o regla que se quiere priorizar con las medidas tomadas para ver cuál prevalece en la situación concreta. Esto es llamado “*principio de proporcionalidad en sentido estricto*”²⁷.

El mencionado test de proporcionalidad incumbe a los jueces en los casos concretos. No obstante, como lineamientos generales, se puede someter al mismo al ASPO. La restricción de las libertades de acción

²⁴ Cfr. *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, op. cit., pág. 100; *Borowski*, op. cit., págs. 37 y sigs.

²⁵ *Sieckmann, Jan*, “El principio de proporcionalidad como un principio universal de los derechos humanos”, traducción de *Federico De Fazio*, en: *Casas, Manuel Gonzalo/Díaz Ricci, Sergio/López Testa, Daniela/Nader, Esteban* (Coordinadores), *Ius Commune ¿Hacia un ordenamiento jurídico global?*, Astrea, Buenos Aires, 2020, pág. 59. Sobre un estudio detallado del test de proporcionalidad en el campo de los derechos fundamentales ver *Clérico, Laura*, *El examen de proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, Eudeba, Buenos Aires, 2009.

²⁶ *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, op. cit., págs. 100, 149 y sigs., nota al pie No. 222; *mismo autor*, “Zur Struktur der Rechtsprinzipien”, op. cit., pág. 36; *mismo autor*, “Los principales elementos de mi filosofía del derecho”, traducción de *A. Daniel Oliver-Lalana*, en: *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 32, 2009, pág. 83; *Schlink, Bernhard*, *Abwägung im Verfassungsrecht*, Duncker & Humblot, Berlín, 1976, pág. 181; cfr. también *Sieckmann*, “El principio de proporcionalidad como un principio universal de los derechos humanos”, op. cit., pág. 65;

²⁷ *Sieckmann*, “El principio de proporcionalidad como un principio universal de los derechos humanos”, op. cit., pág. 61; cfr. también *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, op. cit., pág. 100 y 149 y nota al pie 222; *Clérico*, op. cit., pág. 26.

del art. 14 de la Constitución Nacional que él conlleva debe cumplir, entonces, para ser *proporcional* y, por tanto, *constitucional*, los tres presupuestos arriba expuestos:

Como primera medida, se debe considerar si la restricción que implica el ASPO es *adecuada* para lograr el objeto que se aspira. Así, con el ASPO se busca detener la propagación del virus, evitar el colapso del sistema sanitario cómo así también ganar tiempo para mejorar la estructura sanitaria del país. El virus se transmite por el contacto cercano con una persona infectada a través de gotículas procedentes de la nariz o de la boca de ésta al hablar, estornudar o toser, o bien si se toca los ojos, la nariz o la boca luego de haber tenido contacto con objetos o superficies ya contaminados²⁸. Por eso, para evitar su contagio, la Organización Mundial de la Salud recomienda estar al menos a un metro de distancia de las demás personas²⁹. Para asegurar esto, el gobierno argentino prohibió, con el ASPO, entre otras cosas, la reunión y la circulación de individuos. Esta medida restrictiva se presenta, a primera vista, como adecuada para lograr el distanciamiento social buscado.

En segundo lugar, es pertinente examinar si el ASPO era *necesario*. Esto significa que no deben haber existido medidas con igual eficiencia menos restrictivas de derechos. La cuarentena remite, ciertamente, a épocas medievales, cuando no existían los antibióticos ni las vacunas y la única forma de preservar la salud de la población ante un virus de alta contagiosidad era mantener alejados a los unos de los otros. No obstante, los remedios y los químicos de prevención con los que cuenta la humanidad en la actualidad no sirven eficazmente para este tipo de nuevo patógeno³⁰. De no lograrse una vacuna, por eso, la famosa inmunidad de rebaño por vía natural quizás sea la única salida que posea el mundo para volver a la vieja normalidad. Esta inmunidad implica

²⁸ Ver <https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses> (última consulta 16/6/2020).

²⁹ Ver <https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses> (última consulta 16/6/2020).

³⁰ Ver *Gallagher, James*, "Tratamientos para el coronavirus: cuánto falta para que tengamos una cura para la covid-19 y cuál es el fármaco más prometedor (y otras preguntas clave sobre la enfermedad)", *en*: BBC, 27/6/2020, disponible en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-52386393> (última consulta: 18/6/2020).

de por sí numerosas muertes. Es que en el camino de lograr una alta tasa de inmunidad entre los miembros de una sociedad a través de su contagio, muchos de ellos fallecerán. Pero si esta inmunidad no se logra de manera administrada, con algún tipo de distanciamiento forzoso, como lo están llevando a cabo ciertos países como Alemania³¹, el sistema de salud colapsará y, con esto, se multiplicarán los muertos que se necesitan para lograr una inmunidad de rebaño sin vacuna. A esto cabe sumar, que en algunos lugares que en un primer momento eran reacios al confinamiento obligatorio como el Reino Unido³², una vez que la situación se descontroló, se tuvo que cambiar de opinión³³. En consecuencia, el establecimiento de una cuarentena forzosa preventiva se revela aparentemente como una medida necesaria.

Por último, para determinar si el ASPO es efectivamente proporcional se debe realizar una *ponderación* entre el derecho a la libertad de acción (libertad de circulación, libertad de entrar y salir del país, libertad de reunión, etc.) y los derechos a la vida de la sociedad y a la salud pública. Un individuo podría sostener, por ejemplo, que él quiere ejercer efectivamente su libertad de juntarse a comer un asado con amigos a riesgo de contagiarse e incluso de morir. Esta es una opción del todo válida. Sin embargo, el conflicto en el contexto de la pandemia no se presenta entre el derecho a la libertad individual y el

³¹ Ver “Angela Merkel vaticinó que ‘un 60 o 70 por ciento’ de los alemanes contraerán coronavirus”, *en*: Página 12, 11/3/2020, disponible en <https://www.pagina12.com.ar/252245-angela-merkel-vaticino-que-un-60-o-70-por-ciento-de-los-alem> (última consulta: 18/6/2020); también Barrena, Juan Carlos, “Alemania prohíbe reuniones de más de dos personas en la calle sin obligar aún al confinamiento”, *en*: Diario Hoy, 22/3/2020, disponible en <https://www.hoy.es/internacional/union-europea/alemania-prohibe-reuniones-sin-confinamiento-20200322203641-ntrc.html> (última consulta: 18/6/2020).

³² Ver Ramos, Rafael, “Reino Unido quiere crear una ‘inmunidad de grupo’ contra el Covid-19”, *en*: La Vanguardia Internacional, 15/3/2020, disponible en <https://www.lavanguardia.com/internacional/20200315/474144521943/reino-unido-johnson-epidemia-pandemia-rebano-inmunidad-coronavirus-covid-19.html> (última consulta: 18/6/2020).

³³ Cfr. Arce, Begoña, “Londres cambia su plan contra el virus por temor a que se dispare la mortandad”, *en*: El Periódico, 17/3/2020, disponible en <https://www.elperiodico.com/es/internacional/20200317/el-reino-unido-cambia-la-estrategia-contra-el-virus-7893802> (última consulta: 18/6/2020).

derecho a la vida o salud particular. El bien tutelado con el ASPO es, más bien, la vida y la salud pública de toda la sociedad. Un ejercicio masivo de la libertad de acción podría llevar, ciertamente, a un contagio en cadena y a una saturación del sistema de salud. En esto, podrían caer enfermos los trabajadores de la salud por la imposibilidad de tomar todos los recaudos exigidos para el tratamiento seguro del coronavirus, cuantiosos infectados por esta noxa podrían terminar feneciendo por falta de respiradores al tiempo que muchos enfermos de otras dolencias podrían ser excluidos de sus tratamientos³⁴. Visto de este modo, el interés por defender la vida y la salud pública desplaza, al parecer, a la libertad particular. Preservar la vida y la salud de la mayor cantidad de ciudadanos tendría, en la ponderación, por consiguiente, un peso específico mayor que la libertad de acción individual.

En el sentido expuesto ya se ha resuelto en la reciente jurisprudencia argentina sobre el ASPO, así, en el fallo “Kingston, Patricio s/habeas corpus”³⁵. En este caso, un abogado inició una acción de habeas corpus colectivo, mediante la cual pidió la declaración de inconstitucionalidad de ciertos artículos del decreto que estableció el ASPO por ser violatorios de los arts. 1, 14, 16, 19, 23, 28, 75 inc. 29 y 99 inc. 3 de la Constitución Nacional. Él argumentó que sus libertades sólo podían ser restringidas a través de la declaración del Estado de Sitio prevista en el art. 23 de la Carta Magna. Por tanto, él buscaba el ejercicio irrestricto de sus derechos. El tribunal de primera instancia y la cámara rechazaron la pretensión. Se sostuvo que la única medida con la que se cuenta, ante la ausencia de otros recursos médicos, para evitar la propagación de la enfermedad es el aislamiento social. Por eso, se interpretó que las restricciones tomadas fueron razonables. Además, se afirmó que la excepcionalidad de la situación legitimaba la acción tomada. Se dispuso

³⁴ Ver *Gil, Tamara*, “Coronavirus: las víctimas colaterales de la crisis del covid-19 (y el duro dilema que enfrentan sus familiares)”, *en*: BBC, 26/3/2020, disponible en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-52013643> (última consulta: 18/6/2020); “Las víctimas que nadie cuenta: así perjudica la pandemia a los pacientes de cáncer y otras enfermedades que no son COVID-19”, *en*: Infobae, 22/4/2020, disponible en <https://www.infobae.com/america/ciencia-america/2020/04/22/las-victimas-que-nadie-cuenta-asi-perjudica-la-pandemia-a-los-pacientes-de-cancer-y-otras-enfermedades-que-no-son-covid-19/> (última consulta: 18/6/2020).

³⁵ CNACrim., “Kingston, Patricio s/habeas corpus”, 21/3/2020.

que el ASPO tiende a garantizar el orden público y que él encuentra su fundamento en la necesidad de preservar la salud pública del accionante como así también de toda la comunidad. Junto a esto, se estableció que el Estado no sólo debe evitar interferir en la salud de sus ciudadanos, sino también cuidarla mediante acciones positivas.

En el contexto de la pandemia, el Tribunal Constitucional Federal Alemán (*BVerfG* por las siglas de su nombre en alemán *Bundesverfassungsgericht*) entendió, en cambio, que ciertas medidas administrativas limitantes de la libertad de reunión no eran del todo proporcionales³⁶. Las manifestaciones en el país teutón se encuentran reguladas. Ante la pretensión de realizar una marcha, uno debe dirigirse, por tanto, a las autoridades y solicitar un permiso. En la situación resuelta por la máxima autoridad jurisdiccional alemana se trataba de la constitucionalidad de la negativa de una autorización para una manifestación en Stuttgart, en la que participarían ochenta personas y se respetaría dos metros de distancia entre los asistentes. Frente a la negativa de la autoridad administrativa, el solicitante acudió a la justicia y pidió una medida cautelar para que se permita la marcha. Los tribunales inferiores confirmaron la posición de la autoridad involucrada y rechazaron la medida solicitada. El Tribunal Constitucional Federal Alemán admitió, por el contrario, la demanda y resolvió la solicitud. Él consideró que el derecho de reunión en espacios públicos del art. 8, párrafo 2 de la Ley Fundamental Alemana (*Grundgesetz*) gozaba en su jurisprudencia de un papel estructural por ser una libertad esencial para la democracia. Su restricción debía ser objeto, por eso, de un estricto test de proporcionalidad. Ante esto, se entendió que no correspondía la negativa al derecho a la reunión sin más. Se debía, más bien, buscar otras formas posibles de reunión que eviten el contagio e impidan la suspensión de la manifestación. Se debía pensar, por ejemplo, en un encuentro con un menor número de participantes o con criterios más estrictos. Consecuentemente, el Tribunal Constitucional Federal Alemán mandó a la autoridad administrativa de aplicación a rever el supuesto planteado³⁷.

³⁶ BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 17. April 2020 - 1 BvQ 37/20 -, No. de referencia 1-29.

³⁷ Mateos Durán, Arnulfo, "El Tribunal Constitucional de Alemania y el derecho de reunión en tiempos de COVID-19", en: Nexos, 7/5/2020, disponible en

Como se advierte a partir de la contraposición de estas dos jurisprudencias, las restricciones a las libertades fundamentales deben ser valoradas por los tribunales en cada caso concreto. En términos genéricos, sin embargo, la medida del ASPO se presenta como proporcional y, de tal modo, *constitucional*³⁸. Pero si ella no hiciera excepciones como las que realiza, por ejemplo, referentes a la autorización de la movilidad de personas que se dedican al cuidado de otras, podría presentarse como irrazonable.

V. ¿ESTADO DE SITIO O DNU?

En el arriba expuesto caso “Kingston, Patricio s/habeas corpus”³⁹ el abogado actor sostenía que las libertades sólo podían ser limitadas mediante la declaración del Estado de Sitio dispuesta en el art. 23 de la Constitución Nacional. Por este motivo, es oportuno considerar, en esta sección, si el decreto de necesidad y urgencia fue la figura jurídica correcta para introducir el ASPO y, con esto, las limitaciones a los derechos de libertad de acción.

La Carta Magna Argentina consagra el Estado de Sitio en su art. 23 para el supuesto de “conmoción interior o de ataque exterior que ponga en peligro” el ejercicio de la Constitución o las autoridades creadas por ella. En esto, esta normativa permite que se suspendan las garantías constitucionales y que el Poder Ejecutivo detenga a ciertas personas como así también que las traslade de un punto a otro del país. En ella se regula una emergencia de carácter político similar a la que habilita la utilización de la intervención federal⁴⁰. El Estado de Sitio se ocupa, por tanto, de reaccionar ante atentados, como la sedición, de enemigos internos de la democracia o bien ante ataques armados de enemigos exteriores a la Nación⁴¹. Este instituto, en ese contexto,

https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?author_name=arnulfo-daniel-mateos-duran (última consulta: 17/6/2020).

³⁸ Casagne, op. cit., pág. 5.

³⁹ CNACrim., “Kingston, Patricio s/habeas corpus”, 21/3/2020.

⁴⁰ Gelli, María Angélica, Constitución Nacional Comentada, Tercera edición ampliada y actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2008, Art. 23.

⁴¹ Sozzo, Gonzalo, “Una cartografía de derechos para las crisis sanitarias. A propósito del COVID-19”, en: La Ley, 5/5/2020, pág. 12.

militariza la situación⁴² y habilita al gobierno la posibilidad de arrestar y de suspender las garantías constitucionales. Por este motivo, él debe ser invocado como *ultima ratio*⁴³. La no comprensión de su excepcionalidad llevó históricamente a que se hiciera abuso del Estado de Sitio en nuestro país con los golpes militares⁴⁴.

En relación a la pandemia, muchos líderes políticos han empleado, ciertamente, la metáfora de la guerra⁴⁵. No obstante, el coronavirus no es un enemigo ni interno ni externo. Él es una enfermedad que agrede de manera invisible a toda la humanidad. Debido a esto, en la circunstancia actual debe reinar una lógica de cooperación, no de confrontación. Por esto, el Estado de Sitio no se presenta como la medida adecuada para detener la propogación de esta noxa asegurando el distanciamiento social⁴⁶. Él tiene por objeto situaciones distintas a la que presenta la COVID-19⁴⁷.

⁴² Sozzo, op. cit., pág. 12.

⁴³ Blando, Oscar M., “Estado de sitio: inconveniente e innecesario”, en: La Capital, 4/4/2020, disponible en <https://www.lacapital.com.ar/opinion/estado-sitio-inconveniente-e-innecesario-n2575570.html> (última consulta: 18/6/2020).

⁴⁴ Similar Gelli, Constitución Nacional Comentada, op. cit., Art. 23.

⁴⁵ Ver Serrano Amat, Guillermo, “Sánchez pronuncia 8 veces la palabra ‘guerra’ para pedir al PP colaboración en ‘la posguerra’”, en: El Español, 13/4/2020, disponible en https://www.elespanol.com/espana/politica/20200413/sanchez-pronuncia-palabra-guerra-pp-colaboracion-posguerra/481952387_0.html (última consulta: 18/6/2020); Vallejos, Mónica, “Coronavirus: Trump habla de ‘virus chino’ de ‘guerra’ y ‘enemigo’ y busca poderes especiales”, en: El Cronista, 18/3/2020, disponible en <https://www.cronista.com/internacionales/Coronavirus-Trump-habla-de-virus-chino-de-guerra-y-enemigo-y-busca-poderes-especiales-20200318-0043.html> (última consulta: 18/6/2020); también “China habla otra vez de ‘guerra’ contra el coronavirus”, en: TyC Sports, disponible en <https://www.tycsports.com/interes-general/china-habla-otra-vez-de-guerra-contra-el-coronavirus-20200615.html> (última consulta: 18/6/2020); Silvera Roig, Marta, “¿Guerra contra el Covid-19? No culpes a la metáfora”, en: El Confidencial, 29/04/2020, disponible en https://blogs.elconfidencial.com/tecnologia/tribuna/2020-04-29/guerra-covid-19-metáfora_2570808/ (última consulta: 18/6/2020).

⁴⁶ Concordante Sozzo, op. cit., pág. 12.

⁴⁷ Similar Boico, Roberto, “Constitución, coronavirus y aislamiento obligatorio”, en: La Ley, 6/4/2020, pág. 1. En contra de esta interpretación, en cambio, Díaz Lacoste, Alejandro, “COVID-19. El resguardo del Estado de derecho ante

A pesar de lo conveniente que sería, en el ordenamiento jurídico nacional no existe un remedio específico para actuar ante una emergencia sanitaria peculiar como la que constituye la presente pandemia o ante una calamidad⁴⁸. La Constitución Nacional, sin embargo, desde su reforma en el año 1994, pone a disposición del Poder Ejecutivo en el art. 99 inc. 3 el instituto jurídico extraordinario del decreto de necesidad y urgencia. Esta normativa posibilita al Presidente de la Nación hacer uso de decretos para “legislar” por razones de necesidad y de urgencia cuando por circunstancias excepcionales no se pueda seguir los trámites ordinarios de sanción de leyes previstos por la Constitución. Este tipo de decreto debe cumplir, conforme la Constitución, ciertos requisitos formales y materiales. Así, él debe ser, entre otras cosas, refrendado por todos los ministros de gabinete y por el jefe de los mismos. Junto a esto, él debe ser sometido a un control posterior por parte del Congreso. En cuanto a lo material, se encuentran excluidas de esta figura jurídica las cuestiones referentes al derecho penal, al derecho tributario, al derecho electoral y al régimen de los partidos políticos. Por último, el cumplimiento de los presupuestos formales y materiales de estos decretos dictados por el Poder Ejecutivo, de acuerdo a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, puede ser sometido a revisión por parte del Poder Judicial desde la óptica de los principios del Estado Constitucional⁴⁹.

El decreto de necesidad y urgencia del Poder Ejecutivo que instaura el ASPO cumple todos estos presupuestos⁵⁰. Él fue, por eso, la vía correcta para gestionar la emergencia sanitaria excepcional que representa la actual pandemia⁵¹. Es que por lo intempestivo y frenético del crecimiento de casos de infectados en el mundo, el

el estado de pandemia”, en: *La Ley*, 5/5/2020, págs. 2 y sigs, para quién la ventaja que tendría la declaración legislativa del Estado de Sitio radica en que permitiría escuchar las opiniones de los expertos médicos en el recinto parlamentario.

⁴⁸ *Sozzo*, op. cit., pág. 11.

⁴⁹ CSJN, Fallos: 333:633, *Consumidores Argentinos c/ EN – PEN*, considerando 6, 8, 10 y 12.

⁵⁰ En esta dirección *Boico*, op. cit., pág. 4.

⁵¹ Cfr. *Boico*, op. cit., pág. 1; *Gelli*, “La Pandemia del COVID-19. Desafíos democráticos y límites constitucionales”, op. cit., pág. 1.

Estado Argentino no tenía tiempo, al momento de su sanción, de declarar por medio de una ley la emergencia sanitaria específica para el coronavirus y delegar funciones en el Poder Ejecutivo (ver art. 76 de la Constitución Nacional)⁵². El congreso, como se adelantó precedentemente, tampoco podía reunirse a sesionar de manera presencial sin riesgo de exponer a sus miembros al contagio. El ASPO, por su parte, no legisla materia vedada a los decretos de necesidad y urgencia⁵³. Los delitos relacionados a la ruptura de la cuarenta que establece el DNU 297/2020 en su art. 4, ya se encontraban tipificados en el Código Penal en los art. 205 y 239. Esta disposiciones castigan, respectivamente, a quién violare medidas para evitar la propagación de una epidemia y a quién se resistiera a la autoridad.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

Los efectos del coronavirus y las medidas estatales tomadas a causa de él han alterado el orden de todas las sociedades liberales. Se ha invertido el principio legalista de *todo lo que no está prohibido, está permitido*. Desde la declaración de esta enfermedad como pandemia a comienzos de marzo por parte de la Organización Mundial de la Salud se han ido restringiendo de manera global las libertades de acción. Con esto, hoy rige excepcionalmente en gran parte del mundo el mandato *todo está prohibido, a no ser que esté permitido*. En este sentido, en Argentina se ha dictado a través de un decreto de necesidad y urgencia el Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio (ASPO) para administrar la pandemia hasta su desaparición.

Esta situación genera suspicacias jurídicas. No obstante, esta limitación a los derechos de libertad de acción, como se ha demostrado en este escrito, a primer vista, no implican una violación a la Constitución Nacional Argentina. Esta normativa reconoce que los derechos fundamentales no son absolutos. De igual manera son considerados estos derechos en la jurisprudencia nacional y en los tratados internacionales. Es que los derechos fundamentales son principios. Esto implica

⁵² Casagne, op. cit., pág. 4.

⁵³ Así Boico, op. cit., pág. 4; Casagne, op. cit., pág. 4.

que ellos no se aplican sin más. Ellos deben ser realizados en la mayor medida posible conforme las posibilidades fácticas y jurídicas.

Por la pandemia actual, los derechos de libertad de acción han sido limitados. Principios de mayor peso como el del derecho a la vida y a la salud pública han desplazado, por ejemplo, el derecho individual a juntarse con amigos a tomar mate. Desde un somero análisis basado en el test de proporcionalidad este tipo de restricción se ha revelado aquí, sin embargo, como constitucional. La medida limitante del ASPO habría sido *adecuada* para lograr ralentizar los contagios como así también para no colapsar el sistema sanitario y mejorarlo. Ella habría sido, además, la opción menos restrictiva de derechos, es decir, *necesaria* y su objeto en la *ponderación* prevalecería frente a los derechos liberales afectados.

Por último, el instituto jurídico del decreto de necesidad y urgencia fue la vía correcta para implementar estas restricciones. El Estado de Sitio, contrario a lo que se sugirió, no era la figura de derecho pertinente para limitar las libertades. Esta reacciona, más bien, ante enemigos internos o externos del orden constitucional liberal. Pero el coronavirus no es un enemigo de la Nación Argentina. Esta enfermedad afecta a toda la humanidad. Por tanto, su administración necesita colaboración antes que confrontación. Por la alta tasa de contagiosidad de esta noxa, el Congreso no pudo sesionar para introducir el ASPO mediante ley, o bien, para delegar funciones legislativas específicas para la pandemia en el Poder Ejecutivo. No había tiempo. El Presidente se valió, por consiguiente, eficazmente del decreto de necesidad y urgencia.