

# NOTAS DE BALANCE SOBRE EL CONTROL JUDICIAL DE LA PANDEMIA DEL COVID-19 <sup>1</sup>

BALANCE NOTES ON JUDICIAL CONTROL OF THE COVID-19 PANDEMIC

Por *Gustavo Arballo* (\*)

**Resumen:** En este trabajo se hace un breve repaso sobre diversas situaciones jurídicas afectadas por restricciones impuestas a raíz de la pandemia del COVID-19 en Argentina. Se reporta y analiza su impacto sobre la división de poderes, sobre las prácticas reglamentarias y decisorias de las administraciones, y sobre los patrones de control judicial que criterios deferentes y fases de rigor creciente en el escrutinio de su razonabilidad. El balance final nos muestra notas comunes y variables: una revisión estratégica, minimalista, prudencial y diferida.

**Palabras clave:** Restricciones – Emergencia – Control Judicial

**Abstract:** This article draws a short assessment of the judicial oversight of various legal issues regarding the COVID-19 pandemic in Argentina. It reports and analyzes its impact on the separation of powers, on the regulatory and decision-making practices of the administrations, and sketch various patterns of judicial review that mixes deferential views with a stricter scrutiny of their criteria. The balance shows us a common theme on the judicial behavior: a strategic, minimalist, prudential and deferred review of the pandemic regulations.

**Keywords:** Restrictions – Emergency – Judicial Review



Artículo publicado bajo Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Sin Derivar. © Universidad Católica de Córdoba

DOI [http://dx.doi.org/10.22529/rfd.2021\(5\)03](http://dx.doi.org/10.22529/rfd.2021(5)03)

<sup>1</sup> Artículo recibido el 20/10/2021 y aprobado para su publicación el 26/10/2021.

(\*) Profesor Derecho Público Provincial y Municipal – Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la Universidad Nacional de La Pampa.

## I. El año que vivimos en peligro

Tal vez sea posible hablar ya en tiempo pasado -un pasado *inmediato*- de la Pandemia de COVID-19, que desde principios de 2020 hasta el invierno de 2021 suscitó la emergencia sanitaria global más impactante de nuestras vidas. Nuestro país no estuvo exento de ello, y una amplia sucesión de medidas de restricción fueron puntuando las distintas olas de la pandemia con las fases ASPO, DISPO y un amplio abanico de normas jurídicas que se dictaron en todos los niveles de gobierno.

Esta nota partirá de ello y se centrará en las vicisitudes que se derivaron en la etapa de control judicial. Así, veremos diversos puntos con las dificultades objetivas que planteó la pandemia, las variables que incidían en su judicialización, y cómo la jurisprudencia reaccionó a ello en dos fases claramente diferenciadas.

## II. Impacto sobre la división de poderes

Nuestra Constitución tiene dos divisiones de poder: la más conocida que es horizontal (Ejecutivo, Legislativo, Judicial), pero también tiene la vertical, porque somos un país federal (con cuatro sujetos: Nación, provincias, municipios, y una ciudad federada *sui generis*). Casi todas las medidas desde el comienzo de la pandemia han invocado la situación de emergencia y permearon esa doble división de poderes: el Ejecutivo legisla (invocando una práctica ya extendida en la materia como es el uso extendido de Decretos de Necesidad y Urgencia), y la Nación introduce restricciones a competencias que *prima facie* son locales, en pos de un fin federal.

Así, el manejo de la pandemia estuvo sesgado a la concentración en las dos dimensiones. Poderes locales fueron absorbidos por la normativa federal, y

poderes regulatorios del Congreso fueron absorbidos por la vía excepcional (pero “normalizada” en contexto de pandemia), al tiempo que un sinnúmero de decisiones administrativas (sanitarias, migratorias, de seguridad) completaban el espectro de mandatos, permisos y prohibiciones “pandémicos”.

Como futuro que no fue, en algunas ocasiones se mencionó -sobre todo luego del fallo de la Corte Suprema federal sobre escolaridad presencial en CABA- una solución técnica que estuvo todo el tiempo disponible para mitigar uno de esos problemas: la sanción de una ley que fije parámetros y bases para la acción del Ejecutivo, habilitados en las consabidas “fases” determinadas por indicadores sanitarios (número de casos, ocupación de camas, porcentaje de positividad de tests, etc.), en el marco del instituto de la delegación legislativa del art. 76 C.N. Los picos, reflujos y recidivas de la pandemia se sucedieron, pero nunca llegó a existir voluntad política de actuar con este mecanismo que acotaba la discrecionalidad (y probablemente sea necesario revisar como una opción deseable para el futuro).

### **III. Normas debajo de las normas, despapelización y decisiones algorítmicas**

El espectro de normas formales se ramificaba hasta empalmar con “protocolos” de diversa entidad jurídica (desde los que efectivamente eran reglamentos preceptivos, hasta otros que tenía naturaleza de recomendaciones generales) y con un sistema que al automatizarse incluía decisiones (de permisos, de turnos, o de restricciones) dirimidas por algoritmos en aplicaciones. Así, la pandemia trajo la primera experiencia a gran escala de actos administrativos conferidos por algoritmos o bots, cuyas decisiones en algunos casos estaban efectivamente anticipadas por los parámetros normativos, y en otros casos no tenían mayor transparencia: la moraleja de ello nos lleva a insistir en determinar la necesidad de mejorar la trazabilidad y explicabilidad de los sistemas de decisión programados, así como cuestiones de seguridad de datos que en la

urgencia de la pandemia se solucionaron con mecanismos precarios (como el “número de trámite” del DNI para validar identidad).

#### **IV. Virtualización**

En el interín, los procesos se tuvieron que adaptar en todos los procesos del Estado: lo hizo la administración pública, los poderes judiciales (dictando diversas acordadas y acelerando formas de digitalización de los procesos, a la vez que se impuso como norma la virtualidad en las audiencias), y también los poderes legislativos (que sesionaban en forma telemática, cuestión que elípticamente fue reconocida como válida por la Corte Suprema de la Nación en la temprana época de la pandemia de abril de 2020, prefigurando un patrón: salvo excepciones, la jurisprudencia ha convalidado estas formas necesarias de adaptación<sup>2</sup>.

#### **V. Glissando: el problema de la normatividad evanescente**

Entrando ya en las vicisitudes del análisis judicial, una cuestión que complejizó la “lectura” y análisis de normativa fue el hecho de que a lo largo de la pandemia no existía un punto fijo y constante, sino un espectro de modalidades que tenían diferentes áreas de incidencia y grados fluctuantes de permisión y de restricción. El carácter focal y temporario de estas medidas suscitará problemas. Uno es el hecho de que el foco de análisis quedaría desfasado, sobre todo en instancias de apelación: al momento de evaluar una medida restrictiva, muy probablemente ya habría sido sustituida por otra, ya habría nuevos elementos que podrían validar lo que en su momento fue justificado. Y si bien los jueces deben ajustar sus fallos al estado de cosas que exista al momento de pronunciarse, hacerlo requería de su parte una experticia imposible de ser sustanciada en forma “difusa” y sin contar con legitimidad técnica y política. En

---

<sup>2</sup> CSJN, *Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación s/ acción declarativa de certeza*, del 24/04/2020, Fallos 343:195.

cualquier caso, en el horizonte muy corto de la niebla de datos de la pandemia, las medidas se suponían dadas con una limitación temporal, y el Poder Judicial nunca pudo ver con nitidez más allá de esa niebla para ejercer un control prudencial de razonabilidad.

El problema de la normatividad cambiante era correlativo a un estado de situación muy variable, que a su turno se proyectaba a los eventuales cuestionamientos judiciales: varios pronunciamientos en los que se requería vacunación a personas que el plan Nacional no priorizaba evidentemente devienen abstractos a medida en que la llegada de las vacunas se regulariza y la mayor parte de la población es inoculada. Esta misma secuencia se repitió en muchas otras cuestiones (se dictaron sentencias que disponían prisión domiciliaria, órdenes de no interrupción de servicios públicos, litigios suscitados por interrupción o renegociación de contratos privados, y por supuesto resoluciones sobre las actividades restringidas en cada región y fase de la pandemia).

## **VI. El fondo de la cuestión**

Sin duda alguna, todas las medidas afectaron derechos, y lo hicieron en medidas mayúsculas (lindantes con la restricción total). Del otro lado de la balanza tuvimos la niebla que demandaba un enfoque precaucional: un fenómeno que en términos epidemiológicos escala exponencialmente, la experiencia de algunos países que entraron en crisis de saturación del sistema de salud, con incidencias y mecanismos de defensa cuyo consenso científico fue fluctuante (en un mes se pasó de desaconsejar el uso de barbijo por parte de la OMS a introducirlo como obligatorio). De un modo explícito o implícito, el Gobierno Nacional adoptó restricciones que a veces no tenían en cuenta la situación concreta, sino su evolución a peor: un probable escenario futuro (“abrir el paraguas”) que por su carácter contingente no se puede probar ni refutar. Con la ventaja de la visión retrospectiva, sabemos que algunas cosas temidas

sucedieron (más de cien mil muertos se registraron en nuestro país por complicaciones de COVID-19 entre 2020 y 2021) y otras no (no hubo colapso generalizado del sistema de salud).

### VII. ¿Es posible “balancear” en una coctelera?

El problema de las crisis es que no solo demandan medidas extremas, sino que también en su dinámica inutilizan los mapas y los sistemas de navegación. Nuestra jurisprudencia tiene un kit de estándares para “balancear” el permitido de restricciones que los gobiernos tienen, bajo la etiqueta de “razonabilidad” y la frontera está y fórmulas del tipo “controlar la relación de medios a fines”. El inconveniente es que este sistema de platillos ya es difícil en la normalidad, y mucho más complejo en situaciones de “singularidad”. Si hoy resulta aventurado establecer qué explicó diferentes “olas” en la dinámica de la pandemia, mucho menos era posible establecerlo con nitidez en simultáneo con la coyuntura: esto, que vale para la autoridad sanitaria, es aún más cierto para la autoridad judicial.

La primera fase entonces adoptó una suerte de “principio precautorio” que puede sintetizarse, a modo de ejemplo, en una sentencia puntual que transcribimos: *“la pretensión de inconstitucionalidad del DNU 297/2020 en cuanto el mismo preserva con acciones positivas el cuidado a la salud de la población en un contexto de emergencia sanitaria por COVID-19 es a todas luces inatendible, pues no se cuenta con otra medida mejor que la adoptada — aislamiento social—, siendo la única a disposición que se tiene ante la ausencia de otros recursos médicos que impidan la propagación de la enfermedad y preservar la salud”*<sup>3</sup>.

*Mutatis mutandis*, esta idea de “no es claramente irrazonable” fue predominante en 2020 y en buena parte de 2021.

### VIII. “Con creciente rigor”

---

<sup>3</sup> Cámara Federal de Apelaciones de Posadas, *Irigoyen Cundom*, Arturo José s/ Amparo, 24/04/2020.

Pero en el marco de esta teoría de la relatividad, la Corte hizo en 2020 zoom en un caso de restricción de ingresos a la Provincia de Formosa y basculó: *“los tribunales deben examinar con creciente rigor las intervenciones en los derechos individuales a medida que estas se tornan más intensas y prolongadas, para establecer no sólo si está justificada la validez de la medida, sino su alcance”* (Lee, Carlos Roberto, del 19/11/2020; Fallos 343:1704).

Otros fallos relacionados con la misma situación describirán el crescendo analítico de la Corte:

- en “Petcoff Naidenoff” del 25/02/2021, la Corte recordará que *“aun ante el escenario de emergencia que se verifica en el marco del COVID-19, las medidas que se adopten para hacer frente a la pandemia y conlleven la regulación de derechos fundamentales deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales”*<sup>4</sup>.
- Y en “Ibarrola” del 12/03/2021 acogerá ya directamente una medida cautelar innovativa con términos más enfáticos: *“sujetar a una persona al cumplimiento de un plazo de aislamiento y espera que, conforme al desenvolvimiento natural y ordinario de los hechos, podría frustrar la sustancia del derecho implicado; esto es, circular por territorio provincial para acompañar a un familiar enfermo, no puede encontrar sustento en la impronta humana y realista que exige la Constitución Nacional”*<sup>5</sup>.

Ya en mayo, el “creciente rigor” se materializó en un caso conocido y notorio del otoño de 2021: la Corte hizo lugar a la demanda planteada por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires al invalidar -por “falta de justificación

---

<sup>4</sup> CSJN, Petcoff Naidenoff, Luis s/ incidente de inhibitoria, Fallos 344:126

<sup>5</sup> CSJN, Ibarrola c. Provincia de Formosa, Fallos 344:316.

suficiente” – la suspensión que la Nación había impuesto para las modalidades presenciales de educación en el ámbito porteño<sup>6</sup>.

### IX. Fase 1 y Fase 2

La idea de gradualidad también hace juego con la deferencia inicial de la de todo el sistema jurídico. Los DNUs de 2020, tanto en su modalidad ASPO como en DISPO, rigieron por meses y más allá de una litigación incidental no tuvieron ningún fallo de invalidación importante. Fueron, además, ratificados por el Congreso y aplicados por las provincias: podríamos discutir la constitucionalidad formal de la absorción de poderes, pero había aquiescencia y actos formales y efectivos de acatamiento, los que incluso derivaban en la formación de causas penales por aplicación del art. 205 del Código Penal, que reprime con prisión de seis meses a dos años, a quien “violare las medidas adoptadas por las autoridades competentes, para impedir la introducción o propagación de una epidemia” (un caso notorio de ley penal en blanco, con todo lo que ello implicaba, y que generó un sinnúmero de causas -y litigios- que tomó el sistema penal).

Luego, la cambiante realidad también terminó proyectándose a la casuística judicial, seguramente atenta a los cuestionamientos prácticos, y sociales y políticos al kit de medidas restrictivas. En ese escenario de Fase 2 la Justicia requerida le acepta al Gobierno la idea base de que “a grandes males grandes remedios”, pero le acota: “a grandes remedios, más controles”.

Así es que en esta fase encontraremos fallos con criterios menos deferentes, que dirán, por ejemplo que “la necesidad gubernamental de adoptar medidas que, en resguardo de la salud pública, contribuyan a demorar el ingreso de las nuevas cepas del COVID-19, aunque justifica el dictado de limitaciones, no

---

<sup>6</sup> CSJN, Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ acción declarativa de inconstitucionalidad, del 4/5/2021, Fallos 344:126.

puede ser invocada frente a la urgencia en reingresar al territorio nacional que deriva de un padecimiento grave de salud”<sup>7</sup>.

En la actual fase encontramos pues un manejo “casuista” de la razonabilidad, que se ubica en el estrecho -y poco luminoso- pasaje que corre entre la presunción *a priori* a favor de las normas restrictivas y su invalidación “a toro pasado”, para usar una vívida expresión común en la tauromaquia.

## X. Balance del balance

Una intuición posible, y susceptible de comprobación, es que no se trató ello de una singularidad argentina, sino de un patrón relativamente común de comportamiento judicial en el derecho comparado. Esto es, de algún modo, la parábola que une con un hilo invisible, las resoluciones pandémicas dictadas en “abstracto” en el marco del Sistema Interamericano (Corte Interamericana<sup>8</sup> y Comisión Interamericana<sup>9</sup>) en las que se enfatizaban los deberes de los Estados en el marco de la lucha contra la pandemia, el trabajo de revisión de Wendy Mariner sobre el tema en los Estados Unidos en un artículo de reciente publicación<sup>10</sup>, y la también reciente sentencia del Tribunal Constitucional Español declarando inconstitucional la segunda prórroga de seis meses del estado de alarma, entre octubre de 2020 y mayo 2021<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala VII, *Masarik, C. C. y otros*, 8/7/2021

<sup>8</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *COVID-19 y Derechos Humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados cono perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales*, Declaración del 9 de abril de 2020, recuperada de: [https://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/declaracion\\_1\\_20\\_ESP.pdf](https://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/declaracion_1_20_ESP.pdf)

<sup>9</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución 1/20, *Pandemia y Derechos Humanos en las Américas*, adoptada el 10 de abril de 2020, recuperada de: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/centro-covid/docs/Covid-19/CIDH-Resolucion-1-20-es.pdf>

<sup>10</sup> Mariner, Wendy, “Shifting Standards of Judicial Review During the Coronavirus Pandemic in the United States”, en: *German Law Journal*, Volume 22, Issue 6, Septiembre 2021, pp. 1039-1059. DOI: <https://doi.org/10.1017/glj.2021.51>

<sup>11</sup> Tribunal Constitucional Español, STC del 27 de octubre de 2021, recuperado de: [https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP\\_2021\\_107/2020-5342STC.pdf](https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2021_107/2020-5342STC.pdf)

En todo caso, nuestro balance nacional nos muestra un montaje variado. En el contexto de la fase 1, el criterio judicial se mantuvo en general sintonía con los enfoques restrictivos en sus modalidades de ASPO y DISPO. Las instancias controladoras tardaron en llegar, y en ningún caso supusieron una confrontación explícita. Los casos referenciales que en 2021 resolvió la Corte Suprema de la Nación (restricciones al ingreso a Formosa, el caso de escolaridad presencial en CABA) fueron el segundo movimiento caracterizado -ahora- por un *leitmotiv* recurrente: la deferencia subyacente -y materializada en DNUs que conforman todavía hoy el núcleo de la normatividad pandémica- se conjuga con una revisión judicial ya observable, pero *con distancia social*: una revisión estratégica, minimalista, prudencial y diferida.