

Estado y pandemia: entre el deber y la responsabilidad

The Government and the Pandemic: Between Duty and Responsibility

Susana Macat

Susana Macat es docente e investigadora de la Escuela de Ciencia Política, Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales, Universidad Nacional de Rosario, Argentina.

E-mail: estudiomacat@hotmail.com

resumen

La potestad-deber del Estado para preservar la salud de la población puede rastrearse desde tiempos remotos. Prestigiosos autores del Derecho Administrativo han dado ejemplos de ello. La salud e higiene públicas integran una de las tres categorías con que se ha caracterizado lo que se conoce como “poder de policía” del Estado, el cual no debe confundirse con la policía de seguridad, sino que hace alusión al poder de limitar los derechos de los ciudadanos en función de la protección de la seguridad, la salubridad y la moralidad públicas. Cabe aclarar que estas tres categorías refieren a la concepción más restringida del poder de policía que se conoce como “narrow” y se encuentra ligada a una visión del Estado liberal. No hay duda de que la pandemia por Covid-19 ha renovado esta intervención, y obligó a las personas a seguir determinados protocolos que les son impuestos desde el Estado. Sin embargo, el ejercicio de esta potestad-deber por parte de las autoridades estatales las coloca ante la responsabilidad de evitar los daños que tales limitaciones acarrearán a las personas en lo que respecta a su economía y al ejercicio de la libertad. El artículo intenta analizar los antecedentes remotos en la jurisprudencia argentina y las normas que regulan actualmente la responsabilidad del Estado por su actividad lícita, a fin de dejar en claro la importancia del rol que a cada ciudadano le cabe para recuperar el pleno ejercicio de sus derechos constitucionales.

palabras clave

poder de policía / razonabilidad / legalidad / intimidad / proporcionalidad / responsabilidad del Estado

summary

The power and duty of the Government to preserve the health of the population can be traced back to ancient times. Prestigious writers of administrative law have given examples of that. Public health and sanitation are part of one of the three categories of what is known as “police power” of the Government, which must not be confused with the security police, but refers to the authority to restrict the rights of the citizens to protect public safety, health and morale. It is important to note that these three categories refer to the most restrictive interpretation of the police power, which is known as “narrow” and is linked to a liberal. There is no doubt that the COVID-19 pandemic has renewed this intervention, as it is compulsory to follow certain protocols that are imposed to the population by the Government. However, the exercise of this power-duty on behalf of Government authorities place them with the responsibility to avoid the damages that such restrictions cause to people with respect to their economy and the exercise of their freedom. This publication intends to analyze historic records in Argentine case law and the norms that currently regulate the responsibility of the Government for acting within the law, in order to clarify the importance of the role that each citizen plays to recover their right to exercise fully their constitutional rights.

keywords

police power / reasonableness / legality / privacy / proportionality / responsibility of the Government for acting within the law

Se afirma que, desde tiempos lejanos, las Ciudades-Estados tenían la potestad de reglamentar sobre la *seguridad, salubridad o higiene y moralidad públicas* (Gordillo, 1979, T.II: 4). Respecto de la salubridad o higiene públicas, es fácil imaginar que, ante pestes que asolaban a la población, los gobiernos tomaran medidas. Por lo general, ordenaban el alejamiento de los enfermos. Ya en la Antigüedad, encontramos relatos bíblicos que narran las medidas que se disponían respecto de los leprosos. Posteriormente, en la Edad Media, se debió luchar contra la peste negra o peste bubónica, que se había diseminado por causa de una pulga que atacaba a los ratones, los cuales a su vez contaminaban los alimentos de la población. En épocas más cercanas, el cólera diezmoó la población de países americanos. En el siglo XIX, la tuberculosis inspiró dramas literarios. Qué decir de la viruela. A mediados del siglo XX, la poliomielitis dejó muchas víctimas con parálisis infantil en Argentina. Recién con la invención de las vacunas, se pudieron controlar la viruela, la tuberculosis y la poliomielitis. Así, poco a poco, la ciencia fue abriéndose paso y ayudó a la humanidad a prevenir y curar muchas enfermedades que comenzaron siendo mortales. En esa línea, ya no solo las Ciudades, sino también los Estados Nacionales, legislaron para imponer calendarios de vacunación obligatoria, y otro tipo de normas para prevenir y evitar el contagio de enfermedades. Incluso, se dictaron normas penales para sancionar delitos cometidos contra la salud pública.¹

Podríamos afirmar que el Estado tiene el deber de proteger a la población del contagio de enfermedades que podrían expandirse y ocasionar la muerte de miles de personas. En cumplimiento de ese deber se le ha reconocido desde tiempo inmemorial el llamado “poder de policía” por el cual se justifica la limitación de los derechos individuales en defensa del bien común. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en 1869, en un caso en el cual se había impugnado por inconstitucional una ley de la Provincia de Buenos Aires que prohibía la corrida de toros expresó: “es un principio de derecho constitucional que la policía de las provincias está a cargo de sus gobiernos locales, entendiéndose incluido en los poderes que se han reservado el de proveer lo conveniente a la seguridad, salubridad y moralidad de sus vecinos”.²

En 1887, se impugnó una ley de la Provincia de Buenos Aires que había dispuesto la clausura de los establecimientos destinados al salado de carnes y graserías. La Corte entonces falló:

La objeción que hoy se opone a la ley y decreto citados, de ser contrarios a la Constitución y a las leyes civiles, por cuanto atacan la propiedad y el ejercicio de una industria lícita, no tiene fundamento alguno legal; porque según la Constitución, esos derechos están sujetos a las leyes que reglamentan su ejercicio, y según nuestro Código Civil, la propiedad está sujeta a restricciones y limitaciones exigidas por el interés público o por el interés privado, correspondiendo establecer las primeras al derecho administrativo solamente (art. 2611 del Código Civil).

Por consiguiente, la ley provincial de 1871, determinando las condiciones bajo las cuales pueden establecerse saladeros en la provincia y retirando los establecidos en Barracas la autorización para continuar en este pun-

to, por exigirlo así la salud pública, no es contraria a la ley constitucional, ni ataca el derecho de propiedad, pues ninguno lo tiene para usar de ésta en daño de otro.³

En este sentido, algunos autores clásicos del Derecho Administrativo definieron el “Poder de Policía” como “el conjunto de medidas coactivas arbitradas por el Derecho para que el particular ajuste su actividad a un fin de utilidad pública” (Garrido Falla, 1952: 111).

Otros autores (Villegas Basavilbaso, 1949-1952), de acuerdo con una diferenciación hecha por Bielsa (1957 y 1960), distinguieron el concepto “policía” del “poder de policía”. Le atribuían al primero un carácter administrativo restringido a la seguridad, salubridad, moralidad y economía públicas, en cuanto pudieran afectar la seguridad, propia de la doctrina europea, restringida o *narrow*. Al segundo, es decir, al poder de policía, le otorgaban una potestad legislativa destinada a la promoción del interés general, que regulara a este fin los derechos individuales reconocidos expresa o implícitamente en la Constitución. Se afirma entonces la *naturaleza legislativa* del poder de policía, que se concreta en la *limitación a la libertad y propiedad individual*. Esta noción, más moderna, abreva en la jurisprudencia norteamericana del Estado de Bienestar, y se conoce como amplia o “*broad and plenary*”. Rechaza específicamente la distinción y considera que “está bien asentada la regla en que si las leyes de emergencia promueven el bienestar común constituyen un ejercicio válido del poder de policía”⁴, o sea, que el poder de policía se entiende destinado a promover el bienestar común (Gordillo, 1979, XII: 10).

Sin embargo, este poder de policía no es absoluto. En efecto, el poder de policía reconoce límites (Buj Montero, 1995) que se traducen en garantías para los ciudadanos. Estos límites refieren a tres aspectos:

1) **la razonabilidad**: el artículo 28 de la Constitución Nacional establece que no se puede por vía reglamentaria mudar, modificar, cambiar de naturaleza, forma o estado, los derechos que la Constitución avala; debe concurrir un fin público, circunstancias justificantes, adecuación del medio elegido al fin propuesto y ausencia de iniquidad manifiesta.

2) **la intimidad**: el artículo 19 de la Constitución Nacional establece que las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden ni a la moral pública ni perjudiquen a un tercero están exentas de toda reglamentación legal y no condicionada por la ley.

3) **la legalidad**: (arts. 14, 19 y 31 de la C.N.) los derechos se ejercen según las leyes que reglamenten su ejercicio; nadie está obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe.

Primeras conclusiones

De lo dicho hasta aquí, es posible afirmar que el Estado Nacional, y cada una de las jurisdicciones subordinadas, están obligadas a proteger la salud pública. Es parte de su *potestad*, es decir, de la porción del poder estatal especialmente

destinada a regular los derechos individuales, para proteger, en este caso, la salud pública.

Entendido así, este deber del Estado debe plasmarse normativamente. El instrumento indicado para reglamentar los derechos individuales es la Ley. No obstante, nuestra Constitución Nacional prevé, dentro de las atribuciones del Poder Ejecutivo (Art. 99, inc. 3°), que

cuando circunstancias excepcionales hicieren imposible seguir los trámites ordinarios (...) y no se trate de normas que regulen en materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, *podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia*. Dichos decretos serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros. Éste a su vez, personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara legislativa (énfasis nuestro).

Si consideramos que la pandemia por Covid-19 es una circunstancia excepcional que requiere medidas inmediatas, se encuentra justificado el proceder del Gobierno Nacional de recurrir a un mecanismo normativo más breve que el de la Ley, que hubiese sido, en otras circunstancias menos apremiantes, el indicado. El Decreto de Necesidad y Urgencia está sometido a las mismas limitaciones que la Ley, en el sentido en que la reglamentación de los derechos individuales involucrados, en particular la libertad y la propiedad, deben respetar las limitaciones enunciadas, en especial, la razonabilidad. En la medida en que estas garantías se cumplan, el proceder del Ejecutivo es adecuado a derecho, y por lo tanto no debería ser tildado de inconstitucional.

La Responsabilidad estatal por los daños causados por su obrar lícito

Debe entenderse “responsabilidad” como la obligación legal de resarcir el daño causado. En este sentido, la Ley Nacional N° 26.944, conocida como “Ley de Responsabilidad Estatal”, en su artículo 4° señala:

Son requisitos de la responsabilidad estatal por actividad legítima: a) Daño cierto y actual, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero; b) Imputabilidad material de la actividad de un órgano estatal; c) Relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño; d) Ausencia de deber jurídico de soportar el daño; e) Sacrificio especial en la persona dañada diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido.

Intentaré analizar este aspecto en relación con el tema de la pandemia. En efecto, se han levantado muchas voces tendientes a reclamar contra el Estado en razón de los daños sufridos por causa de la interrupción y/o severa limitación a las actividades comerciales e industriales impuestas por la normativa atinente al

Covid-19 en nuestro país. Me referí antes al deber estatal de protección de la salud pública y de evitar tanto los contagios como la propagación de la pandemia. Asimismo, hicimos referencia a la necesidad y urgencia de reglamentar las conductas sociales, mediante la disposición del aislamiento de los contagiados, el distanciamiento social y la supresión de ciertas actividades, que por la forma en que se llevan adelante implican la movilización de gran cantidad de personas en espacios comunes, lo cual dificulta el distanciamiento recomendado y favorece los contagios. Sin embargo, como puede inferirse, la prolongación de estas limitaciones y/o prohibiciones, en principio razonables y justificadas, pueden tornarse muy lesivas para el desenvolvimiento de la economía en general, y terminar por provocar cierres de comercios o industrias, disminución de trabajo o pérdida del trabajo y, en general, el empobrecimiento de la población. Es evidente, entonces, que la reglamentación eficaz para la protección de la salud pública provoca daño cierto y actual, debidamente acreditable y mensurable en dinero. Dicho daño es imputable a la actividad de un órgano estatal. En este caso, se trata del órgano ejecutivo que ejerce actividad normativa (Decreto de Necesidad y Urgencia), pero también podría ser el órgano legislativo, si las limitaciones son impuestas por una Ley del Congreso. Podríamos encontrar una relación directa e inmediata entre el daño sufrido y la obligatoriedad de cierre de negocios impuesto por la norma, es decir, por una actividad del Estado. Ahora bien, ¿qué ocurre con los otros dos requisitos que exige la Ley de Responsabilidad Estatal para poder efectuar un reclamo judicial de indemnización?

En primer lugar, la ausencia de deber jurídico de soportar el daño no se da en este supuesto de actividad legislativa o normativa, pues es justamente la norma la que impone el deber de abstenerse de ejercer la actividad comercial o industrial, o de ejercerla en determinada modalidad. Por tanto, existe deber de soportar el daño.

En segundo lugar, las limitaciones impuestas por las normas relativas al Covid-19 no son exclusivas para una persona o grupo de personas, sino para el conjunto de la sociedad, o para toda la categoría de comercio o de industrias del mismo tipo.

Sin embargo, podría plantearse la inconstitucionalidad parcial de una norma que suspende en forma *indefinida* un derecho constitucional, por vulnerar la “razonabilidad” de la medida. En este sentido, se puede atender al contenido del artículo 28 de la Constitución Nacional, que dice textualmente: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”. Está claro que pueden reglamentarse en pro del bienestar general. No obstante, dicha reglamentación no puede anular por completo los derechos a punto de hacerlos cesar o reducirlos de tal modo que impidan el ejercicio de las garantías constitucionales.

Conclusiones finales

La conducción del Estado en tiempos de pandemia no es nada sencilla. Por un lado, se le impone el deber de establecer las normas necesarias para impe-

dir la propagación de la enfermedad. Ello demanda recursos extraordinarios para atender la salud de los enfermos, ampliar tanto la capacidad hospitalaria como la capacitación y protección del personal de salud. Apareja la suspensión de muchas actividades del sector privado con la finalidad de evitar los contagios y, con ello, la necesidad de desarrollar políticas públicas para atender a las personas que, impedidas de ejercer sus actividades habituales, dejan de percibir ingresos necesarios para su subsistencia. Nuevamente, el Estado dispone recursos de su presupuesto para auxiliar a la población más necesitada, a través de órganos como ANSES, AFIP, entre otros. Sin embargo, frente a este Deber, se levanta la Responsabilidad del Estado por los daños; particularmente, por los daños a toda la economía que las limitaciones impuestas en cumplimiento de ese deber ocasionan a gran parte de la población activa. Si bien pensamos que no es jurídicamente posible demandar al Estado por daños y perjuicios en un contexto donde las limitaciones se imponen al conjunto de la sociedad y no a un grupo de personas en particular, es moralmente objetable que el perjuicio se llegare a expandir a niveles insoportables y termine por resultar económicamente insostenible.

Para hallar un equilibrio entre ambos términos, deber y responsabilidad, el Estado deberá continuar propiciando la participación de la población en la toma de conciencia de su responsabilidad en el cuidado personal y colectivo, mediante instrumentos de difusión que impartan protocolos de actuación en cada ámbito –laboral, educativo, profesional, artístico, cultural, etcétera–, de modo tal que, al desregular paulatinamente las actividades que hasta ahora estuvieron limitadas o prohibidas, se continúen guardando medidas de seguridad y protección. Entraremos en una etapa en donde el “poder de policía” reglamentario de los derechos irá cediéndole paso a la “policía administrativa”, para controlar de modo cuidadoso los comportamientos sociales hasta que se conviertan en normas de convivencia. En efecto, el diseño de protocolos a nivel municipal, el cumplimiento efectivo de los controles de uso de barbijos y conservación de la distancia social, la aplicación de multas a los infractores, entre otros ejemplos, son medidas antipáticas pero necesarias para poder recuperar la actividad comercial e industrial. Desde la órbita gubernamental, ya se ha informado que la capacidad hospitalaria para la atención de enfermos que requieran cuidados intensivos es limitada. Por lo tanto, la población debe hacer un uso responsable de su libertad. Si creemos, en este contexto, que el llamado *autoritarismo estatal* se impone ante la negligencia individual y el riesgo de contagios, podemos concluir que, en la medida en que los ciudadanos logren internalizar las normas dispuestas para la prevención de la enfermedad, se podrá (y *deberá*) ir cediendo el poder de policía estatal al tiempo que, en forma gradual, los ciudadanos recuperarán el ejercicio pleno de sus derechos y garantías constitucionales. Ello resulta así porque el poder estatal ha sido conferido en el interés de toda la población, y nunca para su perjuicio (Carré de Malberg, 1948).

En efecto, el Estado es una organización necesaria para garantizar a la comunidad una serie de derechos. Si bien las decisiones expresadas en nombre del Estado son decisiones de individuos humanos, es en virtud de la organización jurídica de la Nación que las voluntades expresadas en *ciertas condiciones* y por *ciertos*

individuos que tienen para ello *competencia constitucional* se erigen en voluntad colectiva del Estado. Siempre que las decisiones del Gobierno se funden en leyes constitucionales, serán obligatorias y traerán aparejadas, para quienes las incumplan, una sanción. Garantizar la obligatoriedad de tales decisiones es el único fin que justifica el monopolio de la coerción y el uso de la fuerza pública. No obstante, el Estado y su potestad se justifican por los fines para los cuales existen uno y otra, y por el hecho de que estos fines, cuya realización presenta capital interés para toda la Nación, incluso para los miembros individuales de cuerpo nacional, no podrían cumplirse sin la ayuda de la potestad estatal, la cual siempre debe fundarse en la Constitución y sus principios. (Carré de Malberg, 1948).

Referencias

1. Vrg. Código Penal, Cap. IV, arts. 200 a 208.
2. Fallos de la C.S.J.N., T.7, pág. 150: “Esteban Bonorino en representación de la Empresa Plaza de Toros”, 13 de abril de 1869.
3. Fallos de la C.S.J.N., T 31, pág. 273: “Saladeristas Podestá Santiago y otros c/ Pcia. de Bs.As.s/ daños y perjuicios”, 14 de mayo de 1887.
4. Ver al respecto la colección *American Jurisprudence*, (T. II: 980), donde se citan los casos *Home Building and Law Association v. Blaisdell*, 290 U.S., 398, y *Edgard A. Levy Co. V. Siegel*, 258, U.S., 242.

Bibliografía

- Bielsa, R. (1957). *Régimen jurídico de policía*. Buenos Aires, Argentina.
- Bielsa, R. (1960). *Compendio de derecho administrativo*. Buenos Aires, Argentina.
- Buj Montero, M. (1995). El Poder de Policía Municipal en las Constituciones Provinciales. En D. Pérez Guilhou (Comp.), *Derecho Constitucional de la Reforma de 1994*. Mendoza, Argentina: Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos.
- Carré de Malberg, R. (1948). *Teoría General del Estado*. Ciudad de México, México: Fondo de Cultura Económica.
- Garrido Falla, F. (1952). *Las Transformaciones del régimen administrativo*. Madrid, España.
- Gordillo, A. (1979). *Tratado de Derecho Administrativo*, T. II, Cap. XII. Buenos Aires, Argentina: Editorial Macchi.
- Villegas Basavilbaso, B. (1949-1952). *Tratado de Derecho Administrativo*, T.V. Buenos Aires, Argentina: Editorial Tea.

Susana Macat, “Estado y pandemia: entre el deber y la responsabilidad”. Revista *Temas y Debates*. ISSN 1666-0714, año 24, número especial, julio-diciembre 2020, pp. 335-341.