

# TENSIONES JURÍDICO-AXIOLÓGICAS EN CONTEXTOS DE EMERGENCIA SANITARIA COVID-19

Javier Humberto FACCO<sup>1</sup>

## Resumen

En el presente ensayo nos proponemos reconstruir en sus coordenadas fundamentales el régimen jurídico de excepción puesto en vigencia en nuestro país como respuesta a la pandemia por COVID-19, deslizando además algunas reflexiones y valoraciones personales al respecto. En primer término, se hace un examen sobre la validez, oportunidad y fundamentos de la normativa de emergencia sanitaria, para luego poner de realce las tensiones axiológicas que generó su dictado. Renovados desafíos hermenéuticos surgen a partir de la oposición fundamental entre interés colectivo a la salud pública y libertades individuales, reeditándose –una vez más– con el «Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio» (dispuesto por el Gobierno Nacional) la clásica antinomia *heteronomía/autonomía* en la regulación de las conductas humanas. Entre las peculiaridades de esta singular coyuntura se destacan: (a) la afirmación de la acepción sanitarista que impregna al orden público en su vicisitud actual; y (b) el alineamiento entre el rol protagónico de la OMS en la gobernanza de la pandemia (a nivel internacional) y el accionar de los respectivos Ministerios de Salud (en algunos Estados nacionales) de cara al diseño y direccionamiento de políticas públicas idóneas en contextos cada vez más tecnificados y globalizados.

## Introducción

Antes de cualquier análisis cabe advertir que todo intento de reflexión intelectual sobre la pandemia COVID-19 corre el riesgo de tornarse anacrónico o inactual poco después de haber sido volcado en un documento. Semejante dificultad para emitir un juicio sereno y en perspectiva sobre *algo que todavía está ocurriendo* (el uso del gerundio es significativo) y que *nos está ocurriendo como humanidad* (porque a todos, sin excepción ni privilegio y en forma más o menos

---

<sup>1</sup> Investigador de la Carrera del Investigador Científico de la UNR. Profesor Titular de Derecho Privado parte general en la Facultad de Derecho de la UNR.

directa, la pandemia nos toca o alcanza, o bien –si se prefiere– nadie puede reputarse exento de que al menos lo *podría*, en sentido potencial, tocar o alcanzar), no es más que el corolario de una situación epidemiológica altamente dinámica. Esta circunstancia, a su vez, es el factor causal de las marchas y contramarchas en los estatutos jurídicos de emergencia socio-sanitaria dictados en consecuencia (por ser susceptibles de reversiones o retrocesos a fases anteriores). El terreno es todavía más escabroso cuando se ensayan proyecciones futuras de un fenómeno a escala planetaria y del cual sólo estamos conociendo sus manifestaciones iniciales<sup>2</sup>.

Más allá del natural desconcierto y de las perplejidades que nos asaltan hay unos cuantos datos fácticos, ciertos y concretos: que el virus existe, que se contagia a ritmo acelerado y que tal contagio es producido por el contacto humano cercano (pues el vector de la enfermedad es el ser humano), que le ha costado la vida a cientos de miles de personas en todo el mundo y que, por lo tanto, las diligencias de contención [políticas socio-sanitarias] constituyen un deber inexcusable de los Estados nacionales en su carácter de custodios de la *salud pública* en sus respectivos territorios. (A partir de aquí destacamos deliberadamente en cursiva el sintagma *salud pública*, en tanto signifiante que resonará con frecuencia como concepto clave y vertebrador del desarrollo teórico ulterior).

En todo caso, como tarea preliminar, nos parece conveniente distinguir dos cuestiones acerca de las cuales se suele hablar en forma indistinta y confusa, como si se tratara de un mismo y único fenómeno. Y, en rigor, se trata de dos cuestiones bien diferenciadas, aunque estén enlazadas, conectadas entre sí: (1) una gravísima problemática o crisis de salud con un inusitado alcance global (que, a la sazón, al llegar a los cinco continentes de todo el orbe, dio lugar a la declaración de “pandemia” por la Organización Mundial de la Salud<sup>3</sup>); y (2) el «Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio», como la respuesta [local y contingente] de política sanitaria o modalidad de gestión de la pandemia que articuló el Gobierno de la República Argentina<sup>4</sup>. En la

---

<sup>2</sup> No obstante la dificultad señalada, interesantes abordajes pueden encontrarse en AA.VV. *El futuro después del Covid-19*. Ideado y dirigido por A. GRIMSON, Buenos Aires, Jefatura de Gabinete de Ministros, 2020 (cfr. [argentina.gob.ar/sites/default/files/el\\_futuro\\_despues\\_del\\_covid-19.pdf](http://argentina.gob.ar/sites/default/files/el_futuro_despues_del_covid-19.pdf)). Entre los numerosos ensayos incluidos en este serio y compacto volumen colectivo (de más de 200 páginas) se destacan los aportes de Atilio BORÓN, Rita SEGATO, Beatriz SARLO, Dora BARRANCOS, Diana MAFFIA y [texto-entrevista final] Jorge ALEMAN.

<sup>3</sup> *Pandemia* (-pan, todo; -demos, pueblo, barrio), del griego Πανδημία, reunión del pueblo. Cfr. *Diccionario de la Lengua Española*, 21ª ed., Madrid, Espasa Calpe, 1992, *ad vocem*.

<sup>4</sup> Entre las naciones del mundo han sido implementados, con resultados dispares, diversos modos de combatir y administrar la pandemia. En general, las diversas respuestas se reconducen a la noción de *aislamiento/confinamiento social*, si bien articulado con alcances variables según los modelos del «estado de emergencia» y, en ciertos casos, del «estado de excepción». La terminología es harto heterogénea: estado de sitio, estado de alarma, estado de alerta, estado de policía, estado de peligro, estado de catástrofe, toque de queda, etcétera. Cfr. la voz “estado de sitio” por Carlo BALDI, en *Diccionario de Política*, vol. I, N. Bobbio y N. Matteucci (dir.), México, Siglo Veintiuno, 1981, pp. 619-623. Una teorización

presente contribución nos ocuparemos de algunos temas que atañen a la segunda de las cuestiones destacadas, haciendo hincapié en la validez formal, oportunidad y fundamentos del Decreto que ordenó la medida, y, con particular énfasis, en las fuertes tensiones axiológicas generadas a partir de su promulgación.

## 1. Crónica de una pandemia

Reparemos en algunos antecedentes para reconstruir el cuadro de situación. En Argentina el primer caso confirmado de una persona infectada de COVID-19 se constató el día 3 de marzo de 2020, y según datos oficiales del Ministerio de Salud de la Nación brindados el 18 de marzo de 2020 a esta fecha se contabilizaban noventa y siete casos de personas contagiadas y tres de personas fallecidas; cifras distribuidas en once de los veinticuatro distritos territoriales de nuestro país (entre provincias y Capital Federal).

El día 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud declaró la pandemia en virtud del nuevo coronavirus SARS-CoV2 (COVID-19)<sup>5</sup>, luego de que en todo el mundo se incrementara exponencialmente el número de personas infectadas y fallecidas, afectando hasta ese momento a ciento diez países. A partir de esta declaración de la OMS los Estados nacionales comenzaron a desplegar diversas estrategias jurídicas para hacer frente al escenario inaugurado por la pandemia.

El Poder Ejecutivo Nacional de la República Argentina (PEN) optó por una fórmula hasta entonces inédita: el «Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio» (en adelante también citado por su acrónimo: ASPO). La implementación de esta medida se realizó mediante Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) N° 297/2020 de fecha 19 de marzo de 2020, cuyo artículo 1° dispuso lo siguiente:

“A fin de proteger la *salud pública*, lo que constituye una obligación inalienable del Estado nacional, se

---

clásica desde la Filosofía Política sobre el «estado de excepción», aunque siempre sugestiva, es la de Giorgio AGAMBEN, *Estado de excepción*, trad. Flavia Costa, 5ª ed., Buenos Aires: Adriana Hidalgo editora, 2014.

<sup>5</sup> Enseña el prestigioso investigador en el área de la inmunología y de las enfermedades infecciosas, OSCAR A. BOTTASSO (Doctor en Medicina [UNR, 1990] Investigador Superior del CONICET, Profesor Titular Asociado de la Facultad de Ciencias Médicas de la UNR, Director del Instituto de Inmunología Clínica y Experimental de Rosario [IDICER, UNR-CONICET] y Vicedirector del Centro Científico Tecnológico [CCT] del CONICET de Rosario) que la familia de los *corona viridæ* es conocida por el género humano desde hace un tiempo. El Síndrome Respiratorio Agudo Severo (SARS) fue la primera pandemia del siglo XXI. Se originó en China en 2002 y sorprendió al mundo por la celeridad con que se difundía. La actual pandemia viene a ser, si cabe la expresión, una ulterior versión del SARS (su “primo” o “emparentado”, según palabras del citado Dr. BOTTASSO escuchadas en emisiones radiales de FM Universidad 103.3), también conocida como COVID-19, acrónimo que en inglés significa *CORONA Virus Disease* (“enfermedad del coronavirus”).

establece para todas las personas que habitan en el país o se encuentren en él en forma temporaria, la medida de «aislamiento social, preventivo y obligatorio» en los términos indicados en el presente decreto. La misma regirá desde el 20 hasta el 31 de marzo inclusive del corriente año, pudiéndose prorrogar este plazo por el tiempo que se considere necesario en atención a la situación epidemiológica. Esta disposición se adopta en el marco de la declaración de pandemia emitida por la Organización Mundial de la Salud (OMS), la Emergencia Sanitaria ampliada por el Decreto N° 260/20 y su modificatorio, y en atención a la evolución de la situación epidemiológica, con relación al CORONAVIRUS – COVID 19”<sup>6</sup>.

El bien jurídico colectivo protegido por este DNU es la *salud pública* y, correlativamente, la principal razón para el inmediato dictado de esta medida excepcional ha sido la elevada tasa de contagio del virus, lo cual trajo aparejado su rápida propagación y el agravamiento del panorama epidemiológico a nivel internacional<sup>7</sup>. Todo ello en un contexto muy complicado en razón de no contarse hasta ahora con una vacuna que pueda prevenir el contagio del virus, ni tampoco demostrarse la completa eficacia de algún tratamiento médico/farmacológico antiviral.

Es por demás evidente que las implicaciones de la COVID-19 (y el impacto que tuvo en nuestra vida cotidiana) no son sólo de carácter médico sino también económico<sup>8</sup>, político, social y cultural, aspectos todos imbricadas entre sí, dando lugar a una trama compleja y dinámica. Sin pretender sustraernos a estas dimensiones de la problemática (que pueden ser mejor discernidas por los entendidos y expertos de cada área o disciplina), el propósito de la presente se ciñe a la formulación de un planteo de talante jurídico sobre la decisión de

---

<sup>6</sup> En fecha 12 de marzo de 2020, mediante DNU N° 260/2020, se decretó la ampliación por el plazo de un (1) año de la emergencia pública [en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social] que había establecido la Ley 27.541 (B.O. 21/12/2019).

<sup>7</sup> El 19 de marzo de 2020, según informe de la OMS, se constató la propagación de casos de COVID-19, afectando a 158 países de diferentes continentes, llegando a la región suramericana y a nuestro país. Esto significa que el DNU 297/2020 se dictó el mismo día que la OMS informó este aumento exponencial de casos.

<sup>8</sup> En el aspecto económico el impacto de la COVID-19 es notable. Inclusive entre las grandes potencias dos indicadores presentes y en el futuro inmediato son una constante: la contracción y recesión de sus economías (por la fuerte baja del consumo y de la producción), y el aumento considerable del índice de desempleo (como consecuencia de lo anterior).

política sanitaria ordenada por el Gobierno argentino y algunas de sus principales consecuencias<sup>9</sup>.

## 2. Oportunidad y efectividad del DNU N° 297/2020

Según lo reseñado en el acápite anterior, las magnitudes de una crisis sanitaria sin precedentes comenzaban a vislumbrarse en el horizonte cercano. Fue así que, actuando con arreglo a las evidencias aportadas por la investigación médico-científica, el Poder Ejecutivo Nacional reaccionó de manera inmediata imponiendo el «Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio» (ASPO), como medida excepcional de carácter precautorio para afrontar la emergencia sanitaria derivada de la pandemia.

La disposición del ASPO y su efectivo acatamiento por la mayor parte de la población argentina lograron el principal objetivo de reducir la expansión del virus y mitigar su impacto en las estructuras sanitarias de nuestro país. El hecho de que, tempranamente, se pudiera controlar la situación y disminuyera la velocidad de la circulación viral entre las personas además de un evitar mayor número de infectados y muertes, evitó que colapsara el sistema de salud (sobre todo en las unidades de terapia o cuidados intensivos), y con ello además se ganó tiempo para la preparación de este sistema con una mejor capacitación del personal sanitario y un fortalecimiento de la dotación técnica de los efectores de salud (públicos y privados). Por lo demás, también se ganó tiempo para que la ciencia y la tecnología avanzaran en sus esfuerzos por encontrar métodos eficaces para la más pronta detección del virus (a este respecto cabe recordar que en Argentina se encuentran desarrollados test diagnósticos [hisopados] y serológicos de completa fabricación nacional) y para seguir conjeturando/validando hipótesis e ideando eventuales soluciones terapéuticas que coadyuven al tratamiento médico de la COVID-19. A su vez, la tecnología para determinar en un breve lapso de tiempo si

---

<sup>9</sup> De momento y sin ánimo de ser exhaustivos pueden señalarse tres clases de implicancias o consecuencias jurídicas: A) *civiles* (por ej.: suspensión transitoria de desalojos por falta de pago, prórroga del plazo de los contratos de locación y congelamiento del precio de los alquileres [cfr. arts. 2, 3 y 4 DNU N° 320/2020]; posibilidad de invocar causales de fuerza mayor, imprevisión, frustración del fin e imposibilidad objetiva de cumplimiento en algunos contratos según las respectivas reglas generales contenidas en el Código Civil y Comercial; y la eventual afectación de derechos personalísimos especialmente tutelados por la ley civil, como podría ser el caso de la privacidad o protección de datos personales ante aplicaciones digitales [ej. la APP “CUIDAR”] que de ser empleadas de manera invasiva o arbitraria podrían poner en entredicho el pleno goce de tal derecho). B) *Laborales*: (por ej.: prohibición de despidos y suspensiones sin causa o bajo pretexto de fuerza mayor [por causa del COVID-19] [cfr. arts. 2/3 DNU N° 329/2020 y arts. 2/3 DNU N° 487/2020]; integridad del pago de salarios durante la cuarentena [cfr. art. 8 DNU N° 297/2020]; estatuto laboral (y de la seguridad social) especial del personal sanitario más expuesto al contagio del virus. C) *Penales*: infracciones [contravenciones y delitos] al aislamiento social obligatorio [cfr. art. 4 DNU N° 297/2020]. Se suma a este triple orden una importante consecuencia a nivel *procesal*, en razón de que hasta la fecha se encuentra virtualmente paralizada la actividad jurisdiccional (con ciertas excepciones en el fuero penal y los demás asuntos urgentes atendidos por guardias mínimas de jueces, fiscales y defensores en turno).

una persona está infectada, hizo posible precisar las estadísticas y trazar mapeos útiles para mostrar el modo en que el virus fue extendiéndose por el territorio nacional (problema de su trazabilidad o rastreo, e identificación de focos de contagio)<sup>10</sup>.

Con el transcurrir de las semanas se verificó una paulatina internalización y asimilación de hábitos higiénico-sanitarios entre la población (al menos, de su mayor parte). De tal suerte, si bien la «cuarentena»<sup>11</sup> ha ido prorrogándose mediante el dictado de sucesivos Decretos de Necesidad y Urgencia, al mismo tiempo las restricciones han ido relajándose en forma progresiva, autorizando el Poder Ejecutivo Nacional (o, en su caso, el Jefe de Gobierno de CABA o los Gobernadores de Provincias en sus respectivas jurisdicciones territoriales) la reapertura y liberación de actividades económicas (comerciales, industriales y profesionales), administrativas e institucionales; así como también encuentros familiares y afectivos, ejercicios físicos y deportes individuales; prácticas socio-culturales, relativas al ocio y esparcimiento de las personas; aspectos todos, por cierto, muy relevantes para la integridad psicofísica y la salud mental de la población<sup>12</sup>. (Sin embargo, dado que con la relajación de las restricciones se relajaron también los cuidados individuales, el acierto de la flexibilización de la cuarentena ha sido puesto en entredicho por el incremento considerable en los últimos días de los casos de contagio y de muertes en ciertas zonas del país<sup>13</sup>).

En virtud de lo expuesto, si en una primera instancia el ASPO significó –en el sentido más estricto del término– un *confinamiento* en el hogar en el que se encontraba cada persona (“aislamiento domiciliario”) o, para los aglomerados más populosos de CABA y AMBA, en el respectivo barrio (“aislamiento comunitario”), en las prórrogas subsiguientes la medida fue virando hacia el concepto de *distanciamiento social*, dentro de un contexto más flexible con respecto a las posibilidades para las personas de salir de sus hogares y de circular por los espacios públicos. Así, pues, a partir del 8 de junio

---

<sup>10</sup> Cabe destacar que en el momento en que estamos describiendo esta crónica (entre mediados y fines de junio de 2020), según información difundida por la SECRETARÍA DE ACCESO A LA SALUD DEL ESTADO NACIONAL, la mayor parte de los contagios continúa estando concentrado en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) y en el Área Metropolitana del Gran Buenos Aires (AMBA). (Aunque también se registran algunos focos de contagio menores en provincias como Chaco, Córdoba y otras; en suma, las estadísticas varían mucho de semana a semana).

<sup>11</sup> De las varias acepciones que del término «cuarentena» registra el *Diccionario de la Lengua Española* cit., es una la que ahora nos interesa: “aislamiento preventivo a que se somete durante un período de tiempo, por razones sanitarias, a personas o animales”.

<sup>12</sup> En virtud del art. 1° del DNU N° 493/2020 se prorrogó la vigencia del DNU N° 297/2020 hasta el 7 de junio de 2020 inclusive. Las prórrogas anteriores se ordenaron por art. 1° del DNU N° 459/2020 (B.O. 11/5/2020); art. 1° del DNU N° 408/2020 (B.O. 26/04/2020); art. 1° del DNU N° 355/2020 (B.O. 11/04/2020); art. 1° del Decreto N° 325/2020 (B.O. 31/03/2020).

<sup>13</sup> De ahí que las autoridades gubernamentales (en especial, el PEN y el órgano oficial de información a nivel nacional: la SECRETARÍA DE ACCESO A LA SALUD, antes citada) insistan en exhortar a que en sus conductas individuales los habitantes extremen los recaudos y precauciones, con el objeto de minimizar la circulación viral.

de 2020, mediante un nuevo Decreto de Necesidad y Urgencia, en algunas localidades del país se pasó a la fase de «Distanciamiento Social Preventivo y Obligatorio» (DISPO)<sup>14</sup>, aunque siempre sujeto a reglas de conducta generales, y protocolos específicos para actividades económicas, deportivas, artísticas y sociales (*cf.* arts. 5, 6 y 7 DNU N° 520/2020).

De aquí en adelante examinaremos el primero de los DNU emanados del PEN (N° 297/2020) por ser la norma basal de la legislación de emergencia COVID-19, aunque algunas consideraciones serán también válidas para el DNU N° 520/2020, en cuanto éste asimismo conlleva –con menor alcance y grado– ciertas limitaciones al goce de las libertades y derechos civiles de las personas.

### 3. Validez formal del DNU N° 297/2020

El ASPO fue ordenado mediante un Decreto de Necesidad y Urgencia y no por una Ley del Congreso Nacional, debido a que “la dinámica de la pandemia y su impacto sobre el *sistema de salud pública* [hacían] imposible seguir el trámite para la sanción de las leyes” (*cf.* considerandos del DNU N° 297/2020). Quedaron, así, cabalmente configurados los extremos requeridos por nuestra Carta Magna (artículo 99 inciso 3°) para la procedencia de los DNU: las “circunstancias excepcionales” que impedían seguir el procedimiento ordinario para la sanción de las leyes; y las razones de “necesidad” y de “urgencia” que justificaban una extraordinaria y pronta medida de contención ante la vertiginosa profusión de la COVID-19.

Luego de su dictado por el PEN, con la firma del Presidente de la Nación y de todos sus ministros (*cit.* art. 99 inc. 3° CN), dicho Decreto de Necesidad y Urgencia obtuvo la debida ratificación por la Comisión Bicameral Permanente, con la aprobación del Congreso de la Nación, una vez tratado el dictamen por cada Cámara dentro del plazo indicado por la Ley N° 26.122 (B.O. 28/07/2006), que regula el trámite

---

<sup>14</sup> Art. 2 Decreto N° 520/2020: “Establece la medida de «distanciamiento social, preventivo y obligatorio» en los términos ordenados por el presente decreto, para todas las personas que residan o transiten en los aglomerados urbanos y en los partidos y departamentos de las provincias argentinas en tanto estos verifiquen en forma positiva los siguientes parámetros epidemiológicos y sanitarios: 1. El sistema de salud debe contar con capacidad suficiente y adecuada para dar respuesta a la demanda sanitaria. 2. El aglomerado urbano, departamento o partido no debe estar definido por la autoridad sanitaria nacional como aquellos que poseen «transmisión comunitaria» del virus SARS-CoV-2. 3. Que el tiempo de duplicación de casos confirmados de COVID-19 no sea inferior a QUINCE (15) días. No será necesario cumplimentar este requisito si, por la escasa o nula cantidad de casos, no puede realizarse el mencionado cálculo. En los aglomerados urbanos, departamentos o partidos que no cumplan estos requisitos, se aplicará el artículo 10 y concordantes del presente decreto, lo que alcanzará también a las zonas lindantes de los mismos [quiere decir que en ellos se prorroga la vigencia del ASPO ordenado por DNU 297/2020]. La medida de «distanciamiento social preventivo y obligatorio» regirá desde el día hasta el día 28 de junio de 2020, inclusive”.

y los alcances de la intervención del Congreso de la Nación respecto de los Decretos de Necesidad y Urgencia<sup>15</sup>. En definitiva, desde el punto de vista formal, no hay objeción alguna que hacer al DNU N° 297/2020.

#### **4. Fundamento jurídico y tensiones axiológicas del «Aislamiento Social Preventivo y obligatorio» (ASPO)**

Pasemos ahora al análisis del contenido del DNU N° 297/2020. Según se desprende de su propio texto, el fundamento y fin del ASPO viene dado por la protección de la *salud pública* como “una obligación inalienable del Estado nacional” (*cfr.* considerandos). La noción de *salud pública* abarca el conjunto de acciones organizadas por las Administraciones Públicas, con la participación de diversos sectores y actores de la sociedad civil, para prevenir las enfermedades, así como para proteger, promover y recuperar la salud de las personas<sup>16</sup>. Y nótese que el *interés sanitario* que caracteriza la *salud pública* constituye un *bien común e indivisible*, en tanto no pertenece a la esfera individual, de cada quien, sino a la esfera social, de la comunidad: no se trata de tutelar la salud de tal o cual individuo, sino de la salud de todas y cada una de las personas que habitan el territorio estatal.

Este fundamento, indiscutible desde el punto de vista de su legitimidad constitucional, también puede ser enfocado como resultante de principios madurados en el seno del Derecho Civil. El Código Civil y Comercial vigente (desde el 1° de agosto de 2015) en su artículo 14 reconoce dos especies de derechos: los individuales y los de incidencia colectiva. La diferencia entre ambos estriba en que los primeros son titularizados y ejercidos individualmente por una persona para la satisfacción de sus propios intereses; mientras que en los

---

<sup>15</sup> Art. 99 inc. 3° Constitución Nacional: “El presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: (...) 3. Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar. El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, juntamente con el jefe de gabinete de ministros. El jefe de gabinete de ministros personalmente 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. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso”.

<sup>16</sup> *Cfr.*, entre otros, H. L. BARRAGAN (dir.), *Fundamentos de salud pública*, La Plata: Editorial de la UNLP, 2007; G. MALAGÓN LONDOÑO - J. REYNALES LONDOÑO, *Salud Pública. Concepto, Aplicaciones y desafíos*, México: Panamericana, 2020; F. ROJAS OCHOA, *Salud Pública. Medicina social*, La Habana: Editorial Ciencias Médicas, 2009.

segundos –aunque puedan ser ejercidos por cualquier individuo o por varios a la vez– el ejercicio repercute en el *interés público* y es susceptible de afectar el “funcionamiento y la sustentabilidad” de algunos bienes reputados esenciales para el conjunto social (*cfr.* art. 240 CCyC). De ahí que se califique a tales derechos (y a los valores, bienes e intereses que en ellos subyacen) como “de incidencia colectiva”, aludiendo el apelativo al *interés social, general, común o colectivo* (de índole ambiental y/o sanitaria, por ejemplo<sup>17</sup>) comprometido con el ejercicio de tales derechos<sup>18</sup>.

Se colige de lo expuesto que la relación entre ambas clases de derechos ha de pensarse en términos de una jerarquía específica: por regla, los derechos y libertades individuales han de estar subordinados a los intereses de incidencia colectiva. Se trata, en esencia, de una de las tantas concreciones de la disyuntiva que exige decidir entre dos o más valores [merecedores de protección] en pugna. Esta tensa relación axiológica entre bienes individuales y colectivos constituye una derivación de la principal implicancia práctica del ASPO, sobre

---

<sup>17</sup> El art. 240 CCyC, entre los *bienes colectivos* objeto de tutela y tomando como valor emblemático la protección del medio ambiente, menciona a título enunciativo (no taxativo) “los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, y el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial [en alusión a la Ley General del Medio Ambiente y Política Ambiental Nacional N° 25.675 B.O. 28/11/2002 y su Decreto reglamentario N° 2413/2002]”. Es ostensible el profundo ligamen existente entre la necesidad de brindar protección a la *salud pública* [interés sanitario] y la *tutela ambiental* [interés ecológico], promoviendo que el medio ambiente sea sano, equilibrado y sustentable, ante la principal amenaza debida a la excesiva [y tantas veces irracional e irresponsable] actividad humana de consumo (y de respectiva producción) de bienes materiales; a su vez, el consumo humano desmedido, distintivo de la fase actual del capitalismo, es generador de enormes cantidades de *desechos* o *residuos* (orgánicos e inorgánicos), cuya gestión –no siempre racional y responsable– demanda un ulterior gasto energético que se cobra cada vez más y más *recursos naturales* de nuestro planeta (por cierto, finitos), y a su vez contribuye al *cambio climático* por aumento del *calentamiento global*. Queda establecida, así, la estrecha imbricación y circularidad entre las problemáticas vinculadas a la *salud pública*, al *medio ambiente*, al *consumo humano*, a la *gestión de los desechos*, de los *recursos naturales* y de las *energías renovables*.

<sup>18</sup> El precedente jurisprudencial que inauguró esta construcción fue sentado por sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; se trata del fallo “HALABI, Ernesto c/P.E.N. - Ley 25.873 - dto. 1563/04 s/Amparo Ley 16.986” (de fecha 24/02/2009), en el cual, en lo pertinente, se afirmó: “Los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos (artículo 43, de la Constitución Nacional) son ejercidos por el Defensor del Pueblo de la Nación, las asociaciones que concentre el interés colectivo y el afectado. En estos supuestos existen dos elementos de calificación que resultan prevalentes. En primer lugar, la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. Por esta razón sólo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos”. A partir de entonces la doctrina sobre el punto ha sido abundante; *cfr.*, entre otras, N. B. TOLOSA, “La regulación de los derechos de incidencia colectiva en materia ambiental en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Lecciones y Ensayos*, N° 96 (año 2016), pp. 227-240; M. J. AZAR, “Los derechos de incidencia colectiva en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Comentario de una supresión”, en *Revista Derecho Privado*, Año I N° 2, Ediciones Infojus, pp. 241-280; J. M. SALGADO, *Los derechos de incidencia colectiva en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Santa Fe - Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2010.

todo en su fase inicial de confinamiento estricto [a la que se puede volver en cualquier momento a tenor de lo que marquen los indicadores epidemiológicos]: la prohibición para las personas de circular por los espacios públicos (sea por trabajo, compromisos comerciales, esparcimiento, ocio, visitas familiares y un largo etcétera de motivaciones legítimas). Puede, entonces, apreciarse la confrontación entre el *derecho subjetivo a transitar libremente* por el territorio argentino (derecho cívico básico a la libertad de tránsito o de locomoción, consagrado por el artículo 14 CN) y el *interés colectivo de tutelar la salud pública* también reconocido –como veremos seguidamente– por el «bloque de constitucionalidad». Veamos, en primer lugar, qué dispuso el artículo 2° del DNU N° 297/2020:

“Durante la vigencia del «aislamiento social, preventivo y obligatorio», las personas deberán permanecer en sus residencias habituales o en la residencia en que se encuentren a las 00:00 horas del día 20 de marzo de 2020, momento de inicio de la medida dispuesta. Deberán abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo y no podrán desplazarse por rutas, vías y espacios públicos, todo ello con el fin de prevenir la circulación y el contagio del virus COVID-19 y la consiguiente afectación a la salud pública y demás derechos subjetivos derivados, tales como la vida y la integridad física de las personas. Quienes se encuentren cumpliendo el aislamiento dispuestos en el artículo 1°, solo podrán realizar desplazamientos mínimos e indispensables para aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos”.

Dado que el ser humano es el vector del virus (quien *lo conduce, lo lleva y lo trae* de un lugar a otro, el *portador*), el ASPO impuso a todos los habitantes del territorio nacional la prohibición de salir de sus hogares y la de movilizarse por dicho territorio con la finalidad de reducir los contactos y evitar las aglomeraciones humanas, fuente fecunda de contagio del virus. Sin embargo, como es lógico para una sociedad que debe seguir funcionando, se previeron excepciones a dichas prohibiciones: las denominadas “actividades y servicios esenciales” (enumeradas en el artículo 6 del DNU N° 297/2020<sup>19</sup>), y aquellos “desplazamientos mínimos e indispensables” para que las personas puedan aprovisionarse de alimentos, medicamentos, y artículos de higiene personal y limpieza.

Por lo demás, las consecuencias jurídicas de segundo grado o mediatas producidas por el ASPO [es decir, las derivadas de la restricción al derecho de circular o movilizarse, por causa del confinamiento] son de la más variada naturaleza. En primer lugar cabe considerar las restricciones a otras libertades civiles y derechos

---

<sup>19</sup> Nótese que en esta lógica los desplazamientos del personal afectado a las “actividades y servicios esenciales”, tal como lo dispone de manera expresa el art. 6 DNU N° 297/2020, “deberán limitarse al estricto cumplimiento de esas actividades y servicios”.

fundamentales reconocidos por el citado artículo 14 CN, tales como: entrar y salir del territorio argentino, reunirse, asociarse con fines útiles, profesar libremente el culto, y en muchos casos (los que no fueron considerados “actividades y servicios esenciales” exceptuados del aislamiento y de la prohibición de circular) la de trabajar y ejercer toda industria lícita, de navegar y comerciar, de enseñar y aprender (aunque en ciertos niveles del sistema educativo se intente un paliativo mediante la “educación a distancia”), por mencionar las más relevantes.

En todo caso, el DNU N° 297/2020 no puede tacharse de inconstitucional (menos aún el DNU N° 520/2020) arguyendo que echa por tierra las mencionadas libertades individuales. El dispositivo legal, como ha sido reiterado varias veces, se funda en un interés de orden superior que ante todo debe ser preservado: la *salud pública* y la *vida de las personas*.

Por lo demás, es dable recordar que el mismo artículo 14 CN cuando reconoce los mencionados derechos fundamentales y libertades civiles a todos los habitantes de la Nación lo hace con el añadido “conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio”<sup>20</sup>, y además aquellos deben conciliarse [en armonía o en sintonía] con los demás derechos derivados de fuentes convencionales internacionales (Tratados en materia de derechos humanos suscritos por Argentina, *cfr.* art. 75 inc. 22 CN). En efecto, aunque sea de Perogrullo, ha de tenerse presente que ningún derecho es absoluto. La relatividad de los derechos subjetivos puede, entonces, observarse desde un doble punto de vista: 1) Son relativos porque hay leyes [en sentido formal y material] reglamentarias de su ejercicio; es decir, tales leyes prevén las condiciones bajo las cuales han de ejercerse los derechos en determinadas situaciones (de “normalidad” o de “excepcionalidad”, según los casos). 2) Y todos los derechos subjetivos también son relativos porque su reconocimiento presupone sendos límites dados por los derechos de los demás: intereses legítimos de otras personas y de la sociedad en su conjunto.

En línea con esta manera relativizada de concebir las libertades cívicas el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en sus artículos 12 y 22, contempla expresamente la *salud pública* como limitante de los derechos de circular libremente por un territorio y de asociarse con otros, respectivamente. Del mismo modo, la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 22 inciso 3°, establece que el ejercicio de los derechos a circular y residir en un Estado (declarados en el inciso 1° del citado artículo) “no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la

---

<sup>20</sup> Desde ya que los Decretos de Necesidad y Urgencia N° 297/2020 y N° 520/2020 son leyes en sentido material [normas de carácter abstracto, de alcance general y escritas], cuyo objeto es reglamentar las modalidades de ejercicio de tales derechos en la actual coyuntura de excepción.

seguridad nacional, la seguridad o el orden público, la moral o la *salud públicas* o los derechos y libertades de los demás”. Por su parte el artículo 12 de la referida Convención, concerniente a la libertad de conciencia y de religión, dispone en su inciso 3° que “la libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescriptas por las ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la *salud* o la moral *públicas* o los derechos o libertades de los demás” (idéntica fórmula prevén el artículo 16 para el derecho de libre asociación y el artículo 22 para el derecho a circular y residir en el territorio de un Estado); y, por último, el artículo 13 consagra el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, cuyo ejercicio asimismo ha de quedar circunscrito a “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la *salud* o la moral *públicas*”.

De tales instrumentos legales de alcance internacional (aprobados e incorporados al derecho interno por el Estado argentino)<sup>21</sup>, puede inferirse que en nuestro plexo de constitucionalidad encontramos razones más que suficientes para colegir la sustancial legitimidad del régimen jurídico excepcional estructurado en torno a los DNU N° 297/2020 y N° 520/2020.

La antinomia axiológica surgida (inevitable, por cierto, en una coyuntura de pandemia como la que estamos cursando) es resuelta por la ley –con justo tino a mí criterio– otorgando primacía a los intereses colectivos por sobre los intereses individuales<sup>22</sup>. En tal sentido, el artículo 14 *in fine* CCyC dispone: “La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general”. A su turno, en sentido concordante, la norma contenida en la primera parte del artículo 240 CCyC [cuyo epígrafe reza: *Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes*] preceptúa: “El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones 1ª y 2ª *debe ser compatible* con los derechos de incidencia colectiva” [el destacado en itálicas es nuestro].

Así, pues, si una persona ejerciendo una conducta y derecho individual (la libertad de locomoción o de reunión, por ejemplo), pone en peligro o afecta de cualquier modo el ambiente, o tal conducta *no es compatible* con los derechos de incidencia colectiva en general

---

<sup>21</sup> El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue aprobado por Ley del Congreso Nacional N° 23.313 (B.O. 13/05/1986). La Convención Americana de Derechos Humanos (también conocida como “Pacto de San José de Costa Rica”) fue aprobada por Ley del Congreso Nacional N° 23.054 (B.O. 27/03/1984).

<sup>22</sup> Aunque muchas personas todavía no hayan tomado conciencia de ello en la actual circunstancia sanitaria el individualismo extremo puede conducir a la propia destrucción del individuo, pues quien no se cuida a sí mismo (aislándose/distanciándose socialmente, según fase y zona) y circula de aquí para allá [sin motivaciones de extrema necesidad] es quien más se expone al contagio de un virus que puede ser letal, así como también expone a sus familiares y afectos más cercanos, con quienes convive o mantiene contactos estrechos y frecuentes.

(como lo es la *salud pública*), tal ejercicio podría ser reputado abusivo en los términos del artículo 10 CCyC y, por lo tanto, ordenarse por juez competente la inmediata cesación de la conducta abusiva para evitar sus efectos y, toda vez que cupiere, fijarse una indemnización a favor del damnificado<sup>23</sup>.

## 5. El «orden público sanitario»: ¿una nueva era del *ius cogens*?

Desde la eclosión de la pandemia puede concebirse –en la óptica del Derecho Civil– una expresión técnica con virtualidad para servir de legítima cortapisa a la autonomía privada y al ejercicio de los derechos individuales. El concepto al que nos referimos es el de *orden público sanitario*. La noción no es novedosa, pues hace ya tiempo que, con gran agudeza e intuición, el profesor CIURO CALDANI afirmó al respecto: “A nuestro entender, la Salud, frecuente problemática de las normas, puede ser preservada en una característica negativa de todas ellas: ninguna norma debe cumplirse si afecta a la Salud debida de las personas (*orden público de Salud*)”<sup>24</sup> [cursivas añadidas].

Recordemos que el principal efecto de calificar una norma como de orden público es que la misma –en tanto inherente a un orden de legalidad imperativa e indisponible por estar comprometida la defensa y tutela de intereses supraindividuales<sup>25</sup>– ha de prevalecer sobre la voluntad de los particulares; o bien, en los términos del artículo 12 CCyC: “Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público”<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> En sentido convergente, dispone el art. 4 del DNU N° 297 que cuando se constatare infracción al cumplimiento del ASPO o de otras normas de protección de la salud pública “(...) se procederá de inmediato a hacer cesar la conducta infractora y [en el orden de lo penal] se dará actuación a la autoridad competente, en el marco de los artículos 205, 239 y concordantes del Código Penal”. El art. 205 del Código Penal tipifica el delito de violación de medidas anti-epidémicas, sancionando con pena de prisión al “que violare las medidas adoptadas por las autoridades competentes, para impedir la introducción o propagación de una epidemia”. Y, por su parte, el art. 239 del Código Penal tipifica el delito de resistencia y desobediencia a la autoridad, reprimiendo con pena de prisión al “que resistiere o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de una obligación legal”.

<sup>24</sup> CIURO CALDANI, “El Derecho a la Salud ante una nueva era”, en *Investigación y Docencia*, N° 42 (enero-diciembre 2009), p. 68.

<sup>25</sup> Las normas de orden público conciernen a materias reputadas indisponibles, es decir, sustraídas a la facultad de disposición que por regla [en el Derecho Privado] gozan los particulares en el ejercicio de la autonomía privada; tradicionalmente se ha considerado que tales materias indisponibles son el estado y la capacidad civil de las personas, la organización de la familia y el régimen de bienes (en particular, de la propiedad inmueble).

<sup>26</sup> El enunciado es el mismo del artículo 21 del anterior Código Civil (redactado por Vélez Sársfield) con una única diferencia: se suprimió la referencia a las *buenas costumbres*. Nos parece acertada la supresión toda vez que *buenas costumbres* es una expresión demasiado polisémica y polivalente (problemática a la hora de fijar su sentido) en sociedades multiculturales, como pretenden ser las del siglo XXI.

Se trata de una expresión de contenido mutable, sujeta a determinaciones espacio-temporales. En general, se consideran de orden público todas aquellas normas que reflejan los principios básicos de la organización social y aseguran los valores cuya realización este última pretende (orden público tradicional). Igualmente se reputan de orden público las normas destinadas al desenvolvimiento de la actividad económica nacional, así como aquellas que tiene por objeto velar por la efectiva igualdad de los contratantes cuando hay desequilibrio. Estas dos últimas hipótesis, por una parte autorizada de la doctrina son denominadas, respectivamente, orden público económico y orden público social<sup>27</sup>. Mas, prescindiendo de estas disquisiciones, una característica omnipresente en la caracterización del *orden público* es que en sus reglas se asientan los fundamentos de la organización social, de modo que la intervención del legislador invocando este principio no persigue la protección de intereses parciales sino el bien común<sup>28</sup>. Al margen de este rasgo definitorio, la noción de orden público ha experimentado sucesivas cualificaciones en su devenir histórico. Veamos y datemos, en forma muy esquemática, las principales fases de esta evolución.

(A) *Orden público político y moral* (codificaciones/legislaciones del siglo XIX). El Código Civil redactado por Dalmacio VÉLEZ SÁRSFIELD (vigente desde el 1° de enero de 1871 y hasta el 31 de julio de 2015) incluía la noción en su artículo 21: “Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres”. La endiádis “orden público y buenas costumbres” constituía la fórmula de uso frecuente en las legislaciones decimonónicas. En esta acepción por *orden público* se entendía el conjunto de principios de orden superior (políticos, económicos, morales y algunas veces religiosos) vinculados a la existencia y conservación de una determinada organización social establecida (parafraseando al prestigioso civilista Raymundo SALVAT)<sup>29</sup>.

(B) *Orden público económico* (codificaciones/legislaciones del siglo XX, especialmente en su segunda mitad). Nuestra doctrina civilista acuñó una nueva noción de orden público ligada a la intervención del Estado en la economía política nacional. Al decir de NICOLAU: “El

---

<sup>27</sup> Cfr. C. DE SOUSA ZANETTI, *Direito contratual contemporaneo. A liberdade contratual e sua fragmentação*, Rio de Janeiro: Forense - São Paulo: Método, 2008, p. 128; y para un completo y preciso análisis *vid.* pp. 117-135.

<sup>28</sup> Cfr. R. H. COMPAGNUCCI DE CASO, “El principio de autonomía de la voluntad y sus límites (somero análisis de lo propuesto en el Proyecto de Código Civil de 1998)”, en JA 2000-III-959.

<sup>29</sup> Las *buenas costumbres*, a su turno, eran definidas como las *ideas morales predominantes en la conciencia social y aceptadas por la generalidad de los individuos*. SALVAT, en su intelección del art. 21 del Código Civil sancionado en 1869, a la mención expresa de las “convenciones particulares” (actos bilaterales/plurilaterales) adiciona los actos jurídicos unilaterales (otorgados por una sola parte); la interpretación extensiva e integradora es pertinente puesto que los derechos subjetivos pueden ser ejercidos mediante la celebración de actos plurilaterales o unilaterales.

Estado establece un *orden público económico de dirección*, cuando fija las reglas esenciales de la economía en general (por ejemplo, la ley de convertibilidad o la ley que declara una emergencia económica) (...) Por su lado, el *orden público económico de protección* está destinado a la defensa y protección de la población que, en general, pueda sufrir los efectos de la desigualdad y subordinación económicas (por ejemplo, las normas legales de defensa de los consumidores)<sup>30</sup> [o de los locatarios de viviendas, podríamos agregar a lo sostenido por la autora citada]. En suma, el orden público de dirección tiende a la justicia distributiva, mientras que el orden público de protección se vuelca en mayor parte hacia la justicia conmutativa.

C) El *orden público sanitario* (codificaciones/legislaciones del siglo XXI). Esta modalidad de orden público, típica del momento presente, parte de una realidad signada por la imperiosa necesidad de tutelar la salud humana frente a una amenaza de alcances globales. De ahí que términos tales como *sanidad*, *salubridad* e *higiene* tengan asidua resonancia en los tiempos que corren<sup>31</sup>. El novedoso glosario técnico se enriquece con otras locuciones específicas de mención frecuente: “situación sanitaria o epidemiológica”, “indicadores epidemiológicos”, “autoridad sanitaria”, “protocolo sanitario”, “personal sanitario”, “espacio sanitario”, “área o zona epidemiológica”, “seguridad sanitaria”, etcétera. Resulta menester, por lo tanto, definir con precisión los significantes de este nuevo campo semántico surgido al calor de la pandemia por COVID-19. Y la definición o determinación jurídico-semántica de dichos términos (que integran esta especial subcategoría de orden público) es tarea y responsabilidad, en modo predominante, de un organismo internacional técnicamente calificado: la Organización Mundial de la Salud.

## **6. Rol de la Organización Mundial de la Salud y de las autoridades sanitarias en situaciones de emergencia**

La OMS es la máxima autoridad competente en materia sanitaria del mundo<sup>32</sup>. Fue creada el 7 de abril de 1948 en la ciudad de Ginebra,

---

<sup>30</sup> N. NICOLAU, *Fundamentos de derecho contractual*, tomo I, Buenos Aires: La Ley, 2009, p. 246. Cuando el orden público no resulta de las palabras de la ley pero puede inferirse de su contenido se denomina orden público *virtual*. Es lógico suponer que toda la legislación de emergencia participe, expresa o virtualmente, de esta índole. Cfr. M. FRESNEDA, D. F. ESBORRAZ, C. A. HERNÁNDEZ “La norma de orden público y su funcionamiento”, en *ED* 166-842. De los mismos autores: “Reflexiones sobre el orden público en materia locativa”, en *LL* 2004-A-137.

<sup>31</sup> No son términos idénticos, si bien están emparentados pues pertenecen a una unidad semántica común y, por lo tanto, convergen en un mismo universo de significados: *Sanidad* es el “conjunto de servicios gubernativos ordenados para preservar la salud del común de los habitantes de la nación, provincia, etc.”. *Salubridad* es la “cualidad de salubre (bueno para la salud, saludable)”. *Higiene* es la “parte de la medicina que tiene por objeto la conservación de la salud y la prevención de enfermedades”. Cfr. *Diccionario de la Lengua Española* cit., *ad vocem*.

<sup>32</sup> Sobre la interesante noción de “repartidor supremo” [o de “hermeneuta supremo”] (que puede caberle a la OMS en el escenario mundial actual) y “el derecho de la salud” como rama transversal del mundo jurídico cfr. los originales y precisos desarrollos teóricos de M.

donde tiene su sede. Su gobierno es ejercido por los delegados de los 195 Estados Miembros, reunidos en la Asamblea Mundial de la Salud. Se trata de la agencia de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) especializada en gestionar políticas de prevención, promoción e intervención en el campo de la salud a nivel mundial<sup>33</sup>. En pocas palabras le corresponde el *rol de determinar qué es lo sano y cuáles son las políticas sanitarias más adecuadas en cada coyuntura histórica*<sup>34</sup>.

Ahora bien, es razonable pensar que las políticas sanitarias en contextos de crisis o emergencias han de ser diferentes de las implementadas en situaciones normales. Si bien en las últimas décadas asistimos a brotes de otras epidemias, todas derivadas de zoonosis al parecer de la opinión científica (gripe o influenza aviaria [2004-2006], gripe o influenza porcina [2009-2010], Ebola [2014-2016]), la gravedad y amplísima difusión de la circunstancia presente, otorga a la OMS un protagonismo sin precedentes en la historia. También esto es natural, pues si ante una pandemia la protección de la salud humana pasa a ser el principal motivo de las políticas públicas, la autoridad internacional predispuesta para preservar este valor debe contar con un predicamento mayor del que suele tener en épocas de normalidad. Lo mismo ocurre al interior de cada uno de los Estados nacionales, donde han adquirido una marcada preponderancia los Ministerios de Salud, al punto de llegar a ser la cartera más importante de los gabinetes ministeriales<sup>35</sup>. (Así sucede también en cada una de las provincias argentinas y en CABA, con la cartera ministerial

---

A. CIURO CALDANI, "Filosofía trialista del derecho a la salud", en *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, N° 28 (2004/2005), pp. 19-32; "El Derecho a la Salud ante una nueva era", cit., pp. 61-75; "Significación y alcances del derecho de la salud", en AA.VV. *Estudios acerca del derecho de la salud II*, coord. por Marisa Aizenberg, Buenos Aires: La Ley, 2017.

<sup>33</sup> La Constitución de la Organización Mundial de la Salud resultó adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados y entró en vigor el 7 de abril de 1948.

<sup>34</sup> Cfr. CIURO CALDANI, "El Derecho a la Salud ante una nueva era", cit., p. 66: "Los repartos pueden ser autónomos o autoritarios. La definición de la idea de Salud e incluso de enfermedad es un fenómeno de *autoridad* incalculable. El que puede definir lo que es ser sano, sobre todo en nuestra cultura, tiene un poder incalculable. Sin embargo, en nuestros días hay, al menos en apariencia, cierta *autonomización* de los repartos respectivos".

<sup>35</sup> Quizá sea oportuno recordar que en Argentina el Ministerio de Salud de la Nación se creó por vez primera el 11 de marzo de 1949 (y el de Desarrollo Social, el 23 de septiembre de 1955), reforzándose así el *sistema de salud pública* para democratizarlo, universalizarlo (en el afán de igualar el servicio de salud, de procurar hacerlo más equitativo para todos). (Antes de la gestión peronista el sistema de salud pública estaba dirigido a los sectores más pobres para evitar que se propaguen las enfermedades contagiosas [epidemias]). Después de este gesto y política pública a nivel nacional, las respectivas provincias de nuestro país fueron haciendo lo propio. Por lo demás, nótese que el Ministerio de Salud de la Nación, en su accidentado derrotero histórico, fue objeto de cuatro fundaciones (1ª 11/03/1949; 2ª 1/05/1958; 3ª 29/03/1981; 4ª 10/12/2019) y tres disoluciones (1ª 13/11/1955; 2ª 28/06/1966; 3ª 5/09/2018).

homóloga, y, como último eslabón del sistema, con las Secretarías de Salud en cada uno de las comunas y municipios de nuestro país).

Además, en el momento actual el PEN está siendo asesorado por un Comité de Expertos (en otros países existen figuras e instancias análogas, denominadas también “Comités Técnico-Científicos”) integrado por especialistas en diversas disciplinas del campo de la salud (epidemiólogos, infectólogos, inmunólogos, sanitaristas, virólogos, intensivistas, etcétera), cuya función consiste en aconsejar y asistir al PEN para la toma de decisiones respecto de una tarea harto compleja, consistente en determinar cuál puede ser la estrategia más eficaz de combatir el virus y de gestionar la pandemia<sup>36</sup>, habida cuenta de las diferentes fases de su evolución y de la diversidad de realidades entre las zonas epidemiológicas (clasificadas, a su vez, según la cantidad de contagios registrados en cada distrito o unidad administrativo-territorial)<sup>37</sup>.

## 7. Algunas reflexiones finales

La COVID-19 nos ha puesto frente a un escenario inesperado, nos ha tomado de sorpresa, al menos para la inmensa mayoría de seres humanos que poblamos este planeta. Una experiencia *dislocante* y un cuadro signado por una comprensible angustia y congoja generalizada respecto a la amenaza que el virus representa para la integridad de la salud y la vida humanas. La legislación de emergencia sanitaria promulgada en consecuencia se inscribe en este marco y obedece a esa preocupación. Por ello, a mí juicio, desde un punto de vista jurídico (legal, constitucional y convencional internacional) no hay lugar para su cuestionamiento<sup>38</sup>.

En todo caso, ante las tensiones axiológicas ocasionadas por la puesta en vigencia de esta normativa de excepción y para que el

---

<sup>36</sup> En este sentido es oportuno destacar algunas puntualizaciones que, con miras precursoras, intuyó hace más de tres lustros el profesor CIURO CALDANI en “Filosofía trialista del derecho a la salud”, cit., p. 22: (1) los despliegues planetarios de epidemias y pandemias se van acrecentando; en consecuencia: (2) el marco de los beneficiarios de los repartos que tienen que ver con la salud es cada vez más difuso; y subyaciendo a todo esto [cfr. p. 22, nt. 9]: (3) cómo las epidemias han modelado (y modelan) el mundo.

<sup>37</sup> Desde ya que los Gobernadores (de provincia), Intendentes (de ciudades) y Jefes Comunes (de comunas y pueblos) de nuestro país, reciben por delegación del PEN el poder de policía, así como la reglamentación y aplicación de sus decisiones en los respectivos territorios bajo administración; a la vez que realizan sus propias evaluaciones en los territorios a su cargo, informes y solicitudes que, a su turno, son elevados en consulta al PEN. Se trata, en efecto, de un trabajo coordinado por los tres niveles de gobierno (nacional, provincial y municipal/comunal), contando cada nivel con el respectivo asesoramiento técnico de expertos del área de la salud pública.

<sup>38</sup> Repárese en la pertinente observación de CIURO CALDANI en “Filosofía trialista del derecho a la salud”, cit., p. 26: “La problemática de la salud se ha difundido en diversos tipos de fuentes, incrementándose por ejemplo su papel en los tratados internacionales y en las sentencias. La mundialización de los problemas de salud requiere la difusión de fuentes convencionales internacionales”.

funcionamiento social no se vea resentido, se torna imperativo lograr un balance lo más equilibrado posible entre los valores constitucionales implicados. A este respecto, aunque no puede negarse que el *aislamiento/distanciamiento social* (como medidas precautorias) relativizan y restringen muchas libertades cívicas, esto no conlleva *per se* que tales libertades se vean anuladas o cercenadas de manera concluyente, sino resignificadas a la luz de intereses superiores (*salud pública y vidas humanas*) que se buscan poner a resguardo con dicha normativa. Hay un refrán popular que dice: sin libertad no hay vida; pero asimismo es cierto y más que palmario el hecho de que sin vida ni salud no se puede ejercer libertad ni derecho subjetivo alguno.

Ahora bien, resulta evidente que el concepto de salud viene experimentando una transición de bien individual a bien colectivo; de derecho humano de segunda generación (prerrogativa de un individuo a ser asistido médicamente) a derecho humano de tercera generación (interés de cada comunidad por tener individuos sanos y responsabilidad de ellos en el cuidado de su propia salud y en la salud de las demás personas; e incluso en la salud del medio ambiente, de los eco-sistemas (de la gran casa [*oikos*]<sup>39</sup>, macro-organismo que nos cobija a todos, nuestra Tierra)<sup>40</sup>.

Paralelamente, el papel del Estado también se ha transformado, pasando de un rol meramente asistencialista a ser el gestor activo de la sanidad y de las políticas públicas relativas a ella. En este sentido, entre los principios consagrados en el Preámbulo de la Constitución de la OMS, podemos leer:

“La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social. La salud de todos los pueblos es una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad y depende de la más amplia cooperación de las personas y de los Estados”<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> En la etimología del vocablo *eco-logía*, por ejemplo, se advierte que también proviene del griego *-oikos*, casa; *-logos*, razón, conocimiento (idéntico étimo o raíz [*oikos*] que aparece en *economía* [= norma, precepto, administración de la casa]).

<sup>40</sup> La clasificación de los derechos humanos en tres generaciones obedeció a una propuesta formulada en el año 1979 por el jurista checo Karel VASAK (1929-2015), profesor universitario y asesor legal de la UNESCO, en el *Instituto Internacional de Derechos Humanos* con sede en la ciudad de Estrasburgo (Francia). Cfr. una breve reseña de su trabajo en D. URIBE VARGAS, “Karel Vasak y la tercera generación de derechos humanos”, en *Karel Vasak amicorum liber: les droits de l’homme à l’aube du XXIe siècle*, Bruselas: Bruylant, 1999, pp. 408-416.

<sup>41</sup> Sin embargo, al margen de tales enunciados, es reiterada y no por ello menos cierto el aserto de que *la actual pandemia ha desnudado las desigualdades y vulnerabilidades sociales*, significándose con ello el hecho indudable de que la cuarentena ha impactado de

Del fragmento transcrito se colige que los gobiernos de las naciones del mundo son las principales responsables de la salud de sus pueblos y, en tal carácter, deben adoptar las medidas sanitarias y sociales apropiadas para la prevención de las enfermedades y la promoción de la salud<sup>42</sup>. Retomando lo anterior, parece muy relevante prestar especial atención el distingo entre *derecho subjetivo* a la salud individual y *derecho de incidencia colectiva a la salud pública* (que exige la solidaridad y cooperación de todos para su consecución, y porque en su defensa también está en juego la vida e integridad de todos). El derecho individual a la salud supone el acceso a los servicios sanitarios del que debe gozar todo habitante de un territorio nacional. En cambio, el derecho de incidencia colectiva a la *salud pública* tiene que ver con la protección de un valor supra-individual, de un bien colectivo y general: la salud de la población en su conjunto. Y ésta es puesta seriamente en vilo cuando nos enfrentamos a enfermedades infecto-contagiosas de amplia y rápida diseminación. En tales situaciones, todos los demás derechos individuales reconocidos por el ordenamiento jurídico han de reconfigurarse (en sus sentidos y alcances), han de rearticularse en función de la supremacía de la *salud pública*, en tanto valor central en la escala axiológica.

Como anverso y reverso de una misma medalla, el ejercicio de los *derechos individuales* es la expresión de la *autonomía jurídica*, mientras que el *orden público* [de cariz *sanitario*, en la especie] denota un límite *heterónimo* a dicho ejercicio<sup>43</sup>. De ahí que en cada trance histórico –según las peculiares circunstancias de la época– se verá un mayor despliegue de la autodeterminación con escasa presencia de normativas de orden público o, a viceversa, un incremento de este último con un correlativo margen acotado (o aminorado) de acción concedido a la autonomía individual. En efecto, desde una mirada panorámica se observa cómo la tensión *autonomía/heteronomía* se ha intentado dirimir en diversos modos, grados y medidas por las diferentes sociedades y según los variables momentos históricos. Pero en el contexto de un mundo globalizado, de epidemia total, global (de

---

manera desigual en la vida cotidiana de las personas. En efecto, el eslogan «quédate en casa» no puede cumplirse de igual modo por todos, porque no todas las casas son iguales (e incluso hay quien ni siquiera tiene una vivienda). Lo mismo vale para la sugerencia de «lávate las manos» (como parte de los cuidados personales sugeridos), cuando los habitantes de muchos barrios populosos de los grandes aglomerados urbanos de nuestro país carecen de acceso al agua salubre.

<sup>42</sup> El cumplimiento, a mayor o menor cabalidad, de este deber por los Estados que forman parte de la OMS puede ser inferido del grado de inversión en políticas de salud que haga cada uno de ellos (es decir, qué porcentaje del PBI se destina en los presupuestos nacionales al rubro “Salud” y cuánto éste representa en el total del denominado “gasto público”). En este sentido el caso de Alemania es un ejemplo positivo y digno de ser imitado.

<sup>43</sup> Cfr. sobre este punto el enjundioso trabajo monográfico de F. HINESTROSA “Función, límites y cargas de la autonomía privada”, publicado originalmente en *Estudios de Derecho Privado. Homenaje al Externado en su centenario*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1986, pp. 9-47. En tiempos más recientes se volvió a publicar, con idéntico título, en *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, N° 26 (enero-junio de 2014), pp. 5-39.

*pan-demia*), como está aconteciendo hoy día, también las maneras de intentar resolver la susodicha antinomia [*autonomía/heteronomía*], es decir, las respuestas locales, tienden a tecnificarse, uniformarse y globalizarse (aunque sea con matices según las idiosincrasias particulares de cada pueblo).

Sólo resta por decir que los derechos subjetivos (aún los fundamentales) si bien siempre son relativos, en la coyuntura actual afloran ulteriores factores determinantes para que se relativicen aún más (factores que pueden leerse como límites *necesarios* derivados de la *naturaleza de las cosas* [*distribuciones de la naturaleza*] más que de las decisiones o respuestas políticas [*repartos humanos*]). En efecto, es dable tener presente que en ninguna sociedad democrática los individuos pueden hacer aquello que se les antoja; al contrario, siempre deben ajustar su obrar a los límites dados por el respeto a los derechos de los demás y de la sociedad en su conjunto.

En última instancia, entendemos que las respuestas político-jurídicas que se ensayen por los Estados del mundo obtendrán, al fin de cuentas, su legitimidad sustancial de dos extremos: (1) el éxito alcanzado por medio de ellas (es decir, la menor cantidad posible de personas fallecidas y enfermas por COVID-19); y (2) la menor duración posible de tales medidas, porque una legalidad de emergencia o de excepción, por definición, ha de ser transitoria (debe durar mientras subsista el proceso o suceso extraordinario que le dio origen); pero es justamente aquí donde el problema se agudiza, en virtud de que no es posible conocer de antemano el tiempo que llevará erradicar –o, al menos, controlar– esta enfermedad de nuestro planeta. Una sola actitud (*ethos*) nos puede salvar como especie: prevención ante lo cierto, precaución ante lo incierto.

## **Bibliografía**

AA.VV. *El futuro después del Covid-19*. Ideado y dirigido por A. GRIMSON, Buenos Aires, Jefatura de Gabinete de Ministros, 2020 (disponible para su descarga gratuita en [argentina.gob.ar/sites/default/files/el\\_futuro\\_despues\\_del\\_covid-19.pdf](http://argentina.gob.ar/sites/default/files/el_futuro_despues_del_covid-19.pdf)).

AGAMBEN, G. *Estado de excepción*, trad. Flavia Costa, Buenos Aires: Adriana Hidalgo editora, 5ª ed. 2014.

AZAR, M. J. “Los derechos de incidencia colectiva en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Comentario de una supresión”, en *Revista Derecho Privado*, Año I N° 2, Ediciones Infojus, pp. 241-280.

BALDI, C. Voz “estado de sitio”, en *Diccionario de Política*, vol. I, N. Bobbio y N. Matteucci (dir.), México: Siglo Veintiuno, 1981, pp. 619-623.

BARRAGAN, H. L. (dir.), *Fundamentos de salud pública*, La Plata: Editorial de la UNLP, 2007.

CIURO CALDANI, M. A. “Filosofía trialista del derecho a la salud”, en *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, N° 28 (2004/2005), pp. 19-32.

- “El Derecho a la Salud ante una nueva era”, en *Investigación y Docencia*, N° 42 (enero-diciembre 2009), pp. 61-75.
- “Significación y alcances del derecho de la salud”, en AA.VV. *Estudios acerca del derecho de la salud II*, coord. por Marisa Aizenberg, Buenos Aires: La Ley, 2017.

COMPAGNUCCI DE CASO, R. H. “El principio de autonomía de la voluntad y sus límites (somero análisis de lo propuesto en el Proyecto de Código Civil de 1998)”, en *JA* 2000-III-959.

DE SOUSA ZANETTI, C. *Direito contratual contemporaneo. A liberdade contratual e sua fragmentação*, Rio de Janeiro: Forense - São Paulo: Método, 2008.

FRESNEDA, M., ESBORRAZ, D. F., HERNÁNDEZ, C. A. “La norma de orden público y su funcionamiento”, en *ED* 166-842.

- “Reflexiones sobre el orden público en materia locativa”, en *LL* 2004-A-137.

HINESTROSA, F. “Función, límites y cargas de la autonomía privada”, en AA.VV. *Estudios de Derecho Privado. Homenaje al Externado en su centenario*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1986, pp. 9-47. Reeditado en *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, N° 26 (enero-junio de 2014), pp. 5-39.

MALAGÓN LONDOÑO, G. - REYNALES LONDOÑO, J. *Salud Pública. Concepto, Aplicaciones y desafíos*, México: Panamericana, 2020.

NICOLAU, N. L. *Fundamentos de derecho contractual*, t. I, La Ley: Buenos Aires, 2009.

ROJAS OCHOA, F. *Salud Pública. Medicina social*, La Habana: Editorial Ciencias Médicas, 2009.

SALGADO, J. M. *Los derechos de incidencia colectiva en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Santa Fe – Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2010.

TOLOSA, N. B. “La regulación de los derechos de incidencia colectiva en materia ambiental en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Lecciones y Ensayos*, N° 96 (año 2016), pp. 227-240.

URIBE VARGAS, D. "Karel Vasak y la tercera generación de derechos humanos", en AA.VV. *Karel Vasak amicorum liber: les droits de l'homme à l'aube du XXIe siècle*, Bruselas: Bruylant, 1999, pp. 408-416.