


Título: **Medidas de emergencia en la pandemia y principio de razonabilidad.(Tensión entre salud pública y economía como bienes públicos a tutelar)**  
Autor: de la Riva, Ignacio M.  
País:  Argentina  
Publicación: El Derecho - Revista de Derecho Administrativo, Junio 2020 - Número 6  
Fecha: 30-06-2020 Cita Digital: ED-CMXXI-417

## **Medidas de emergencia en la pandemia y principio de razonabilidad**

(Tensión entre salud pública y economía como bienes públicos a tutelar)

por Ignacio M. de la Riva

Sumario: 1. Distintas dimensiones del orden público tutelado por la policía. - 2. Los poderes de policía en la emergencia. - 3. La discrecionalidad en el ejercicio de la policía y sus límites. - 4. Los tres escalones de la razonabilidad. - 5. Tensión entre salud pública y economía.

Una de las polémicas que se planteó con mayor fuerza desde el comienzo de la pandemia y a partir de las primeras medidas adoptadas tanto en la Argentina como en los demás países del mundo tiene que ver con la disyuntiva entre proteger la salud pública a través de una política de máximo aislamiento social, o bien privilegiar el cuidado de la economía, amenazada por la brutal recesión y la abrupta caída del PBI que habrá de sobrevenir como consecuencia de la parálisis general de la actividad productiva.

Se trata, sin duda, de un problema que atañe, ante todo, a la política y a la economía. Pero también es pertinente su abordaje desde la perspectiva del derecho administrativo, y en particular a través de los criterios clásicos que proporcionan la dogmática y la jurisprudencia en materia de policía, aplicados y adaptados, desde luego, a este contexto del todo inusual.

### **1. Distintas dimensiones del orden público tutelado por la policía**

Como se sabe, la policía es una modalidad interventora estatal típicamente restrictiva de los derechos individuales con la finalidad de preservar el orden público. De acuerdo a la definición propuesta por Jordana de Pozas en su día, la policía comporta la actividad administrativa que, por medio de limitaciones eventualmente coactivas de la actividad privada, se dirige a prevenir los daños sociales que de esta última pueden derivarse(1).

El orden público a que alude la noción comentada ha ido mutando a lo largo del tiempo, de modo que a sus tres dimensiones originarias (salubridad, seguridad y moralidad) se fueron incorporando otras, como el cuidado del medio ambiente y, en lo que aquí interesa, el bienestar general, que no es otra cosa que la buena salud de la economía(2).

Esta potestad limitadora de derechos en manos del Estado está sujeta a una serie de parámetros que enmarcan su ejercicio regular, los que en buena medida reconducen a otros tantos principios generales del derecho de particular relevancia en ese campo, entre los cuales sobresalen los principios de legalidad, de competencia, de igualdad y de razonabilidad(3). Sobre este último quisiera detenerme en las breves páginas que siguen.

Es oportuno comenzar por recordar que la razonabilidad consiste, básicamente, en la adecuada proporción que debe existir entre medios y fines (de allí que también se denomine al consiguiente principio como de proporcionalidad)(4). Los medios en el caso de la policía no son otros que las medidas de carácter restrictivo impuestas por el accionar público, y el fin, la protección de alguna de las dimensiones del orden público ya referidas (entre ellas, la salud pública y el bienestar económico general).

### **2. Los poderes de policía en la emergencia**

Ahora bien, en el análisis de la proporcionalidad antedicha no es posible desatender, por cierto, que en el contexto presente el ejercicio de esos poderes de limitación se inscriben en una situación de emergencia, evidente en el terreno fáctico, pero además expresamente declarada por el legislador al dictar la ley 27.541

(Ley de Solidaridad Social, sancionada a fin del año 2019), y extendida con ocasión de la pandemia por el Poder Ejecutivo nacional, actuando como legislador extraordinario, al dictar el decreto 260/20 de necesidad y urgencia el pasado 12 de marzo.

Este escenario de emergencia, como es bien conocido, produce un ensanchamiento del alcance del poder interventor estatal: “frente a acontecimientos extraordinarios, se justifican remedios extraordinarios”, suele afirmar la Corte Suprema cada vez que afronta la tarea de examinar la pertinencia de medidas de restricción implementadas en dichos períodos(5). Pero ni aun ante semejante entorno la potestad policial deviene ilimitada, pues, como también se ha ocupado de señalar la Corte, en ningún caso las mayores restricciones a las que habilita el estado de emergencia pueden afectar la sustancia de los derechos comprometidos, los cuales solo pueden ser suspendidos temporalmente, pero en ningún caso anulados por completo(6). En otras palabras, la regla de la proporcionalidad entre la intensidad de la medida restrictiva y la finalidad perseguida persiste, también, en períodos de emergencia.

### 3. La discrecionalidad en el ejercicio de la policía y sus límites

Una vez establecido el necesario marco conceptual, es llegado el momento de afrontar la cuestión puntualmente planteada, referida a la disyuntiva entre salud pública y economía que se presenta a los gobiernos con motivo de la pandemia.

Ante ese dilema, el gobierno argentino exteriorizó desde el comienzo, de manera casi excluyente, su voluntad de privilegiar la defensa de la salud pública(7). Tal temperamento se inscribe, desde luego, dentro del margen de discrecionalidad que compete al Poder Ejecutivo, y sería impensado que un juez pretendiese someter a su escrutinio tamaña directriz política con afán de enmendarla. Ello, fundamentalmente, por cuanto una toma de posición semejante no viene predeterminada por las leyes, sino que es fruto de apreciaciones ligadas a criterios metajurídicos, completamente ajenos al alcance revisor de los jueces(8).

La conclusión precedente, sin embargo, no equivale a decir que cualquier medida restrictiva de derechos orientada en la dirección apuntada, en particular aquellas que restringen los derechos constitucionales de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino, trabajar, ejercer industria lícita o comerciar, vaya a gozar de idéntica inmunidad frente a los magistrados de justicia. Aun en tiempos de emergencia, aun cuando haya de reconocerse a la Administración Pública un amplio margen de discrecionalidad en este terreno, la potestad limitadora de los derechos individuales con el fin de proteger el orden público no puede considerarse ilimitada. De modo que, cuando su ejercicio supere los límites impuestos por el marco constitucional (entre ellos, los derivados del principio de razonabilidad), quienes se vean afectados en su esfera de derechos podrán reaccionar y someter la controversia resultante a los tribunales(9).

### 4. Los tres escalones de la razonabilidad

¿Qué estándares nos proporciona el principio de razonabilidad como criterios de ponderación jurídica de las medidas adoptadas por la autoridad pública frente al Covid-19, en particular frente a aquellas que imponen el aislamiento social obligatorio?

En el derecho comparado el principio de razonabilidad ha sido sistematizado en torno de tres subprincipios o mandatos(10), cada uno de los cuales permite avanzar un peldaño en el escrutinio jurídico al cual habilita el principio en cuestión, referido -como ya se ha señalado- a la proporcionalidad que debe mediar entre medios y fines. En nuestro derecho, la doctrina se ha hecho eco de ese mismo enfoque(11).

Según ese esquema metodológico, lo primero que debemos preguntarnos para saber si una medida de policía es razonable es si las restricciones que impone son idóneas o eficaces para alcanzar la finalidad que se propone. En el caso del Covid, y más allá del debate que el tema ha generado en todo el mundo y de la presencia de alguna voz disonante, hoy está ampliamente extendida la convicción de que el aislamiento obligatorio generalizado evitaría que el virus se propague a mayor velocidad. En suma, el test de razonabilidad a la luz de la idoneidad del aislamiento social parecería superarse sin mayores dificultades.

Pero no basta con comprobar que el medio es eficaz para reputar razonable una medida interventora. La segunda cuestión que hay que plantearse tiene que ver con su necesidad o, dicho de otro modo, con la inexistencia de otros medios (o restricciones) menos gravosos que puedan resultar también eficaces para alcanzar el fin perseguido (en nuestro caso, aminorar la tasa de contagio). En definitiva, las medidas restrictivas que se adopten deben ser aquellas que afecten en menor grado los derechos individuales, dentro de la gama de alternativas disponibles. Y lo importante es advertir que no estamos hablando solo de una

expresión de deseos, sino de un principio jurídico con fuerza vinculante, que puede determinar la invalidación por los jueces de las normas que no lo satisfagan(12).

Conviene ilustrarlo con un ejemplo simple. Si estuviéramos ante una epidemia de fiebre aftosa, no hay duda de que la eventual decisión del Gobierno de sacrificar todo el ganado bovino existente dentro del territorio argentino resultaría una medida eficaz: muertas todas las vacas, se habría eliminado, sin duda, la fiebre aftosa. No parece tan claro, sin embargo, que una decisión semejante configure una medida necesaria. Hubiera bastado con sacrificar la totalidad de las vacas infectadas para llegar al mismo resultado, sin tanto perjuicio para los derechos implicados y para la economía en su conjunto.

Volviendo al tema del Covid, el principio de razonabilidad en esta segunda dimensión nos mueve a preguntarnos si el aislamiento obligatorio extendido por un espacio de tiempo que, al momento en que se escriben estas líneas, va camino a superar los cien días, y que abarca el universo completo de las actividades con muy pocas excepciones (básicamente, aquellas consideradas “esenciales” por el mismo Poder Ejecutivo nacional(13)), es una medida verdaderamente necesaria para evitar daños generalizados para la salud pública con motivo de la pandemia. Si existiesen alternativas igualmente idóneas para alcanzar un grado similar de protección de la salud pública, sin ocasionar los graves daños que a otros aspectos provoca una medida tan extrema, se podría dudar de la validez de tal grado de restricción por irrazonable. Cabe plantearse, en este sentido, si una política que hiciera foco en la detección temprana, implementada en combinación con medidas de aislamiento segmentadas que solo impusieran ese deber de total confinamiento a las personas mayores o más vulnerables, no permitiría enervar el riesgo de contagio a partir del mero distanciamiento -no aislamiento- del resto de la población, que constituye el grueso de la fuerza de trabajo productivo.

Pero queda todavía otro nivel de análisis, en función de la tercera regla derivada del principio de razonabilidad que propone la doctrina. Además de su idoneidad y de su necesidad, las medidas restrictivas deben superar un test de proporcionalidad en sentido estricto, consistente en la ponderación o balance entre los beneficios y perjuicios resultantes de la restricción impuesta (lo que los economistas llamarían un análisis de “costo-beneficio”). Tal balance debería mostrar que los beneficios son mayores a los perjuicios, teniendo en cuenta los distintos bienes o valores en conflicto. Indudablemente, es en este plano donde tiene cabida el análisis de la contraposición entre salud y economía como dos bienes públicos que el Estado debe resguardar.

## 5. Tensión entre salud pública y economía

Este tercer escalón del test de razonabilidad al que se ha hecho alusión exige medir el impacto de las medidas adoptadas, por lo que solo puede abordarse seriamente a partir de un caudal suficiente de información y contando con la opinión de expertos. Además, en un caso como el que nos ocupa, donde los bienes públicos en juego (salud y economía) difieren sustancialmente, su abordaje requiere superar la dificultad que supone tener que comparar “peras con manzanas”, para lo cual habrá que modelizar los fenómenos pertenecientes a los dos terrenos, el de la salud y el de la economía, de modo de hacer viable el balance planteado.

El camino propuesto podría no convencer a todo el mundo: en particular, no resultará, a priori, aceptable para quienes entienden que nunca la salud o la vida pueden ceder frente a bienes materiales, como es el caso de aquellos con los que lidia la economía. Pero ha de reconocerse que en algún punto ambas dimensiones se cruzan, puesto que una catástrofe económica puede provocar muchas enfermedades, e incluso acarrear un colapso del sistema de salud y terminar cobrándose el precio de numerosas vidas humanas(14).

Ante este tercer subprincipio podríamos preguntarnos: ¿cuánto aislamiento es razonable para combatir la pandemia? ¿Hasta qué extensión se justifica, en términos de razonabilidad, ese aislamiento? ¿Por cuánto tiempo? ¿Con qué amplitud territorial? ¿Sobre cuántas y cuáles actividades? En definitiva, ¿hasta qué magnitud de impacto económico es válido sostenerlo?

Ninguna de estas preguntas admite una respuesta rotunda y definitiva, máxime cuando la información disponible suele ser insuficiente para hacer una ponderación certera de los bienes, de los riesgos y de los perjuicios en juego. Además, el escenario sobre el cual se toman las decisiones es dinámico y cambia todo el tiempo. Una política de aislamiento total podría justificarse con mayor facilidad en un primer momento, en el que la cautela tiene que ser máxima y los recursos para atender un brote epidémico resultan escasos. Pero pasado cierto tiempo, se supone que el sistema de salud debería estar mejor dotado y más organizado, mientras que los perjuicios económicos resultantes de mantener el cese generalizado de las actividades productivas puede amenazar con tornarse irreversible para ciertos sectores.

No está de más recordar que la Corte Suprema argentina es bastante remisa a la hora de ejercer el control de

razonabilidad de los actos públicos, salvo en aquellos casos en que la desproporción se presenta de manera manifiesta. Y ello se explica frente al hecho, indiscutible, de que la línea divisoria entre los criterios de ponderación jurídicos y los que no lo son es francamente borrosa en la gran generalidad de los casos(15).

El más Alto Tribunal tiene dicho que “el mayor o menor acierto o error, mérito o conveniencia de la solución adoptada por la autoridad administrativa, constituyen puntos sobre los que no cabe al Poder Judicial pronunciarse, en la medida en que el ejercicio de esas facultades discrecionales no se compruebe como irrazonable, inicuo o arbitrario”(16), enfatizando en reiteradas ocasiones que la tarea de los órganos judiciales se limita al examen de la “regularidad” o “legitimidad” de la actuación pública, pero en ningún caso están autorizados a abrir juicio sobre su “oportunidad”(17). Pese a ello, no faltan precedentes jurisprudenciales en los que lo actuado o legislado ha sido anulado por la justicia debido a la irrazonabilidad resultante de la inadecuación o desproporción de la medida adoptada(18), ello en particular frente a circunstancias que invierten la presunción de validez de las medidas cuestionadas en razón de la sospecha de inconstitucionalidad que sobre ellas pudiera pesar(19).

Desde luego, la cuestión es muy compleja. El cocktail compuesto por policía, emergencia, discrecionalidad y razonabilidad es sumamente difícil de digerir. Las miradas y opiniones pueden ser muy divergentes, pero lo que está fuera de discusión es que la regla de la proporcionalidad, que configura la quintaesencia del tratamiento jurídico del poder de policía, no puede estar ausente en este debate.

**VOCES: DERECHO ADMINISTRATIVO - ADMINISTRACIÓN PÚBLICA - ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS - PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO - ACTO ADMINISTRATIVO - DERECHO CONSTITUCIONAL - CONSTITUCIÓN NACIONAL - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - JURISPRUDENCIA - ESTADO NACIONAL - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - DERECHOS HUMANOS - PODER DE POLICÍA - SALUD PÚBLICA - ECONOMÍA - EMERGENCIA ECONÓMICA**

Nota de Redacción: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en El Derecho: Apuntes sobre las nociones de “poder de policía” y “policía”, por Francisco Funes, ED, 238-1025; Motivación del acto administrativo y buena administración, por Augusto Durán Martínez, EDA, 2012-547; Reseña acerca de la discrecionalidad administrativa en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de los últimos treinta años, por María Susana Villarruel, EDA, 2011-624; El abandono del poder de policía hacia el control de razonabilidad, por José Sebastián Kurlat Aimar, ED, 246-712; El poder de policía del Estado para restringir el acceso al mercado de cambios a la luz de los principios de legalidad y razonabilidad, por Pablo A. Pirovano, ED, 248-964; Los derechos económicos, sociales y culturales y el principio de razonabilidad como garantía constitucional, por Susana Cayuso, EDCO, 2014-336; El principio de razonabilidad (¿proporcionalidad?) en el derecho administrativo sancionador. Con especial referencia al empleo público, por Pedro Jorge José Coviello, EDA, 2016-461; Algunas breves reflexiones en torno a la discrecionalidad administrativa y su control judicial, por Gustavo E. Silva Tamayo, EDA, 2016- 518; Razonabilidad y legitimidad en el derecho administrativo, por Carlos E. Guariglia, ED, 273-853; Primeras impresiones acerca de la operatividad del decreto 34/19 e implicancias de la emergencia ocupacional que declara, por Esteban Carcavallo, ED, 285-846; Garantías judiciales en estados de emergencia. A propósito del COVID-19, por Esteban Vergara, ED, 286; La Constitución en tiempos de pandemia, por Eugenio Luis Palazzo, El Derecho Constitucional, abril de 2020, N° 4; La pandemia y el retroceso del federalismo. Un avance centralista de la mano de las decisiones administrativas, por Martín J. Acevedo Miño, ED, diario n° 14.850 del 15-5-20; Pandemia Covid-19. Una aproximación a sus consecuencias y derivaciones desde la perspectiva del Derecho, por Guillermo F. Peyrano, ED, diario n° 14.850 del 15-5-20. Todos los artículos citados pueden consultarse en [www.elderechodigital.com.ar](http://www.elderechodigital.com.ar).

(1) Jordana de Pozas, Luis, Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo, Revista de Estudios Políticos, 1949, n° 48, págs. 44-46.

(2) La jurisprudencia de la Corte Suprema refleja a las claras este proceso de progresivo ensanchamiento de la técnica policial. En particular, en el caso “Ercolano A. c. Lantieri de Renshaw”, resuelto en el año 1922 (Fallos 136:161), la Corte hizo un claro viraje hacia la versión amplia de la noción de policía, adoptando una postura que sería luego confirmada en “Avico, Oscar Agustín c. De la Pesa, Saúl C.”, en 1934 (Fallos 172:21). Ello supuso el abandono de la concepción estrecha asumida durante los primeros años de actuación del tribunal, plasmada, entre otros, en el caso “Bonorino, E., en representación de la empresa Plaza de Toros” (Fallos 7:150).

La evolución jurisprudencial a la que se hace referencia ha sido expuesta de manera pormenorizada por Gustavo Ariel Kaufman en un trabajo titulado Poder de policía y crisis del derecho constitucional, publicado en

LL, 1991-D, págs. 842-847. También puede consultarse el artículo de Javier Indalecio Barraza y Fabiana Haydée Schafrik, Actualidad en la jurisprudencia sobre el poder de policía en la Constitución Nacional, en LL, 1998-F, 1051. En contra, Legarre sostiene que ambas versiones de la noción de policía convivieron en el tiempo, siendo utilizadas alternativamente, según los casos (cfr. Legarre, S., El poder de policía en la historia, la jurisprudencia y la doctrina, LL, 2000-A, págs. 1002 y 1011).

(3) Para un mayor análisis del tema, remito a mi trabajo La frontera de la policía administrativa, en AA. VV., Estudios de Derecho administrativo en homenaje al Profesor Julio Rodolfo Comadira, editado por el Instituto de Derecho Administrativo de la Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, 2009, págs. 375-397.

(4) La expresión “razonabilidad” es más propia del derecho norteamericano, mientras que en Europa continental suele aludirse, más bien, al principio de proporcionalidad (cfr. Cianciardo, Juan; El principio de razonabilidad (Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad), Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004, pág. 25).

(5) Cfr. Fallos 238:76; 318:1887; 323:1566; y 325:28.

(6) Cfr. Fallos 172:21; 238:76; 243:449 y 467; 323:1566; 264:344; 269:416; 325:28; y 326:417.

(7) El titular del Poder Ejecutivo nacional hizo bien explícita esa elección con frases tales como “prefiero tener 10 % más de pobres y no cien mil muertos en la Argentina” ([https://www.clarin.com/politica/alberto-fernandez-prefiero-tener-10-pobres-100-mil-muertos-argentina-\\_0\\_2Gosm70Qu.html](https://www.clarin.com/politica/alberto-fernandez-prefiero-tener-10-pobres-100-mil-muertos-argentina-_0_2Gosm70Qu.html)), o “de la economía se vuelve, de las muertes no” (<https://www.pagina12.com.ar/256235-alberto-fernandez-de-la-economia-se-vuelve-de-las-muertes-no>).

Coherente con ello, al formalizar esa determinación a través del dictado del decreto de necesidad y urgencia 297/20 por el cual dispuso el aislamiento social preventivo y obligatorio, dejó sentado en sus considerandos que la protección de la salud pública constituye “una obligación inalienable del Estado nacional”, a la luz de lo cual juzgó que “las medidas que se establecen en el presente decreto resultan las imprescindibles, razonables y proporcionadas con relación a la amenaza y al riesgo sanitario que enfrentamos”.

(8) Cfr. mi trabajo Algunas reflexiones en torno del bien común y la discrecionalidad administrativa, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, 2000, vol. 22, n° 258, págs. 9-20.

(9) Es oportuno recordar, en tal sentido, que en nuestro ordenamiento el principio de razonabilidad encuentra su respaldo en el art. 28 de la CN, y ha sido, además, expresamente receptado por la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo, que establece de modo diáfano como requisito de validez de los actos administrativos que las medidas que dichos actos involucren deben ser “proporcionalmente adecuadas” a los fines previstos por el legislador al atribuir las pertinentes facultades al órgano administrativo actuante (cfr. el art. 7°, inc. f], de la ley 19.549).

(10) Cfr. Schmidt-Assmann, Eberhard; La teoría general del Derecho administrativo como sistema, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2003, págs. 349-350.

(11) Cfr. Cassagne, Juan C., Los grandes principios del Derecho público (constitucional y administrativo), Buenos Aires, Thomson Reuters - La Ley, 2015, págs. 175-177.

(12) A título ilustrativo, pueden citarse los siguientes casos en los cuales la Corte Suprema ha hecho prevalecer los derechos individuales frente al ejercicio abusivo e irrazonable de las facultades atribuidas al legislador: ver Fallos 136:161; 137:47; 144:219; 268:393; 305:1489; 306:400; 325:28; entre otros.

(13) Cfr. el art. 6° del decreto de necesidad y urgencia 297/20, y sus normas modificatorias.

(14) La necesidad y pertinencia de incluir en la ponderación las consecuencias económicas de la pandemia son ampliamente aceptadas, incluso entre quienes han dado un voto favorable a la razonabilidad de las medidas adoptadas con el claro propósito de proteger la salud. En un reciente trabajo en el cual aborda de manera exhaustiva el desempeño del gobierno frente a la emergencia sanitaria, Ezequiel Cassagne no duda en afirmar: “A la par de lograr el tiempo suficiente para equipar el sistema sanitario, el rol del Estado consiste, asimismo, en concretar políticas públicas de emergencia orientadas a impedir que nuestra economía se vea profundamente dañada a raíz de la paralización o el deterioro de muchos sectores productivos y de consumo”

(cfr. su artículo publicado en el diario La Ley del pasado 2 de junio de 2020, bajo el título El rol del Estado en la emergencia ocasionada por el COVID-19, pág. 5).

(15) El límite entre lo irrazonable y lo inconveniente o inoportuno es, en efecto, dudoso. No en vano la proporcionalidad ha sido retratada como un “nexo entre la legalidad y la oportunidad” (cfr. Schmidt-Assmann, E., La teoría general..., cit., pág. 351).

(16) Cfr. Fallos 316:2044.

(17) Cfr. Fallos 259:266; 262:67; 275:50; 275:60; 278:131; 303:1029; 313:1513; 304:721; 308:2246.

(18) Cfr. Fallos 298:223; 299:362; 307:639; 313:153; 318:1154; 320:2509; 321:3103; 322:1726; 325:2059; y 334:1909.

(19) Cfr. Fallos 321:194; 327:5118; y 329:2986.

© Copyright: El Derecho