

La acción de amparo y las medidas cautelares como herramientas de tutela del derecho a la salud y otros derechos fundamentales durante la pandemia (Covid 19) en Argentina

Amparo action and precautionary measures as tools to protect the right to health and other fundamental rights during the pandemic (Covid 19) in Argentina

Luciano ENRICH*

RESUMEN: La dinámica que ha ido adquiriendo la pandemia por Covid 19 en Argentina, al igual que en otras latitudes, implicó una prueba significativa para las capacidades del sistema judicial de resolver conflictos urgentes que involucran el derecho a la protección de la salud. El amparo y las medidas cautelares, en un marco de notable profundización del empleo de herramientas tecnológicas en los procesos judiciales hacia su plena “digitalización”, han tenido un papel protagónico durante este período y se han resignificado como herramientas de protección de derechos fundamentales, tal como revelan los antecedentes jurisprudenciales que se desarrollan en el trabajo.

PALABRAS CLAVE: Tutela judicial efectiva; Derecho a la Salud; Covid 19; Amparo; medidas cautelares.

* Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad Católica Argentina. Profesor Adjunto en la materia Instituciones de Derecho Administrativo y Derecho Administrativo Especial en la Universidad Católica Argentina, docente de la Escuela de Abogados del Estado dependiente de la PTN (2016, a la fecha). Desde 2014, Juez titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo número 2 de San Isidro, Provincia de Buenos Aires. Contacto: <lucianoenrich@hotmail.com>. Fecha de recepción: 09/07/2021. Fecha de aprobación: 03/10/2021.

ABSTRACT: The dynamic that COVID 19 pandemic has been acquiring in Argentina as well as in other latitudes, implied a significant challenge for the justice system's capabilities to solve urgent issues that involve the right to health protection. The urgent actions of protection and precautionary injunctions, in the context of a considerable strengthening in the use of technology tools in the judicial processes towards their full "digitization", have played a leading role during this period and have been redefined as tools for the protection of fundamental rights, such as revealed by the jurisprudential records developed in the article.

KEYWORDS: right to effective and timely judicial protection; right to health; Covid 19; urgent actions of protection; precautionary injunctions.

I. INTRODUCCIÓN

A poco más de un año y medio que la OMS declaró como pandemia al Covid 19, resulta incontestable que en Argentina -al igual o en modo similar que en otras latitudes- se suscitaron un sinnúmero de conflictos individuales y colectivos de toda índole -sanitaria, social, económica, educativa, de empleo, etc.- en el plano judicial, en un contexto de fuertes limitaciones normativas a las libertades fundamentales -propias del llamado “poder de policía” o “regulación”- que han sido también concebidas bajo la noción de “emergencia” o “estado de excepción”¹.

En efecto, desde su comienzo, la grave situación sanitaria provocada por el Covid 19 ha llevado a adoptar, en nuestro país, al Poder Ejecutivo Nacional² y a los gobiernos locales, severas res-

¹ En Argentina, el fundamento constitucional de las limitaciones a los derechos debe hallarse, principalmente, en el art. 14 de la CN -en cuanto establece que el goce de diversas libertades fundamentales queda sujeto a las leyes que reglamentan su ejercicio-, como así también en los arts. 29 de la DUDH, 28 de la DADH, 30 de la CADH y 4º del PIDESC (cfr. art. 75, inc. 22, CN); sus límites se sitúan en la razonabilidad, la imposibilidad de alterar los derechos, (art. 28, CN), la legalidad (arts. 14, 19 y ccddes. de la CN), y el respeto de los derechos fundamentales, en especial, a la igualdad (art. 16, CN) y a la intimidad (art. 19, CN).

Por su parte, en Argentina, en base a los sucesivos y frecuentes estados de “emergencia”, se han derivado actos normativos que han impuesto severas restricciones a los derechos individuales, que han sido objeto de diversas decisiones de la CS, cuyo tratamiento puntual excede los límites de este trabajo. Nuestra carta magna en su versión originaria de 1853/60 no abordó el tema de la emergencia de manera específica; solo se reguló en su art. 4º la posibilidad de acudir a empréstitos públicos frente a situaciones de urgencia de la Nación, y en su art. 23, a su vez, se previó la posibilidad de la declaración de estado de sitio y la consiguiente suspensión de las garantías individuales frente al supuesto de conmoción interior o ataque exterior. No obstante, en la reforma de la CN de 1994 la emergencia se incluyó como una de las materias de excepción que el art. 76 de la CN habilita, bajo ciertas condiciones, el ejercicio de la delegación legislativa.

² Utilizando el mecanismo denominado decreto de necesidad y urgencia, dispuesto en el art. 99, inc. 3º, y reglamentado por la ley 26.122. En ese sentido, se dictaron los DNU 297/20, 325/20, 355/20, 408/20, 459/20, 493/20, entre otros.

tricciones, en particular, a la libertad ambulatoria, al trabajo en sus diversas formas, a la educación y al ejercicio de la industria lícita³, entre otros.

Tales limitaciones -al menos desde los fundamentos esbozados en las normas por las que fueron establecidas- no apuntaron a retraer autoritariamente las bondades elementales del Estado de Derecho, sino a procurar la tutela del derecho a la salud de la población, que se encuentra contemplado en la Constitución Nacional en forma implícita (art. 33, CN) y expresamente (art. 42, CN) y en los tratados de derechos humanos (art. 12, inc c], del PIDESC, art. 4º, incs. 1º y 5º, de la CADH, art. 6º, inc. 1º, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros), que gozan de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN).

En este escenario y ante una notable profundización del empleo de herramientas tecnológicas en los procesos judiciales hacia su plena “digitalización”⁴, es que, como se anticipó, han proliferado conflictos multifacéticos de naturaleza individual y colectiva que, entre otras variantes, han involucrado planteos:

- (i) destinados al resguardo de otros derechos fundamentales frente a las normas que impusieron restricciones fundadas en la protección contra el Covid 19;
- (ii) orientados a la protección de la salud frente a los peligros propios del contagio del propio Covid 19;
- (iii) dirigidos a obtener insumos para la inmunización contra el Covid 19;
- (iv) que apuntaron contra las normas limitativas de la libertad am-

³ La “emergencia” o “estado de excepción”, frente a este estado de situación, estaba justificada si se tiene en cuenta que la falta de adopción de las medidas drásticas y oportunas por otros países son la muestra de lo que es no enfrentar en forma previsoramente e inmediata la pandemia. Cfr. COVIELLO, Pedro J., *EDA*, Buenos Aires, núm. 4, abril 2020.

⁴ Al respecto, ver ENRICI, Luciano, “Protección judicial del derecho a la salud en el marco de la pandemia Covid-19”, *El Derecho. Revista de Derecho Administrativo*, núm. 5, mayo 2020.

bulatoria en pos del resguardo del derecho a la salud relacionado con otras enfermedades ajenas al Covid 19.

En todos estos casos, se puso en bajo la lupa judicial el ejercicio de las potestades de la Administración para gestionar las distintas controversias derivadas de la pandemia; y, en muchos casos, la constitucionalidad de las normas dictadas con motivo de aquella.

Cabe referir que la C.I.D.H.⁵, en torno al rol del Estado de la región en estos tiempos, recientemente recordó que, al momento de emitir medidas de emergencia y contención frente a la pandemia del Covid-19, aquellos: "...deben brindar y aplicar perspectivas interseccionales y prestar especial atención a las necesidades y al impacto diferenciado de dichas medidas en los derechos humanos de los grupos históricamente excluidos o en especial riesgo, tales como: personas mayores y personas de cualquier edad que tienen afecciones médicas preexistentes, personas privadas de libertad, mujeres, pueblos indígenas, personas en situación de movilidad humana, niñas, niños y adolescentes, personas LGBTI, personas afrodescendientes, personas con discapacidad, personas trabajadoras, y personas que viven en pobreza y pobreza extrema, especialmente personas trabajadoras informales y personas en situación de calle..."

A su vez, y en cuanto interesa a los fines del presente, la dinámica propia que cada caso comprometía, también en líneas generales, puso en valor las herramientas de tutela urgente de derechos fundamentales que, en la Argentina, como en otros países, se identifican, de manera preponderante, en el proceso de amparo y

⁵ Al respecto ver CIDH, *Pandemia y Derechos Humanos en las Américas*, Res. 1/2020. Ver en <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>. Última visita: 06/09/2021. En lo que interesa, dicho informe también refleja que Las Américas "es la región más desigual del planeta, caracterizada por profundas brechas sociales en que la pobreza y la pobreza extrema constituyen un problema transversal a todos los Estados de la región; así como por la falta o precariedad en el acceso al agua potable y al saneamiento; la inseguridad alimentaria, las situaciones de contaminación ambiental y la falta de viviendas o de hábitat adecuado. A lo que se suman altas tasas de informalidad laboral y de trabajo e ingresos precarios que afectan a un gran número de personas en la región y que hacen aún más preocupante el impacto socioeconómico del Covid 19. Todo esto dificulta o impide a millones de personas tomar medidas básicas de prevención contra la enfermedad, en particular cuando afecta a grupos en situación de especial vulnerabilidad".

en las medidas cautelares (a los que se suma el *habeas corpus*, en el ámbito penal) cuyo origen e importancia para la protección de la salud se abordarán a continuación.

II. EL AMPARO Y LAS MEDIDAS CAUTELARES COMO HERRAMIENTAS DE TUTELA EFECTIVA DEL DERECHO A LA SALUD Y OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA ARGENTINA.

Existe consenso en que el origen del amparo en la Argentina es “pretoriano”, en virtud de dos antecedentes de la CS⁶, los casos “Siri”⁷ (1957) y “Kot”⁸ (1958); el primero marca el nacimiento de

⁶ Al respecto, entre otros, ver MANILI, Pablo L. (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2005, pp.49-55.

⁷ Fallos 239:459. El pleito fue promovido por el Sr. Ángel Siri -director y propietario del diario “Mercedes”- a fin de que se deje sin efecto su clausura y se levantara la consigna policial que se mantenía frente al respectivo local. El fundamento de la petición consistía en vulneración de la libertad de expresión y de trabajo que dicha medida implicaba, en tanto no surgía de la causa cuál era la autoridad que había dispuesto la medida ni sus motivos.

En primera instancia se desestimó dos veces la petición: (i) en una primera oportunidad, como consecuencia de considerar que la acción de hábeas corpus “sólo protege la libertad física o corporal de las personas”; (ii) la segunda, dado que por una comunicación de la comisaría local se habría comprobado la cesación de la medida lo cual desvirtuaba la “actualidad” del planteo.

Luego de que la Alzada confirmara la decisión del juez de primera instancia, el Sr. Siri articuló recurso extraordinario suscitando la intervención de la CS, la que requirió nuevos informes para determinar si subsistía la clausura del diario, lo cual tuvo respuesta afirmativa. En ese contexto que daba cuenta de la restricción infundada y sin sustento en orden de autoridad competente, el máximo tribunal federal consideró que el actor no había interpuesto un habeas corpus sino que se había invocado la violación de la autoridad pública de sus garantías de libertad de expresión y de trabajo tutelados en la CN.

Y sostuvo, por mayoría, en lo que interesa, que: “(...) basta la comprobación inmediata de que una garantía constitucional se halla restringida sin orden de autoridad competente y sin expresión de causa que justifique la restricción, para que aquélla sea restablecida por los jueces en su integridad, aun en ausencia de ley que la reglamente. Las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el sólo hecho de estar consagradas en la Constitución, e independientemente de las leyes reglamentarias”. Asimismo, dejó sentado que: “En consideración al carácter y jerarquía de los principios de la Carta Fundamental relacionados con los derechos individuales, corresponde apartarse de la doctrina tradicional de la Corte Suprema, que relegaba al trámite de los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, la protección de las garantías no comprendidas estrictamente en el hábeas corpus”.

⁸ Fallos 241:291. El precedente tuvo su génesis en un conflicto laboral en cuyo marco los empleados de un establecimiento fabril paralizaron sus actividades ocupando la fábrica, generando

la acción de amparo contra actos de autoridades públicas y el segundo con relación a actos de particulares⁹.

así el planteo por parte del gerente de la empresa actora, quien denunció a los usurpadores ante la comisaría local reclamando la respectiva entrega del inmueble. El Juez competente en materia penal desestimó lo peticionado por el actor por considerar que la ocupación se originó en un conflicto laboral sin vinculación con los términos del art. 2351 del Código Civil. Confirmada que fue la decisión por la Alzada, el actor se presentó ante el tribunal, primero articulando un rechazo extraordinario federal que fue declarado improcedente; a renglón seguido articuló un “recurso de amparo”, fundado en el precedente “Siri” para procurar la desocupación de la fábrica el cual fue también desestimado. Contra esta decisión articuló recurso extraordinario suscitando la intervención de la CS. El alto tribunal federal advirtió que el actor no dedujo recurso de “hábeas corpus”, sino de amparo, invocando los derechos constitucionales de la libertad de trabajo, de la propiedad y de la libre actividad; “o sea, dedujo una garantía distinta a la que protege la libertad corporal y que, a semejanza del hábeas corpus, procura asimismo una protección expeditiva y rápida que emana directamente de la Constitución. Esta Corte lo ha declarado así en la sentencia de fecha 27 de diciembre del año próximo pasado en la causa “Siri Angel” (Fallos, 239:459), con fundamentos que se dan aquí por reproducidos en todo lo pertinente”. Luego, resulta relevante que dejara sentado que: “...si bien en el precedente citado la restricción ilegítima provenía de la autoridad pública y no de actos de particulares, tal distinción no es esencial a los fines de la protección constitucional. Admitido que existe una garantía tácita o implícita que protege los diversos aspectos de la libertad individual (art. 33, Constitución Nacional), ninguna reserva cabe establecer de modo que excluya en absoluto y a priori toda restricción que emane de personas privadas”.

Tuvo en consideración que: “en el ánimo de los constituyentes de 1853, las garantías constitucionales tuvieron como inmediata finalidad la protección de los derechos esenciales del individuo contra los excesos de la autoridad pública. En el tiempo en que la Constitución fue dictada, frente al individuo solo e inerte no había otra amenaza verosímil e inminente que la del Estado. Pero los constituyentes tuvieron la sagacidad y la prudencia de no fijar exclusivamente en los textos sus temores concretos e históricos, sino, más bien, sus aspiraciones y sus designios permanentes y aun, eternos: la protección de la libertad. Esto último es lo que resulta del inequívoco y vehemente espíritu liberal de la ley suprema, aquello otro lo que se comprueba objetivamente en los textos constitucionales mismos. Nada hay, ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita afirmar que la protección de los llamados “derechos humanos” - porque son los derechos esenciales del hombre- esté circunscripta a los ataques que provengan sólo de la autoridad. Nada hay, tampoco, que autorice la afirmación de que el ataque ilegítimo, grave y manifiesto contra cualquiera de los derechos que integran la libertad, lato sensu, carezca de la protección constitucional adecuada -que es, desde luego, la del “hábeas corpus” y la del recurso de amparo, no la de los juicios ordinarios o la de los interdictos, con traslados, vistas, ofrecimientos de prueba, etc.- por la sola circunstancia de que ese ataque emane de otros particulares o de grupos organizados de individuos. Intentar construcciones excesivamente técnicas para justificar este distinguo, importa interpretar la Constitución de modo que aparezca ella amparando realmente no los derechos esenciales, sino las violaciones manifiestas de esos derechos”.

⁹ Con acierto, respecto al caso “Kot”, se ha señalado que: “(...) la Corte avanza sobre los elementos conceptuales de la garantía de amparo, dotando a ésta de un contenido que permite con cierta claridad fijar su ámbito de aplicación: “Siempre que aparezca, en consecuencia, de modo claro y manifiesto, la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de las personas así como el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de

No obstante, vale reconocer que el primer anclaje constitucional o normativo del amparo, en el derecho comparado a nivel continental, se halla en México y en Brasil¹⁰; en la Argentina, la provincia de Santa Fé, a su vez, fue la primera en incorporar el amparo en su Constitución de 1921.

Por su parte, antes de la regulación constitucional del instituto en la Argentina a partir de 1994, a nivel federal hubo una rica historia, no ajena a polémicas en materia de amparo, desde vigencia de un cuestionado Decreto-Ley (n° 16.986 del año 1968), que, en el ámbito federal, lo regula desde pocos años después de su consagración jurisprudencial hasta nuestros días¹¹.

Adicionalmente, de acuerdo a las reglas constitucionales vigentes, nuestro país se encuentra organizado bajo el formato de un Estado federal, en el que coexisten provincias, municipios (dentro de aquellas) y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (C.A.B.A.) con un *status* diverso a las provincias. Todo ello, habilita la vigencia de una carta magna federal conjunta con las constituciones de las veintitrés provincias y de la C.A.B.A.¹².

la cuestión a los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, corresponderá que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la rápida vía del recurso de amparo". A criterio de la Corte, según observamos en el párrafo transcripto, la procedencia de la garantía de amparo para tutelar los derechos procede siempre: a) que la lesión surja de modo "claro y manifiesto", esto es, de forma palmaria, evidente, cierta; b) que de persistirse en la vía ordinaria -jurisdiccional o administrativa- se potencie la lesión sobreviniendo un "daño grave e irreparable" y quedando consumada de esta forma la lesión, y c) la intervención judicial debe ser "inmediata" para restablecer el derecho lesionado" Cfr. MANILI, Pablo L. (coord.), "Derecho Procesal Constitucional...", *op. cit.*, pp. 54-55.

¹⁰ LAZZARINI, José L., *El juicio de amparo*, Buenos Aires, La Ley, 1967, pp. 41-64.

¹¹ No es este el panorama normativo que rige, aclaro, al día de hoy en la Provincia de Buenos Aires como en la C.A.B.A., en tanto las leyes vigentes (la n° 13.928 y la n° 2.145), dictadas más cerca en el tiempo, guardan mayor compatibilidad con los ordenamientos constitucionales correspondientes (art. 20 inc. 2 C.P.B.A. y art. 14 de la Constitución de la C.A.B.A.).

¹² Cfr. art. 5, 121 y 126 C.N.

Bajo esa plataforma, el dictado de los denominados códigos de fondo en materia Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados –sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales– que rigen en todo el territorio nacional es resorte del Congreso de la Nación¹³ y a su vez, las provincias, de acuerdo al diseño constitucional, están facultadas para dictar además de sus códigos procesales y disposiciones adjetivas que imperan en sus respectivos ámbitos –entre ellas las atinentes al amparo y las medidas cautelares–, y en general, las normas que conforman el “derecho público” que, en la Argentina, es de eminente carácter local. Así es que en el derecho local encontramos diversas normas referentes al amparo (por ej., en la Provincia de Buenos Aires, la Ley 13.928 y en la C.A.B.A., la Ley 2.145) más compatibles con el *status* constitucional que adquirió dicha garantía, como se verá a continuación, a partir de 1994.

En efecto, la carta magna federal reformada en 1994, no sólo trajo novedades en torno a la nueva redacción del art. 43 –por la que se “constitucionaliza” expresamente el amparo–, sino también en cuanto a la jerarquización constitucional de los tratados de DDHH (art. 75 inc. 22, CN) en las condiciones de su vigencia.

Por un lado, el texto del citado artículo 43 da cuenta, en su primer párrafo, que: “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva”.

Asimismo, en el párrafo siguiente, consagra el denominado amparo colectivo al establecer la posibilidad de articular esta acción “contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usua-

¹³ Cfr. art. 75 inc. 12 C.N.

rio y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización”¹⁴.

El amparo, además de garantía¹⁵, involucra un tipo de proceso con características –generalmente compartidas en todas las legislaciones locales y federal– que lo convierten en un trámite más bien especial, de acotado conocimiento y con presupuestos de procedencia específicos que, como se acaba de ver, se hallan definidos en el propio art. 43 de la C.N. Por su parte, el amparo constituye, además, una acción y no un recurso¹⁶. La acción de amparo, asimismo, puede contener distintas pretensiones, como pueden ser, entre otras: (i) la de impugnar un acto administrativo o de particulares cuya ilegalidad o arbitrariedad resulte manifiesta, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo; (ii) la de procurar el reconocimiento o restablecimiento de un derecho ya sea por acto, hecho material u omisión que revele las mismas vicisitudes apuntadas; como así (iii) la pretensión de declaración de

¹⁴ Sobre esta cuestión se ha señalado, con acierto, que el amparo “Es un instrumento de singular valía para canalizar judicialmente los derechos fundamentales (obviamente, entre ellos, al derecho a la salud), tanto en sus vertientes de amparo individual, o “clásico” (párr. 1º), como de amparo colectivo (párr. 2º), complementadas –en tanto compatible con la ley fundamental– con la normativa aplicable, según corresponda: 1) de la ley 16.986, contra actos u omisiones de autoridad pública; 2) del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN), contra actos u omisiones de particulares, y 3) de otros subtipos específicos contenidos en normativas sectoriales (v.gr., amparos ambiental, electoral, sindical, por mora de la Administración)”. Cfr. BAZAN, Víctor, *Derecho a la salud y justicia constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2015, p. 23.

¹⁵ Al respecto, ver que el art. 20 inc. 2 de la CPBA califica expresamente al amparo como una garantía.

¹⁶ Su calificación de “recurso”, por ejemplo, surge de la obra de CARRIÓ, Genaro, *Algunos aspectos del recurso de amparo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1959, que ilustra acabadamente gran parte de los antecedentes a la sanción del Dec. Ley 16.986. También lo calificó de “recurso” González Calderón (al respecto, ver GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Curso de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Kraft, 1960, p. 233).

inconstitucionalidad de un precepto normativo en que se funde el acto u omisión lesiva. Dentro del proceso principal de amparo, a su vez, pueden esgrimirse pretensiones de tipo cautelar, por las cuales, por ejemplo, se procuren en el marco de un pleito en que se ventila el derecho a la protección de la salud del actor, que mientras tramita la causa, se anticipe la entrega del medicamento requerido, al darse los recaudos de procedencia de la tutela precautoria.

En referencia al art. 75 inc. 22 CN antes aludido, cabe señalar que los tratados que allí se mencionan¹⁷ y los que, luego de ser aprobados por el Congreso, cuenten con el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara: (i) gozan de jerarquía constitucional; (ii) no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y (iii) deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocido. Tales instrumentos conforman, junto con la primera parte de la CN, el “bloque de constitucionalidad federal”¹⁸.

La C.S.J.N.¹⁹ ha afirmado la consagración del derecho a la preservación de la salud –comprendido dentro del derecho a la vida– a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema) y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento

¹⁷ A saber: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño.

¹⁸ Cfr. Fallos 328:1491, 329:3034, 330:2112, 337:1081, 340:493, 340:1795, 342:2298.

¹⁹ Fallos: 321:1684, 323:3229, entre otros.

las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga.

A su vez, de toda su vastedad, corresponde destacar las disposiciones que guardan conexión con la acción de amparo y otros procesos urgentes, que resultan ser los arts. 8 inc. 1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 2 inc. 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁰, en tanto consagran lisa y llanamente protección judicial mediante un recurso sencillo, rápido y efectivo frente a la violación de los derechos fundamentales de las personas.

En ese contexto, el amparo ha obtenido –por parte de la C.S.J.N. como de los tribunales inferiores federales y locales– plena validación para la tutela del derecho a la salud, a diferencia de lo que sucede en otros casos en los que se encuentran en juego otros derechos constitucionales, quizás de menor jerarquía, en los que, con matices según la jurisdicción, la admisión del amparo como vía procesal idónea presenta mayores resistencias en el terreno judicial.

Así, el máximo tribunal del país ha dejado establecido que el amparo es el procedimiento judicial más simple y breve para tutelar real y verdaderamente los derechos consagrados en la Ley

²⁰ El art. 8 de la CADH dispone que: “toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial...”. Por su parte, el art. 25. Inc. 1 de la CADH, consagra el derecho de toda persona “... a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención...”.

Por su parte, concordantemente, el art. 2 inc. 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, prevé que: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial; c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

Fundamental y que tiene por objeto una efectiva protección de derechos y resulta imprescindible ejercer esa vía excepcional para la salvaguarda del derecho fundamental de la vida y de la salud.²¹

También las medidas cautelares son herramientas relevantes del sistema jurídico en orden a la efectiva protección del derecho a la salud, incluso, en el ámbito de procesos, por esencia, breves como el amparo o el trámite sumarísimo previsto por los ordenamientos procesales nacional y locales en materia civil y comercial.

Tales dispositivos se encuentran regulados en las propias leyes de amparo, en los códigos procesales civiles y comerciales vigentes a nivel nacional (arts. 195/237 C.P.C.C.N., Ley 17454 y modif.) y local, o, de corresponder, de acuerdo con la naturaleza o materia de la cuestión litigiosa, en la Ley de medidas cautelares en las causas en las que es parte o interviene el Estado Nacional (Ley 26.854) o en los ordenamientos procesales contencioso administrativos que rigen a nivel provincial.

Los recaudos genéricos de procedencia de las medidas cautelares que los ordenamientos procesales aplicables en materia civil y comercial exigen para su dictado (vgr. verosimilitud del derecho y peligro en la demora, cfr. art. 230 C.P.C.C.N.), en el terreno contencioso administrativo se ven complementados por la “no afectación del interés público” (art. 13 Ley 26.854). En el análisis de procedencia de las medidas, no sólo debe sopesarse la concurrencia de los requisitos de verosimilitud del derecho y del peligro en la demora, sino que además es dable efectuar un prudente balance de los mismos, de forma tal de ponderar la configuración de cada uno aminorando en su caso, el rigor en la nitidez de la presencia de cualquiera de ellos cuando la del otro luce incontrovertible. Tal abordaje equilibrado de los presupuestos de las cautelares cobra especial significancia en cuestiones ligadas al derecho a la salud, en las que suele acentuarse el peso del peligro en la demora en virtud de la urgencia que, por lo general, aquellas ven comprometida ese tipo de casos. En ese sentido, se ha considerado que el

²¹ Fallos: 329:2552, Fallos: 326:4931, entre otros.

peligro en la demora, como requisito para el dictado de una medida cautelar relacionada con cuestiones atinentes a la salud de las personas, resulta suficientemente acreditado con la incertidumbre y la preocupación que tales situaciones generan en la persona que las peticiona²².

Otro instrumento que tiene valía de cara a la protección de la salud son las denominadas medidas “autosatisfactivas”.

Tales procesos han sido concebidos como soluciones urgentes, no cautelares, despachables *in extremis*, que procuran aportar una respuesta jurisdiccional adecuada a aquellas situaciones que reclaman una pronta y expedita intervención del órgano judicial cuya característica esencial radica en que su vigencia y mantenimiento no dependen de la interposición coetánea o ulterior de una pretensión principal. Su concesión constituye una suerte de decisión de mérito sobre cuestiones que no hallarán otro espacio para su debate. En ese sentido se ha dicho que la medida autosatisfactiva concede una tutela definitiva e irreversible, en una actuación autónoma que –debido a la propia naturaleza del pedimento incoado– se agota en sí misma, que no es accesoria, ni está subordinada a otro proceso. Ella se da en el marco de un proceso urgente, en el cual el órgano jurisdiccional, al satisfacer la pretensión que le diera nacimiento, cumple acabada y totalmente con su obligación pública de prestar el servicio de justicia, obligación que también se extingue en el caso, cerrándose el proceso con aquella sentencia definitiva e irreversible y, por ende, con autoridad de cosa juzgada. Consecuentemente, dado que su concesión implica el dictado inmediato de la sentencia de mérito, deben ser justipreciadas con un criterio sumamente restrictivo, por lo que nos encontramos ante un proceso autónomo de neto carácter excepcionalísimo. Su dictado está sujeto a la existencia de una fuerte probabilidad de que el derecho del postulante sea atendible –casi certeza– y no a

²² Cfr. Cámara Federal Civil y Comercial, Sala I, causas n° 6655/98, res. del 7/5/99, n° 436/99 res. del 8/6/99, n° 7208/98 res. del 4/11/99, n° 1830/99 res. del 2/12/99 y n° 1056/99 res. del 16/12/99, entre muchas otras.

la mera verosimilitud con la que se contentan las diligencias por lo que, en aquellos casos en los que la dilucidación del derecho esgrimido por el accionante requiera de un cierto grado de verificación probatoria, la vía autosatisfactiva resultará inadmisibile. A lo dicho, debe adicionarse la existencia de una situación de urgencia impostergable, caracterizada por la concurrencia de un peligro serio y concreto que comprometa intrínsecamente de modo palmario, notorio y ostensible la subsistencia del derecho pretendido si se demora en la decisión; en otras palabras, la llamada “irreparabilidad del perjuicio” que se derivaría de canalizar el reclamo por las vías procesales existentes²³.

La medida “autosatisfactiva”, más allá del carácter excepcional antes señalado, ha tenido favorable andamiaje en la jurisprudencia vinculada a la protección del derecho a la salud²⁴.

En definitiva, la tutela efectiva del derecho a la salud, por su íntima ligazón con el derecho a la vida, más que para otros derechos, se caracteriza por la necesidad de dar pronta –y en reiteradas ocasiones– inmediata protección a quien lo invoque y requiera. En ese sentido, se exige tanto de la Administración (prestadora o en ejercicio del poder de control de los efectores privados) como del Poder Judicial dar oportunas soluciones a las controversias que se plantean en esta materia, incluso anticipando decisiones por vía cautelar, para evitar situaciones críticas o irreversibles.

Este marco de situación típico de los conflictos en materia de derecho a la salud, trazado por la urgencia, le asigna una impronta particular caracterizada por la necesidad de intensificar la celeridad de los procedimientos, y procesos y, en ocasiones, de flexibili-

²³ Cfr. Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de Mar del Plata, causa n° 3694, sent. del 13/12/12, ver además Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de San Martín, causas n° 3043 del 12/3/12, n° 3653, del 13/5/13, núm. 3646 del 9/5/13, entre otras.

²⁴ Al respecto ver TANZI, Silvia Y. y PAPILÚ, Juan M., *Juicio de amparo en salud*, Buenos Aires, Hammurabi, 2018, pp. 328-335, CARRANZA TORRES, Luis R., *Protección Jurídica de la Salud*, Córdoba, Alveroni, 2013, p. 328. BARRAZA, Javier I. y BARRAZA, Luis J., “Las medidas de urgencia y el derecho a la salud”, *LLBA*, núm. 39, 2009, entre otros.

zar la rigidez de estos últimos procurando siempre armonizar las prerrogativas procesales de las partes en cada controversia.

Así lo ha dejado sentado la Corte Suprema de Justicia de la Nación al sostener que: “Cuando se trata de amparar los derechos fundamentales a la vida y la salud, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conllevan las pretensiones, para lo cual deben encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela de orden constitucional (...)”²⁵.

Las herramientas descriptas integran la tutela efectiva de derechos el marco de los procesos judiciales disponibles²⁶ y, como se verá a continuación, han resultado plenamente hábiles para instar el control judicial de legalidad y de razonabilidad (art. 28, 99 inc. 2 CN) de los comportamientos estatales y de las normas derivadas del estado de pandemia por Covid 19 en su confronte con la vigencia de los derechos fundamentales consagrados en el propio ordenamiento constitucional.

III. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES

Sin pretender agotar la casuística relacionada con el tema propuesto, dados los innumerables antecedentes judiciales que se han registrado en cuestiones ligadas al Covid 19, a continuación, se identifican algunos de ellos, agrupados por el objeto del planteo, a fin de ilustrar sobre las problemáticas derivadas de la pandemia y los medios procesales empleados.

²⁵ Fallos 311:563 y, en sentido similar, ver Fallos: 327:2413 y 336:2333.

²⁶ Fallos, 324:4185, art. 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires. Ver además, CASSAGNE, Juan C., *Los grandes principios del derecho público constitucional y administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 446 y ss.; PERRINO, Pablo E., “El derecho a la tutela administrativa efectiva”, en *El derecho administrativo*, hoy, 16 años después, Buenos Aires, R.A.P., 2013, p. 78 y ss.

A) PLANTEOS DESTINADOS AL RESGUARDO DE DERECHOS FUNDAMENTALES FRENTE A LAS NORMAS QUE IMPUSIERON RESTRICCIONES FUNDADAS EN LA PROTECCIÓN CONTRA EL COVID 19

Tal como se anticipó en la introducción, resulta una realidad incontrastable que las medidas de restricción justificadas en la pandemia afectaron derechos fundamentales (además de la protección de la salud) generando la promoción de conflictos en sede judicial –con suerte dispar– en procura de obturar los efectos de aquellas en resguardo, principalmente, de la libertad de tránsito y el ejercicio de industrias lícitas “no exceptuadas” y de la educación presencial.

Así es como, se decidió, en el marco de un *habeas corpus*, confirmar la constitucionalidad del Decreto de Necesidad y Urgencia n° 297/2020 que dispuso el “aislamiento social, preventivo y obligatorio”, luego de rechazar una acción de hábeas corpus interpuesta por un abogado que se consideraba afectado en su derecho a transitar libremente²⁷.

En el mismo sentido²⁸, se rechazó *in limine* el amparo, y la consecuente pretensión de inconstitucionalidad de las normas por las que, fundadas en la pandemia, se restringieron actividades “no esenciales” (en la especie, cría de caballos y ejercicio de la abogacía) por considerarse que las medidas cuestionadas no configuraban actos manifiestamente ilegales o arbitrarios, en el contexto sanitario derivado de la pandemia.

²⁷ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala Habeas Corpus, causa “Kingston, Patricio s/ hábeas corpus”, sent. del 21/03/2020. El fundamento radica, sustancialmente, en que no existía otro medio para evitar que se propague el Covid 19 en aras a la preservación de la salud pública que justifica las restricciones a la libertad ambulatoria.

²⁸ Juzgado en lo Contencioso Administrativo n 1 de San Isidro, causa n° 61344, sent. del 8/06/2020.

Más recientemente, en otro caso²⁹, se confirmó el rechazo de la acción de amparo por el que se procuraba la inaplicabilidad e inconstitucionalidad de la Decisión Administrativa N° RESOC-2021-192-GDEBA-MJGM, en tanto y en cuanto la misma disponía que las personas que ingresaran al territorio nacional entre el 1° julio y el 31 de agosto del 2021, debían realizar la cuarentena establecida en un hotel a designar y asumir el costo de la estadía.

Otra cuestión que ha sido abordada en sede judicial es la situación de los varados en el exterior que veían obstaculizado su derecho al ingreso al país.

En ese derrotero se registraron antecedentes desestimatorios de habeas corpus promovidos ciudadanos argentinos que intentaban ingresar al país por un paso fronterizo³⁰.

En otro caso de tintes similares, pero decidido en el fuero contencioso administrativo federal, se señaló que si bien asistía a la accionante el derecho a ingresar al territorio argentino, del cual es nacional, el derecho que invoca a la “urgente repatriación a la República Argentina” mediante el traslado desde la ciudad de Madrid a cargo del Estado Nacional, no se configura con la patencia requerida para el otorgamiento de una medida cautelar a esos efectos, a la vez que luce contrario al interés público implicado –art. 14, inc. d, ley 26.854– debido a la situación de emergencia sanitaria decretada por la propagación del virus COVID-19³¹.

En otros casos, los varados acreditaron un contexto de subsistencia crítica por la imposibilidad de ingreso. Así, un tribunal de

²⁹ Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de San Martín, causa n° 9212, sent. del 18/08/21. En lo que interesa, el tribunal no advirtió manifiestamente ilegal y/o arbitraria, ni tampoco inconstitucional la medida impugnada, sobre todo ponderando el contexto en el que ha sido dictada.

³⁰ Cámara Federal de Casación Penal, Sala de FERIA, causa FCT 3310/2020/CFC1, sent. del 26/01/2021.

³¹ Juzgado Federal en lo Contencioso Administrativo n° 3, causa n° 9782/2020, sent. del 10/04/2020.

alzada³² confirmó la medida cautelar por la que se obligó al Estado argentino a que haga entrega a los accionantes, hasta tanto se proceda a su repatriación desde el Reino de España, de una bolsa de alimentos en forma semanal, abone el alojamiento y contrate un seguro de salud a su nombre debe confirmarse, pues surgía de las constancias que aquellos estarían imposibilitados de solventar los gastos básicos necesarios para su subsistencia, configurándose de esta manera una situación de vulnerabilidad en los términos del “Programa de Asistencia de Argentinos en el Exterior en el Marco de la Pandemia de Coronavirus”, creado por la res. 62/20 del MRE.

Por su parte, en lo que respecta al acceso de ciudadanos al territorio de una provincia (en el caso, la de Formosa) resulta relevante señalar que la C.S.J.N.³³ ha intervenido en el marco de un amparo colectivo ordenando a la provincia demandada a que arbitre los medios necesarios de modo de garantizar el efectivo ingreso al territorio provincial, con cumplimiento de las medidas sanitarias que estime pertinentes, de todos los ciudadanos que lo hayan solicitado, dentro del plazo máximo de quince días hábiles a partir del día de la fecha, ajustando el programa a las pautas

³² Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Sala II, en autos “S., J. M. c. Agencia Nacional de Discapacidad s/ Amparo Ley”, sent. del 2/05/20. La Ley online. Cita online: AR/JUR/14938/202. Última visita: 4/09/2021. Asimismo, en sentido similar ver Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Sala I, en autos “T., Juan José c/ Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y de Culto s/ Amparo Ley 16.986”, sent. del 2/05/20.

³³ CSJN Fallos: 343:1704. También sostuvo el tribunal, en lo que interesa, que La Constitución Nacional -arts. 8° y 14- y los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, tanto la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos con jerarquía constitucional, -incisos 1° de sus artículos 22 y 12, respectivamente-, reconocen el derecho de toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado a circular libremente por él; y si bien el ejercicio de dicho derecho puede ser restringido en virtud de una ley cuando sea necesario para proteger, entre otras cosas, la salud pública, lo cierto es que las restricciones deben ser compatibles con los demás derechos reconocidos en esos pactos (incisos 3° de los artículos 12 y 22 citados).

constitucionales, dadas en los considerandos de la sentencia. Entre otros fundamentos relevantes, para así decidir, consideró que si bien no pueden desconocerse las facultades con las que cuenta la Provincia de Formosa para establecer en su territorio las medidas de prevención que considere adecuadas en el contexto de la particular situación de emergencia sanitaria de efectos mundiales que está transcurriendo, dichas potestades deben ejercerse de modo razonable y respetando siempre estándares constitucionales.

A su turno, en otro antecedente, ligado al ingreso de un ciudadano de una localidad a otra distinta en la que reside (dentro de una misma provincia), también en el marco de un proceso de amparo³⁴, se confirmó la medida cautelar solicitada por la amparista y, en consecuencia, ordenó a la municipalidad demandada a que arbitre los medios pertinentes para permitir el ingreso a dicha ciudad a la actora, siempre y cuando: (i) al momento de trasponer dicho límite, posea el certificado único habilitante para circulación-COVID 19 (de conformidad a lo dispuesto en artículo 6° del decreto del Poder Ejecutivo Nacional n° 297/20 y en las Decisiones Administrativas Nros. 429/20, 450/20, 490/20, 524/20, 703/20 y 810/20, 605/20 o los que en posterioridad se dicten), pudiendo solicitar la autoridad Municipal sobre la peticionante, aquellos controles necesarios para confirmar o no, la presencia de un caso sospechoso de Covid 19; (ii) el acceso obedezca a la realización de alguna actividad dentro de las dispensadas en la ciudad –en tanto demuestren puntos de conexión referidos a propiedades, razones laborales, médicas y/o actividades exceptuadas que requieran de su circulación–.

Finalmente, en lo atinente a la afectación a la educación por parte de medidas fundadas en el Covid 19, no puede pasarse por alto la decisión de la C.S.J.N.³⁵, en el que concluyó que existió una

³⁴ Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de Mar del Plata, causa A-10114, sent. del 6/10/2020.

³⁵ CSJN causa “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” -originario, CSJ 567/2021, sent. del

violación de la autonomía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires por parte del Poder Ejecutivo Nacional en el dictado del Decreto 241/21 por el que se suspendió el dictado de clases presenciales y de las actividades educativas no escolares presenciales en todos los niveles y en todas sus modalidades, por un período de tiempo, en la denominada Área Metropolitana de Buenos Aires (A.M.B.A., que incluye territorialmente a la C.A.B.A.).

B) PLANTEOS ORIENTADOS A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD FRENTE A LOS PELIGROS PROPIOS DEL CONTAGIO DEL COVID 19

Este tipo de conflictos han sido sustancialmente promovidos por los trabajadores³⁶ calificados como “esenciales” que estuvieron exceptuados de las normas de aislamiento social preventivo y obligatorio, a través de procesos urgentes como el amparo y medidas cautelares.

A modo de ejemplo, en un caso³⁷, se admitió la medida cautelar solicitada por trabajadores de la salud de un hospital público, al ordenarse al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires –GCA-BA– que dé estricto cumplimiento a la entrega de los Equipos de

4/05/2021. Entre los diversos fundamentos esbozados en el voto de los Jueces Maqueda y Rosatti, se destaca que: “Las alegaciones ensayadas por el Estado Nacional sobre la cantidad de personas que utilizaron el transporte público de manera coincidente con el inicio de las clases presenciales, la circulación masiva de personas entre el Gran Buenos Aires y la Ciudad de Buenos Aires, o el aumento de la proporción de casos de COVID-19 en personas de trece a dieciocho años y de veinte a veintinueve años, sin mayores explicaciones sobre la particular incidencia relativa de la educación presencial en la propagación del COVID-19, no alcanza para justificar el ejercicio de una competencia sanitaria federal –suspensión de clases educativas presenciales - que incide de manera tan drástica en la modalidad de la enseñanza porteña–” (consid. 19”).

³⁶ O por sus respectivas entidades gremiales que cuentan con legitimación en los términos de la Ley 23.551 (art. 31).

³⁷ Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo de Feria, “Cáceres, Carolina Alejandra c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ medida cautelar”, sent. del 1/4/20, La Ley online. Cita online: AR/JUR/6674/2020. Última visita: 5/09/2021.

Protección Personal para aquellos bajo apercibimiento de *astreintes*; asimismo se ordenó a la empresa aseguradora de riesgos de trabajo contratada a que arbitre los medios de prevención y control necesarios, en idéntico plazo, bajo idéntico apercibimiento. Para así decidir, se entendió que el fundamento de la pretensión cautelar urgente, de parte del personal de salud de un hospital de la Ciudad de Buenos Aires de tener el equipo necesario para evitar el contagio de Covid 19, se apoya en el deber de prevenir que se encuentra en cabeza del empleador como así en el derecho a la salud que le asiste a los actores tutelado en diversos tratados de derechos humanos.

En sentido similar, en el marco de una medida cautelar autónoma³⁸ promovida por una asociación gremial del sector de la educación, se ordenó al G.C.A.B.A. a que, de manera inmediata, adopte las medidas necesarias para prevenir el contagio de los y las docentes exceptuados del aislamiento social, preventivo y obligatorio. Asimismo, ordenó a la accionada a proporcionar adecuada protección y a proveer los elementos de protección necesarios para evitar el contagio del Covid 19 de acuerdo a la actividad y tarea a desarrollar por cada trabajador; como así a la empresa aseguradora de riesgos de trabajo contratada, a dar cumplimiento a las normas de higiene, seguridad, control y supervisión del empleador en los términos de la ley 24.557 (de riesgos de trabajo).

A su vez, en otro antecedente de matriz diversa a los recién apuntados³⁹, se revocó al denegatoria de una medida cautelar de-

³⁸ Juzgado en lo Contencioso-administrativo y Tributario n° 13 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “Unión de Trabajadores de la Educación Capital c. GCBA y otros sobre medida cautelar autónoma”, sent. del 10/4/20.

³⁹ Cámara en lo contencioso Administrativo de La Plata, causa n° 25621, sent. del 30/06/2020. Del voto de la mayoría del tribunal se extrae que las circunstancias planteadas en la demanda, tornaban necesaria la adopción de medidas no sólo paliativas sino principalmente y en especial de tinte preventivas, con carácter urgente, en salvaguarda de la integridad de la población de mayor riesgo ante el virus y del equipo de salud que la asiste. Agregó que: “La CIDH manifiesta su preocupación por la situación de vulnerabilidad de más de 76 millones de personas mayores

cida por el juez de grado, y el tribunal de alzada, en consecuencia, ordenó al Ministerio de Salud provincial a que en el plazo de cinco (5) días, arbitre las medidas necesarias para asegurar el suministro a un establecimiento geriátrico en el que se encontraba internada la madre quien promovió la acción, de “Test rápidos preventivos de serología para la misma así como para los restantes ancianos allí alojados, y el personal que desempeña labores en dicho establecimiento, con la periodicidad necesaria para monitorear el estado de salud de las personas involucradas, según los protocolos técnicos específicos, hasta tanto se dicte sentencia en autos; suministrando los Test de PCR por hisopado de resultar ello procedente según el resultado que arrojaran los primeros”.

C) PLANTEOS DIRIGIDOS A OBTENER INSUMOS PARA LA INMUNIZACIÓN CONTRA EL COVID 19

Una vez implementados los programas de vacunación contra el Covid 19 –por parte de los gobiernos locales, pero con provisión de vacunas por parte del Estado Nacional–⁴⁰, se han verificado

que viven en la región, la cual se ha visto seriamente agravada por el COVID-19, debido a un nivel de riesgo mayor, por su susceptibilidad al contagio. En este contexto, a la CIDH le preocupan profundamente los altos índices de infección, ingresos en hospitales y mortalidad de personas mayores registrados en el último mes. La Comisión urge a los Estados a garantizarles el derecho a la salud física y mental, adoptando las medidas necesarias a fin de prevenir los contagios, en todos los ámbitos y particularmente en residencias de largo plazo, hospitales y centros de privación de libertad. Para ello deben priorizarles el acceso a las pruebas de COVID-19”.

⁴⁰ En ese sentido, en aras de ilustrar el esquema normativo de la vacunación por Covid 19 en Argentina, cabe señalar que mediante el dictado del Decreto N° 260/20 se amplió en Argentina por el plazo de un (1) año la emergencia pública en materia sanitaria establecida por la Ley N° 27.541 en virtud de la pandemia de COVID-19 declarada con fecha 11 de marzo del 2020 por la Organización Mundial de la Salud (OMS). El mismo fue prorrogado hasta el día 31 de diciembre de 2021 mediante el Decreto N° 167/21. En ese marco, mediante el Decreto N° 132/20, ratificado por la Ley N° 15.174, se declaró en la Provincia la emergencia sanitaria a tenor de la enfermedad causada por el coronavirus, por el término de ciento ochenta (180) días a partir de la fecha de su dictado, prorrogada por Decreto N° 771/20 y luego por Decreto N° 106/2021, en ambos casos, por idéntico plazo. Por su parte, por la Ley Nacional N° 27.491 se considera a la vacunación como una estrategia de salud pública preventiva y altamente efectiva y la considera como bien social, sujeta a principios de gratuidad, interés colectivo, disponibilidad y amplia participación, declarándola

de interés nacional. Asimismo, por la Ley Nacional N° 27.573 se declaró de interés público la investigación, desarrollo, fabricación y adquisición de las vacunas destinadas a generar inmunidad adquirida contra el Covid 19 en el marco de la emergencia sanitaria con el objetivo de asegurar la cobertura de la población con vacunas seguras y eficaces contra esta enfermedad. Vale recordar que la Organización Mundial de la Salud recomienda la vacunación contra el Covid19 como una herramienta de prevención primaria fundamental para limitar las consecuencias sanitarias y económicas de la pandemia. En dicho contexto, con el objetivo de disminuir la morbilidad, la mortalidad y el impacto socioeconómico causados por la pandemia de Covid 19 en la Argentina, a partir de la vacunación de la totalidad de la población objetivo en forma escalonada y progresiva, de acuerdo con la priorización de riesgo y la disponibilidad de dosis de vacunas, el Ministerio de Salud de la Nación -como organismo rector del sistema de sanitario nacional- aprobó mediante Resolución N° 2883/20 el “Plan Estratégico para la vacunación contra la Covid-19 en la República Argentina”. A través de la mentada resolución, el Ministerio de Salud de la Nación resolvió -en su artículo 4°- invitar “a todas las jurisdicciones provinciales y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a realizar las gestiones que sean necesarias para llevar adelante las acciones de planificación interna, a fin de atender los aspectos relacionados con la logística, distribución, recursos humanos, sistema de información, registro, monitoreo, supervisión y evaluación, como así también las acciones de vigilancia sobre la seguridad de la vacuna, a fin de implementar el Plan Estratégico para la Vacunación contra la COVID-19 de manera eficiente”.

A su vez, dicha cartera nacional provee, sin cargo y a todas las jurisdicciones, las vacunas que se encuentren debidamente autorizadas para su uso y de acuerdo a la disponibilidad de las mismas en el territorio nacional, como así también jeringas, agujas, descartadores y carnets de vacunación y respecto a su implementación establece: “En el nivel jurisdiccional, los ministerios de salud provinciales serán los responsables de la conducción la implementación de la estrategia (...) Cada provincia debe elaborar un plan de acción que incluya la planificación por componente, organización, ejecución y evaluación de la introducción de la vacuna contra SARS-CoV-2, según objetivos”. Por su parte, en la provincia de Buenos Aires, mediante el Decreto N° 41/21, se designó al Ministerio de Salud como autoridad sanitaria responsable de llevar adelante la campaña de vacunación en la Provincia de Buenos Aires, en el marco del citado Plan Estratégico para la vacunación contra la COVID-19 en la República Argentina. Así en el artículo 2 se estableció: “Encomendar al Ministerio de Salud la elaboración del plan de acción que incluya la planificación por componente, organización, ejecución y evaluación de la introducción de la vacuna contra SARS-CoV-2, según objetivos. El plan deberá consolidar las acciones por municipios y tendrá que considerar: 1. Análisis e identificación de la población objetivo según condiciones de riesgo. 2. Elaboración de estrategias individualizadas acordes a la población a vacunar, para realizar un abordaje integral e intensivo”. En ese marco, el Ministerio de Salud de la Provincia, mediante Resolución n° 629/21, aprobó el “Plan Público, Gratuito y Oportivo de Vacunación contra el Coronavirus en la Provincia de Buenos Aires “Buenos Aires Vacunate”, a fin de llevar adelante la campaña de vacunación en la provincia de Buenos Aires, en el marco del citado “Plan Estratégico para la vacunación contra la Covid-19 en la República Argentina”, aprobado por Resolución N° 2883/2020 del Ministerio de Salud de la Nación, que tiene como objeto disminuir la morbi-mortalidad por COVID-19 en la provincia de Buenos Aires. Del sitio oficial “<https://vacunatepba.gba.gov.ar>” surge que: “El plan provincial de vacunación gratuito, público y oportivo contra el coronavirus tiene como objetivo vacunar a toda la población mayor de 18 años. La vacunación se llevará a cabo en etapas de acuerdo a los grupos establecidos. En una primera etapa se priorizará a los grupos con mayor vulnerabilidad frente al virus, mayor exposición o por las funciones estratégicas que tengan: Personal de salud; Otras poblaciones estratégicas definidas por las jurisdicciones y la disponibilidad de dosis; Adultos de 60 años y más; personas mayores residentes en hogares de larga estancia; Personal docente y no docente (inicial, primaria y secundaria); Fuerzas armadas, de seguridad y personal de servicios penitenciarios; Personas entre 18 y 59 años de alto riesgo de presentar formas graves de la enfermedad (con enfermedades como: enfermedad cardiovascular preexistente, diabetes mellitus, enfermedad

ciertos casos en los que se procuró obtener los insumos para su adecuada inmunización frente a invocadas omisiones o demoras en la administración de las dosis de acuerdo con los parámetros temporales de aplicación.

Así es como se registraron casos en los que se ordenó, por vía de medidas cautelares (en el marco de procesos ordinarios o amparos)⁴¹ como así en el contexto de las medidas denominadas “autosatisfactivas”⁴², la provisión de segundas dosis de las vacunas disponibles frente al vencimiento del plazo que debía mediar entre la primera y la segunda aplicación, en base a los parámetros sanitarios asumidos por las propias autoridades.

En estos casos, además de verificarse la expiración del plazo entre la primera dosis y la segunda faltante, se tuvo en consideración que los actores se encontraban comprendidos en los denominados “grupos de riesgo”.

D) PLANTEOS DIRIGIDOS CONTRA LAS NORMAS LIMITATIVAS DE LA LIBERTAD AMBULATORIA EN POS DEL RESGUARDO DEL DERECHO A LA SALUD RELACIONADO CON OTRAS PATOLOGÍAS AJENAS AL COVID 19

Constituye un hecho notorio que el estado de situación sanitaria derivado del Covid 19 y las restricciones dispuestas en su consecuencia, han incidido negativamente en la concreción de tratamientos y prácticas médicas ligadas a patologías o dolencias preexistentes a la pandemia en gran parte de la población.

pulmonar crónica, enfermedad renal crónica o obesidad con IMC mayor 35)”.

⁴¹ Al respecto, ver Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de San Martín, causas n° 8937, res. del 03/05/2021, n° 9026 res. del 31/05/2021, entre otras. Ver además, Juzgado Federal en lo Contencioso Administrativo n° 6, causa n° 2490/2021, res. del 27/04/2021.

⁴² Al respecto, ver Juzgado en lo Contencioso Administrativo n° 2 de San Isidro, causa n° 28844, sent. del 21/07/2021.

En algunos casos ha intervenido el poder judicial debiendo efectuar un prudente balance entre los riesgos derivados del franqueo a las restricciones dispuestas por el Covid 19 (vgr. propagación de la pandemia) y los propios de su cumplimiento (vgr. agravamiento del cuadro de salud preexistente en virtud del aislamiento).

Así es como, en un supuesto concreto⁴³, en el marco de una medida cautelar autónoma, se resolvió que, pese al aislamiento dispuesto por las normas dictadas como consecuencia del Covid 19, la autoridad pública competente debía extender, para un niño que padece autismo severo y precisaba realizar una caminata diaria fuera de su residencia, un salvoconducto para desplazarse en las cercanías de su domicilio y en un radio específico, durante todos los días, en el horario de 10 a 12 horas, acompañado por un adulto responsable, en principio su padre o su madre, quienes tenían el deber jurídico específico de preservar en todo momento la distancia del menor con respecto a cualquier otra persona (no inferior a dos metros), dado que de lo contrario tendría tendencia a la autolesión y también podría lastimar a su entorno familiar.

Otros planteos, por vía de amparo, meramente fundados en la afectación de la libertad ambulatoria entre otras⁴⁴, sin acreditarse

⁴³ Juzgado en lo Contencioso-administrativo y Tributario n° 10 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “Asesoría Tutelar CAyT nro. 2 c. GCBA s/medida cautelar autónoma”, sent. del 22-3-20, cita online: AR/JUR/3348/2020. Última visita: 5/09/2021.

⁴⁴ Al respecto ver Juzgado en lo Contencioso Administrativo n° 1 de San Isidro, causa n° 61399, sent. del 3/06/2020, en la que se rechazó in limine el amparo por el que se procuró “hacer cesar o disminuir la lesión física, emocional y psicológica que generan las medidas de aislamiento social, preventivo y obligatorio dispuestas por el DNU 297/20 y prorrogadas por los DNU 325/20, 355/20, 408/20, 459/20 y 493/20 y, también, la suspensión dispuesta en el DNU 282/20 dictado por el Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, en tanto su artículo 6to. dispone suspender las salidas de esparcimiento dispuestas por el artículo 8vo. del Decreto del PEN nro. 408/20, ello con la finalidad de proteger la salud pública, considerando la cantidad de habitantes de los distintos municipios de la Provincia de Buenos Aires”. La actora había peticionado, además, como medida cautelar la inmediata habilitación de salidas de esparcimiento diarias para sus hijas, cumpliendo con los pro-

un estado de enfermedad agravado por el aislamiento, en los que se petitionó la inconstitucionalidad de las normas por las que se impusieron las respectivas restricciones, no tuvieron igual suerte positiva.

IV. CONCLUSIONES

Como se ha podido apreciar, la jerarquía el derecho a la vida como a la salud pública –en jaque por la pandemia– habilitó ciertas restricciones a las libertades básicas, bajo ciertos límites y principios constitucionales insoslayables, que deben ser respetados en el marco del Estado de derecho.

El funcionamiento del servicio de justicia, en Argentina, si bien se ha visto trastocado en su funcionamiento a causa de la pandemia, ha optimizado la implementación de recursos tecnológicos disponibles para abordar las cuestiones urgentes inherentes a conflictos derivados del Covid 19⁴⁵. De ello dan cuenta los diversos precedentes analizados que no son más que un pequeño botón

tocolos indicados. De los fundamentos del fallo se extrae la falta de afectación ostensible, por parte de las normas citadas, del derecho a la igualdad (art. 16 CN) y de la garantía de razonabilidad (art. 28 CN) invocados. Se sostuvo, en ese sentido, que: “una norma no es arbitraria esto es, carente de sustento y por ese conducto, no es irrazonable -si lo razonable es lo opuesto a lo arbitrario-, cuando está motivada en los hechos y circunstancias que la impulsaron y fundada en el derecho vigente. La apreciación y ponderación de cuál es el mejor medio para alcanzar los fines pretendidos -protección de la salud de la población- en cualquier situación, pero máxime en una emergencia sanitaria de la magnitud que estamos atravesando -pandemia mundial-, es una atribución propia de los poderes políticos, sobre la cual sería imprudente un avance del poder judicial. Lo contrario conllevaría a sustituir los criterios del Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires acerca de las políticas públicas que deben instrumentarse por la opinión de un Magistrado”.

⁴⁵ Al respecto ver, el informe elaborado por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires titulado: “El servicio de la administración de justicia en el contexto de la pandemia. Medidas implementadas en la emergencia”. Disponible en: <<https://www.scba.gov.ar/descargas/contextopandemia/informegestion.pdf>> (4/09/2021).

de muestra de un universo mayor de fallos cuyo abordaje puntual desborda con creces los límites de este trabajo.

En este contexto, es que se puede apreciar que los conflictos generados con motivo de las normas limitativas de derechos fundamentales con motivo del Covid 19 han sido en su mayor parte promovidos -y en gran medida receptados- en base a procesos urgentes. Es que el estado de situación imperante desde marzo de 2020, en ciertos casos, como se ha visto, apuntaló con mayor vigor la adopción de medidas urgentes y condujo, en reiteradas ocasiones a flexibilizar la rigidez de ciertas directrices procesales para la oportuna salvaguarda de tales derechos.

Lo relevante es que, en el marco del sistema republicano (cfr. art. 1 CN) tales dispositivos (amparo, medidas cautelares, “auto-satisfactivas”, habeas corpus), han resultado idóneos para instar el control judicial sobre los comportamientos de la administración.

Como bien afirmó la C.S.J.N.⁴⁶ todas las medidas que los Estados adopten para hacer frente a la pandemia y puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos.

Y a tales fines, el control jurisdiccional de la Administración Pública -en la especie, suscitado a través de procesos urgentes en la pandemia- constituye uno de los rasgos esenciales del Estado de Derecho y, quizá, uno de los más relevantes en tanto posibilita la vigencia pragmática de otros de los caracteres inherentes al mismo. Si existe un control efectivo, regirán plenamente los principios de juridicidad y de separación de funciones, redundando en un consecuente mayor respeto de las libertades y derechos constitucionales de las personas.

⁴⁶ Fallos 343:1704.