



RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y PANDEMIA

DR. AIDILIO GUSTAVO FABIANO

VOCAL DE LA CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE SANTA FE - SALA I



El juzgamiento de la responsabilidad del Estado frente a la situación de emergencia como consecuencia de la pandemia de COVID-19 (que ha obligado a los Estados a tomar una serie de medidas de urgencia, dentro de las cuales se analizan en particular la atención de la salud y las restricciones a la libre circulación, aunque los principios resultarían aplicables a muchas otras), no puede llevarse a cabo bajo los parámetros corrientes, por lo que los factores de atribución aplicables deben ser ponderados bajo las excepcionales circunstancias con suma restricción, pero siempre salvaguardando el marco del Estado de Derecho, en consonancia con las recomendaciones de los organismos supranacionales.

1. Introducción

Bajo la ineludible consigna de «Justicia y Pandemia», abordaremos algunas

ideas relacionadas con la responsabilidad del Estado en la emergencia, como aporte a la convocatoria de la Revista del Colegio de Magistrados para su edición especial 2020.

La selección del tema, se ciñe a los eventuales conflictos que podrían suscitarse en el marco de la competencia que desempeñamos¹, limitada a la responsabilidad extracontractual², por lo que no serán abordados segmentos de la responsabilidad pública tales como: la conexas a la declaración de ilegitimidad de los actos administrativos, el ámbito de los contratos administrativos, la proveniente del incumplimiento de normas de Derecho Internacional Público, la atinente a los funcionarios o empleados públicos a título subjetivo, o resultantes de temáticas propias del derecho administrativo como la expropiación, ocupación temporaria, y otras limitaciones de dicha índole a los derechos individuales.

Nos parece oportuno aclarar de modo liminar que en momentos como el que nos toca transitar no es el objetivo de este trabajo señalar dónde puede fallar el Estado y de ese modo postular un derecho a reclamar indemnizaciones, lejos de ello y por el contrario, lo buscado es un espacio de reflexión, justamente, para evitarlo, para memorar las causales de justificación, indicar que regirán parámetros más laxos de evaluación de la falta de servicio, advertir que la mayoría de las consecuencias no deseables deberá ser soportadas como cargas públicas e, incluso, en los excepcionales casos en que se justifique ordenar un resarcimiento el mismo podría no verse alcanzado por el principio de reparación integral, ya que a *priori* la pandemia se presenta como una situación en la que la mirada principal está constituida por el interés público y, por lo tanto, deberán balancearse con sumo recaudo los intereses de las víctimas con los del Estado y de los demás ciudadanos.

Pero a la vez, también corresponde prevenir que bajo el artículo de la emergencia por pandemia no puede admitirse una total despreocupación por los derechos individuales y que todas las medidas que desde los distintos estamentos públicos se tomen deben superar un adecuado examen de proporcionalidad y razonabilidad, pues de otro modo, le corresponderá al poder que

CITAS

¹ En nuestra Provincia, a la competencia civil, a través de los juzgados de Distrito -con excepción de las circunscripciones 1 y 2 en las cuales intervienen los tribunales colegiados de responsabilidad extracontractual- y de las Cámaras de apelaciones en lo Civil y Comercial, y Laboral en algunas jurisdicciones, le corresponde juzgar los casos de responsabilidad extracontractual del Estado.

² Ello nos obliga a la siguiente aclaración: si bien desde la sanción del CCCN se unificó el régimen de la responsabilidad contractual y extracontractual, desapareciendo en la legislación de fondo un régimen diferenciado de entre las mismas -de neto cuño *ius privatistico*-, permanece plenamente vigente en el ámbito del derecho público, lo que de algún modo podría conspirar contra la coherencia de todo el sistema. Adviértase además, que al mismo tiempo que se impuso la inaplicabilidad del CCCN a la responsabilidad estatal, la Ley 26.944, fijó su ámbito de vigencia supletorio respecto a la contratación pública; sin embargo, de modo contradictorio, el régimen de contrataciones públicas que se rige por las disposiciones administrativas correspondientes a cada jurisdicción, reenvía, supletoriamente, al derecho común (vgr. el Decreto Nacional N° 1030/16 que reglamentó el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, disponiendo, supletoriamente, que se apliquen las restantes normas de derecho administrativo y, que en su defecto, se deberá acudir a las normas de derecho privado por analogía).

integramos establecer los límites que tanto la Constitución Nacional como la de la Provincia de Santa Fe imponen, aún en las condiciones más extremas.

2. Régimen de la responsabilidad extracontractual del Estado en la provincia de Santa Fe

Partiendo de recordar que en nuestra Constitución Nacional no existe una cláusula específica que contemple la responsabilidad del Estado, hasta el dictado de la Ley 26.944 y vigencia del CCyCN no existía una norma nacional genérica que, como hoy, regule la materia, y la Corte Suprema de Justicia de la Nación articuló una serie de principios, cuya principal base normativa la constituyó el derogado artículo 1.11² del Código Civil.

Hoy la ley citada sólo rige para el ámbito del Estado Federal, y la mayoría de las provincias no han adherido a dicho precepto, mientras que el CCyCN dispuso su inaplicabilidad a la responsabilidad del Estado y la de los funcionarios y empleados públicos.

Más allá de los debates que aún persisten sobre cómo encaminarlo, la Constitución de la Provincia de Santa Fe el artículo 18 dispone que dicha responsabilidad se rige por las normas del derecho común «en cuanto fueren aplicables», ante la inexistencia una norma especial y la subsistencia de la competencia en el fuero civil, surge la paradoja que nuestra constitución manda a aplicar el derecho común y el derecho común reenvía al derecho administrativo local.

Lo cierto es que los casos verificados con posterioridad a 2015 deben regirse, ante la carencia de una norma expresa, por los presupuestos perfilados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en base a una serie de principios constitucionales del Estado de Derecho de los cuales surge la obligación de reparar.

Tales presupuestos, consagran un sistema de responsabilidad pública ob-

jetiva y directa, aplicable a los tres poderes del Estado, donde puede distinguirse la proveniente de su actividad lícita e ilícita, en las que predominan como factores de atribución, respectivamente, el sacrificio especial y la falta de servicio, sin perjuicio de otros residuales (riesgo, deber de garantía, etc.)³.

2.1. Por el accionar ilegítimo

Ante el accionar ilegítimo del Estado debe acreditarse el factor de atribución «falta de servicio» donde corresponde que se deslinden los ámbitos de las acciones y de las omisiones. En el primero, se produce cuando el Estado incumple una obligación de no hacer, vale decir, por hacer algo que de acuerdo la ley no debe hacer; en el segundo, incumple con un deber legal de hacer o lo cumple de modo irregular (C. Balbín, 2008:347)⁴. Además, corresponde analizarse –con el debido detenimiento– el contenido y contorno del deber estatal en juego; para ello, debe valorarse en cada caso, de acuerdo a los estándares establecidos por la Corte Nacional (v. CSJN, Fallos 330:563), así como por su par provincial (v. CSJ SF, 12.04.2011, «Álvarez, Elida Graciela por sí y otro c/ Municipalidad de Santa Fe –Indemnización de daños y perjuicios– s/ Recurso de inconstitucionalidad», AyS, t. 239, pp. 406/415), los elementos de concretización de la regla general, mediante el análisis de la naturaleza de la actividad, los medios que disponía el servicio, el lazo que une a la víctima con el mismo y el grado de previsibilidad del daño.

También cuando se impute omisión antijurídica, conforme a la doctrina jurisprudencial citada debe distinguirse entre los casos de omisiones a mandatos expresos y determinados, de la omisión de mandatos jurídicos indeterminados, ya que los segundos deben ser motivo de un juicio estricto y basado en la ponderación de los bienes jurídicos protegidos y las consecuencias generalizables de la decisión a tomar –es decir, si el Estado tiene algún deber a su cargo y cuál es la extensión del mismo–.

Debe tenerse presente que el factor de atribución «falta de servicio» impone el estudio del régimen administrativo local para determinar si se verificó

³ v. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe, Sala I -con distinta composición parcial-, «Saravia, Rubén Eduardo c/ Municipalidad de la Ciudad de Santo Tomé s/ IdyP», del 09.11.2016, disponible en: <http://bdjcamara.justiciasantafe.gov.ar>, cita: 634/19.

⁴ BALBÍN, CARLOS F., Curso de Derecho Administrativo, Tº II, La Ley, Buenos Aires 2008, pág. 347.

⁵ CSJN «Barreto, Alberto Damián c. Provincia de Buenos Aires» del 21.03.2006, Fallos: 329:759 y «Zulema Galfetti de Chalbaud e Hijos Sociedad de Hecho c. Santa Fe, Provincia de s. daños y perjuicios» del 09.05.2006 Fallos:269:270.

⁶ SÁENZ, JUAN IGNACIO, Bases del régimen de responsabilidad del Estado en la Argentina: teorías, fundamentos y presupuestos de procedencia, en Responsabilidad del Estado, director: Pedro Aberastury, LexiNexis, Buenos Aires 2007, p.87.

⁷ CSJN «Friar c. Estado Nacional» del 26.09.2006, Fallos: 329:3966.

el incumplimiento irregular de funciones estatales⁵, ya que dicho plexo, de existir en el caso, resulta ineludible para determinar los estándares de ponderación del servicio.

Corresponde aclarar que la «objetividad» del factor bajo análisis debe precisarse debidamente, pues ello no implica que necesariamente funcione de igual modo que el factor objetivo que prevé el CCyCN en el artículos 1.722 –como el riesgo o vicio de la cosa y actividades riesgosas (art. 1.757)–, es decir, como presunción de responsabilidad o causalidad, en la que el responsable sólo se libera demostrando la causa ajena, ni tampoco como un supuesto de responsabilidad objetiva prevista en el artículo 1723; por el contrario, indica que lo que se escruta «objetivamente» como fuente de responsabilidad es la prestación del servicio (resultado) y no la conducta culpable de un agente (causa-medio), por lo que la valoración que define si existió irregularidad, anormalidad o falta, se compone de apreciaciones de tipo subjetivo, ya que lo decisivo será determinar si la ejecución del servicio merece alguna tacha que justifique una indemnización (J. Sáenz, 2007: 87)⁶. Por ello, la Corte Nacional expresamente ha diferenciado el sistema aplicado en nuestro país del de la «imputación objetiva» que rige en España, indicando que en nuestro derecho no existe norma alguna que obligue a la administración a indemnizar todo perjuicio ocasionado por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos⁷.

Una cuestión que podría resultar relevante a la hora de analizarse supuestos de responsabilidad por el accionar frente a la pandemia, estaría dado por el debate si existirían en el ámbito de la responsabilidad pública causales de justificación que el excluirían el contenido antijurídico. Concretamente, si podría invocarse estado de necesidad como causal de eximición reconocida en el ámbito del derecho de daños.

Para Balbín, criticando el precedente de la Corte de Mendoza «Torres» (donde los jueces interpretaron que existía un omisión estatal pero que el «estado de necesidad» –aceptación del mal menor ante el mal mayor– había excluido el contenido antijurídico), en el marco de la responsabilidad pública

no existen tales causales, sino simplemente conductas jurídicas o antijurídicas –acciones u omisiones– según el orden vigente (C. Balbín, 2008:847)⁸.

2.2. Por el accionar legítimo

Los fundamentos del tipo de responsabilidad bajo análisis, los encontramos en principios del derecho público, desarrollándose en el mismo campo que la expropiación o intromisiones autorizadas. En concreto, se funda en la necesidad de proteger los principios constitucionales de igualdad de las cargas públicas y de propiedad y respeto de los derechos adquiridos (art. 14, 16, 17, 18 y 33 de la CN).

Frente a los daños causados por el accionar legítimo, el factor de atribución aplicable es el «sacrificio especial» al que se suma la necesidad de comprobación de ausencia de deber jurídico de soportar el daño⁹.

Párrafo aparte merecen las consideraciones que se formularon sobre el aspecto cuantitativo de este factor de atribución, constituyéndose la masividad del daño en una valla para su aplicación frente al dictado de medidas de carácter general¹⁰. En efecto, para que proceda este tipo de responsabilidad debe tratarse de un supuesto de «especialidad del daño» como contraposición al «daño generalizado», ya que el problema se agudiza en la medida que aumenta el número de afectados por un sacrificio especial, pues la figura pierde su contorno inicial y entran a jugar los argumentos atinentes a la ruina fiscal y a la paralización de la actividad estatal.

Al requisito de la especialidad del sacrificio debe aunarse el de «ausencia del deber jurídico de soportar el daño», ya sea que dicho provenga de una norma expresa o bien surgir del principio ético-jurídico de la «solidaridad social», que obligan a tolerar sin indemnización algunos tipos de riesgos.

En este sentido se ha sostenido que en principio debe tolerarse sin indemnización por ejemplo: el ejercicio del poder de policía pues implica una limitación lícita del derecho; la pérdida de alguna ventaja, perjuicios derivados

⁸ BALBÍN, CARLOS F., op. cit., T° II, La Ley, Buenos Aires 2008, p. 347.

⁹ CSJN «Mochi» Fallos 326:847.

¹⁰ Se ha hecho hincapié en que el daño no puede ser generalizado, ya que de otro modo se comprometería la ruina fiscal o la paralización de la actividad estatal e indirectamente el principio de soberanía. Casos: «Revestek S.A. c. B.C.R.A. y otro» (15-08-1.995, JA, 1996-II-212); «Manzi, Carlos A. c. Estado Nacional» (Fallos 320:955), entre otros.

¹¹ MURATORIO, JORGE I.; «Factores de atribución en la responsabilidad del Estado por actividad lícita», AA.VV., Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001.

¹² CSJN, *in re* «Russo Ángel y otra c. C. de Delle Donne E. s.desalojo», Fallos 243:467, de fecha 15.05.1959, citado por Cassagne, Ezequiel, El rol del Estado en la emergencia ocasionada por el COVID-19, en LA LEY del 02.06.2020, pág. 1.

de situaciones de riesgo general, riesgo inherente al servicio, riesgos socialmente asumidos, etc. (J. Muratorio, 2001:321)¹¹.

3. Los principios sentados frente a la actuación del Estado en la pandemia

Indudablemente los Estados han sido los principales gestores de la pandemia, y tanto producto de sus acciones como de sus omisiones, podrían verificarse situaciones de padecimientos de daños, lo que no implica que por principio los mismos merezcan siempre ser reparados.

En base a los supuestos ya desarrollados, nos proponemos trazar algunos de los posibles ámbitos de la actuación pública en la emergencia y cómo funcionaría en los mismos las reglas referidas.

Como cuestión general se advierte que si bien no se discute la raigambre constitucional de la declaración de emergencia, la misma no habilita a frustrar o aniquilar derechos, sino a suspender su goce de manera transitoria; en virtud de ello, resultan válidas las medidas que restrinjan temporariamente durante un breve plazo y de modo razonable los derechos –como el de propiedad–, sin que se lesione o menoscabe su sustancia (E. Cassagne, 2020:1)¹².

El acotado marco de nuestra intervención, nos obliga a seleccionar sólo dos de los aspectos más problemáticos de la actuación del Estado durante la pandemia: el servicio de salud y el cercenamiento a la libertad de movimiento producto del confinamiento obligatorio; sin perjuicio de ello, existen otros ámbitos en los cuales los principios sentados deben aplicarse con la debida prudencia, sin perder de vista la situación de emergencia, el principio de presunción de legitimidad de las medidas adoptadas y que la generalidad del sacrificio, obstaría a la viabilidad de cualquier reclamación (por ejemplo, cercenamiento de libertad de tránsito entre distintas localidades, restricciones de apertura de comercios, locales gastronómicos, actividades al aire libre, etc.).

3.1. El servicio de salud pública

Evidentemente la organización de la atención de los afectados, las tareas de detección y prevención del contagio, el seguimiento de los casos, etc., concita el mayor despliegue de los distintos estamentos estatales por resultar la protección de la salud uno de las principales misiones del Estado Constitucional de Derecho¹³.

Entonces, la salud, como derecho fundamental, impone que tanto la falta de asistencia sanitaria como los daños producidos en ocasión de la prestación de dicho servicio importarían una violación al principio de dignidad humana (Petrella, 2016:87-104)¹⁴.

Ahora bien, el diseño de un sistema de salud depende de las previsiones con las que cuentan los órganos responsables, no sólo en función de la población y posibles patologías, sino también de los recursos asignados que, como bien sabemos, son finitos.

Escapa al cometido de esta intervención profundizar sobre las características de la pandemia de COVID-19 que atravesamos, pero cierto es que la misma no puede ser considerada como una contingencia normal y previsible desde la perspectiva de las políticas públicas esperables, ya que los sistemas más idóneos de países desarrollados han presentado serias complicaciones como consecuencia de la congestión de los efectores habilitados.

Por ello, la prestación del servicio de salud pública debe ser evaluada en el marco de la excepcionalidad de la hora, admitiendo las dificultades existentes para lograr una prevención efectiva, como así la gestión de la pandemia con los recursos sanitarios normales y habituales de cada jurisdicción.

Lo cierto es que las pautas de concretización aludidas deberán ser cuidadosamente ponderadas en el juzgamiento de la eventual actividad ilícita del Estado, en particular, las que refieren a los medios con los que contaba el servicio y la previsibilidad del daño.

¹³La Corte Nacional siempre consideró el derecho a la salud como ligado al derecho a la vida, entendiéndola como la primera prerrogativa de la persona humana reconocida y garantizada por la Constitución Nacional (Fallos: 302:1284; 310:112), destacando la obligación ineludible del Estado de garantizarlo mediante acciones positivas (Fallos: 321:1684).

¹⁴ PETRELLA, ALEJANDRA, Salud Pública, Servicio Público, Derecho a la Salud y Control Judicial, en Control Público y Acceso a la Justicia, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Tº 1 Edic. RAP, Astrea, Buenos Aires, 2016, pp. 87-104.

¹⁵A título ejemplificativo se refiere que los comités de bioética deben establecer recomendaciones éticas para ser aplicadas frente a la emergencia, aconsejando su manejo de modo similar a las medicinas de catástrofes, basada en la justicia distributiva y en la asignación adecuada de recursos sanitarios. En respaldo de ello se cita las recomendaciones éticas de la Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias, por las cuales en la situación de pandemia deberá prevalecer el deber de planificar, el principio de justicia distributiva y la maximización del beneficio global, debiendo tenerse conciencia de la justa asignación de la distribución de recursos sanitarios limitados. Por ello, en la asignación de recursos durante la toma de decisiones, se

deberán aplicar criterios de idoneidad y tener en cuenta factores como, la edad, la comorbilidad, la gravedad de la enfermedad, el compromiso de otros órganos y la reversibilidad del cuadro, entre otros aspectos. Conf. Mollar, Evangelina, Bioética en los tiempos del COVID-19, LA LEY del 24.04.2020, 1.

¹⁶ En tal sentido puede recordarse el precedente de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires por el cual se rechazó la pretensión de pareja de que su hijo recién nacido recibiera las vacunas correspondientes al Plan Nacional, fundado en su propia visión de la medicina, ya que profesaban un modelo «homeopático» conf. Rivera, Julio César, Imposición coactiva de vacunas legalmente obligatorias a una persona incapaz y sin discernimiento en contra de la voluntad expresada por sus representantes legales, DFyP 2010 -noviembre-, 249.

¹⁷ Al respecto habrá de valorarse si realmente podrá encuadrarse el supuesto bajo el factor de actividades riesgosas o cosa riesgosa como lo venía aplicando alguna jurisprudencia: Cám. de Apel. Civ. y Com. Fed., «D. de C. c. Estado Nacional», -2003-; «M.N. 200169 c. MCBA, Cám. Nac. Apel. Civil, -2000-; CSJN, «C.J.A. y otros s. p.ss.aa. propagación culposa de enfermedades peligrosas», -1999-, CSJN, «Denenberg c. Prov. de Buenos Aires», -1999-, todos citados en: Caputi, Claudia, Responsabilidad del Estado- Sistematización y síntesis jurisprudencial,

En tal sentido y en concreta referencia a la previsibilidad de la pandemia y sus modos de mitigarla, podría resultar útil el estándar que fija el artículo art. 32 de la ley española 40/2015 de 1 de octubre por el cual se dispone que la Administración no está obligada a indemnizar las lesiones que tengan su origen en hechos que no se hubieran podido prever o evitar según los conocimientos científicos del momento o el estado de la técnica del momento.

En consonancia con las recomendaciones de la CIDH, sobre las que volveremos *infra*, cobra especial relieve la observación de los principios fundamentales de la bioética, en particular el de «justicia» (E. Mollar, 2020:1)¹⁵.

En el marco de la emergencia deberá tenerse presente que el interés público prevaleciente en la hora impondrá un estrecho marco para el planteo de objeciones, abstenciones o declaraciones de inconstitucionalidad por parte de los destinatarios de campañas sanitarias que se impongan desde el Estado (J. Rivera, 2010:249)¹⁶.

Lo hasta aquí expuesto indica que la valoración del servicio de salud ante el planteo de un supuesto de responsabilidad debe valorarse atendiendo a las notas de la emergencia reseñada, ya sea que se trata del juzgamiento de un acto médico, como de un defecto del servicio de salud implementado más allá de las dificultades prácticas que dicho distingo a veces presenta en la práctica –en particular los supuestos de responsabilidad por contagio o propagación de la enfermedad, dada la inusitada agresividad del virus (R. Meneghini, 2012:54.)¹⁷.

3.2. La restricción a la libertad de movimientos

El confinamiento o aislamiento de la población aparece como una de las medidas de mayor afectación de derechos fundamentales –por restringir la libertad de circulación– que los Estados han tomado, en principio, de modo justificado por la pandemia, y para prevenir los contagios.

Respecto a la libertad de movimientos, Nino considera que conforma junto a los derechos a la vida e integridad psicofísica, los bienes que están íntimamente relacionados con la identidad del individuo, constituyendo no sólo una condición fundamental para el ejercicio de la autonomía personal, sino que también para la constitución misma del individuo como ente; de tal modo que, paralizar a un individuo, acotar de modo coactivo sus movimientos, ya sea amarrándolo o sometiéndolo a cautiverio, u obstaculizar sus desplazamientos en un cierto territorio, resultan atentados radicales a la autonomía personal, por lo que dicha libertad se encuentra protegida en la cúspide del ordenamiento en el artículo 14 de la Constitución Nacional, lo que obliga a una ponderación muy cuidadosa de esa restricción y como último recurso y no indiscriminada. Expresamente se refiere el autor citado, dentro del análisis de esta libertad, al caso de la «cuarentena» de algunos enfermos contagiosos, supuesto en el cual la privación de la libertad no deriva de un acto voluntario, y la restricción podría justificarse sólo si ella es compensada debidamente, ya sea en términos de tratamiento médico, comodidades o dinerariamente, lo que podría justificarse sin infringir el principio de inviolabilidad de la persona, por suponer un sacrificio en aras del bienestar colectivo (C. Nino, 2013:254)¹⁸.

Se afirma que los Estados afectados por la pandemia pueden ampararse en razones de interés público –como lo sería velar por la salud pública–, para ordenar el confinamiento de la población, ya que dicho aislamiento social –de acuerdo a criterios de expertos epidemiólogos– resulta la medida más efectiva para evitar el contagio. Sin embargo, en el ámbito europeo se postula que para que tal medida restrictiva sea declarada conforme al Convenio Europeo de Derechos Humanos, deberá superarse el «test de Estrasburgo», que impone cumplir con una triple condición: i) la limitación deben encontrarse regulada en la legislación interna, ii) debe perseguir alguno de los objetivos legítimos previstos en el propio CEDH (en el caso del confinamiento, velar por la salud pública) y iii) por último, deberá poder ser catalogado como de «necesidad social imperiosa», en una sociedad democrática, considerándose que no se supera dicho rango cuando los motivos alegados no resulten suficientes o cuando se entienda que la medida es despropor-

p. 781, Edic. Rap, Buenos Aires 2007.) -; máxime porque aunque se tomen todos los recaudos en procura del control, pueden producirse mutaciones que no resulta posible controlar conf. Meneghini, Roberto A., Responsabilidad Civil Médica. Infección intrahospitalaria. Un fallo contradictorio, LLBA, 2012 (febrero), 54.

¹⁸ NINO, CARLOS S., Fundamentos de Derecho Constitucional, análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional, 4ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires 2013, pág. 254.

¹⁹ CLIMENENT GALLART, JORGE ANTONIO, EL Consejo de Europa y la Pandemia de la Covid-19, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana* N° 12 bis, mayo 2020, -ejemplar dedicado a la experiencia jurídica latina en tiempos de coronavirus «Reflexiones de urgencia» pp. 634-645.

²⁰ CABRAL, PABLO, Aplicación del estándar de la razonabilidad en las decisiones administrativas adoptadas por el gobierno nacional ante la pandemia del covid-19, en *RDA* 2020-130, 64.

²¹ ROSATTI, HORACIO, El Estado y la colmena: La emergencia en el derecho constitucional argentino, en «*Revista de Derecho Público, La Emergencia Económica*», 2002-1, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, ps. 79-104, citado a su vez por Biglieri, Alberto en *Control judicial en estado de emergencia por pandemia*, *RDA* 2020-130,48.

cionada respecto del legítimo objetivo que se pretende conseguir (J. Climent Gallart, 2020:634)¹⁹.

Se afirma que de acuerdo a la jurisprudencia, la proporcionalidad actúa como un límite impuesto a la actividad de los poderes públicos, consistente en mantener un nexo de adecuada proporción entre el fin perseguido y los medios puestos en acción para su realización (P. Cabral, 2020:64)²⁰.

El control judicial de la emergencia si bien se encuentra limitado, no debe por ello ser totalmente descartado, en tal sentido Rosatti –citado por Biglieri–, diferencia dos esferas de dicho control; una primera –en la cual no debe incursionarse– y que refiere a los fundamentos políticos, conveniencia, oportunidad o mérito de la declaración; en cambio, una segunda, en la que sí le compete asumir al poder jurisdiccional –hasta donde le sea posible–, para valorar la consistencia de las medidas propuestas en orden a la emergencia dispuesta y en atención a los derechos e intereses en juego, ponderando, de modo inexcusable, la razonabilidad y pertinencia de lo dispuesto en los casos concretos (H. Rosatti, 2002:79-104)²¹.

En conclusión, producto del aislamiento o confinamiento ordenado no cabrían supuestos de responsabilidad por actuación ilícita en la medida que se resguarde la razonabilidad y proporcionalidad de la disposición, ponderada en el caso concreto (especialmente, en el ámbito territorial correspondiente y de acuerdo al desarrollo epidemiológico del mismo). Muchos menos por actuación lícita, por la generalidad del sacrificio así lo impone.

Sin perjuicio de ello, y en función de la generalidad del sacrificio, autores como Perrino y Sanguinetti consideran que no serían indemnizables, en principio, los perjuicios generalizados sufridos por la población como consecuencia de las medidas generales adoptadas por el Estado para preservar la salud pública y que resulten gravosas para la libertad individual y económica, ya que carece de especialidad el sacrificio desde una perspectiva cuantitativa –como ya se refirió–; en cambio, entienden que lo afirmado no resulta aplicable a supuestos en que el sacrificio asuma un carácter diferencial, por

exceder la cuota que razonablemente impone la vida en sociedad (por ejemplo: comerciantes que se vieron obligados a cerrar en definitivamente sus negocios por las restricciones impuestas o los daños padecidos por ciudadanos argentinos que se encontraban en el extranjero y no pudieron retornar al país por el cierre de fronteras (P. Perrino; J. Sanguinetti, 2020:220)²².

4. Recomendaciones de organismos internacionales

A la hora de establecer parámetros o estándares del debido cumplimiento de los servicios públicos pueden resultar fundamentales las recomendaciones brindadas por organismos supranacionales para la emergencia.

Para nuestro sistema –por su rol como fuente del derecho–, cobran mayor relevancia las disposiciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Dicho Tribunal formuló la Declaración 1/20 de abril de 2020 «COVID-19 y Derechos Humanos», bajo la directriz que los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales.

Entre las numerosas recomendaciones dictadas, señalamos las que consideramos más relevantes a los fines de la ponderación del servicio público esperado frente a la gestión de la pandemia:

Principalmente que la adopción e implementación de medidas para abordar y contener la situación que concierne a la vida y salud pública, se efectúe en el marco del Estado de Derecho, con el pleno respeto a los instrumentos interamericanos de protección de los derechos humanos y los estándares desarrollados en la jurisprudencia de ese Tribunal.

En tal sentido, toda medida que signifique la afectación o restricción del goce y ejercicio de derechos humanos deben ser limitadas temporalmente,

²² PERRINO, PABLO; SANGUINETTI, JUAN CARLOS, Responsabilidad del Estado por las medidas adoptadas con motivo de la Pandemia de Covid19, en RDA 2020-130,220.

BIBLIOGRAFÍA

- BALBÍN, CARLOS F., *Curso de Derecho Administrativo*, T° II, La Ley, Buenos Aires 2008.
- Biglieri, Alberto en Control judicial en estado de emergencia por pandemia, RDA 2020-130,48.
- CABRAL, PABLO, *Aplicación del estándar de la razonabilidad en las decisiones administrativas adoptadas por el gobierno nacional ante la pandemia del covid-19*, en RDA 2020-130, 64.
- CAPUTI, CLAUDIA, *Responsabilidad del Estado- Sistematización y síntesis jurisprudencial*, Edic. Rap, Buenos Aires 2007.
- CASSAGNE, EZEQUIEL, *El rol del Estado en la emergencia ocasionada por el COVID-19*, en LA LEY del 02.06.2020.
- CLIMENENT GALLART, JORGE ANTONIO, *EL Consejo de Europa y la Pandemia de la Covid-19*, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana* N° 12 bis, mayo 2020, -ejemplar dedicado a la experiencia jurídica latina en tiempos de coronavirus «Reflexiones de urgencia».
- MENEGHINI, ROBERTO A., Responsabilidad Civil Médica. Infección intrahospitalaria. Un fallo contradictorio, LLBA, 2012 (febrero), 54.
- MOLLAR, EVANGELINA, *Bioética en los tiem-*

legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, en particular, el uso de la fuerza. deben ser garantizados sin discriminación

Deben garantizarse los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales a toda persona, pero en especial a aquellos grupos que son afectados de forma desproporcionada porque encontrarse en situación de mayor vulnerabilidad.

Como adelantemos supra, el derecho a la vida y a la salud debe garantizarse respetando la dignidad humana y observando los principios fundamentales de la bioética.

Dedica una recomendación especial tendiente a que las trabajadoras y trabajadores de la salud sean provistos de los insumos, equipos, materiales e instrumentos que protejan su integridad, vida y salud, y que les permita desempeñar su labor en términos razonables de seguridad y calidad.

Se advierte que las medidas de aislamiento social pueden generar un aumento exponencial de las situaciones de violencia contra las mujeres y niñas, por lo que el deber estatal sobre tal temática se agudiza, debiendo adoptar todas las acciones tendientes a la prevención de casos de violencia de género y sexual, lo que impone establecer mecanismos seguros de denuncia directa e inmediata, y reforzar la atención para las víctimas.

En cuanto al deber del Estado de garante de la seguridad e integridad de las poblaciones carcelarias se torna necesario reducir los niveles de superpoblación y hacinamiento, y disponer en forma racional y ordenada medidas alternativas a la privación de la libertad.

Resulta esencial también para el Tribunal que se garantice el acceso a la justicia y a los mecanismos de denuncia, así como se proteja particularmente la actividad de la prensa y organismos defensores de derechos humanos.

Por su parte el Consejo Europeo, emitió en fecha 7 de abril de 2.020 el documento titulado «Respetando la democracia, el Estado de Derecho y los Derechos Humanos en el marco de la crisis sanitaria de la COVID-19» donde, además de recordar que los Estados deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el derecho a la protección de la salud de sus ciudadanos, alertó que las mismas no debían ser utilizadas como excusa para socavar los valores inherentes a la democracia, al estado de Derecho y a los Derechos Humanos en Europa.

5. Conclusiones

Los justos límites de la responsabilidad del Estado por sus acciones u omisiones –ya lícitas o ilícitas– ha deparado no sólo una relevante jurisprudencia del principal Tribunal Constitucional de la República, sino que también ha producido numerosos aportes doctrinarios desde las posturas más extremas –iuspublicistas o iusprivatistas– a intermedias.

Sin embargo, tales postulados deben ser cuidadosamente ponderados frente a eventuales planteos de derechos a reparaciones de daños provenientes de la gestión pública de la emergencia provocada por la pandemia de COVID-19.

Evidentemente, no es lo mismo administrar la salud, la educación, la asistencia social, las políticas económicas, la habilitación de negocios, su contralor, la seguridad, el libre tránsito de los ciudadanos, etc., en condiciones regulares que bajo la conminación de la propagación de un virus de una agresividad inusitada demostrada no sólo en nuestro país, sino en todas las latitudes.

El estándar de un servicio regular de salud, por ejemplo, no puede ser valorado hoy del mismo modo que lo veníamos haciendo, frente al escenario del aumento exponencial de casos de trastornos respiratorios que requieren asistencia mecánica, y las unidades de cuidados intensivos no se en-

pos del COVID-19, LA LEY del 24.04.2020.

• MURATORIO, JORGE I.; «Factores de atribución en la responsabilidad del Estado por actividad lícita», AA.VV., Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001.

• NINO, CARLOS S., Fundamentos de Derecho Constitucional, análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional, 4ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires 2013.

• PERRINO, PABLO; SANGUINETTI, JUAN CARLOS, Responsabilidad del Estado por las medidas adoptadas con motivo de la Pandemia de Covid19, en RDA 2020-130,220.

• PETRELLA, ALEJANDRA, Salud Pública, Servicio Público, Derecho a la Salud y Control Judicial, en Control Público y Acceso a la Justicia, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, T° I, Edic. RAP, Astrea, Buenos Aires, 2016.

• RIVERA, JULIO CÉSAR, Imposición coactiva de vacunas legalmente obligatorias a una persona incapaz y sin discernimiento en contra de la voluntad expresada por sus representantes legales, DFyP 2010 -noviembre-, 249.

• ROSATTI, HORACIO, El Estado y la colmena: La emergencia en el derecho constitucional argentino, en «Revista de Derecho Público,

La Emergencia Económica», 2002-1, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires.

• SÁENZ, JUAN IGNACIO, *Bases del régimen de responsabilidad del Estado en la Argentina: teorías, fundamentos y presupuestos de procedencia*, en Responsabilidad del Estado, director: Pedro Aberastury, LexiNexis, Buenos Aires 2007.

contraban diseñada para tal evento, ni el mismo era previsible a principios del año en curso.

La generalización de los sacrificios que la población debe afrontar lleva a sostener que, salvo cuando la singularidad sea evidente, deberán soportarse las cargas que impone la gestión pública de la emergencia.

Sin embargo, la sola declaración de emergencia y la mera invocación a la pandemia no puede resultar un impedimento para la valoración de la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas que afecten derechos fundamentales, las que siempre deberán apegarse al más estricto control en el marco del sistema republicano de gobierno. ■