

## COVID-19: análisis sobre la razonabilidad de la cuarentena

Por Patricio García Moritán

El análisis sobre la validez jurídica de las medidas dispuestas por el gobierno con motivo de la pandemia provocada por el virus COVID-19 puede adoptar diferentes enfoques. Uno de ellos consiste en analizar la “razonabilidad” de la cuarentena en sí misma (esto es, del confinamiento y de las restricciones generales a la libre circulación) en el entendimiento de que una medida irrazonable es, por definición, ilegítima e inconstitucional, como bien lo ha señalado **Juan Carlos Cassagne** en diversos trabajos (p.ej. *Principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa* y *Los grandes principios del Derecho Público, constitucional y administrativo*).

Anticipo que este análisis no es meramente teórico porque la eventual irrazonabilidad de la cuarentena –si lo fuera– podría ser uno de los principales argumentos para sustentar una acción judicial que pudiera iniciarse, ya sea para requerir la anulación o suspensión de alguna medida en particular dispuesta en el marco de la emergencia, como para reclamar la eventual indemnización de los daños provocados, si quisiera recurrirse a la responsabilidad del Estado por su actividad ilícita, ya sea en la faz contractual como extracontractual (naturalmente, para reclamar los daños derivados de una actividad lícita no sería necesario demostrar la ilegitimidad de la medida que provocó el daño).

**El análisis de razonabilidad debe hacerse desde tres perspectivas diferentes.**

**Desde una primera perspectiva (de adecuación), la razonabilidad de una medida está supeditada a que sea “adecuada” o “idónea” para alcanzar el fin que se persigue.** Esta primera evaluación, naturalmente, obliga a definir el fin u objetivo perseguido al disponerse la medida analizada puesto que aquel será el norte gravitacional sobre el que gire el análisis. Los fines declarados por el Presidente de la Nación serían ciertamente difusos e imprecisos: cuidar la salud de la población, aun cuando ello implicase sacrificar en cierta medida la economía. Así planteado, luce más bien como una declaración de principios, y no es una definición precisa sobre cuál es el objetivo que se persigue con la cuarentena. Por otra parte, la mención de “aplanar la curva de contagios” es una definición más específica que la anterior (más bien un “concepto jurídico indeterminado”), pero aun así sigue siendo imprecisa y exige definiciones adicionales (si el aplanamiento se logra en el inicio de la curva de contagios o si ese aplanamiento debe mantenerse en el

tiempo, en cuyo caso, hasta cuánto), circunstancia nada menor teniendo en cuenta que se trata de una medida de emergencia, sumamente restrictiva (y como tal, por definición, necesariamente temporaria).

Frente a estas primeras pautas, existe cierto consenso respecto a que la cuarentena, al menos en sus inicios, habría sido una medida “efectiva” desde el punto de vista sanitario, en cuanto a que habría sido idónea para cuidar la salud de la población. A la luz de lo ocurrido en otros países que no adoptaron medidas similares, luce bastante evidente que la cuarentena evitó la expansión exponencial de los contagios del virus COVID-19 y el consecuente incremento de la demanda de servicios sanitarios, lo que hubiera llevado probablemente al colapso del sistema. Al detenerse la expansión de los contagios, la cuarentena habría permitido evitar el pico de contagios y preparar el sistema para el embate (compra de insumos, preparación de establecimientos sanitarios, etc.), que –parece bastante evidente– terminará llegando tarde o temprano. Desde esta perspectiva, la cuarentena habría reducido los daños que podría haberse derivado del COVID-19, al evitar que la pandemia nos sorprenda desprevenidos.

Esa adecuación de la medida al fin enviste a la decisión de cierta razonabilidad (en el sentido de que habría sido idónea para evitar el colapso del sistema), pero, ciertamente, por su naturaleza restrictiva de derechos y por los efectos negativos que genera (principalmente en lo económico), esa adecuación al fin debe ponderarse a la luz de, al menos, dos elementos adicionales: primero, es preciso analizar qué acciones adoptó el Estado a los efectos de abastecerse de los medios necesarios para afrontar la pandemia (en definitiva, estas medidas sustentan al fin declarado) y, segundo, es preciso ponderarla en función de su extensión temporal. Sobre esto último, es claro que lo que podría ser razonable en un comienzo, dejaría de serlo si se extiende excesivamente en el tiempo (más allá de los fines). Para mantener la razonabilidad de la cuarentena, a la fecha, se vuelve imperioso una explicación más precisa sobre qué significa “aplanar la curva” (¿el levantamiento de las restricciones incrementará los contagios? ¿qué ocurriría frente a un rebrote?).

Ahora bien, aun suponiendo que la medida supere el *test* de “adecuación” planteado en el punto anterior, ciertamente ello no concluiría por sí mismo el análisis sobre la razonabilidad de la medida porque ella podrá ser “efectiva” para el cumplimiento de los fines perseguidos, pero excesivamente gravosa o desproporcionada.

Por ello, es necesario completar el análisis con las dos perspectivas adicionales (o subprincipios de la razonabilidad), que veremos en conjunto. Primero, la perspectiva de la “necesidad” de la medida, en cuanto a que no existan otras medidas también adecuadas (efectivas para lograr el fin), pero menos restrictivas

(esto es, otra medida que pudiera haber cuidado la salud en magnitud similar, pero con menores restricciones a los derechos de los ciudadanos y menor impacto en la economía). Segundo, la perspectiva de la “proporcionalidad” (en sentido estricto), la que exige indagar si el daño que se buscó evitar (o que se evitó) tuvo proporción con las consecuencias que la medida generó.

Naturalmente, para poder llevar a cabo el análisis de estas dos perspectivas (y particularmente el de la proporcionalidad, en sentido estricto), es indispensable obtener información técnica muy específica y concreta (números duros) proveniente de, al menos, dos fuentes que poco contacto tienen entre sí: de los especialistas de la salud y de los economistas. De ambas fuentes, es preciso obtener estimaciones sobre el impacto (positivo y negativo) tanto del confinamiento, como de otras medidas alternativas e, incluso, de no disponer ninguna medida restrictiva. En la medida que se trata de una situación dinámica, esta información, además, debe actualizarse y ponderarse en forma permanente.

Aquí, el análisis sobre la razonabilidad de la medida se vuelve ciertamente más complejo porque, incluso teniendo toda esa información a disposición, parece bastante claro que no podría establecerse una respuesta o solución única e indiscutible porque siempre existirán dificultades para establecer una comparación objetiva (análisis de costo-beneficio) entre dos valores muy diferentes entre sí, como son la salud y la economía (¿cuánto vale una vida humana?). Esta circunstancia dificulta la posibilidad de establecer *a priori* una prevalencia cuantitativa (objetiva) de un bien jurídico sobre el otro.

Cuando existen valores contrapuestos, como ocurre en este caso, usualmente se produce una relación de intercambio (trade off), entendiendo que la intensificación de la protección de uno de ellos afecta la protección del otro (lo mismo ocurre entre la economía y el medioambiente). De manera que, si bien en los extremos se evidencia la irrazonabilidad de la decisión (es decir, cuando se atiende sólo a uno de ellos desatendiendo absolutamente al otro valor), existe una amplia gama de medidas intermedias (entre ambos extremos), todas las cuales podrían ser calificadas como decisiones razonables. Se reconocería, en esos casos, que se trata de razonables márgenes de “discrecionalidad administrativa”, entendida ésta como el arbitrio o libertad que tiene una autoridad administrativa para escoger entre dos o más soluciones igualmente válidas.

Es importante remarcar que la existencia de esas facultades discrecionales, si bien no impide el control judicial de tales decisiones, relativiza las probabilidades de éxito de una impugnación judicial, en tanto los jueces suelen mostrarse renuentes a controlar el ejercicio de facultades de ese tipo. Más aún si se tiene en cuenta que la medida fue dispuesta en emergencia y, además, ante una evidenciada urgencia, verificada

por el peligro en la demora (el peligro de un colapso sanitario, como ocurrió en otros países), de modo que ella parece haber estado respaldada, además –al menos en sus inicios– por el principio precautorio.

De cualquier modo, no puede pasarse por alto que la **Corte Suprema de Justicia de la Nación** parece haber adoptado el análisis de proporcionalidad, según los tres subprincipios arriba descriptos (*in re* “Silva, causa Nro. 58, del 3/11/2015, en la que se remitió al dictamen del Procurador quien, a su turno, recogió dicho principio de la jurisprudencia de la CIDH –caso “**Escher vs. Brasil**”–, así como en la Acordada N° 17/209 respecto de las intervenciones telefónicas).

En definitiva, a la luz de todo lo dicho, entendemos que, si bien puede afirmarse que la cuarentena habría sido razonable en sus orígenes, sus justificaciones iniciales no permiten sustentar la razonabilidad de esa medida de modo indefinido, sin mayores explicaciones, máxime teniendo en cuenta la intensidad de las restricciones que se impone y la magnitud del impacto que provoca.

**Cuanto más restrictiva es la medida y mayor es el margen de discrecionalidad que se reconoce a la autoridad administrativa, mayor es la necesidad de explicar sus fundamentos.** Ello, además, afianzará el acatamiento voluntario de la ciudadanía. Es preciso que se entiendan, clara y precisamente, los fines y objetivos de las medidas que cercenan gravemente derechos de los particulares y especialmente en torno a su extensión temporal (ya sea que se pueda determinar o que sea determinable en función de objetivos).

Si bien es posible sostener que las situaciones extraordinarias requieren de medidas extraordinarias, es preciso que se brinde claridad que siempre se tenderá a la normalidad, puesto que en este país ya nos hemos acostumbrado al abuso de las medidas de emergencia y a que éstas duren más de una década.