

LA AUTONOMIA EN JAQUE...Y LA CONSTITUCION TAMBIÉN.

Comentario al fallo “Lanzieri” y otras consideraciones

Julio César Rivera

“...la Constitución es un estatuto para regular y garantizar las relaciones y los derechos de los hombres que viven en la República tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra y sus provisiones no podrían suspenderse en ninguna de las grandes emergencias de carácter financiero o de otro orden en que los gobiernos pudieran encontrarse” (CSN, Compañía Azucarera Tucumana, 1927)

La emergencia no es un cheque en blanco para decidir cualquier cosa sobre cualquier área de la vida. Las medidas de emergencia deben respetar el Estado de Derecho, las libertades y los derechos básicos. Las restricciones deben ser las necesarias, adecuadas y proporcionales al objetivo; deben ser limitadas en el tiempo, informadas a la ciudadanía y sujetas a control (Delia Ferreira Rubio en La Nación, 4.5.2020)

I. Introducción.

1. Método de esta exposición

La pandemia que se abate sobre el mundo hace que los gobiernos adopten medidas destinadas a paliar sus efectos.

Muchas de ellas afectan derechos esenciales de las personas, como el de transitar libremente, salir o entrar de un país, provincia o ciudad, trabajar, ejercer el comercio o una profesión o industria.

Ello plantea al jurista el desafío de determinar si las restricciones impuestas son válidas o no. La respuesta a ese interrogante – que puede ser y razonablemente va a ser distinta según la limitación de que se trate – exige definir previamente cuáles son los valores que inspiran el modelo constitucional del país en el cual se adoptan. Y, una vez definidos esos valores, comprobar si cada una de las restricciones a las libertades individuales dispuestas por los gobiernos con fundamento en la tutela de la salud pública, constituyen o no una limitación razonable.

Obviamente no podemos analizar todas y cada una de las medidas adoptadas por el Poder Ejecutivo por vía de DNU o por los gobiernos locales. Por ello hemos elegido concentrarnos en una materia que ha dado lugar a serios cuestionamientos y que – según se anuncia – seguramente se proyectará en decisiones gubernamentales futuras. Nos referimos a la protección “especial” de los adultos mayores, lo que dio lugar a un lamentable proyecto del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires – finalmente modificado sustancialmente – y que sigue teniendo efectos porque esos adultos mayores están sometidos a un confinamiento estricto que además se pretende prolongar en el tiempo.

Como el tema ha sido abordado inteligentemente en la sentencia dictada en el caso "Lanzieri", en la que se declaró la inconstitucionalidad de una "Resolución conjunta" emanada del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, comenzaremos por exponer el alcance de lo allí dispuesto, la sentencia dictada por el juez de la Ciudad de Buenos Aires y en la tercera parte trataremos de desarrollar alguna argumentación complementaria a la de la sentencia. Finalmente, haremos algunas consideraciones sobre los riesgos institucionales que han surgido a consecuencia de la pandemia.

II. La Resolución Conjunta

2. Su contenido

La resolución del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que dio lugar al fallo Lanzieri y a esta nota es la emanada del Sr. Ministro de Salud y el Sr. Jefe de Gabinete de Ministros porteño individualizada como N° 16/MJGGC/2020 por la cual se dispuso instruir a todo el personal del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que no revista en reparticiones de naturaleza esencial en el marco de la presente emergencia sanitaria, a contactarse con las personas mayores de 70 años, a efectos de brindar asistencia e información a quienes lo necesiten, a fin de evitar situaciones que los expongan al riesgo de contagio y afectación del sistema de salud. La actuación del personal convocado consistirá en concientizar acerca de los riesgos de contagio, escuchar a las personas, identificar las necesidades que se planteen y brindar la orientación y/o posterior derivación y resolución de las mismas (art. 1).

Luego dice que a los efectos de garantizar el conocimiento de todas las alternativas puestas a disposición por parte de la Ciudad, para evitar que las personas de setenta (70) o más años salgan innecesariamente de su domicilio o lugar en el que se encuentren cumpliendo el "aislamiento social, preventivo y obligatorio" dispuesto por el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 297/PEN/20, establécese la necesidad de comunicarse previamente con el servicio de atención ciudadana al número 147 (art. 2)

Cabe señalar que este fue el texto final de una medida que se anunció más severa, pues las primeras noticias que se dieron – incluso por las autoridades máximas de la Ciudad – anunciaban restricciones aun más intensas.

3. Un fundamento curioso

La mentada resolución conjunta viene acompañada de extensos fundamentos, que no vale la pena reproducir. Pero uno de ellos es tan curioso que no podemos dejar de ponerlo de relieve. Nos referimos al párrafo en que se lee: "*Que se intenta reforzar la autonomía decisional y el autogobierno de cada adulto mayor en su disposición a salir y a correr los riesgos consecuentes*".

Es obvia la contradicción entre este pretense fundamento y el contenido de la medida, toda vez que lo que hace la Resolución Conjunta es exactamente lo contrario, esto es limita significativamente la autonomía personal, como lo va a destacar con todo acierto la sentencia dictada por el Juez de la Ciudad que entendió en el amparo propuesto contra ella.

Pero lo expuesto aparece todavía más incomprensible cuando a continuación los considerandos de la misma Resolución Conjunta exponen literalmente lo siguiente: *“Que se entiende razonable generar mecanismos que fomenten una especial protección de las personas mayores en pos de morigerar el impacto que pudiera tener la enfermedad en este grupo, **entre los cuales es preciso establecer un proceso de mayores cuidados para reducir los desplazamientos, aun aquellos mínimos e indispensables tales como aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos e incluso pasear sus mascotas**”* (énfasis añadido).

Evidentemente, o la medida se propone reforzar la autonomía o persigue reducir los desplazamientos a mínimos e indispensables; los dos objetivos al mismo tiempo no son compatibles.

Este discurso sirve solamente para reflejar la ligereza con que se legisla sobre cuestiones fundamentales.

III. El caso

4. Planteo de inconstitucionalidad

El Sr. Silvano Lanzieri propuso una acción de amparo contra la Resolución Conjunta por ante el Juzgado de 1ra Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 14 . Varios coactores se sumaron a la acción. Funda su pretensión en la violación de derechos y garantías amparados por la Constitución Nacional y Tratados de Derechos Humanos constitucionalizados, incluyendo a la Convención sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, aprobada por la ley Nacional N° 27.360, del año 2017.

5. La defensa de la Ciudad de Buenos Aires

El Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires argumentó que al no existir sanción alguna, no hay agravio constitucional ni necesidad de medida cautelar o amparo, ya que la mera necesidad sin consecuencias termina siendo una simple sugerencia. Dice que la Resolución atacada tiene la intención de brindar contención a las personas de 70 años o más, identificando aquellas situaciones que puedan ser resueltas con la colaboración de la sociedad para evitar la salida a la vía pública de la población de riesgo.

6. La sentencia

La sentencia dictada por el Juez Lisandro Ezequiel Fastman declara la inconstitucionalidad de los arts. 2 y 3 de la Resolución Conjunta por considerar que la imposición a los adultos mayores de 70 años de una comunicación previa para realizar desplazamientos mínimos, resulta una exigencia más gravosa para ese colectivo de personas que para el resto de la población, que extralimita los contornos de las medidas de aislamiento del conjunto de los habitantes. Como tal, debe ser analizada bajo lo que la doctrina y la jurisprudencia han tenido a bien caracterizar como “categorías sospechosas”, esto es las comprensivas de aquellos supuestos en los que el legislador establece distinciones a partir de determinados factores, las que

pueden responder a prejuicios o estereotipos que tienen el efecto de excluir del legítimo ejercicio de un derecho a categorías enteras de personas. Típicos ejemplos de esta categorización son los de raza y religión. Pero, señala la sentencia, en épocas más recientes, la noción fue extendida a las distinciones de género, y a otras tales como la discapacidad. Y concluye que en estos especiales supuestos, la presunción de inconstitucionalidad que rige sobre tales decisiones solo podría eventualmente ser superada si el Estado ofrece una prueba de suficiente entidad sobre los fines que habría intentado resguardar y sobre los medios que ha utilizado.

Y recordando la “Declaración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1/20”, dictada el día 9 de abril de 2020, bajo el título: “Covid-19 y Derechos Humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales”, el pronunciamiento judicial concluye que la medida –más allá de sus buenas intenciones - importa una discriminación en razón de la edad, que vulnera los derechos y las garantías del grupo etario al cual se encuentra destinada, al imponer una exigencia mayor y distintiva del resto de la población. En síntesis, la sentencia argumenta que están aquellos que cumplen tareas esenciales y pueden seguir circulando para desempeñarlas, con el permiso correspondiente; por el otro, están las excepciones generales a partir de las cuales la mayoría de los ciudadanos podemos salir a adquirir bienes de primera necesidad y, a partir de esta nueva norma local, existiría un nuevo grupo, con mayores restricciones a sus libertades individuales, y para quienes el aislamiento pasaría a tener una intensidad superior. Desde la óptica judicial ello conlleva una lesión a los derechos y garantías constitucionales ya reseñados y, como tal, no supera el test de constitucionalidad.

Ello así pues – concluye el juez - con la herramienta planteada se disminuye la autonomía personal y la capacidad de decisión, solo en función de la edad.

IV. Juicio crítico

Anticipamos que la sentencia nos parece excelente y sus fundamentos son los apropiados para el caso, pues el pronunciamiento se soporta en dos pilares: el principio de autonomía personal y la igualdad, los cuales son parte de nuestro modelo constitucional y se proyectan en el derecho privado, tal cual lo exponemos en los párrafos que siguen.

7. El modelo constitucional argentino

El modelo constitucional argentino está comprometido con el espíritu liberal ¹ e individualista, y se afilia al modelo de la democracia, porque propone un sistema de gobierno que asegure la alternancia de los integrantes de los distintos poderes electivos y establece la separación de poderes como uno de los principios esenciales².

¹ V. entre muchos: GARGARELLA, Roberto, “De la alquimia interpretativa al maltrato constitucional”, JA 2007-II-fasc. 2 del 11/4/2007.

² La división de poderes debe ser vista en los tiempos actuales de un modo diferente a como lo fue en su origen. Enseñan los constitucionalistas más destacados de Argentina que la división de poderes nació como una suerte de aislamiento de cada uno de los poderes

De este modo, opera como un mecanismo que evita la tiranía. A partir de la reforma de 1957 se ha agregado al modelo el componente social con la introducción del art. 14 bis; y con la reforma de 1994 se ha incorporado la visión de los derechos humanos,

Esto no supone afirmar que el modelo constitucional opere en la práctica de manera eficiente. Durante mucho tiempo las garantías y derechos reconocidos por la Constitución han estado suspendidos y a veces violados sistemáticamente; la división de poderes, arrasada; la elección y alternancia de los funcionarios, suprimida por la fuerza, etcétera.

Desde 1983 se observa una práctica constitucional acorde con el modelo constitucional ³. El objetivo es entonces conservar esa práctica y evitar a toda costa grietas en el modelo

Para ello debemos asumir cuáles son los principios o ideas fundamentales de la democracia liberal y ver cómo estos se proyectan en las distintas ramas del derecho positivo, en particular en el derecho privado.

8. Reconocimiento de este modelo en la jurisprudencia de la CS

En la sentencia dictada en la causa “Asociación Lucha por la Identidad Travesti Transexual” —dictada en noviembre de 2006—, la Corte dio algunas definiciones realmente trascendentes ⁴.

En lo que concierne concretamente al ideario liberal y democrático de la Constitución, la Corte —remitiéndose al precedente Portillo ⁵ y aun superándolo— dijo: *“La restauración definitiva del ideal democrático y republicano que plasmaron los constituyentes de 1853 y profundizaron los de 1994, convoca a la unidad nacional en libertad, pero no a la uniformidad u homogeneidad. El sentido de la igualdad democrática y liberal es el del derecho a ser diferente, pero no puede confundirse*

respecto de los otros con una suerte de conflicto interno permanente sobre sus competencias. Hoy la concepción dialógica del derecho constitucional impone considerar al principio de división de poderes bajo el signo de la colaboración recíproca. Así lo han destacado recientemente Roberto Gargarella y Juan V. Sola en la mesa redonda organizada por la Facultad de Derecho de la UBA de la que participaron los profesores titulares de Derecho Constitucional; disponible en <https://m.youtube.com/watch?v=0Aq3NPFuzu8&feature=youtu.be>

³ El capítulo II de la obra de NINO, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional*, 2ª ed., Buenos Aires, 2002, nro. 33, a quien seguiremos en esta exposición, se denomina “Hacia una reconstrucción de la práctica constitucional argentina en materia de derechos y garantías”, a partir de p. 215.

⁴ CS, 21/11/2006, “Asociación y Lucha por la Identidad Travesti Transexual”, LL del 4/12/2006, 5, con nota de Javier E. AYUSO y Agustín GRIFFI - DJ del 6/12/2006, 1011 - Imp., 2006-23-24, 2991; LL del 11/12/2006, 7, con nota de Andrés GIL DOMÍNGUEZ; LL del 5/2/2007, 7, con nota de Laura J. CASAS y Alfredo M. ESPÍNDOLA.

⁵ CS, “Portillo”, Fallos 312:496.

nunca con la 'igualación' que es un ideal totalitario. El art. 19 de la Constitución Nacional, en combinación con el resto de las garantías y los derechos reconocidos, no permite dudar del cuidado que los constituyentes pusieron en respetar la autonomía de la conciencia como esencia de la persona —y, por consiguiente, la diversidad de pensamientos y valores— **y no obligar a los ciudadanos a una uniformidad que no condice con la filosofía política liberal que orienta a nuestra Norma Fundamental**" (tercer párrafo del considerando 19) (destacado añadido).

9. Breve noticia acerca del liberalismo asumido por la Constitución. Distinción con el neoliberalismo.

Antes de entrar a exponer los principios fundamentales del liberalismo político, es preciso aclarar que lo que en la Argentina se conoce (y que de antemano se condena) como *liberalismo* y más concretamente como *neoliberalismo*⁶ no tiene nada que ver con el concepto de liberalismo que vienen desarrollando desde hace siglos la filosofía política y el constitucionalismo democrático y que encuentra sus raíces teóricas más profundas en KANT y en LOCKE y, en general, en las ideas de la Ilustración⁷.

Como explica Carlos Santiago NINO, a quien seguimos en estos párrafos, el liberalismo es una idea que puede definirse por exclusión y por determinación de sus principios fundamentales⁸.

Implica la exclusión de toda doctrina totalitaria, entre las cuales se identifican el perfeccionismo y el colectivismo⁹. En este sentido, *el liberalismo es lo contrario del totalitarismo*.

Y de él resultan algunos principios fundamentales que estructuran la sociedad liberal, y que —como mínimo— son los siguientes:

- toda autoridad o convención social es susceptible de ser sometida a crítica¹⁰;
- la neutralidad moral del Estado frente a las perspectivas morales de cada uno;
- la autonomía personal;
- la inviolabilidad de la persona;
- la tolerancia;
- la dignidad personal;
- la igualdad.

6 En estos días la viceministro de Educación afirmó que la responsabilidad del Covid 19 es del neoliberalismo...

7 Sobre los aportes de la Ilustración al sistema de vida occidental: PINKER, Steven, *Enlightenment now*, Dutton, 2018

8 NINO, ob. cit., p. 211.

9 NINO agrega el determinismo normativo; pero, como él expresa, es esta una posición más filosófica que política; tiene reflejo en algunas corrientes elitistas, tanto de izquierda como de derecha, pero no ha tenido una presencia significativa en nuestra vida política y, por ende, en nuestra práctica constitucional.

10 Salvo, acota NINO, la práctica misma de criticar; en otras palabras, no es aceptable para nuestra concepción de la vida social que se cuestione el derecho por criticar, pues tal cuestionamiento afectaría a un presupuesto de la práctica posiluminista de la discusión moral: NINO, ob. cit., p. 164.

10. El principio de autonomía o autodeterminación

Entre los principios que emanan del liberalismo político y democrático que asume nuestro modelo constitucional, nos vamos a referir de manera especial, al de autonomía o autodeterminación pues es – como ya dijimos – uno de los pilares sobre los cuales se construye la sentencia en comentario.

La autodeterminación es una consecuencia de los principios de neutralidad y tolerancia. Consiste en que cada individuo es libre de establecer su propio proyecto de vida y reconoce un espacio sustancial a la independencia personal, inmune a la coerción por voluntad de los demás; aunque siempre existirán formas de vida prohibidas si estas atentan contra las libertades o derechos de los demás¹¹.

Ya hemos expuesto que en el caso ALIIT la Corte alude al derecho a ser diferente y considera la “igualación” impuesta como ajena al sistema liberal al que adscribe la CN (consid. 19, tercer párrafo).

Con ello reconoce la autonomía personal como un contenido esencial de nuestra Constitución.

A ello puede agregarse que, haciendo referencia a la sentencia de la Cámara Civil que contenía conceptos peyorativos hacia la minoría que reclamaba su derecho a asociarse, la Corte dijo: “... la decisión apelada ha intentado reemplazar las opciones éticas personales cuya autonomía reconoce el art. 19 de la Ley Suprema” (consid. 19, segundo párrafo, *in fine*). En otras palabras, los jueces no pueden sustituir las elecciones éticas de una persona por las propias, aunque estas les “parezcan mejores”.

En el caso “Arriola”, la Corte es contundente en esta materia al decir que “... el Estado tiene el deber de tratar a todos sus habitantes con igual consideración y respeto y la preferencia general de la gente por una política no puede reemplazar las preferencias personales de un individuo (DWORKIN); a esto LORENZETTI agrega: “... el Estado no puede establecer una moral; en lugar de ello debe garantizar un ámbito de libertad moral y las penas no pueden recaer sobre acciones que son ejercicio de esa libertad.”; y FAYT también se expresa diciendo: “Como clara aplicación del principio de reserva y de la garantía de autonomía moral de la persona, consagrados en el art. 19 de la Constitución Nacional, no puede imponerse pena a ningún individuo en razón de lo que la persona es, sino únicamente en razón de lo que la persona haya hecho...”; concluye ZAFFARONI al exponer “... la sociedad no tiene la misión de hacer reinar la moralidad en las acciones privadas...”¹².

El reconocimiento más explícito del principio de autonomía – y que adquiere especial relevancia en estos tiempos de pandemia- aparece muy claro en la muchas veces

11 DWORKIN, Ronald, *La Comunidad Liberal*, trad. de Claudia Montilla, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre Editores, Santa Fe de Bogotá, Colombia., 1996, p. 77.

12 CS, “Arriola”, 25/8/2009.

comentada sentencia dictada en el caso “Bahamondez”¹³, en el que el voto de los jueces Fayt y Barra dijo que “... el art. 19 de la Constitución Nacional (...) concede a todos los hombres una prerrogativa según la cual pueden disponer de sus actos, de su obrar, de su propio cuerpo, de su propia vida, de cuanto les es propio...”, expresión que se reitera en el voto de Fayt en “Arriola”, sentencia en la cual el voto del Dr. Lorenzetti resume magistralmente la idea al decir “que toda persona adulta es soberana para tomar decisiones sobre el estilo de vida que desea”.

La autonomía rechaza los paternalismos (y naturalmente los perfeccionismos). Así lo señala el voto de la Dra. Argibay en “Arriola” diciendo, con cita de Carlos NINO: “Es precisamente este tipo de justificaciones paternalistas o perfeccionistas, de la interferencia gubernamental, la que es repelida por el principio sentado por el art. 19 de la Constitución Nacional”.

La autonomía personal también ha sido correctamente destacada por el juez Lorenzetti en su voto en la causa “Mujeres por la Vida”. Dijo allí que el art. 19 de la CN asegura no solo la libertad de los actos privados, sino también la libre elección de estilos de vida, sin que el Estado o los particulares puedan interferir en esa elección¹⁴.

De modo pues que la autonomía constitucionalmente reconocida autoriza a la persona a tomar las decisiones relacionadas con su vida personal, incluyendo aquellas que se refieren a su salud, en la medida que no dañe o cause peligro a terceros. De allí que – como veremos seguidamente – es necesario el consentimiento informado de la persona para someterla a un tratamiento médico de cualquier naturaleza, aun cuando la posible negativa pueda significar un peligro para su vida. La excepción a esta exigencia del consentimiento son las vacunaciones obligatorias. Y, en la situación actual causada por la pandemia, se justifican limitaciones necesarias, adecuadas, proporcionales al objetivo, limitadas en el tiempo, informadas a la ciudadanía y sujetas a control, como lo expuso con toda precisión Delia Ferreira Rubio¹⁵

11. El principio de autonomía en el derecho supranacional

Además de las convenciones y tratados generales o particulares que obviamente consagran el principio de autonomía, queremos destacar la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (A-70), la cual expresamente reconoce entre sus principios generales a: “... La dignidad, independencia, protagonismo y **autonomía** de la persona mayor;... **La igualdad y no discriminación**...” (art. 3, incisos c) y d)).

¹³ CS, Fallos, 316:479.

¹⁴ CS, 31/10/2006, “Mujeres por la Vida. Asociación Civil sin Fines de Lucro —filial Córdoba— v. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación”, LL 2006-F-464, LL del 1/12/2006, 5, con nota de Claudio D. GÓMEZ.

¹⁵ En La Nación del 4.5.2020, disponible en

<https://www.lanacion.com.ar/politica/coronavirus-delia-ferreira-rubio-la-emergencia-no-es-un-cheque-en-blanco-nid2361173>

Esta Convención ha sido ratificada por la República Argentina por ley 27360 del año 2017 y es invocada expresamente por la sentencia Lanzieri.

12. El principio de autonomía en el Código Civil y Comercial

Sin duda uno de los grandes méritos del Código Civil y Comercial es concretar en sus textos los principios constitucionales a que hemos aludido.

Si vale un ejemplo, la dignidad personal aparece expuesta de manera contundente en el art. 51 conforme al cual “La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad”. Es un precepto cuyo primera frase está tomada del Código Civil de Quebec¹⁶; él es el portal de ingreso a la regulación integral y sistemática de los derechos personalísimos que la doctrina reclamaba desde décadas atrás¹⁷.

En punto a la autonomía personal aparece reflejada en por lo menos tres grandes ámbitos.

a) La exigencia del consentimiento informado para actos médicos

La ley de derechos del paciente 26529, modificada por la ley 26742, dispone que “El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad”.

El CCyC ha seguido obviamente la misma dirección estableciendo en el art. 59 que “Nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento libre e informado, excepto disposición legal”¹⁸.

Las directivas anticipadas previstas en el art. 60 y las manifestaciones de voluntad relativas a las propias exequias (art. 61) constituyen también expresiones del principio de autonomía personal.

b) La capacidad de las personas menores de 18 años

Un ámbito en el cual la autonomía se expresa de manera muy clara es el de la capacidad de las personas menores de 18 años de edad. Cabe señalar que también

¹⁶ El vigente art. 10 del Code Civil de Québec dice: “Toute personne est inviolable et a droit à son intégrité”.

¹⁷ Rivera, Julio César, Hacia una regulación integral y sistemática de los derechos personalísimos”, LL 1983-D, 846; Cifuentes, Santos – Rivera, Julio César, “Anteproyecto de regulación integral de los derechos personalísimos”, ED 115-832

¹⁸ Este es el contenido esencial del precepto. Todo lo demás que trae el art. 59 es superfluo pues la enumeración de datos sobre los que debe versar la información es propia de la legislación especial y no del código; ella puede variar con el tiempo en función del avance de la ciencia. Lo mismo sucede con el art. 58

en esta materia hubieron avances anteriores pues las convenciones internacionales suscriptas y ratificadas por Argentina y las leyes que las pusieron en ejercicio¹⁹ contenían previsiones sobre ella y lo mismo la ya citada Ley de Derechos del Paciente que había extendido su vigencia a favor de los menores de edad (art. 2 modificado por la ley 26742)²⁰.

El CCyC es pródigo en el reconocimiento de la autonomía de los menores de edad. Así, el art. 26 dispone que la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico; le atribuye el derecho a ser oído en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona. Y a partir de allí contiene algunas reglas sobre capacidad sanitaria que no son demasiado felices pero, en lo que aquí importa, constituyen aplicaciones muy claras del principio de autonomía pues a partir de los 13 años los adolescentes deben prestar su consentimiento para ciertos tratamientos; y a partir de los 16 años la persona es considerada un adulto con relación a su propio cuerpo²¹.

El principio de autonomía personal se erige en uno de los pilares sobre los que se construye el régimen de responsabilidad parental. En este caso lo expone de manera explícita el inciso b) del art. 639²². De allí deriva que los menores de edad tienen derecho a participar en las decisiones que le conciernen, a intervenir en procesos judiciales con el abogado del niño, en los contratos que los padres celebren comprometiendo prestación de servicios (art. 682), etc.

c) La capacidad de las personas que padecen enfermedades mentales o adicciones

Si hay una materia en la cual las innovaciones del CCyC sobre la legislación precedente constituyen un avance significativo, ella es la de la situación jurídica de las personas que antes se conocían como enfermos mentales o insanos. El CCyC no solo ha suprimido esta terminología decimonónica sino que ha cambiado totalmente el enfoque. La idea que hoy campea es indudablemente la de restringir lo menos posible la autonomía de las personas que padecen enfermedades mentales o

19 Nos referimos obviamente a la ley 26061 denominada "...de protección integral de niños, niñas y adolescentes". Curiosamente este texto legal no usa la palabra "autonomía" para referirse a los múltiples derechos y garantías que atribuye a los niños, niñas y adolescentes, pero muchas de sus disposiciones son reflejo de ese principio constitucional recogido también en la Convención de Derechos del Niño

20 Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud

21 Es interesante señalar que algunas disposiciones tomadas durante la cuarentena causada en la pandemia se han olvidado de esta última regla. Así, para someterse al test voluntario que se implementó en algunas estaciones de tren la persona debe tener 18 años de edad.

22 Art. 639. Principios generales. Enumeración. La responsabilidad parental se rige por los siguientes principios: ...b) la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos.

adiciones. De allí que las limitaciones a la plena capacidad son excepcionales (art. 31 inc. b) y se extienden a determinados actos que el juez individualiza en la sentencia, *procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible* (art. 38).

De este modo el CCyC ha consolidado los alcances de la Ley de Salud Mental 26657²³.

12. Conclusiones sobre el principio de autonomía

Lo expuesto demuestra que la autonomía personal es un principio constitucional cuya vigencia efectiva ha sido recogida en la jurisprudencia de la CSN, consagrada en el derecho supranacional de los Derechos Humanos – incluso el constitucionalizado a partir de 1994 –, consolidada en la legislación anterior al CCyC y finalmente reflejada de manera clara y explícita en los textos del mismo CCyC.

Y, sin duda, una de las manifestaciones más evidentes de la autonomía personal es el derecho de las personas a disponer de su propio cuerpo – en vida y para después de la muerte – siendo por ello exigible su consentimiento informado para ser sometido a cualquier tratamiento médico. Es decir que en el ámbito de la salud también – y muy especialmente en él – rige plenamente el principio de autonomía.

La limitación a la autonomía personal en materia de salud radica en la posibilidad del daño a terceros. De allí que la doctrina y la jurisprudencia coincidan – como lo anticipamos – en la legitimidad constitucional de las vacunaciones obligatorias²⁴ y hoy en día en las medidas dispuestas con motivo de la pandemia siempre que satisfagan las exigencias a que ya hemos aludido, esto es, ser

23 Esta ley, entre otras disposiciones, establece: Artículo 152 ter: Las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias. No podrán extenderse por más de TRES (3) años y deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible.

24 V. 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”, Revista de Derecho de Familia y de las Personas, año 2, número 10, p. 249; Toller, Fernando M. - [D'Elía, Daniel](#)- [Fernández Santander, Adriel](#)- Prevenir es curar : pautas para la armonía entre libertad, patria potestad, derecho a la salud y potestad sanitaria del Estado, JA 2011-II-408

necesarias, adecuadas, proporcionales al objetivo, limitadas en el tiempo, informadas a la ciudadanía y sujetas a control

13. La limitación impuesta por la Resolución Conjunta es irrazonable?

Lo que venimos exponiendo nos obliga a entrar a una cuestión nuclear y no es otra que analizar si efectivamente la exigencia impuesta por la Resolución Conjunta es realmente una afectación irrazonable al principio de autonomía.

Hemos dicho que la limitación a la autonomía personal en materia de salud radica en la posibilidad del daño a terceros. Ese daño puede provenir de la posibilidad de contagiar a terceros y es lo que legitima medidas mucho más extremas como el aislamiento social preventivo y obligatorio que impuso el PEN por vía del Decreto 260/20. Pero ese confinamiento abarca a todas las personas y las exceptuadas lo son por razones plenamente justificadas.

Ahora bien; aquí se trata de una medida dispuesta solo para los mayores de 70 años e implica un agravamiento del confinamiento, pues trata de limitar incluso las salidas mínimas que todos pueden realizar como lo son aquellas necesarias para ir a comprar alimentos o medicinas.

Debemos entonces ponderar si esta medida en concreto está justificada en un posible daño a terceros.

Efectivamente puede encontrarse una suerte de daño potencial causado por las personas involucradas. De acuerdo con las estadísticas con que se cuenta, este grupo etario es de mayor riesgo que los más jóvenes, pues no sólo son aparentemente más propensos a contraer la enfermedad sino que además en ellos el efecto del virus es más intenso, generando casos más graves y que requieren con mayor frecuencia el uso de respiradores. De modo que el “daño” que este sector de la población puede causar es la saturación del sistema sanitario y en particular de los respiradores disponibles.

Hasta aquí parecería que debiéramos dar la razón a la Ciudad de Buenos Aires concluyendo entonces que la medida es adecuada y por ello supera el test de constitucionalidad.

Pero hay otro aspecto a considerar. Porqué solo los mayores de 70 años?. Porqué no los asmáticos, diabéticos, inmunodeprimidos, enfermos cardíacos, etc, esto es porqué no otros grupos de riesgo y solo los mayores de 70 años que pueden estar en perfecto estado de salud y ser por lo tanto menos potencialmente peligroso que un joven inmunodeprimido por estar tratándose de un cáncer.

Y esto es lo que la sentencia pondera para llegar a la conclusión de que la medida es irrazonable; que afecta solo a un grupo definido por su edad y en cambio no comprende a otros que pueden ser tan o más potencialmente peligrosos que aquél. En definitiva, la medida afecta mínimamente la autonomía pero lo hace conculcando el principio de igualdad; y pasamos a tratar ese punto.

14. La igualdad. El liberalismo igualitario

La sentencia hace foco en que la limitación al principio de autonomía se revela inconstitucional porque la Resolución Conjunta se aplica solo a un sector de la población, identificado por la franja etaria a la que pertenece, por lo que en definitiva crea una “categoría sospechosa” ante lo cual rige una suerte de presunción de inconstitucionalidad que la Ciudad no ha rebatido.

Ello nos impone considerar el principio de igualdad como dato crucial de nuestro sistema constitucional.

Ya hemos dicho que nuestra Constitución histórica adhirió al liberalismo político. Ahora bien, el liberalismo —en sus versiones contemporáneas— asigna gran importancia al valor igualdad (o fraternidad como sugiere denominarlo NINO), asumiendo que ello genera tensiones con el valor libertad.

Para entender acabadamente esta idea, es preciso distinguir dos alcances del valor igualdad²⁵.

Uno está dado por la *igualdad ante la ley*; el Gobierno debe tratar con igual consideración y respeto a todos los ciudadanos, y por supuesto todos gozan de los mismos derechos y garantías previstos por la CN y por las leyes. Pero esta formulación es programática; así, la Constitución habla del derecho a la vivienda digna, a la salud, al empleo, etc.; según esta concepción inicial, ello quiere decir que todos tienen el derecho de llegar a ser propietarios o de obtener asistencia médica o a recibir medicamentos; pero no significa que se deba dar una vivienda a quien no la tiene o medicamentos a quien no los pueda comprar.

El segundo alcance del valor igualdad consiste en que el Estado trate a todos como iguales en la distribución de ciertos recursos vinculados con las oportunidades, o al menos que intente asegurar el estado de cosas en el cual todos son iguales o más o menos iguales en ese aspecto.

Los dos alcances del valor igualdad son importantes.

El primero porque es claramente institucional; todos los hombres que habitan en el Estado tienen derechos y deben ser tratados igualitariamente por el Estado, cualesquiera sean sus concepciones o ideales políticos, religiosos, morales, o cual sea su concepción de la vida.

De aquí derivará uno de los principios básicos de un derecho liberal, el cual es la neutralidad moral del Estado.

²⁵ Seguimos aquí a DWORKIN, ob. cit., p. 21.

El segundo determina las acciones que el Estado tiene que llevar a cabo para que exista una real igualdad de oportunidades, para que se hagan efectivos los derechos y garantías de la CN.

En este punto es donde el valor igualdad entra en tensión con el valor libertad, pues supone que el Estado puede limitar la libertad de algunos para encontrar un camino hacia una mayor igualdad²⁶. Un caso típico es el de las acciones afirmativas o positivas, que el Estado propicia para alcanzar una mayor igualdad de oportunidades; en la Argentina es una acción positiva el cupo femenino para los cargos públicos electivos; limita la libertad de los hombres de ser candidatos y de los ciudadanos en cuanto les impone elegir a mujeres (un ciudadano musulmán debería votar a una candidata mujer que según su religión podría no ser elegible) y a la vez los priva de elegir a ciertos hombres que estarían en condiciones de ocupar un lugar en la lista si no fuera obligatorio incorporar a mujeres.

Esta segunda concepción de la igualdad, que tiene muchas otras proyecciones - entre otras que ahora sí el Estado puede estar obligado a entregar una vivienda a quien no la tiene y a mejorar la situación material de los menos favorecidos, etc. - distingue las posiciones liberales de las conservadoras, para las cuales el mercado distribuye la riqueza premiando el talento y el esfuerzo²⁷, lo que justifica la concentración de la riqueza y legitima la propiedad de todo lo que se haya adquirido, y no solo de una masa de bienes esenciales a la dignidad personal. Por ello los conservadores tratarán de proteger al propietario, reducir los impuestos, limitar la asistencia social y omitir toda acción positiva.

De este modo, lo que en la Argentina ha sido generalmente identificado como “neoliberalismo” no tiene nada que ver con el liberalismo político que inspira a la Constitución Nacional, y antes bien - como lo observa agudamente Carlos Nino - implica aludir a un “neoconservadurismo”.

En esta orientación un muy distinguido filósofo del derecho contemporáneo señala que el principio de igualdad está estipulado justamente porque somos diferentes, y su finalidad es tutelar esas diferencias; por lo que para la ley será lo mismo un cristiano que un musulmán o un agnóstico; un hombre que una mujer, un nacional que un extranjero. Y en un segundo plano somos desiguales; algunos tienen acceso a bienes materiales en exceso y otros no alcanzan niveles mínimos de subsistencia. En definitiva, dice este autor, *la igualdad está consagrada porque, de hecho, somos diferentes y desiguales, para la tutela de las diferencias y para tratar de suprimir o al menos achicar las desigualdades*²⁸.

26 Por más que, como es obvio, no se alcanzará una sociedad absolutamente igualitaria; sobre el punto, v. REVEL, ob. cit., ps. 239 y sigs.

27 Esto es característico de ciertas sociedades en las que predomina una cierta concepción ética: v. WEBER, Max, *Ética protestante*, Buenos Aires, 2004; en particular el capítulo “El espíritu del capitalismo”, a partir de p. 27.

28 Ferrajoli, Luigi, *Manifiesto por la igualdad*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez. Trotta, Madrid, 2019, cap. I, p.13.

a) La igualdad en el derecho supralegal

Es más que obvio que todo el derecho supranacional de los derechos humanos constitucionalizado consagra expresamente el principio de igualdad. No nos parece necesario transcribir disposiciones que son vastamente conocidas.

Pero señalamos que la sentencia en comentario destaca que en virtud del artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales los Estados Partes se comprometen a "... garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social". Y que a su vez, el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, prohíben toda discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Pero además razona sobre la base de los mismos instrumentos que Ciudad de Buenos Aires se ha dado a sí misma y que esta parece desconocer.

En efecto, el artículo 11 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, establece que "[s]e reconoce y garantiza el derecho a ser diferente, no admitiéndose discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o con pretexto de raza, etnia, género, orientación sexual, **edad**, religión, ideología, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psicofísica, social, económica o cualquier circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción o menoscabo."

Y más aun, en el art. 41 de la misma Constitución porteña, se lee que "La Ciudad garantiza a las personas mayores la igualdad de oportunidades y trato y el pleno goce de sus derechos. Vela por su protección y por su integración económica y sociocultural, y promueve la potencialidad de sus habilidades y experiencias...".

b) La igualdad en el CCyC

La igualdad se manifiesta, como ya lo hemos señalado, en dos planos: el de la igualdad ante la ley que exige al Estado tratar a todos los habitantes de manera igualitaria cualesquiera sean sus preferencias, circunstancias o condiciones; y el de las acciones positivas tendientes a modificar las pautas culturales de la sociedad que impiden la concreción efectiva de la igualdad en el goce y ejercicio de los derechos.

Obviamente, de la igualdad, así como de la tolerancia y de la autonomía personal, emana el deber de no discriminar en razón de la raza, religión, nacionalidad, sexo, orientación sexual, ideología, y algunos otros factores sensibles.

En el derecho privado, la igualdad se manifiesta hoy en la absoluta equiparación de los roles de los cónyuges en el matrimonio. Ella se exterioriza, además, en la regulación del apellido de los hijos y de los propios esposos (arts. 64 y 67)²⁹.

Cabe aquí señalar que las proyecciones de este principio se extienden al derecho de los contratos, pues puede considerarse una conducta discriminatoria no contratar a personas de determinada religión, raza o sexo. Sobre el punto la jurisprudencia ha considerado discriminatoria la política empresarial de no contratar mujeres para ciertos trabajos, así como no alquilar un inmueble a una persona por razón de su pertenencia a cierto credo³⁰.

Y, entendida la igualdad en el sentido que le dan RAWLS y otros autores, implica la necesaria tutela y promoción del mayor beneficio de los miembros menos aventajados de la comunidad; lo que en el ámbito del derecho privado importa:

— la generación de instituciones de protección y representación de las personas débiles, tales como los niños, mujeres, discapacitados, *aunque con el mayor respeto posible a su autodeterminación*; así se manifiesta con claridad en la regulación que el CCyC hace de las restricciones a la capacidad con base en una serie de pautas enumeradas en el art. 31;

— en el ámbito de las relaciones jurídicas patrimoniales, una cierta intervención del Estado a favor de las personas con menor poder de negociación, lo que se traduce en la limitación del papel de la autonomía de la voluntad y en algunos límites impuestos al ejercicio de los derechos subjetivos, como el abuso del derecho, la lesión, la imprevisión, en general considerados como derivaciones del principio más general de buena fe consagrado por el art. 9 CCyC. Por lo demás, el CCyC contiene reglas sobre los contratos por adhesión sujetos a condiciones generales predispuestas; y sobre contratos con consumidores que se consideran un piso de protección, lo cual es una derivación de los principios constitucionales establecidos en los arts. 42 y 43, CN. Esto puede decirse que es un reflejo de la igualdad en el segundo sentido que le asigna Ferrajoli, o sea, el de los derechos sociales que tienden a la disminución de las desigualdades

V. La emergencia no causa la suspensión de la Constitución

14. Las emergencias en la jurisprudencia de la CS

29 Ferrajoli señala como ejemplos de vulneración del principio de igualdad las disposiciones que establecían la potestad del marido sobre la mujer, excluían a la mujer de la administración de sus bienes, impedían la transmisión del apellido materno a los hijos, el luto viudal que impedía a la mujer casarse antes de los 300 días del cese del anterior matrimonio, etc.: cit., p. 27. En el derecho argentino todas esas reglas discriminatorias han desaparecido.

30 CNCiv., sala H, 16/12/2002, "Fundación Mujeres en Igualdad c/ Freddo SA"; CS, 20/5/2014, "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva SRL y otros si amparo", Fallos 337:611; CNCiv., Sala J, 11/10/2006, JA 20/12/2006.

Es bien sabido que Argentina “vive” en emergencia; en el año 2002 la emergencia fue establecida por ley y su vigencia prorrogada por años. En el momento actual también rige una ley de emergencia 27541 sancionada el 21 de diciembre de 2019.

Pero lo cierto es que las emergencias no nacieron con el siglo XXI, sino que tienen una larga prosapia³¹ y la jurisprudencia de la CSN ha sido generosa en el reconocimiento de las medidas adoptadas por diferentes gobiernos invocando su existencia; así, desde la sentencia Ercolano (1922), pasando por Avico (1933) hasta Peralta (1990) y luego Massa, Rinaldi y una decena más como mínimo³². Seguramente los constitucionalistas coincidirán en que el fallo Peralta³³ constituye una prueba irrefutable de esa condescendencia del Poder Judicial hacia los efectos de la emergencia.

Pero pese a la jurisprudencia tan condescendiente de la CSN, debemos reivindicar como principio que ello no significa que la Constitución entre en suspenso en las emergencias. Esa es la doctrina del fallo de la CSN dictado en 1927 en la causa *Compañía Azucarera Tucumana c/Pcia de Tucumán*³⁴. En él la CSN dijo: *“Que la Constitución es un estatuto para regular y garantizar las relaciones y los derechos de los hombres que viven en la República tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra y sus provisiones no podrían suspenderse en ninguna de las grandes emergencias de carácter financiero o de otro orden en que los gobiernos pudieran encontrarse. La sanción de una ley, aun de emergencia, presupone, pues, el sometimiento de la misma a la Constitución y al derecho público y administrativo del Estado en cuanto éste no haya sido derogado. Si la calificación de Emergencia Económica I 51 ley de emergencia atribuida a la del año 1919 o el derecho de hacerse transitoria, fueran motivos suficientes para considerar derogadas la cláusula del art. 13, no se ve cuando tendría esta aplicación, desde que como se ha dicho, todas las leyes de impuestos se fundan en general en urgencias económicas de que se hace derivar la emergencia y son o pueden ser transitorias”*.

De modo pues que las leyes y por supuesto las otras disposiciones de inferior rango – decretos, ordenanzas, etc. – están sujetos al control de constitucionalidad.

Y aunque somos conscientes de que nos alejamos del propósito inicial de limitarnos a comentar la sentencia del caso Lanzieri, no podemos dejar de mencionar que la Ley N° 26.122 regula el trámite y los alcances de la intervención del Congreso para ejercer el control de los Decretos de Necesidad y Urgencia. Esa ley dispone que la

31 Sigue teniendo vigencia un trabajo que publicamos en el año 2002: “Introducción histórica comparativa al estudio de la crisis”, LL 2003-B-1028

32 Para una síntesis de la evolución jurisprudencial: Hernández, Antonio María, El Caso “Massa” y el regreso a la jurisprudencia convalidatoria de la emergencia económica, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, disponible en <http://www.acader.unc.edu.ar>; Ibarlucía, Emilio A., *La pesificación de las obligaciones ajenas al sistema financiero. Las distintas soluciones arbitradas por la Corte Suprema*, LL 2008-D, 272, Cita Online: AR/DOC/1499/2008

33 CSN, 27.12.90, Fallos 313-1513

34 CSN, 14/12/1927 - Fallos: 150:150

Comisión Bicameral Permanente prevista en los artículos 99, inciso 3, y 100, incisos 12 y 13 de la Constitución Nacional tiene competencia para pronunciarse respecto de la validez o invalidez de los Decretos de Necesidad y Urgencia (art. 10), debiendo incluso abocarse de oficio a su tratamiento en el caso de que el Jefe de Gabinete no hubiera remitido los decretos en el plazo establecido en la ley (art. 9). En ese caso el plazo de diez días hábiles para dictaminar, se contará a partir del vencimiento del término establecido para la presentación del Jefe de Gabinete. No está demás recordar también que conforme al art. 6 de esa ley la Comisión Bicameral Permanente cumple funciones *aun durante el receso* del Congreso de la Nación.

Más aun, si la Comisión no se expidiera dentro del plazo, la misma ley dispone que las Cámaras se abocarán al expreso e inmediato tratamiento del decreto de que se trate de conformidad con lo establecido en los artículos 99, inciso 3 y 82 de la Constitución Nacional. Y conforme al art. 22 las Cámaras se pronuncian mediante sendas resoluciones. El rechazo o aprobación de los decretos deberá ser expreso conforme lo establecido en el artículo 82 de la Constitución Nacional debiendo cada Cámara comunicar a la otra su pronunciamiento de forma inmediata.

Como es obvio nada de esto se cumplió en los plazos previstos en la legislación. Es más, el país asistió atónito a la paralización – desaparición – del Poder Legislativo – que recién sesionó el 14 de mayo – y del Poder Judicial, por lo que todas las atribuciones del Gobierno se concentraron exclusivamente en el Poder Ejecutivo. Y más aun, a una insólita acción meramente declarativa propuesta por la Vicepresidente de la Nación ante la Corte Suprema de la Nación, que recibió un rechazo más bien condescendiente de nuestro Tribunal Cívero

Con lo cual podemos concluir que la pandemia tiene por efecto poner en suspenso la Constitución, dando la suma del poder público al Poder Ejecutivo, mientras los otros dos poderes están en feria...o más o menos.

Pero la situación por la que estamos pasando no solo es irregular por la falta de – o por lo menos notoria morosidad – en el control de los DNU por parte del Poder Legislativo y la ausencia con aviso del Poder Judicial, sino también porque el PEN avasalla competencias provinciales y municipales, en la medida que absorbe de manera excluyente una competencia – la policía sanitaria – que es concurrente con las provincias y municipios³⁵. Y, por el otro lado, también vemos excesos cometidos

35 En esta orientación se dice: “...el poder de policía de salubridad concierne a una atribución concurrente entre las esferas nacionales, provinciales y municipales. Sin embargo, para absorberla no basta con que el Estado Nacional deba responder a una situación de gran escala que torne eficaz una regulación general y universal en la materia, e ineficiente a cualquier otra que se le superponga o contradiga. Es necesario justificar de manera adicional la ruptura del sistema federal de gobierno y la supresión de las competencias locales, mediante el concurso legislativo, general y universal que sólo el Congreso puede imponer...Y aun cuando la pandemia de COVID-19 obliga a admitir su excesiva gravedad, ello no equivale

por autoridades locales, como intendentes que disponen impuestos sobre campos, cortan rutas nacionales, aunque quizás los casos más patéticos sean el del Concejo Deliberante de Puerto Iguazú que dispuso el cierre de la frontera – antes de que lo hiciera el gobierno nacional – y el de Chubut donde el ministro de seguridad dispuso prohibir el ingreso de cualquier persona al territorio provincial...mientras el Gobernador estaba en Buenos Aires reunido con el Presidente...!

En fin, la pandemia está justificando un verdadero caos institucional en el cual la Constitución Nacional parece estar realmente suspendida !

VI. Conclusiones sobre la sentencia Lanzieri

La sentencia ha conjugado muy bien los distintos elementos en juego. Por un lado, nadie puede discutir que la pandemia es un hecho absolutamente excepcional por poner en riesgo la salud y aun la vida de la población. Lo que de por sí justifica que los gobiernos – en ejercicio de las facultades concurrentes que en materia sanitaria atribuye la CN – adopten medidas que limiten algunos de los derechos y garantías constitucionales. Incluso de modo mucho más intenso que la Resolución Conjunta, como es más que obvio.

Pero ello no excluye que esas medidas deben ser razonables y que están sometidas al control de los tribunales en cuanto a su constitucionalidad pues ninguna emergencia permite suspender la vigencia de la Constitución.

Y, en el caso concreto, la medida – en tanto dirigida exclusivamente a un sector de la población identificado por su pertenencia a un grupo etario – no supera el test de constitucionalidad por afectar discriminatoriamente el principio de autonomía.

De este modo la sentencia ha hecho una aplicación muy clara de los principios del liberalismo político en su versión más actual, haciéndose eco además de una idea rectora definida desde antaño por la CSN: la Constitución Nacional nunca entra en suspenso, sea cual fuere la emergencia de que se trate. Así lo dice explícitamente la sentencia, cuando aclara que se pronunciará “... *sobre la concordancia o no de la norma en particular, con el resto del ordenamiento jurídico, y las normas de mayor jerarquía, en tanto, al día en que se dicta la presente, continúa vigente el Estado de*

a aceptar que la facultad de salubridad pueda desplazar la competencia legislativa penal y las salvaguardias que la Constitución Nacional contiene en favor de las provincias para autorregular, como les plazca, su contención localista, más allá de que hacerlo de otro modo diferente a como lo está implementando la Nación —que lo ha planteado mejor que casi todos los países del mundo— sería suicida, pero no invalida en ningún plano sus competencias constitucionales”: [Díaz Lacoste, Alejandro “El resguardo del Estado de derecho ante el estado de pandemia. Los aspectos prima facie inconstitucionales de los DNU dictados por el Poder Ejecutivo Nacional”, LL 5/5/2020, Cita Online: AR/DOC/1385/2020,](#)

Derecho y las garantías constitucionales, y es precisamente en ese rol que se controlará la disposición, puesto que es la función principal que atañe a la rama judicial del Estado, y el último bastión al que pueden acudir los habitantes a fin de reclamar por los derechos que estiman conculcados”.

En resumen: la Resolución Conjunta afecta de manera muy ligera la autonomía de los adultos mayores, y si en vez de limitarse a ellos se hubiera extendido a otros grupos de riesgo, nadie podría cuestionarla seriamente.

Pero la importancia de esta sentencia radica en que ella, como otras dictadas por poco conocidos jueces de primera instancia de distintas jurisdicciones³⁶, rescatan la vigencia de la Constitución, someten las decisiones de los distintos estamentos de gobierno al control de constitucionalidad y reivindican la eficacia de los principios propios del constitucionalismo liberal igualitario que inspiran a nuestro Texto Supremo.

Como alguna vez le respondió su vecino a Federico II de Prusia: todavía hay jueces en Berlín. Y eso da alguna esperanza de que algún día recobremos las instituciones de la República.

36 También es valiosa la sentencia del Juez Federal de Formosa dictada en autos Davis, Juan Eduardo y otros s/ Habeas Corpus, 26/04/2020, Cita Online: AR/JUR/14779/2020