

*“Ahora más que nunca y en adelante, estamos todos en 'el mismo barco'”<sup>1</sup>*

## **NOCIONES SOBRE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO CON ESPECIAL REFERENCIA A LAS NORMAS QUE SE DICTARON PARA CONTENER Y MITIGAR LA EXPANSIÓN DE LA PANDEMIA DE COVID-19**

María Alejandra de Madariaga\*

El presente trabajo tiene por objeto analizar las normas dictadas por el Estado a nivel local en el año 2020 para contener y mitigar la expansión de la pandemia de la enfermedad causada por el virus identificado como COVID-19, y contrastarlas con hipotéticos casos de demandas por daños y perjuicios, con el objetivo de hacer un aporte de criterios para una equitativa resolución.<sup>2</sup>

Las normas objeto de análisis se dictan en un contexto caracterizado por su alcance planetario y por la cantidad de información científica producida desde que se desarrolló el riesgo en China, a fines de 2019. Los autores coinciden en definir la situación como excepcional.<sup>3</sup>

El punto de partida es la pregunta ¿el Estado estaba obligado a dictar estas normas? La respuesta es afirmativa a la luz de las atribuciones constitucionales y el principio precautorio.

Afirmada la obligación del Estado de dictar normas que tienen por efecto la restricción de algunos derechos, surge la segunda pregunta ¿el Estado debe responder por los daños que genera esta actuación lícita? La respuesta a la luz de las normas, jurisprudencia y doctrina es

---

\* MARÍA ALEJANDRA DE MADARIAGA. Directora de Asesoramiento de Personal de la Secretaría Legal y Técnica del Poder Ejecutivo- Provincia de Formosa; Especialista en Derecho Administrativo (UNNE); Diplomado Post-Magistral de Derecho Administrativo Profundizado (Universidad Austral). Maestrando en Maestría en Política y Gestión de la Discapacidad e Inclusión Social (UGR). Profesorado Universitario en curso (UGR).

<sup>1</sup> Dominic Desroches, en “Gestión del Riesgo y Aceleración del Tiempo” en La Humanidad amenazada: gobernar los riesgos globales. Innerarity D. y Solana J. (eds)- Paidós-Madrid, 2011. Pág. 47.

<sup>2</sup> Adelantamos nuestra conclusión de postular soluciones acordes a la naturaleza del derecho debatido aun cuando no existan normas positivas protectorias.

<sup>3</sup> Han caracterizado el panorama actual como “incierto” (CICERO N., “La pandemia del coronavirus y la responsabilidad estatal: escenarios actuales y futuros” La Ley 24/08/2020, AR/DOC/2671/2020); como una “problemática por demás compleja y de aristas múltiples, generada por una crisis sanitaria de ribetes excepcionales” (PERRINO P. – SANGUINETTI J. “La responsabilidad patrimonial del Estado por su actuación en el marco de la pandemia de COVID-19”, en La Ley RDA 2020-130, 04/08/2020, 220, AR/DOC/2343/2020). Las normas generales “no dan una respuesta específica ni clara a las cuestiones que plantea una crisis tan insólita como la que estamos experimentando, pues no han sido pensadas para semejantes situaciones (...) Esta crisis y las medidas adoptadas para hacerle frente son tan extraordinarias que resulta sumamente complicado encontrar en la jurisprudencia de nuestros Tribunales sentencias dictadas en casos análogos que proporcionen una base firme sobre la que podamos apoyarnos con seguridad” (DOMÉNECH PASCUAL G. “RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR LA GESTIÓN DE LA CRISIS DEL COVID-19” publicado en El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, N°. 86-87, 2020 (Ejemplar dedicado a: Coronavirus y otros problemas), págs. 102-109).

negativa. Aún ante los planteos sobre la previsibilidad de los daños y la ausencia del deber jurídico de soportarlos, no se configuran los presupuestos de la responsabilidad estatal.

Sentadas tales reglas generales, sin embargo, hemos de concluir que el Estado responde por su actuación lícita en aquellos casos en que se demuestre la existencia de un sacrificio especial diferenciado de carácter excepcional. La regulación sanitaria ha ido creando grupos de actividades permitidas y de actividades prohibidas, por lo que a los fines de analizar el factor de atribución del sacrificio especial y sortear a su vez el valladar del deber jurídico de soportar el daño, el caso debe ser la excepción en la excepción, es decir, el ejercicio del poder de policía sanitario desplegado por la emergencia debe causar un daño diferenciado del resto de las personas incluidas en el mismo grupo de actividades prohibidas o reguladas con diversos protocolos.

Esto nos lleva a sostener que el juez ante demandas contra el Estado por daños derivados por su actuación lícita durante la pandemia deberá efectuar una especial ponderación en cada caso concreto, tomando especialmente en cuenta aquellas situaciones de vulnerabilidad que merezcan una respuesta equitativa. Además, hemos de advertir la necesidad de prudencia judicial para que las sentencias no constituyan una sustitución de la autoridad instituida por la Constitución para decidir sobre la materia.

## 1. EL PUNTO DE PARTIDA: EL PRINCIPIO PRECAUTORIO

La ley de Presupuestos Mínimos de protección Ambiental, N° 25.675, establece en su art. 4° los principios de la política ambiental, y entre ellos se refiere al principio precautorio en los siguientes términos: “cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente”.<sup>4</sup>

Desde el punto de vista del análisis de la razonabilidad de un acto administrativo en orden a su necesidad<sup>5</sup>, cuando todas las alternativas están claramente definidas ante el decisor la

---

<sup>4</sup> Por su parte el principio 15 de la Declaración de Río de Janeiro de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (1992) expresa que: “Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”

<sup>5</sup> Se ha dicho que uno de los subprincipios de la razonabilidad es el de necesidad. Desde esta perspectiva, la evaluación de la necesidad de una intervención restrictiva de derechos convoca un análisis de eficiencia. En este sentido, se sostuvo que es equiparable al óptimo de Pareto, en teoría económica, según el cual una situación es eficiente sin desmejorar la posición de otro (conf. Sofía Lourdes Bonel Tozzi en “Responsabilidad del Estado, entre la licitud e ilicitud de la regulación. A propósito del aislamiento ante el COVID-19” publicado en el Dial el 31/08/2020. elDial.com – DC2BDB). Frente a esta afirmación nos preguntamos si, en el modelo propuesto, una medida puede ser eficiente pero inequitativa. “El conflicto entre la eficiencia y la equidad es una de las cuestiones más profundas relacionadas con los valores a las que se enfrenta la sociedad (...) No existen respuestas correctas a este respecto. Se trata de cuestiones normativas a las que responden los votantes democráticos o los planificadores autocríticos en el terreno político. La economía no puede decir qué medidas debe tomar un gobierno para mejorar la equidad, pero puede aportar algunas ideas sobre la eficiencia de las diferentes medidas posibles que influyen en la distribución de la renta y del consumo” (conf. Samuelson P.A. y Nordhaus W.D. Economía. Decimocuarta Edición. Ed. McGraw-Hill. Madrid, España, 1993. Pág. 185). La economía no puede tomar estas decisiones. Los jueces ¿podrían tomar estas decisiones en base al texto constitucional de los Estados

respuesta parece decantar conforme al curso normal y previsible de las cosas. Un juez al analizar si otorga o no una medida cautelar para prevenir un daño tiene a la vista un caudal probatorio que le permite afirmar con un específico grado de certeza que el daño va a producirse, concluyendo en la necesidad de su intervención. En la misma situación puede hallarse el administrador o funcionario decisor, y entonces estamos en condiciones de juzgar la licitud por la inexorable obligación de actuar para evitar el daño y en la opción por la alternativa menos restrictiva de derechos. A esta zona la podemos llamar “zona de peligro de daño”.<sup>6</sup>

La precaución, en cambio, actúa en la zona del riesgo<sup>7</sup>. Las medidas precautorias se toman para evitar entrar en la zona peligrosa. El principio reconoce que hay límites al conocimiento humano, que hay incertidumbre y obliga a tomar los recaudos necesarios para evitar o disminuir los riesgos<sup>8</sup>. La precaución no opera en el ámbito de la causalidad sino de la incertidumbre.

Esta idea aplicada al riesgo representado por la expansión del nuevo coronavirus a nivel planetario implicaba que los Estados opten por el aislamiento y por la disminución de la actividad humana a niveles mínimos necesarios. En el ámbito del derecho ambiental, ante la imposibilidad científica de determinar si una actividad es inocua para el ambiente la prohibimos precautoriamente – en función siempre de los costos<sup>9</sup>; de esta forma ante la grave amenaza de un daño grave o irreversible consistente en la saturación de los sistemas sanitarios poniendo en peligro la vida de la población, los Estados decidieron entrar en cuarentena.

La razonabilidad de la actividad del Estado en la aplicación de medidas de política sanitaria debe ser analizadas desde este punto de vista del principio precautorio, ante el cual son medidas de carácter lícito. La ilicitud de la actuación estatal surgiría de la omisión de actuar.

En nuestra opinión, tanto la obligación del Estado de actuar, como su responsabilidad por la omisión<sup>10</sup>, pueden extraerse del texto constitucional<sup>11</sup>. Los derechos a la salud y a un medioambiente sustentable tienen su raíz fundamental en los artículos 41 y 42 de la Constitución Nacional, que refieren al derecho a un medio ambiente sano, apto para el

---

Sociales y Democráticos de Derecho?

<sup>6</sup> Bibiloni H. J. El proceso ambiental – 1º ed. – Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2005. Pág. 43.

<sup>7</sup> Riesgo no significa catástrofe. Riesgo significa la anticipación de la catástrofe. En los riesgos globales, la lógica de la compensación es sustituida por el principio de precaución. Debemos generalizar una regulación ex ante que permita prevenir lo que no es posible sanar, anticipar antes que reaccionar, impedir y no tanto corregir. (Conf. Innerarity y Ulrich Beck, en Innerarity ob. Cit, págs. 16, 23).

<sup>8</sup> Bibiloni H. J. ob. Cit.

<sup>9</sup> Ambientales, sociales y económicos, relacionados con las concretas posibilidades de cada sociedad.

<sup>10</sup> En la bibliografía revisada tanto Uslenghi, desde el derecho administrativo, como Cossari, desde el derecho ambiental, recuerdan la opinión de la Dra. Kemelmajer en el caso “Torres” al analizar el art. 1074 del Código velezano y sostener que solamente se refería a los daños por “omisión simple” y no la comisión por omisión. La primera se refiere al supuesto en que existe una norma que obliga a actuar y el sujeto no actúa; la segunda en cambio refiere al caso en que no hay una norma expresa que lo obligue a actuar, pero el sujeto omite hacer lo que se esperaba que hiciese. Sobre esta distinción Uslenghi opta por enfocar el análisis de la omisión estatal en el marco de la omisión simple (v. Uslenghi A. J. La Responsabilidad del Estado por omisión; en Responsabilidad del Estado: apuntes para el estudio de la ley N° 26.944. RAP AÑO XXXVII N° 437, Febrero de 2015. Pág. 170. Y Cossari N. G. A. en Cuestiones Actuales de Derecho Ambiental. Cafferata N. A. – 1º Ed.- Buenos Aires: El Derecho, 2007. Pág. 75).

<sup>11</sup> El art. 1765 del Código Civil y Comercial determina que la responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda. En función de ello no es procedente la

desarrollo humano, a la protección de la salud y a la obligación de las Autoridades a proveer a la protección de estos derechos<sup>12</sup>. Desde esta perspectiva, una Administración prudente, ante la amenaza de la expansión a su territorio de una enfermedad que puede colapsar su sistema sanitario poniendo en riesgo la vida de la población se encuentra obligada a actuar, prohibiendo, restringiendo o regulando las actividades humanas, siempre en función de los costos (sociales y económicos) que las medidas impliquen<sup>13</sup>.

Ante tales prohibiciones, restricciones y regulaciones del ejercicio de los derechos, adelantamos nuestra conclusión sobre la necesidad de evaluar cada caso en concreto, a la luz del principio de igualdad<sup>14</sup> ante las cargas públicas, para determinar si existe, excepcionalmente, responsabilidad del Estado o si es viable alguna solución equitativa.

## 2. INEXISTENCIA DE LOS PRESUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR RESPONSABILIDAD LÍCITA

El 11 de marzo del año 2020 la OMS llegó a la conclusión de que el COVID-19 puede considerarse una pandemia<sup>15</sup>. El Acta de Reunión del Comité de Emergencia sobre la enfermedad por coronavirus (COVID-19) convocado por el Director General de la OMS, de fecha 29 de octubre de 2020 se deja constancia que el Comité acordó por unanimidad que la pandemia sigue constituyendo un evento de carácter extraordinario y un riesgo en materia de salud pública para los demás Estados a través de la propagación internacional y continúa requiriendo una respuesta internacional coordinada.

---

aplicación por analogía de los artículos 1710 y 1711 del Código Civil y Comercial sobre prevención del daño, sino los artículos los artículos 41, 42, y 75 inciso 19 de la Constitución Nacional, que determinan la obligación del Estado de actuar – políticas activas en materia de protección de la salud- y del art. 16 de la Constitución Nacional. En relación a esta última norma se ha señalado que “un importante aspecto del principio de solidaridad y convivencia sustenta la teoría del sacrificio especial, desde aun no habiendo actuado la Administración ilícitamente sí se supone que lo hizo en la búsqueda del bien común. Por lo tanto, justo es considerar que la comunidad debe estar dispuesta a salvar el desequilibrio que se produjo en las cargas públicas, cuando alguno de sus miembros debe soportarlas en mayor medida que los demás y sin justificación alguna. Sin embargo (...) el fundamento de la existencia de un sacrificio especial en un particular o grupos de personas tiene la virtud de mostrar la verdadera esencia de la responsabilidad del Estado en general (no solo la derivada de actos ilegítimos), en el sentido de que no estamos responsabilizando solo al gobierno de turno en ese Estado sino a toda la comunidad en su conjunto” (conf. Nallar D. Responsabilidad del Estado por Actividad Legítima, en RAP ob. Cit. Pág. 84).

<sup>12</sup> El art. 42 2º párrafo dice “las autoridades proveerán a la protección de esos derechos”, es decir se establece la obligación de una política activa, no abstencionista.

<sup>13</sup> El fin deberá ser siempre la normalidad, constituyendo la emergencia por definición una situación transitoria. Al final de esta historia debería poder evaluarse la proporcionalidad de las acciones en función de los costos sociales y económicos, y del tránsito a una “nueva normalidad” en un contexto seguro para la salud de la población.

<sup>14</sup> Como dijéramos en la introducción, las restricciones generaron distintos conjuntos de actividades habilitadas y no habilitadas. Si por caso, se hallara que un grupo particular, que, examinado con criterios objetivos y científicos, se hallaba en condiciones de estar “habilitado” ¿podría presentarse una afectación al principio de igualdad ante las cargas públicas?

<sup>15</sup> Conforme información publicada en el sitio web de la Organización <https://www.who.int/es/news/item/29-06-2020-covid-timeline> (ultimo acceso 05/11/20) Se informa que, profundamente preocupada por los alarmantes niveles de propagación y gravedad y por los alarmantes niveles de inacción, la [OMS llega a la conclusión en su evaluación](#) de que la COVID-19 puede considerarse una pandemia. En su alocución durante la [rueda de prensa](#)

El concepto de “fuerza mayor” en el derecho argentino es una causal de exención de responsabilidad y se define como el hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado.

En el estudio del tema propuesto hemos encontrado opiniones que sostienen la responsabilidad del Estado con fundamento en la previsibilidad del evento dañoso. Se sostiene que, por el tiempo transcurrido desde que se inició la pandemia, los sistemas de salud han tenido suficiente tiempo para prepararse a dar respuesta a las consecuencias de esta amenaza planetaria<sup>16</sup>.

Creemos que aún cuando la llegada de la pandemia al país era previsible, constituye un hecho inevitable. La OMS informa que, en cuanto a rapidez y escala, la enfermedad se ha propagado rápidamente por todos los rincones del mundo y su capacidad de propagación explosiva ha desbordado incluso los sistemas sanitarios más resilientes<sup>17</sup>.

Otra causa de exclusión de responsabilidad estatal es el hecho de la propia víctima o de quienes han contribuido a la producción del daño. Este supuesto debe evaluarse con especial prudencia a fin de advertir situaciones en que las personas actúan por motivos de necesidad o fuerza mayor con la finalidad de resguardar la propia integridad o de los suyos<sup>18</sup>. Ahora bien, el Estado no debe responder por daños sufridos por personas que han perturbado, menoscabado o puesto en peligro el bien jurídico protegido por las normas sanitarias. Los perturbadores del orden público no tienen un derecho a ser resarcidos por los daños que sufran como

---

[sobre la COVID-19](#), el Director General destaca que la OMS ha estado aplicando su máximo nivel de respuesta desde que se notificaron los primeros casos y hace cada día «un llamamiento a los países para que adopten medidas urgentes y agresivas». Reconociendo que la COVID-19 no es solo una crisis de salud pública, sino que afectará a todos los sectores, reitera el llamamiento de la OMS —enunciado desde el primer momento— para que los países adopten un enfoque pangubernamental y pansocial, en torno a una estrategia integral dirigida a prevenir las infecciones, salvar vidas y reducir al mínimo las consecuencias de la pandemia. Recalca que «no podemos decir esto lo bastante alto, ni lo bastante claro, ni lo bastante a menudo», al tiempo que hace hincapié en que «todos los países están a tiempo de cambiar el curso de esta pandemia» si se dedican a «detectar, realizar pruebas, tratar, aislar y rastrear, y movilizan a su población en la respuesta». Destaca que «el reto al que se enfrentan muchos países que en estos momentos se encuentran con grandes grupos de casos o con situaciones de transmisión comunitaria no es si pueden hacer lo mismo, sino si lo harán».

<sup>16</sup> Por ejemplo, Cicero N. K. en “La pandemia del coronavirus y la responsabilidad estatal: escenarios actuales y futuros” publicado en LA LEY 24/08/2020, 1. AR/DOC/2671/2020. Desde la filosofía, pensadores como Agamben G. han sostenido la responsabilidad de los gobiernos por la falta de respuesta de los sistemas sanitarios en duros términos (“¿Qué significa vivir en la situación de emergencia en que nos encontramos? (...) permanecer en casa, pero también permanecer lúcidos y preguntarnos si la emergencia militarizada que ha sido proclamada en el país no es, entre otras cosas, también un modo de descargar en los ciudadanos la gravísima responsabilidad que los gobiernos incumplieron al desmantelar el sistema sanitario (...) significa pedir que se devuelva a los hospitales públicos los medios de los que han sido privados y recordar a los jueces que haber destruido el sistema sanitario nacional es un crimen infinitamente más grave que salir de las casas sin la declaración jurada de circulación” en ¿En qué punto estamos? La epidemia como política. 1º ed. CABA: Adriana Hidalgo editora, 2020. Pág. 27.

<sup>17</sup> ACTUALIZACIÓN DE LA ESTRATEGIA FRENTE A LA COVID-19, 14 de abril 2020, documento publicado por la OMS disponible en [https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/covid-strategy-update-14april2020-es.pdf?sfvrsn=86c0929d\\_10](https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/covid-strategy-update-14april2020-es.pdf?sfvrsn=86c0929d_10) Último acceso 05/11/20.

<sup>18</sup> La fuerza mayor es uno de los motivos por el cual el Estado Nacional y las Provincias han otorgado permisos de circulación a las personas.

<sup>19</sup> Domenéch Pascual G. ob. Cit.

consecuencia de las medidas policiales encaminadas a protegerlo<sup>19</sup>.

Además de constituir la pandemia un hecho de fuerza mayor, y excluyendo los casos de las personas que han contribuido a la producción del daño, tampoco hallamos una relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño. Se ha tomado como hipótesis el caso del dueño de un comercio al que el aislamiento social preventivo y obligatorio le impidió mantener y cerró definitivamente<sup>20</sup>, y se ha respondido que “parece difícil poder trazar una relación exclusiva entre el cierre definitivo de un negocio y la restricción de actividades (...) puesto que, por ejemplo, cuestiones vinculadas con la solvencia financiera, el tipo de actividad concernida y la mayor o menor clientela previa a la pandemia también pueden ser cuestiones que operen para causar el cierre del comercio”<sup>21</sup>.

En cuanto al deber jurídico de soportar el daño<sup>22</sup> que tienen los habitantes, se observa que los actos administrativos dictados en ejercicio del poder de policía sanitario constituyen una potestad estatal indelegable, que tiende a evitar el ejercicio del derecho restringido<sup>23</sup> derive en eventuales perjuicios para la salud pública (Conf. CSJN Fallos 318:2311). Con tal fundamento, las consecuencias necesarias y normales del ejercicio del poder de policía sanitaria no da lugar a indemnización (CSJN Fallos 329:3966) por constituir cargas públicas derivadas de la vida en sociedad<sup>24</sup>. Las medidas sanitarias dictadas por el gobierno nacional y por los provinciales constituyen limitaciones de carácter general al ejercicio de los derechos individuales, de allí el deber general de la población de soportar las cargas impuestas con fundamento en el bien común.

Finalmente, y en cuanto al factor de atribución conocido como “sacrificio especial”, es decir, una desigualdad injustificada que soporta un particular en las mencionadas cargas públicas con respecto al resto de la sociedad, observamos la imposibilidad de predicar en general sobre su configuración, y su existencia dependerá de las especiales circunstancias que se presenten en cada caso y que excedan de los sacrificios que razonablemente impusieron las restricciones derivadas de la pandemia.

Como conclusión de este apartado, y habiendo considerado someramente los presupuestos para la procedencia de la responsabilidad estatal por las normas dictadas para contener o mitigar los efectos de la pandemia durante el año 2020, debe sostenerse su improcedencia como regla general.

### **3. EXCEPCIONALIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LOS DAÑOS PRODUCIDOS POR SU ACTUACIÓN LÍCITA EN EL MARCO DE LA PANDEMIA DE COVID-19**

Todos los actos administrativos dictados en ejercicio del poder de policía sanitaria tienen por contexto la emergencia sanitaria, es decir, una situación de grave riesgo social frente al cual

---

<sup>20</sup> Bonel Tozzi S.L. ob. Cit.

<sup>21</sup> Cicero N.K. ob. Cit.

<sup>22</sup> CSJN Fallos 315:1026.

<sup>23</sup> Por caso el de libre circulación, o el de ejercicio de actividad profesional.

<sup>24</sup> Conf. Perrino P.E. La responsabilidad patrimonial del Estado por su actuación en el marco de la pandemia de COVID-19. RDA 2020-130, 04/08/2020, 220. Cita Online: AR/DOC/2343/2020. Este autor recuerda también CSJN Fallos 317:1233.

existió la necesidad de medidas súbitas (CSJN Fallos 313:1513).

El 19 de marzo del año 2020 el Poder Ejecutivo Nacional dictó el Decreto N° 297/20 cuyo artículo 1° dispuso “a fin de proteger la salud pública, lo que constituye una obligación inalienable del Estado nacional, se establece para todas las personas que habitan en el país o se encuentren en él en forma temporaria, la medida de 'aislamiento social, preventivo y obligatorio' en los términos indicados en el presente decreto. La misma regirá desde el 20 hasta el 31 de marzo inclusive del corriente año, pudiéndose prorrogar este plazo por el tiempo que se considere necesario en atención a la situación epidemiológica. Esta disposición se adopta en el marco de la declaración de pandemia emitida por la Organización Mundial de la Salud (OMS), la Emergencia Sanitaria ampliada por el Decreto N° 260/20 y su modificatorio, y en atención a la evolución de la situación epidemiológica, con relación al CORONAVIRUS- COVID 19”.

Posteriormente, y en la medida que la evolución de la situación epidemiológica servía de fundamento se fueron habilitando actividades, de manera diferenciada en las Provincias, dentro de las Provincias e incluso dándose la particularidad del bloqueo sanitario a localidades enteras.

Es decir, se fueron conformando conjuntos de ciudadanos: a) un conjunto integrado por quienes que podían ejercer su actividad profesional, o efectuar actividades recreativas, familiares, circular dentro o fuera de la Provincia; b) un conjunto de ciudadanos que no podían hacerlo por integrar el grupo de actividades no habilitadas; y c) a su vez, dentro del conjunto de actividades habilitadas se desarrollaron diversos protocolos.

La doctrina ha concluido que, del examen de los pronunciamientos de la CSJN en algunos casos ha prevalecido un criterio cuantitativo, que pregona que el daño es especial cuando afecta a uno o a un número limitado de sujetos, mientras que en otros se siguió una concepción de índole cualitativa que toma en consideración la intensidad o gravedad del daño en tanto exige que el perjuicio exceda la medida de lo que corresponde normal y razonablemente soportar<sup>25</sup>.

Consideramos que debe primar el criterio cualitativo, y evaluarse dos condiciones: a) que la carga pública sea excepcionalmente gravosa, más allá de lo que el resto de las personas en su misma situación debió soportar; b) que la aplicación de la medida sanitaria en el caso concreto pierda su proporcionalidad en cuanto a su fin, es decir, se produce un daño que no halla justificación en el riesgo social.

Como principio, la decisión sobre qué actividades son riesgosas para la salud pública o los protocolos acordes a cada riesgo, corresponde ser tomada por los poderes Legislativo y Ejecutivo. El poder judicial, por su parte, debe hacer lugar a la responsabilidad del Estado por los daños generados a particulares que puedan caracterizarse como desproporcionados e injustificados con relación al fin de protección de la población que tienen las normas dictadas durante la emergencia sanitaria.

Frente a este marco, nos planteamos hipotéticos casos en que una persona sufre las consecuencias del confinamiento, y sus perjuicios no tienen una exclusiva relación de

---

<sup>25</sup> Perrino ob. Cit. Pág. 10.

causalidad con las medidas sanitarias, pero se halla en una situación de vulnerabilidad<sup>26</sup>. Consideramos que, en los casos en que no existan los presupuestos para responsabilizar al Estado, es viable: a) el encuadre de la situación en un régimen jurídico de protección especial<sup>27</sup> o de beneficios de carácter previsional<sup>28</sup>; b) de no existir ningún régimen de protección especial, evaluar la posibilidad de soluciones de equidad.

El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina establece en el art. 1750 que el autor de un daño causado por un acto involuntario responde por razones de equidad. No podemos suponer que el Estado pueda tener como voluntad dañar a otro con su actividad regulatoria, por lo que nos parece que podría evaluarse la aplicación por vía de analogía de esta norma a casos como el propuesto y que no encuentren protección en ningún régimen jurídico. La inexistencia de una causalidad adecuada entre el daño y la actuación estatal obstan a la configuración de la responsabilidad del Estado, pero al ser la equidad un concepto elástico y significar por definición la no-aplicación del derecho positivo, es una herramienta que los jueces podrían válidamente utilizar a fin de cumplir con la manda constitucional de “proveer a la protección” de los derechos (art. 42 CN).

#### 4. CONCLUSIONES

El Estado está obligado a actuar para contener y mitigar los efectos dañosos de una pandemia por la existencia de deberes expresos y determinados que surgen de la Constitución Nacional y del principio precautorio.

La pandemia es un hecho de fuerza mayor que excluye la responsabilidad estatal porque aun cuando podría haber sido previsible era un hecho inevitable.

La existencia de actividades permitidas y actividades prohibidas determina la formación

---

<sup>26</sup> ONU Mujeres informa que cada vez son más las líneas de atención y los refugios para la violencia doméstica de todo el mundo que notifican un incremento de llamadas en busca de ayuda. En Argentina, Canadá, Francia, Alemania, España, Reino Unido y los Estados Unidos, las autoridades gubernamentales, las personas que defienden los derechos de las mujeres y aliados de la sociedad civil han señalado un aumento de las denuncias de violencia doméstica durante la crisis y mayor necesidad de protección de emergencia. Las líneas de atención de Singapur y Chipre han registrado un aumento de las llamadas de más del 30 por ciento. En Australia, el 40 por ciento de quienes trabajan en primera línea comunicó en una encuesta realizada en Nueva Gales del Sur un incremento de las peticiones de ayuda como consecuencia de una escalada en la intensidad de la violencia. El confinamiento aviva la tensión y el estrés generados por preocupaciones relacionadas con la seguridad, la salud y el dinero. Asimismo, refuerza el aislamiento de las mujeres que tienen compañeros violentos, separándolas de las personas y los recursos que mejor pueden ayudarlas. Es la situación perfecta para ejercer un comportamiento controlador y violento en el hogar. De forma paralela, al tiempo que los sistemas sanitarios se esfuerzan al límite, los refugios para la violencia doméstica alcanzan también su máxima capacidad, agravándose el déficit de servicio al readaptar dichos centros a fin de ofrecer una respuesta adicional al COVID (conf. “Violencia contra las mujeres: la pandemia en la sombra” Declaración de Phumzile Mlambo-Ngcuka, Directora Ejecutiva de ONU Mujeres. Fecha: lunes, 6 de abril de 2020. Disponible en <https://www.unwomen.org/es/ultimo acceso: 6/11/20>).

<sup>27</sup> Comprende los casos en que el Estado ha asumido expresamente la obligación de contribuir a paliar algunas situaciones. Señala Doménech Pascual G. que el Estado puede quedar obligado a compensar algunos daños en virtud de normas que contemplan el otorgamiento a las víctimas de ayudas de carácter asistencial o de fomento.

<sup>28</sup> Por ejemplo, a nivel nacional hallamos el PROGRAMA ACOMPAÑAR, que prevé beneficios de carácter previsional para víctimas de violencia de género. Las acciones de este programa incluyen un apoyo económico

de conjuntos de situaciones, por lo que a los fines de analizar el factor de atribución del sacrificio especial y sortear a su vez el valladar del deber jurídico de soportar el daño el caso debe ser excepcional, es decir, debe existir un daño diferenciado en cuanto al resto de las personas que integran el mismo conjunto, y desproporcionado e injustificado con relación al fin de protección que la restricción sufrida tiene.

El Estado responde por los daños causados por su actuación lícita para evitar y mitigar los efectos de la expansión de una pandemia solamente en aquellos casos en que se demuestre la existencia de: a) un daño cierto, actual y mensurable en dinero; b) una relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva de la regulación con el daño; c) ausencia del deber jurídico de soportar el daño; y d) un sacrificio especial diferenciado caracterizado por ser excepcional en relación al conjunto de personas en la misma situación.

Las soluciones deben ponderarse en cada situación particular, prestando especial atención a las situaciones de vulnerabilidad, la existencia de regímenes protectorios previsionales y el recurso a la equidad en caso de desprotección por parte del sistema.

## BIBLIOGRAFIA

AGAMBEN G. ¿En qué punto estamos? La epidemia como política. 1º ed. CABA: Adriana Hidalgo editora, 2020.

BIBILONI H. J. El proceso ambiental – 1º ed. – Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina

BONEL TOZZI S. L. “Responsabilidad del Estado, entre la licitud e ilicitud de la regulación. A propósito del aislamiento ante el COVID-19” publicado en el Dial el 31/08/2020. elDial.com – DC2BDB.

CICERO N., “La pandemia del coronavirus y la responsabilidad estatal: escenarios actuales y futuros” La Ley 24/08/2020, AR/DOC/2671/2020.

COSSARI N. G. A.-CAFFERATA N. A. Cuestiones Actuales de Derecho Ambiental – 1º Ed. Buenos Aires: El Derecho, 2007.

DOMÉNECH PASCUAL G. “Responsabilidad patrimonial del estado por la gestión de la crisis del covid-19”. El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, N° 86-87, 2020 (Ejemplar dedicado a: Coronavirus y otros problemas).

IVANEGA M. I. (coord.) Responsabilidad del Estado: apuntes para el estudio de la ley N° 26.944. RAPAÑO XXXVII N° 437, Febrero de 2015.

INNERARITY D. “Gestión del Riesgo y Aceleración del Tiempo” en La Humanidad amenazada: gobernar los riesgos globales. - Paidós-Madrid, 2011

MORALES LAMBERTI A. Derecho Ambiental. Alveroni Ediciones. Córdoba: 1999.

PERRINO P. – SANGUINETTI J. “La responsabilidad patrimonial del Estado por su actuación en el marco de la pandemia de COVID-19”, en La Ley RDA 2020-130, 04/08/2020, 220,

---

consistente en equivalente al Salario Mínimo, Vital y Móvil por un período de seis meses consecutivos a mujeres y personas LGBTI+ que se encuentran en riesgo por situación de violencia por motivos de género; y, por otra parte, Acompañamiento integral y acceso a dispositivos de fortalecimiento psicosocial para las personas incluidas en el programa, de forma coordinada con los gobiernos provinciales y locales. (Información disponible en [www.argentina.gob.ar](http://www.argentina.gob.ar) ultimo acceso: 06/11/20).

AR/DOC/2343/2020

SAMUELSON P.A. y Nordhaus W.D. Economía. Decimocuarta Edición. Ed. McGraw-Hill. Madrid, España, 1993

