


Título: **Salud versus libertad personal: ¿es esa la cuestión?.(Un reexamen del control de razonabilidad a propósito del Covid-19)**
Autor: Bianchi, Alberto B. - Sacristán, Estela B.
País:  Argentina
Publicación: El Derecho - Revista de Derecho Administrativo, Junio 2020 - Número 6
Fecha: 30-06-2020 Cita Digital: ED-CMXXI-421

Salud versus libertad personal: ¿es esa la cuestión?

(Un reexamen del control de razonabilidad a propósito del Covid-19)

por Alberto B. Bianchi y Estela B. Sacristán

Sumario: I. Planteo. - II. Los déficits del control de razonabilidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema. - III. La cuestión en el derecho comparado. A. Estados Unidos. B. Alemania. - IV. La situación actual en la Argentina. A. Antes del Covid-19. B. Después del Covid-19. - V. Conclusiones.

I. Planteo

A fin de plantear el tema que nos proponemos, debemos partir de dos datos esenciales en relación con los bienes y derechos.

En primer lugar, podemos clasificar los bienes en (a) básicos o fines últimos para la acción humana, como la vida; (b) instrumentales o bienes humanos externos, tales como las cosas materiales para sobrevivir, y (c) bienes de la fortuna, como la buena salud. Sin perjuicio de esta clasificación, la precondition para gozar de casi todos los bienes, dado el bien primero “vida”, por supuesto, es la libertad(1). La persona humana, a su vez, es el núcleo fundante para la realización de los derechos(2).

En segundo lugar, el dato más sensible de la imperfección de nuestra vida terrenal, por oposición a la perfección que -creemos- tendrá la espiritual, es que, si bien podemos aspirar a gozar de todos los derechos posibles, no podemos ejercerlos a todos en forma absoluta. Para ejercer total o parcialmente algunos tenemos que sacrificar o resignar otros.

Pero -claro- una cosa es renunciar voluntariamente a un derecho y otra es que nos prohíban ejercerlo. Cuando ello tiene lugar por razones de emergencia y se afecta -nada menos- la libertad personal aparecen señales de alarma y, muy probablemente, se trabará una contienda cuyos árbitros finales son los jueces. No es ocioso recordar que la libertad personal -como señalaba Linares Quintana- está consagrada ya desde el Preámbulo de la Constitución al asegurar “los beneficios de la libertad”(3).

Es así que los bienes, no obstante su bondad intrínseca, en el diario vivir pueden quedar ubicados, por razones jurídicas, en veredas opuestas. Sin ir más lejos, todas las democracias occidentales están construidas sobre la base de la pugna entre la libertad (en el sentido de libertad civil o política) y la autoridad. Ambas son necesarias para el bienestar general, pero deben estar razonablemente dosificadas para que ninguna ahogue o elimine a la otra. La vida no es una dialéctica binaria, con pares de alternativas mutuamente excluyentes.

Tal vez no hay nada nuevo en todo ello. Empero, en algunas circunstancias excepcionales, esa posibilidad de ahogo o eliminación adquiere ribetes dramáticos (o al menos se nos presenta como si los hubiera adquirido): parecería que, con el fin de preservar un bien o valor, se hace necesario ahogar al otro.

Tal es el caso del Covid-19, que ha puesto a la humanidad entera ante este dilema en el cual, a falta de antídotos y vacunas, la libertad individual está sometida a sacrificios extraordinarios en el altar de la salud.

Por cierto, la Argentina no ha quedado al margen de ello. Muy por el contrario, nuestra libertad personal se encuentra hoy día fuertemente restringida, por medio de medidas unilaterales del Poder Ejecutivo, fundadas en su propia discrecionalidad(4).

Hemos entrado ya en el cuarto mes del “aislamiento social preventivo y obligatorio” que, muy probablemente, será extendido, en segmentos variables, por un lapso total todavía desconocido(5).

Esta situación nos pone a prueba en todos los frentes imaginables. Uno de ellos es el jurídico, naturalmente, donde uno de los tantos campos para el análisis es la constitucionalidad de las restricciones propias de la cuarentena. Como siempre, contamos para ello con el control de razonabilidad, alojado en el art. 28 de la Constitución, que en su momento fue estudiado exhaustivamente por Juan Francisco Linares(6).

Se trata de una herramienta clásica mediante la cual los jueces examinan la proporcionalidad entre los fines perseguidos y los medios elegidos para conseguirlos(7). Debemos preguntarnos, sin embargo, si este esquema, bastante sencillo(8) en la teoría, es suficiente para evaluar las extraordinarias restricciones que sufre, en la actual emergencia, la libertad personal.

Desde esta perspectiva entendemos que hay dos aspectos de la razonabilidad y su control que merecen ser analizados: (a) la necesidad de que la sanción de la norma respete adecuadamente el “debido proceso sustantivo”(9), a fin de llevar a cabo un control más estricto y efectivo que el de la mera adecuación entre los fines y los medios; y (b) el reparto de la carga de la prueba de la razonabilidad de la restricción.

Tengamos en cuenta que el control de razonabilidad parte de una premisa que lo limita fuertemente pues, según una jurisprudencia muy reiterada, los jueces no analizan la oportunidad, mérito o conveniencia de las normas(10), o su eficacia(11). Esto implica, en otras palabras, que los jueces, al ejercer el control de razonabilidad (como control entre medios y fines), no verifican la legitimidad en sí del fin invocado por el legislador, ni la conveniencia de los medios elegidos por este. Controlan tan solo que exista una adecuada proporción entre los medios y el fin.

A nuestro juicio, ello es insuficiente, pues el control de razonabilidad posee, al menos, tres aspectos(12): (i) determinar a quién corresponde la carga de la prueba; (ii) ser una manda dirigida a los órganos estatales; (iii) estar inescindiblemente ligado a la proporcionalidad. En relación con esta última, la doctrina ha señalado que puede ser aritmética o sustancial, y que en su versión sustancial involucra tres juicios: el de adecuación o indispensabilidad, el de necesidad y el proporcionalidad en sentido estricto(13).

Como resultado de ello, cuando se efectúa judicialmente este leve control de adecuación, nos encontramos: (a) con que al legislador, para cumplir con la manda de actuación razonable, le basta con enunciar, teóricamente, un fin muy elevado para que cualquier medio resulte ser proporcional y adecuado para su consecución; y (b) la carga de la prueba sobre la falta de razonabilidad de la norma siempre recae en quien la alega(14), con lo que el Estado estará, en general, eximido de tener que justificar la razonabilidad de la medida, salvo que se esté ante una de las denominadas

“categorías sospechosas”, que son muy excepcionales(15).

En síntesis, el control de razonabilidad, en su concepción clásica y por fuera del restringido campo de las categorías sospechosas, siempre ha sido más formal que real.

¿Podemos decir, entonces, que este control, así diseñado, es una herramienta de tutela efectiva, cuando el fin perseguido es preservar la salud ante el Covid-19 y el medio elegido para ello es ahogar la libertad personal?

Sostenemos que no y nuestro objetivo con estas líneas es analizar tal cuestión.

II. Los déficits del control de razonabilidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema

De acuerdo con el art. 28 de la Constitución: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”. Este principio general debe concretarse, entonces, por medio de algún sistema de control que permita verificar cuándo una ley o norma de alcance general “altera” un derecho constitucional.

A tal fin la Corte Suprema estableció el llamado “control de razonabilidad”, cuya primera enunciación expresa aparece en “Avico c. De la Pesa”(16) y fue luego más desarrollada en “Pedro Inchauspe Hnos. c. Junta Nacional de Carnes”(17) en estos términos:

“Mediante la sanción de la ley 11.747, el Congreso se propuso impedir el monopolio y las maniobras y procedimientos arbitrarios de las empresas industrializadoras en la adquisición de la hacienda; crear un instrumento de lucha contra la organización que dominaba al comercio de las carnes; lograr un mayor consumo externo e interno; abaratar este último acercando los productores a los consumidores y mejorando la calidad de las carnes [...] dichas medidas consistieron en dar a los productores intervención directa en la fiscalización del comercio de carnes por medio de la Junta que se creó como institución autónoma [...] el análisis de la eficacia de los medios arbitrados para alcanzar los fines propuestos, la cuestión de saber si debieron elegirse esos u otros procedimientos, son ajenos a la jurisdicción y competencia de esta Corte suprema, a la que sólo incumbe pronunciarse acerca de la razonabilidad de los medios elegidos por el Congreso; es decir, que sólo debe examinar si son o no proporcionados a los fines que el legislador se propuso conseguir, y, en consecuencia, decidir si es o no admisible la consiguiente restricción de los derechos individuales afectados. Pues [...] el tribunal nunca ha entendido que puede substituir su criterio de conveniencia o eficacia económica o social al del Congreso de la Nación, para pronunciarse sobre la validez o invalidez constitucional de las leyes [...] debe radicar su examen y pronunciamiento en la conformidad que de acuerdo con los arts. 26 y 31 de la Constitución nacional deben guardar con ella las leyes de la Nación [...] no aparece, en realidad, ni lo ha demostrado el actor, que los medios arbitrados por el Poder ejecutivo y el Congreso no guarden relación con los fines que se propusieron en defensa de la ganadería nacional, ni que sean desproporcionados con respecto a éstos. Por lo contrario, las razones expuestas por los miembros informantes de ambas cámaras legislativas; la calurosa defensa de la ley públicamente hecha por todas las asociaciones ganaderas del país; la circunstancia de que no se hayan promovido otras demandas ni se hicieran otras protestas que no fueran de adhesión a la ley y de repudio a la acción intentada por los muy contados ganaderos disidentes, y el aumento de los precios de las carnes que siguieron a la aplicación de la ley [...] todas esas circunstancias convencen de la razonabilidad de las medidas adoptadas por la ley”(18).

De esta larga transcripción surgen dos conceptos que entendemos necesario retener para este análisis: (a) el control de razonabilidad consiste en examinar si los “medios” elegidos por la ley son proporcionales a los fines perseguidos por ella; y (b) el análisis de la “eficacia” de los medios arbitrados para alcanzar los fines propuestos son ajenos al control judicial, pues este no puede substituir el criterio de “conveniencia o eficacia económica o social” del Congreso para pronunciarse sobre la validez o invalidez constitucional de las leyes.

Por muy valiosos que puedan parecer, estos principios consagraron, desde el inicio, la inutilidad real y efectiva del control de razonabilidad, el cual quedó reducido a la mera formalidad de constatar la proporcionalidad entre medios y fines, cuyo test siempre dará resultado favorable, pues basta con enunciar los más elevados “fines”, que no pueden ser judicialmente revisados, para que cualquier “medio” sea proporcional a ellos. A su vez, ello solo permite un conocimiento parcial por parte del juez, que no ingresa en el desbrozo de los medios, aun cuando tanto estos como los fines son factores de la acción que requieren ser conocidos en forma conjunta(19).

No obstante ello, la Corte repitió lo dicho en “Inchauspe” en numerosos casos posteriores, con la monotonía que otorga la tranquilidad de invocar un principio ya establecido. Uno de los ejemplos clásicos es “Cine Callao”(20), donde expresó:

“[C]omo quedó dicho, y por aplicación de la doctrina sentada en Fallos, t. 199, p. 483, el análisis del mérito o eficacia de los medios arbitrados para alcanzar los fines propuestos, la cuestión de saber si debieron elegirse los de la ley 14.226 u otros procedimientos, son ajenos a la competencia de esta Corte, a la que sólo incumbe pronunciarse acerca de la razonabilidad de los medios elegidos por el Congreso, es decir, que sólo debe examinar si son o no proporcionados a los fines que el legislador se propuso conseguir y en consecuencia decidir si es o no admisible la consiguiente restricción de los derechos individuales afectados [...] el tribunal nunca ha entendido que pueda substituir su criterio de conveniencia o eficacia económica o social al del Congreso de la Nación, para pronunciarse sobre la validez constitucional de las leyes [...] el examen y el pronunciamiento judicial, deben radicar sin duda en la conformidad que, de acuerdo con los arts. 28 y 31 de la Constitución Nacional, deben guardar con ella las leyes de la Nación”(21).

Treinta años después, en “Peralta c. Estado Nacional”(22), la Corte volvió a apoyarse en estos principios para justificar las medidas del llamado “Plan Bonex”, empleando la técnica de elevar los fines de la norma restrictiva hasta las alturas de la “preservación de la vida misma de la Nación y el Estado”(23). ¿Qué medio, por exigente y restrictivo que este sea, no es adecuado y proporcional a semejante elevado fin? La Corte misma se encarga de señalar que todo medio queda subordinado a esa finalidad suprema, y sostener lo contrario, advierte, sería “privar al Estado de las medidas de gobierno que conceptualice útiles para llevar un alivio a la comunidad”(24), repitiendo que “[n]o es función de un tribunal de justicia pronunciarse por cuál debió ser tal remedio; sólo constatar su necesidad y razonabilidad. La primera está suficientemente fundada, la segunda surge de la circunstancia de que los medios arbitrados no parecen desmedidos en relación a la finalidad que persiguen”(25).

Aunque sea anecdótico, vale la pena recordar que, en el último considerando, la Corte se refiere a la crisis económica en una frase que hoy día, tres décadas después, mantiene plena vigencia: “[A]fectan a la sociedad argentina características que bien se han calificado como patológicas, como es el deterioro, continuado por décadas, de la economía argentina -hecho público y notorio- unido a un desconocimiento empecinado por la sociedad en admitirlo, pretendiendo conservar sistemas otrora factibles, aun al extremo de romper con los lazos mínimos de solidaridad para mantener la indispensable cohesión de la comunidad”(26). Entre los “sistemas otrora factibles” que la Corte denuncia, pueden mencionarse el extraordinario gasto público, las emisiones monetarias para pagarlo y la indisciplina fiscal, dos males endémicos del quehacer económico-financiero público argentino.

En la siguiente crisis económica, la del 2001/2002, le tocó a la Corte resolver el caso “Smith c. Poder Ejecutivo Nacional”(27), suscitado con motivo del “corralito bancario” dispuesto por el decreto 1570/01 y las normas que le sucedieron. Sin abandonar los principios ya establecidos, la Corte en este caso aplicó con energía el control de razonabilidad, pese a que se trataba de una medida cautelar.

Vale la pena transcribir, al menos parcialmente, sus considerandos para comprobarlo:

“[E]s preciso recordar la tradicional jurisprudencia del Tribunal cuya sintética formulación postula que las razones de oportunidad, mérito o conveniencia tenidas en cuenta por los otros poderes del Estado para adoptar decisiones que les son propias no están sujetas al control judicial [...] todo lo relativo al ejercicio de las facultades privativas de los órganos de gobierno queda, en principio excluido de la revisión judicial. Ello no obsta a que se despliegue con todo vigor el ejercicio del control constitucional de la razonabilidad de las leyes y de los actos administrativos(28) [...] no cabe cuestionar el acierto o conveniencia de la implementación de medidas paliativas por parte del Estado. Pero ello no implica que se admita, sin más, la razonabilidad de todos y cada uno de los medios instrumentales específicos que se establezcan para conjurar los efectos de la vicisitud [...] La restricción que impone el Estado al ejercicio normal de los derechos patrimoniales debe ser razonable, limitada en el tiempo, un remedio y no una mutación en la sustancia o esencia del derecho adquirido por sentencia o contrato, y está sometida al control jurisdiccional de constitucionalidad, toda vez que la emergencia, a diferencia del estado de sitio, no suspende las garantías constitucionales(29) [...] si bien es cierto que acontecimientos extraordinarios habilitan remedios extraordinarios, los mecanismos ideados para superar la emergencia están sujetos a un límite y éste es su razonabilidad, con la consiguiente imposibilidad de alterar o desvirtuar en su significación económica el derecho de los particulares. La limitación fijada por las sucesivas normas ya aludidas, muestra un ejercicio carente de razonabilidad de la facultad normativa tendiente a conjurar el trance(30) [...] el derecho a disponer libremente de los fondos invertidos o depositados en entidades bancarias y financieras se sustenta, con independencia de los preceptos legales que puedan reconocerlo, en los principios de la Ley Fundamental; y no es dudoso que condicionar o limitar ese derecho afecta a la intangibilidad del patrimonio y obsta al propósito de afianzar la justicia. Tal afectación de los mentados principios constitucionales, dada la gravedad que reviste y la ausencia de razones decisivas que justifiquen la exigencia legal que la provoca, no puede entenderse como fruto de una reglamentación razonable de tales principios, ni encuentra respaldo, por ende, en el art. 28 de la Carta Magna”(31).

En su momento, todos miramos esperanzados la frase “ello no implica que se admita, sin más, la razonabilidad de todos y cada uno de los medios”, creyendo que se superarían las autolimitaciones del órgano judicial fijadas en “Inchauspe” para ingresarse en un detallado control de proporcionalidad entre medios y fines. Empero, en “Smith” -en el cual se confirmó la sentencia anterior, que había acogido la medida cautelar planteada por el ahorrista- se omitió el estudio explícito de la desproporción o irrazonabilidad del medio empleado a la luz del fin perseguido(32).

Así, toda la energía jurisdiccional desplegada en “Smith” no cambió, sin embargo, los cánones del control de razonabilidad establecido originalmente en “Inchauspe”, los que se reiteran en casos recientes como “Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/quiebra”(33), en el que la Corte Suprema sostuvo:

“En virtud del principio de separación de poderes que consagra nuestra organización constitucional, no es de competencia de los jueces determinar el modo de realización de los fines de una determinada institución jurídica, ya que esta atribución es propia de los poderes políticos. El control judicial debe quedar ceñido, en lo sustancial, a que el ejercicio de las potestades de los restantes poderes del Estado se mantenga dentro de los límites de la garantía de razonabilidad y no avance sobre prohibiciones específicas contenidas en la Constitución o, en su caso, en las leyes. Ello es así en razón de que no compete a los tribunales juzgar el acierto o conveniencia del medio arbitrado por los otros poderes, en el ámbito propio de sus atribuciones, para alcanzar el fin propuesto”(34).

Este fallo confirma que los jueces no pueden controlar ni el fin invocado ni los medios elegidos para llevarlo a cabo. Su actuación se limita tan solo a establecer si tales medios son proporcionales a la finalidad señalada por la ley. En tales condiciones, el control de razonabilidad es una herramienta muy frágil que la Corte maneja con la discreción absoluta que le otorgan los principios elaborados por ella misma. Dentro de estas limitaciones son muchos los casos en los cuales la Corte ejerce un control de razonabilidad puramente formal, pues los medios elegidos siempre quedan subordinados a una necesidad de interés público que, en muchas ocasiones, está fijada por el propio Tribunal. Tal, por ejemplo, la invocación de “momentos de dramática crisis institucional y social para la vida de la República”(35). Por ello, aunque la Corte sostenga que tiene a su cargo verificar la “relación directa, real y sustancial entre los medios empleados y los fines a cumplir”(36), el espacio para el ejercicio del control es muy reducido.

También se ha debilitado el control de razonabilidad de los arrestos dispuestos por el Poder Ejecutivo bajo el Estado de sitio, bien que esta jurisprudencia corresponde a una Corte con una integración totalmente diferente a la actual. En este terreno, en lo que podemos denominar etapa jurisprudencial, los casos “Jacobó Timerman”(37) y “Benito Moya”(38) habían avanzado fecundamente, pero en “Jorge H. Granada”(39) -en plena etapa legislativa- se produjo un retroceso, pese a que la Ley de Hábeas Corpus (ley 23.098), entonces reciente, habilitaba un control judicial más intenso(40). Al resolver el caso, la Corte entendió que la citada ley no quiso apartarse del criterio clásico sobre la imposibilidad de revisar judicialmente la declaración del Estado de sitio(41). En la cuestión de fondo, la mayoría(42) rechaza el hábeas corpus aplicando un desdibujado control de razonabilidad. Si bien admite que ese control existe en los términos fijados en “Timerman” y que aquel ha sido ratificado por el art. 4º, inc. 2º, de la ley 23.098, no profundiza, en cambio, la investigación de hecho para determinar si el acto de autoridad guarda proporción con los fines perseguidos mediante la declaración de Estado de sitio. Alude, en definitiva, a que la detención no estuvo exenta de motivación asertiva entre las causas del arresto y las causas del Estado de sitio(43).

III. La cuestión en el derecho comparado

Vale la pena examinar, al menos someramente, el estado de la cuestión en el derecho comparado. Para ello hemos elegido dos ordenamientos extranjeros, en los cuales el control de razonabilidad parecería ser más efectivo que el argentino.

El primero de ellos es el de los Estados Unidos, donde el substantive due process o debido proceso sustantivo tiene tres niveles de escrutinio judicial, uno de los cuales es vinculable con el balancing test, que en ciertos aspectos se asemeja al control de proporcionalidad(44).

El segundo es el alemán, que se caracteriza: (i) por concebir a la proporcionalidad como una protección frente al Estado(45); (ii) dar por sentado que hay medios categóricamente prohibidos y que el fin perseguido es legítimo(46); (iii) deparar el ya aludido análisis en tres pasos (adecuación, necesidad y balance o proporcionalidad en sentido estricto)(47) a transitar en ese orden(48); (iv) solucionar el problema generado por la carga de la prueba caso por caso(49), o con el Estado que acredita la proporcionalidad(50). A su vez, la máxima de razonabilidad, en tanto dirigida a todos los poderes del Estado, propicia la exigencia de racionalidad en el legislador(51).

Debemos tener en cuenta, no obstante, que el sistema alemán parte de presupuestos constitucionales muy diferentes, pues el control que realiza allí el Tribunal Constitucional Federal no es el mismo que realizan la Corte Suprema y los jueces en general en la Argentina, de modo tal que la mención al sistema alemán no es más que una referencia para comprender la intensidad que este tiene en otros ordenamientos. Distinto es el caso del régimen de los Estados Unidos, cuyo modelo constitucional hemos seguido en líneas generales, sin perjuicio de que no son idénticos.

A. Estados Unidos

El debido proceso en los Estados Unidos está garantizado en las Enmiendas V(52) y XIV(53); la primera obliga al gobierno federal y la segunda, a los gobiernos estatales. Con un lenguaje básicamente similar, ambas enmiendas establecen que nadie será privado de su vida, de su libertad o de su

propiedad sin el debido proceso legal. Esto ha dado lugar al desarrollo del debido proceso adjetivo o procesal (procedural due process) y al debido proceso sustantivo (substantive due process). Como su nombre lo indica, el primero garantiza que la privación de la vida, de la propiedad o de la libertad se lleve a cabo bajo los procedimientos legalmente establecidos. Ello abarca no solo el ámbito judicial y administrativo, sino también el legislativo. Por medio del segundo se exige tanto al gobierno federal como a los estatales que dicha privación tenga razones fundadas, es decir, que sea razonable. En síntesis, mediante el debido proceso sustantivo se controla la “sustancia” de la ley de cara a su compatibilidad con la Constitución(54).

Históricamente, este control se divide en dos etapas muy claras. Hasta 1937 fue ejercido intensamente sobre las leyes que restringían derechos de naturaleza económica. Probablemente el caso más emblemático de este período fue “Lochner v. New York”(55), en el cual se declaró la inconstitucionalidad de una ley estatal que limitaba la jornada laboral en las panaderías (Bakeshop Act) estableciendo un máximo de 60 horas semanales o de 10 horas diarias. El fallo sostuvo que la ley violaba la libertad de contratar, y se inscribe en el denominado formalismo en el marco del cual los jueces protegían los derechos naturales de las personas (derechos a la vida, la libertad y la propiedad).

A partir de 1937 la Corte cambió de rumbo y dejó de controlar las leyes económicas para poner el acento en la revisión de las que restringían derechos no patrimoniales. Si bien esta tendencia ya se insinúa en casos como “Adkins v. Children’s Hospital”(56) y “West Coast Hotel v. Parrish”(57), en los cuales se convalidaron leyes que imponían el pago de salarios mínimos, el inicio de esta nueva etapa quedó formalmente establecido en “United States v. Carolene Products Company”(58), en el que se declaró la constitucionalidad de una ley federal que prohibía la comercialización de un cierto tipo de leche (filled milk) en el comercio interestatal. Más específicamente, la nota de pie de página n° 4 del voto del juez Harlan Fiske Stone establece que, a partir de ese momento, la presunción sobre la constitucionalidad de las leyes que limitan derechos personales, tales como los derechos religiosos, o las que afectan las minorías raciales, tendrá un ámbito mucho más limitado(59).

Bajo estos principios, el escrutinio de las leyes se lleva a cabo en tres niveles de intensidad. El más leve de ellos es el del “rational basis”, según el cual una ley es constitucional si está “relacionada racionalmente con un objetivo legítimo del gobierno” (rationally related to a legitimate government purpose)(60). No es necesario, en este caso, que la ley persiga específicamente tal objetivo, lo que importa es que los medios empleados sean razonables para conseguirlo. El test del “rational basis” exige que el impugnante pruebe la inconstitucionalidad de la ley. En otras palabras, la ley será declarada constitucional a menos que el impugnante pruebe lo contrario.

El segundo nivel de análisis es el llamado “intermedio” (intermediate scrutiny). Este test exige que la ley esté “sustancialmente relacionada a un objetivo importante del gobierno” (substantially related to an important government purpose). Veamos las diferencias entre el primer nivel y el segundo. En el primero la ley debe estar “racionalmente” relacionada con un objetivo “legítimo” del gobierno. En este caso debe estar “sustancialmente” relacionada con un objetivo “importante” del gobierno. Puede verse que en este segundo test la relación entre los medios empleados por la ley y los fines perseguidos es mucho más estrecha que en el primero. Bajo este test le corresponde al gobierno, o a quien defiende la ley, probar la constitucionalidad de esta(61). El “intermediate scrutiny” ha sido empleado en casos de discriminación(62) y de restricciones a la libertad de expresión(63).

Finalmente, el más intenso de los controles es el “strict scrutiny”, bajo el cual la ley será aprobada si es necesaria para satisfacer una “finalidad apremiante del gobierno” (compelling government purpose). Esto significa que la Corte debe verificar que la finalidad del gobierno en imponer la restricción es imperativa, vital(64). Le corresponde al gobierno probar estos extremos(65) y, asimismo, debe acreditarse que la ley es “necesaria” como medio de cumplir con ese fin(66). En este caso la prueba a favor de la ley es más exigente pues debe probarse que se ha utilizado el medio o la alternativa menos restrictiva, pues de lo contrario no sería “necesaria”(67). Por lo tanto, bajo este test se repara no solo en la finalidad -o fin- sino también en los medios. Se ha afirmado que una vez que se menciona la “strict scrutiny” será muy raro que la ley se escape de la invalidación, y que, una vez que un juez se embarca en la búsqueda del interés estatal imperativo, es muy probable que ya sepa qué decidirá(68).

Durante el Covid-19 la Corte de los Estados Unidos ha dictado hasta ahora un solo fallo(69), rechazando una medida cautelar solicitada por una iglesia pentecostal de California para que no se aplicara el cupo de los asistentes a los oficios religiosos, fijado por las normas locales en un 25 % de la ocupación total. La clara cuestión constitucional anidaba en que ese tope era inferior al fijado para otras actividades o negocios seculares “comparables”(70).

La sentencia, decidida por una ajustada mayoría de 5-4, en la que triunfa el sector liberal al que se suma el Chief Justice Roberts(71), carece de fundamentos y no es más que una decisión cautelar de modo tal que no puede ser computada para evaluar de modo general el pensamiento de la Corte sobre las restricciones impuestas por la pandemia que, como pueden verse, no son tan estrictas como en la Argentina. Tan solo los votos de Roberts y Kavanaugh están fundados y se colocan en extremos opuestos. Roberts es muestra muy deferente hacia lo decidido por las autoridades locales(72), en tanto que Kavanaugh se inclina por la inconstitucionalidad del cupo fijado con fundamento en la igualdad ante la ley, haciendo un “strict scrutiny”(73).

B. Alemania

En Alemania, el análisis de la proporcionalidad posee un rico desarrollo que ha culminado, a partir de la Segunda Guerra Mundial, con el status constitucional del respectivo principio (no porque lo establezca la Norma Fundamental, sino en tanto implícitamente derivable de la explícita consagración constitucional del Rechtsstaat); se emplea el test de proporcionalidad para controlar la imposición de limitaciones a los derechos y no solo, como antaño, a los fines de promoverlos; y el Tribunal Constitucional Federal ha trasladado el centro de atención de los dos primeros subtests (adecuación y necesidad) al tercero (proporcionalidad en sentido estricto)(74).

Además, el Tribunal Constitucional Federal ha elaborado una doctrina bastante exigente que permite la revisión judicial de lo que podemos llamar los aspectos procesales sustanciales de las leyes (para diferenciarlos de los meros aspectos procedimentales formales). Esta ha sido exhaustivamente analizada, en la Argentina, por Rodolfo Barra(75), Santiago Carrillo y Mariano L. Cordeiro(76). Sintéticamente, según explican estos autores, mediante esta doctrina el Tribunal Constitucional exige: (a) una justificación pública de las leyes que reglamentan los derechos fundamentales, (b) el sustento de tales leyes en las bases fácticas o evidencias tenidas en cuenta, y (c) la evaluación de los impactos que aquellas producen. Bajo este criterio se puede declarar la inconstitucionalidad de las leyes cuando no se acredita su racionalidad, en tanto violen la ley fundamental. La idea básica que anida en esta teoría es que la discrecionalidad propia del legislador no lo exime del deber de actuar racionalmente. Con ello se procura superar la dicotomía entre la revisión judicial basada en el contenido o sustancia de la ley y el que se centra exclusivamente en sus meros aspectos procedimentales.

Un ejemplo del control llevado a cabo bajo este criterio puede verse en el caso “Hartz IV” resuelto en 2010(77), en el cual se discutía la constitucionalidad de un subsidio por desempleo conocido como “Arbeitslosengeld II, ALG II o Hartz IV”. El Tribunal Constitucional alemán sostuvo que, bajo la ley Hartz IV, los montos del beneficio no habían sido determinados de conformidad con la Constitución, pues el cálculo se desviaba del modelo estadístico “sin justificación fáctica”. En lo principal, la Corte no rechazó el método empleado pero concluyó en que la fórmula empleada para actualizar el beneficio a lo largo del tiempo no estaba racionalmente vinculado con el costo de vida para las personas que vivían cerca de la línea de subsistencia, al tiempo que la fórmula empleada para fijar los beneficios por hijo carecía de toda justificación metodológica.

En definitiva, se invalidó la ley por tener como antecedente un inadecuado proceso de recopilación de información que asegurara la debida transparencia.

Cabe señalar, no obstante, que Barra deja expresados sus reparos hacia el control judicial basado en la revisión de las cuestiones económicas tenidas en cuenta por el legislador, con fundamento en la separación de poderes(78).

IV. La situación actual en la Argentina

A. Antes del Covid-19

Si bien hoy día el Covid-19 se ha apoderado de la escena, no podemos olvidar que, ya desde diciembre del año pasado, una nueva ley de emergencia había delegado en el Poder Ejecutivo todos los poderes imaginables, menos los de la emergencia sanitaria, un hecho por demás imprevisible en ese momento.

Apenas instalado el nuevo gobierno, el Congreso Nacional entregó al Poder Ejecutivo la suma del Poder Legislativo mediante una declaración de emergencia que supera, en amplitud e intensidad, a todas las conocidas hasta ahora.

Sumando y potenciando todas las experiencias anteriores, que no son pocas, la llamada “Ley de Solidaridad Social y Reactivación Productiva en el Marco de la Emergencia Pública”(79) declaró la emergencia en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social, delegando en el Poder Ejecutivo “todas las facultades comprendidas en la presente ley” (art. 1°).

Si bien la ley pretende cumplir con las exigencias establecidas en el art. 76 de la CN estableciendo las “bases de la delegación”, ello no es más que una formalidad insustancial. Las facultades delegadas son tantas y las “bases” son tan vagas e imprecisas que la separación entre el Congreso y el Poder Ejecutivo queda reducida a una línea imaginaria. El Congreso ha entregado al Poder Ejecutivo todas las facultades sustanciales que la Constitución pone a su cargo.

Como muestra de ello basta tener en cuenta que, como única “base” de todos los poderes delegados en materia tributaria, la ley encomienda al Poder Ejecutivo “crear condiciones para alcanzar la sostenibilidad fiscal” (art. 2°, inc. d]). Este fin, tan omnicompreensivo, tiene aptitud para dejar sin efecto el principio de legalidad tributaria y, de paso, hace tabla rasa con la prohibición constitucional de dictar DNU en tal materia. De ahora en adelante, el Poder Ejecutivo estará ampliamente autorizado por el Congreso para dictar cualquier tipo de norma fiscal que esté enderezada a la “sostenibilidad fiscal”, es decir, para hacerse de todos los recursos que desee captar para gastar todo lo que crea necesario.

Por lo demás, lejos de poner una barrera a la indisciplina fiscal, que es uno de nuestros males endémicos, la ley tiende a acentuarla, pues la extraordinaria carga fiscal que impone recae sobre sectores productivos ya fuertemente castigados por el impuesto, que son, precisamente, quienes contribuyen sistemáticamente a movilizar el aparato productivo y sustentar el extraordinario gasto público -otro de nuestros males endémicos- en lugar de crear medidas tendientes a distribuir más equitativamente la carga fiscal y reducir el gasto público, una asignatura que debería figurar al tope de la lista de cualquier ley de emergencia y que esta, en cambio, ignora, pues no figura en ella disposición alguna tendiente a ese fin esencial.

Similar reproche merecen las otras bases de la delegación en las que campea también el impreciso concepto de la “sostenibilidad”, como es el caso de la deuda pública (art. 2°, inc. a]) o el de la “sustentabilidad productiva”, en el caso de la reestructuración tarifaria (art. 2°, inc. b]).

Tampoco deberíamos engañarnos por el breve plazo de vigencia asignado (hasta el 31 de diciembre de 2020) pues la experiencia indica que basta un solo artículo de una ley sancionada en las postrimerías de su cumplimiento o escondido en algún lugar de la Ley de Presupuesto para prorrogar la ley de emergencia indefinidamente.

Si bien la ley posee un articulado bastante detallado en algunos aspectos, cuyo análisis detenido excede el límite de estas líneas, lo cierto es que lo más importante de ella no es tanto lo que dice expresamente su texto, sino el extraordinario cúmulo de poderes implícitos que entrega al Poder Ejecutivo a expensas de la separación de poderes.

Por medio de esta ley, el Poder Ejecutivo no tendrá límite alguno para manejar la deuda externa; regulará todas las tarifas de los servicios públicos, fijará los salarios y los haberes previsionales, tendrá a su cargo la distribución de los medicamentos y podrá tomar todas las medidas que discrecionalmente crea necesarias para “promover la reactivación productiva” (art. 2°, inc. c]), que es una forma de delegar íntegramente en el Poder Ejecutivo y su gabinete la “Cláusula de Progreso”.

No debemos confundirnos, entonces. Esta no es una ley de emergencia. Es un elaborado plan de gobierno para trasladar todo el poder real del Congreso al Poder Ejecutivo en un solo y único acto, sancionado con la excusa de una emergencia que, en todo caso, debería haber sido atacada por el extremo contrario: reduciendo el gasto público y creando los incentivos productivos que esta ley en la práctica ahuyenta al crear grandes enclaves de discrecionalidad ejecutiva absolutamente imprevisible.

Si es cierto -y lo es- que uno de nuestros peores males es el “hiperpresidencialismo”, y por ello fue puesto en la mira de la reforma constitucional de 1994, esta ley contribuye a acrecentarlo exponencialmente. Una vez más, una ley le ha acordado al presidente poderes legislativos extraordinarios y será “la ley de leyes” que nos regirá, por tiempo indeterminado, inmolando la Constitución en el altar de la emergencia.

A todo ello debemos sumarle que antes de la pandemia el Poder Ejecutivo había dictado, en menos de tres meses de gestión, 12 decretos de necesidad y urgencia. El primero de ellos fue el DNU 7/19(80), suscripto el mismo día de la asunción, modificatoria de la Ley de Ministerios. Entre todos ellos cabe mencionar también el DNU 214/20(81) que modificó la Ley Nacional de Inteligencia, una materia que, habiéndose reunido el Congreso en sesiones ordinarias pocos días antes, no podía alegarse que poseía una necesidad o urgencia que el órgano legislativo estuviera imposibilitado de atender.

Nada de esto puede ni debe ser olvidado, pues es lo que quedará como cuestión permanente una vez que la emergencia sanitaria haya pasado.

B. Después del Covid-19

A todo ello se ha sumado la emergencia del Covid-19 que ha acarreado una nueva y mucho más intensa y extensa oleada de decretos de necesidad y urgencia, y, entre ellos, los que restringen fuertemente la libertad personal con motivo del “Aislamiento Preventivo Social Obligatorio” dispuesto originalmente por el DNU 297/20(82), prorrogado -mientras escribimos estas líneas- hasta el 28 de junio de 2020 por el DNU 520/20(83), lo que suma a esta altura una cuarentena de más de 90 días, que será prorrogada muy probablemente atento a la intensificación de los testeos.

En síntesis, hoy día: (a) nos hallamos confinados a una vida virtual, por tiempo indeterminado; (b) el Poder Judicial se halla en fería permanente desde el mismo 20 de marzo de 2020(84); y (c) la principal función legislativa se ha trasladado desde el Congreso a la sede del Poder Ejecutivo, que

rige nuestros destinos, en todos los ámbitos, como legislador casi único y supremo. A todo ello debemos sumar que el control de los DNU por parte del Congreso, concebido en forma muy debilitada por la ley 26.122, ha sido estadísticamente nulo(85).

V. Conclusiones

Nos parece evidente que los déficits del control de razonabilidad mencionados en el punto II lo convierten en una herramienta completamente ineficaz para afrontar los desafíos de este momento. Basta con pensar que quien impugna cualquiera de las normas anteriores o posteriores a la pandemia debe probar la inconstitucionalidad de dicha norma, frente a los elevados fines invocados por ellas, para darse cuenta de que es un caso muy difícil.

Si los jueces en esta emergencia desearan realmente ejercer el poder que les confiere la Constitución, jamás deberían emplear el control de razonabilidad en las condiciones que este está actualmente planteado. Por el contrario, deberían emplear un “escrutinio estricto”, en el que cada norma privativa de la libertad personal constituya una generadora de una “categoría sospechosa”, tal como lo ha establecido en algunas ocasiones la Corte(86), donde la carga de la prueba de la constitucionalidad recaiga en el Poder Ejecutivo, el cual debería demostrar no solo la necesidad apremiante o imperativa de la medida, sino que se ha empleado el menos lesivo de todos los medios posibles.

VOCES: DERECHO ADMINISTRATIVO - ADMINISTRACIÓN PÚBLICA - ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS - PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO - ACTO ADMINISTRATIVO - DERECHO CONSTITUCIONAL - CONSTITUCIÓN NACIONAL - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - JURISPRUDENCIA - ESTADO NACIONAL - DERECHO COMPARADO - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - DERECHOS HUMANOS - PODER DE POLICÍA - SALUD PÚBLICA - ECONOMÍA - EMERGENCIA ECONÓMICA

Nota de Redacción: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en El Derecho: Apuntes sobre las nociones de “poder de policía” y “policía”, por Francisco Funes, ED, 238-1025; Motivación del acto administrativo y buena administración, por Augusto Durán Martínez, EDA, 2012-547; Reseña acerca de la discrecionalidad administrativa en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de los últimos treinta años, por María Susana Villaruel, EDA, 2011-624; El abandono del poder de policía hacia el control de razonabilidad, por José Sebastián Kurlat Aimar, ED, 246-712; El poder de policía del Estado para restringir el acceso al mercado de cambios a la luz de los principios de legalidad y razonabilidad, por Pablo A. Pirovano, ED, 248-964; Los derechos económicos, sociales y culturales y el principio de razonabilidad como garantía constitucional, por Susana Cayuso, EDCO, 2014-336; El principio de razonabilidad (¿proporcionalidad?) en el derecho administrativo sancionador. Con especial referencia al empleo público, por Pedro Jorge José Coviello, EDA, 2016-461; Algunas breves reflexiones en torno a la discrecionalidad administrativa y su control judicial, por Gustavo E. Silva Tamayo, EDA, 2016- 518; Razonabilidad y legitimidad en el derecho administrativo, por Carlos E. Guariglia, ED, 273-853; Primeras impresiones acerca de la operatividad del decreto 34/19 e implicancias de la emergencia ocupacional que declara, por Esteban Carcavallo, ED, 285-846; Garantías judiciales en estados de emergencia. A propósito del COVID-19, por Esteban Vergara, ED, 286; La Constitución en tiempos de pandemia, por Eugenio Luis Palazzo, EDCO, abril de 2020, N° 4; La pandemia y el retroceso del federalismo. Un avance centralista de la mano de las decisiones administrativas, por Martín J. Acevedo Miño, ED, diario n° 14.850 del 15-5-20; Pandemia Covid-19. Una aproximación a sus consecuencias y derivaciones desde la perspectiva del Derecho, por Guillermo F. Peyrano, ED, diario n° 14.850 del 15-5-20; Medidas de emergencia en la pandemia y principio de razonabilidad (tensión entre salud pública y economía como bienes públicos a tutelar), por Ignacio M. de la Riva; EDA, junio de 2020, n° 6. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(1) Gómez Lobo, Alfonso (2006), Los bienes humanos. Ética de la ley natural, Santiago y Buenos Aires, Mediterráneo, págs. 30 y 47-48. A su vez, la dignidad no es un bien básico sino un atributo o cualidad insita en lo que somos. Ampliar en Spaemann, Robert (2010), *Essays in Anthropology*, Eugene, Oregon, Cascade, Guido de Graff y James Mumford (trads.), págs. 49-52.

(2) Así lo puntualiza Cassagne, Juan C. (2019), El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa, Montevideo y Buenos Aires: BdeF, pág. 22.

(3) Linares Quintana, Segundo V. (1978), Tratado de la ciencia del Derecho constitucional, Buenos Aires, Plus Ultra, t. 4, pág. 104, donde el autor se refiere a la “institucionalización de la libertad en la Constitución Nacional”, con cita de “María Álvarez de Schuster”, Fallos 191- 388 (1941).

(4) Una de las mayores discrecionalidades es la manera de llevar a cabo los testeos, que pueden indicarnos si, en un conglomerado urbano, partido o departamento de una provincia, hay o no infectados. Al momento de escribir estas líneas, y desde que se instaurara el aislamiento social, no llegamos a los 300.000, conf. sin autor (2020), Coronavirus en Argentina: se superaron los 2000 casos diarios y hay 31 nuevos muertos, 19-6-20. Disponible en <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/coronavirus-argentina-se-superaron-dos-mil-casos-nid2382666> (último acceso: 19-6-20).

En forma concordante, el Ministerio de Salud ha señalado: “Quizás tendríamos que haber empezado antes con el rastreo”, conf. Bär, Nora (2020), Entrevista al ministro de Salud de la Nación, en La Nación, 14-6-20. Disponible en <https://www.pressreader.com/argentina/la-nacion/20200614/281762746499482> (último acceso: 19-6-20).

En cambio, Alemania administra más de 425.000 tests por semana. Conf. sin autor (2020), Germany to expand coronavirus testing for people without symptoms, The Local, 10-6-20. Disponible en <https://www.thelocal.de/20200610/germany-to-expand-coronavirus-testing-for-people-without-symptoms> (último acceso: 19-6-20).

(5) Ver dto. 297/20 (B.O. 20-3-20), prorrogado al momento de escribir estas líneas hasta el 28-6-20 en virtud del dto. 520/20 (B.O. 8-6-20), en la medida en que se resida o transite en los aglomerados urbanos y en los partidos y departamentos de las provincias que verifiquen en forma positiva los parámetros del art. 2° del dto. 520/20.

(6) Linares, Juan F. (1970), La razonabilidad de las leyes. El “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución Argentina, 2ª edición, Buenos Aires, Depalma.

(7) Vale la pena recordar que la Corte Suprema argentina “ha evitado cuidadosamente dar una definición precisa de razonabilidad, prefiriendo, en la mayoría de los casos, decir genéricamente que el principio exige una relación adecuada o razonable entre los medios utilizados y los fines perseguidos por el legislador”, conf. Cianciardo, Juan (2000), El conflictivismo en los derechos fundamentales, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, pág. 300.

(8) En igual sentido, Cianciardo, Juan (2000), El conflictivismo..., cit., pág. 324.

(9) Garantía que involucra, además del art. 28 de la CN, los arts. 19 (sobre principio de libertad) y 33 (sobre derechos no enumerados), como recuerda Cassagne, Juan C. (2020), Derecho administrativo y Derecho público general, Montevideo y Buenos Aires: BdeF, págs. 681-682.

(10) Pueden verse: “Minera del Altiplano SA c. E.N. - PEN y otra s/amparo”, Fallos 335:1315 (2012); “Massolo, Alberto José c. Transporte del Tejar S.A.”, Fallos 333:447 (2010); “Agüero, Máximo José y Ovejero Cornejo de Agüero”, “Teresa c. Banco de la Nación Argentina s/ acción declarativa de

inconstitucionalidad”, Fallos 332:1039 (2009) (voto de la Dra. Argibay); “Coronel, Jorge Fernando c. E.N. y otros s/ amparo e inconstitucionalidad”, Fallos 332:1060 (2009) (voto del Dr. Lorenzetti y de la Dra. Argibay); “Bank Boston N.A c. Gravano”, Fallos 332:373 (2009); “Cohen Arazi, Eduardo c. E.N. Jefatura de Gabinete - resol. 155/01 y otro s/ empleo público”, Fallos 330:5032 (2007) (disidencia del Dr. Zaffaroni); “R. A., D. c. E.N.”, Fallos 330:3853 (2007) (disidencia de los Dres. Lorenzetti y Highton de Nolasco); “Rinaldi, Francisco Augusto y otro c. Guzmán Toledo, Ronal Constante y otra s/ ejecución hipotecaria”, Fallos 330:855 (2007); “Dirección Nacional de Migraciones - M° del Interior c. Valmor S.R.L. (ley 22.439)”, Fallos 329:5567 (2006) (con remisión al dictamen de la Procuración General); “Alba Angélica Invernizzi -TF 16.764 - I y otro c. DGI”, Fallos 329:5210 (2006); “Grosvald, Gabriel c. AOL Argentina S.R.L. s/despido”, Fallos 329:4032 (2006); “Fisco Nacional - Administración Federal de Ingresos Públicos c. Nicola, María del Carmen s/ejecución fiscal”, Fallos 329:2152 (2006); “Chiara Díaz, Carlos Alberto c. Estado provincial s/acción de ejecución”, Fallos 329: 385 (2006); “Santiago Dugan Trocello S.R.L. c. P.E.N. - Mrio. de Economía s/amparo”, Fallos 328: 2567 (2005); “Andrada, Roberto Horacio y otros c. Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios - incidente de beneficio de litigar sin gastos de Luis Alberto Andrada -IN5-”, Fallos 328: 1416 (2005); “Galli, Hugo Gabriel y otro c. PEN - ley 25.561 - dtos. 1570/01 y 214/02 s/amparo sobre ley 25.561”, Fallos 328:690 (2005) (votos de los Dres. Maqueda y Highton de Nolasco y de los Dres. Zaffaroni y Lorenzetti); “Consultatio S.A. (TF 14.572-I y acum. 14.573- I) c. D.G.I.”, Fallos 328:456 (2005); “Berón, Luisa Victoriana y otros y sus acumulados c. Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos y Caja de Jubilaciones y Pensiones de la Provincia de Entre Ríos”, Fallos 328:91 (2005); “Asociación Civil Jockey Club (TF 11.840 - I) c. D.G.I.”, Fallos 327:5614 (2004); “Bustos, Alberto Roque y otros c. E.N. y otros s/ amparo”, Fallos 327:4495 (2004) (mayoría y voto de la Dra. Highton de Nolasco); “Obra Social de la Unión del Personal Civil de la Nación c. E.N. - P.E.N. s/acción de amparo”, Fallos 327:2423 (2004); “Müller, Miguel Ángel c. P.E.N. - Contaduría General - Ejército Argentino - decreto 430/00 s/amparo ley 16.986”, Fallos 326:1138 (2003) (voto del Dr. Boggiano); “Tachella, Mabel Angela c. D.G.I. - Administración Federal de Ingresos Públicos s/amparo”, Fallos 325:2600 (2002); “Cámara de Comercio, Industria y Producción c. Administración Federal de Ingresos Públicos”, Fallos 325:645 (2002); “A.F.I.P. c. Povoletto, Luis Dino s/ infracción al art. 40 de la ley 11.683”, Fallos 324:3345 (2001); “Baterías Sil-Dar S.R.L. c. Barbeito, Walter s/sumario”, Fallos 324: 3184 (2001); “Andresik, Ricardo c. E.N.”, Fallos 324:2535 (2001) (voto del Dr. Boggiano); “Adamini, Juan Carlos c. P.E.N. s/acción de amparo”, Fallos 323:2409 (2000); “Guida, Liliana c. P.E.N. s/ empleo público”, Fallos 323:1566 (2000) (voto del Dr. Boggiano); “Lufthansa Líneas Aéreas Alemanas c. Dirección Nacional de Migraciones - disp. DNM. 4783/96”, Fallos 322:2345 (1999); “E.N. (Mrio. de Cultura y Educación) c. Universidad Nacional de Luján s/ aplicación ley 24.521”, Fallos 322:842 (1999); “Universidad Nacional de Córdoba (doctor Eduardo Humberto Staricco - rector) c. E.N. - declaración de inconstitucionalidad- sumario”, Fallos 322:919 (1999); “Ortiz Almonacid, Juan Carlos s/ acción de amparo”, Fallos 322:385 (1999); “Municipalidad de Avellaneda c. ENTEL en liquidación s/ ejecución fiscal”, Fallos 322:227 (1999); “Niella, Miguel Alberto c. diario Época y Editora Correntina S.A. s/ ordinario”, Fallos 321:2010 (1998); “Vidal, Humberto S. - Fiscal de Cámara Córdoba”, Fallos 321:989 (1998); “Sisto, Verónica Eva y Franzini, Martín Ignacio s/ información sumaria - sumarísimo”, Fallos 321:92 (1998); “Sigra SRL. s/ ley 23.771 - Causa n° 2953”, Fallos 320: 1962 (1997); “Cafés La Virginia SA. c. Dirección General Impositiva s/ demanda de repetición”, Fallos 320:1166 (1997); “Monges, Analía M. c. UBA. - resol. 2314/95”, Fallos 319:3148 (1996); “Partido Alternativa Progresista de Corrientes s/ reconocimiento de personería jurídico - política como partido de distrito”, Fallos 319:1640 (1996); “Indo S.A. c. Fisco Nacional (DGI.) s/ repetición (ley 11.683)”, Fallos 318:785 (1995); “Krill Producciones Gráficas. SRL. s/ apelación de clausura”, Fallos 316:1239 (1993); “Morillas, Juan Simón s/ apelación c. resolución de la Dirección General Impositiva”, Fallos 316:1261 (1993); “Carlos Ignacio Caminal SCA. c. Fisco Nacional (DGI.) s/ nulidad de resolución”, Fallos 315:2443 (1992); “Pupelis, María Cristina y otros s/ robo con armas causa n° 6491”, Fallos 314: 424 (1991); “Videla Cuello, Marcelo sucesión de c. La Rioja, Pcia. de s/ daños y perjuicios”, Fallos 313:1638 (1990) (voto de los Dres. Barra y Fayt); “Riveros, Santiago Omar y otros s/ privación ilegal de la libertad, tormentos, homicidios, etc.”, Fallos 313:1392 (1990) (voto de los Dres. Petracchi y Oyhanarte); “Dromi, José Roberto (Ministro de Obras y Servicios Públicos de la Nación) s/ avocación en autos: Fontenla, Moisés Eduardo c. E.N.”, Fallos 313:863 (1990); “García de Machado, Sara c. Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de la Provincia de Córdoba”, Fallos 312:1681 (1989); “Partido Peronista Femenino s/ reconocimiento de Personalidad Jurídico Política”, Fallos 312:72 (1989); “Laryea S.A. c. res. N° 387 M.O.S.P.”; Fallos 310:1399 (1987); “Ercolano c. Lanteri de Renshaw”, Fallos 136:161 (1922); “Municip. de la Capital c. Ramos, Eulogio”. “Manuel Gutiérrez c. Prov. de San Juan”. “Mediano, David L. c. Prov. de Tucumán”. “Ayerza, Alejandro c. Provincia de Córdoba”. “S.A.T.I.A. c. Prov. de Bs. Aires”. “Bco. Ítalo Argentino de San Juan c. Prov. de San Juan”. “José vivo c. Municipalidad de la Ciudad de Bs. As.”. “Paul, Eduardo y otro c. Nación Argentina”. “Frederking, Gustavo A. y otros c. Nación”. “Becú, Carlos T. (Suc.). Cooperativa Eléctrica Bahiense Ltda.”, Fallos 181:264 (1938); entre otros.

(11) “Grupo Clarín SA y otros c. Poder Ejecutivo Nacional y otro s/acción meramente declarativa”, Fallos 336:1774 (2013) (voto de los Dres. Lorenzetti y Highton de Nolasco); “Aceval Pollacchi, Julio César c. Compañía de Radiocomunicaciones Móviles S.A. s/ despido”, Fallos 334:799 (2011) (voto de los Dres. Highton de Nolasco y Juan Carlos Maqueda); “Baterías Sil-Dar S.R.L. c. Barbeito, Walter s/ sumario”, Fallos 324:3184 (2001); “Agnese, Miguel Ángel c. The First National Bank of Boston s/ ac. de reinc. ley 23.523”, Fallos 321:3081 (1998) (disidencia de los Dres. Julio S. Nazareno, Carlos S. Fayt, Augusto César Belluscio y Gustavo A. Bossert); “Martínez López, Juan Antonio y otros c. Provincia de Mendoza”, Fallos 321:2353 (1998) (disidencia de los Dres. Eduardo Moliné O’Connor, Enrique S. Petracchi y Guillermo A. F. López); “Busquets de Vitolo, Adelina c. Provincia de Mendoza”, Fallos 321:2181 (1998) (disidencia de los Dres. Eduardo Moliné O’Connor, Enrique S. Petracchi y Guillermo A. F. López); “Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, Provincia de c. Estado Nacional s/ nulidad de decreto”, Fallos 321:1888 (1998); “Monges, Analía M. c. UBA. - resol. 2314/95”, Fallos 319:3148 (1996); “Steiman, Santiago c. Sarrible, Pedro José s/ consig. de alquileres”, Fallos 319:1537 (1996); “Fojo, José Luis y otros c. Estado Nacional y Provincia de San Juan s/ daños y perjuicios”, Fallos 315:952 (1992); “Augusto y Renato Vaschetti S.A.C.I.I.F. c. Dirección General Impositiva e Instituto Nacional de Vitivinicultura”, Fallos 315:222 (1992); “Vega, Andrés Roberto y otro c. Inst. Nac. de Vitivinicultura s/ ac. de inconst. medida de no innovar”, Fallos 311:1565 (1988); “Cine Callao”, Fallos 247:121 (1960); entre otros.

(12) Ampliar en Sacristán, Estela B. (2019), Control de razonabilidad en Argentina (en especial, en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación), Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Buenos Aires, Ediciones Rap, N° 485: págs. 43-56, esp. págs. 52-55.

(13) Cabe remitir a Cianciardo, Juan (2000), El conflictivismo en los derechos fundamentales, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, esp. págs. 322-352; Cianciardo, Juan (2007), El ejercicio regular de los derechos. Análisis y crítica del conflictivismo, Buenos Aires, Ad-Hoc, esp. págs. 283-287; Cianciardo, Juan (2009), Principio de proporcionalidad y concepto de derecho, Buenos Aires, Ad-Hoc, esp. págs. 59-71; Cassagne, Juan C. (2019), El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa, Montevideo y Buenos Aires, BdeF, pág. 23; entre otros.

(14) Acerca de este fenómeno, puede ampliarse, en el derecho comparado, en Kenny, David (2014), Proportionality, Burden of Proof, and some signs of Reconsideration, Irish Jurist, new Series, vol. 52: págs. 141-152, donde se explora sobre el régimen canadiense de carga de la prueba de la razonabilidad (a cargo del Estado, pág. 143) y su similar irlandés (con carga de la prueba de la irrazonabilidad a cargo de quien la alegue, pág. 144).

(15) Como única excepción a esta regla la Corte ha creado las llamadas “categorías sospechosas” compuestas por ciertas y determinadas leyes, restrictivas en general de la igualdad ante la ley. Uno de los casos recientes es el de educación religiosa en la provincia de Salta, “Castillo, Carina Viviana y otros c. Provincia de Salta”, Fallos 340-1795 (2017), en el cual la Corte Suprema afirmó que, dado que se estaba ante normas que creaban categorías sospechosas, “es el demandado quien tiene que probar que la diferencia de trato se encuentra justificada por ser el medio menos restrictivo para cumplir un fin sustancial (doctrina de [“Gador S.A. s/ infracción L. 16.463”] Fallos 327:3677 [2004]; [“Partido Nuevo Triunfo s/ reconocimiento”] 332:433 [2009], considerando 6° y sus citas)”. Aplicaciones anteriores de esta regla pueden verse en “Calvo y Pesini c. Provincia de Córdoba”, Fallos: 321:194 (1998); “Hooft c. Provincia de Buenos Aires”, Fallos: 327:5118 (2004); “Gottschau c. Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, Fallos: 329:2986 (2006) y “Mantecón Valdez c. Estado Nacional (Poder Judicial-Corte Suprema)”, Fallos: 331:1715 (2008).

(16) Fallos: 172:21 (1934). En este caso la Corte señaló: “[d]emostrado que el Congreso tiene atribución constitucional para dictar leyes reguladoras

del uso y goce de la propiedad, y que también constituyen propiedad, garantizada por el art. 17 de la Constitución, los derechos que el contrato de préstamo acuerda al acreedor, quedan por examinar los hechos que dieron origen a la ley, si ésta se ha propuesto un fin legítimo y si son razonables y justas las disposiciones impugnadas” (considerando 12, en pág. 72) y concluyó diciendo “podemos afirmar que la gravedad y extensión de la crisis económica justifican ampliamente la ley impugnada; que todas sus disposiciones se proponen salvaguardar en lo posible un fin legítimo, como lo es el interés público comprometido en esta grave emergencia; y que los medios empleados la moratoria para el pago del capital por tres años, y de los intereses por seis meses vencidos así como el máximo de seis por ciento en la tasa del interés, son justos y razonables, como reglamentación o regulación de los derechos contractuales” (considerando 12 en pág. 77).

Ver Cianciardo, Juan - Sacristán, Estela B. (2014), El caso Avico y sus ecos, ochenta años después, LL, 2014-C: págs. 635-652.

(17) Fallos: 199:483 (1944).

(18) Fallos: 199:483 (1944), en págs. 529-531.

(19) Polo, Leonardo (1997), Ética, 2ª edición, Madrid, Unión Editorial, pág. 186: “El conocimiento del fin no se debe aislar del conocimiento de los medios, ni al revés, puesto que ambos son factores de la acción. Sostener lo contrario es un error grave en el que los consecuencialistas pueden incurrir”.

(20) Fallos: 247:121 (1960).

(21) Fallos: 247:121 (1960), en págs. 131-132.

(22) Fallos: 313:1513 (1990).

(23) “La transparencia de las decisiones públicas, ínsita en la forma republicana de “gobierno” puede así confrontarse con la necesidad de preservación de la vida misma de la Nación y el Estado. Esto no implica subordinar el fin a los medios, preferencia axiológica que es conocida fuente de los peores males que puede padecer la sociedad, pero sí adaptar los tiempos de esa transparencia, pues de otro modo todo remedio en la materia podría resultar ineficaz”. Fallos: 313:1513 (1990) en pág. 1540, considerando 26.

(24) “Como principio, el legislador está facultado para hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes atribuidos al Gobierno de la Nación. En correspondencia con los fines enunciados en el Preámbulo de la Constitución, aquél cuenta con las facultades constitucionales necesarias para satisfacer los requerimientos de la sociedad, poner fin a los estados de emergencia y conjurar cuanto ponga en peligro la subsistencia del Estado. Cuando una situación de crisis o de necesidad pública exige la adopción de medidas tendientes a salvaguardar los intereses generales, se puede ‘sin violar ni suprimir las garantías que protegen los derechos patrimoniales, postergar, dentro de límites razonables, el cumplimiento de obligaciones emanadas de derechos adquiridos’. No se trata de reconocer grados de omnipotencia al legislador ni de excluirlo del control de constitucionalidad, sino de no privar al Estado de las medidas de gobierno que conceptualice útiles para llevar un alivio a la comunidad”. Fallos: 313:1513 (1990), en págs. 1545-1546, considerando 37.

(25) Fallos: 313:1513 (1990), en pág. 1552, considerando 48.

(26) Fallos: 313:1513 (1990), en pág. 1556, considerando 59.

(27) Fallos: 325-366 (2002).

(28) Considerando 8°.

(29) Considerando 9°.

(30) Considerando 10.

(31) Considerando 11.

(32) En igual sentido, Cianciardo, Juan (2002), Una aplicación cuestionable del principio de razonabilidad, LL, 2002-B, págs. 953-961, sección IV.2.a) in fine.

(33) Fallos: 341:1511 (2018).

(34) Considerando 12.

(35) “Aceval Pollacchi c. Compañía de Radiocomunicaciones Móviles S.A.”, Fallos: 334:799 (2011).

(36) “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad c. Ministerio de Energía y Minería”, Fallos: 339:1077 (2016), considerando 32, párr. 1°.

(37) Fallos: 300:816 (1978).

(38) Fallos: 303:696 (1981).

(39) Fallos: 307:2284 (1985).

(40) En 1984 se sanciona la ley 23.098 de habeas corpus, que en su art. 4º habilitó a los jueces a revisar, entre otros aspectos, la legitimidad de la declaración del Estado de sitio (inc. 1º) y la correlación entre la orden de privación de la libertad y la situación que dio origen a la declaración del Estado de sitio (inc. 2º). De tal modo, el legislador amplió el ámbito de la justiciabilidad permitiendo revisar no solo los actos de aplicación sino la declaración misma en punto a su legitimidad. Puede ampliarse en Bianchi, Alberto B. (2002), Control de constitucionalidad, Buenos Aires, Ábaco, t. 2, págs. 169-176, esp. pág. 175; y en Sacristán, Estela B. (2014), Control judicial del estado de sitio y de la intervención federal, Revista de Investigações Constitucionais, vol. 1, nº 1, págs. 39-66, esp. págs. 50-52. Disponible en https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2359-56392014000100039&script=sci_arttext (último acceso: 20-6-20).

(41) “No cabe entender que haya sido intención del legislador apartarse de la reiterada jurisprudencia del tribunal, que ha reconocido como facultades privativas de los poderes legislativo y ejecutivo las referentes a apreciar las circunstancias de hecho que tornan aconsejable la adopción

de tal recurso [...] El juicio de legitimidad a que remite el artículo 4to. de la citada ley 23.098 no ha de versar, pues, sobre las características de la situación en la cual se proclama el estado de sitio, sino sobre otros elementos que son realmente referibles al concepto de legitimidad". Fallos: 307:2284 (1985), en págs. 2305, 2306 y 2307.

(42) Integrada por los jueces Caballero, Bacqué, Petracchi y Fayt, este último con una disidencia de fundamentos.

(43) La idea general que preside el fallo -aun cuando no está dicha expresamente- es que el control de razonabilidad es una medida excepcional que no es necesario profundizar en casos de Estado de sitio clásico, es decir, en aquellos supuestos de limitación temporalmente acotada de las garantías constitucionales. Ver el considerando 6º, párr. 4º, Fallos: 307:2284 (1985) en pág. 2308.

En disidencia votó Augusto C. Belluscio, en cuyo criterio el informe brindado por el Ministerio del Interior era insuficiente para determinar las causas de arresto de Granada, lo cual imposibilitaba el control de razonabilidad de modo tal que ordena oficiar al presidente de la Nación para que se amplíe la información en tal sentido.

(44) Cohen Eliya, Moshe - Porat, Iddo (2010), American balancing and German proportionality: The historical origins, ICON, vol. 8, N° 2: págs. 263-286, esp. pág. 265.

(45) Schlink, Bernhard (2012), Proportionality (1), en Rosenfeld, Michel - Sajó, Andrés (eds.), The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, Oxford, Oxford University Press, págs. 718-737, esp. pág. 727.

(46) *Ibidem*, págs. 718-737, esp. pág. 722. Confrontar, empero, Lübbe-Wolff, Gertrude (2014), The Principle of Proportionality in the Case law of the German Federal Constitutional Court, Human Rights Law Journal, vol. 34, N° 1-6: págs. 2-17, esp. la jurisprudencia en págs. 13-14.

(47) Ver nota 7 supra; Alexy, Robert (2010), A Theory of Constitutional Rights, Oxford, Oxford University Press, trad. de Julian Rivers, págs. 66-67. En igual sentido, Schlink, Bernhard (2012), Proportionality (1), cit., págs. 723-725. Confrontar, empero: Lübbe-Wolff, Gertrude (2014), The Principle of Proportionality..., cit., esp. sus reservas en pág. 16 respecto de la real y efectiva aplicación sistemática de los tres niveles de análisis por parte de los tribunales; Sieckmann, Jan (2013), Legislation as Implementation of Constitutional Law: A Foundation for the Demand of Legislative Rationality, en Wintgens, Luc J. - Oliver Lalana, A. Daniel (eds.), The Rationality and Justification of Legislation, Heidelberg, Springer, págs. 107-123, esp. pág. 112, donde posibilita que se salteen niveles de análisis.

(48) Grimm, Dieter (2007), Proportionality in Canadian and German Constitutional Law Jurisprudence, University of Toronto Law Journal, vol. 57, págs. 383-397, esp. pág. 397.

(49) Schlink, Bernhard (2012), Proportionality (1), cit., págs. 718-737, esp. págs. 733-734.

(50) Cohen Eliya, Moshe - Porat, Iddo (2010), American balancing..., cit., págs. 263-286, esp. pág. 267.

(51) Sieckmann, Jan (2013), Legislation as Implementation..., cit., págs. 107-123, esp. págs. 113-118: "(...) la implementación del Derecho constitucional está vinculada por el principio de proporcionalidad, y este principio no es más que una exigencia de racionalidad de las decisiones y juicio normativos, enmarcados en terminología jurídica".

(52) "No person shall [...] be deprived of life, liberty, or property, without due process of law".

(53) "No State shall [...] deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law".

(54) Rotunda, Ronald D. - Nowak, John E. (1999), Treatise on Constitutional Law. Substance and Procedure, St. Paul, Minnesota, West, vol. 2, pág. 530.

(55) 198 U.S. 45 (1905).

(56) 261 U.S. 525 (1923).

(57) 300 U.S. 379 (1937).

(58) 304 U.S. 144 (1938).

(59) "There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten amendments, which are deemed equally specific when held to be embraced within the Fourteenth [...] It is unnecessary to consider now whether legislation which restricts those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation is to be subjected to more exacting judicial scrutiny under the general prohibitions of the Fourteenth Amendment than are most other types of legislation [...] Nor need we enquire whether similar considerations enter into the review of statutes directed at particular religious, [...] or racial minorities [...] whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry".

(60) "Pennell v. City of San José", 485 U.S. 1 (1988); "U.S. R.R. Retirement Board v. Fritz", 449 U.S. 166 (1980); "Allied Stores v. Bowers", 358 U.S. 522 (1959); "Williamson v. Lee Optical", 348 U.S. 483 (1955); "Day-Bright Lighting, Inc. v. Missouri", 342 U.S. 421 (1952).

(61) Así, por ejemplo, en "Enfield v. Fane", 507 U.S. 761 (1993) la Corte dijo: "[t]he party seeking to uphold a restriction on commercial speech carries the burden of justifying it. This burden is not satisfied by mere speculation or conjecture; rather, a governmental body seeking to sustain a restriction on commercial speech must demonstrate that the harms it recites are real and that its restriction will in fact alleviate them to a material degree. Without this requirement, a State could with ease restrict commercial speech in the service of other objectives that could not themselves justify a burden on commercial expression", pág. 770.

(62) Se lo ha empleado en discriminaciones en razón del género, "Craig v. Boren", 429 U.S. 190, 197 (1976) de niños extranjeros en relación con la educación, "Plyler v. Doe", 457 U.S. 248 (1983) y de hijos extramatrimoniales, "Lehr v. Robertson", 463 U.S. 248, 266 (1988).

(63) Se lo aplicó en casos de lenguaje comercial, "Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission", 447 U.S. 557 (1980); "Rubin v. Coors Brewing Co.", 514 U.S. 476 (1995); "Lollirad Tobacco Co. v. Reilly", 533 U.S. 525 (2001) y de expresión en foros públicos, "United States v. Virginia", 518 U.S. 515, 529 (1996).

(64) “Adarand Constructors v. Pena” 515 U.S. 200 (1995); “Sugarman v. Dougall”, 413 U.S. 634 (1973); “Sherbert v. Verner”, 374 U.S. 398 (1963).

(65) “Miller v. Johnson”, 515 U.S. 900 (1995). “To satisfy strict scrutiny, the State must demonstrate that its districting legislation is narrowly tailored to achieve a compelling interest”, pág. 921.

(66) “Wygant v. Jackson Board of Education”, 476 U.S. 267 (1986): “Under strict scrutiny, the means chosen to accomplish the State’s asserted purpose must be specifically and narrowly framed to accomplish that purpose”, pág. 280.

(67) “Simon & Schuster v. Members of the N.Y State Crime Victims Board”, 502 U.S. 105 (1991).

(68) Karst, Kenneth L. (1986), Compelling Interest, en Levy, Leonard W (editor in chief), Encyclopedia of the American Constitution, New York, Macmillan, vol. 1-2, pág. 337.

(69) “South Bay United Pentecostal Church, et al. v. Gavin Newsom, Governor of California, et al.”, on application for injunctive relief, Mayo 29, 2020; 590 U.S. (2020). Disponible en https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/19a1044_pok0.pdf (último acceso: 19-6-20). Ver Sacristán, Estela B. (2020), El virus de Wuhan y la libertad religiosa (El aporte de dos decisiones jurisprudenciales extranjeras), en Cassagne, Juan C. (dir.), Derecho Administrativo. Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica, Buenos Aires, Abeledo Perrot, N° 130 (en prensa).

(70) El estado de California, en el marco de las reglamentaciones sobre pandemia y servicios religiosos, procedió a limitar la concurrencia a estos fijando un doble tope: 25 % de la capacidad edilicia o 100 personas presentes, cualquiera fuere el que resultare menor. De este modo, se fijó, arbitrariamente, un doble cap a la asistencia, concurrencia o participación física, presencial, a esos servicios. A la época en que el caso estaba radicado ante la Corte Suprema, solo dos actividades se hallaban sujetas a un tope: los comercios minoristas (con tope del 50%) y los lugares de culto (con el tope impugnado del 25 %); en cambio las oficinas, fábricas, lugares donde se envasan los alimentos, museos y demás sectores no se hallaban sujetos a tope alguno. La South Bay United Pentecostal Church o SBUPC -la Iglesia Unida Pentecostal de South Bay- está ubicada en Chula Vista, California; y sus servicios normalmente reúnen entre 200 y 300 personas en un ámbito físico que cuenta con 600 asientos. Supplemental Brief in Support of Emergency Application for Writ of Injunction Relief Requested by Sunday, May 31, 2020, pág. 2. Disponible en https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/19/19A1044/144227/20200526154016842_Supplemental%20Brief%20iso%20Emergency%20Application.pdf (último acceso: 8-6-20).

La citada iglesia pentecostal solicitó una medida cautelar tendiente a la suspensión de la aplicación del tope del 25 % de ocupación en los servicios religiosos.

Ello surge de la disidencia, párr. 4º.

(71) En la mayoría votan los jueces Roberts, Ginsburg, Breyer, Kagan y Sotomayor, y en la minoría lo hacen los jueces Thomas, Alito, Gorsuch y Kavanaugh.

(72) “The precise question of when restrictions on particular social activities should be lifted during the pandemic is a dynamic and fact-intensive matter subject to reasonable disagreement. Our Constitution principally entrusts ‘[t]he safety and the health of the people’ to the politically accountable officials of the States ‘to guard and protect.’ Jacobson v. Massachusetts, 197 U.S. 11, 38 (1905). When those officials ‘undertake [] to act in areas fraught with medical and scientific uncertainties’, their latitude ‘must be especially broad.’ Marshall v. United States, 414 U.S. 417, 427 (1974). Where those broad limits are not exceeded, they should not be subject to second-guessing by an ‘unelected federal judiciary,’ which lacks the background, competence, and expertise to assess public health and is not accountable to the people”.

(73) “To justify its discriminatory treatment of religious worship services, California must show that its rules are ‘justified by a compelling governmental interest’ and ‘narrowly tailored to advance that interest.’ Lukumi, 508 U. S., at 531-532. California undoubtedly has a compelling interest in combating the spread of COVID-19 and protecting the health of its citizens. But ‘restrictions inexplicably applied to one group and exempted from another do little to further these goals and do much to burden religious freedom’. Roberts v. Neace, 958 F. 3d 409, 414 (CA6 2020) (per curiam). What California needs is a compelling justification for distinguishing between (i) religious worship services and (ii) the litany of other secular businesses that are not subject to an occupancy cap. California has not shown such a justification”.

(74) Cohen Eliya, Moshe - Porat, Iddo (2010), American balancing..., cit., págs. 263-286, esp. págs. 284-285.

(75) Barra, Rodolfo C. (2018), Derecho administrativo. Acto administrativo y reglamentos, Buenos Aires, Astrea y Rap, vol. 2, pp. 174-182.

(76) Carrillo, Santiago R. - Cordeiro, Mariano L. (2016), Foundations for the development of rational lawmaking in Argentina, en The Theory and Practice of Legislation, vol. 4, issue 2, págs. 237-262. Disponible en <https://www.tandfonline.com/eprint/nBgn2s35iFMV97AHZ7a5/full> (último acceso: 20-6-20). Pueden verse también: Carrillo, Santiago (2016), La racionalidad del proceso legislativo como estándar de control judicial (legisprudence), LL, 2016-E: págs. 635-647; Carrillo, Santiago R. (2018), La racionalidad del proceso..., cit., Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, N° 483, págs. 21-38.

(77) “Hartz IV GFCC”, sentencia del primer senado del 9-2-10, -1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09. Disponible en https://www.escribnet.org/sites/default/files/caselaw/hartz_iv_judgment_german_ls20100209_1bvl000109.pdf (último acceso: 20-6-20).

(78) En su opinión: “La herramienta de la proporcionalidad, conducida al extremo de la valoración de las cuestiones económicas tenidas en cuenta por el legislador al sancionar la ley (o no tenidas en cuenta en absoluto) puede poner el poder legislativo en manos de los jueces no electivos (en su origen y en su responsabilidad) y por lo tanto no directamente representantes de la soberanía popular y ajenos al natural juego de fuerzas políticas propia de un verdadero sistema democrático. Se corre así el peligro de elevar el gobierno último a una aristocracia togada y, en nuestro caso, vitalicia [...] y que sólo puede ser responsabilizada y removida del cargo por la comisión de delitos u otras faltas de gravedad. Naturalmente esta crítica no vale cuando se aplican los examinados criterios de revisión a la actividad materialmente administrativa tanto del Congreso como de la Administración pública, en tanto esta es una actividad ‘sublegal’, es decir, sometida a la soberanía de la ley, cuya vigencia los jueces deben garantizar”. Barra, Rodolfo C. (2018), Derecho administrativo..., cit., págs. 181-182.

(79) Ley 27.541; B.O. 23-12-19.

(80) B.O. 1-12-19.

(81) B.O. 5-3-20.

(82) B.O. 20-3-20.

(83) B.O. 8-6-20.

(84) Acordada 6/20, prorrogada hasta ahora por la Acordada 18/20.

(85) Ver la obra de Santiago, Alfonso - Vermanedi, Enrique y Castro Videla, Santiago M., El control del Congreso sobre la actividad normativa del Poder ejecutivo, Buenos Aires, La Ley, 2019.

(86) Ver nota al pie 14, supra.
