

IMPLICANCIAS DEL COVID-19 EN LAS CATEGORÍAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.

Por Leonardo F. Massimino y Daniela S. Sosa

SUMARIO. 1. Introducción. 2. El estado democrático y las funciones esenciales: a) El rol del Ejecutivo. b) El rol del Legislativo. c) El rol del Judicial. 3. Las categorías del derecho administrativo y la emergencia sanitaria: a) El poder de policía en materia sanitaria. b) Los servicios públicos y la Pandemia. c) Los contratos de Obra Pública. d) El Empleo Público. e) Los planteos judiciales efectuados en el período de receso extraordinario en el fuero contencioso administrativo de Córdoba. 4. Consideraciones Finales.

1. Introducción.

La irrupción de la pandemia vinculada al Coronavirus - COVID 19 ha tenido -y sigue teniendo- impactos significativos en la vida cotidiana de las personas y de los distintos países a nivel mundial.

Al respecto, recordemos que el 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró el brote del nuevo coronavirus COVID 19 como una Pandemia¹. En nuestro país, en diciembre de 2019, se dictó, en el marco del artículo 76 de la Constitución Nacional, la Ley 27.541 del 21 de diciembre de 2019 -Ley de Solidaridad Social y Reactivación Productiva en el marco de la Emergencia Pública²- que declaró la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social, con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2020.

Luego, a través del Decreto N° 260/2020³ se amplió la emergencia pública en materia sanitaria establecida por la citada ley, en virtud de la Pandemia declarada, por el plazo de

¹ Conf. www.who.int/es/news-room/detail/27-04-2020-who-timeline---covid-19. Al 11 de marzo, el número de afectados a nivel global ascendía a 118.554, el número de muertes a 4.281, afectando el COVID-19 a 110 países.

² B.O.P. 23/12/2019

³ B.O.P. 12/03/2020

UN (1) año a partir de la entrada en vigencia de este decreto⁴. A partir de allí, se dictaron una serie sucesiva de DNU con distintas medidas y alcances⁵.

Por su parte, la Provincia de Córdoba decretó el estado de alerta, prevención y acción sanitaria⁶ y adhirió a las medidas adoptadas por el Estado Nacional⁷, especialmente en lo que respecta al aislamiento obligatorio⁸. En función de ello, se creó en la Provincia de Córdoba el Centro de Operaciones de Emergencia “COE”⁹ que, entre otras cuestiones, restringió la circulación en el territorio provincial a través de una serie de cordones, barreras y aislamientos sanitarios tanto en la ciudad de Córdoba¹⁰, como en el interior del ámbito provincial¹¹.

En ese contexto, se ha planteado, con motivo de las medidas estatales adoptadas en el marco de la “emergencia sanitaria”, que más que en el dilema “salud pública vs. economía” -como muchos pregonan- habría que reparar en la tensión que exhiben las medidas adoptadas por razones de “salud pública” frente a las exigencias del Estado de Derecho que impone nuestro régimen constitucional¹².

Teniendo en cuenta lo expuesto y con el propósito de discurrir sobre esta temática mientras los hechos que la provocan aún se desarrollan, en el presente trabajo nos proponemos formular algunas consideraciones en torno a ciertas implicancias que el coronavirus - COVID 19 produce en el Estado de derecho y las funciones estatales, y en particular, la disciplina *ius* administrativa.

En esa dirección, en primer lugar, nos referiremos a la cuestión del Estado democrático y las funciones esenciales. Luego, examinaremos de manera sintética en torno a las categorías del derecho administrativo incididas por el coronavirus -COVID 19- tales como el empleo

⁴ En el instrumento se invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a tener como prioridad, la asignación de recursos al Sector Salud en tiempo oportuno y legal forma, a fin de garantizar la eficacia y efectividad de las prestaciones médico-asistenciales que se encuentran bajo su responsabilidad (art. 64), promoviéndose la descentralización progresiva hacia estas jurisdicciones locales del ejercicio de las funciones, atribuciones y facultades autorizadas en la situación excepcional y se instituyó al Ministerio del área de Salud para instrumentar y llevar adelante todas las políticas referidas a la emergencia sanitaria (art. 65).

⁵ Al tiempo de escribirse estas líneas, la página web del Boletín Oficial de la República Argentina, en la sección referida al COVID-19, menciona más de cuatrocientas normas reglamentarias nacionales emitidas en esta temática.

⁶ Decreto Provincial N° 156/2020 (B.O.E. 11/03/2020).

⁷ Ley Provincial 10.690 (B.O.E. 18/03/2020).

⁸ Decreto Provincial N° 201/2020 (B.O.E. 20/3/2020).

⁹ Resolución N° 311/2020 del Ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba.

¹⁰ Disposición COE N° 8/2020, entre otras.

¹¹ Disposición COE N° 3/2020, entre otras.

¹² AGUILAR VALDEZ, Oscar, ¿Salud Pública vs. Estado de Derecho? Reflexiones sobre el Estado Sanitario y Administrativo de Excepción, La Ley 25/05/2020.

público, el contrato administrativo y el servicio público. Finalmente, formularemos algunas reflexiones finales a modo de epílogo.

2. El estado democrático y las funciones esenciales

Claudio Gómez, parafraseando a Hermann Heller, cita en la introducción a las claves y tips para comprender el espíritu de nuestra Constitución Nacional que: *“La constitución de un Estado no es proceso sino producto, no es actividad sino forma de actividad; es una forma abierta a través de la cual pasa la vida, vida en forma y forma nacida de la vida”* (2007, 39).

Nada más apropiado para representar cual es el sentir de una manda constitucional en un mundo que atraviesa una de las situaciones más extraordinarias e impensada, como es la Pandemia del Covid-19, donde cada Estado ha reaccionado de maneras distintas, adoptando y asumiendo roles muy diferentes, aunque -seguramente- todas las autoridades actúan con el mismo convencimiento de estar decidiendo dentro de los parámetros constitucionales y siguiendo las mejores estrategias para salvaguardar el bienestar general de toda la ciudadanía.

Recientemente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha emitido una importante declaración denominada “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas”¹³, por medio de la cual señala que las medidas que los Estados adopten, en particular aquellas que resulten en restricciones de derechos o garantías, deben ajustarse a los principios *pro persona*, de proporcionalidad, temporalidad y deben tener como finalidad legítima el estricto cumplimiento de objetivos de salud pública y protección integral, como el debido y oportuno cuidado a la población, por sobre cualquier otra consideración o interés de naturaleza pública o privada.

Entre los considerandos del instrumento se recuerda que los Estados Partes de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) reconocen la relevancia de la protección de los derechos económicos, sociales y culturales (DESCA) como condición esencial para la democracia, el Estado de Derecho y el desarrollo sostenible.

¹³ CIDH, Resolución N° 1/2020, del 01 de abril de 2020

Asimismo, se reafirma que aun en los llamados “estados de emergencia”, “estados de excepción”, “estados de catástrofe por calamidad pública” o “emergencia sanitaria”, el Estado de derecho debe asegurar el rol fundamental de la *“independencia y de la actuación de los poderes públicos y las instituciones de control, en particular de los poderes judiciales y legislativos”*.

La Resolución recalca que en este contexto, el derecho a la salud -como “bien público” que es- incluye una atención oportuna y apropiada, así como los elementos esenciales e interrelacionados de disponibilidad, la accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios, bienes e instalaciones de salud, en condiciones de igualdad y no discriminación.

Impone además, que las “medidas de contención” de las autoridades estatales deben prestar especial atención tanto a la situación de las personas que viven en situación de pobreza o de bajos ingresos y salarios, como aquellos grupos de trabajadores que se encuentren expuestos a mayores riesgos (vgr. trabajadoras de la salud, producción y distribución de alimentos, limpieza, cuidado, trabajadores rurales, informales o precarizados, entre otros).

En suma, la declaración enfatiza que las “medidas de atención” o de “contención” de las autoridades estatales en términos de decisiones políticas, económicas o sanitarias, deben tener presente estos estándares o recomendaciones a fin de que sean realmente efectivas para la población, respetando la tutela de los derechos humanos de todos los ciudadanos.

En Argentina, la Constitución Nacional adopta en el artículo 1º un sistema federal y una forma de gobierno representativa y republicana, y tras la proyección de la reforma de 1994, se recalcó con mayor intensidad, el sostenimiento de un sistema democrático (Gómez, 2007, 43). A partir de allí, reconoce los principales derechos y garantías de quienes habitan territorio argentino y delimita toda la organización estatal.

Como sabemos, el ejercicio de esos derechos regulado a través del poder de policía estatal (art. 14 CN) no puede verse alterado por las leyes que lo reglamentan. A la vez que, esa reglamentación está sujeta a los límites de legalidad y razonabilidad (arts. 19 y 28 CN).

Por su parte, toda la actuación estatal en sus distintos órdenes -órgano ejecutivo, legislativo y judicial- se subordina al orden jurídico que deriva del propio texto constitucional, los tratados internacionales, las leyes, los reglamentos, los actos administrativos, los precedentes y los principios generales del derecho (art. 31 y 75 inc. 22 CN, art. 174 CP).

De esta manera, es claro que el rol del Estado en nuestra Constitución está muy bien definido; es garante del ejercicio de los derechos y garantías de los ciudadanos debiendo promover el bienestar nacional y la prosperidad del país, tal como surge del Preámbulo (Cassagne, 2020).

Para comprender como funcionan las estructuras gubernamentales y los órganos de decisiones en un contexto de extrema excepcionalidad y necesidad como la que atravesamos, debemos tomar como punto de partidas las distintas funciones jurídicas del Estado Argentino y la Teoría de División de Poderes elaborada por Tocqueville, pues de ello, resultará la separación de funciones del poder estatal y, correlativamente, la separación de órganos y competencias.

Como es sabido, la *unidad del poder* del Estado no se ve comprometida por la distinción de cada una de las funciones que desarrolla el poder en los distintos niveles de gobierno - nacional, provincial y municipal- y a través de los órganos ejecutivo, legislativo y judicial.

En sentido estricto la actividad dominante del Estado es manifestada a través de las diversas formas que asumen sus funciones, diferentes en su modalidad de ejercicio, según la actividad estatal que despliegan los órganos que componen su esquema estructural; hablaremos correlativamente de funciones administrativa, legislativa y judicial.

Sin embargo, los criterios distintivos de las funciones estatales, reconocidos en la doctrina publicista (Altamira Gigena, Gordillo, Cassagne, Comadira, Sesin) revelan que, si bien aquello funciona como regla general, la división de poderes o funciones carece de límites precisos, ya que cada órgano -estatal o no estatal- puede cumplir ocasionalmente distintas funciones o las comparte, y no únicamente la propia y específica asignada en la Constitución o en la ley.

Asimismo, se reconoce que todos los poderes del Estado ejercen una función administrativa concreta y paralela a su función típica constitucional que determina su sujeción a un régimen jurídico de derecho público administrativo.

Siguiendo a Gordillo (2013, 96) -conceptualmente- en un sentido jurídico práctico las distintas funciones estatales resultan útiles para luego determinar cuándo se ejerce una actividad administrativa dentro de los poderes o incluso hoy, dentro de un órgano no estatal o una persona jurídica privada. Esto no solo permite caracterizar al acto administrativo sino

que facilita al operador jurídico determinar en qué supuestos debe aplicar el régimen jurídico público administrativo y el Tribunal competente para controlar esa actividad.

La Corte Suprema desde antaño afirma que la estructura de los Poderes y el sistema de funciones estatales deben coexistir de manera que se garantice un sistema equilibrado de atribuciones y derechos. Expresamente ha señalado que se trata de:

un procedimiento de ordenación del poder de la autoridad, que busca el equilibrio y armonía de las fuerzas mediante una serie de frenos y contrafrenos, sin que por ello deje de existir entre ellas una coordinación (Fallos 313:1513 “Peralta, Luis Arcenio y otro c/ Estado Nacional (Mrio. de Economía BCRA.) s/ amparo”).

Veremos, entonces, que le compete a cada función estatal en situaciones excepcionales como la que vivimos.

a) El rol de Ejecutivo

En sentido material, el Poder Ejecutivo lleva adelante una función de política o de gobierno -en un sentido amplio- comprendiendo así, la típica función administrativa del Estado, en tanto es quien conduce y administra el Estado.

Pero, también excepcionalmente, ejerce una función co-legislativa cuando participa en la promulgación de las leyes (remitiendo proyectos de ley, ejerce el veto o las promulga) o cuando, por situaciones de emergencia pública dicta reglamentos delegados (art. 76 CN) o, en casos de situaciones extraordinarias dicta Decretos de Necesidad y Urgencia (art. 99 inc. 3 CN), los que aun con sus particularidades van a tener el valor de legislación.

Esto último, es lo que aconteció cuando el Gobierno debió dictar DNU para declarar la emergencia sanitaria y disponer necesariamente un aislamiento social para *contener* el contagio del virus, adoptando medidas de magnitud que restringen el ejercicio de ciertos derechos individuales como son el de libre circulación, de trabajar o de ejercer actividad comercial e industrial.

Cabe señalar que no hubo una ley en particular que declare el estado de emergencia por el COVID-19 y las medidas extraordinarias fueron dispuestas a través de ese instrumento excepcional, incorporado en el texto constitucional a partir de la reforma de 1994 para *“circunstancias extraordinarias donde no es posible seguir el trámite parlamentario de sanción y promulgación de leyes”* (art. 99 inc. 3, CN). Hoy, con la finalidad de

instrumentar alternativas paliativas, inmediatas y urgentes ante las distintas situaciones concretas que se sucedieron en nuestro país por la Pandemia¹⁴.

Conceptualmente, la emergencia es un concepto jurídico indeterminado (SESIN, 2011, 451) que, por lo tanto, debe ser interpretado en sentido estricto e implica que la misma será valorada discrecionalmente por el Congreso cuando la reconozca y declare en la ley. Por regla, es el Legislador quien tiene la facultad de decidir que la delegación es la manera más eficiente de paliar esa situación de crisis excepcional, confiriendo al Ejecutivo la potestad de decidir las medidas que considera más convenientes a ese fin.

Sin embargo, en cuanto a la validez de las medidas adoptadas -más allá de la opinabilidad o no de ellas- representan una actividad discrecional de la Administración pudiendo elegir entre distintas alternativas igualmente válidas para el derecho, aunque siempre la medida adoptada para ser legítima y válida jurídicamente deba dispuesta dentro de los estándares de razonabilidad y proporcionalidad que emergen del orden jurídico en el sentido más amplio. Es dentro de esos límites jurídicos que se habilita la revisión judicial incluso sobre estos aspectos discrecionales de la modalidad político discrecional (SESIN, 2011, 215).

Si bien, fácticamente, la emergencia es similar, la diferencia radica en que mientras en la delegación legislativa, la actuación del Congreso es *a priori*, al dictar una ley que *habilita* la delegación; en tanto que en los DNU, existe una inactividad del Congreso al encontrarse imposibilitado de seguir el procedimiento ordinario de sanción de las leyes y su actuación será *a posteriori*, aprobando o no el reglamento dictado.

Otra diferencia radica en que, la excepcionalidad y urgencia de la facultad legislativa del Poder Ejecutivo en materia de emergencia a través del DNU se circunscribe a la que se presenta de modo *súbito* (Bidart Campos 2001, 248), por cuanto es ésta la particularidad que legitima su actuación, ya que demanda la adopción de una *medida urgente*, ante la cual es aquel órgano y no el Poder Legislativo, quien se encuentra en mejores condiciones de normar con mayor celeridad; por el contrario, cuando la emergencia no se suscita de modo súbito, la potestad de legislar corresponde al Poder Legislativo, quien puede sin embargo

¹⁴ Vgr. limitación de la circulación de las personas, el cierre de las fronteras, los controles sanitarios, control del abastecimiento de productos, asistencia a los sectores carenciados, garantía del suministro y prestación de los servicios públicos, restricciones a ciertas actividades y también al comercio e industria, los permisos y las excepciones dadas y el congelamiento de alquileres y de tarifas, entre tantos otros.

delegarla en el Ejecutivo (art. 76, CN) dentro de los límites establecidos en la Constitución de naturaleza temporal e institucional.

Ahora bien, el núcleo de la prohibición contenida en cuanto a los DNU (art. 99 inc. 3, CN) reside en que cuando el Ejecutivo sanciona este tipo de reglamentos *-decreto*, en la terminología de la Constitución- asume el ejercicio de una competencia material que es propia del Congreso, pero que por una *circunstancia extraordinaria*, se admite que regule materias que debieran ser tratadas por una ley formal por expresa disposición constitucional -art. 75 CN-.

Vale decir que, el Congreso no ha autorizado previamente su dictado, sino que el Ejecutivo ejerce una competencia *asumida* en forma exclusiva y excepcional como atributo constitucional, únicamente para casos de amenaza grave e inminente al funcionamiento regular del poder público y de las necesidades sociales (Sesin, 2011, 416).

Como sabemos, este supuesto de urgencia a diferencia de la previsión del artículo 76, está sujeto a exigencias formales, materias expresamente vedadas *-impositivas, penales, régimen de partidos políticos y electorales-* y sujeto a un procedimiento de control posterior (Ley 26.122), en tanto constituye una limitación y no una ampliación de la atribución excepcional.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha desarrollado una doctrina interpretativa del ejercicio de esta prerrogativa, declarando que está sujeta a reglas específicas que exigen un estado de excepción y el impedimento de recurrir al sistema normal de formación y sanción de las leyes y contemplan, además una intervención posterior del Poder Legislativo¹⁵.

En definitiva, la circunstancia de emergencia debe ser de tal gravedad que pone en riesgo la propia subsistencia del Estado, en tanto afecta todo el orden socioeconómico. Entre muchos otros pronunciamientos, la Corte Nacional ha declarado que la emergencia consiste en:

(...) una situación extraordinaria que gravita sobre el orden económico social; con su carga de perturbación acumulada en variables de escasez, pobreza, penuria e indigencia, que origina un estado de necesidad al que hay que ponerle fin. La etiología de esta situación, sus raíces profundas y elementales, y, en particular, sus consecuencias sobre el Estado y la sociedad, al influir sobre la subsistencia misma de la organización política y jurídica, o el normal desenvolvimiento de sus

¹⁵ Fallos 322:1726 “Verocchi...”; Fallos 318:1154 “Video Club Dreams”, entre otros.

funciones, autoriza al Estado a restringir el ejercicio normal de algunos derechos patrimoniales tutelados por la constitución (...) (Fallos 313:1513, “Peralta”).

En el mismo precedente, donde se analizó la restricción al ejercicio de derechos patrimoniales individuales, el Tribunal enfatizó que:

(...) cuando una situación de crisis o de necesidad pública exige la adopción de medidas tendientes a salvaguardar 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 conceptúe útiles para llevar un alivio a la comunidad (...).

En otras palabras, se debe concebir como una herramienta anormal de restricción de derechos viable únicamente en situaciones de *riesgo social* o “*situaciones excepcionales*” que imponen la necesidad de resolver con urgencia y eficazmente.

En la emergencia, se trata de hacer posible el ejercicio de las facultades indispensables para armonizar los derechos y las garantías individuales con las conveniencias generales, de manera de impedir que los derechos amparados por esas garantías se vean frustrados o restringidos ilimitadamente (Sesin, 2011, 444)

Indudablemente, es un rol impostergable del Poder Ejecutivo actuar y decidir ante una situación de urgencia y sus decisiones, que son discrecionales, deben ser razonables y transparentes (art. 28 CN), aun cuando para muchos sean opinables o se considere que hay otras mejores. Lo concreto es que compete al órgano ejecutivo ejercer su función de gobierno adoptando las medidas de acción que considera más convenientes y oportunas para afrontar la situación de emergencia -en el caso, sanitaria-.

Finalmente, en la Provincia de Córdoba, dicha prerrogativa no está contemplada en la Carta Magna Provincial, resultará inválido el dictado de decretos de necesidad y urgencia por el Gobernador, y cualquier emisión normativa que recaiga sobre materias propias del Poder Legislativo (arts. 104 y 144, CP) dictadas por aquél órgano importara una violación flagrante al sistema constitucional local, sin que se pueda alegar la incorporación de este instrumento propio del ámbito federal, pues esta recepción reviste carácter excepcional y está precedida por la prohibición general de que el Ejecutivo reemplace la función legislativa (arts. 76 y 99, inc. 3°, CN). La Constitución local sólo reconoce potestad

reglamentaria al Gobernador, dentro de un ámbito limitado, como norma organizativa o de ejecución de la ley (art. 144 CP).

En suma, más allá de las decisiones tomadas, y en el orden nacional, de la mentada función legislativa de aprobación posterior, le compete a otro órgano estatal -el judicial- revisar la validez de tales actos normativos ante el planteo de los ciudadanos para restablecer el equilibrio entre el ejercicio de esas prerrogativas y los derechos individuales conculcados cuando ellas resultan arbitrarias por irrazonabilidad o desproporcionalidad.

b) El rol del Legislativo

El Legislador ejerce su función específica cuando dicta normas objetivas y generales, a través de un procedimiento constitucional específico de sanción de las leyes y está sometido a un régimen de derecho constitucional (Bidart Campos, 2001, 140).

La función legislativa es controlable judicialmente cuando se cuestiona su validez constitucional a través de los remedios previstos en los sistemas jurídicos procesales y constitucionales.

La necesaria declaración de emergencia por ley se fundamenta en la tutela del principio de seguridad jurídica (Sesin, 2011, 449) como requisito de juridicidad de las medidas adoptadas a partir de una habilitación conferida al órgano ejecutivo. Como sabemos, la vigencia de esta declaración debe ser temporal y siempre que las circunstancias lo aconsejen en resguardo del interés de toda la sociedad.

En el caso de la Pandemia, esta declaración formal no se realizó, no obstante, tal como se expresaba en los debates de la sanción del artículo 99 inciso 3 de la Constitución Nacional la función ejecutiva que decide el dictado del DNU y tiene ejecutividad, se complementará con una etapa legislativa posterior, ya que el Congreso debe, necesariamente, aprobarlo o revocarlo y si llegara a faltar esta segunda etapa, el decreto carecerá de validez (Del Diario de Sesiones, Convencional Ortiz Pellegrini citado en Gómez, 2007, 704). De esta manera, se lo concibe como una especie de acto complejo que nace de la concurrencia de la voluntad política de dos de los poderes constituidos.

Recientemente, a la Corte Suprema de Justicia de la Nación se le solicitó intervención para que se pronuncie respecto del contenido del reglamento de la Cámara de Senadores de la

Nación, para que se autorice al Congreso Nacional a sesionar de forma virtual o remota en virtud de la imposibilidad de concurrir al recinto¹⁶.

Tal como lo refirió el Alto Tribunal, esa decisión no es ejercicio de función legislativa de carácter general, abstracta y dirigida a todos los ciudadanos con la finalidad de reglar el ejercicio de los derechos individuales como manifestación del “poder de policía” del Estado (art. 14 CN), sino que compete al ámbito interno de actividad del Legislativo, y por ende, no requiere autorización o decisión judicial previa alguna. El Legislativo, al igual que los otros poderes del Estado está facultado para regular y organizar su funcionamiento interno a través de un reglamento autónomo (art. 66, CN) del mismo modo que cuando regula las relaciones con sus propios empleados y hasta con los otros órganos de la Administración Pública¹⁷.

No obstante, en el fallo *in extenso* se resaltó la misión constitucional que compete al órgano legislativo durante situaciones de excepción como la presente, ponderando la necesidad de asegurar con mayor razón, el debate parlamentario, pues en ello se involucra la vigencia del sistema representativo, republicano y democrático que establece la Constitución Nacional.

El Alto Tribunal aseguraba, ya desde antaño, que frente a circunstancias de grave conmoción social resultaba imperioso “*asegurar la existencia misma de las autoridades creadas por la Constitución*” (Fallos 54:432, “Alem”; Fallos 243:504 “Sofía”).

La continuidad de la tarea de legislar es esencial para el normal desarrollo de la vida constitucional de la Argentina. Es vital y hace al Estado de Derecho asegurar su funcionamiento, aun en los episodios más difíciles y extraordinarios. El Congreso debe funcionar como órgano de representación directa del pueblo de la Nación (Bidar Campos, 2001, 49), que resguarda su soberanía y expresa su voluntad, y la de los estados locales, en cuyo seno resguarda el principio democrático y el sistema federal.

¹⁶ CSJ 353/2020/CS1, “Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación s/ acción declarativa de certeza”, Sent. Del 24/04/2020. El caso se llevó adelante a través de una acción declarativa de certeza contra el Estado Nacional a los fines que en el marco excepcionalísimo de la emergencia desencadenado por la pandemia, despeje el estado de incertidumbre respecto a la validez legal de sesionar mediante medios virtuales o remotos, en aplicación del artículo 30 del Reglamento de la Cámara de Senadores en cuanto establece que “*Los senadores constituyen Cámara en la sala de sus sesiones y para los objetos de su mandato, salvo en casos de gravedad institucional*”.

¹⁷ Expresa el fallo “...*la Constitución, al poner en cabeza de cada una de sus Cámaras el dictado de su propio reglamento en el artículo 66, reconoce a cada una de ellas la autonomía necesaria para regular su propio funcionamiento y por ende regular los mecanismos para facilitar la realización de su función legislativa en estas circunstancias. Ello, claro está, siempre que en su diseño e implementación no ignoren las restricciones constitucionales que sí existen y se cumplan con los recaudos que la Ley Fundamental sí establece respecto del procedimiento de deliberación y sanción de las leyes...*” (Del Consid. 16)

En esta directriz, en atención a la situación de excepción actual, la Corte Nacional enfatizó que “...las emergencias, de cualquier tipo, deben ser tratadas dentro del Estado de Derecho y por ello el funcionamiento del Congreso de la Nación resulta absolutamente esencial para el normal desarrollo de la vida constitucional de la Argentina...” (Consid. 17).

El Ministro Rosatti, entre los argumentos que desestiman la vía judicial intentada señaló en relación a la invocada situación de “gravedad institucional” que:

el no funcionamiento del H. Senado afecta de manera directa a uno de los órganos constitucionales del Estado (el Congreso de la Nación) y afecta, ineludiblemente, el principio de división de poderes. La verdadera gravedad institucional no estará entonces en la eventual imposibilidad de debatir una norma cuyo texto ni siquiera se conoce, que incluso debería presentarse originariamente en la otra Cámara que la que está representada en esta petición, y sobre la que esta Corte solo podría expedirse en la medida en que fuera sancionada, promulgada, entrara en vigencia y luego fuese cuestionada en un caso concreto, sino en el no funcionamiento de una institución irremplazable y su afectación al sistema republicano de gobierno, previsto en el artículo 1° y cc. de la Norma Fundamental. (Pto. II., Consid. 8)

En definitiva -tal como concluyó acertadamente el Ministro- la gravedad institucional derivada de la emergencia sanitaria por la Pandemia COVID 19 reside en la afectación del sistema republicano por la falta de funcionamiento de una de las Cámaras del Congreso, con la subsecuente imposibilidad de ejercer su función estatal de: a) sancionar leyes y, b) ejercer las funciones de control constitucionalmente asignadas.

Tales razonamientos justifican la adopción definitiva de las sesiones virtuales o remotas o por videoconferencias -tal como fue adoptado en distintas provincias del país, entre ellas Córdoba- para garantizar la continuidad del funcionamiento del órgano legislativo, dando tranquilidad a sus integrantes representativos e incluso a los agentes dependientes de las Cámaras que también debieron modificar sus trabajos para preservar su salud, aunque con aquella finalidad última, cual es, salvaguardar el funcionamiento de las funciones esenciales estatales.

c) El rol de Judicial

En orden de lo dicho, en un Estado de Derecho el papel que desempeñan los jueces es de suma trascendencia ya que en circunstancias de excepción es el garante que debe procurar mantener el equilibrio entre las atribuciones ejercidas por los órganos estatales y los

derechos y garantías de los ciudadanos. Tan es así que si se tiene en cuenta el orden jerárquico normativo constitucional (art. 31 CN) es posible estimar cómo en tales circunstancias es de suma importancia el control judicial y convencional de los actos normativos, sean leyes de emergencia o decretos de necesidad y urgencias dictados en ese contexto.

En cuanto al rol del Máximo Órgano Judicial de la Nación, se afirma que:

(...) La Corte debe saber colocarse en sintonía con la idiosincrasia, creencias y valores que anidan en una sociedad. A la misma debe saber comprender e interpretar. La Corte no puede jugar una misma misión alejada de sus ruidos y urgencias. No refugiarse en poner distancia al tratar de no escuchar la música de un tejido vivo, complejo, dinámico y creativo. Aunque no lo desee, está comprometido con su circunstancia. Ser independiente e imparcial no es ser indiferente (...) (Gómez, 2007, 337).

Tal afirmación alcanza a todos los jueces. El orden constitucional legitima al juez para llevar adelante ese proceso de control en relación a una normativa que luce contraria al orden constitucional. La *función judicial* es ejercida por un Poder estatal y como tal, co gobierna y comparte con los otros Poderes Ejecutivo y Legislativo la conducción general del país, siendo que ello emerge del propio Preámbulo cuando impone a todos los órganos del Estado promover el bienestar general (Gómez, 2007, 343).

Allí reside su misión, y no puede ser suspendida totalmente bajo ninguna circunstancia, ya que se estaría comprometiendo los estándares mínimos del Estado de Derecho, tal como lo resaltó la Corte Nacional en el precedente citado en el punto anterior. Es que, compete al Poder Judicial velar porque ninguno de los poderes del Estado actúe por fuera de las atribuciones que la Constitución les confiere y también que en el ejercicio de sus funciones propias -y aun las excepcionales- se desvíe del modo en que ella los autoriza a ponerlas en la práctica¹⁸.

Esta función esencial es propia de los jueces en cualquier época y lo será con mayor exigencia en situaciones de inusitada excepcionalidad, como lo es, una Pandemia.

En tal caso, establecida la existencia de una emergencia sanitaria y las medidas que se pueden adoptar por el Ejecutivo o Legislativo, resta referirnos -sintéticamente- a cuál es el alcance de la revisión judicial en situaciones de emergencia.

¹⁸ Esto ha sido sostenido por la Corte en diversos pronunciamientos y reiterado, nuevamente, más recientemente en el caso "CEPIS", Fallos 339:1077.

Sabemos que ha habido innumerables ocasiones de emergencia en el país, y la Corte Suprema ha asumido un rol institucional importante al juzgar sobre el uso de remedios excepcionales y extraordinarios establecidos en normas de emergencia económica, social e institucional en distintas épocas. Siempre ha resaltado los límites que autorizan el dictado de esas medidas, más allá del análisis casuístico que determinó legitimar o no una disposición de emergencia (Fallos 322:1726 “Verrochi”; Fallos 323:1934 “Risolia de Ocampo”; Fallos 325:28 “Smith” y Fallos 326:417 “Provincia de San Luis”).

Actualmente, el principio del control de juridicidad y el derecho a la tutela judicial efectiva han permitido superar, dentro de ciertos límites, la estrictez de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables, llegándose a admitir que aun cuando se trate de un acto político o de contenido discrecional, si es susceptible de agraviar derechos subjetivos, intereses legítimos o colectivos, el mismo será revisable judicialmente a fin de asegurar la primacía constitucional (Altamira Gigena, Gordillo, Sesin).

Sí a la luz de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, toda restricción que imponga una situación de emergencia 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 de constitucionalidad, puesto que una situación de emergencia no puede suspender garantías constitucionales ilimitadamente¹⁹, no se puede negar que los jueces poseen un amplio poder de revisión sobre la acreditación de las causales y circunstancias que justifican la emisión de los decretos de necesidad y urgencia.

Sesin (2011, 214) explica claramente que la revisión sobre la existencia real de la situación de emergencia supone verificar, comprobar, acreditar y demostrar que los hechos invocados para justificar la declaración se condicen con la realidad, además de poder analizar también la temporalidad de la emergencia al momento de decidir, considerando su subsistencia o no y las consecuencias de ello.

Distinto es la elección de la conducta a seguir adoptada por el Legislador o el Ejecutivo -en su caso-, ya que ello implica una valoración política discrecional y por ende, las conductas operativas a ejecutar no serán cuestionables porque se mueven dentro de un marco de posibilidades. Aunque ellas deben resultar lógicas, coherentes, imparciales y trasuntar una

¹⁹ CSJN, 15/05/1959, Fallos 243:467 “Russo”.

valoración razonable de los presupuestos fácticos que la habilitan (Sesin, 2011, 215). Los actos de ejecución de las medidas son controlables a fin de establecer que son congruentes, proporcionados con los medios utilizados y, medianamente razonables y equitativos.

El *estándar de juridicidad* en relación a la existencia de una emergencia pública también ha sido delimitado en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba.

En la causa “Bulacio” (TSJ, en pleno, Sala Laboral, 18/09/1996, Sent. Nro. 223), se señaló que el estándar de revisión judicial, se restringe frente al núcleo discrecional reservado a la libre valoración y elección y se amplía ante la verificación de las circunstancias fácticas que se invocan como presupuesto habilitante de competencia legislativa, la razonabilidad de las restricciones y beneficios que se otorgan, y la temporalidad del ejercicio de la potestad.

En sentido coincidente, en la causa “Rubotti, Fabricio D y otro” (TSJ, en pleno, 30/03/2000) se señaló que el control judicial termina cuando se comprueba que se ha elegido una alternativa entre varias igualmente válidas para el derecho, no pudiendo revisar ni sustituir el núcleo político discrecional interno, esto es el porqué de un remedio en lugar de otro, ya que estos aspectos integran la zona de reserva del Poder Ejecutivo.

Resulta materia revisable examinar si el órgano que ejerce la facultad privativa - excepcional- ha actuado dentro del marco de las disposiciones constitucionales o si se aparta en forma evidente de aquéllas y las leyes que reglamentan su ejercicio, siendo indispensable que la decisión esté vinculada a derechos subjetivos de los particulares e introducida por parte de quien demuestre la existencia de un interés directo.

No basta que la autoridad ejecutiva haga referencias vagas o imprecisas sobre las circunstancias que justifican la necesidad y urgencia sino que debe señalar en qué consisten y por qué ellas afectan al interés general, como para justificar medidas de esta índole. En consecuencia, es necesario que esté en “grave riesgo” el interés general o social; solo esto habilitará que se adopten ciertas medidas restrictivas de los derechos individuales.

Tampoco, la adopción de esta vía excepcional por el Ejecutivo no puede resultar de una mera conveniencia, soslayando la inexcusable intervención del Congreso en la determinación de la política legislativa, sino que el dictado de un DNU debe enmarcarse en una situación absolutamente excepcional que impide seguir el trámite parlamentario de las leyes, pues de lo contrario se afecta la división de poderes.

Al respecto, Sesin advierte que la emergencia se mantiene dentro del orden jurídico cuando la extrema gravedad, la temporalidad y el principio de proporcionalidad -como elementos indispensables- a la hora de analizar el tenor de las medidas adoptadas, son las estrictamente requeridas para salvar el estado de necesidad. Ello “...no implica una discreción ilimitada para indicar los mecanismos operativos necesarios para combatir la emergencia. Los planes de acción e instrumentos adoptados durante el tiempo que dure la situación excepcional condicen con la juridicidad, siempre que sean estrictamente necesarios...” (2011, 448).

En este contexto y, entre las muchas intervenciones que ha tenido en Poder Judicial durante esta Pandemia, citamos un caso donde se declaró la inconstitucionalidad de una normativa (arts. 2 y 3 de la Res. Conjunta N° 16/2020 MSJGM²⁰) que imponía a los adultos mayores de setenta (70) años residentes de la CABA la necesidad de comunicarse telefónicamente con el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires para poder desplazarse en la ciudad²¹.

Si bien se convalidó la legitimidad de las medidas nacionales que limitan la posibilidad de reunirse y circular asumiendo que fueron dispuestas en forma razonable y que tal como surgía de los considerandos de la Resolución en cuestión, fue decidida con la intención de dar mayor protección y cuidado a los adultos mayores frente a la propagación del coronavirus, a la luz de los textos convencionales y constitucionales vigentes, la ilegitimidad de los dispositivos residía en que la medida resulta una “exigencia más gravosa que para el resto de la población” -establecidas en el DNU 297/2020- al estimar disminuida la autonomía personal y la capacidad de decisión solo en función de la edad. Máxime si además, se tenía en cuenta que el permiso conferido tenía una vigencia limitada (48 hs.) que obligaba a una nueva gestión para poder circular.

El bloque convencional que emerge de la Convención Americana de los Derechos Humanos (art.1.1.), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 2.2 y 26) y, en particular, la Convención Interamericana sobre la Protección de los

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

Artículo 3°.- *El aviso efectuado con la modalidad prevista en el artículo 2°, estará vigente durante 48 horas.*

²¹ Juzgado de Ira. Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 14 (Sec. 27) de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Resolución de fecha 20 de abril de 2020 “Lanzieri, Silvano c. GCBA s/ Amparo – Otros”. En el fallo se hizo lugar parcialmente a la medida cautelar solicitada.

Derechos Humanos de las Personas Mayores (Ley N° 27.360, del año 2017) juntamente con el principio de igualdad que se expresa a través del derecho a recibir un trato igualitario frente a la identidad de circunstancias y opera como límite ante toda arbitrariedad (art. 16 CN), impone un análisis riguroso de las medidas establecidas.

Es que, la prohibición por discriminación relacionada con la edad cuando se trata de las personas mayores, se encuentra expresamente prevista en tales instrumentos internacionales²² y contemplada en la reciente “Declaración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 1/20”, ya referida anteriormente.

En virtud de esto, aun cuando la normativa fue dictada dentro del contexto de las medidas de restricción de circulación y el Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio dispuestas por el PEN mediante el DNU N° 297/2020 (Pandemia del Covid-19) y prorrogadas por los DNU N° 325/2020 y 355/2020, la medida en particular vulnera los derechos y garantías del grupo etario al cual se encontraba destinada, imponiendo una exigencia mayor y distintiva del resto de la población que se encontraba en la misma situación de aislamiento.

La situación encuadraba en una típica “categoría sospechosa”²³ y por ende, en los términos de la doctrina de la Corte Suprema, el Juzgador afirmó que:

(...) la presunción de inconstitucionalidad que rige sobre tales decisiones solo podría eventualmente ser superada si el Estado ofrece una prueba de suficiente entidad sobre los fines que habría intentado resguardar y sobre los medios que ha utilizado al efecto. En cuanto a los primeros, deben ser sustanciales y no bastará que sean meramente convenientes. En cuanto a los segundos, será insuficiente una genérica “adecuación” a los fines, sino que deberá juzgarse si los promueven efectivamente y, además, si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada (CSJN, sentencia in re “Hooff”, considerando 6°) (...) (cfr. Consid. XVI).

En otras palabras, el escrutinio de razonabilidad en este caso debía ser más severo a tenor de los derechos y garantías afectados. Es que, si en la emergencia sanitaria se encuentran contempladas aquellas situaciones de ciudadanos que autorizados o por excepción -quienes

²² Caso “Poblete Vilches y otros vs. Chile”, Sentencia del 08/03/2018. Allí, la CIDH sostuvo que la prohibición contenida en el art. 1.1 de discriminar “por motivos de raza, color, sexo, (...) posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”, es enunciativa, y por ende, a través del término “otra condición social” deja abierta la inclusión de otras categorías que no hubiesen sido explícitamente nominadas, como es la edad, que resulta así, una categoría protegida por la norma convencional.

²³ Por categorías sospechosas entiende “aquellos supuestos en los que el legislador establece distinciones a partir de determinados factores, las que pueden responder a prejuicios o estereotipos que tienen el efecto de excluir del legítimo ejercicio de un derecho a categorías enteras de personas...” (cfr. Considerando XVI, con cita de la jurisprudencia)

cumplen funciones esenciales o quienes salen para adquirir bienes de primera necesidad- resulta que, a partir de la nueva norma local “...existiría un nuevo grupo, con mayores restricciones a sus libertades individuales, y para quienes el aislamiento pasaría a tener una intensidad superior”. Esta evidente desigualdad justifica que la lesión a los derechos constitucionales contenida en los artículos 2 y 3 de la Resolución, no supere el *test* de constitucionalidad y por lo tanto, resultan ilegítimos.

Casos como el considerado, entre tantos otros que han debido resolverse en esta situación extraordinaria, revela lo imprescindible que es garantizar el pleno funcionamiento de la Justicia para que el sistema de cogobierno entre los Poderes del Estado se mantenga dentro de los estándares constitucionales.

Por último, resta agregar que para afianzar este funcionamiento como exigencia de seguridad jurídica de los ciudadanos, llevó a que los órganos judiciales -nacional y provincial- como autoridad estatal, también han debido adoptar medidas internas tendientes a garantizar que el servicio de administración de justicia recuperara cuanto antes la capacidad de cumplir su función institucional a la vez, se debe preservar la salud de todas las personas involucradas -operadores jurídicos, magistrados, funcionarios, agentes, auxiliares, etc.- con miras a contener la propagación del Covid-19.

Estas medidas son función administrativa materializada a través de acuerdos reglamentarios, no exteriorizan la función judicial que resuelve una controversia con independencia e imparcialidad, suscitada por las medidas de emergencia que afectan los derechos de los individuos, sino que se busca asegurar la prestación de esa función estatal *en la emergencia*.

Ello se logra través de medidas urgentes dirigidas garantizar la prestación de un servicio esencial que involucra las relaciones con los operadores jurídicos -vgr. innovación e implementación de herramientas tecnológicas para la gestión judicial, atención diferenciada por turnos, firma electrónica para la tramitación de ciertas actuaciones-; con los auxiliares de la justicia -vgr. relevamiento de las condiciones operativas y edilicias y diseño de Protocolos de funcionamiento de acuerdo a pautas sanitarias y de seguridad- y con sus propios agentes -teletrabajo, asistencia por turnos- entre otras.

En suma, el Estado actúa a través de las distintas funciones estatales -ejecutiva, legislativa y judicial- ejerciendo sus competencias típicas dentro del orden jurídico, unas de modo exclusivo y otras que son compartidas; pero todas deben permitir un equilibrado desarrollo de las políticas públicas como unidad estatal. Para garantizar esa proyección debe funcionar el sistema de frenos y contra frenos a través de un mecanismo mutuo de control en todas circunstancias, en épocas de anormalidad y con mayor razón es en situaciones de excepcionalidad extrema.

Tal como lo ha manifestado Ezequiel Cassagne (2020) en una reciente publicación, es de suma importancia poder comprender que el derecho de emergencia tiene bases constitucionales, y que es en el propio texto constitucional donde encuentra sus limitaciones. Limitaciones que son insoslayables y necesarias para garantizar la esencia del Estado de Derecho.

3. Las categorías del derecho administrativo y la emergencia sanitaria.

La pandemia vinculada al Coronavirus – COVID-19 y la emergencia pública en materia sanitaria declarada por la Ley 27.541²⁴ y ampliada por el Decreto N° 260/2020²⁵, han producido múltiples incidencias en las categorías del derecho administrativo, cuyos alcances, en rigor, aún son imprecisos, aunque ciertamente significativos.

En ese entendimiento, en los apartados siguientes examinaremos brevemente algunas de esas incidencias en la noción de poder de policía administrativa, los servicios públicos, la contratación administrativa -en especial en los contratos de Obra Pública- y la relación de empleo público.

a) El poder de policía en materia sanitaria

La noción de poder de policía es, quizás, una de las más incididas en el ámbito del derecho público con motivo de la aparición del Coronavirus – COVID-19; o, en realidad, lo es como consecuencia de la declaración de “emergencia sanitaria” dispuesta por el Estado²⁶.

²⁴ B.O.P. 23/12/2019

²⁵ B.O.P. 12/03/2020

²⁶ Para profundizar sobre los inicios de este concepto esencial, ver con provecho CARRANZA TORRES, Luis R., Los orígenes de la policía sanitaria, Comercio y Justicia, 12 de junio de 2020.

Recordemos que el Decreto N° 297/2020 fue dictado considerando que el país se encontraba ante una potencial crisis sanitaria y social sin precedentes. Ello así en razón de que no se cuenta con una vacuna para prevenir la infección, no existe la posibilidad de realizar testeos masivos o generalizados que permitan aislar exclusivamente a los infectados, y por el carácter limitado en su acceso y servicialidad que tiene el sistema sanitario nacional que, ante una demanda masiva de atención, colapsaría.

En ese contexto, a fin de mitigar su propagación e impacto en el sistema sanitario, se impuso 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”²⁷.

La decisión, con el propósito de impedir la circulación social del virus, importa que todas las personas que habitan el territorio nacional tienen la obligación de permanecer en sus hogares o en los lugares donde se encontrasen a las cero horas del día 20 de marzo de 2020, momento de inicio de la vigencia de dicha medida. De igual modo, la norma también dispuso el deber de abstención de concurrencia a sus lugares de trabajo, prohibiendo la circulación y el desplazamiento por rutas, vías y espacios públicos, habilitándose, solamente, la realización de desplazamientos mínimos e indispensables para aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos.

Con el propósito de garantizar el cumplimiento de tales prohibiciones se adoptaron distintas medidas²⁸. Así por ejemplo, se habilitó al Ministerio de Seguridad a disponer controles permanentes en la vía y accesos a lugares públicos y se atribuyó competencia a las autoridades de las demás jurisdicciones y organismos del Sector Público Nacional, en el ámbito de sus competencias y en coordinación y de forma concurrente con las jurisdicciones provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a disponer procedimientos de fiscalización con la misma finalidad, obligando a los funcionarios a formular la pertinente denuncia penal en caso de verificar el incumplimiento a las prohibiciones en cuestión y confiriendo al Ministerio de Seguridad la facultad de disponer la inmediata detención de los vehículos que circularan en infracción al régimen así como

²⁷ A esa fecha, según surge de los considerandos del referido decreto, en el país se registraban noventa y siete casos de infectados en once jurisdicciones, y tres muertas causadas por el virus. Al momento en que se escriben estas líneas continúan en aumento.

²⁸ En este apartado, seguimos a AGUILAR VALDEZ, Oscar, ¿Salud Pública vs. Estado de Derecho? Art. cit.

proceder a su “retención preventiva” por el tiempo que “resulte necesario” a fin de evitar los desplazamientos.

Se prohibieron los eventos culturales, recreativos, deportivos o que de alguna manera implicasen la concurrencia de personas, abarcando, inclusive, las celebraciones religiosas. También se suspendió la apertura de locales, centros comerciales, establecimientos mayoristas y minoristas, y cualquier otro lugar que implicara la presencia de personas. A su vez, durante la vigencia de la medida se estableció que los trabajadores del Sector Privado tendrán derecho al goce íntegro de sus ingresos habituales y se confirió asueto transitorio al personal de la Administración Pública Nacional para que estos pudieran cumplir con la obligación de aislamiento. Solo quedaron excluidos de la obligación de aislamiento aquellas personas que se desempeñasen en las llamadas “actividades esenciales”, atribuyéndose competencia al jefe de Gabinete de Ministros para que, previo asesoramiento de la autoridad sanitaria y con base en la dinámica de situación epidemiológica, ampliase o redujese las excepciones al aislamiento allí contempladas.

La obligación de aislamiento es un principio general exigible a todos los habitantes, y para acreditar los supuestos de excepción, excluidos de dicha obligación surgió reglamentariamente el deber de obtener diversos “permisos” así como el de suscribir variadas “declaraciones juradas”²⁹, para ser presentadas a los agentes de la seguridad que tienen a su cargo la fiscalización del régimen.

La proliferación de estas autorizaciones excepcionales, la poca claridad de las normas aplicables, así como la circunstancia de que las provincias y municipalidades de todo el país, amén de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, reclamasen para sí el ejercicio concurrente de sus “poderes de policía de la circulación”, dieron lugar a un verdadero enjambre de “permisos” superpuestos y acumulados³⁰ que el Estado Nacional intentó -parcial y casi infructuosamente- solucionar con la aprobación de un “Certificado Único

²⁹ Por ejemplo, véanse las declaraciones juradas nacionales exigibles en materia de recolección y transporte de residuos peligrosos: www.cent.gov.ar/declaracion-coronavirus, en materia transporte de mercaderías, petróleo, combustibles y GLP, la aprobada por Res. MT 78/2020, respecto del regreso al domicilio habitual, la declaración jurada "Certificación para el regreso al domicilio habitual", accesible a través del sitio web <https://regresoacasa.argentina.gob.ar>, creada por Res. Conj. MT - MI 2/2020 y en materia de asistencia a mayores adultos, la aprobada mediante Res. MDS 133/2020, entre muchas otras.

³⁰ Sobre el particular, véase respecto de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: www.buenosaires.gob.ar/coronavirus/solicitud-de-permiso-de-transito-durante-emergencia-por-coronavirus#ListadoPermisos

Habilitante para la Circulación”³¹. Así, por vía reglamentaria, se exigió a cada jurisdicción provincial y a la CABA la apertura de un “registro” de aquellas personas que se encuentran autorizadas a regresar a su domicilio habitual, imponiéndose la obligación de comunicar tales movimientos a las autoridades nacionales³².

Con el correr de los días, debido a la necesidad de atender otras actividades que se mostraron de continuidad “esenciales”, así como en razón de los reclamos de las autoridades provinciales y locales que bregaban por una mayor actividad económica en sus jurisdicciones, la Jefatura de Gabinete de Ministros fue morigerando la estrictez del régimen de aislamiento, incorporando nuevas actividades al régimen de excepción³³, habiéndose con posterioridad habilitado a los gobernadores provinciales a establecer excepciones en el ámbito de sus jurisdicciones y previo cumplimiento de una serie de recaudos fijados tanto por la autoridad sanitaria local como por las autoridades nacionales³⁴. No obstante, lo cierto es que, a este momento se mantiene la estructura básica del régimen en cuestión, así como la casi totalidad de las medidas allí impuestas.

En adición a las prohibiciones y restricciones reseñadas -que solamente se mencionan a modo ilustrativo-, cabe señalar que también se dictaron y, aún se continúan dictando, una gran cantidad de disposiciones en ejercicio del “poder de policía sanitario”, quizás del modo en que nunca había ocurrido en nuestro sistema argentino.

b) Los servicios públicos y la Pandemia

La actividad contractual vinculada con la prestación de los servicios públicos también se ha visto fuertemente incidida con motivo de la “emergencia sanitaria”. Así lo demuestran, en lo que aquí interesa, diversos estudios realizados a nivel regional referidos a la asequibilidad, en ese contexto, de los servicios de electricidad, transporte y agua potable y saneamiento para los hogares de América Latina y el Caribe (ALC)³⁵.

³¹ Conf. Res. MI 48/2020 y Dec. Adm. JGM 446/2020. Para la nómina de “permisos” exigibles -cuando menos, al momento en que se escriben estas líneas-. Cfr. www.argentina.gob.ar/coronavirus/aislamiento/provincias.

³² Res. Conj. MT - MI 3/2020.

³³ Conf. Decs. Adms. JGM 429/2020, 450/2020, 467/2020, 468/2020, 490/2020 y 703/2020.

³⁴ Ello, conf. Dec. 408/2020.

³⁵ Estas consideraciones se basan en el Informe realizado por Tomás Serebrisky, Juan Pablo Brichetti, María Eugenia Rivas Amiassorho sobre “El impacto del COVID-19 en la demanda de servicios” publicado el 21 de abril de 2020. Disponible en: <https://blogs.iadb.org/agua/es/servicios-de-infraestructura-asequibles-para-todos-en-tiempos-de-coronavirus-y-mas-alla/>

En el caso del transporte, uno de los principales efectos de la emergencia sanitaria ha sido la necesidad de disponer medidas de aislamiento, afectando sustancialmente el uso del transporte público en la región.

En ese ámbito, estadísticas recientes -que comprenden ciudades como La Paz, México (DF), Lima, Bogotá, Buenos Aires, Santiago de Chile y San Pablo- muestran que la caída de la demanda de transporte público ha sido en promedio del setenta y cinco por ciento (75%) en un conjunto de ciudades de la región desde la implementación de las medidas de aislamiento social.

El derrumbe de la demanda tiene varios efectos. Uno de ellos sería -dada su magnitud- que las empresas operadoras ven afectados sus ingresos por la prestación del servicio, lo cual tendría incidencia en los subsidios a un sector que antes de la crisis, ya dependía de importantes subsidios para cubrir los costos de operación.

También se afirma que otro impacto es el ahorro en el gasto de los hogares debido a la reducción en el consumo de servicios de transporte. Sin embargo, estos efectos carecen de evidencia para sostener que ello pueda ser considerado por las autoridades para establecer una política pública en tal sentido sino, por el contrario, advertir la necesidad de remover prontamente las consecuencias del aislamiento.

En relación al servicio eléctrico, siempre según el estudio que seguimos, surge que las medidas de confinamiento obligatorio no afectan por igual a los sectores que demandan electricidad. Sin lugar a dudas, el cambio de comportamiento de la demanda de consumo de electricidad tendría incidencia en los niveles y estructuras tarifarias de esos sectores.

A diferencia del caso de transporte público y electricidad, el sector de agua potable y saneamiento no cuenta en la región con estadísticas “en vivo” para poder entender el impacto real de las medidas adoptadas para paliar la Pandemia del coronavirus COVID-19 (confinamiento, la exhortación a una mayor higiene, entre otros) sobre la demanda de agua potable y saneamiento. Pese a ello, al ser un servicio domiciliario, la dinámica esperada es similar al caso de la energía eléctrica.

Es decir, los resultados que muestran los primeros estudios ponen de manifiesto que el impacto del Coronavirus COVID-19 en la demanda de servicios es realmente significativo, con un impacto más profundo en la demanda del transporte público y en menor medida en

la de energía eléctrica y agua. Cabe señalar, no obstante, que como consecuencia de la permanencia de las personas en sus hogares, la utilización del servicio de Internet ha tenido un comportamiento singular porque su utilización se ha incrementado notablemente. Esta circunstancia pone de resalto la importancia de la conectividad en contextos de Pandemia.³⁶

En nuestro país, el comportamiento de los servicios ha sido similar a lo acaecido en la región³⁷ y las autoridades han adoptado medidas tendientes a asegurar la prestación de estos servicios en la emergencia sanitaria. Así, por ejemplo, el DNU N° 297/20 -que dispuso el aislamiento social, preventivo y obligatorio³⁸- exceptuó del cumplimiento del aislamiento y de la prohibición de circular, las personas afectadas a las actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia, según allí se detalla, entre las que se encuentran, el personal afectado a obra pública, las actividades de telecomunicaciones, internet fija y móvil y servicios digitales, la recolección, transporte y tratamiento de residuos sólidos urbanos, peligrosos y patogénicos; el mantenimiento de los servicios básicos (agua, electricidad, gas, comunicaciones, etc.) y atención de emergencias; el transporte público de pasajeros, transporte de mercaderías, petróleo, combustibles y GLP; los servicios postales y de distribución de paquetería; las guardias mínimas que aseguren la operación y mantenimiento de Yacimientos de Petróleo y Gas, plantas de tratamiento y/o refinación de Petróleo y gas, transporte y distribución de energía eléctrica, combustibles líquidos, petróleo y gas, estaciones expendedoras de combustibles y generadores de energía eléctrica, etc.

Asimismo, el DNU N° 311/2020 prohibió los cortes a los servicios esenciales por falta de pago. En concreto, dispuso prohibir por 180 días la interrupción de suministro a las empresas de servicios públicos los cortes de luz, gas, agua, telefonía móvil y fija, internet y televisión por cable a los jubilados, beneficiarios de Asignación Universal por Hijo (AUH), monotributistas y trabajadores en general que no perciban más de dos salarios mínimos. Por otra parte y en la misma línea, también se dispuso la suspensión de la obligación de

³⁶ Ibidem nota 35.

³⁷ En tal sentido, en Infobae Económico del 12/06/20 se informó que el consumo de servicios públicos cayó 6% interanual en marzo y dio cuenta que el INDEC informó que el consumo acumuló un retroceso de once meses consecutivos. De igual manera, en la ciudad de Córdoba bajó el consumo de energía eléctrica, y en el agua potable y gas se detecta más morosidad. También hay menos basura, y los efluentes llegan en mejor condición a Bajo Grande. Información disponible en: <https://www.lavoz.com.ar/politica/servicios-publicos-alterados-por-cuarentena>. Nota de fecha 02/04/2020.

³⁸ B.O.P. 20/03/2020

pago de tarifas de peaje para transitar en corredores viales concesionados o gestionados bajo contratos de participación público-privada³⁹.

En adición a las normas referidas directamente a la prestación de servicios públicos, también se dictaron otras disposiciones que establecieron importantes restricciones a derechos económicos, tales como el establecimiento de precios máximos a ciertos insumos sanitarios⁴⁰ y de primera necesidad⁴¹, la suspensión del cierre de cuentas bancarias⁴², el congelamiento de cuotas de créditos hipotecarios y suspensión de ejecuciones⁴³, el congelamiento de alquileres urbanos y suspensión de desalojos⁴⁴, la suspensión de despidos de trabajadores⁴⁵, llegando hasta imponer la prohibición a los operadores aéreos de comercializar pasajes -tanto de cabotaje como internacionales- con fecha de partida anterior al 1º de septiembre de 2020⁴⁶, entre otros.

En suma, como puede verse, la regulación de los servicios públicos se transformó en una herramienta indispensable para la implementación de las políticas públicas tendientes a abordar las distintas situaciones y consecuencias que derivan de la emergencia sanitaria.

c) Los contratos de Obra Pública.

Ciertamente, la ejecución de los contratos de obra pública se encuentran -mayormente- suspendida. Si bien no existe una normativa expresa que disponga -directamente- esa suspensión, en los hechos ella ocurre como consecuencia natural de la aplicación de otras disposiciones que tienen que ver con las medidas gubernamentales adoptadas por las autoridades para enfrentar la pandemia del Coronavirus COVID-19.

En tal sentido, recordemos que el DNU N° 297/20⁴⁷, exceptuó del cumplimiento del aislamiento y de la prohibición de circular, las personas afectadas a las actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia, según allí se detalla, entre las que se encuentran, el “personal afectado a obra pública”. En otras palabras, el citado DNU

³⁹ Res. DNV N° 98/2020.

⁴⁰ Res. MT N° 63/2020, 64/2020, 71/2020 y 73/2020.

⁴¹ Res. SCI 100/2020.

⁴² Decreto N° 313/2020.

⁴³ Decreto N° 319/2020.

⁴⁴ Decreto N° 320/2020.

⁴⁵ Decreto N° 329/2020.

⁴⁶ Res. ANAC N° 144/2020.

⁴⁷ B.O.20/03/20

pretendió asegurar la normal continuidad de la obra pública, lo cual -de alguna manera- se vio corroborado por el dictado de la Decisión Administrativa 450 de la Jefatura de Gabinete⁴⁸ mediante la cual se declaró como “esencial” la venta de insumos y materiales de la construcción provistos por corralones.

En el citado contexto, ciertamente, son múltiples las incidencias que la emergencia sanitaria produce en relación a los contratos de obra pública en ejecución, las que deberán, sin lugar a dudas, ser analizadas y encaminadas en el marco de la buena fe contractual y siempre teniendo en cuenta la complejidad y excepcionalidad de la situación de emergencia sanitaria.

Desde esa perspectiva, en consecuencia, sería necesario indagar en torno a las diferentes posibilidades o alternativas que pueden presentarse en relación al *quid* del mantenimiento de la ecuación económico financiera de los respectivos contratos, a cuyos efectos la renegociación contractual podría ser una técnica útil en esa dirección (Pérez Hualde, 2002).

d) El Empleo Público.

En cuanto a las incidencias de la Pandemia Covid-19 en la relación de empleo público debemos tener presente que esta emergencia, es distinta a cualquiera de las otras vividas anteriormente en nuestro país, puesto que no se trata de meras cuestiones económicas sino de un contexto que ha cambiado en muchos casos, las condiciones de la prestación de las funciones que tenían asignadas los agentes públicos.

Sabemos que el vínculo jurídico de empleo como categoría de derecho público se caracteriza por una sujeción legal o estatutaria donde se establecen sus derechos y deberes legales, prohibiciones e incompatibilidades desde una perspectiva constitucional y convencional tendiente a resguardar su situación jurídica subjetiva⁴⁹ tutelando asimismo, el interés público comprometido en la gestión pública.

Esa situación subjetiva es comprensiva del derecho a la carrera, a la remuneración justa y equitativa, respetando el principio constitucional de igual remuneración por igual tarea y la prohibición de un enriquecimiento sin causa del Estado o cualquier otro comportamiento que signifique un abuso del derecho.

⁴⁸ B.O.P. 02/04/2020

⁴⁹ CSJN, Fallos 330:1985 “Madorrán”

Una situación de emergencia puede validar el ejercicio del *ius variandi* de la Administración Pública siempre que de ello no resulte una palmaria arbitrariedad que implique un ejercicio ilegal de esta facultad discrecional. Así ha sido ratificado sucesivamente en la jurisprudencia nacional como local⁵⁰. La sujeción de la Administración al orden jurídico impone que toda decisión susceptible de cambiar las condiciones de la prestación con sus agentes debe estar motivada y fundada fáctica y legalmente.

En ese sentido, una de las decisiones más palpable derivada de la medida de Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio -DNU 297/2020 del PEN y DNU 260/2020- fue la de restringir la asistencia a los lugares de trabajo, siempre que las funciones del agente no se vinculara con la prestación de servicios esenciales, en los términos y con las limitaciones allí establecidas -tal como señalamos anteriormente-.

En ese marco, en los distintos ámbitos y organismos públicos se dictaron normativas tendientes a asegurar la continuidad de la función administrativa estatal adoptando la modalidad del trabajo desde el domicilio de los agentes⁵¹. Se enfatizó que no es una licencia, sino trabajo domiciliario -nominado como teletrabajo o remoto-.

Al respecto, el Convenio N° 177/1996 de la OIT sobre trabajo a domicilio se refiere a todo tipo de trabajo a distancia, entre ellos, el teletrabajo⁵².

Sabemos que en la esfera de la Administración Pública esta modalidad por lo general no era utilizada, y aunque técnicamente no se configure el tipo de trabajo considerado en la Convención, ya que se trata de una cumplir las tareas habituales “*ocasionalmente en un lugar distinto del trabajo habitual*”, lo relevante es que en la práctica se impuso la necesidad de innovar en la utilización de las tecnologías y de coordinar distintas formas de

⁵⁰ TSJ de Cba., Sala CA, S. 70/2000 “Salinas, Dante”.

⁵¹ Cfr. Res. N° 3/2020 de la SG y EP para el SPN. Fuente disponible: <https://www.argentina.gob.ar/noticias/coronavirus-licencias-y-trabajo-remoto-resol-2020-3-apn-sgyep-jgm> y Res. N° 142/2020 de la SGG para la APP de Córdoba Fuente: <https://www.cba.gov.ar/modalidad-teletrabajo>

⁵² Artículo 1°: *A los efectos del presente Convenio:*

(a) *la expresión trabajo a domicilio significa el trabajo que una persona, designada como trabajador a domicilio, realiza:*

(i) *en su domicilio o en otros locales que escoja, distintos de los locales de trabajo del empleador;*

(ii) *a cambio de una remuneración;*

(iii) *con el fin de elaborar un producto o prestar un servicio conforme a las especificaciones del empleador, independientemente de quién proporcione el equipo, los materiales u otros elementos utilizados para ello, a menos que esa persona tenga el grado de autonomía y de independencia económica necesario para ser considerada como trabajador independiente en virtud de la legislación nacional o de decisiones judiciales;*

(b) *una persona que tenga la condición de asalariado no se considerará trabajador a domicilio a los efectos del presente Convenio por el mero hecho de realizar ocasionalmente su trabajo como asalariado en su domicilio, en vez de realizarlo en su lugar de trabajo habitual;*

alternar la prestación física y no física, en las distintas dependencias públicas –nacionales, provinciales y municipales-.

La situación, no contemplada hasta entonces, ha generado muchas inquietudes dadas la ausencia de su regulación legal, las posturas de quienes plantean si esta modalidad, post pandemia -para realizar cierto tipo de tareas- no podría significar una reducción del gasto público y quienes advierten que ya no se va a regresar a una “plena presencialidad” de los agentes y que esto podría afectar sus derechos, entre otros tantos aspectos opinables.

Al parecer, la noción de “presencialidad” ha cambiado, no sería únicamente vinculada al lugar físico sino al tiempo de la función cumplida. Esta propuesta, indudablemente debe implicar una legislación a futuro⁵³ para reglar aspectos como el control sobre las tareas, el suministro de recursos informáticos o los que fueran necesarios, la cobertura de Riesgos de Trabajo, horarios de descanso, entre otras cuestiones específicas de esta modalidad.

Por otra parte, en este ámbito de prerrogativas públicas que responde a criterios de política administrativa y discrecionalidad (Ivanega, 2009, 182) cabe la posibilidad de que en estas situaciones de emergencia se afecte a los agentes públicos a realizar otras funciones vinculadas a la situación de excepción, siempre que ello sea temporal y destinadas únicamente a esos fines.

Otra cuestión relevante a considerar es la relativa a la reducción de los haberes durante esta emergencia. Al respecto, sabemos que existe una nutrida jurisprudencia nacional vinculada a reducciones por cuestiones presupuestarias, donde se ha establecido que ello es posible siempre que la medida sea transitoria, excepcional y no confiscatorio⁵⁴ (Avalos - Buteler y Massimino, 2014, 317; Ivanega, 2009, 147). En la situación actual, la emergencia es diferente, ya no se trata de porcentajes sino de considerar otras variables implicadas en la obligación de proteger la salud de toda la ciudadanía.

En decisiones de este tipo debe primar la regla de la debida motivación en la decisión administrativa, pues a mayor situación de emergencia habrá mayor necesidad de justificar las limitaciones y restricciones a disponer por la excepcionalidad. Máxime si involucra los

⁵³ Al momento que escribimos estas líneas se debate en la Cámara de Diputados una legislación sobre el teletrabajo, estimándose la conveniencia de la regulación alcance tanto al ámbito privado como público. Infomación disponible en Nota periodística publicada el día 16/06/2020. Disponible en: <https://www.telam.com.ar/notas/202006/476823-comienzan-a-debatir-manana-en-diputados-proyectos-para-regular-el-teletrabajo.html>

⁵⁴ CSJN, Fallos 232:1566 “Guida”, Fallos 325:2059 “Tobar”, Fallos 236:1138 “Muller”, fallo de18/6/2013 “ATE c/ Pcia. De Salta”, entre otros.

salarios. En la urgencia de las medidas adoptadas se impone una “motivación especial” por casuística⁵⁵ sin que sea suficiente la sola invocación genérica de la emergencia.

Sobre el particular, autoridades administrativas de los distintos ámbitos -nacional, provincial y municipal- en el paquete de medidas tendiente a reducir gastos por la situación de la emergencia sanitaria, dispusieron medidas tendientes a reducir los salarios, si bien no para todos los dependientes, sí alcanzan en general, a quienes ocupan cargos jerárquicos o de nivel superior⁵⁶.

En suma, lo relevante será que las medidas extraordinarias adoptadas no excedan los límites de razonabilidad o resultaban desproporcionadas con relación a sus derechos constitucionales, legales o estatutarios.

En el contexto de la Pandemia, se ordenó a la autoridad administrativa de un Hospital Público que adecue la *jornada laboral* de dos agentes⁵⁷ en razón de que se les imponía trabajar más de treinta horas semanales, lo que excedía el tope previsto en la normativa vigente. La justicia resolvió que aun durante el COVID 19 la jornada laboral debía ajustarse al horario habitual que cumplían anteriormente, sin que se pudiera afectar el salario que percibían⁵⁸.

En el contexto normativo estatutario aplicable a las agentes -que cumplían una tarea calificada como insalubre- correspondía la adecuación de la jornada laboral a la “... *limitación ponderada normativamente como razonable de las horas de trabajo que dedican al cuidado intensivo de sus pacientes...*” debiendo desestimarse toda directiva o solicitud que implique un apartamiento de esa normativa, máxime en tiempos de extrema carga funcional y cuidados personales y hacia los pacientes.

⁵⁵ Cfr. Ivanega, Miriam M. Conferencia sobre “Reflexiones sobre el Empleo Público antes y después de la Pandemia” dictada en la Escuela de Abogados del Estado, por Zoom el día 10 de junio de 2020.

⁵⁶ Dec. N° 255/2020. Al respecto, vale considerar que recientemente, el Ejecutivo Municipal de la Ciudad de Córdoba, elevó al Concejo Deliberante un proyecto de modificación de la ordenanza de Remuneraciones del Personal Municipal para reducir de siete a seis horas diarias la jornada laboral de los empleados. Estarían exceptuados los trabajadores de la salud y de educación (tienen un régimen de cuatro horas). Fuente Nota periodística de fecha 07/05/2020. Disponible en <https://www.lavoz.com.ar/politica/llayora-recorta-una-hora-jornada-laboral-para-achicar-gasto>.

⁵⁷ Se trataba de enfermeras franqueras que trabajaban en la terapia intensiva de neonatología del Hospital Público.

⁵⁸ Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA N°6, causa K. A. M. G. y M. E. O c/ contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires -Hospital Donación Francisco Santojanni – Amparo.

Otro de los derechos alcanzado especialmente es el que se les garantice la higiene y seguridad en la prestación de sus funciones. Al respecto, en otro amparo⁵⁹ presentado también por dependientes de la salud del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, se ordenó que la autoridad pública debía proporcionar inmediatamente a los trabajadores del sector, todos los elementos para una adecuada protección a fin de evitar el contagio del COVID-19, mientras que la ART debe cumplir con las normas de higiene, seguridad, control y fiscalización del empleador (Ley 24.557) respecto de la prevención de contagio.

Medidas vinculadas a la higiene y seguridad del trabajo a fin de garantizar condiciones dignas de labor y asegurar el suministro de los elementos necesarios y los protocolos laborales de prevención y protección de los agentes se deben intensificar en situaciones como la presente.

La citada Ley 24.557 hace extensible a los agentes públicos las recomendaciones del «Programa de Regularización de las Condiciones de Salud y Seguridad en el Trabajo en Organismos Públicos» (Resolución SRT N° 1068/2010). Los objetivos principales de este programa son promover la prevención de accidentes, adecuar las condiciones y medio ambiente de trabajo, y fortalecer la capacidad de gestión del Estado Nacional, Provincias y Municipios, en las tareas de prevención de riesgos laborales y preservación de la Salud y Seguridad (Pérez del Viso, 2020).

Otra cuestión relevante, es la distinción entre funciones esenciales y no esenciales de los agentes públicos. Al respecto -tal como se indicó anteriormente- el DNU N° 297/2020 autoriza la excepción del aislamiento obligatorio a quienes estén afectados a la prestación de servicios públicos, sin distinguir entre *personal público o privado* a fin de garantizar derechos fundamentales de los ciudadanos, como es el acceso a la salud de todos los habitantes, debiendo limitar su circulación solo al cumplimiento de la prestación⁶⁰.

En el contexto de esta normativa, por una medida cautelar de la justicia federal de Resistencia⁶¹ se autorizó a personal médico la libre circulación entre las Provincias de

⁵⁹ Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires N° 15, de fecha 28/04/2020, “Catalano Daniel c/ GCBA y otros s/ incidente de medida cautelar – amparo – empleo público –otros”. Cita: MJ-JU-M-125496-AR | MJJ125496 | MJJ125496

⁶⁰ Art. 6 inc. 1, DNU N° 297/2020.

⁶¹ Juzgado Federal de Resistencia N° I, 29/03/2020, “Asociación de Clínicas y Sanatorios y Federación Médica del Chaco c/ Ministerio de Salud de la Provincia de Corrientes y/o Poder Ejecutivo de la prov. de Corrientes s/ medida cautelar”. Cita: MJ-JU-M-124476-AR | MJJ124476 | MJJ124476

Corrientes y Chaco -ya que siendo residentes de la primera debían trasladarse a los establecimientos sanitarios ubicados en la Provincia vecina, donde se desempeñaban-.

Para ello, se dejó sin efecto lo resuelto por el Comité de Crisis COVID-19 de la Provincia de Corrientes en la Circular 6/2020 en tanto restringía “particularmente” la circulación de los profesionales y personal de salud domiciliados en las distintas Provincias.

Este caso suscitó un conflicto interjurisdiccional entre esas Provincias limítrofes, ya que al admitir la cautelar el Tribunal Federal de Resistencia ordenó al Ejecutivo de Corrientes que autorizara el traslado del personal médico. Decisión que fue cuestionada por la Provincia de Corrientes argumentando que dado que los agentes eran “personal sanitario de riesgo” debían a su regreso permanecer en cuarentena obligatoria y además, la cautelar contradecía la normativa nacional, la del Ejecutivo de Corrientes y la del Comité de Coronavirus de esa provincia⁶². El Tribunal Federal de Corrientes avaló tales razones y suspendió la medida judicial paralizando los efectos de la prestación del servicio de los médicos correntinos en Chaco.

Finalmente, la Cámara Federal de Apelaciones de Resistencia desestimó los planteos del Ejecutivo de Corrientes confirmando la cautelar que benefició a los profesionales médicos que trabajan en el Chaco, pero viven en Corrientes⁶³. En suma, se asumió que la situación generada por la Circular, excedía una mera limitación del derecho de trabajar y extendía sus efectos al generar consecuencias directas e inmediatas sobre la salud pública de la ciudadanía.

e) Los planteos judiciales efectuados en el período de receso extraordinario en el fuero contencioso administrativo de Córdoba

En el período de receso extraordinario dispuesto por el Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, el Tribunal Superior de Justicia emitió diferentes resoluciones reglamentando el servicio de justicia en emergencia.

Así, por ejemplo, se emitió el Acuerdo Reglamentario 1620/A del 18/3/2020 -prorrogado por Acuerdo Reglamentario 1621/A, del 31/03/2020- dispuso entre otras medidas, el

⁶² Juzgado Federal de Corrientes N° 1, resolución de fecha 01/04/2020 “Estado de la Provincia de Corrientes c/ Asociación de Clínicas y Sanatorios del Chaco y otro s/inc. de Medida Cautelar. Cita: MJ-JU-M-124643-AR | MJJ124643 | MJJ124643

⁶³ Información disponible en La voz del Chaco, Noticia de Prensa del 22/04/2020, en http://www.diariolavozdelchaco.com/notix/movil/?s=nota&id_notas=118912

“receso judicial extraordinario” y declara inhábiles a los fines procesales y administrativos los días comprendidos en el receso. Por el Acuerdo Reglamentario 1622/A del 12/04/2020, nuevamente prorrogó el “receso judicial extraordinario” del 13/04/2020 al 26/04/2020 “o hasta la eventual prórroga PEN”. Por el Acuerdo Reglamentario 1623/A del 26/04/2020 se dispuso sobre el servicio de justicia en la emergencia por razones sanitarias, durante el periodo comprendido entre los días 27 de abril y 10 de mayo ambos inclusive de 2020, y por los Acuerdos Reglamentarios 1625/A/2020, 1627/A/2020 se prorroga lo anterior, salvo para sedes del interior que ya fueron siendo habilitadas.

Entre otras medidas, declaró inhábiles a los fines procesales y administrativos los días comprendidos en el receso dispuesto, salvo los actos procesales y administrativos que fueren válidamente cumplidos⁶⁴.

Por otra parte, la Resolución de Presidencia N° 76 de fecha 08/05/2020 se aprobó el Protocolo de actuación del fuero Contencioso Administrativo.

Finalmente, el Acuerdo Reglamentario N° 1629/A/2020 dispuso la Prestación presencial del servicio de Justicia en sede Capital desde el día 8 de junio de 2020.

Durante el citado receso extraordinario se presentaron diversas acciones de amparo. En tal sentido, por ejemplo, se iniciaron en contra de la Administración Provincial o de la Administración Provincial del Seguro de Salud (Apross) acciones peticionando la cobertura de diversas prestaciones de salud tales como medicamentos de niño con enfermedad neurológica, servicio de enfermería, internación domiciliaria; la adquisición, colocación y mantenimiento periódica de un sistema integrado de microinfusión de insulina con monitoreo continuo de glucemia; el tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad (ovodonación), medicamentos y estudios médicos y gastos de tratamiento, internación; implante coclear, entre muchas otras.

Distintos agentes o empleados públicos entablaron acciones en contra de la Provincia de Córdoba peticionando, por ejemplo, el resguardo de las condiciones salariales, el mantenimiento de tareas pasivas, cuestionando la obligación de compensación de francos compensatorios y/o vacaciones en el período de cuarentena, entre otros.

⁶⁴ Por Acuerdo Reglamentario 1623/A del 26/04/2020 dispone sobre el Servicio de justicia en la emergencia por razones sanitarias durante el periodo comprendido entre los días 27 de abril y 10 de mayo ambos inclusive de 2020 y por Acuerdos Reglamentarios 1625/A/2020, 1627/A/2020, prorrogan lo anterior salvo para sedes del interior que ya fueron siendo habilitadas.

Asimismo, en virtud de la Pandemia Covid-19 el Ejecutivo Provincial dispuso la suspensión de los Planes o Programas de Promoción de Empleo (PPP⁶⁵) que se habían puesto en funcionamiento con anterioridad en el ámbito provincial. Sobre tal problemática, la justicia contencioso administrativa⁶⁶ rechazó una cautelar presentada por los amparistas beneficiarios, tendiente a lograr su continuidad aún durante el período de aislamiento obligatorio.

Para el Tribunal, no se probó cómo podrían cumplirse los objetivos de los programas en este contexto sanitario, teniendo en cuenta que los beneficiarios no tienen una relación de dependencia privada o pública, ya que estos programas están destinados a facilitar la transición hacia el empleo formal de los grupos considerados⁶⁷. Enfatizó que la medida adoptada persigue un fin público, cual es el resguardo de la salud de la población en el marco de la emergencia sanitaria; es transitoria y adecuada al fin perseguido, por lo que no surgía de manera palmaria e incontrastable una frustración de los derechos constitucionales invocados ya que dada la temporalidad de la suspensión, esta no se apreciaba como irrazonable. La decisión fue apelada ante el TSJ y está pendiente de resolución.

También se presentaron acciones de amparo en contra de la Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de la Provincia cuestionando la aplicación de la Resolución N° 71 de la Entidad Previsional, dictada con motivo de la reducción salarial dispuesta por el Ejecutivo Provincial⁶⁸ y la Ley 10.694 de Fortalecimiento del Sistema Previsional.

Hay acciones de amparo iniciadas en contra de la Municipalidad de Córdoba por parte de empresas privadas solicitando que se les permita continuar con sus actividades comerciales mientras culmina el proceso de habilitación por la Municipalidad y durante la cuarentena, entre otras.

En suma, el listado anterior, que por cierto carece de cualquier pretensión de exhaustividad, pone en evidencia el estado de algunas de las cuestiones que, durante la Pandemia, fueron planteadas ante los estrados de las Cámaras Contencioso Administrativas de la Provincia de

⁶⁵ Programas “Primer Paso” (PPP), “Primer Paso-Aprendiz”, “Programa Por Mi”, “Programa de Inserción Profesional” y “Programa PILA”.

⁶⁶ CCA Cba, 3° Nom., 04/05/2020, “Sena, María Belén y otros c/ Gobierno de la Provincia de Córdoba - Acción de amparo colectivo”.

⁶⁷ Se citan: jóvenes desempleados sin experiencia laboral, jóvenes que participen del sistema educativo o asistan a cursos de formación en oficios, mujeres desempleadas, profesionales recientemente egresados y varones adultos.

⁶⁸ Decreto N° 255/2020.

Córdoba⁶⁹. Y además, la trascendencia de que las funciones estatales estén garantizadas durante cualquier circunstancia.

4. Consideraciones finales.

La Pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) con motivo de la propagación del coronavirus COVID-19 a escala global ha producido - y aún produce - múltiples transformaciones en las sociedades y la vida comunitaria, tal como las conocemos hasta el presente.

Ciertamente y como hemos analizado en este trabajo, esas transformaciones trasuntan en el marco de la dinámica propia del Estado Social de Derecho, cuyo ideario y axiología establecen - en prospectiva - lineamientos concretos que permiten canalizar adecuadamente los desafíos institucionales que la emergencia sanitaria suscita.

Por su parte, las implicancias que el coronavirus COVID-19 provoca en las categorías del derecho administrativo -algunas de las cuales se han examinado- nos plantean, como suele ocurrir en los contextos de emergencias públicas, la -aparente- tensión que se presenta entre la “fuerza normativa de lo fáctico” vs “la fuerza normalizadora de lo jurídico”, como posibles senderos o propulsores de los cambios.

Es que, en cualquier caso, la mirada o el elemento común que justifica la intervención pública con motivo de la emergencia sanitaria declarada con motivo de la Pandemia, está dada por la necesidad de asegurar la protección de los derechos fundamentales de la persona humana cuya dignidad, al fin y al cabo, corresponde sea tutelada por todas las autoridades estatales, y en particular, a través del control judicial.

Referencias

Aguilar Valdéz, Oscar, ¿Salud Pública vs. Estado de Derecho? Reflexiones sobre el Estado Sanitario y Administrativo de Excepción, La Ley 25/05/2020.

Altamira Gigena, Julio I. (2016). Lecciones de Derecho Administrativo. 3° Ed. Advocatus, Córdoba

⁶⁹ En el ámbito federal, puede verse el listado que formula AGUILAR VALDEZ, Oscar, ¿Salud Pública o Estado de Derecho.? citado.

Avalos Eduardo – Buteler Alfonso – Massimino, Leonardo (2016). Segunda Edición. Derecho Administrativo I. Advocatus, Córdoba.

Bidart Campos, German J. (2001) Manual de la Constitución Reformada. Tomo III, Segunda Reimpresión, Ed. Ediar, Buenos Aires.

Carranza Torres, Luis R., Los orígenes de la policía sanitaria, Publicado en Comercio y Justicia, 12 de junio de 2020.

Cassagne Ezequiel, “El rol del Estado en tiempos de COVID-19”, 17 de abril de 2020, Infobae. Link de acceso: <https://www.infobae.com/opinion/2020/04/17/el-rol-del-estado-en-tiempos-de-covid-19/>

Cassagne, Juan C. (2002). Derecho Administrativo I. Séptima Edición, Lexis Nexis – Abeledo Perrot, Buenos Aires

Gómez, Claudio D. (2007). Constitución de la Nación Argentina, Comentada - Concordada - Anotada. Ed. Mediterranea, Buenos Aires 2007.

Gordillo, Agustín (2013), Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 8, Teoría general del derecho administrativo. 1ª edición, Buenos Aires, FDA, 2013. Acceso link: https://www.gordillo.com/pdf_tomo8/capitulo02.pdf

Pérez Hualde, Alejandro (2002). Renegociación de Contratos Públicos, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires.

Serebrisky Tomás, Brichetti Juan Pablo, Rivas Amiassorho, María Eugenia. Informe sobre “El impacto del COVID-19 en la demanda de servicios” Publicado el 21 de abril de 2020 en <https://blogs.iadb.org/agua/es/servicios-de-infraestructura-asequibles-para-todos-en-tiempos-de-coronavirus-y-mas-alla/>

Sesin, Domingo J. (2011), El derecho administrativo en reflexión. Ediciones Rap, Buenos Aires.