

XVII JORNADAS Y

VII

**INTERNACIONAL DE
COMUNICACIONES
CIENTÍFICAS DE LA**

**FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES
Y POLÍTICAS - UNNE**

Compilación:

Alba Esther de Bianchetti

2021

Corrientes - Argentina



XVII Jornadas y VII Internacional de Comunicaciones Científicas de la Facultad

de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas-UNNE / Karen Alicia Aiub ... [et al.] ;

compilación de Alba Esther De Bianchetti.- 1a ed compendiada.- Corrientes :

Moglia Ediciones, 2021.

552 p. ; 29 x 21 cm.

ISBN 978-987-619-393-1

1. Comunicación Científica. 2. Derecho. I. Aiub, Karen Alicia. II. De Bianchetti, Alba Esther, comp.

CDD 340.072



ISBN N° 978-987-619-393-1

Editado por **Moglia Ediciones**

Todos los derechos reservados - Prohibida su reproducción total o parcial, por cualquier método

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en **Moglia S.R.L.**, La Rioja 755

3400 Corrientes, Argentina

mogliaibros@hotmail.com

www.mogliaediciones.com

Noviembre de 2021

EL CONTROL JUDICIAL DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS POR EL ESTADO FRENTE A LA EMERGENCIA SANITARIA. EN PARTICULAR REFERENCIA A NUESTRO SISTEMA FEDERAL DE GOBIERNO

García, Jazmín Y.

jazmina03@hotmail.com

Resumen

Teniendo en cuenta nuestra forma de gobierno federal, nos proponemos analizar las potestades del gobierno nacional y de los gobiernos locales en materia de salud y también el control judicial de las medidas tomadas al respecto en especial referencia a la Pandemia COVID-19. Para ello, comenzaremos por delimitar quien tiene competencia para regular las cuestiones inherentes a la salud, para luego establecer quienes pueden efectuar el control de las medidas adoptadas por la administración, determinando quien es el competente para ello, pues esta es una cuestión que no puede ser desconocidas por los propios juzgadores, siendo justamente los jueces quienes, al ser interpretes últimos de la Constitución Nacional, deben respetarla y velar por su cumplimiento.

Palabras claves: Decretos de Necesidad y Urgencia, Federalismo, Control Judicial

Introducción

Desde hace más de un año el mundo vive conmocionado como consecuencia de la Pandemia COVID-19. Dicha pandemia ha irrumpido en la vida de toda la población produciendo múltiples consecuencias de toda índole: social, política, económica y jurídica. Claramente nuestro país y nuestra región no ha sido ajenos a esas consecuencias.

A lo largo y ancho de nuestro país han sido numerosos los conflictos que se han suscitado a raíz de las medidas tomadas por el Gobierno Nacional y por los gobiernos locales para frenar el avance del virus SARS-COV2. Uno de los primeros conflictos suscitados en el orden jurídico fue entre las provincias vecinas Chaco-Corrientes.

En los primeros meses de la pandemia, la Federación Médica de la Provincia del Chaco y la Asociación de Clínicas y Sanatorios del Chaco promueve una acción de amparo ante el Juzgado Federal de la provincia del Chaco contra el Ministerio de Salud Pública de la Provincia de Corrientes, a fin de que se declare la inconstitucionalidad de una normativa dictada por el Poder Ejecutivo de la Provincia de Corrientes en cuanto dispuso el aislamiento social y obligatorio de los profesionales de la salud que residen en la provincia de Corrientes y prestan servicios en la provincia del Chaco.-

Frente a esta circunstancia surgieron varios interrogantes como ser la constitucionalidad de las medidas de emergencia, las potestades de los gobiernos locales, la competencia para resolver frente a la impugnación de la normativa dictada, entre otros.

Por ello con el presente trabajo se propone a analizar, al menos brevemente, algunas cuestiones referidas a la constitucionalidad las medidas que se toman en el contexto de una emergencia, las facultades de los gobiernos locales de dictar medidas, para luego analizar brevemente quien es el competente para resolver una controversia en este contexto.

Materiales y método

Para el presente trabajo se utilizó la investigación de tipo descriptiva, utilizando las herramientas que nos da la metodología explicativa. Asimismo, se prevé recurrir a la utilización de métodos mixtos: análisis-síntesis; inducción-deducción, siempre en el marco de la investigación de tipo pura, influenciada por la búsqueda bibliográfica

Resultados y discusión

Como se anticipó y es de público conocimiento, cada país ha tomado medidas muy variadas para hacer frente a pandemia COVID-19, teniendo cada una de ellas diversas consecuencias institucionales, políticas, económicas y sociales. Particularmente que nuestro país ya venía atravesando una situación excepcional, pues en el 21-dic-2019 se había sancionado la ley 27541, LEY DE SOLIDARIDAD SOCIAL Y REACTIVACIÓN PRODUCTIVA EN EL MARCO DE LA EMERGENCIA PÚBLICA.

En ese marco, el 12 de marzo de 2020, se dicta el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 260/2020, que, en virtud de la pandemia declarada por la OMS, amplía la emergencia pública en materia sanitaria establecida por Ley N° 27.541. Dicha normativa además de disponer medidas a fin de evitar la propagación del virus COVID-19, faculta al Ministerio de salud, como autoridad de aplicación, a tomar las medidas que considere necesarias.

Asimismo, en dicho DNU 260/20, se disponen acciones preventivas: la principal fue el aislamiento obligatorio durante 14 días de ciertas personas, por ejemplo, de aquellas que tengan confirmación médica de haber contraído COVID-19, de aquellas que revistan la condición de “caso sospechoso”, de quienes tuvieron “contacto estrecho” con alguno aquellos, de quienes hayan transitado por “zonas afectadas”, entre otras tantas medidas.

Sin embargo, la propagación del virus ha ido empeorando por lo cual, ante una potencial crisis sanitaria y social sin precedentes, tomando la experiencia de otros países, tan solo unos días después se ha dictado el Decreto de Necesidad y Urgencia 297/20. A través de dicho DNU se han tomado medidas más drásticas, pues, entre otras cuestiones, se estableció el famoso “aislamiento social, preventivo y obligatorio”. Es decir, se dispuso la obligación, para todas las personas que habitan en el país o se encuentren en él, de permanecer en sus residencias habituales o en el lugar en que se encuentren desde las 00:00 del 20 de marzo de 2020 hasta el 31 marzo del año 2020, medida que ha sido prorrogada en reiteradas

oportunidades, aunque flexibilizándose en algunos sectores con el correr del tiempo, aunque en rigor de verdad hasta el día de hoy siguen vigentes algunas de ellas, con mayor o menor flexibilización, según el lugar del país de que se trate.

Medidas adoptadas a nivel provincial

En la provincia de Corrientes, en consonancia con las medidas dictadas por el PEN, se dictó el decreto Provincial N° 507/2020 con el cual se adoptó la medida de Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio y luego el 20 de marzo de 2020 por el Decreto N° 588/20, la provincia adhiere al decreto N° 297/20 del PEN. Además, el Ministerio de Salud Pública de la Provincia de Corrientes, en el marco de la situación epidemiológica imperante en el país y el mundo, ha conformado un Comité de Crisis para garantizar la detección y el diagnóstico precoz de los posibles casos del COVID-19, con el fin de permitir su atención adecuada, así como las medidas de investigación, prevención y control.

Dicho Comité ha dispuesto y recomendado se adopten una serie de medidas. En ese contexto, el Poder Ejecutivo provincial ha dispuesto la Obligación de Aislamiento Social a las personas que residan en Corrientes y presenten servicios de salud en la Provincia de Chaco, ya sea en instituciones públicas o privadas, por ser esa Provincia zona definida como de transmisión local.

En este punto cabe recordar algunas cuestiones: la cercanía entre las capitales de ambas provincias lo hace que el flujo de tránsito diario entre ellas sea de gran magnitud y, por otra parte, que la ciudad de Resistencia fue y sigue siendo, una de las ciudades con mayor propagación del virus COVID-19. He aquí el origen del conflicto suscitado y llevado a los estrados judiciales de la ciudad de Resistencia a fin de que se declare la inconstitucionalidad de la medida adoptada por el gobierno de la provincia de Corrientes.

La constitucionalidad de las medidas adoptadas

En este último tiempo mucho se ha dicho sobre la emergencia, sobre las medidas adoptadas en ese marco, sobre los decretos de necesidad y urgencia, sobre su constitucionalidad o no y en base a ello hasta donde está facultado el Poder Ejecutivo para dictar medidas de emergencia, la razonabilidad de ciertas medidas, etcétera.

Claramente en este caso es indiscutible la existencia del presupuesto habilitante para su dictado, pues no hay dudas pues que en esta oportunidad, debido a la pandemia COVID-19, se ha configurado una verdadera circunstancia excepcional de necesidad y emergencia que habilita al Poder Ejecutivo a obrar en consecuencia y es allí donde cobran vital importancia las normas constitucionales, pues so pretexto de la emergencia sanitaria, el Poder Ejecutivo no puede apartarse de los lineamientos constitucionales.- Al respecto, vale recordar que “...la Constitución determina la posición institucional que tendrá la Administración, pues tiene la misión de contener a la Administración es la malla jurídica que debe contenerla” (BIANCHI, 2004, p.990).

De lo dicho, podemos concluir que el dictado de los primeros Decretos de necesidad y urgencia en ese contexto de la Pandemia COVID-19, cumplieron con la exigencia constitucional de ser dictados circunstancias excepcionales.

A través del DNU297/20 se han restringido en forma extraordinaria una serie de derechos individuales consagrados constitucionalmente, con lo cual el Presidente, debido a la emergencia, ha subrogado la labor del Congreso, lo cual, en principio, es válido en virtud de lo dispuesto por el art. 99 inc. 3 de la Constitución Nacional. Sin embargo, tal como se dijo esa actuación del Poder Ejecutivo debe estar enmarcada en los lineamientos de la Constitución Nacional y para controlar que la decisión del Presidente no sea fuera de los parámetros constitucionales, hay ciertos mecanismos de control de los demás poderes del Estado. Así, en el marco de la revisión jurisdiccional de la actividad administrativa, los jueces ejercen el control constitucional y de esa manera también pueden -y deben- controlar la constitucionalidad de los Decretos de Necesidad y Urgencia.

En este sentido “...los jueces poseen la atribución constitucional de controlar en plenitud tanto la efectiva existencia fáctica de la situación de “necesidad y urgencia” invocada por el Poder Ejecutivo, como el trámite de su dictado y, por supuesto, la razonabilidad de las medidas adoptadas para regularla”. (Comadira, 2003, p. 253).

Deberes de las Provincias y de la Nación en materia de salud

En base a la estructura federal que ha adoptado nuestro país, coexisten cuatro órdenes de Gobierno: el Estado Federal, las provincias, los municipios y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y, en virtud del art. 121 de la CN, las provincias conservan todos los poderes no delegados al Gobierno Federal. Teniendo en cuenta que el capítulo IV de nuestra Carta Magna, donde en términos generales se establecen las atribuciones del Congreso, no se menciona expresamente a la salud, podría inferirse que ella es competencia exclusiva de las provincias. Sin embargo, la salud es un derecho protegido por nuestra CN, por lo cual también le corresponde al Estado Nacional velar por su protección. Además, siendo el Estado Nacional el responsable del cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas en esta materia, claramente debe custodiar su cumplimiento. En consecuencia, el legislador nacional puede dictar normas sobre aspectos de las actividades interiores de los estados provinciales –tales como las relativas a la salud- con el objeto de fomentar el bienestar general (Casal, 2021). Por lo tanto, la regulación en materia de salud, como la ejecución de políticas públicas referidas a la salud es competencia concurrente de las provincias y la Nación.

Para algunos la Nación fija los pisos o presupuestos mínimos y las provincias deben respetar ese mínimo comprometido, pudiendo los gobiernos locales ampliar, superar y mejorar el ejercicio de los derechos ya previstos, pues nada impide que fijen estándares mayores para la protección del derecho a la salud. Así, mientras que la legislación provincial no invada o contrarie la legislación federal, siempre puede facilitar, promover y desarrollar las mejores posibilidades de aplicación local. Al respecto la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos: 323:3229) ha dicho que es indiscutible “la función rectora que ejerce el Estado Nacional en este campo y la labor que compete al Ministerio de Salud y Acción Social, como autoridad de aplicación, para garantizar la regularidad de los tratamientos sanitarios coordinando sus acciones con las

obras sociales y los estados provinciales, sin mengua de la organización federal y descentralizada que corresponda para llevar a cabo tales servicios”.

Sin perjuicio de todo lo expuesto, entendemos que no tiene mucho sentido entrar a discutir si la Nación fija los presupuestos mínimos o si debe complementar las respuestas de las provincias. Lo cierto es que el Estado Nacional es la autoridad rectora en las políticas de salud y el garante de este derecho, por lo que debe coordinar su accionar con los estados provinciales.

Por otra parte, “recordemos que el derecho a la salud no sólo se encuentra contemplado en la Constitución Nacional sino también en las provinciales, por lo que cabe inferir que las acciones destinadas a su protección constituyen una responsabilidad compartida entre el Estado Nacional con las provincias”. (Ekmekdjian, 1999, p. 712) Por ello, en cuanto a la responsabilidad que les cabe a los distintos niveles de gobierno, la Corte Suprema de Justicia ha dicho que el derecho a la salud no sólo se encuentra contemplado en la Constitución Nacional sino también en las provinciales, por lo que las acciones destinadas a su protección constituyen una responsabilidad compartida con las provincias. Además, las provincias son parte integrante del sistema y resultan indispensables para una eficiente implementación de la normativa vigente (Fallos: 323:1339).

En efecto, legislar en materia de salud y ejecutar las políticas públicas referidas a ello, no es una facultad exclusiva de las provincias ni del Gobierno Federal, sino una facultad concurrente de ambos niveles de gobierno, pues tienen indudablemente intereses comunes, por lo que se hace imprescindible el establecimiento de una adecuada coordinación de funciones entre los distintos niveles de gobierno.

Potestad de los gobiernos locales de dictar ciertas medidas de emergencia

Habiendo determinado que tanto la regulación y la ejecución de las políticas públicas referidas a las cuestiones de salud es una facultad concurrente de las provincias y del Gobierno Federal, y teniendo en cuenta el DNU del PEN 297/20 -al cual se ha adherido la provincia de Corrientes a través del Decreto N° 588/20-, el que expresamente su artículo 10 dispuso: “Las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios dictarán las medidas necesarias para implementar lo dispuesto en el presente decreto, como delegados del gobierno federal, conforme lo establece el artículo 128 de la Constitución Nacional, sin perjuicio de otras medidas que deban adoptar tanto las provincias, como la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como los Municipios, en ejercicio de sus competencias propias.”, la Provincia de Corrientes ha dispuesto la referida limitación de transitar y trasladarse libremente desde la provincia de Corrientes a la provincia del Chaco.

Es decir, la provincia de Corrientes, en uso de las facultades otorgadas por la Constitución Nacional, la Constitución Provincial, la ley orgánica de Ministerios de la provincia de Corrientes -ley 6233-, la nacional ley 27241, el DNU 297/20 y los Decretos provinciales N° 507/20 y N° 588/20, dispuso esa medida excepcionalísima, dada la situación de necesidad y urgencia.

Revisión judicial de las medidas adoptadas

Sin perjuicio de reconocerse la potestad de disponer medidas en pos de resguardar la salud, dada la división de poderes, propia de nuestra forma de gobierno, el poder judicial tiene el deber de controlar el accionar de la Administración. Por ello, sin lugar a dudas puede plantearse la revisión judicial de todas y cada una de las medidas adoptadas en el marco de la Pandemia COVID-19. Sin embargo, para ello no se puede soslayar la normativa constitucional que rige al respecto.

En tal sentido, una cuestión a tener en cuenta a la hora de tal revisión por parte de los Jueces es la relativa a la competencia para revisar este tipo de normativa.

La competencia federal, es decir, la aptitud reconocida a los órganos que integran el Poder Judicial de la Nación para ejercer sus funciones en los casos, con respecto a las personas y en los lugares específicamente determinados por la Constitución Nacional (Palacio, 1990, p. 463), es de origen público y constitucional conforme los artículos 116, 117, 75 inc. 12 y 121 de la Constitución Nacional, a ley 27 artículos 1 a 5, y las disposiciones de la Ley 48. En ese marco, dada la naturaleza del acto cuestionado –circular dictada por el Comité de Crisis COVID-19 de la Provincia de Corrientes, en ejercicio de facultades delgadas por la Nación– al ser demandada una provincia, en su carácter de persona de derecho público, la competencia es originaria de la Corte Suprema de Justicia de conformidad a las prescripciones del artículo 117 de la Constitución Nacional, siendo ella improrrogable, irrenunciable e indelegable.

Nuestro máximo tribunal lo ha dicho expresamente: “La Corte Suprema de Justicia de la Nación es competente para conocer originariamente en la demanda dirigida contra una provincia, cualquiera sea la vecindad o nacionalidad de la contraria, si se cuestionan leyes y decretos provinciales por ser violatorios a la Constitución, tratados internacionales o leyes federales”. (Fallos: 321:1705).

Conclusión

Sin lugar a dudas el mundo entero está atravesando una situación inesperada y de real gravedad debido a la propagación del virus COVID-19. Debido a esta pandemia todos los países han debido adoptar diversas medidas para paliar sus efectos. Nuestro país no ha sido ajeno a ello, por el contrario, nuestro país ha tomado medidas sumamente drásticas, a fin de evitar la propagación del virus y el colapso del sistema de salud.

No debemos olvidar que el derecho a la salud es un derecho humano cuya protección es fundamental. Por ello, ha sido necesario el dictado de medidas urgentes y ello ha derivado en el dictado de medidas excepcionales a través de los Decretos de Necesidad y Urgencia dictados por el Poder Ejecutivo Nacional de los cuales se han hecho eco todas las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ello ha sido así pues la salud es una materia que no ha sido delegada por las provincias a la Nación, por ello tanto la regulación en materia de salud, como la ejecución de políticas públicas referidas a ella es competencia concurrente de las provincias y la Nación.

En ese contexto, tanto, el Estado nacional como los estados provinciales han dictado las medidas que consideraron necesarias, sin embargo, esas medidas deben estar siempre dentro de los márgenes constitucionales, teniendo el Poder Judicial la facultad y el deber de controlar su constitucionalidad.- Sin embargo, para ejercer ese control judicial también deben respetarse los lineamientos constitucionales al respecto, pues siendo los jueces los intérpretes últimos de la Constitución Nacional son ellos con más razón quienes deben cumplir y hacer cumplir sus normas.

Referencias bibliográficas

BIANCHI, A. B. (2004). Constitución y Administración (una relación tensa y compleja). El Derecho.

Casal, A. (Febrero de 2021). Asociación Argentina de Estudios de Administración Pública. Obtenido de https://aacap.org.ar/wp-content/uploads/2021/02/CASAL-ANA-Federalismo_y_salud-en-Argentina-tension-nacion-provincias.pdf

Comadira, J. R. (2003). Derecho Administrativo. Buenos Aires: Lexis Nexis.

Ekmekdjian, M. A. (1999). Tratado de Derecho Constitucional, T. V. Buenos Aires: Depalma.

Palacio, L. E. (1990). Derecho Procesal Civil, T. II. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

CSJN “Baliarda S.A. y otros c/ Mendoza, Provincia de s/ acción declarativa”, 11/06/1998, Fallos: 321:1705

CSJN, “Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo ley 16.986”, 01/06/2000, Fallos: 323:1339

CSJN, “Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas”, 24/10/2000, Fallos: 323:3229

Filiación

Integrante de PI, 18G005, La Revisión Jurisdiccional de la Actividad Administrativa, 1/1/2019- 12/31/2022, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas, UNNE.