SE INTERPONE ACCIÓN DE AMPARO. SE SOLICITA MEDIDA DE NO INNOVAR. SE SOLICITA SE DECLARE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA DECISIÓN ADMINISTRATIVA N° 1198/2021 - DECAD-2021-1198-APN-JGM EMITIDA POR EL JEFE DE GABINETE DE MINISTROS DE LA NACIÓN Y LA RESOLUCIÓN N° 460/2021 DEL MINISTRO DE JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS Y EL MINISTRO DE SALUD DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES. SE FORMULA RESERVA DEL CASO FEDERAL. SE SOLICITA HABILITACIÓN DE FERIA.

Sr. Juez:

María Victoria DAHL, DNI 24.196.978, con domicilio real en la calle Moreno 2213 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; **María Cecilia CAPALBO, DNI 17.365.132,** con domicilio real en la calle Carlos Calvo 2128 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Todos por derecho propio, con el patrocinio letrado del **Dr. Christian Alejandro Correa** (Tomo 83, Folio 311 (C.P.A.C.F) (Cuit: 23-22811662-9), constituyendo domicilio procesal en la calle Uruguay 239 piso 7 departamento A, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y el domicilio electrónico en el Cuit 22-22811662-9, ante V.S. nos presentamos y respetuosamente decimos:

I.-OBJETO.

Que vengo a interponer formal **ACCIÓN DE AMPARO CONTRA EL GOBIERNO NACIONAL –MINISTERIO DE SALUD Y EL GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, A FIN DE QUE SE NOS EXIMA DE PORTAR Y/O EXHIBIR EL DENOMINADO "PASE SANITARIO LIBRE COVID -19" PARA INGRESAR A LOS LUGARES RESTINGIDOS"**, siendo ello impuesto por la Decisión Administrativa Nro. 1198/2021 y por Resolución Nro. 460/2021 de la Provincia de Buenos Aires, en virtud de lo normado por el artículo 43 de la Constitución Nacional, solicitando el dictado de **MEDIDA DE NO INNOVAR**, así como también, se decrete la **DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD** de las decisiones administrativas de marras; todo ello, por las razones de hecho y de derecho que seguidamente pasaré a exponer.

II.-COMPETENCIA.

En cuanto a la competencia, resulta V.S. competente, toda vez que se cuestiona la validez de la Decisión Administrativa Nro. 1198/2021, emitida por una autoridad nacional el Jefe de Gabinete de Ministros del P.E.N., siendo la misma a su vez, causa fuente de la Resolución Nro. 460/2021 de la Provincia de Buenos Aires, en atención a lo expresamente estipulado por la Ley 16. 986, artículos 1 y 18, párrafo segundo:

III.-INTROITO.

Los precedentes normativos citados por la Decisión administrativa 1198/2021.

Que en el marco de la pandemia por el COVID-19, el gobierno nacional y provincial, adoptaron medidas de prevención, **restringiendo la circulación ambulatoria de los ciudadanos e imponiendo en forma indirecta la obligación de la vacunación,** al establecer la obligatoriedad de exhibir el denominado PASE SANITARIO para ingresar a determinados lugares, mediante el dictado de los Decretos N° 260 del 12/03/2020, N° 297 del 19/03/2020, N° 167 del 11/03/ 2021 y N° 678 del 9/11/2021.

Que el Congreso Nacional, por **Ley 27.541**, conforme los términos del artículo 1°, declaró la emergencia sanitaria, entre otras emergencias allí contempladas, en el mes de diciembre del año 2.019, con las bases de delegación al P.E.N. establecidas en el artículo 2°, hasta el 31 de diciembre del año 2.020.

Que dicha norma esgrimida como uno de los fundamentos de las decisiones administrativas que venimos a impugnar, cabe poner de relieve, *no solo es preexistente al brote pandémico de COVID-19, sino que se trata de una ley de emergencia general, en cuyo contexto, se insertó la emergencia sanitaria como otro aspecto más de aquélla.*

El Jefe de Gabinete de Ministros en uno de sus considerandos dice:

"Que mediante el Decreto N° 260/20 se amplió por el plazo de UN (1) año la emergencia pública en materia sanitaria establecida por la **Ley N° 27.541** en virtud de la pandemia declarada por la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS) en relación con la

COVID-19, habiendo sido prorrogado dicho decreto hasta el 31 de diciembre de 2021 por el Decreto N° 167/21, en los términos del mismo."

Ahora bien, dicho Decreto, como se aprecia, amplía la emergencia sanitaria por el plazo de un año, siendo ésta, una materia eminentemente legislativa, como lo es el dictado de la emergencia sanitaria en todo el país.

En este punto hay por lo menos tres cuestiones que merecen particular atención:

- Que la Ley N° 27.541, como lo hemos apuntado supra, fue sancionada por el Congreso Nacional con anterioridad al actual brote pandémico ocasionado por el COVID-19.

- Que la CN en su artículo 76 estipula: "**Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca.** La caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa."

- Que la **Ley 27.491** (Control de enfermedades prevenibles por vacunación) consignada como otro de los fundamentos de la decisión administrativa en crisis, no solo ha sido dictada con antelación al brote pandémico de marras, por lo cual, mal puede tomarse, y tenerse por válido, como precedente un instituto normativo aplicado a la pandemia por COVID 19, que regula situaciones distintas a las que pretende alcanzar aquélla, **no estableciendo aquélla la obligatoriedad de la vacunación, extremo éste, contrariado por la resolución administrativa en crisis.**

"Que mediante la Ley N° 27.491 se declaró a la vacunación como de interés nacional, definiendo a la misma como una estrategia de salud pública preventiva y altamente efectiva, y considerándola como bien social, sujeta a los principios de gratuidad, obligatoriedad, prevalencia de la salud pública por sobre el interés particular, disponibilidad y amplia participación…."

Es decir, el órgano administrativo, toma como precedente una Ley del Congreso de la Nación Argentina, se arroga funciones legisferantes que no posee y va en sentido contrario de la norma que invoca como sustento. La contradicción, a esta altura, ya es insalvable.

El artículo 1° del texto legal citado expresa lo que sigue:

> **"La presente ley tiene por objeto regular la implementación de una política pública de las enfermedades prevenibles por vacunación."**

Es claro que el artículo de mención, no se está refiriendo al COVID-19, y que de ningún modo se pueden extender sus efectos, más allá de las previsiones del legislador (LÍMITE FORMAL Y MATERIAL A LA FUNCIÓN REGLAMENTARIA – art. 28 C.N.)

"ARTÍCULO 1°.- Toda persona que haya cumplido los TRECE (13) años de edad y que asista a las actividades definidas como ACTIVIDADES DE MAYOR RIESGO EPIDEMIOLÓGICO Y SANITARIO enumeradas en el Anexo (IF-2021-120221652-APN-MS), o las que en el futuro se establezcan, deberá acreditar, a partir del 1° de enero de 2022, que posee un esquema de vacunación completo contra la COVID-19, aplicado al menos CATORCE (14) días antes de la asistencia a la actividad o evento, exhibiéndolo ante el requerimiento de personal público o privado designado para su constatación, y al momento previo de acceder a la entrada del evento o actividad. Decisión Administrativa 1198/2021…" - DECAD-2021-1198-APN-JGM

"ARTÍCULO 1º. Establecer el "PASE LIBRE COVID" como requisito para asistir a aquellas actividades realizadas en el territorio provincial que representan mayor riesgo epidemiológico, además de cumplir con los protocolos, recomendaciones e instrucciones de las autoridades sanitarias. El mismo consistirá en la acreditación, por parte de todas las personas mayores de TRECE (13) años, de al menos dos dosis de la vacuna contra la COVID-19, aplicadas por lo menos CATORCE (14) días antes, ya sea mediante App "VacunatePBA", App "Mi Argentina" o el carnet de vacunación en formato cartón o tarjeta.

A los fines de la presente medida, se deberá contar con el "PASE LIBRE COVID" para la realización de las siguientes actividades, a partir del 21 de diciembre de 2021…" - RESOLUCIÓN N° 460/2021

Sin que ello importe, lisa y llanamente una abierta lesión al PRINCIPIO DE LEGALIDAD de filiación constitucional (artículo 19 de la Ley Fundamental) y de SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL (artículo 31)

IV.-LA DECISIONES ADMINISTRATIVAS QUE SE OBJETAN.

Vamos a proceder a citar en su integridad las normas que impugnamos, para luego someterlas, a juicio crítico legal:

MEDIDAS GENERALES DE PREVENCIÓN

Decisión Administrativa 1198/2021

DECAD-2021-1198-APN-JGM - Actividades de mayor riesgo epidemiológico y sanitario. Disposiciones.

Ciudad de Buenos Aires, 10/12/2021

VISTO el Expediente N° EX-2021-118361067-APN-DGDYD#JGM, las Leyes Nros. 15.465, 27.491, 27.541, 27.573, los Decretos Nros. 260 del 12 de marzo de 2020, 297 del 19 de marzo de 2020, 167 del 11 de marzo de 2021, 678 del 30 de septiembre de 2021 y las Resoluciones Nros. 680 del 30 de marzo de 2020, 2883 del 29 de diciembre de 2020 y 2673 del 29 de septiembre de 2021 del MINISTERIO DE SALUD, su respectiva normativa modificatoria y complementaria, y

CONSIDERANDO:

Que mediante el Decreto N° 260/20 se amplió por el plazo de UN (1) año la emergencia pública en materia sanitaria establecida por la Ley N° 27.541 en virtud de la pandemia declarada por la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS) en relación con la COVID-19, habiendo sido prorrogado dicho decreto hasta el 31 de diciembre de 2021 por el Decreto N° 167/21, en los términos del mismo.

Que a través del Decreto N° 297/20 se estableció una medida de “aislamiento social, preventivo y obligatorio” en todo el país, la que fue prorrogada en diversas oportunidades; estableciéndose con posterioridad la medida de “distanciamiento social, preventivo y obligatorio”, también por sucesivos períodos.

Que, posteriormente, mediante el dictado de sucesivos actos, se establecieron una serie de medidas generales de prevención y disposiciones temporarias, locales y focalizadas de contención, con el fin de mitigar la propagación del virus SARS-CoV-2 y su impacto sanitario.

Que, finalmente, mediante el Decreto N° 678/21 se dispusieron un conjunto de nuevas medidas sanitarias de prevención y contención aplicables a todo el territorio nacional hasta el día 31 de diciembre de 2021, inclusive, de cumplimiento obligatorio para todas las personas en todos los ámbitos, así como también regulaciones específicas para las actividades que representan mayor riesgo epidemiológico y sanitario, según lo estipulado en el artículo 3° de dicho acto.

Que por el citado Decreto N° 260/20 y sus modificatorios se facultó al MINISTERIO DE SALUD a adoptar las medidas que resultaren oportunas y necesarias para la prevención de la propagación del SARS-CoV-2, con el objeto de minimizar sus efectos e impacto sanitario.

Que, en ese marco, por la Resolución del MINISTERIO DE SALUD N° 680/20 se incorporó al régimen legal de las enfermedades de notificación obligatoria, establecido por Ley Nº 15.465, sus modificatorias y complementarias, a la enfermedad COVID-19 en todas sus etapas, desde la sospecha de caso hasta el seguimiento de su evolución, aplicándose a la enfermedad de notificación obligatoria COVID-19, las estrategias de vigilancia clínica y de laboratorio, bajo la modalidad de notificación individual con periodicidad inmediata -DOCE (12) horas-.

Que mediante la Ley N° 27.491 se declaró a la vacunación como de interés nacional, definiendo a la misma como una estrategia de salud pública preventiva y altamente efectiva, y considerándola como bien social, sujeta a los principios de gratuidad, obligatoriedad, prevalencia de la salud pública por sobre el interés particular, disponibilidad y amplia participación.

Que, por su parte, a través de la Ley N° 27.573 se declaró de interés público la investigación, desarrollo, fabricación y adquisición de las vacunas destinadas a generar inmunidad adquirida contra la COVID-19 en el marco de la emergencia sanitaria, con el objetivo de asegurar la cobertura de la población con vacunas seguras y eficaces contra esa enfermedad.

Que por la Resolución del MINISTERIO DE SALUD N° 2883/20 se aprobó el “Plan Estratégico para la Vacunación contra la COVID-19 en la República Argentina”, el cual establece una estrategia de vacunación voluntaria, escalonada y en etapas no excluyentes, procurando ampliar progresivamente la población objetivo y permitiendo inmunizar de forma gradual a mayor cantidad de personas.

Que, asimismo, por la Resolución del MINISTERIO DE SALUD N° 2673/21 se estableció que las personas que residan en el territorio de la REPÚBLICA ARGENTINA que se hayan vacunado en el exterior contra la COVID-19 con una vacuna autorizada para su uso, o precalificada por la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS) podrían solicitar una constancia de su aplicación ante el MINISTERIO DE SALUD a través del portal Mi Argentina Perfil Digital del Ciudadano en su versión web, sección Mis trámites.

Que el ESTADO NACIONAL suscribió diversos acuerdos para adquirir vacunas en tiempo oportuno, lo cual permitió iniciar la vacunación en las VEINTICUATRO (24) jurisdicciones del país de manera simultánea, en el mes de diciembre del año 2020.

Que, con los resultados disponibles al momento, las vacunas utilizadas en la REPÚBLICA ARGENTINA demostraron una adecuada eficacia para la prevención de las formas graves, y de la muerte por la enfermedad.

Que una vacuna segura y eficaz para prevenir la COVID-19 es determinante para lograr controlar el avance de la enfermedad, ya sea disminuyendo la morbimortalidad o bien la transmisión del virus, permitiendo prevenir casos graves, internaciones y muertes.

Que, al 3 de diciembre de 2021, el OCHENTA COMA SIETE POR CIENTO (80,7 %) de la población total estimada del país cuenta con al menos UNA (1) dosis de la vacuna contra la COVID-19 y el SESENTA Y CINCO COMA CINCO POR CIENTO (65,5 %), con el esquema completo de vacunación. En personas de DIECIOCHO (18) años y más se ha logrado a la fecha una cobertura del NOVENTA Y DOS COMA DOS POR CIENTO (92,2 %) con UNA (1) dosis y del OCHENTA COMA SEIS POR CIENTO (80,6 %) con esquema completo para las diferentes vacunas contra la COVID-19.

Que desde el pico de casos registrado en la semana epidemiológica (SE) 20 de 2021 y hasta la SE 40 se registró descenso sostenido en el número de casos que es inversamente proporcional al aumento de coberturas de vacunación contra la COVID-19 lo cual estuvo, también, asociado a la implementación de medidas sanitarias y regulaciones sobre el ingreso al país desde el exterior.

Que el descenso sostenido en el número de casos permitió avanzar en la apertura de actividades laborales, recreativas, religiosas, culturales y turísticas, con la consecuente mayor activación de la producción y la economía, una máxima movilidad y una mayor presencialidad.

Que, asimismo, la situación internacional en relación con la nueva variante de preocupación, denominada ÓMICRON, representa un riesgo, por lo que es fundamental generar estrategias que permitan disminuir la posibilidad de transmisión e impacto en la salud que se traduzca en mayor internación, complicaciones, requerimiento de internación en cuidados intensivos y la consecuente tensión del sistema sanitario.

Que las actividades recreativas, culturales, religiosas, deportivas, y sociales, particularmente en espacios cerrados, conllevan diferentes niveles de riesgo habiéndose definido en el Decreto N° 678/21, como actividades de mayor riesgo epidemiológico y sanitario a los viajes grupales, las actividades en locales bailables cerrados (discotecas, salones de fiesta, etc.) y a todo evento masivo de más de MIL (1000) personas.

Que, en virtud de lo expuesto, corresponde la implementación de medidas de cuidado, desde el nivel nacional, que permitan la realización más segura de actividades con mayor riesgo sanitario y epidemiológico en contexto de pandemia, requiriendo la acreditación del esquema completo de vacunación contra la COVID-19, tal como surge de la recomendación de la Autoridad Sanitaria Nacional.

Que las jurisdicciones tienen la potestad de incorporar actividades para las cuales sea requerida la acreditación de vacunación completa, de acuerdo al avance de su plan de vacunación, niveles de cobertura y situación epidemiológica.

Que, con el fin de otorgar tiempo suficiente a los ciudadanos y las ciudadanas para llevar adelante las acciones para adecuar su estado de vacunación, y a las instituciones para disponer de los procedimientos necesarios para dar apropiado cumplimiento, corresponde establecer un período de tiempo para la implementación de este requisito.

Que se encuentra disponible la aplicación denominada “Cuidar” – Sistema de prevención y cuidado ciudadano contra la COVID-19- en su versión para dispositivos móviles, pudiendo ser descargada en forma gratuita en las tiendas de aplicaciones oficiales de Android e iOS.

Que ha tomado intervención la autoridad sanitaria nacional.

Que el servicio jurídico pertinente ha tomado la intervención de su competencia.

Que la presente medida se dicta en uso de las atribuciones conferidas por el artículo 100, incisos 1 y 2 de la CONSTITUCIÓN NACIONAL y por el Decreto N° 260/20, prorrogado y modificado por el Decreto Nº 167/21 y sus modificatorios y normas complementarias.

Por ello,

EL JEFE DE GABINETE DE MINISTROS

DECIDE:

ARTÍCULO 1°.- Toda persona que haya cumplido los TRECE (13) años de edad y que asista a las actividades definidas como ACTIVIDADES DE MAYOR RIESGO EPIDEMIOLÓGICO Y SANITARIO enumeradas en el Anexo (IF-2021-120221652-APN-MS), o las que en el futuro se establezcan, deberá acreditar, a partir del 1° de enero de 2022, que posee un esquema de vacunación completo contra la COVID-19, aplicado al menos CATORCE (14) días antes de la asistencia a la actividad o evento, exhibiéndolo ante el requerimiento de personal público o privado designado para su constatación, y al momento previo de acceder a la entrada del evento o actividad.

ARTÍCULO 2°.- Determínase que la forma de acreditación de lo establecido en el artículo 1° será a través de la aplicación denominada "Cuidar" – Sistema de prevención y cuidado ciudadano contra la COVID-19 – apartado "Información de Salud" en su versión para dispositivos móviles, que podrá descargarse en forma gratuita de las tiendas de aplicaciones oficiales de Android e iOS.

ARTÍCULO 3°.- Las personas que no pudieran acceder a la aplicación conforme establece el artículo 2° de la presente medida podrán solicitar a la autoridad jurisdiccional competente el certificado de vacunación contra la COVID-19 en soporte papel y/o formato digital, según sea requerido por la ciudadana o el ciudadano, en el cual consten las dosis aplicadas y notificadas al Registro Federal de Vacunación Nominalizado (NOMIVAC).

ARTÍCULO 4°.- El MINISTERIO DE SALUD determinará el criterio de definición del esquema completo de vacunación contra la COVID-19 a los efectos establecidos en la presente medida, el cual será publicado y actualizado en la web oficial https://www.argentina.gob.ar/salud/coronavirus-COVID-19.

ARTÍCULO 5°.- Si el autodiagnóstico arrojara algún síntoma compatible con COVID-19 o si la persona estuviera notificada en el Sistema Nacional de Vigilancia de la Salud como caso activo de COVID-19 se bloqueará la pantalla de la aplicación "Cuidar" – Sistema de prevención y cuidado ciudadano contra la COVID-19 sin permitirle acceder a ninguna otra pantalla ni certificado, hasta tanto se modifique esta condición, independientemente de tener el esquema de vacunación completo.

ARTÍCULO 6°.- Las autoridades de las jurisdicciones y organismos del Sector Público Nacional, en coordinación con sus pares de las jurisdicciones provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y con las autoridades municipales, cada una en el ámbito de sus competencias, dispondrán los procedimientos de fiscalización necesarios para garantizar el cumplimiento de lo establecido en la presente medida y sus normas complementarias.

ARTÍCULO 7°.- Las autoridades de las jurisdicciones y organismos del Sector Público Nacional podrán incorporar, cada una en el ámbito de sus competencias, actividades adicionales a las dispuestas por el artículo 1º, basadas en la situación epidemiológica, el plan de vacunación local y los avances en las coberturas de vacunación contra la COVID-19.

ARTÍCULO 8°.- En caso de constatarse la existencia de infracción a lo establecido en la presente medida o a otras normas dispuestas para la protección de la salud pública en el marco de la emergencia pública en materia sanitaria, se procederá a hacer cesar la conducta infractora y se dará actuación a la autoridad competente.

ARTÍCULO 9°. - La presente norma entrará en vigencia el día de su publicación en el BOLETÍN OFICIAL.

ARTÍCULO 10.- Comuníquese, publíquese, dese a la DIRECCIÓN NACIONAL DEL REGISTRO OFICIAL y archívese.

Juan Luis Manzur - Carla Vizzotti

……..

RESOLUCIÓN N° 460/2021

Texto actualizado con las modificaciones introducidas por la Resolución 474/2021 MJGM.

LA PLATA, 6 de Diciembre de 2021

VISTO el expediente electrónico N° EX-2021-31629385-GDEBA-DPALMSALGP, el Decreto Nacional Nº 678/21, el Decreto N° 837/21, Resoluciones Conjuntas N° 326/2021 y sus modificatorias N° 359/21 y N° 444/21 del Ministerio de Jefatura de Gabinete de Ministros y el Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires, y

CONSIDERANDO:

Que por Decreto Nacional N° 260/2020 se amplió, por el plazo de un (1) año, la emergencia pública en materia sanitaria establecida por la Ley N° 27.541, en virtud de la pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS), con relación al nuevo coronavirus (COVID-19).

Que, en la situación actual, el Poder Ejecutivo Nacional dispuso prorrogar, por medio del Decreto N° 167/21, el régimen de excepción implementado a través del Decreto N° 260/2020 y el Título X de la Ley N° 27.541, hasta el día 31 de diciembre de 2021.

Que, posteriormente, mediante el dictado de sucesivos actos se establecieron una serie de medidas generales de prevención y disposiciones temporarias, locales y focalizadas de contención, con el fin de mitigar la propagación del virus SARS-CoV-2 y su impacto sanitario.

Que, por Decreto Nº 678/21, el Poder Ejecutivo Nacional dispuso la implementación de una serie de medidas preventivas y reguló la realización de las actividades de mayor riesgo epidemiológico y sanitario, con el fin de proteger la salud pública, con vigencia desde el 1° de octubre y hasta el 31 de diciembre de 2021.

Que, en tal sentido el Poder Ejecutivo Provincial dictó el Decreto N° 837/2021 que faculta a los Ministros Secretarios en los Departamentos de Jefatura de Gabinete de Ministros y de Salud y a la Directora General de Cultura y Educación, en forma individual o conjunta, en el ámbito de sus respectivas competencias, a: 1. Dictar los protocolos de actividades y las recomendaciones e instrucciones para realizar actividades, en los términos del artículo 3° del Decreto Nacional N° 678/21, y autorizar el ingreso de contingentes al territorio provincial que formen parte de viajes grupales de egresados y egresadas, de estudiantes o similares, con excepción de los contemplados en el inciso b) del citado precepto; así como establecer las medidas sanitarias temporarias y focalizadas adicionales a las previstas en el referido artículo respecto de la realización de determinadas

actividades de mayor riesgo epidemiológico y sanitario, con la finalidad de contener los contagios por COVID-19 o para disminuir el riesgo de transmisión, previa conformidad del Ministerio de Salud; 2. Establecer los protocolos de funcionamientos de las actividades económicas industriales, comerciales, de servicios, turísticas, religiosas, culturales, deportivas, recreativas y sociales que contemplen la totalidad de las recomendaciones e instrucciones de la autoridad sanitaria nacional, en los términos del artículo 4° del Decreto Nacional N° 678/21; 3. Disponer los procedimientos de fiscalización necesarios para garantizar el cumplimiento de las normas previstas en el Decreto Nacional N° 678/21, en el presente acto y sus normas complementarias; 4. Solicitar, en los términos del artículo 10 del Decreto Nacional N° 678/21, las autorizaciones para el desarrollo de actividades que permitan establecer excepciones a la prohibición de ingreso dispuesta en el Decreto Nacional N° 274/2020 y sus modificatorias; 5. Dictar toda otra medida necesaria para implementar lo dispuesto en el Decreto Nacional N° 678/21.

Que, en ese marco, en el mes de octubre del corriente año, el Ministro de Jefatura de Gabinete de Ministros y el Ministro de Salud de la Provincia de Buenos Aires dictaron la Resolución Conjunta N° 326/21, y sus modificatorias N° 359/2021 y N° 444/2021, donde se enumeran las medidas preventivas generales y obligatorias que deberán cumplir los y las bonaerenses y regular la realización de las actividades de mayor riesgo epidemiológico y sanitario en todo el territorio de la provincia de Buenos Aires, de acuerdo al Decreto Nacional Nº 678/21.

Que en su artículo 3° la mencionada Resolución Conjunta establece que, para poder asistir a actividades en discotecas, locales bailables, salones de fiesta o similares en espacios cerrados, o eventos masivos de más de MIL (1.000) personas en espacios cerrados o abiertos, resulta necesario acreditar el esquema completo de vacunación con no menos de CATORCE (14) días de anticipación respecto del evento, mientras que para los viajes grupales de jubilados y jubiladas remite a la aplicación de lo dispuesto por el artículo 3° inciso b. del Decreto Nacional N° 678/21, el cual reza “En los viajes grupales de jubilados y jubiladas todas las personas integrantes del contingente deberán presentar esquema de vacunación completo ocurrido por lo menos CATORCE (14) días previos al inicio del viaje”.

Que por Resolución N° 2883/2020, el Ministerio de Salud de la Nación, como organismo rector del sistema de sanitario nacional, aprobó el “Plan Estratégico para la vacunación contra la COVID-19 en la República Argentina” teniendo en cuenta la información y recomendaciones de organismos internacionales y la disponibilidad de vacunas de eficacia y seguridad aceptable para su uso, evaluados por la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología (ANMAT).

Que, en el marco de dicho plan nacional de vacunación, mediante la Resolución 629/2021 del Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires se aprobó el PLAN PÚBLICO, GRATUITO Y OPTATIVO DE VACUNACIÓN CONTRA EL CORONAVIRUS EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES “BUENOS AIRES VACUNATE”, a fin de llevar adelante la campaña de vacunación en el territorio de la Provincia.

Que, el 29 de diciembre de 2020 se inició la Campaña Nacional de Vacunación contra la COVID-19, con el objetivo de alcanzar al cien por ciento (100%) de la población, en forma escalonada y progresiva, de acuerdo con la priorización de riesgo y la disponibilidad gradual y creciente del recurso.

Que desde el 30 de julio de 2021 se implementó en la provincia la vacunación libre de primera dosis contra la COVID-19 para todas las personas mayores de 18 años de edad.

Que a partir del 13 de octubre se implementó en la provincia la vacunación libre contra la COVID-19 para la aplicación de la segunda dosis a favor de todas las personas mayores de 18 años, con domicilio en dicha jurisdicción, siempre que hayan cumplido el periodo interdosis recomendado por las autoridades sanitarias. La medida alcanzó a su vez y desde la misma fecha, a las personas mayores de 12 años con condiciones de salud priorizadas.

Que a partir del 30 de noviembre del corriente se habilitó en la provincia la vacunación libre para la recepción de la primera dosis a favor de las personas mayores de 3 años.

Que en un esfuerzo por maximizar las coberturas, el gobierno bonaerense envío cientos de miles de turnos de tercera dosis para el personal del sistema de salud público y privado que incluirá también a los mayores de 60 años que hayan completado sus esquemas primarios de inmunización hace más de seis meses.

Que la tercera dosis de vacunación apunta en primera instancia a más de 532.500 trabajadoras trabajadores sanitarios y 2 millones y medio de bonaerenses mayores de 60 años, a quienes se les inoculará dicha dosis en las postas habituales y los hospitales provinciales y municipales.

Que conforme a los datos actualizados al 26 de noviembre de 2021 respecto de las personas inscriptas y con esquema completo, el grupo de mayores de 60 años alcanzó una cobertura del noventa y cuatro con uno por ciento (94,1%), seguidos por el personal de salud, con una cobertura del noventa y tres con seis por ciento (93,6%), mientras que en el grupo de los docentes y auxiliares es del noventa y tres con uno por ciento (93,1%).

Que del mismo modo surge que, en relación al grupo poblacional de las personas embarazadas inscritas y con esquema completo, el porcentaje asciende al setenta y uno con uno por ciento (71,1%), de las personas entre 18 a 59 años una cobertura del setenta y nueve con nueve por ciento (79,9%), y en el grupo de 12 a 17 años de edad representa el cincuenta y seis con tres por ciento (56,3%).

Que el promedio provincial respecto a la cantidad de primeras dosis aplicadas en la totalidad de la población inscrita, es del noventa y dos con diecinueve por ciento (92,19%), y con dos dosis del ochenta y uno con cinco por ciento (81,5%).

Que, a partir del avance de las coberturas de vacunación en muchos países, se ha logrado disminuir de manera considerable la incidencia de enfermedad grave y de fallecidos; sin embargo, dado que el acceso a la vacuna no es equitativo a nivel mundial, el impacto de la pandemia difiere en cada país y con ello la posibilidad de controlar los niveles de propagación y contagio.

Que al 26 de noviembre de 2021, se confirmaron a nivel mundial 259.502.031 casos de COVID-19 y 5.183.003 fallecidos acumulados, de acuerdo a lo reportado por los más de 200 países, territorios y área afectadas. Asimismo se observa un aumento a nivel mundial del número de casos (6% en la última semana), principalmente en la región de Europa (11% en la última semana).

Que, la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS) ha reconocido UNA (1) nueva Variante de Preocupación (VOC) del SARS-CoV-2 (OMICRON) identificada en el Continente Africano (originalmente detectada en la REPÚBLICA DE SUDÁFRICA), con más transmisibilidad y, potencialmente, más gravedad. El Grupo Técnico Asesor sobre la Evolución del Virus del SARS-CoV-2 de la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS) indicó que la OMICRON muestra mutaciones múltiples, algunas de las cuales sugieren un mayor riesgo de reinfección que otras variantes que también son de preocupación, y alertó que el número de casos está aumentando en el continente africano, donde el índice de vacunación es bajo, y a tasas más rápidas que los crecimientos repentinos de infección anteriores.

Que la OMS pidió a los países aumentar los esfuerzos de vigilancia y secuenciación para comprender mejor las variantes circulantes del SARS-CoV-2. Esta nueva variante presenta más de TREINTA (30) mutaciones, de las cuales QUINCE (15) se encuentran en el dominio de unión al receptor, lo que las hace de preocupación.

Que los casos han aumentado en nuestro país, coincidiendo temporalmente con la detección de esta nueva variante. La información preliminar indicaría un riesgo aumentado de transmisión y reinfección, comparado con otras variantes y riesgo de respuesta disminuido a las vacunas. Esta nueva variante OMICRON, es la más divergente que se ha detectado en un número significativo de muestras desde el inicio de la pandemia y continúan los estudios para mayor conocimiento.

Que el primer aislamiento de esta variante fue el 11 de noviembre en BOTSWANA, y luego el 14 d noviembre en SUDÁFRICA, y ha llegado en algunas regiones a ser la variante predominante. Al 26 d noviembre, ya se han detectado casos importados en BÉLGICA, ISRAEL y HONG KONG.

Que, por ello, en esta etapa se debe reforzar la vigilancia epidemiológica para detectar de manera temprana y oportuna cualquier cambio en la situación epidemiológica, con participación de los equipos locales para el control de brotes que puedan presentarse especialmente debido a la variante OMICRON.

Que la REPÚBLICA ARGENTINA viene siguiendo las recomendaciones de la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS) para implementar enfoques basados en riesgo para los viajes internacionales en el contexto de la COVID-19 con un enfoque de precaución, justificado en la presencia de incertidumbres científicas como la aparición de variantes de interés (VOI) o variantes de preocupación (VOC) y en la capacidad de respuesta de la salud pública para detectar y atender casos y sus contactos.

Que, ante el escenario descrito, a fin de optimizar el avance en la vacunación y limitar la concurrencia de personas no vacunadas, o con esquemas de vacunación pendientes, a lugares de elevado riesgo epidemiológico, resulta pertinente la implementación de un “PASE LIBRE COVID” para el desarrollo aquellas actividades que, por su naturaleza, implican mayor riesgo de contagio para la población, y así minimizar la posibilidad de transmisión del virus, ante el arribo de nuevas Variantes de Preocupación (VOC) del SARS-CoV-2 (OMICRON) y otras que pudieran sumarse a nuestro escenario epidemiológico.

Que dicha medida resulta necesaria para proteger la salud pública, razonable y proporcionada con relación a la amenaza y al riesgo sanitario que se enfrenta.

Que han tomado intervención las Subsecretarías Técnica Administrativa y Legal del Ministerio de Salud y del Ministerio de Jefatura de Gabinete;

Que se expiden en el ámbito de competencia la Asesoría General de Gobierno y la Fiscalía de Estado.

Que la presente medida se dicta en uso de las atribuciones conferidas por la Ley N° 15.164 y por el Decreto N° 837/21.

Por ello,

EL MINISTRO DE JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS Y EL MINISTRO DE SALUD DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

RESUELVEN

ARTÍCULO 1º. Establecer el “PASE LIBRE COVID” como requisito para asistir a aquellas actividades realizadas en el territorio provincial que representan mayor riesgo epidemiológico, además de cumplir con los protocolos, recomendaciones e instrucciones de las autoridades sanitarias. El mismo consistirá en la acreditación, por parte de todas las personas mayores de TRECE (13) años, de al menos dos dosis de la vacuna contra la COVID-19, aplicadas por lo menos CATORCE (14) días antes, ya sea mediante App “VacunatePBA”, App “Mi Argentina” o el carnet de vacunación en formato cartón o tarjeta.

A los fines de la presente medida, se deberá contar con el “PASE LIBRE COVID” para la realización de las siguientes actividades, a partir del 21 de diciembre de 2021:

I- Actividades culturales, deportivas, religiosas y recreativas en espacios cerrados: centros culturales, gimnasios, cines, eventos deportivos que signifiquen aglomeración de personas; salones de fiestas y boliches, fiestas, casamientos, actos y reuniones con gran participación de personas; bares y restaurantes.

II- Realización de trámites presenciales ante organismos públicos provinciales y/o municipales.

III- Trámites presenciales ante entidades privadas, cuando impliquen aglomeramiento de personas.

IV- Trabajadores que realicen atención al público, ya sea de entidades públicas o privadas.

Dicha enumeración es meramente enunciativa y se puede ampliar en función de la evolución de la situación epidemiológica, el avance de la vacunación y a decisión de las autoridades sanitarias, por lo que oportunamente podrán ampliarse las actividades para las cuales sea necesario contar con el “PASE LIBRE COVID”.

ARTÍCULO 2º. (Texto según Resolución 474/2021 MJGM) Establecer que los organizadores, titulares o responsables de las actividades sujetas a lo dispuesto en la presente resolución conjunta, tendrán a su cargo el control de la acreditación del "PASE LIBRE COVID", en los accesos a las mismas.

ARTÍCULO 3º. Establecer que el incumplimiento de las medidas establecidas por la presente, en el marco de las medidas generales de prevención, disposiciones locales y focalizadas de contención, a fin de mitigar la propagación del virus SARSCoV-2 sus variantes y su impacto sanitario, podrá dar lugar a la aplicación de las sanciones previstas en el Decreto – Ley N° 8.841/77, conforme al procedimiento establecido por los Decretos N° 3707/98 y N° 1/21, pudiendo dar intervención a la autoridad competente, en el marco de los artículos 205, 239 y concordantes del Código Penal.

ARTÍCULO 4º. Registrar, notificar al Fiscal de Estado, comunicar, publicar, dar al Boletín Oficial y al SINDMA. Cumplido, archivar.

Nicolas Kreplak, Ministro; Martín Insaurralde, Ministro.

V.- LA ACTIVIDAD REGLAMENTARIA DE LA ADMINISTRACIÓN.

Dentro de las fuentes del derecho se encuentran los reglamentos, que son aquellos actos unilaterales emitidos por órganos de la Administración Pública, que crean normas jurídicas obligatorias para regular situaciones objetivas e impersonales. – “En rigor, los reglamentos pueden provenir no solamente de la Administración, sino también de la Poder Legislativo y del Poder Judicial, ya que las normas de carácter general dictadas por el órgano parlamentario o por organismos judiciales, sin el carácter formal de las leyes o sentencias, son también

reglamentos sujetos, en principio, al mismo régimen jurídico que los dictados por la Administración (CASSAGNE, Juan Carlos, "Derecho Administrativo", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, T. I, pág. 142.

Constituyen, desde el punto de vista cuantitativo, la principal fuente del derecho administrativo, habida cuenta de que no solo son dictados por el Poder Ejecutivo, sino también por los demás entes que actúan en su esfera. – conf. CASSAGNE, Juan Carlos, ob. cit., pág. 136 y 137; MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de derecho administrativo", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1965, T. I, pág. 240, con cita de Fallos 241:396.

La doctrina tradicional reconoce cuatro clases de reglamentos: ejecutivos, delegados, autónomos y de los de necesidad y urgencia. Por su vinculación con el caso concreto, nos ocuparemos por su interés y utilidad, solo de los dos primeros.

Si bien cada uno de ellos tiene su propia base constitucional (expresa o tácita) y cuentan con un frondoso desarrollo doctrinario y jurisprudencial, uno de los mayores problemas que ha existido en este último campo está dado por la distinción y definición del ámbito de acción y los límites de los reglamentos de ejecución (o decretos reglamentarios) y los reglamentos delegados.

Los Reglamentos de Ejecución.

Los reglamentos de ejecución son aquellos que dicta el Poder Ejecutivo, en ejercicio de sus facultades propias, para asegurar o facilitar la aplicación o ejecución de las leyes, llenando o regulando detalles necesarios para un mejor cumplimiento de estas y de las finalidades que se propuso el legislador.

Están presentes en nuestra Constitución desde su génesis de 1853-1860, previéndose que solo el presidente de la Nación tiene competencia reglamentaria para ejecutar las leyes nacionales, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias (ex art. 86, inc. 2°, hoy art. 99, inc. 2°)

La doctrina señala que el sentido constitucional de esta norma es prohibitivo y no supone otorgarle al Poder Ejecutivo la facultad de definir los términos legales (un vicio bastante frecuente), llenar supuestos vacíos o lagunas, corregir errores ni interpretar con acciones positivas el supuesto espíritu de la ley. Debe tan solo abstenerse de violarlas con aquellas excusas, y cumplir fielmente sus disposiciones, de acuerdo con la finalidad y el texto parlamentario. GORDILLO, Agustín, "Tratado de Derecho Administrativo. Parte general", Ed. FDA, Buenos Aires, 2009, T. 1, pág. 41.

De hecho, el ámbito propio de las reglamentaciones ejecutivas es el de las leyes que ya establecen un "régimen completo y terminado", como expresó la Corte en el caso "Cocchia",

CS, Fallos: 316:2624, pero cuya ejecución efectiva debe ser posibilitada o facilitada por normas emanadas del Poder Ejecutivo, ya sea en lo adjetivo o procesal, es decir, en lo atinente al procedimiento de aplicación de la ley ("decretos ejecutivos adjetivos"), o bien en lo sustantivo, desarrollando las materias ya reguladas por el legislador en la ley reglamentada, cuando tal desarrollo sea necesario, útil o meramente conveniente para la ejecución de la ley ("decretos de ejecución sustantivos").

Esto no significa que obligatoriamente deben reglamentarse las leyes, sino que ellas entran en vigencia y deben ser aplicadas a los casos particulares, aun cuando el órgano administrativo no hubiera hecho uso de la competencia atribuida para reglamentarla. La vigencia de la ley no depende en principio de su reglamentación, salvo en aquellos casos especiales en que la propia ley así lo establezca. Sin perjuicio de ello, hay veces donde necesariamente deben ser reglamentadas para su aplicación efectiva. Doctrina CSJN en Fallos: 310:2653

Por último, a pesar de que la reglamentación ejecutiva de las leyes solo puede emanar del presidente de la Nación (art. 99, inc. 2°), es habitual que las leyes designen a otros cuerpos administrativos (ej. Ministerios o Secretarías de Estado) como "autoridad de aplicación" del régimen establecido por la ley, asignándole en muchos casos facultades reglamentarias.

"Si bien los reglamentos que se dicten en su consecuencia tendrían también naturaleza ejecutiva (de tipo adjetivo o, por excepción, sustantivo), no pueden considerarse estrictamente como la reglamentación ejecutiva de la ley…" Conf. BARRA, Rodolfo C., "Tratado de derecho administrativo", Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2002, T. I, pág. 565.

Constituyen, en todo caso, reglamentos autónomos, sometidos a todas las limitaciones propias de ese tipo de reglamentos administrativos, y que en nada se parecen al decreto ejecutivo. BARRA, Ibídem, pág. 567 y 628.

La delegación legislativa.

La delegación legislativa se vincula inicialmente, en cambio, con funciones y atribuciones propias del Poder Legislativo, cuyo ejercicio (y no la titularidad de la competencia legislativa misma, que es de suyo indelegable) es transferido al Poder Ejecutivo.

A diferencia de los reglamentos de ejecución, este instituto no tuvo recepción expresa en la Constitución histórica de 1853-1860 (GELLI, María Angélica, "Cuestiones de la delegación legislativa", ED 182- 1277).

Considera BARRA, que no es correcta la interpretación que pretendía encontrar una habilitación para la delegación legislativa en el ex. art. 67, inc. 28 (actual art. 75, inc. 32), que es una traducción fiel del art. I, secc. 8°, último párrafo, de la Constitución de los Estados

Unidos de Norteamérica (ob. y vol. citada pág. 484), sino que recién fue introducido en la reforma de 1994, en el art. 76 que expresa: "Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca."

Sin embargo, existen antecedentes en el derecho comparado de este instrumento desde la época de la Primera Guerra Mundial, prosperando en la crisis económica de 1929 y consolidándose con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial. Y si bien ha recibido varios cuestionamientos con fundamento en el principio de división de poderes, lo cierto es que la delegación es un instituto que está incorporado a la naturaleza de cualquier organización pública o privada, y bajo ciertas condiciones ha sido legitimado por la jurisprudencia tanto nacional como comparada.

En nuestro país, aun con anterioridad a la reforma de 1994, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación fue evolucionando hacia la consolidación del instituto de la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, estableciendo pautas para su ejercicio. Mucho tuvo que ver en este proceso el fenómeno de la transformación del Estado en punto al marcado crecimiento de sus funciones y cometidos y a la concentración de ellos fundamentalmente en el Poder Ejecutivo. Se planteó la procedencia constitucional de la delegación legislativa y de los reglamentos dictados en su consecuencia, y desde la génesis misma de este fenómeno fue motivo de ocupación y preocupación de la doctrina y de la jurisprudencia, la diferenciación entre aquellos y los decretos reglamentarios, habida cuenta de la zona de confluencia que existe entre ambos.

En efecto, en ambos casos se trata reglamentos que importan el ejercicio de una actividad legislativa por parte del Poder Ejecutivo. Los decretos delegados sustituyen a la ley. Algo parecido ocurre con los decretos ejecutivos, en tanto su contenido también podría haber sido materia de ley; es decir, los medios para ejecutar la ley podrían haber sido perfectamente incorporados por el Congreso en aquella.

La diferencia radica en que, por un lado, los reglamentos ejecutivos se encuentran subordinados a las leyes, cosa que no ocurre con los decretos delegados, salvo en lo que respecta obviamente a las bases de la delegación efectuada en la ley delegante. Y en cuanto a su contenido, en la delegación el Poder Legislativo transfiere al órgano delegado el poder de ejercer una competencia jurígena o de creación normativa, que implica la definición de los contenidos encomendados en la ley delegante. La reglamentación ejecutiva implica, en cambio, el dictado de normas de cumplimiento, desarrollo o puesta en práctica de la ley reglamentada, que ya constituye un régimen completo y terminado.

Podría tomarse como punto de partida de este proceso de definición jurisprudencial de la delegación legislativa y de su diferenciación con la reglamentación ejecutiva, la sentencia dictada por la Corte Suprema en el caso "Delfino" Fallos: 148:430 de 1927. Allí el Alto Tribunal señaló que "... el Congreso no puede delegar en el Poder Ejecutivo o en otro

departamento de la administración ninguna de las atribuciones o poderes que le han sido expresamente o implícitamente conferidos", con fundamento en el art. 29 de la CN.

Este proceso continuó con los fallos "Mouviel" Fallos: 237:636 y "Prattico", Fallos: 246:345, donde el máximo tribunal estableció que el reconocimiento legal de atribuciones que queden libradas al arbitrio razonable del órgano ejecutivo, debe ser en el marco de una "política legislativa" haya sido claramente establecida por el Parlamento, y llegó a formulación sistematizada en el ya citado caso Cocchia", donde se remarcó la diferenciación entre la delegación legislativa y la atribución presidencial de ejecutar las leyes de la Nación.

De esta zaga pretoriana, que fue receptada y consagrada en el art. 76 de la Constitución reformada en 1994, se desprende como conclusión que el límite fundamental entre la delegación y la ejecución reside en el grado de discrecionalidad que la ley habilita al Poder Ejecutivo para la creación normativa. En el primer caso hay una transferencia competencial para que el órgano delegado complete el régimen creado por la ley o para que directamente este órgano elabore un régimen completo que podría haber sido materia de ley, y siempre siguiendo la política legislativa definida por el Congreso ("bases de la delegación", según aquel texto constitucional.

"La validez de los reglamentos delegados previstos por la ley está condicionada a que esta última prevea una materia determinada con precisión y especifique las modalidades de hecho y derecho de las cuales no podrá apartarse el órgano ejecutivo (BADENI, Gregorio, "Delegación de facultades legislativas", EDA, 2009-410).

A modo de aproximación al tema, partiendo de la lectura de las disposiciones administrativas en cuestión, podemos aseverar que se tratan, de acuerdo al contenido de las mismas, de instrumentos normativos de alcance general (desde el punto de vista material), asimilándose su naturaleza jurídica a los actos administrativos de alcance general; es el ejercicio de la administración de la materia *strictu sensu* reglamentaria.

> **"Considerado respecto a las personas sobre las que pueden incidir los efectos del acto administrativo, éste puede ser "general", verbigracia reglamento, o "individual" (concreto o especial).**
>
> **El acto administrativo "general", reglamento, se refiere a todas las personas indeterminadamente. El acto administrativo "individual" (concreto o especial) se refiere a una, varias o muchas personas determinadas o determinables…" – TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. MIGUEL S. MARIENHOFF, T II, pág. 158**

La Jefatura de Gabinete de Ministros dictó la Decisión Administrativa Nro. 1198/2021 y el Ministerio de Jefatura de Gabinete de Ministros y Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires, mediante la Resolución Conjunta Nro. 460/2021, establecieron la obligatoriedad del "PASE LIBRE COVID" como requisito ineludible, y bajo pena de

sanción ante su incumplimiento, para asistir a aquellas actividades realizadas en el territorio nacional y provincial que representan mayor riesgo epidemiológico, además de cumplir con los protocolos, recomendaciones e instrucciones de las autoridades sanitarias.

Lo que implica lisa y llanamente una reglamentación (restricción) en el ejercicio de derechos constitucionales, materia ésta, que desde luego no les es propia.

Dicho pase, consiste en la acreditación, por parte de todas las personas mayores de TRECE (13) años, de al menos dos dosis de la vacuna contra la COVID-19, aplicadas por lo menos CATORCE (14) días antes, ya sea "mediante la App "VacunatePBA", la App "Mi Argentina" o el carnet de vacunación en formato cartón o tarjeta". Y se deberá contar con el "PASE" para la realización de las siguientes actividades, a partir del 21 de diciembre de 2021:

"I- Actividades culturales, deportivas, religiosas y recreativas en espacios cerrados: centros culturales gimnasios, cines, eventos deportivos que signifiquen aglomeración de personas; salones de fiestas y boliches, fiestas, casamientos, actos y reuniones con gran participación de personas; bares y restaurantes.

II- Realización de trámites presenciales ante organismos públicos provinciales y/o municipales.

III- Trámites presenciales ante entidades privadas, cuando impliquen aglomeramiento de personas.

IV- Trabajadores que realicen atención al público, ya sea de entidades públicas o privadas. Dicha enumeración es meramente enunciativa y se puede ampliar en función de la evolución de la situación epidemiológica, el avance de la vacunación y a decisión de las autoridades sanitarias, por lo que oportunamente podrán ampliarse las actividades para las cuales sea necesario contar con el "PASE LIBRE COVID."

Las disposiciones administrativas transcriptas conculcan abiertamente, como se desarrollará más adelante en detalle, los derechos consagrados en los artículos 14, 19, 28, 29, 31, 33 y 75 incisos 11 y 22 de la Constitución Nacional; los artículos 26, 55, 58 y 59 y siguientes del Código Civil y Comercial de la Nación; Leyes N° 27.491; N° 27.573 y N° 26.529, entre otras.

VI.-LA PROCEDENCIA DEL AMPARO.

Conforme lo determinado por el artículo 43 de la Constitución Nacional y la Ley 16.986, la procedencia de la acción de amparo se encuentra supeditada a la existencia de determinados requisitos, los cuales se encuentran configurados en el caso de autos, a saber:

Acto u omisión de autoridad pública.

Existe en efecto una acción por parte del Estado Nacional, así como del Estado de la Provincia de Buenos Aires, toda vez, que establecieron a través de una DECISIÓN ADMINISTRATIVA y de una RESOLUCIÓN, respectivamente: **un régimen de restricción limitando el derecho de ingresar a determinados lugares, a quienes no cuenten con el denominado PASE SANITARIO, afectándose de este modo, el derecho a circular libremente, derecho éste, de raíz constitucional; resultando afectado también, el derecho a la disposición sobre el propio cuerpo, obligando en forma indirecta a recibir la vacuna, puesto que para contar con el mentado PASE SANITARIO, se requiere contar por lo menos con dos dosis de la vacuna, no existiendo ninguna norma en sentido formal y material que nos obligue a ello; estableciéndose su obligatoriedad en forma velada por normas en sentido material y de rango inferior.**

En la primera parte de nuestra Ley Fundamental, tenemos las declaraciones, derechos, las libertades, los principios y las garantías, considerándose a estas últimas, como la herramienta o el móvil para proteger todos los anteriores citados; las garantías, los derechos podrían no ser cumplidos porque no tendrían una herramienta para su protección ante los tribunales de justicia. – conf. CARNOTA-MARANIELLO, Derecho constitucional, La Ley, 2008, pág. 239.

Entre esas garantías, se encuentra la garantía de las garantías, que es el amparo, el cual protege un sinnúmero de derechos del individuo (excepto la libertad física, pues ella está protegida por el hábeas corpus).

Bidart Campos ha señalado con el acierto con el que nos tiene acostumbrados que el amparo:

> **"la pretensión formal que se interpone contra el Estado (o cualquier particular) para que por sus órganos jurisdiccionales se depare tutela a una pretensión material, mediante vía sumaria y expeditiva..." - BIDART CAMPOS, Germán, Derecho de amparo, Ediar, Buenos Aires, 1961, pág. 34**

Podemos considerar que dicha acción es un instrumento o medio, en virtud del cual, se pone en ejercicio la garantía de protección judicial de los derechos básicos previstos implícita o explícitamente en las constituciones liberales.

Pero si consideramos el amparo como un derecho constitucional en sí mismo, presenta entonces una doble característica, es un derecho fundamental constitucional y a su vez una acción al servicio de otros derechos y garantías fundamentales. – conf. EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, Manual de derecho constitucional, Depalma 1991, pág. 65.

Cuando se lo reconoce como un derecho constitucional, goza de las mismas garantías y calificaciones que los demás derechos. Y como tal, si se lo reconoce como un derecho en sí mismo, tiene autonomía sin necesidad de vincularlo a otros derechos y garantías. A la vez, goza como derecho, de idénticas calidades y condiciones que el "acceso a la jurisdicción".

El alcance de la acción de amparo y su carácter de vía procesal excepcional no ha sido alterado, por la inclusión en la reforma constitucional de 1994 del artículo 43:

> **"toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo" mantiene el criterio de excluir la acción cuando por las circunstancias del caso concreto se requiere mayor debate y prueba y por tanto no se da el requisito de "arbitrariedad o ilegalidad manifiesta" en la afectación de los derechos y garantías constitucionales, requisitos cuya demostración es imprescindible para la procedencia de aquélla. CSJN, Fallos: 275: 320; 296:527; 302:1440; 305:1878; 306:788; 319:2955 y 323:1825, entre muchos otros.**

De modo que el artículo 43 de la Constitución Nacional en tanto dispone que "toda persona podrá interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro remedio judicial más idóneo", establece una diferencia sustantiva con lo dispuesto por la Ley 16.986 (artículo 2, inciso a). En ésta, el amparo no era admisible ante la existencia de recursos o remedios judiciales o administrativos que permitieran la tutela de los derechos lesionados. Tal disposición, y las consecuentes interpretaciones judiciales y doctrinarias, permitieron caracterizar al amparo como un remedio excepcional, residual y heroico. En suma, como una acción subsidiaria ante la inexistencia de otros remedios judiciales o administrativos.

En punto al alcance que posee la disposición constitucional, la doctrina se ha dividido en dos posturas diferenciadas, varios autores sostienen el mantenimiento de la excepcionalidad del amparo y otros, también con tonos distintos, se inclinan por el carácter principal y supletorio de la acción.

Si partimos del texto constitucional, está fuera de toda duda que no se requiere agotar la instancia administrativa para iniciar esta acción; puesto que si el artículo 43 implicara la admisibilidad del amparo ante la ausencia de remedio judicial o administrativo, no se explica por qué causa la norma se refirió, únicamente, a la inexistencia del primero. Por otra parte, la posición que resultó triunfadora en la Convención Constituyente caracterizó al amparo como una vía excepcional, residual y heroica, en concordancia con la doctrina sentada por la Corte

Suprema de Justicia de la Nación y la jurisprudencia de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal - C. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala I, 07/05/92, “Molinos Río de la Plata S.A. c/ P.E.N. y otros s/ Amparo”. A igual solución se ha arribado en Sala I, 23/08/10, "Andreotti Andrés c/ EN -Mº Defensa- EMGE s/amparo Ley 16.986", Causa 10.011/2010; Sala II, 26/04/11, "Ferre- yra Angel Antonio y otros c/EN-Hospital Garrahan-DTO 1244/98 s/Amparo Ley 16.986", Causa 11.197/2008; Sala III, 21/06/11, "Molinos Río de la Plata SA c/ EN - M Economía - AFIP RSL 119/10 (GC) - DNI MEMO 799/10 – Chile s/ Amparo Ley 16.986", Causa 11.158/2011; Sala IV, 05/04/11, "Pontoriero Alejandro Fabián c/ EN - Mº Justicia- PSA Dto 5592/68 883/10 s/ amparo Ley 16.986", Causa 29.332/10; y Sala V, 07/04/11, "Automóviles Saavedra S.A. c/EN - Ley 26376- PJN - CSJN Ac10/08 s/amparo Ley 16.986", Causa 5.930/09.

La caracterización del amparo que efectuaron los convencionales de año 1994, partió del supuesto de la eficiencia de todo el orden jurídico en la protección de los derechos (con lo que parecía atenuarse la excepcionalidad de la garantía en aquellos casos en los que la eficiencia del orden jurídico no se diera) y, además, del principio en virtud del cual no se puede sustituir por vía judicial el sistema republicano y democrático de gobierno.

Desde luego, este último punto de partida en el que la mayoría fundó su despacho no está en discusión. En cuanto al primero –y sin desconocer que para la mayoría el amparo sigue siendo una vía excepcional– puede sostenerse, razonablemente y sin querer alterar la voluntad constituyente, que en la medida en que el orden jurídico no provea el remedio eficiente y pronto para proveer la tutela judicial efectiva, la vía del amparo resulta admisible.

En suma, a partir de la norma constitucional iluminada por los antecedentes registrados en los debates, puede concluirse que:

a) la admisibilidad del amparo no exige el agotamiento de las vías administrativas;

b) la existencia de medios judiciales más idóneos descarta, en principio, la acción de amparo;

c) esta última regla cedería cuando la existencia y empleo de dichos remedios judiciales impliquen demoras o ineficacias que neutralicen la garantía.

Conf. Gelli, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada, segunda edición ampliada y actualizada, 2a ed., La Ley, Buenos Aires, 2003, pág. 387 y ss.

Se trata siempre del otorgamiento de una herramienta para promover la actuación jurisdiccional en el control de constitucionalidad (sea para proteger las garantías constitucionales o el orden jerárquico normativo del artículo 31 en su interpretación auténtica tras la reforma de 1994).

El amparo es un proceso urgente que brinda respuesta procesal frente a un acto, hecho u omisión de la autoridad estatal que lesiona o amenaza lesionar con inminencia un derecho. De este requisito, se desprende que el amparo, procede sólo en el caso de haberse sucedido la lesión constitucional al derecho, con el objeto de restituirlo in natura o en el supuesto de tratarse de una amenaza de daño inminente.

VII.- FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN DE AMPARO

Se funda esta petición en el art. 43 de la CN, la cual establece:

> **"Toda persona "puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial "más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma "actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, "derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez "podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva."**

Así es claro que hay conceptos comunes para la procedencia de un amparo que nos permitiremos especificar del siguiente modo:

1º) **El amparo es viable contra todo "acto u omisión",** al término acto se le ha concedido una interpretación amplia ya que aparece por ejemplo en la C.N. precedido por la expresión "todo", alude tanto a hechos, actos, decretos, acciones, decisiones, etc.

Por el presente amparo se requiere se declare la inconstitucionalidad de la Decisión Administrativa Nro. 1198/2021 y la Resolución Nro. 460/2021 de la Provincia de Buenos Aires, los cuales, como ha sido visto *supra*, constituyen un acto.

2º) **Que en forma actual o inminente lesione,** restrinja, altere o amenace dice la C.N., la lesión importa un concepto amplio que comprende a los más específicos de restringir o alterar.

Así, la restricción que se impone a quienes no cuenten con el PASE SANITARIO, importa una limitación y la alteración una modificación del derecho a circular libremente y del derecho a elegir la no vacunación.

La amenaza supone un peligro en ciernes y –por ende- no se requiere su concreción para solicitar la tutela. La amenaza admite –dentro del amparo- la violación de un derecho constitucional en el futuro inminente, extremos éstos, que como se advierte, claramente se cumplen.

La amenaza se acepta cuando sea cierta, inminente y de una calidad tal que el reclamo de tutela judicial sea manifiesto. Es el caso de autos: la amenaza de no poder ingresar a los lugares especificados en los cuerpos normativos bajo análisis, son contar con el PASE SANITARIO, el cual únicamente, puede ser tramitado por quienes han recibido la vacuna contra el COVID 19, incorporando por vía reglamentaria la obligatoriedad de la vacunación, resultando amenazada la libertad de ejercer el derecho de vacunarse o no y el derecho a la libre circulación. La amenaza, pues recae sobre el pleno ejercicio de derechos con poseen tutela constitucional.

3º) **Con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta.** El obrar administrativo no puede contrariar disposiciones de rango constitucional o legal.

Para que el amparo proceda el acto cuestionado debe ser "manifiestamente ilegal o arbitrario" (art. 43 C.N;), es decir que basta una de estas dos razones. La "legalidad" es legalidad material, en sentido amplio: es decir que puede discutirse por vía de amparo tanto un hecho contrario a la ley, un decreto, una ordenanza, etc. (conforme: "Acción de amparo", Néstor Pedro Sagües; Ed. Astrea; pág. 119-120). Un acto es ilegal cuando no concuerda con la norma jurídica que prescribe lo que es debido (art. 31 C.N.).

Por acto "arbitrario" debe entenderse a aquel acto que arremetiera contra la normativa vigente y actuara fundado en su propio criterio (Fiorini, Acción de Amparo; L.L. 124-1363 y 1364). Se ha dicho que: *"un acto es arbitrario cuando existe una renuncia concreta a la verdad jurídica y que un acto es inválido cuando es deficientemente constituido."*

Las resoluciones de mención, en este contexto, aparecen como arbitrarias, por cuanto, como lo hemos expuesto, establecen la obligatoriedad de contar con un PERMISO O PASE SANITARIO para poder ingresar a los sitios especificados en las disposiciones cuestionadas, traspasando el órgano administrativo, más no legislativo, el límite impuesto por las leyes (en sentido formal y material), las que no han impuesto la obligatoriedad de la vacunación, vgr. Ley N° 27.491, siendo ambas decisiones administrativas, normas de rango inferior, por lo cual, deben atenerse siempre a lo prescripto por las normas en sentido formal y material de jerarquía superior; extremo éste, que no ha acontecido en ninguno de los dos casos.

4º) No existencia de otro medio judicial más idóneo. Se impone la procedencia de esta acción de amparo conforme al artículo 43 de la C.N. en virtud de la inexistencia de otro medio judicial más idóneo.

Los Dres. Salgado y Verdaguer en su libro "Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad", Edit. Astrea, pág. 133, (año 2.000) expresan que les parece altamente positivo que la Constitución Nacional haya excluido el agotamiento de la instancia administrativa como requisito para acceder a la vía del amparo. Expresan: "A nuestro entender la ausencia de toda referencia a las vías previas o "administrativas, marca la independencia definitiva del amparo de ese procedimiento. Para acceder "a amparo basta con demostrar la ilegalidad o arbitrariedad manifiesta del acto u omisión, que "amenaza o viola el derecho de raigambre constitucional del peticionante". Plenamente aplicable: "La doctrina admite el amparo ante la amenaza de una lesión que sea precisa, concreta e inminente, grave, cierta, actual e inminente o cuando el acto arbitrario se ha dictado y aún no se ejecuta, pero su proyección es tan patente cual si fuera una expresión de intimidación." (Cám.Civ. y Com. Sala IV Rosario, 29.7.94; in re "Burbujas SRL c. Munic.de Rosario S/ Rec. Amparo"; T.66 J-213).

No existe para plantear la defensa de los derechos atacados una vía más apta y rápida que la presente ACCIÓN DE AMPARO, la palmaria lesión de las GARANTÍAS CONSTITUCIONALES por parte de los órganos administradores, exigen una respuesta rápida y eficaz de los órganos de control.

5º) Derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. Repárese en que el concepto es lato, es decir, se puede tratar de la vulneración de los derechos y garantías no sólo constitucionales, de los tratados internacionales o incluso de una ley.

Brevitatis causae remitimos a la lectura del **PUNTO IX** del presente.

6º) Al admitirse en el art. 43 Constitución Nacional "la declaración de inconstitucionalidad de la norma en que se funda el acto lesivo", nada obsta a que el Juez que conoce el amparo, verifique el acto cuestionado como también el esquema normativo que lo sustenta, y declare la inconstitucionalidad de la norma cuando ésta resulte manifiesta. (Ver: Salgado, Verdaguer; obr. Cit.; pág. 98).

VIII. - SE SOLICITA: DISPONGA V.S. LA SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DE LA DECISIÓN ADMINISTRATIVA N° 1198/2021 JGM DEL P.E.N. Y DE LA RESOLUCIÓN N° 460/2021 JGM-MS – PROVINCIA DE BUENOS AIRES. SE SOLICITA MEDIDA DE NO INNOVAR.

En virtud de la arbitrariedad e ilegitimidad de las disposiciones administrativas impugnadas por esta única vía posible de amparo, se impone el dictado de una medida suspensiva de los efectos de aquéllas, a fin de que no se altere y/o desvirtúe el *"status quo"* legal y constitucional de los peticionantes, existente al momento de promoverse esta acción.

Como bien sabemos, deben concurrir para que proceda el dictado de una medida cautelar, la *verosimilitud del derecho* alegado por quienes las peticiona, así como también la acreditación del *peligro en la demora*, esto es, de que el tiempo que insuma la sustanciación del proceso torne ilusorio el derecho eventualmente reconocido en la sentencia (art. 195 y concordantes del C.P.C.C.N.)

En este contexto el artículo 230 del C.P.C.C.N. establece:

> **"Podrá decretarse la prohibición de innovar en toda clase de juicio, siempre que: 1) el derecho fuere verosímil; 2) existiere el peligro de que si se mantuviere o alterare, en su caso, la situación de hecho o de derecho, la modificación pudiere influir en la sentencia o convirtiere su ejecución en ineficaz o imposible; 3) la cautela no pudiere obtenerse por medio de otra medida precautoria".**

Piero CALAMANDREI, en Providencias cautelares, El Foro, Buenos Aires, pág. 45; ha dicho que las medidas cautelares tienen "la finalidad inmediata de asegurar la eficacia de la providencia definitiva que servirá a su vez para actuar el derecho". En igual sentido Palacio (PALACIO, Lino E., Derecho Procesal Civil, T. VIII, Abeledo Perrot, 1992, Abeledo Perrot Nº 2511/000250) destaca este autor que la finalidad de los procesos cautelares *"se reduce a asegurar la eficacia práctica de la sentencia o resolución que debe recaer en otro proceso"*, en igual sentido FALCÓN, Enrique M., Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial, T. IV: Sistemas cautelares (Medidas cautelares. Tutela anticipada), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006, pág. 86 y KIELMANOVICH, Jorge L., Medidas Cautelares, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, pág. 43.

La medida precautoria requerida habrá de materializarse como la suspensión de los efectos del acto impugnado prevista en el art. 15 de la Ley N° 16.986.

El cumplimiento de los recaudos legales.

1) **Verosimilitud del derecho**: el *"fumus bonus iuris"* surge inequívocamente a partir del dictado de las medidas en crisis, puesto que las mismas establecen la obligación de vacunarse – de otro modo no se puede contar con el PASE SANITARIO, lo que colisiona abiertamente con las prescripciones de la Ley 27.573, se refuerza dicho argumento, por si resultara necesario, con la lectura de Resolución 2883/2020 emitida por el Ministerio de Salud de la Nación, de fecha 30/12/2020, la cual que en su art. 6°, establece: "La vacunación, en el marco del Plan Estratégico para la Vacunación contra la COVID-19 será voluntaria, gratuita, equitativa e igualitaria y deberá garantizarse a toda la población objetivo, independientemente de haber padecido la enfermedad."

N se puede en vista de ello, y en honor al principio de legalidad de fuente constitucional (artículos 19, 28 y concordantes de la CN) exigir con carácter obligatorio portar y/o exhibir el denominado PASE SANITARIO para asistir a los eventos mencionados en la normativa bajo análisis.

"Los principios, garantías y derechos reconocidos" por la CN, "no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio"- conf. artículo 28 CN, el sentido del término leyes utilizado por el texto constitucional, es de leyes en sentido formal y material, lo cual no acontece con la normativa puesta en crisis, puesto que se tratan de disposiciones emitidas por órganos administrativos. A su vez, se encuentran seriamente amenazados los derechos y garantías previstos en la CN en los artículos 14, 14 bis, 16, 19, 28 y 31, como asimismo el artículo 75 inc. 22, el cual remite a los Tratados Internacionales que receptan de igual modo los derechos involucrados.

La jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal de Justicia ha sentado una importante pauta interpretativa para el análisis de este requisito al señalar que:

> **"... las medidas cautelares no exigen de los Magistrados el examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo su verosimilitud apreciada "prima facie", es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad de la medida cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad" (Conf. C.S.J.N. in re "Evaristo Ignacio Albornoz v. Nación Argentina – Ministerio de Trabajo y Seguridad Social s / Medida de no innovar", del 20/12/84, Fallos 306:2060).**

Acerca de este requisito la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha establecido que "el examen de la concurrencia del recaudo aludido pide una apreciación atenta de la realidad comprometida con el objeto de establecer cabalmente sí las secuelas que lleguen a producir los hechos que se pretenden evitar pueden restar eficacia al reconocimiento del derecho en juego, operado por una posterior sentencia, ya inoperante" (Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Julio 11-996, "Milano Daniel R. C/ Ministerio de Trabajo y Seguridad Social", entre muchos otros). En este sentido la doctrina jurisprudencial es conteste

en sostener en estricta concordancia con lo solicitado en estas actuaciones judiciales, que: “se ha abierto camino a una tendencia amplia y flexible, que ha terminado por prevalecer en justicia, tanto o más que el interés privado del solicitante, interesa el orden público y es que la justicia no fracase por la posible lentitud de su actuación, motivo por el cual se viene resolviendo que es preferible un exceso en acordarlas que la parquedad en desestimarlas, ya que con ello se satisface el ideal de brindar seguridades para la hipótesis de triunfo que surgen presumibles en el caso concreto” (Morello, Fassi Lanza, Sosa, Berizonce, Códigos Procesales, Ed. 1971, V.III).

Resulta, en mérito a lo consignado con antelación, patente la acreditación del humo de buen derecho.

2) Peligro en la demora de asegurar las prerrogativas de los amparistas constitucionalmente protegidas. El *periculum in mora* en la medida cautelar es el interés jurídico que la justifica para disipar un daño inminente.

Los amparistas, estamos obligados, en las circunstancias descritas s*upra* y a partir de la entrada en vigencia de los reglamentos que se impugnan a portar y/o exhibir el PASE SANITARIO, obligándosenos a hacer lo que la ley (en sentido formal y material), vulnerándose el PRINCIPIO DE LEGALIDAD, conf. artículo 19 *“in fine”*, y concordantes de la CN, lo que nos obliga a vacunarnos, de no hacerlo, se nos priva sin más del derecho a trabajar, de circular libremente, de tomar decisiones sobre nuestro propio cuerpo, etc., situaciones éstas, que no pueden ser toleradas por el ordenamiento constitucional ni infra constitucional.

La dilación en la resolución de fondo, sin contar con la protección precautoria mientras el proceso transcurra, iría en desmedro de los valores que animan al orden normativo en su totalidad, resultando por demás imperioso contar con la protección invocada para evitar que los amparistas vivan situaciones de injusticia, hasta que recaiga sentencia que resuelva la controversia planteada.

3) La caución juratoria, art. 199, inc. 3 del Código ritual, deberá ser considerada por los elementos arrimados.

Para el caso de que V.S. hiciera lugar a la presente medida, solicitamos se disponga que se acredite en forma ágil LA EXIMICIÓN DE PORTAR EL DENOMINADO PASE SANITARIO, a través de la misma aplicación con la que se debe acreditar el PASE SANITARIO, en ambas jurisdicciones.

X. - EXAMEN DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS DECISIÓN ADMINISTRATIVA N° 1198/2021 JGM DEL P.E.N. Y DE LA RESOLUCIÓN N° 460/2021 JGM-MS – PROVINCIA DE BUENOS AIRES.

1. La división de funciones en la teoría política.

La búsqueda de límites al poder impuso, desde siempre, la necesidad de diseños institucionales hábiles para contenerlo y fue uno de los más intensos y permanentes móviles del pensamiento político. Una de las respuestas más exitosas construidas por la teoría política fue el dispositivo de la división de poderes, "a tal grado que las primeras constituciones escritas, la norteamericana de 1776 y la francesa de 1791, se consideran una aplicación de ella…" Conf. Bobbio, N. (2014). La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político. México: Fondo de Cultura Económica, pág. 135.

Es en el "gobierno moderado" el lugar donde se aloja la libertad política, son las divisiones horizontales y verticales que lo caracterizan, las que garantizan que no se abuse del poder, que se eviten las arbitrariedades estatales y que se ejerzan las libertades públicas. De ahí la máxima del poder como freno del poder. La libertad política sólo se encuentra en los gobiernos moderados. Pero no siempre. Sólo se la encuentra cuando no se abusa del poder, pero es una experiencia de todos los tiempos; todo hombre que tiene poder se ve impulsado a abusar de él, y llega hasta donde encuentra límites… Para que no se pueda abusar del poder, es necesario que por la disposición de las cosas, el poder detenga al poder.

En la base de la teoría que estamos exponiendo, subyace la idea del abuso del poder como natural tendencia del soberano. El poder unido genera gobiernos despóticos; si se divide, gobiernos moderados, aptos para el ejercicio de la libertad: cuando, en la misma persona o en el mismo cuerpo de magistratura, el Poder Legislativo se reúne con el Poder Ejecutivo, no hay libertad, tampoco hay libertad si el poder de juzgar no está separado del poder de legislar y del de ejecutar, todo estaría perdido si el mismo hombre, o el mismo cuerpo de principales, o de nobles, o del pueblo, ejerciera los tres poderes: el de dictar las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los crímenes o diferendos de los particulares.

Claramente, la condición de posibilidad de la libertad es la división de las funciones estatales de legislar, ejecutar y juzgar. Su concentración es la base de los gobiernos despóticos, independientemente de si son reunidas por el mismo hombre, o el mismo cuerpo de principales, o de nobles, o del pueblo.

No se trata, entonces, de la sede del poder, sino de su concentración o separación. En la inteligencia de la teoría, serán despóticas aún las democracias, si el poder estatal no se encuentra dividido y radicado en distintas agencias públicas. Es así como, precisando más el lenguaje, la teoría comenzó a hablar de división de funciones y no ya de poderes, atento a que el poder del Estado es único; las funciones son múltiples. Las atribuciones de las funciones a los órganos no constituyen división de poderes sino distribución de funciones. En lugar de una separación de los poderes, podría hablarse más bien de una separación de las funciones.

Estas funciones son imputadas a la persona jurídica Estado y, bajo los moldes de la teoría así remozada, son las de legislar, juzgar y administrar, correspondiendo la primera al Poder Legislativo, la segunda al Poder Judicial y la última al Poder Ejecutivo.

La teoría de la división de poderes fue alojada por nuestra Constitución, importando del modelo norteamericano su variante de los "frenos y contra- pesos."

La traducción del pensamiento alberdiano en un ejecutivo "fuerte" no implicó renunciar a la división de poderes en el diseño constitucional. Más bien mostró la necesidad de consagrar prohibiciones expresas al Poder Ejecutivo, tanto en su relación con el Poder Legislativo como con el Poder Judicial. Las amplias atribuciones presidenciales fueron contrarrestadas por cláusulas prohibitivas que, si bien atentas a una noble preocupación, no hacían sino destacar lo que venía anticipándose: la radicación en el Ejecutivo del centro del poder estatal. La marca a fuego de la teoría de la división de poderes en la Constitución Nacional, se plasma en las cláusulas que prohíben: al Poder Legislativo conceder al Poder Ejecutivo la suma del poder público:

Artículo 29 de la Constitución Nacional:

> **"El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria".**

Artículo 76, primera parte, de la Constitución Nacional:

"Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo…"

Artículo 99, inc. 3°, segundo párrafo, de la Constitución Nacional:

"El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo."

Artículo 109 de la Constitución Nacional:

"En ningún caso el Presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas."

Preocupada ante los previsibles desbordes que un Poder Ejecutivo dotado de abundantes competencias podía generar, nuestra Constitución fijó claramente límites negativos a su actividad, mediante prohibiciones expresas de ejercicio de funciones legislativas y judiciales.

Si el Presidente no legisla ni juzga es porque le corresponde administrar. La función ejecutiva es aquella identificada con la Administración Pública y que surge de su rol de jefe supremo de la Nación, jefe del gobierno, responsable político de la administración general del país y comandante en jefe de todas las Fuerzas Armadas de la Nación (conf. art. 99, incs. 1° y 12º, CN).

Esta posición de jefatura, lo obliga a actuar las declaraciones de los otros poderes: "Administrar sería acción (frente a declaración, como propia de las funciones legislativa y judicial), o acción singular y concreta, o acción organizada, o acción de conformación social, o gestión de los servicios públicos…".

Artículo 99, inc. 2°, de la Constitución Nacional:

"El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones… Expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias."

Es así que una interpretación constitucional tributaria de la división de poderes no puede reconocer "competencias normativas" en el Poder Ejecutivo, ni que su actuación configure –en algunos aspectos– ejercicio de "función materialmente legislativa." El reglamento solo vale ante ley previa y en sus marcos, esta es la única competencia reglamentaria habilitada

constitucionalmente como propia del Poder Ejecutivo. Las leyes son aquellas que se dictan siguiendo el procedimiento constitucional.

2. El principio de legalidad.

Dicho principio es una de las conquistas fundamentales del constitucionalismo contemporáneo, pues exige que medie una norma para que el Estado pueda expresar válidamente su voluntad, en especial, aunque no exclusivamente, a través del Poder Administrador.

De este modo, el aludido principio resulta una emanación evidente del concepto de "Estado de Derecho", acuñado por juristas alemanes de la primera mitad del siglo XIX, especialmente por Robert VON MOHL en Die Polizei-Wissenschaft de 1832 (v. LINARES QUINTANA, Segundo V., Derecho constitucional e Instituciones Políticas, Plus ultra, Buenos Aires, 2ª. edición, 1976, pág. 82).

En base a esa noción se ha concebido un tipo de organización estatal que se desenvuelve de acuerdo con la ley y que, en las relaciones con los particulares, se somete a un conjunto de reglas que a la par de reconocer los derechos de éstos, limita su accionar en orden a la consecución de sus fines.

En esa línea, Adolf MERKL ha distinguido al Estado-Policía que se presenta como aquel cuya Administración se halla legalmente incondicionada, del Estado de Derecho que ofrece una Administración condicionada legalmente (v. Teoría General del Derecho Administrativo, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935, pág. 92).

En estos términos, el Derecho Administrativo se desarrolla desde la idea de que la Administración se halla sometida ("condicionada jurídicamente") a la ley, entendida esta última en sentido lato, comprensivo de la Constitución, de los Tratados, de las leyes e incluso de los actos de alcance general emanados del propio Poder Administrador.

Al respecto se ha dicho, incluso, que el principio de legalidad se erige como un postulado derivado del principio de separación de poderes y división de funciones, que formulara MONTESQUIEU (v. GARRIDO FALLA, Fernando, Tratado de Derecho Administrativo, Tecnos, Madrid, 12ª. edición, Volumen I, pág. 63; CASSAGNE, Juan C., El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa, Marcial Pons, Buenos Aires-Madrid-Barcelona, 2009, pág. 48).

En ese orden de ideas, el principio de legalidad del obrar estatal puede extraerse razonadamente de varias disposiciones de la Constitución Nacional, como los artículos 14, 16, 17, 18 y 19.

En esa línea se ha dicho que:

> **“El principio de legalidad responde al concepto de despersonalización del poder o impersonalidad del poder y al de legitimidad racional. No se trata de que el poder no sea ejercido por [personas humanas] -lo cual es inevitable- sino de que [quienes] ejercen el poder lo hagan ajustándose al orden jurídico establecido en las normas legales. O sea que el mando no se basa en la voluntad arbitraria o caprichosa de los (…) que gobiernan, sino en lo que la ley predetermina como debido o prohibido (…) a) la razón del principio de legalidad estriba en que la obediencia que los individuos prestan a los gobernantes se funda racionalmente en la creencia de que ellos mandan en nombre de la ley y conforme a sus normas, b) la finalidad del principio de legalidad es afianzar la seguridad individual de los gobernados. La ley predetermina las conductas debidas o prohibidas, de forma que [todos] pueden conocer de antemano lo que tienen que hacer u omitir, y quedar exentos de decisiones sorpresivas que dependen solamente de la voluntad ocasional de quien manda” (v. BIDART CAMPOS, Germán J., Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Ediar, Buenos Aires, 1992, Tomo I, pág. 225).**

Y también que “el principio de legalidad consagrado en el artículo 19 tiene sus aplicaciones específicas en el art. 18 –proceso penal- y en materia de impuestos y contribuciones artículos 4, 16, y 17 de la Norma Fundamental” (v. CAYUSO, Susana G., Constitución de la Nación Argentina. Claves para el estudio inicial de la norma fundamental. Comentada, La Ley, Buenos Aires, 1° edición, 2007, pág. 128).

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que:

> **“el sometimiento del Estado moderno al principio de legalidad, lo condiciona a actuar dentro del marco normativo previamente formulado por ese mismo poder público que, de tal modo, se autolimita. El ejercicio de tal poder, por ende, no puede desvincularse del orden jurídico en que el propio Estado se encuentra inmerso…” (Fallos, 315: 2771).**

Así, el principio de legalidad permite configurar el sistema jurídico de un modo tal que posibilita que no sólo la actividad administrativa, sino también la legislativa y judicial sean llevadas a cabo conforme al derecho vigente, limitando formalmente el accionar del Estado (v. ZARINI, Helio J., Derecho Constitucional, Astrea, Buenos Aires, 2ª. edición, 1999, pág. 431; GELLI, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada, 4ª. edición ampliada y actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2011, Tomo I, pág. 331).

En lo que respecta a la Administración, las manifestaciones de su accionar (fundamentalmente a través de reglamentos y actos administrativos de alcance particular) deben hallar fundamento y confines en la ley. De modo tal que, el principio de legalidad, por un lado, habilita a la Administración a actuar en determinadas esferas según la competencia asignada y, por el otro, le impone límites a ese accionar; los que, de ser traspasados, darán lugar a la invalidación de lo actuado.

Dicho, en otros términos, la ley habilita para obrar al Poder Ejecutivo y a los órganos y entes administrativos que lo secundan en el ejercicio de la función administrativa. Pero estas habilitaciones por sí solas no bastan; la Administración debe, además, respetar el resto del ordenamiento jurídico, es decir, no sólo la ley habilitante de su competencia, sino todas aquellas leyes que integran el ordenamiento jurídico, a partir de una vinculación positiva con este último.

Con acierto se ha precisado:

> **"La función ordenadora y conformadora propia del Derecho exige que toda la actuación administrativa esté sometida al ordenamiento jurídico. El Derecho regula las relaciones de la Administración con su entorno y, hacia adentro, con su propia organización. Legítima, disciplina y hace eficaz la actuación administrativa" (v. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003, pág. 55).**

Bien sabemos, que no existen derechos absolutos y que los mismos deben ser regulados para permitir la armonización y su coexistencia; pero también sabemos, que hay una determinación del límite, esto es, entre la dimensión permitida y la prohibida, para definir cuándo hay limitación o restricción aceptable, y cuándo hay una desnaturalización, prohibición, alteración o inaceptable.

La CSJN ha manejado a lo largo del tiempo dos componentes básicos del test de constitucionalidad de una reglamentación. El primero es básicamente formal u orgánico, y alude al principio de legalidad, según el cual la reglamentación del derecho se debe instrumentar por ley ("Portillo", Fallos, 312:496), es decir, por el legislador ("Coronel García", Fallos, 312:1082), o por norma basada en ley (decreto reglamentario de ley; ordenanza municipal habilitada por una constitución o ley provincial).

Las bases normativas argentinas del principio de legalidad están, se encuentran en los arts. 14 y 28 de la CN que aluden a leyes reglamentarias de los derechos.

El artículo 19 de la CN en su parte final agrega que nadie "será obligado a hacer lo que no manda la ley."

En este sentido encontramos otros preceptos constitucionales que enfatizan dicha expresión; así por ejemplo: la expropiación debe ser calificada por ley (artículo 17), sólo por ley se pueden demandar servicios personales (artículo 17), y únicamente por ley se establecen impuestos y contribuciones (artículos 4 y 75, incisos 1 y 2); toda condena debe ser basada en ley previa a la comisión del delito (artículo 18), etcétera.

Dicho esto, si efectuamos un repaso sobre el plexo normativo que regula el tópico de la libertad que tiene todo ciudadano de optar libremente por la vacunación o no, tema nuclear éste, en el análisis contextual del denominado PASE SANITARIO que se pretende imponer por vía REGLAMENTARIA, junto con la VACUNACIÓN nos encontramos con lo que sigue:

1. Constitución Nacional, artículo 42: "Los consumidores de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz: a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno."

2. Constitución Nacional, artículo 75, inciso 11: "12. Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; y especialmente leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la Argentina; así como sobre bancarrotas, sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados."

3. Constitución Nacional artículo 75, inciso 22: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en la Convención Americana de Derechos Humanos, en la Convención sobre los Derechos del Niño y en el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales

4. Ley 17.132, en particular el art. 19, inciso 3°.

5. La Ley 27.573 "Vacunas destinadas a generar inmunidad adquirida contra el Covid-19", ésta, no establece la obligatoriedad de su aplicación.

6. La ley 27.491, existe la obligatoriedad de aplicarse únicamente las vacunas incluidas en el calendario nacional de vacunación. Si la del COVID-19 se encuentra incluida en dicho calendario, no resulta obligatorio aplicársela.

7. Ley N° 26.529 "De Derechos del Paciente, Historia Clínica y Consentimiento Informado", se estarían violentando los derechos de: a) asistencia; b) trato digno y respetuoso; c) intimidad; confidencialidad; información sanitaria e interconsulta médica.

8. Código Civil y Comercial de la Nación, artículos 26, 55, 58 y 59.

9. La Resolución 2883/2020 - Ministerio de Salud de la Nación, del 30/12/2020, artículo 6°: "La vacunación, en el marco del Plan Estratégico para la Vacunación contra la COVID-19 será voluntaria, gratuita, equitativa e igualitaria y deberá garantizarse a toda la población objetivo, independientemente de haber padecido la enfermedad."

10. La Decisión Administrativa Nro. 1198/2021 de la Jefatura de Gabinete de Ministros y la Resolución Conjunta Nro. 460/2021 del Ministerio de Jefatura de Gabinete de Ministros y Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires.

Hasta la reforma del año 1.994, no existía texto alguno de jerarquía constitucional, que consagrara explícitamente el derecho a la salud.

El nuevo artículo 42 de la CN dispone la protección de la salud, aunque en el contexto particular de la "relación de consumo."

Sentadas las bases constitucionales de acuerdo a lo establecido en la Constitución Nacional de 1853/60, corresponde afirmar que este derecho a la salud, tendrá también basamento constitucional, considerando la actual redacción del artículo 42, se expresa allí: que los consumidores y usuarios tienen derecho en sus relaciones de consumo a la protección de la salud, y establece la obligación para las autoridades públicas de hacer lo conducente para la protección de este derecho.

Así el derecho a la salud, importará la obligación del Estado de ejercer control de calidad de alimentos, productos medicinales, etc., con el objeto de que los mismos no perjudiquen la integridad física o psíquica de los ciudadanos transformados en consumidores.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos, en la Convención sobre los Derechos del Niño y en el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se refieren a este derecho a la salud.

Nos interesa hacer hincapié en el último instrumento internacional citado, que forma parte de nuestro derecho interno, conf. artículo 75, inciso 22 de la CN, el cual en su artículo 12 establece:

“1. Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto, a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) la reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, el sano desarrollo de los niños; b) el mejoramiento en todos los aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad."

El pacto internacional de mención, fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, el l9 de diciembre del año l996, que fuera aprobado por la República Argentina por la Ley 23.313” (sancionada el 17/04/1986, en el B.O. el 13/5/1986 juntamente con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo. A partir de la reforma constitucional del año 1994, el nuevo art. 75 inciso 22. CN, según le hemos apuntado *supra*, se le reconoce jerarquía constitucional.

Cabe destacar ,que el Pacto mencionado, no obliga a que el Estado se haga cargo de toda cobertura, basta para cumplir la obligación que toda persona pueda acceder a servicios de salud, teniendo en cuenta si fuera necesario, su capacidad contributiva, dada la equidad que caracteriza el paradigma de este derecho social.

En principio, el derecho a la salud presenta dos aspectos delimitables, el primero, integrado por algunas obligaciones tendientes a evitar que la salud sea dañada por la conducta de terceros —ya sea el Estado u otros particulares- (obligaciones negativas), o por otros factores controlables, tales como epidemias, prevenir enfermedades evitables, a través de campañas de vacunación- (obligaciones positivas).

El segundo aspecto está integrado por otras obligaciones tendientes a asegurar la asistencia médica una vez producida la afectación a la salud, denominadas habitualmente como “derecho a la atención o asistencia sanitaria", cuyo contenido implica, entre algunas prestaciones, la complejísima tarea de planificación y previsión de recursos presupuestarios necesarios para llevar a cabo la satisfacción de los requerimientos de salud correspondientes a toda la población.

En atención a la salud de los ciudadanos, el Estado, así como también todos los particulares, tienen una obligación negativa a su respecto, esto es, la de no interferir en la libertad de elección que aquél efectúe acerca del tratamiento que habrá de elegir o de su decisión sobre si se va a vacunar o no, derecho éste, que está relacionado con el derecho personalísimo de disponer sobre su propio cuerpo, siempre claro está, que no medie una norma en sentido formal y material que obligue a la vacunación, dentro de un determinado plan de vacunación, también establecido por ley.

Dentro de las libertades civiles, encontramos el derecho que tiene todo individuo a controlar su salud y su cuerpo y el derecho a no padecer injerencias (del Estado y de los particulares)

en su libre decisión de elegir un determinado tratamiento o la adopción de medidas preventivas que estime menester.

A título ilustrativo, podemos citar el art. 19, inciso 3° de la ley 17.132 del "Ejercicio de la medicina, odontología y actividades de colaboración de las mismas", el cual dispone en forma clara y categórica que los profesionales que ejerzan la medicina deberán –entre otras obligaciones:

> **"respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse, salvo los casos de inconsciencia. Alienación mental, lesionados graves por causa de accidentes, tentativa de suicidio o de delitos."**

Una recta hermenéutica de la norma en estudio nos permite comprender, que solo se excluye la voluntad del consentimiento del paciente, en casos extremos y taxativos, alejándose toda posibilidad de someter a una persona mayor y capaz a cualquier intervención en su propio cuerpo sin su consentimiento, rigiendo, respecto de los menores las previsiones del art. 26 del CCyCN.

> **ARTÍCULO 26.- Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona. Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.**
>
> **Al texto legal citado, le siguen los siguientes del mismo cuerpo legal:**
>
> **ARTÍCULO 58.- Investigaciones en seres humanos. La investigación médica en seres humanos mediante intervenciones, tales como tratamientos, métodos de prevención, pruebas diagnósticas o predictivas, cuya eficacia o seguridad no están comprobadas científicamente, sólo puede ser realizada si se cumple con los siguientes requisitos:**

a. describir claramente el proyecto y el método que se aplicará en un protocolo de investigación;

b. ser realizada por personas con la formación y calificaciones científicas y profesionales apropiadas;

c. contar con la aprobación previa de un comité acreditado de evaluación de ética en la investigación;

d. contar con la autorización previa del organismo público correspondiente;

e. estar fundamentada en una cuidadosa comparación de los riesgos y las cargas en relación con los beneficios previsibles que representan para las personas que participan en la investigación y para otras personas afectadas por el tema que se investiga;

f. contar con el consentimiento previo, libre, escrito, informado y específico de la persona que participa en la investigación, a quien se le debe explicar, en términos comprensibles, los objetivos y la metodología de la investigación, sus riesgos y posibles beneficios; dicho consentimiento es revocable;

g. no implicar para el participante riesgos y molestias desproporcionados en relación con los beneficios que se espera obtener de la investigación;

h. resguardar la intimidad de la persona que participa en la investigación y la confidencialidad de su información personal;

i. asegurar que la participación de los sujetos de la investigación no les resulte onerosa a éstos y que tengan acceso a la atención médica apropiada en caso de eventos adversos relacionados con la investigación, la que debe estar disponible cuando sea requerida;

j. asegurar a los participantes de la investigación la disponibilidad y accesibilidad a los tratamientos que la investigación haya demostrado beneficiosos.

ARTÍCULO 59.- Consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud. El consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud es la declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada, respecto a:

a. su estado de salud;

b. el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos;

c. los beneficios esperados del procedimiento;

d. los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles;

e. la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y per- juicios en relación con el procedimiento propuesto;

f. las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados;

g. en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, el derecho a rechazar procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial

o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación a las perspectivas de mejoría, o produzcan sufrimiento desmesurado, o tengan por único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable;

h. el derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento.

Ninguna persona con discapacidad puede ser sometida a investigaciones en salud sin su consentimiento libre e informado, para lo cual se le debe garantizar el acceso a los apoyos que necesite.

Nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento libre e informado, excepto disposición legal en contrario.

Si la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y no la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente, siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente.

Las disposiciones cuestionadas contrarían el contenido propio de este derecho personalísimo, establecido por una norma -en sentido formal y material- de rango superior CCyCN, hollándose sin más el PRINCIPIO DE LEGALIDAD contenido en el artículo 19 de la CN., extralimitándose en las facultades reglamentarias art. 28 CN., contraviniendo textos expresos de la Ley Fundamental, por lo que violentan el artículo 31 de ésta, restringiendo ilegítima y arbitrariamente el DERECHO A TRANSITAR LIBREMENTE, EL DERECHO A TRABAJAR, etc.

Se puede apreciar sin mayor esfuerzo, que no se citan, en los considerandos de las resoluciones que ponemos en crisis, ninguna de las normas que hemos especificado supra. La razón es simple, aquellas colisionan abiertamente contra éstas, la disposición y la resolución administrativas, introducen una notoria desarmonía, una evidente discordancia en la arquitectura constitucional y legal (en sentido formal y material) existente sobre la materia, desnaturalizando y extralimitando los alcances que tiene toda disposición reglamentaria, la que en todos los casos y sin excepción, debe ajustarse a la ley.

No resisten el análisis de razonabilidad normativa la Decisión Administrativa Nro. 1198/2021 de la Jefatura de Gabinete de Ministros y la Resolución Conjunta Nro. 460/2021 del Ministerio de Jefatura de Gabinete de Ministros y Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires, puesto que ninguna de las dos ha guarda coherencia con las normas constitucionales e infra constitucionales que hemos repasado en párrafos precedentes, pretendiendo obligar a quienes no estamos obligados, a realizar determinadas acciones (tramitar el denominado PASE SANITARIO para poder asistir a los lugares consignados en las disposiciones), representando ello sin más, una restricción arbitraria de derechos consagrados por normas de rango superior.

Se han alterado de este modo, por vía reglamentaria derechos constitucionales, siendo las disposiciones administrativas repugnantes a los artículos 14, 14 bis, 19, 28, 31, 76, inciso 22 de la Carta Fundamental y concordantes de la CN.

Ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que es misión del intérprete indagar el verdadero sentido y alcance de la ley, mediante un examen atento y profundo de sus términos que consulte la realidad del precepto y la voluntad del legislador, pues sea cual fuere la naturaleza de la norma, no hay método de interpretación mejor que el que tiene primordialmente en cuenta la finalidad de aquella (con. Doctrina de la CSJN en Fallos 308:1861; 321:2399; 151:5; 178:224; y 313:1293, entre otros).

Para que el análisis de razonabilidad de las normas merezca aprobación, se debe alcanzar, luego de su estudio, la siguiente conclusión, según lo enseña nuestro más Alto Tribunal:

> **"de suerte que su aplicación no resulte contradictoria con lo establecido en la Constitución nacional…" ("Carrizo", Fallos, 304:972; "Bco. Vicente López", Fallos, 308:418, e "ltzcovich", Fallos, 328:566).**

Ello no aconteció en el presente caso, motivo por el cual, ambos instrumentos normativos, merecen ser tachados de inconstitucionales. Y así lo pedimos.

Por último, solicitamos se nos exima de portar o exhibir el denominado PASE SANITARIO, para trasladarnos y/o ingresar a los lugares determinados en las decisiones administrativas de mención.

XI.- DERECHO.

Fundamos el derecho que nos asiste en los artículos 14, 19, 28, 29, 31, 33, 43, 76 y 75 incisos 11 y 22 de la Constitución Nacional; en los artículos 26, 55, 58 y 59 y siguientes del Código Civil y Comercial de la Nación; Leyes N° 27.573, 27.491, 26.529, 17.132, artículo 19, inciso 3°, Resolución 2.883/2020 del Ministerio de Salud de la Nación, artículos 1, 5, 6, 8, 11, 18, párrafo segundo de la Ley 16.986, artículos 195, 230 y concordantes del C.P.C.C.N., en doctrina y jurisprudencia aplicable al caso.

XII.- SE FORMULA RESERVA DEL CASO FEDERAL.

Se deja planteada, para el hipotético aunque improbable caso, de que las instancias ordinarias no acogieran a este pedido el remedio federal conforme las prescripciones del artículo 14 Ley 48; por cuanto, que estamos ante una decisiones administrativas que restringen derechos y garantías consagrados en la CN en los arts. 14, 18, 19, 28, 75 inciso 11 e inciso 22, la reserva del caso federal.

XIII. PRUEBA

Se ofrece la siguiente:

PRUEBA DOCUMENTAL:

1. Copia de DNI de Maria Victoria DAHL.
2. Copia de DNI de Maria Cecilia CAPALBO.

XIV. PETITORIO

a) Se nos tenga por presentados, en el carácter invocado, por derecho propio.

b) Se tenga por constituido el domicilio legal indicado.

c) Se da curso a la acción impetrada en los términos de la Ley 16.986 y del artículo 43 de la CN.

d) Oportunamente se dicte sentencia declarando inconstitucionalidad de las Decisión Administrativa Nro. 1198/2021 de la Jefatura de Gabinete de Ministros del P.E.N. y de la Resolución Conjunta Nro. 460/2021 del Ministerio de Jefatura de Gabinete de Ministros y Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires.

e) Se tenga presente la prueba documental ofrecida.

f) Se haga lugar a la medida cautelar peticionada.

g) Se ordene a los accionados a incorporar en las aplicaciones correspondientes la MEDIDA CAUTELAR, para que la misma pueda ser acreditada, por quienes cuentan con tal medida protectoria.

h) Se habilite la feria judicial.

i) Se tenga presente la reserva del caso federal planteada.

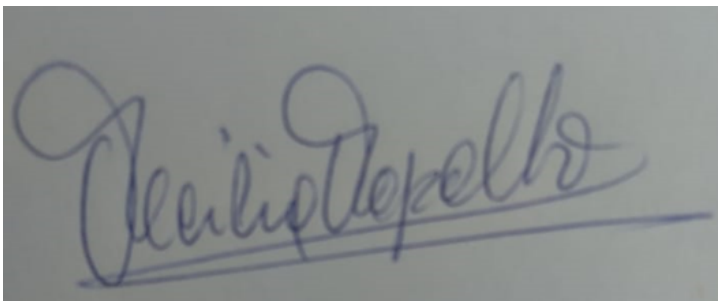
j) Todo ello, con expresa imposición de costas a la vencida.

PROVEER DE CONFORMIDAD

SERÁ JUSTICIA

DR: CHRISTIAN ALEJANDRO CORREA
DNI: 22.811.662

MARIA VICTORIA DAHL
DNI: 24.196.978



MARIA CECILIA CAPALBO
DNI: 17.365.132

Signature Not Verified
Digitally signed by CHRISTIAN ALEJANDRO CORREA
Date: 2022.01.20 14:16:23 ART