Expediente Número: FCB - 36/2022 **Autos:** MARTINEZ, ORLANDO GERMAN c/ PODER EJECUTIVO NACIONAL s/AMPARO LEY 16.986
Tribunal: JUZGADO FEDERAL DE LA RIOJA / SECRETARIA CIVIL Y COMERCIAL

I. OBJETO

Que vengo a contestar la vista conferida a este Ministerio Público Fiscal mediante el sistema de gestión de causas del Poder Judicial de la Nación, en los términos de la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal N° 27.148; con relación a la acción de amparo promovida por el señor Orlando German Martínez, con el patrocinio letrado del abogado José Nicolás Azcurra.

II. LA PETICIÓN DE AUTOS

Que conforme las constancias de autos, comparece el señor Orlando German Martínez DNI 8.304.956, domiciliado en calle Gobernador De la Fuente N° 1.356 B° San Román de esta ciudad, con el patrocinio letrado del abogado José Nicolás Azcurra; promoviendo acción de amparo, en los términos de los arts. 19, 28, 31, 33, 75 inc. 22, 43 y concs. de la Constitución Nacional y arts. 1 y 5 de la Ley 16.986, en contra del Poder Ejecutivo Nacional y Provincial “por imponer la obligatoriedad de contar con el esquema de vacunas contra COVID19 (pase sanitario), mediante Resolución emanada del Ministerio de Salud de la Nación, N° 1198/2021 (…) y Decreto provincial de fecha 17 de diciembre del año 2021 N° 2268”.

En este sentido, señala que mediante la Resolución citada se estableció que a partir del 1 de enero del año en curso, toda persona mayor de 13 años deberá acreditar esquema de vacunación completo contra covid-19, como así también destacó, que por el Decreto provincial se dispuso lo siguiente, “Artículo 1° ESTABLÉCESE en el ámbito de la provincia de La Rioja, a partir del día 20 de diciembre de 2021 y hasta nueva disposición, que toda persona desde los 13 años de edad, deberá exhibir de manera obligatoria la constancia de vacunación contra la pandemia por COVID-19, como requisito necesario de acceso a las siguientes actividades y servicios a desarrollarse en (…) 5- Realización de tramites presenciales en organismos públicos o privados y en la prestación de servicios con atención al público…”.

Asimismo, solicita, que con carácter de previo y especial pronunciamiento se dicte medida cautelar y se lo exima de cumplir con la obligación de exhibir o portar la acreditación del esquema de vacunación denominado “pase sanitario”.

Seguidamente describe los hechos que dieron como resultado la presentación de la acción de marras, y en este sentido, aduce que se desempeña cumpliendo funciones como profesional de la salud (odontólogo), impedido de desarrollar todo tipo de actividades en el ámbito de la administración publica en el ámbito nacional y provincial por no contar con el esquema de vacunación contra Covid-19.

Destaca, en este sentido, que su disposición de no colocarse las vacunas contra Covid-19, ha sido motivada por decisión personal, por considerar que la misma es experimental, no obligatoria, contradictoria con el espíritu de la letras de la ley y discriminatoria.

III.- COMPETENCIA

Como primer punto en orden a analizar el planteo de autos, y conforme las funciones que le cabe ejercer al Ministerio Público Fiscal de acuerdo a las prescripciones establecidas en la Ley Orgánica del MPF N° **27.148,** corresponde verificar el presupuesto procesal de “competencia”, específicamente debe efectuarse un doble orden de análisis –*“juicio de habilidad”*-: el primero, respecto a la procedencia de la jurisdicción federal u ordinaria, y en segundo término, cuál es el tribunal territorialmente idóneo, cualquiera sea la conclusión respecto al primero.

La competencia surge de nuestro ordenamiento jurídico de la reserva que se hace en el art. 116° de la CN, que remite al inc. 12) del Art. 75°, estableciéndose en ésta última norma que **la aplicación de los Códigos de fondo corresponde a “los Tribunales Federales o Provinciales según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones”**. Es decir que las causas sobre puntos regidos por leyes de la Nación, deben ser juzgadas por el Tribunal que corresponda, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones.

Ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que “a los fines de dilucidar cuestiones de competencia ha de estarse en primer término, a los hechos que se relatan en el escrito de demanda y después, y solo en la medida en que se adecue a ellas, al derecho que se invoca como fundamento de la

pretensión, así como a la naturaleza jurídica de la relación existencial entre las partes".

Al respecto, Palacio de Caeiro expresa que "*La competencia federal ´ratione personae´, se basa en la calidad subjetiva o en la posición de las personas; elemento determinante de su atribución al conocimiento de los tribunales federales; ésta reconoce su origen constitucional, pues nace en el art. 116 de la C.N y responde al orden federal de gobierno instaurado por la Carta Magna"*[1].

Teniendo en consideración lo antes expuesto, comenzaré por señalar que la acción incoada en autos, resulta dirigida en contra del Estado Nacional –Poder Ejecutivo Nacional- a raíz del dictado de la ley 27.610 emanada del Congreso de la Nación y promulgada por el Poder Ejecutivo Nacional.

Así, teniendo en consideración el carácter excepcional que reviste el fuero federal, conjugado con las características propias de la acción de marras, esto es el carácter del ente demandado (Poder Ejecutivo Nacional), entiendo, en consecuencia, que corresponde la adjudicación del caso al fuero federal, en virtud de la persona, conforme lo dispuesto por el art. **2°, inc. 6° Ley 48**.

Sentado lo antes expuesto, cabe determinar cuál es el Tribunal competente dentro del fuero federal para entender en la presente causa y en este sentido cabe señalar que -atento surge del libelo de amparo-, el actor posee domicilio en esta ciudad de La Rioja, conforme lo cual el Juzgado Federal a cargo de V.S resulta competente territorialmente a los fines pretendidos.

Superado el tema relativo a la competencia, corresponde tratar el último punto del análisis, que consiste en la vía procesal elegida, para lo cual resulta importante resaltar, que el actor promovió la presente acción de amparo a efectos de resguardar sus derechos, los cuales, a su entender, se ven afectados por la Resolución N° 1198/2021 del Ministerio de Salud de la Nación y por el Decreto provincial N° 2268.

Así, en cuanto a los requisitos de procedencia de la acción, el actor sustenta su pretensión en lo dispuesto en el **art. 43 de la CN el** cual dispone que " *toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridad 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 trato o una ley".

Atento a ello, el Máximo Tribunal ha expresado que, si bien la acción de amparo no está destinada a reemplazar medios ordinarios instituidos para la solución de controversias (Fallo: 300:1033), su exclusión por la existencia de otros recursos administrativos y judiciales no pueden fundarse en una apreciación meramente ritual, toda vez que la institución tiene por objeto una efectiva protección de derechos, más que una ordenación o resguardo de competencias.

Asimismo, se impone con carácter previo la calidad exigida sobre la arbitrariedad y/o ilegalidad que deben ser "manifiestas". Por ilegal debe entenderse todo aquello que se opone a la ley (sentido material) y por "arbitrario" lo que responde a un criterio de falta de razonabilidad y justicia. La jurisprudencia y doctrina especializada han indicado que debe tratarse de algo "descubierto, patente, claro", requiriéndose que los vicios citados sean inequívocos, ciertos, notorios ineludibles.

Vale recordar que estas exigencias se encuentran establecidas en la **Ley de Amparo N° 16.986**, que en su **artículo 1** dispone que, para la procedencia de la acción, el acto cuestionado debe ser manifiestamente ilegal o manifiestamente arbitrario, es decir basta una de estas razones, para la viabilidad de la acción (Sagües, Néstor Pedro "Derecho Penal Constitucional, Acción de Amparo" 4ta. ed. Ampliada, T3, pág. 117, Ed. Astrea, Bs As., 1995).

Que asimismo corresponde advertir que los casos deben resolverse conforme las circunstancias de hecho y de derecho existentes al tiempo de decidir sobre la cuestión planteada (doctrina de la C.S.J.N., Fallos: 323:3896; 325:1440; 327:488, 4990, 4905 y 5270, entre muchos otros).

En consecuencia, teniendo en consideración los derechos en los que se funda la presente acción, entiendo que debe tenerse por adecuada la vía intentada.

Ahora bien, con relación a la medida cautelar solicitada, corresponde tener presente la normativa prevista en la ley **N° 26.854**, legislación específica que regula las medidas cautelares en las causas en las que sea parte o interviniente el Estado Nacional, más precisamente su **art. 1**, el cual regula el ámbito de aplicación, estableciendo precisamente lo siguiente: *"Las pretensiones cautelares postuladas contra toda actuación u*

omisión del Estado Nacional o sus entes descentralizados, o solicitadas por éstos se rigen por las disposiciones de la presente ley".

Tal normativa establece, específicamente, tres tipos de medidas cautelares, siendo las mismas la suspensión de los efectos del acto administrativo, medida de contenido positivo y medidas de no innovar, como así también alteró la regla tradicional de unilateralidad e introdujo un "informe previo" el cual deberá ser requerido por el juez a la autoridad demandada, para que en un plazo de cinco días produzca el informe que dé cuenta del interés público comprometido por la solicitud.[2]

Con la presentación de dicho informe, la parte demandada podrá expedirse acerca de las condiciones de admisibilidad y procedencia de la medida solicitada y en esa oportunidad acompañar las constancias documentales que considere pertinente (art. 2 inc. 1 Ley 26.864), por lo que, en el caso de autos, resulta primordial el cumplimiento de este requisito a los fines de la tramitación de la medida cautelar solicitada.

Finalmente, en torno a ésta última cuestión, considero atinado señalar que recientemente la jurisprudencia se ha expedido sobre el particular en los siguientes términos: "Se rechaza la medida cautelar solicitada por la parte actora tendiente a que se lo exima de exhibir el denominado 'pase sanitario'. Ello así toda vez que, en relación a la verosimilitud del derecho, el actor no logra acreditar su concurrencia. En este sentido, no puede perderse de vista la finalidad de la norma atacada, dictada en el marco de una emergencia sanitaria sin precedentes pues, trata de una regulación tendiente a la protección de la salud pública como bien jurídico primordial, a la prevención de la propagación de nuevas variantes del virus SARS-CoV-2 y, también, al fomento de la vacunación como medio comprobadamente eficaz para eliminar o mitigar ese flagelo. En este sentido, no se vislumbra que la exigencia de contar con algún grado de inmunización para realizar determinadas actividades en ciertos espacios colisione con el ámbito de la autonomía de la voluntad que ha de reconocerse a los particulares respecto de las decisiones que atañen a su propia salud. En tales condiciones, el potencial efecto expansivo de la medida solicitada impone a los órganos judiciales conducirse con elemental prudencia, ponderando los intereses públicos en presencia y que en el presente estado de cosas desaconsejan acceder a lo solicitado en la presentación bajo tratamiento.

Finalmente, tampoco se configura en la especie un supuesto de peligro en la demora que mande a la concesión de la cautelar solicitada". ("Ordóñez, José Luis vs. Gobierno de la Provincia de Buenos Aires s. Amparo - Cuestión de competencia", Suprema Corte de Justicia, Buenos Aires, 29/12/2021; RC J 47/22).

IV. CONCLUSIÓN

Ergo, atento lo expresado en el presente dictamen, considero que V.S. resulta competente para el tratamiento de la acción de autos *(art. 2 inc. 6º de la ley 48)*. Asimismo, teniendo en cuenta la naturaleza de la pretensión de autos, entiendo, en esta instancia, que la vía procesal resulta pertinente, correspondiendo, atento lo previsto por la ley 16.986, escuchar a la demandada en los términos del art. 8, debiéndose tener presente, con relación a la medida cautelar peticionada, los requisitos establecidos en la Ley N° 26.854. Por último, y atento que no se visualizan en el sistema informático las constancias documentales que el actor aduce acompañar, solicito se tenga presente este extremo a los fines de su correcta acreditación. Es mi dictamen.

---

[1] Palacio de Caeiro, Silvia- Competencia Federal- Civil, Penal-, Ed. La Ley, mayo 1999, pág. 24.

[2] **Ley 26.854 Art. 4 inc.1.-** Solicitada la medida cautelar, el juez, previo a resolver, deberá requerir a la autoridad pública demandada que, dentro del plazo de cinco (5) días, produzca un informe que dé cuenta del interés público comprometido por la solicitud. Con la presentación del informe, la parte demandada podrá expedirse acerca de las condiciones de admisibilidad y procedencia de la medida solicitada y acompañará las constancias documentales que considere pertinente. Según la índole de la pretensión el juez o tribunal podrá ordenar una vista al Ministerio Publico.

Signature Not Verified
Digitally signed by MARIA VIRGINIA MIGUEL CARMONA
Date: 2022.02.11 10:31:10 ART