

La acción de amparo como herramienta judicial para cuestionar la implementación del pase sanitario

Revista de la Escuela Judicial: ISSN 2796-874X

Año: 02 / N° 2 - Mayo 2022

Recibido: 14/03/2022

Aprobado: 18/04/2022

La acción de amparo como herramienta judicial para cuestionar la implementación del pase sanitario

The amparo action as a judicial tool to question the implementation of the health pass

Por Carolina Elizabeth Cardoso¹ y Mariel Zelenic²

Universidad de Buenos Aires

*Buscamos la solidaridad no como un fin
sino como un medio encaminado
a lograr que nuestra América
cumpla su misión universal.*

José Martí

Resumen: La pandemia mundial producida por el virus SARS-CoV-2 aun en nuestros días sigue generando una puja de poder entre los intereses del Estado, orientados a la protección de la sociedad en ge-

¹ Abogada (Universidad de Buenos Aires). Especialista en derecho penal. Auxiliar letrada del Juzgado en lo Correccional N° 6 del Departamento Judicial de San Martín. Estudiante de la Escuela Judicial de la provincia de Buenos Aires. Correo electrónico: carolinacardoso20@gmail.com. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0019-5402>.

² Abogada (Universidad de Buenos Aires). Especialista en derecho penal. Empleada de Tribunal en lo Criminal N° 4 del Departamento Judicial de San Martín. Estudiante de la Escuela Judicial de la provincia de Buenos Aires. Correo electrónico: mariel.zelenic@gmail.com. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1717-9353>.

neral, y los derechos y garantías de los individuos que la conforman. ¿Es el amparo la acción de tutela judicial efectiva frente a los avances estatales? ¿Hasta qué límite ese Estado “Leviatán” puede restringir las libertades individuales en función de un interés superior como la salud pública? ¿Acción de amparo o declaración de inconstitucionalidad?

Palabras clave: Amparo – Tutela judicial efectiva – Pase sanitario – Autonomía de la voluntad.

Abstract: *The global pandemic caused by the SARS-CoV-2 virus even today continues to generate a power struggle between the interests of the State aimed at protecting society in general as a whole and the rights and guarantees of individuals who make it up. Is the amparo action for effective judicial protection against State advances? To what extent can this “Leviathan” State restrict or limit individual freedoms based on a higher interest such as public health? Amparo action or declaration of unconstitutionality?*

Keywords: *Protection – Effective Judicial Protection – Sanitary Pass – Autonomy of the Will.*

Introducción

La actual situación sanitaria producida por la covid-19 llevó a crear por parte del Estado (como en otros países del mundo) el *pase sanitario* para acreditar la aplicación de las dosis previstas en un esquema de vacunación completo a fin de poder acceder a ciertas actividades o lugares de acceso público.

La propia evolución acelerada de la pandemia, la variabilidad y mutación del virus, determinó un cambio permanente de medidas de prevención o de intento de curación conforme lo que se iba conociendo y avanzando científicamente.

Las acciones de amparo analizadas pretendieron distinguir si la inoculación de la vacuna contra la covid-19 constituye una decisión personal sobre el propio cuerpo o podríamos ser obligados en virtud del perjuicio que el contagio individual podría tener sobre el resto de los individuos.

Acción de amparo. Requisitos de procedencia

Históricamente, el amparo puede dividirse en tres etapas. Inicialmente es creado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación con la idea de que, si una garantía fuera avasallada por un acto de autoridad pública, los jueces la restablecieran.³

³ Corte Suprema de Justicia de la Nación (27 de diciembre de 1957). "Siri, Ángel, s/interpone recurso de hábeas corpus". Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autnoma-buenos-aires-siri-angel-fa57997827-1957-12-27/123456789-728-7997-5ots-eupmocsollaf>.

En segundo lugar, es regulado por la Ley N° 16.986 (de 1966)⁴, que restringe su ámbito de aplicación, puesto que se estableció la prohibición de declaración de inconstitucionalidad de las normas en las que se fundaba el acto lesivo, el establecimiento de las vías administrativas como alternativas idóneas para su admisibilidad y la limitación de su procedencia cuando se afectara un servicio público o actividades esenciales del Estado.

Finalmente, con la reforma constitucional de 1994 se incorpora el artículo 43 como articulación de la tutela efectiva de los derechos humanos, que surge tanto de la Constitución nacional como de los tratados internacionales.

El artículo 43 de la Constitución nacional establece que *toda persona puede interponer acción de amparo*. Si bien el texto no exige explícitamente que el actor invoque una afectación de los derechos propios, lo cierto es que la parte debe demostrar la existencia de un interés especial en el proceso o que los agravios alegados la afectan de forma directa.

El amparo se constituye como una *acción expedita y rápida*, puesto que el amparista no puede ver detenida ni demorada su necesidad de protección procesal urgente, en virtud de la naturaleza del derecho constitucional lesionado o amenazado. Esta característica también se aplica para exigirle al actor prudencia y una adecuada diligencia en su articulación,⁵ ya que la demora injustificada en iniciar el amparo es indicativa de la inexistencia de urgencia objetiva.

⁴ Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/16986-nacional-ley-accion-amparo-Ins0001314-1966-10-18/123456789-0abc-defg-g41-31000scanyel>.

⁵ Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I (26 de octubre de 1995). "Ositiansky, Alberto c/ Secretaría de Industria s/ amparo ley 16.986".

Resulta ser un proceso excepcional, utilizable en las delicadas y extremas situaciones en las que, por carencia de otras vías aptas, peligra la salvaguarda de derechos fundamentales. En este punto, no se trata solamente de invocar un perjuicio o agravio concreto, sino que quien lo padece debe acreditar que no le sirven los medios judiciales que el sistema procesal ordinario pone a su alcance. Pues si el acto u omisión impugnado por el amparo, aunque configurase un supuesto de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, demandase para su acreditación un debate más intenso que el que puede lograrse por el amparo, este no sería el medio *más idóneo*.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que debe tenerse presente que la acción de amparo es un recurso excepcional que no permite su extensión a supuestos que encuentran efectivo resguardo al acceso judicial por los remedios judiciales ordinarios.⁶ De lo contrario se estaría desvirtuando la garantía constitucional y minando la variedad de vías procesales ordinarias incorporadas en los códigos rituales positivos. En ese sentido, sostuvo que “resulta necesario acreditar la ineficacia de los procedimientos ordinarios y un agravio irreparable derivado de su utilización para que la vía excepcional del amparo sea admisible”.⁷

Con la reforma de 1994, el amparo se constituyó como una vía directa que no exige el previo recorrido por la instancia administrativa, ya que de ser posible ello resultaría demostrativo de la inexistencia de urgencia y de la consecuente improcedencia de la acción.

Además, la acción procede *contra actos u omisiones de autoridades públicas o privadas*. Aquí, el concepto de *acto* es utilizado en un senti-

⁶ Fallos 310:2740, 316:797, entre otros.

⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación, F. 245. XXVI. Recurso de hecho, “Farjat, Alfredo y otros c/ Instituto de Seguridad Social de la Provincia”.

do genérico, puesto que abarca tanto el acto administrativo como los hechos administrativos, siendo la nota común en ellos la producción de efectos jurídicos respecto de terceros.

El amparo procede solo contra la lesión constitucional al derecho, con el objeto de restablecer en su naturaleza el derecho, o para el caso de tratarse de una amenaza de daño inminente, quedando fuera del ámbito de aplicación las acciones contra daños futuros, hipotéticos o conjeturales. Al respecto conviene decir que el daño no solo debe ser actual, sino también cierto.

Asimismo, la situación a tener en cuenta al momento de decidir es tanto fáctica como jurídica, por lo cual hay que tener presente no solo los factores iniciales, sino también los sobrevinientes, ya que un cambio en cualquiera de ellos puede tornar abstracto el pronunciamiento. Lo que se resuelva tiene que ser apto para modificar la situación de quien invoca la lesión. Si se hace lugar a la pretensión y la esfera de derechos del actor no se ve directamente incidida por la sentencia, es claro que el amparo no es la vía.⁸

El objeto de la sentencia reside en hacer cesar, remover o eliminar la interferencia o intromisión manifiestamente ilegítima y lesiva, preservando la sustancia del derecho constitucional en juego hacia el futuro.

El control de la conducta estatal por esta vía es amplio desde el punto de vista subjetivo y material, pero limitado en cuanto a su

⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación (7 de mayo de 1998). "Consumidores Libres Cooperativa Limitada de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria s/ amparo", considerando 10. Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-consumidores-libres-cooperativa-limitada-provision-servicios-accion-comunitaria-amparo-fa98000250-1998-05-07/123456789-052-0008-9ots-eupmocsollaf?>

profundidad, ya que, para que proceda la acción, la conducta deberá ser manifiestamente contraria a derecho. Si la ilegalidad no surge de modo manifiesto y en forma clara e inequívoca, no procederá dicha acción. Asimismo, no solo la conducta estatal sino también el agravio al derecho deben ser manifiestos y graves.

Una de las modificaciones que el constituyente introdujo es la expresa facultad del juez para declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funda el acto lesivo. Sin embargo, siempre que se pretenda tal declaración, deberá destruirse la presunción de constitucionalidad de las leyes mediante prueba clara y precisa de su oposición con el texto fundamental, sin olvidarse que aquella constituye la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico y que representa un caso extremo de gravedad institucional. En el amparo se exige que el carácter de la inconstitucionalidad alegada sea manifiesto, siendo una de las notas características de la acción. Si la inconstitucionalidad no es patente, notoria, obvia, la acción no procederá.

Procedimiento de la acción de amparo en la provincia de Buenos Aires

La Ley N° 13.928⁹ es la norma reglamentaria del amparo en la provincia de Buenos Aires, que indica sus requisitos de admisibilidad, procedencia y alcances, remitiendo de manera expresa al artículo 20 inc. 2 de la Constitución provincial.

⁹ Antes de las modificaciones introducidas por la Ley N° 14.192, que reformaron la Ley N° 13.928 y al mismo tiempo derogaron la Ley N° 7.166, el operador jurídico se veía obligado a conocer e interpretar correctamente los dos textos que se encontraban vigentes: la Ley N° 7.166 (con sus modificatorias) y la Ley N° 13.928).

Además, el juez deberá integrar las normas del amparo –en lo que no encuentre previsto– con las disposiciones del Código Procesal, siendo aplicables, en principio, las normas del juicio sumarísimo. Asimismo, en materia de apelación, es de aplicación la Ley N° 13.101, modificatoria de la Ley N° 12.008 (Código Procesal Contencioso Administrativo de la provincia de Buenos Aires).

En concordancia con lo establecido en la Constitución nacional, se establece que la acción de amparo no será admitida cuando pudieran utilizarse por la naturaleza del caso los remedios ordinarios sin daño grave o irreparable, cuando sea procedente la garantía del *habeas corpus*, cuando lo que se pretenda sea la mera declaración de inconstitucional de normas de alcance general y contra actos jurisdiccionales emanados de un órgano del Poder Judicial (Ley N° 13.928, art. 2).

Así pues, conforme lo establecido en el artículo 8, el juez deberá expedirse acerca de la admisibilidad de la acción inmediatamente. El juicio de admisibilidad es la barrera inicial de todo proceso judicial, debiendo examinarse cuidadosamente el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad para imponer la presente acción establecidos en el artículo 6. Si no se encuentran cumplimentados, procederá su inadmisibilidad, es decir, el rechazo de la demanda/acción.

Con la interposición del amparo podrá solicitarse el dictado de una medida cautelar (art. 9). Es común pensar que la concesión de una medida cautelar en el amparo tenga los mismos efectos que si se la peticionara en un proceso de pleno conocimiento. Quizás el inconveniente es que en los amparos normalmente se solicita la suspensión de los efectos del acto (como medida no innovativa), cuyas consecuencias son exactamente las mismas que pretendemos con la sentencia. La diferencia radica en que, las medidas cautelares suspenden provisoriamente el resultado a evitar, mientras que la sentencia

en un proceso de conocimiento los inaplica de manera definitiva, con carácter retroactivo y con efectos futuros.

El amparo y la suspensión del acto administrativo como medida cautelar tienen en común la existencia de un peligro que requiere la protección jurisdiccional urgente. Se diferencian en la naturaleza y en los presupuestos requeridos en cada caso. Mientras el primero es un juicio sumarísimo que culmina con una decisión jurisdiccional, la medida cautelar es siempre accesoria a un juicio principal. Para que proceda el amparo es necesario que el acto atacado sea manifiestamente ilegal o arbitrario y que no exista un remedio jurisdiccional idóneo para impedir la lesión del derecho, pero en las medidas cautelares basta la verosimilitud del derecho invocado, la existencia del peligro en la demora y que se ofrezca una contracautela, pudiendo ser juratoria o personal, quedando a criterio del juez.

Si se declarara formalmente admisible la acción de amparo, se procederá a notificar al Estado o al órgano demandado. Esto se funda en que el amparo es de carácter bilateral y requiere contradictorio para su resolución. Con dicha resolución se ordenará que la autoridad enjuiciada emita un informe circunstanciado de los antecedentes y fundamentos del acto impugnado (art. 10).

Que el informe deba ser circunstanciado implica que en él se deben indicar todas las circunstancias que llevaron al dictado de la medida, debiendo tener la Administración una total precisión en su elaboración. El contenido del informe debe tener, como mínimo obligatorio, los antecedentes y fundamentos del dictado del acto que se está impugnando por medio del amparo. Los fundamentos no son exclusivamente los que surgen de los considerandos del acto administrativo, sino también los que la Administración explique con el fin de profundizar las razones que tuvo al momento de dictar el acto. Su razón radica en que, si bien a nadie le es lícito obrar con

antijuridicidad, particularmente la Administración pública provincial, municipal o cualquiera de sus órganos operan bajo normas de habilitación, debiendo hacer solo lo que está permitido por la Constitución o las leyes.

Producidas todas las pruebas o vencido el plazo para su producción, el magistrado deberá dictar sentencia en el término de cinco días. Son días hábiles judiciales, a menos que se hubiere dispuesto habilitar días y horas inhábiles, en cuyo caso serán corridos.

Finalmente, se autoriza la apelación de las sentencias de mérito (aquellas que analizan el fondo del asunto planeado), las resoluciones referentes a las medidas cautelares, tanto si se deniegan (apelables por el requirente) como si se las concede (apelables por el perjudicado), y, por último, las resoluciones que rechacen la acción por su manifiesta inadmisibilidad, declaración que puede ser liminarmente o con la sentencia definitiva.

Precedentes judiciales analizados

A raíz de la pandemia de covid-19 se generó el interrogante acerca de si es constitucionalmente posible la obligatoriedad de la vacunación.

El artículo 19 de la Constitución nacional brinda una amplia protección a la intimidad de las personas, que abarca su plan de vida, tanto en el ámbito público como en la esfera privada, limitándose tal tutela judicial en la evitación de daños concretos a otras personas, en cuyo caso puede ocurrir una colisión entre la intimidad de los individuos y otro derecho, que se resolverá ponderando cuál de los dos derechos en juego tiene mayor peso, según el contexto de aplicación y resolución del conflicto.

La negativa de una persona a vacunarse queda inmersa en su ámbito de intimidad, pero también puede generar un daño concreto a terceros, al existir el riesgo de que transmita la enfermedad a otro sujeto.

Al respecto, y previo al contexto de pandemia (en 2012), la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por unanimidad, sostuvo que la inoculación no puede considerarse como una de las acciones privadas protegidas por el artículo 19 de la Constitución nacional, puesto que la negativa a vacunarse pone en riesgo la salud de toda la comunidad y compromete la eficacia del régimen de vacunación oficial. Destacó que la vacunación no abarca exclusivamente a la persona que la recibe, sino que excede dicho ámbito e incide directamente en la salud pública, en cuanto que uno de sus objetivos primordiales consiste en reducir o erradicar los contagios de enfermedades en la población.¹⁰

Cabe añadir que la Ley N° 27.491, de Control de enfermedades prevenibles por vacunación (publicada en el Boletín Nacional el 4 de enero de 2019), establece que las vacunas son un bien social que permite desarrollar estrategias de salud pública de forma preventiva con un alto grado de eficacia (art. 2), siendo por ello obligatoria para todos los habitantes la aplicación de las previstas en el Calendario Nacional de Vacunación, las recomendadas por la autoridad sanitaria para grupos en riesgo y las indicadas en una situación de emergencia epidemiológica (art. 7).

¹⁰ La Corte Suprema confirmó una sentencia que intimaba a los padres de un menor de edad a que acreditasen el cumplimiento del plan de vacunación oficial, bajo apercibimiento de ordenar la vacunación en forma compulsiva. Entendió que se trataba de comportamientos y decisiones sujetos a la interferencia estatal, la que, en el caso, está plasmada en el plan de vacunación nacional, fijando así un límite a la autonomía personal y al derecho a decidir el modelo de vida familiar (fallo 335:88).

Sentado ello, de un total de siete amparos analizados –presentados en la provincia de Buenos Aires–, cuatro fueron rechazados *in limine*.¹¹ Solo en uno el juzgador se declaró incompetente, por entender que la cuestión planteada era propia de una competencia originaria y exclusiva de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires,¹² mientras que dos fueron concedidos, uno revocado por el órgano superior¹³ y otro apelado –encontrándose, a la fecha de la realización de este artículo, pendiente de resolución–.¹⁴

Los amparos fueron presentados contra el Gobierno nacional –específicamente, contra el Ministerio de Salud– y el Gobierno de la provincia de Buenos Aires. Los amparistas pretendían que se los

¹¹ Juzgado Federal de Mar del Plata N° 2, Secretaría Civil y Comercial N° 1, Justicia Federal de Mar del Plata (2021), causa N° 14283/2021, “García, Rocío Ayelen c/ Gobierno Nacional - Ministerio de salud y otros s/ amparo ley 16.986”; Juzgado Federal en lo Civil y Comercial y Contencioso Administrativo de San Martín N° 2, Secretaría N° 1, Justicia Federal de San Martín (2022), causa N° 210/2022, “Romano Florencia Raquel c/ Poder Ejecutivo Nacional y otros s/ amparo ley 16.986”; Juzgado de Familia N° 6 de La Plata (2021), causa N° LP-69603-2021, “C. G. D. c/ Provincia de Buenos Aires s/ amparo”; Tribunal en lo Criminal N° 4 de San Martín, Secretaría Única (2021), causa N° 5004, “Marquez Elizabeth Dina y otros c/ Estado Provincial s/ amparo”.

¹² Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires (2021), causa N° 9270/21, “Aguirre, Cristian Roxana y otros s/ acción de amparo”.

¹³ Juzgado Federal de Mar del Plata N° 4, Secretaría Ad-Hoc, Justicia Federal de Mar del Plata (2021), causa N° 14002/2021, “Acuña Luciana c/ Gobierno Nacional-Ministerio de Salud y otros s/ amparo ley 16.986”; Cámara Federal de Mar del Plata - Secretaría Civil, incidente N° 2, causa N° 14002/2021, “Acuña Luciana c/ Gobierno Nacional - Ministerio de Salud y otros s/ incidente de apelación”.

¹⁴ Juzgado Federal de Mar del Plata N° 4, Secretaría Ad-Hoc, Justicia Federal de Mar del Plata (2022), causa N° 1/2022, “Bassano Mario Marcelo y otros c/ Gobierno Nacional - Ministerio de Salud y otros s/ amparo ley 16.986”; Cámara Federal de Mar del Plata - Secretaría Civil, incidente N° 2, causa N° 1/2022 “Bassano Mario Marcelo y otros s/ incidente de medida cautelar”.

eximiera de portar o exhibir el pase sanitario que se impuso por la Decisión Administrativa N° 1198/2021 (publicada en el Boletín Oficial el 13 de diciembre de 2021.) y la Resolución N° 460/2021 (publicada en el Boletín Oficial el 10 de diciembre de 2021), denominado “PASE LIBRE COVID”. Asimismo, solicitaban que se dictase una medida cautelar contra los organismos estatales para que –en forma inmediata– se resguardase su derecho a preservar la salud y la vigencia del principio de autonomía de la voluntad en lo que respecta a la decisión de no inocularse, garantizándoseles el pleno acceso a los lugares y actividades mencionadas en las resoluciones citadas, así como la libertad de tránsito.

Explicaban que la vacuna se encuentra en estado experimental (fase III),¹⁵ por lo que, según establece la Resolución N° 2883/2020 (publicada en el Boletín Nacional el 30 de diciembre de 2020), no resultaría obligatoria. De este modo, dicha disposición sería motivo suficiente para no coaccionar a los ciudadanos con el pase sanitario, tornando obligatoria la inoculación de sustancias que no tendrían efectividad para prevenir el contagio del virus ni la infección provocada por el SARS-CoV-2.

Manifestaban que el pase sanitario es violatorio de las garantías previstas en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que otorga el derecho a gozar el más alto nivel de salud, el principio de la autonomía de la voluntad, de intimidad, el derecho a peticionar a las autoridades, a contar con asistencia sanitaria, a la libre circulación, seguridad, igualdad, a elegir, a ejercer toda industria lícita, al bienestar general, a la vida digna y a la supervivencia.

¹⁵ Como consecuencia, la vacunación constituiría un ensayo clínico.

Otro de los argumentos en los que se basó la pretensión de uno de los amparistas consistió en que no podía ser obligado a informar sobre su situación vacunatoria, siendo dicha exigencia un agravio a su intimidad, estableciendo que la cesión de datos que se le exigía¹⁶ no se encuentra autorizada por la Ley N° 25.326 (art. 7 inc. 1).

En el caso de los amparos rechazados, los órganos judiciales entendieron que no lograron acreditar las notas tipificantes de dicho instituto, resultando los agravios de los accionantes alegaciones genéricas vinculadas con la constitucionalidad de la normativa cuestionada, que se traducen en una mera disconformidad.¹⁷

¹⁶ La amparista es jugadora de ajedrez y deseaba participar del Torneo Abierto de Verano que organizaba el Círculo de Ajedrez de Villa Ballester del 19 al 29 de enero de 2022, en cuya convocatoria se exigía como requisito el pase sanitario. Manifestó en su demanda que, si resulta autoritario y extorsivo exigir la vacunación, también resulta arbitrario y extorsivo exigir que alguien revele sus datos de vacunación, esté vacunado o no, como requisito ineludible para acceder a un evento deportivo o cultural (Juzgado Federal en lo Civil y Comercial y Contencioso Administrativo de San Martín N° 2, Secretaría N° 1, Justicia Federal de San Martín, causa N° 210/2022, “Romano Florencia Raquel c/ Poder Ejecutivo Nacional y otros s/ amparo ley 16.986”).

¹⁷ Al respecto, la Cámara Federal de Mar del Plata sostuvo: “que no existe aquí caso en los términos previstos por el art. 116 CN. El sistema federal argentino no prevé el cuestionamiento directo, por parte de un ciudadano, de la constitucionalidad de una norma en abstracto. Y precisamente la presentación de la amparista puede ser calificada –sin dudas– como *genérica*, ya que no acreditó la necesidad de llevar a cabo alguna actividad para la cual se exija el pase sanitario, lo cual imposibilita vislumbrar, no solo el recaudo del peligro en la demora (sin el cual la medida cautelar dictada es improcedente), sino también la existencia del caso judicial que amerite verificar la ilegalidad o arbitrariedad manifiesta que habilita la intervención judicial tutelar (Cámara Federal de Mar del Plata, Secretaría Civil, incidente N° 2, causa N° 14002/2021, “Acuña Luciana c/ Gobierno Nacional - Ministerio de Salud y otros s/incidente de apelación”).

En relación con la verosimilitud del derecho, los actores sostenían que esta quedaba acreditada debido a la *manifiesta inconstitucionalidad* de la norma atacada. Semejante afirmación, desprovista de todo complemento, no prueba por sí misma la concurrencia de este supuesto. Así lo entendió la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires al establecer que no basta con contrastar el precepto cuestionado con los diversos artículos de la Constitución. Más allá de su enunciado, se requiere un minucioso análisis tendiente a confrontar la Resolución N° 460/2021 con la lista de derechos y principios en juego, para así establecer si las autoridades provinciales se han conducido de un modo prohibido por el texto fundamental.

En ese orden, la agente fiscal Laura Elena Mazzaferri dictaminó que

las notas periodísticas que acompañan los dichos del amparista carecen de rigor científico, mientras que tampoco se ha logrado demostrar la concurrencia de una lesión cierta o probable a los derechos que se invocan y, en su caso, la desproporción entre esos daños o injerencias con las finalidades establecidas en las normas que se atacan.¹⁸

Respecto del fondo de la cuestión, varios fueron los argumentos utilizados para concluir que la implementación del pase sanitario se presenta como una mínima intervención estatal frente a un contexto profundamente complejo para toda la población, incluso mundial.

¹⁸ Juzgado Federal de Mar del Plata N° 2, causa N° 14283/2021 (4 de enero de 2022), "García, Rocío Ayelen c/ Gobierno Nacional - Ministerio de salud y otros s/ amparo ley 16.986".

Resulta útil traer lo dicho por el juez federal Santiago José Martín, al recordar que “una pauta estructural del sistema de derechos que instaure la Constitución nacional es la relatividad de los derechos, por la que se establece que los derechos que gozamos no son absolutos, sino relativos”.¹⁹ Es en el adecuado equilibrio entre los derechos individuales y los intereses de la sociedad donde se encuentra la solución respetuosa a la Constitución nacional.

Las reglamentaciones dispuestas no pueden verse como una afectación arbitraria de los derechos y garantías individuales de quienes pudieran concebirse como objetores de conciencia de la vacunación. No se trata de una restricción de derechos; antes bien, se trata de un caso de coordinación de los derechos de los recurrentes con los del resto de la sociedad. Si las decisiones individuales desbordan la zona de reserva y perjudican a terceros (art. 19 de la Constitución nacional) o inciden en el interés general, la actuación estatal no puede cuestionarse en términos constitucionales. No solo porque nuestro sistema no tolera la existencia de derechos absolutos, sino porque al Estado le cabe el poder reglamentario en materia de salud, precisamente porque los derechos deben ejercerse conforme a su reglamentación.²⁰

En ese sentido, la Cámara Federal de Mar del Plata, al revocar y, en consecuencia, dejar sin efecto la admisibilidad de la acción de amparo declarada por el juez de grado, sostuvo que

teniendo en cuenta que ningún derecho es absoluto,
no solo deben ponderarse los derechos del paciente

¹⁹ Juzgado Federal de Mar del Plata N° 2, causa N° 14283/2021 (11 de enero de 2022), “García, Rocío Ayelen c/ Gobierno Nacional - Ministerio de salud y otros s/ amparo ley 16.986”.

²⁰ Tribunal Superior de Justicia de Córdoba (2021). “L.G.I. y otros s/ recurso de reconsideración”.

a un trato digno, a su intimidad y a su autonomía de la voluntad [...] sino también el contexto social y jurídico que deviene de la pandemia de Covid-19 que azota al mundo, y que requiere necesariamente de la toma de decisiones en el marco de las políticas públicas en materia de salud que cada Estado implemente. De este modo, debe asumirse que el ejercicio del control judicial ha de tener en cuenta ambas ópticas, la individual y la colectiva.

Para decidir si una norma que establece políticas sociales y de salud –dictada en un válido marco jurídico de emergencia sanitaria– es inconstitucional, los jueces debemos tomar especial nota no solo de su redacción, sino particularmente de sus efectos, y también de los efectos que conllevará frente a la sociedad la resolución adoptada.

Otro rasgo a destacar²¹ es el *triple juicio de proporcionalidad*²² que utiliza el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, con base en lo

²¹ Incorporado por la agente fiscal Mazzaferri al contestar la vista conferida en el marco de la causa N° 14283/2021 del Juzgado Federal de Mar del Plata N° 2, Secretaría Civil y Comercial N° 1, Justicia Federal de Mar del Plata, tramite electrónico titulado *contesta vista*, "García, Rocío Ayelen c/ Gobierno Nacional - Ministerio de salud y otros s/ amparo ley 16.986".

²² "El Tribunal Constitucional ha aplicado el principio de proporcionalidad en todo tipo de procesos (control de leyes, conflictos de competencia, amparo), respecto de todo tipo de normas, medidas o actuaciones, de toda procedencia (legislador, administración, jueces, particulares). Ciertamente la mayor expansión de su empleo se ha producido en el terreno de los derechos, pero no se ha limitado a él. El principio de proporcionalidad es una herramienta de análisis y decisión adecuada en cualquier controversia constitucional en la que la vulneración de la Constitución que se denuncia está provocada por una norma, medida o actuación que, incluso si cuenta con respaldo constitucional, se revela "desproporcionada" a la vista de las circunstancias" (Roca Trías & Ahumada Ruiz, 2013, p. 13).

sostenido por el Tribunal Constitucional²³ ante planteos de similares características a las analizadas:

las medidas adoptadas por las autoridades, deben resistir el triple juicio de proporcionalidad [...] las tres bases sobre las que debe someterse dicho juicio son: 1) que la medida sea apta para el fin (juicio de idoneidad); 2) que sea necesaria, en el sentido que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); 3) que sea ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto). Entendemos que resultan idóneas para la lucha contra la propagación del virus, en un entorno en el que la actitud jovial, aglomeración de personas, asociación a la interacción social, dificultad de mantener distancia social con mascarilla, etc., puede generar un mayor riesgo de contagio por relajación de alguna cautela. Son necesarias, dada la incidencia que aún se mantiene en Cataluña de propagación del virus. Son proporcionales, teniendo en cuenta que suponen la posibilidad de reapertura y restauración de muchas actividades que habían quedado paralizadas o suspendidas, y la ponderación entre la mínima restricción de derechos que supone la muestra de la documentación exigida (pase

²³ Sentencia N° 39/2016 del 3 de marzo de 2016. Disponible en: https://hj.tribunal-constitucional.es/es/Resolucion/Show/24843#complete_resolucion&completa.

sanitario) y la protección de bienes jurídicos como la salud individual y colectiva y la vida.²⁴

De forma similar argumentó el juez federal Santiago José Martín, al entender que

más allá de las opiniones personales de la accionante sobre la eficacia de las vacunas, es de público conocimiento, y así lo refieren las resoluciones impugnadas, que la vacunación ha tenido un efecto positivo sobre la salud de quienes se han inoculado, con lo cual, las medidas que tiendan a ampliar el universo de personas vacunadas aparecen, en principio, idóneas para combatir la pandemia. Asimismo, la necesidad de evitar la aglomeración de personas, especialmente en lugares cerrados, resulta evidente, debido a los riesgos de contagio a que aluden las autoridades sanitarias. Finalmente, si bien las medidas adoptadas pueden significar algún tipo de restricción a los derechos ambulatorios para quienes no se han vacunado contra el COVID-19, las mismas no resultan lo suficientemente intensas, en contraste con los serios riesgos epidemiológicos involucrados, como para ser seriamente cuestionadas. Adviértase que no se está obligando a la población a vacunarse, como sugiere la accionante, sino solo limitando a quienes no posean el pase sanitario, el acceso a lugares cerrados cuyas actividades conlleve aglomeramiento, y a aque-

²⁴ Recurso N° 509/2021 del 25 de noviembre de 2016. Disponible en: <http://ojs.uc.cl/index.php/bjur/article/download/45451/36485/120923>.

llos que importen la realización de trámites presenciales ante organismos públicos. Tal cual se advierte, la restricción referida se encuentra acotada a tales sujetos, lugares y actividades, y en la medida que no se extienda irrazonablemente en el tiempo, aparece suficientemente proporcional con el fin buscado.²⁵

Competencia originaria de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires

En virtud de lo analizado, corresponde preguntarse qué órgano jurisdiccional resulta competente para dirimir las acciones interpuestas en los precedentes jurisprudenciales analizados en materia del PASE LIBRE COVID.

Por un lado, se deben diferenciar aquellos casos en los que existe una afectación concreta de derechos de aquellos en los que se pretende la declaración de inconstitucionalidad de una norma. En los primeros –sin perjuicio de que luego dichas acciones terminen siendo desestimadas por otras razones– es procedente la acción de amparo como tal, resultando competente cualquier juez de la provincia de Buenos Aires. En ese orden, el criterio de asignación se basa en considerar que todo juez está preparado para entender sobre la Constitución, en virtud del carácter manifiesto y palmario que debe reunir la conducta u omisión lesiva del amparo, pudiendo resolverse eficazmente la contienda, sin exigir una profunda especialización en la materia.

²⁵ Juzgado Federal de Mar del Plata N° 2, Secretaría Civil y Comercial N° 1, Justicia Federal de Mar del Plata (2021), causa N° 14283/2021, “García, Rocío Ayelen c/ Gobierno Nacional - Ministerio de salud y otros s/ amparo ley 16.986”.

Es que no hay derecho que no tenga raíz constitucional, y no hay juez que no pueda y no deba especializarse en derecho constitucional, en defensa de los derechos y de las instituciones.

Ahora bien, cuando los actores pretenden interponer una acción en forma autónoma y sin cuestionar ningún acto concreto de aplicación o se limitan a realizar una alegación genérica sobre posibles medidas de individuos o entidades que restrinjan sus derechos sin señalar el acto, la omisión y los sujetos que pudieran dictarla u omitirla –circunstancia que se advierte en gran número de presentaciones realizadas en materia del PASE LIBRE COVID–, la acción de amparo no resulta ser la vía judicial efectiva.

En estos casos se desprende con absoluta claridad que lo que se persigue es la declaración de inconstitucionalidad de una norma de alcance general, correspondiendo la competencia originaria y exclusiva de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, conforme lo establecido en el artículo 161 inc. 1 de la Constitución provincial y el 683 del Código Procesal Civil y Comercial, debiendo las acciones ser planteadas en esos términos ante dicho organismo jurisdiccional.²⁶

Informe del Ministerio de Salud

A raíz de la gran cantidad de desinformación de parte de los distintos medios, creemos interesante compartir lo informado por la Dirección Nacional de Control de Enfermedades Transmisibles del

²⁶ Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires (2021), causa N° 9270/21, “Aguirre, Cristian Roxana y otros s/ acción de amparo”.

Ministerio de Salud ante el requerimiento del juez federal Alfredo Eugenio López en la causa N° 14002/2021.

El informe explica, en relación con la seguridad de las vacunas contra la covid-19, que el desarrollo de cualquier vacuna abarca diferentes fases. Inicialmente se desarrolla una fase exploratoria y preclínica con estudio en animales de laboratorio, con el fin de evaluar su seguridad y sus posibilidades para prevenir enfermedades. Si la vacuna provoca una respuesta inmunitaria, se la prueba en ensayos clínicos con seres humanos en tres fases (fases I, II y III) para determinar la dosis óptima, explorar la seguridad inicial y caracterizar el perfil de eficacia y seguridad. Finalmente, los datos son evaluados por las agencias de medicamentos (en nuestro país, la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica, ANMAT), de forma que solo si demuestran que las vacunas estudiadas son eficaces y seguras las agencias conceden la autorización para su comercialización y se inician las actividades de farmacovigilancia (fase IV), que se mantienen durante todo el ciclo de vida de la vacuna.

El director nacional de Control de Enfermedades Transmisibles, Hugo Arturo Feraud, explica que las vacunas contra la covid-19 cumplen con la totalidad de los pasos establecidos, inmersas en un nuevo *paradigma pandémico*, diseñado para cumplir con todas las instancias establecidas en el desarrollo de los ensayos clínicos, con el desafío de hacerlo lo más rápido posible sin comprometer ninguno de los principios de seguridad y eficacia necesarios para la autorización de las agencias regulatorias. En el marco de una prueba colaborativa sin precedentes, la comunidad científica mundial está concentrada en lograr vacunas contra el SARS-CoV-2 seguras y eficaces, con los mismos estándares con los cuales se han desarrollado las vacunas actualmente disponibles. En contexto de pandemia, el paradigma de investigación difiere del utilizado habitualmente y las

etapas o fases pueden realizarse de manera superpuesta y consecutiva, lo que permite optimizar los tiempos.

Las vacunas contra la covid-19 se encuentran autorizadas para su uso de emergencia por la autoridad regulatoria nacional, y no se trata de ensayos clínicos ni forman parte de un proceso de experimentación.

Conclusión

Coincidimos en que nos encontramos ante un escenario del cual la humanidad actual no guarda registro, enfrentándonos a una situación desconocida, en la que día a día intentamos resolver científicamente las adversidades a las que nos somete la pandemia.

Esta pandemia ha puesto al descubierto lo mejor y lo peor de la naturaleza humana. Debemos entender que los intereses individuales no pueden ser superiores al bien común cuando la sociedad entera se encuentra en riesgo. No puede considerarse lícito tomar cualquier decisión en el ejercicio de nuestra libertad, específicamente cuando nuestras decisiones pueden amenazar los derechos de los otros.

Para Julio Tudela Cuenca, investigador del Observatorio de Bioética de la Universidad Católica de Valencia y especialista en Bioética Personalista,²⁷ el balance beneficio/riesgo de las vacunas autorizadas es clara-

²⁷ "La Bioética Personalista constituye una propuesta para el análisis y valoración ética de la actividad y los avances científicos relacionados con la vida humana o su entorno, que se fundamenta en una sólida argumentación antropológica, situando a la persona humana, su inalienable dignidad y derechos, en el centro del debate ético, por encima de cualquier otra consideración de orden práctico, económico o científico". Disponible en: <https://www.observatoribioetica.org/2021/09/negarse-a-vacunarse-pudiendo-hacerlo-constituye-un-acto-irresponsable-e-insolidario/36651>.

mente beneficioso. Estas “contribuyen [...] de manera eficaz a reducir la mortalidad y morbilidad, así como las graves secuelas que pueden aparecer tras la enfermedad”. Negarse a recibir las “no solo pone en riesgo la propia vida y la salud, sino que sitúa a las demás personas con las que se puede entrar en contacto en un riesgo innecesario y evitable”²⁸.

Tudela Cuenca especifica que son tres las grandes dificultades para lograr que la población acepte vacunarse: la ignorancia, el desconocimiento de las evidencias; los prejuicios o posiciones adoptadas por criterios no científicos que hacen difícil abrirse a otras posibilidades; y la contaminación informativa (proliferación de informaciones erróneas, acientíficas e injustificadas) que inducen al error, generando que muchas personas duden y no acudan a fuentes científicas confiables.

Si bien no se encuentra establecida la obligatoriedad de la vacunación contra la covid-19 en la Argentina, debe entenderse que tal circunstancia obedece al estado de emergencia permanente que esta pandemia generó en todos los ámbitos. Las vacunas salvan vidas, posibilitan combatir eficazmente la pandemia y representan una idea de obligación moral solidaria o proyecto común de la humanidad, objetivos establecidos tanto en la Constitución nacional como en los tratados internacionales.

²⁸ *Ibid.*

Bibliografía

CEBALLOS, M. A. (2013). “Amparo en la provincia de Buenos Aires. Ley 13.928. Comentada, anotada y concordada”. Buenos Aires: Astrea.

CANDA, F. O. (2012). *Requisitos de procedencia de la acción de amparo individual*. Recuperado de: https://www.gordillo.com/pdf_una-mirada/12canda.pdf.

ROCA TRÍAS, E. & AHUMADA RUIZ, A. (2013). “Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española”. En: XV Conferencia Trilateral 24-27 de octubre 2013, Roma. Recuperado de: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/trilateral/documentosreuniones/37/ponencia%20espa%C3%91a%202013.pdf>.