



Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

/// del Plata, de enero de 2022.-

VISTOS:

Estos autos caratulados: **Incidente N° 1 - ACTOR: ACUÑA, LUCIANA DEMANDADO: GOBIERNO NACIONAL - MINISTERIO DE SALUD s/ INC APELACION**, Expediente FMP 14002/2021/1, e **Incidente N° 2 - ACTOR: ACUÑA, LUCIANA DEMANDADO: GOBIERNO NACIONAL - MINISTERIO DE SALUD s/ INC APELACION**, Expediente FMP 14002/2021/2; provenientes del Juzgado Federal N° 4, Secretaría Ad Hoc de esta ciudad.-

Y CONSIDERANDO:

I. Llegan los autos a esta Alzada como consecuencia de los recursos de apelación opuestos por la Fiscalía de Estado de la Pcia. de Bs. As. y por el Ministerio de Salud de la Nación, contra la resolución del Juez de Grado del día 28/12/21 que habilita la instancia y decreta medida cautelar, ordenando a los Gobiernos Nacional y Provincial a eximir a la amparista de exhibir o portar la acreditación del denominado “pase sanitario” impuesto por la Disposición Nacional n° 1198/2021 y por la Resolución Ministerial Conjunta n° 460/2021 de la Pcia. de Bs. As.

II. La Fiscalía de Estado provincial se agravia porque –a su criterio- no se acreditó la verosimilitud del derecho invocado, y sostiene que las normas cuestionadas por la amparista son razonables debido al contexto epidemiológico imperante. Asimismo, subraya que tampoco se acreditó el peligro en la demora, y destaca que debe tener en cuenta el interés público en juego. Hace reserva del caso federal, y –finalmente- solicita que se revoque la medida cautelar antedicha.



Por su parte, el Ministerio de Salud plantea varios agravios. En primer lugar, entiende que la vía escogida es improcedente, porque no existe ilegalidad ni arbitrariedad en las normas cuestionadas, por lo cual no debió habilitarse. En segundo término, sostiene que estamos ante una ausencia de caso en los términos del art. 116 C.N., ya que la amparista no identifica situaciones concretas en las que la normativa recurrida genere daño a sus derechos, sino que se limita a hacer una exposición crítica en abstracto; razón por la cual tampoco debió habilitarse la instancia. En tercer término, sostiene la inadmisibilidad de la medida cautelar como consecuencia de la improcedencia de la vía escogida. En cuarto lugar, cuestiona la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 4, 5 6 inc. 1, 10 y 13 inc. 3 de la ley 26.854. El quinto agravio se refiere al incumplimiento de lo dispuesto en el art. 13 de la ley 26.854. Luego sostiene que no existe verosimilitud suficiente en el derecho invocado, que el juez no debe ocupar el lugar del legislador, y que los derechos no son absolutos, refiriendo asimismo que las circunstancias imperantes justifican el accionar del Estado. El séptimo agravio subraya la relevancia del interés público en la cuestión, así como la presunción de legitimidad de toda actuación derivada de los órganos de gobierno. Finalmente, en el octavo agravio, el apelante sostiene que la resolución cautelar anticipa la resolución del fondo del amparo. Luego de hacer reserva del caso federal, el recurrente solicita la revocación de la resolución apelada.

III. Corrido el debido traslado de los recursos, la accionante los contesta en términos similares a los planteados en su demanda, donde sostuvo que las normas cuestionadas violan los derechos fundamentales de su persona, así como numerosos derechos de índole constitucional (libertad de tránsito, conservación de su salud individual, autonomía de la voluntad, entre otros).





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

IV. Una vez elevadas las actuaciones, se corrió vista al Ministerio Público Fiscal ante esta Cámara, quien –coincidentalmente con lo dictaminado en Primera Instancia- sostiene que el pase sanitario es una herramienta mínima de intervención que pretende tutelar la salud pública en el marco excepcional generado por el Covid-19.

Finalmente, los autos quedaron en condiciones de ser resueltos mediante el llamado correspondiente, por lo que a continuación analizaremos el recurso interpuesto.

V. Previo a comenzar con el desarrollo de las cuestiones propuestas a revisión, hemos de señalar que sólo se atenderán aquellos planteos que consideramos esenciales a los fines de la resolución del litigio. Cabe aquí recordar por ello, que los jueces no están obligados a analizar todos y cada uno de los pedidos de las partes recurrentes, pues basta que lo hagan respecto de aquellos que se juzgan esenciales y decisivos para el fallo de la causa.

En este sentido, ha sido nuestra Corte Suprema de Justicia quien ha sentado la doctrina según la cual los jueces no están obligados a ponderar una por una y exhaustivamente todas las pruebas agregadas a la causa sino sólo aquellas estimadas conducentes para fundar sus conclusiones, ni a analizar todas las cuestiones y argumentos utilizados que a su juicio no sean decisivos (ver LL 144 p. 611, 27.641-S; LL 145 p. 346; LL 148 p. 692, 29.625-S; Fallos 296:445; 297:333 entre otros).

VI. Sentado lo anterior, y en trance de resolver acerca de la cuestión planteada en la presente incidencia, estimamos necesario precisar ciertas consideraciones previas.



Sucede que el impetrante, mediante su presentación, ha cuestionado de manera directa y exclusiva, disposiciones nacionales provinciales, y ha dado fundamentos específicos en contra de ellas, a través de las cuales se estableció el denominado “Pase libre COVID-19”, esto es la Resolución Conjunta Nro. 460/2021 del Ministerio de Jefatura de Gabinete de Ministros y Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires.

Sentado lo que precede, debemos resaltar que dicho cuestionamiento se vincula a las atribuciones en ejercicio del **poder de policía de emergencia**, que de uso desarrollan la Federación y las provincias, la CABA y los municipios autónomos argentinos, como componentes de la relación federal.

Tales competencias fueron, antes, y luego de la reforma constitucional de 1994, claramente concurrentes, aunque han sufrido interesantes adaptaciones luego de operada la reforma constitucional de 1994. Ahora, el texto federal aborda una nueva realidad sistémica, existente entre los cuatro sujetos que componen la relación federal, antes enunciados, y uno *posible, constituido por* las regiones que pudiesen conformarse en el territorio de la Nación (Cfr. Art. 124 CN).

Así las cosas, nuestro aggiornato federalismo pretende instaurar una nueva relación que es sistémica, dinámica y de interacción permanente, constituida por un sistema “cultural”, cuya finalidad es lograr que la democracia representativa crezca y se expanda armónicamente en sus respectivos ámbitos territoriales, con respeto a las realidades locales, ampliando en lo posible las competencias asignadas a cada uno de los actores de la federación, en el marco de la convivencia institucional, y garantizando en tal devenir, los derechos fundamentales de los ciudadanos.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

Bien ha sostenido nuestra Alta Corte de Justicia al respecto, que “(...) de tal manera, el federalismo argentino se torna ahora en un sistema complejo y multitudinario, que intenta, no sin generar cierta conflictividad, localizar su punto de equilibrio, conjugando para ello los principios de lealtad (Néstor Sagüés) y buena fe (Bidart Campos) federales, constituyendo, en definitiva, a partir de los nuevos enlaces, un así denominado “sistema cultural de convivencia” (Cfr. CSJN Fallos: 340:1695, en Autos “La Pampa c/Mendoza”).

Con lo dicho, ha habilitado el sistema constitucional argentino, luego de operada la reforma de 1994, nuevos estándares de complementariedad y concurrencia para atribuir competencias entre el Estado Federal (Cfr. art. 41,75 Inc. 2, 12, 17, 18, 19 CN), o como lo es el supuesto de la normativa de seguridad vial, cuyas pautas de base son dispuestas por una ley federal, y se complementan por los estados provinciales y sus municipios autónomos, en razón de sus peculiaridades autóctonas, pero sin poder controvertir principios básicos que hacen a la vigencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Esta regla de complementariedad y concurrencia, es también de aplicación particular para el ejercicio de competencias en materia de policía de emergencia como las que aquí se cuestionan y debaten.

Bien ha señalado en este punto Horacio Rosatti (En Conferencia de cierre a las Jornadas Constitucionales del Poder”, Corrientes, 30 de junio de 2020) que “(...) *esta tesitura es aplicable a la situación de pandemia que asola a la República, donde se actúa un descentralizado y concertado control de las decisiones, generando marcos de cooperación para dar eficacia a las soluciones propuestas*”.

Con ello, se actúa coordinadamente el poder de policía de emergencia, debiéndose respetar en tal contexto, el denominado “margen de



aplicación local” por parte de los Estados Autónomos de la Federación, luego de que el Estado Federal instituye las reglas básicas de actuación en el poder de policía (Cfr. CSJN 1870/2014/CS1, Autos “Castillo”, CSJN 4851/2015/RH1, “UCR c/Provincia de Santa Cruz”, y “CSJN 3613/2014/CS1 “Alonso de Martina Marta Inés y otro s/Amparo”, en votos del Ministro Rosatti”).

Claramente, el mismo será luego autorizado y determinado por la autoridad local, conforme sus peculiaridades, actuando así eficazmente la concurrencia que indica la Constitución en el punto.

Será por ello, entonces, el Juez local provincial, en colaboración con la autoridad federal, quien en primer lugar evaluará el modo de ejercicio del poder de policía de emergencia por parte del Estado Provincial, al habilitar o no las condiciones para la realización de determinadas actividades, tal lo dispone la normativa que rige esta cuestión.

No puede obviarse aquí, en el contexto de lo antes narrado, que si bien el poder de policía está constituido por la potestad de restringir razonablemente la libertad de los individuos con el fin de conservar la armonía de todos, estableciendo reglas de buena conducta, calculadas para evitar la generación de conflictividad, tal accionar no se encuentra exento del control de los jueces, claro está, en el ámbito de su marco competencial, máxime en períodos de emergencia declarada, la que en ningún caso debe exceder los márgenes garantistas indicados por la Constitución.

VII. Sentado lo que precede, debemos señalar que, en los presentes actuados, la amparista requiere una orden judicial a los gobiernos nacional y provincial, para eximirla de exhibir o portar el pase sanitario impuesto por la Disposición Nacional n° 1198/2021 y habilitado por la Resolución Ministerial Conjunta n° 460/2021 de la Pcia. de Bs. As.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

El Aquo habilitó la instancia judicial (contrariamente a lo recomendado por el Ministerio Público actuante en primera instancia), otorgando para su trámite procesal la vía del amparo y concedió, además, la medida cautelar solicitada en demanda. Para ello, tuvo en cuenta que la ley 27.573 no establece la obligatoriedad de la vacunación contra el Covid-19 (al igual que la Resolución nº 2883/2020 del Ministerio de Salud nacional), así como lo dispuesto por la ley 26.529 (de Derechos del Paciente). Y consideró que las normas impugnadas violan el bloque constitucional, especialmente en lo dispuesto por los arts. 14, 14bis, 16, 19, 28, 31 y 75 inc. 22 C.N.), ya que limitan la posibilidad de llevar a cabo actividades tales como petitionar a las autoridades, trabajar y ejercer industria lícita, circular, reunirse; transgrediendo asimismo los derechos a la igualdad y a no hacer lo que la ley no prohíbe (arts. 16 y 19 C.N.).

Así las cosas, no podemos dejar de lado que al promoverse la presente acción de amparo, el “eje” del reclamo giró alrededor del intento de que se exima a la amparista de portar o exhibir el “pase sanitario”, reclamo que el Aquo receptó cautelarmente, luego de declararse competente y habilitar la instancia.

Ante ello, debemos recordar nuevamente al Aquo, que los jueces del sistema democrático debemos interpretar al sistema constitucional desde la teoría de la razonabilidad, ello teniendo en consideración que esta modalidad interpretativa ha sido sin duda desde esta óptica, determinante para el desarrollo de los Estados democráticos de derecho.

Es en tal contexto que la interpretación constitucional se ha constituido en vehículo esencial para efectivizar la garantía y aplicación de los derechos fundamentales, y los principios generales del derecho de los derechos humanos.

Estimamos en consecuencia de lo señalado, que los derechos y los principios que animan al sistema constitucional, funcionan en



conjunto como elementos que apoyan su interpretación, en términos de razonabilidad.

Así, la fuerza normativa de la Constitución posee virtualidad suficiente para paliar los enfrentamientos entre la realidad y la pretensión de garantía de los derechos, a través de su función creadora y garantizadora de los mismos. Es que los derechos y los principios se insertan hoy dentro de nuestro sistema constitucional, con una peculiar jerarquización, que impone su protección desde una dualidad concurrente que concita tanto al derecho nacional, como al internacional.

En consecuencia, es real que tanto los derechos como los principios – que derivan de las interpretaciones judiciales – intervienen en la función de promoción de ciertas condiciones de vida para sus titulares, impulsando las ideas de justicia, consenso y progreso social. Pero, aun así, están sometidos a innumerables tensiones, ya que su instalación y protección, supone la configuración de un determinado modelo de Estado, y su compromiso con el respeto y garantía de los derechos. En autos, por ejemplo, y teniendo en cuenta que ningún derecho es absoluto, no sólo deben ponderarse los derechos del paciente a un trato digno, a su intimidad y a su autonomía de voluntad (arts. 2 y ccs. Ley 26.529), 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. Por lo tanto, si bien no caben dudas acerca del derecho de las personas respecto de la disposición del propio cuerpo (ley 26.529, arts. 56, 59 y ccs. del C.C.C.), también es cierto que tales derechos deben ser interpretados y aplicados en consonancia con el interés público comprometido. Así lo ha entendido nuestro máximo tribunal





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

(C.S.J.N., 12/06/2012, Fallos 335:888, citado en su dictamen por el Fiscal actuante en Primera Instancia en estos autos).

Por ello, el juez constitucional debe constatar, al juzgar en los **casos concretos** sometidos a su jurisdicción, las exigencias de ciertas condiciones de vida razonables, del desarrollo de nuevas exigencias y necesidades sociales, con los derechos y principios que dimanen de la Constitución.

Y es así que el sistema constitucional aparece concebido no sólo como regla de organización, sino como un depósito de la soberanía popular y de los continuos cambios a los que la sociedad es sometida, donde se insertan valores, principios y catálogos de derechos, que funcionan en la medida de su incorporación, como moderadores del Poder y de las relaciones sociales.

Aun sabiendo que siempre existen argumentos y contra argumentos a los que un juez puede recurrir para justificar su decisión, es sabido que ellos no pueden en ningún caso apartarse de la racionalidad comunicativa, a sabiendas de que, como ajustadamente lo expone Alexy, el juez “tiene un campo limitado para decidir, ya que se encuentra acotado por las indicaciones del propio sistema, no pudiendo hacerlo, aunque así lo desee, sin más control que su convicción” (Cfr. Alexy, Robert: "Teoría de los derechos fundamentales", Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993).

Dicho lo anterior, y siendo que las normas puestas en crisis por la amparista resultan ser una consecuencia de las políticas públicas asumidas por el Estado ante la grave pandemia que el Covid-19 ha generado a nivel mundial y particularmente, nacional y local, no importa ya tanto una cuestión de reconocimiento legal, cuanto de aplicación efectiva de normas jurídicas vigentes, salvo que se presente una manifiesta colisión entre la factura legal y alguna disposición constitucional.



Con ello, pretendemos significar que para decidir si una norma que – dictada en un válido marco jurídico de emergencia sanitaria - establece políticas sociales y de salud que involucran un sector que los Poderes Públicos deben resguardar (Cfr. Crt. 75 Inc. 23 CN) es inconstitucional, o simplemente si se evalúa disponer su suspensión preventiva a las resultas de una futura sentencia, los jueces debemos tomar especial nota, no sólo de su redacción, sino particularmente de sus efectos, y también de los efectos que conllevará frente a la sociedad, la resolución a ser adoptada.

Dicho lo anterior, estimamos que el Magistrado actuante incurre nuevamente, al despachar esta acción de amparo, en un evidente error judicial, generando con ello una resolución contraria a la ley, a partir de la comisión de una grave equivocación sobre los hechos ventilados en el caso, y la aplicación del derecho.

Es que el Aquo, tal y como lo han advertido los representantes del Ministerio Público Fiscal en ambas instancias, **no debió haber habilitado la presente instancia judicial, debido a que no existió aquí “caso” o “causa”**.

VIII. Es sabido que, por imperativo constitucional, los jueces sólo entienden en “casos” o “causas” (Art. 116 CN). Aun reconociendo que el texto constitucional adolece en este punto de cierta ambigüedad, lo cierto es que hablar de “causa” implica que el Poder Judicial no es un centro de investigaciones de derecho, por lo que cada cuestión en la que interviene, debe ameritar un conflicto previo, a ser dirimido entre partes diferentes, para asegurar el ejercicio concreto de los derechos o la efectiva concreción de las garantías expresadas en la Constitución. El segundo de los agravios vertidos por el Ministerio de Salud de la Nación enfatiza lo dicho, y solicita que se declare mal habilitada la instancia judicial.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

Estiman la doctrina y la jurisprudencia, en forma conteste y sostenida en el tiempo, que los jueces no actúan fuera de un proceso, ni ejercen jurisdicción si la misma no es provocada por una parte interesada, ni dictan allí sentencia si esos recaudos no se encuentran dados al momento de fallar el caso. En términos de Germán Bidart Campos “(...) el Poder Judicial solo actúa en causas concretas, y no de oficio”, con lo que tratándose de un proceso de amparo individual, como el promovido en Autos, “(...) el agraviado, u otra persona por él, ha de abrir la vía y promover el proceso, con ellos surge la “causa judicial” (Cfr., del autor citado “Régimen Legal y Jurisprudencial del Amparo” EDIAR. 2018, T°II, pág.176).

Con ello, resulta claro y relevante que, según se lo ha expuesto con diáfana claridad, “(...) un caso, pues, en el sentido constitucional, existe cuando algún asunto que afecte a la constitución, leyes o tratados, se somete a los tribunales por una parte que defiende sus derechos en la forma prescripta por la ley” (Cfr. Bidart Campos, Germán “Régimen...” antes referido, T ° II, pág. 176, con cita a Story).

Específicamente, se ha señalado que “el recaudo de la existencia de "caso", "causa" o "controversia", y su correlato en la condición de "parte" *debe ser examinado con particular rigor cuando se pretende debatir la constitucionalidad de un acto celebrado por alguno de los otros poderes del Estado* (CSJN Fallos: 342:1549 “Publicar S.A.”, del 24-9-2019).

Es que tanto el art. 116 de la Constitución Nacional, en cuanto limita la competencia del Poder Judicial de la Nación a la resolución de “causas”, y la idea contenida en el art. 2° de la ley 27 en la medida que dispone que la Justicia federal sólo actúa en “casos contenciosos” y a instancias de una “parte”, dan a entender claramente que ha de existir un litigio o controversia en la que decidir concretamente el derecho aplicable a una situación en la que alguien



o varias personas se encuentren directamente afectadas por un particular evento posiblemente dañoso a sus intereses.

Es por ello que la parte debe demostrar la existencia de un interés especial en el proceso, la afectación de un interés jurídicamente protegido, de orden personal, particularizado, concreto y susceptible de tratamiento judicial, especialmente cuando se pretende debatir la constitucionalidad de un acto celebrado por alguno de los otros poderes del Estado. Por ende no es suficiente una invocación generalizada de un interés, pues ello deformaría las atribuciones del Poder Judicial en sus relaciones con el Ejecutivo y la Legislatura, *y lo expondría a la imputación de ejercer el gobierno por medio de medidas cautelares (CSJN “Mosquera”, 3-4-2003, JA 2003-III-63).*

Ingresando ya en el ámbito específico del proceso de amparo, y siendo claro de que no se trata aquí del intento de tutela de derechos humanos de la tercera generación, se requiere para la procedibilidad de la vía, o dicho de otra forma, para habilitar la instancia, que exista un agravio personal y directo, ya que el acto lesivo debe afectar a una persona determinada, que es la parte que resulta agraviada o interesada. Bien ha sostenido en este punto la jurisprudencia, que “(...) la habilitación de la instancia es el acceso a la justicia, y no decide sobre el resultado del pleito o los posibles fundamentos de la sentencia a dictarse” (Cfr.CNFed. Cont. Adm Sala II, 18/07/1995, “Calzar SA. c/Estado Nacional/Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos”).

Consideramos, entonces, 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 sólo el recaudo del peligro en la





Poder Judicial de la Nación
CAMARA FEDERAL DE MAR DEL PLATA

demora (sin el cual la medida cautelar dictada es improcedente), sino también la existencia de caso judicial que amerite verificar la ilegalidad o arbitrariedad manifiesta que habilita la intervención judicial tutelar, ya que claramente ello no alcanza aquí a aducir modo alguno de “defensa de la legalidad constitucional” que motive la intervención de un juez federal al respecto.

Por otra parte -y ésto también es relevante para ponderar la inexistencia de caso judicial- tampoco se avizora que la normativa atacada imponga a la amparista vacunarse en contra de su voluntad (lo que puede decidir según su libre albedrío, conforme al derecho a la autonomía de la voluntad consagrado en la ley 26.529), ni indicó la misma que se le haya obligado a ello hacia el futuro.

Debido a las consecuencias de lo resuelto, resulta innecesario el tratamiento de los restantes agravios.

IX. En síntesis, la vía no debió ser habilitada, atento a la inexistencia de “caso judicial”, por lo que corresponde revocar el auto atacado en todos sus términos, y rechazar la demanda promovida en Autos, atento su manifiesta improcedencia.

En cuanto a las costas de ambas instancias, no encontramos razones para apartarnos del principio general imperante en la materia, por lo que deben ser cargadas a la accionante en su calidad de vencida (art. 68 CPCCN, art. 14 Ley 16986).

XI. Por todo lo expuesto, este Tribunal;

RESUELVE:

I) DISPONER EL RECHAZO IN LIMINE de la acción de amparo, REVOCANDO con ello la habilitación de la instancia dispuesta por el Aquo,



y consecuentemente **DEJAR SIN EFECTO** la medida cautelar dictada en Autos.

II) **IMPONER LAS COSTAS** de ambas instancias en el orden causado (art. 68 CPCCN, art. 14 Ley 16.986);

III) Oportunamente, **ORDENAR EL ARCHIVO** del expediente principal y sus incidentes, atento la manifiesta improcedencia del planteo efectuado.

REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE. DEVUÉLVASE.

Se deja constancia que se encuentra vacante el cargo de tercer integrante de este Tribunal (art. 109 RJN); que los jueces han firmado electrónicamente esta sentencia desde sus respectivos despachos; y que en el día de la firma de esta sentencia en el Sistema Lex 100 notifiqué electrónicamente la presente a las partes con domicilio constituido.

