Colegio de Abogados y Procuradores
Primera Circunscripción Judicial - Mendoza

COLEGIO DE ABOGADOS Y PROCURADORES

DE LA PRIMERA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL - MENDOZA

Dictamen intercomisiones sobre la

Decisión Administrativa del Jefe de Gabinete de Ministros N°1198/2021 (pase sanitario)

Contenido

I- Introducción 2

II- Metodología 2

III- Análisis del marco legal. 2

IV- Naturaleza jurídica de la norma 3

V- Marco Legal de la Decisión Administrativa 3

VI- Análisis de técnica legislativa 4

VII- Derechos conculcados 5

VIII- Conclusiones 5

IX- Opinión en disidencia 6

X- Aportes especiales 6

XI- Anexo 7

1- Informe de la Comisión de Derecho Administrativo 8

2- Informe de la Comisión de Derecho Civil 13

3- Informe de la Comisión de Derecho Constitucional 20

4- Informe de la Comisión de Derecho de Salud 22

5- Informe de la Comisión de Derechos Humanos 26

6- Informe de la Comisión de Derecho Procesal 28

7- Informe de la Comisión de Jóvenes Abogados 38

I- Introducción

Diferentes Comisiones del Colegio de Abogados comenzaron a analizar, desde el punto de vista jurídico, el tema del pase sanitario, a raíz de la decisión administrativa N°1198/2021 del Jefe de Gabinete de Ministros de la Nación. La norma establece que los habitantes del territorio argentino deben tener el esquema completo de vacunación COVID-19 para concurrir a ciertos espacios o actividades. A partir de estos estudios se hizo un trabajo intercomisiones que confluyó en un dictamen que se presenta a continuación.

La mesa de trabajo de intercomisiones estuvo integrada por representantes de diversas Comisiones, a saber: por la Comisión de Derecho Constitucional, los Dres. Federico D'Angelo y Santiago Gascón; por la Comisión de Derecho Electoral y Reformas Institucionales su Vicepresidenta, Dra. María Lourdes Gabrielli; por la Comisión de Derecho Civil la Dra. Blanca Mangione y el Dr. Ignacio Gandolfo; por la Comisión de Derecho Procesal, su Presidente el Dr. Omar Esteban Fornetti; por la Comisión de Derecho de Salud, los Dres. Marcos González Landa y Gianina Tolín; por la Comisión de Der. Administrativo Arturo, el Dr. Erice Argumedo, por la Comisión de Jóvenes Abogados, el Dr. Alejandro Tucci y por la Comisión de Filosofía del Derecho y Ética, el Dr. Gabriel Juan.

II- Metodología

La mesa de intercomisiones decidió desarrollar un abordaje únicamente de tipo legal.

III- Análisis del marco legal

Por la Decisión Administrativa de la Jefatura de Gabinete de Ministros n° 1198/2021 se establece el "pase sanitario", que impone a toda persona mayor de 13 años y que asista a determinadas actividades establecidas en el anexo, que "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"; por lo que a contrario sensu se impide, a quien no presente el mismo, la imposibilidad de realizar las siguientes actividades:

"a. Los viajes grupales de egresados y egresadas, de estudiantes, jubilados y jubiladas, o similares.

b. *Las actividades en discotecas, locales bailables o similares que se realicen en espacios cerrados.*

c. Las actividades en salones de fiestas para bailes, bailes o similares que se realicen en espacios cerrados.

d. Eventos masivos organizados de más de MIL (1000) personas que se realicen en espacios abiertos, cerrados o al aire libre."

Se faculta a las Provincias y municipios a ampliar el listado de actividades.

IV- **Naturaleza jurídica de la norma**

Corresponde aclarar que las decisiones administrativas encuentran su génesis en la reforma constitucional de 1994, y son introducidas en la República Argentina a través del Decreto N° 977/95, por el cual se regla el accionar del Poder Ejecutivo Nacional y el funcionamiento de la institución Jefe de Gabinete (arts. 100 y 101 CN).-

Concretamente, el artículo 7° del referido Decreto dispone: *"Los actos y reglamentos que emita el Jefe de Gabinete de Ministros en ejercicio de sus atribuciones constitucionales se denominarán "Decisiones Administrativas", los que deberán contar con el referendo y legalización del Ministro secretario del ramo al cual la medida se refiera. Todas las decisiones administrativas serán puestas en conocimiento del presidente de la Nación en virtud de lo preceptuado por el artículo 99 inciso 1, de la constitución Nacional, por conducto de la Secretaría Legal y Técnica de la Presidencia de la Nación."*

V- **Marco Legal de la Decisión Administrativa**

La decisión Administrativa analizada es abiertamente violatoria del artículo 121 de la Constitución Nacional que en su primer parte reza: "***Las provincias <u>conservan</u> todo el poder no delegado por esta Constitución al gobierno federal***…" El artículo citado debe ser complementado con el artículo 123 de la Carta magna, que reza: "***Cada provincia dicta su propia constitución, conforme a lo dispuesto por el artículo 5° asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, <u>administrativo</u>, económico y financiero".-***

La implementación o no de un pase sanitario fundado en haber recibido o no la vacuna contra el COVID-19, es una medida de carácter administrativo y por ende es facultad no delegada por las provincias al gobierno federal. -

Podría interpretarse que estamos frente a un caso de "delegación legislativa", la cual ha sido definida como la habilitación excepcional y limitada que el Congreso puede conferir al Poder Ejecutivo para que este ejerza temporalmente algunas de las facultades legislativas que la Constitución otorga al Poder Legislativo. El Congreso conserva la titularidad de la facultad legislativa delegada, puede ejercerla mientras transcurre el plazo de la delegación e incluso puede reasumirla anticipadamente derogando la ley mediante la cual se otorga.

El procedimiento de la delegación legislativa comienza con la sanción de una ley delegante que establece la materia, las bases y el plazo de delegación (art. 76 de la CN). Continúa luego con la sanción de los reglamentos delegados por parte del Poder Ejecutivo que, a diferencia de los reglamentos ejecutivos, tienen jerarquía normativa de ley, ya que mediante ellos el Presidente ejerce facultades propias del Congreso.-

La delegación legislativa constituye una excepción al principio de división de los poderes y al sub-principio de "corrección funcional", que establece que las facultades que la constitución nacional otorga a cada uno de los órganos de gobierno solamente pueden ser ejercidas por ellos y no por los restantes.-

VI- **Análisis de técnica legislativa**

Por un lado, surge de la misma letra de la decisión administrativa (en delante DA), que existen contradicciones en la disposición referida a la entrada en vigor de la misma.-

Por otro, el artículo 5 de la DA establece un procedimiento de imposible puesta en práctica, ya que deja librado a la voluntad del ciudadano la carga con fidelidad de su estado de salud como condición de habilitación de dicha aplicación; mientras que el artículo 3 permite circular con el carné papel, lo que implica que una persona con síntomas o incluso positivo puede contar con su esquema completo de vacunación y aun así ingresar a los eventos masivos mostrando su carné papel.-

Siguiendo con el análisis, el artículo 6, establece la forma en la que se intenta llevar adelante esta medida en coordinación con las distintas jurisdicciones, pero dicha metodología resulta vaga y muy amplia por lo que no se llega a dimensionar con claridad la forma en la que se llevará a la práctica el control del cumplimiento de esta DA.-

De la decisión administrativa no surge con precisión cuál va a ser la metodología de aplicación del mencionado "pase sanitario"; se advierte una inentendible delegación del poder de policía como claramente lo establece en su artículo 1°:

…". Se pretende exigir acreditar el cumplimiento de una conducta, cuando de los propios considerandos de la Decisión Administrativa en análisis, se desprende que por Resolución del Ministerio de Salud N° 2883/20 se "establece una estrategia de vacunación **voluntaria**", lo cual evidencia una clara contradicción. -

No se establece autoridad de aplicación, por lo que no se sabe a ciencia cierta quién ostenta el poder de policía para velar por el cumplimiento de la norma, y tampoco establece sanción alguna en caso de incumplimiento, lo que profundiza aún más la incertidumbre en cuanto a su aplicación práctica.-

Analizando el contenido de la referida Decisión administrativa se observa con meridiana claridad que la misma no guarda proporcionalidad con la situación de vacunación descripta por ella misma, al señalar que en personas mayores de 18 años el 92.2 % cuenta con una dosis y el 80.6% de dicha población posee el esquema completo. De modo tal que una exigencia como la prevista en la norma está en directa relación con la situación epidemiológica de cada zona del país, no pudiendo por tanto revestir el carácterr genérico que se advierte en esta Decisión Administrativa.-

Otro aspecto de gran importancia, y el cual no es mencionado en la norma es la carencia del límite temporal. Si interpretamos que estamos frente a una delegación legislativa, la misma constituye una excepción al principio de división de los poderes, que establece que las facultades que la **Constitución Nacional** otorga a cada uno de los órganos de gobierno solamente pueden ser ejercidas por ellos y no por los restantes. El proceso de delegación mismo comienza con la sanción de una ley delegante que establece la materia, las bases y **el plazo de delegación** (art. 76 de la CN). Las medidas dictadas en situaciones de excepción necesariamente deben contener

el plazo durante el cual tendrán vigencia, lo cual no se observa en la decisión administrativa en análisis.-

VII- **Derechos conculcados**

Las distintas comisiones en sus aportes han comentado y desarrollado específicamente cómo esta Decisión Administrativa afecta gravemente los siguientes derechos**: libertad, propiedad, circulación, tránsito, datos personales, intimidad, Inviolabilidad de la persona humana, dignidad de la persona humana, derechos personalísimos, disposición sobre el propio cuerpo, consentimiento, derecho a la objeción de conciencia, el derecho a la libertad de culto, el derecho a la privacidad, derecho a la igualdad, libertad de pensamiento y libertad de conciencia, los cuales se desprenden de la Constitución Nacional, Tratados Internacionales de Derechos Humanos, así como del Código Civil y Comercial de la Nación, demás leyes nacionales y provinciales**; entre las que someramente traemos de los informes de comisiones y nombramos**:** ley 26.529 de Derechos del Paciente y su reglamentación, **Ley 23.592 de Actos discriminatorios, Ley 27.491 de Control de enfermedades prevenibles por vacunación, La Ley N° 25.326 de Protección de datos personales,** la **Ley N°6722/99 ley orgánica policial de la provincia de Mendoza, la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos de la Unesco (2005), conceptos de la Declaración de Helsinki. (1964)**, **el Código de Nüremberg (1947), etc.-**

VIII- **Conclusiones**

Por todo lo analizado, entendemos que el "Pase Obligatorio" no pasa el test de constitucionalidad formal ni material, ya que no tiene competencia el Jefe de Gabinete para dictar esta norma; el DNU 260/20 y su prórroga son inconstitucionales; la vacuna contra el COVID-19 no es obligatoria en Argentina. Además, la vacunación es, por estos motivos, una cuestión autónoma exenta de regulación legal por no afectar a terceros; y tampoco es razonable la medida en sí, ya que no hay adecuación (idoneidad de la medida), ni necesidad (medida menos restrictiva) ni proporcionalidad estricta (relación razonable con el fin procurado), violando el art. 28 CN.

IX- **Opinión en disidencia**

Se manifestaron algunos miembros de la Comisión de Derecho Procesal en disidencia fundando de la siguiente manera:

> "Adelanto Opinión: es constitucional. En todo caso no se si alcance a escribir la disidencia en tan poco tiempo con los compromisos que tengo de fin de año, pero pido pongan en el dictamen que en disidencia con la inconstitucionalidad estoy yo. Dejamos a la Nación y a la Provincia indefensas en temas de salud pública. La salud pública es un bien colectivo que debemos proteger entre todos. En la misma línea se inscriben las restricciones para beber alcohol y manejar, el mismo delito de propagación de enfermedades del C Penal, hasta la aptitud psicofísica para el acceso a los cargos públicos". "… Que las presentes medidas se adoptan en el marco de la declaración de pandemia emitida por la Organización Mundial de la Salud (OMS) con fecha 11 de marzo de 2020 y la emergencia pública en materia sanitaria ampliada por el Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) N° 260/20 y prorrogada hasta el 31

de diciembre de 2021 por Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) N° 167121, al que la Provincia adhiriera por Decreto N° 0173/21, en atención a la situación epidemiológica existente en el país con respecto al COVID - 19- 19; y del Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) N° 678/21 por el que se dispusieran un conjunto de nuevas medidas sanitarias de prevención y contención aplicables a todo el territorio nacional hasta el día 31 de diciembre de 2021".-

Finalmente, respecto a un punto en específico, la Comisión de Filosofía y Ética, expresó que "dado que la norma que instaura el requisito aludido no supera el test formal de constitucionalidad, la Comisión de Filosofía del derecho y ética adhiere a las razones que contiene el dictamen …, aclarando que ello no implica expedirse sobre el fondo de la cuestión, es decir, sobre la legitimidad o no de una medida restrictiva de derechos fundamentales por parte del Estado, cuando está en juego la salud pública entendida como bien general. Por lo tanto, se sugiere al Directorio seguir trabajando sobre este aspecto fundamental del razonamiento jurídico, que se vincula con uno de los temas troncales de la Filosofía del derecho: la relación del Derecho con la Moral y la Política".

X- **Aportes especiales**

La comisión de jóvenes abogados: acompañó un análisis específico del artículo 5 de la DA: "merece el análisis de lo dispuesto por el artículo 5, al ordenar *"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".*

Así, de la comprobación de la página:

https://www.argentina.gob.ar/jefatura/innovacion-publica/acciones-coronavirus/aplicacion-y-tableros-de-gestion/que-es

extraemos la finalidad de dicha aplicación, al decir *"La aplicación Cuidar-COVID-19 posibilita el* ***autodiagnóstico de síntomas, brinda asistencia y recomendaciones*** *en el caso de compatibilidad con coronavirus* ***y proporciona herramientas de contacto de esos casos a las autoridades sanitarias."*** y, de los considerandos de la norma, entendemos que la misma apunta al cuidado de la salud de la población. Por ello, entendemos contradictorio que, si una persona presenta síntomas de la enfermedad o si resulta en caso activo de la misma en el sistema nacional, **la aplicación creada al efecto de brindar un acompañamiento, asistencia y facilidad de contacto con las autoridades sanitarias cierre, privando de sus fines al poseedor de esta y, nuevamente, discriminando el acceso a un bien público (aplicación Cuidar), por parte de los ciudadanos.-**

A renglón seguido, extraemos del artículo 7 de la norma que *"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…"*. De ello,

podemos colegir que, no satisfecho el órgano emisor con las restricciones ilegales que intenta imponer mediante este deja una puerta abierta para que *"autoridades de las jurisdicciones y organismos del Sector Público Nacional"* subyuguen aún más los más básicos derechos constitucionales.-

XI- **Anexo**

El dictamen final de la mesa intercomisiones constituida para el análisis legal de la Decisión Administrativa sobre el pase sanitario en Argentina, fue el fruto del trabajo coordinado de las distintas comisiones que, luego de un ávido debate y tras determinar la metodología de trabajo, alcanzó el resultado esperado.

En ese contexto, cada comisión desarrolló dentro del marco estipulado un análisis de tipo jurídico propio de la rama que estudia, aportando y dando luz a la problemática analizada. A continuación, se exponen los informes de cada Comisión, que trasluce el desarrollo innovador de los puntos vinculados al pase sanitario. Estos informes fueron la base del dictamen final que buscó brindar los lineamientos generales, aunque concretos, sobre la legalidad o no de la Decisión Administrativa N°1198/2021.

1- **Informe de la Comisión de Derecho Administrativo**

I- Introducción:

Como consecuencia del dictado de la Decisión Administrativa N° 1198/2021, la Comisión de Derecho Administrativo del Colegio de Abogados y Procuradores de la Primera Circunscripción Judicial de Mendoza se abocó a su análisis, con el fin de determinar el alcance e impacto que la aplicación de la misma provocaría en la Provincia de Mendoza.

Corresponde aclarar que las decisiones administrativas encuentran su génesis en la reforma constitucional de 1994, y son introducidas en la República Argentina a través del Decreto N° 977/95, por el cual se regla el accionar del Poder Ejecutivo Nacional y el funcionamiento de la institución Jefe de Gabinete (arts. 100 y 101 CN).

Concretamente, el artículo 7° del referido Decreto dispone: "Los actos y reglamentos que emita el Jefe de Gabinete de Ministros en ejercicio de sus atribuciones constitucionales se denominarán "Decisiones Administrativas", los que deberán contar con el referendo y legalización del Ministro secretario del ramo al cual la medida se refiera. Todas las decisiones administrativas serán puestas en conocimiento del presidente de la Nación en virtud de lo preceptuado por el artículo 99 inciso 1, de la constitución Nacional, por conducto de la Secretaría Legal y Técnica de la Presidencia de la Nación."

II- Contexto de la norma:

Con fecha 10 de diciembre de 2021, ha sido dictada la Decisión Administrativa N° 1.198/2021, firmada por el Dr. Juan Luís Manzur y la Dra. Carla Vizzotti, con el objeto formal de introducir el "Pase Sanitario" en todo el ámbito territorial de la República Argentina.

Transcurridos veinte meses desde la declaración de emergencia por la Pandemia COVID-19, luego de la implementación de las medidas de "ASPO", "DISPO", etc.; la manifiesta indiferencia a los esfuerzos y sacrificios de la sociedad argentina, vilipendiados por actos tales como el festejo de cumpleaños de la Primera Dama, funerales y actos multitudinarios; la introducción tardía de un programa de vacunación gratuito y voluntario; la creación paralela del denominado "Vacunatorio VIP"; y la falta de aprobación legislativa de numerosos decretos de necesidad y urgencia dictados durante el año 2021; parece indicar que a través de esta modalidad de decisión administrativa se procura la implementación de un nuevo mecanismo de contralor ciudadano, so pretexto de la pandemia COVID-19.

La incorporación del "Pase Sanitario", cuya obtención depende necesariamente de una base de datos provista y administrada por el Gobierno Nacional y que además requiere de la utilización de la app "CuidAr", genera fuertes resquemores sobre la efectiva y libre disponibilidad de dicho pase, pero quizás y mucho más importante aún, hace vislumbrar una plausible afrenta al libre albedrío de los ciudadanos, frente a la posibilidad latente de un ciberpatrullaje gubernamental.

Como sostiene con gran lucidez García Pullés, la eficacia de la potestad sancionadora se refleja en la capacidad de imponer perjuicios que se presentan como menos graves e inducen

a disminuir los reparos mantenidos frente a normas de carácter penal. Y este territorio, en la oscuridad de los límites que otras batallas impusieron al poder, se muestra como sumamente eficaz para ir diseñando un modelo de vida individual y social acorde a la utilidad del biopoder y alejado de la biodignidad que debería presidir, como nota distintiva, una organización social moderna, a saber: la juridicidad. Por eso, no es usual que quienes menos alientan las libertades y exhiben con crudeza la importancia de resolver los riesgos sociales exijan más atribuciones y reduzcan las limitaciones y parapetos a este tipo de potestades.

III- Marco Legal de la Decisión Administrativa

La decisión Administrativa analizada es abiertamente violatoria del artículo 121 de la Constitución Nacional que en su primer parte reza: "Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al gobierno federal…" El artículo citado debe ser complementado con el artículo 123 de la Carta magna, que reza: "Cada provincia dicta su propia constitución, conforme a lo dispuesto por el artículo 5° asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero".

La implementación o no de un pase sanitario fundado en haber recibido o no la vacuna contra el COVID-19, es una medida de carácter administrativo y por ende es facultad no delegada por las provincias al gobierno federal.

Los artículos citados se fundan en el Principio de Subsidiariedad, que en el caso particular implica que las medidas que pueden ejecutar los municipios no las ejecute la provincia, y las medidas que pueden ejecutar las provincias no las ejecute la Nación.

Podría interpretarse que estamos frente a un caso de "delegación legislativa", la cual ha sido definida como la habilitación excepcional y limitada que el Congreso puede conferir al Poder Ejecutivo para que éste ejerza temporalmente algunas de las facultades legislativas que la Constitución otorga al Poder Legislativo. El Congreso conserva la titularidad de la facultad legislativa delegada, puede ejercerla mientras transcurre el plazo de la delegación e incluso puede reasumirla anticipadamente derogando la ley mediante la cual se otorga.

El procedimiento de la delegación legislativa comienza con la sanción de una ley delegante que establece la materia, las bases y el plazo de delegación (art. 76 de la CN). Continúa luego con la sanción de los reglamentos delegados por parte del Poder Ejecutivo que, a diferencia de los reglamentos ejecutivos, tienen jerarquía normativa de ley, ya que mediante ellos el Presidente ejerce facultades propias del Congreso.

La delegación legislativa constituye una excepción al principio de división de los poderes y al subprincipio de "corrección funcional", que establece que las facultades que la constitución nacional otorga a cada uno de los órganos de gobierno solamente pueden ser ejercidas por ellos y no por los restantes.

A través de la delegación legislativa se habilita la posibilidad de reemplazar el complejo procedimiento ordinario para la sanción de las leyes por el Congreso, previsto en los arts. 77-84, por

uno mucho más sencillo, que sólo requiere la decisión concurrente del Presidente y del Jefe de Gabinete de Ministros.

El fundamento que se ha esgrimido para permitir constitucionalmente la delegación legislativa es que la demanda normativa que requiere el adecuado funcionamiento de los sistemas políticos contemporáneos, no puede ser adecuadamente atendido por el procedimiento ordinario de sanción de las leyes, dada la cantidad y complejidad técnica, y la rapidez de respuesta normativa que es necesaria para el eficaz desenvolvimiento de la vida política en nuestros días.

Si bien no existen derechos absolutos en nuestra Carta Magna, no hay que perder de vista que la limitación a los derechos individuales, a través de normas que en principio aparecen como "ajustadas a derecho" - como es el caso de la Decisión Administrativa 1198/2021-, deben ser más que meras declaraciones de voluntad que resultan a las claras de imposible aplicación, con más oscuros que claros en su redacción.

IV- Análisis de técnica legislativa.

Las inconsistencias en la norma son varias. En primer lugar, en el artículo primero de la decisión administrativa (DA) se enuncia que la misma comenzará a regir a partir del 1 de enero de 2022, mientras que el artículo 9 contradice lo establecido en el artículo 1 al establecer que "la presente norma entrará en vigencia el día de su publicación en el Boletín Oficial", cuando una buena práctica legislativa sería armonizar todo el plexo normativo de la DA, amén de que el derecho de fondo establece que los plazos siempre comienzan a correr el día hábil posterior a la publicación y/o notificación de la decisión que se pretende dar a conocer y exigir.

El artículo 5 de la DA establece un procedimiento de imposible puesta en práctica, ya que deja librado a la voluntad del ciudadano la carga con fidelidad de su estado de salud como condición de habilitación de dicha aplicación; mientras que el artículo 3 permite circular con el carné papel, lo que implica que una persona con síntomas o incluso positivo puede contar con su esquema completo de vacunación y aun así ingresar a los eventos masivos mostrando su carnet papel.

Por otra parte, cabe preguntarse qué ocurre con aquellas personas que tienen el esquema completo de vacunación, con las constancias correspondientes, pero carecen de "Pase Sanitario". ¿Son pasibles de sanción administrativa? ¿Se les puede denegar acceso a las actividades y lugares consignados tan genéricamente por la DA?

El artículo 6 al establecer la forma en la que se intenta llevar adelante esta medida en coordinación con las distintas jurisdicciones, es vaga y muy amplia no se llega a dimensionar con claridad la forma en la que se llevará a la práctica el control del cumplimiento de esta DA.

De la decisión administrativa no surge con precisión cuál va a ser la metodología de aplicación del mencionado "pase sanitario"; se advierte una inentendible delegación del poder de policía como claramente lo establece en su artículo 1° al señalar que el mismo deberá ser exhibido "ante el requerimiento del personal … privado designado para su constatación. …". Se pretende

exigir acreditar el cumplimiento de una conducta, cuando de los propios considerandos de la Decisión Administrativa en análisis, se desprende que por Resolución del Ministerio de Salud N° 2883/20 se "establece una estrategia de vacunación voluntaria,…", lo cual evidencia una clara contradicción.

No se establece autoridad de aplicación, por lo que no se sabe a ciencia cierta quién ostenta el poder de policía para velar por el cumplimiento de la norma, y tampoco establece sanción alguna en caso de incumplimiento, lo que profundiza aún más la incertidumbre en cuanto a su aplicación práctica, máxime en el caso de eventos privados, en los que los ciudadanos de a pie carecen del poder de policía para hacer cumplir con esta DA frente a sus pares.

El artículo octavo de la DA termina de dejar en claro la vaguedad de la norma al establecer que en caso de no cumplir con lo dispuesto "se procederá a hacer cesar la conducta infractora y se dará actuación a la autoridad competente"; las preguntas al respecto son varias; ¿Cuándo se está en infracción de la DA, cuando se está en un evento masivo sin pase?, ¿Cómo se lo hace cesar en la conducta infractora, echándolo? ¿Y si es un evento privado en el que nadie ostenta el poder de policía para solicitar la expulsión, se dará aviso a la policía?, ¿Quién es la autoridad competente de la que habla el artículo a la que hay que darle intervención?

Analizando el contenido de la referida Decisión administrativa se observa con meridiana claridad que la misma no guarda proporcionalidad con la situación de vacunación descripta por ella misma, al señalar que en personas mayores de 18 años el 92.2 % cuenta con una dosis y el 80.6% de dicha población posee el esquema completo. De modo tal que una exigencia como la prevista en la norma está en directa relación con la situación epidemiológica de cada zona del país, no pudiendo por tanto revestir el carácter genérico que se advierte en esta Decisión Administrativa.

Otro aspecto de gran importancia, y el cual no es mencionado en la norma es la carencia del límite temporal.

Si interpretamos que estamos frente a una delegación legislativa, la misma constituye una excepción al principio de división de los poderes, que establece que las facultades que la Constitución Nacional otorga a cada uno de los órganos de gobierno solamente pueden ser ejercidas por ellos y no por los restantes. El proceso de delegación mismo comienza con la sanción de una ley delegante que establece la materia, las bases y el plazo de delegación (art. 76 de la CN). Las medidas dictadas en situaciones de excepción necesariamente deben contener el plazo durante el cual tendrán vigencia, lo cual no se observa en la decisión administrativa en análisis.

En definitiva, la Decisión Administrativa -por la cual se pretender regular materia no delegada por las Provincias a la Nación- es inconstitucional, carece de exigibilidad y no resulta obligatoria en la Provincia de Mendoza.

Finalmente, de acogerse esta normativa a nivel provincial, deberá necesariamente contarse con disposiciones provinciales superadoras que subsanen las graves falencias advertidas en la normativa nacional.

V- Conclusión.

El “pase sanitario” resulta sin lugar a dudas, una herramienta sanitaria útil que ha sido implementada por numerosos países, quedando probado inclusive que la utilización de este puede coadyuvar al aumento de la vacunación en las poblaciones.

Sin embargo la forma en que ha pretendido implementarse en nuestro País ha denotado un nivel de desprolijidad e improvisación que no resulta admisible y que atenta a todas luces con los principios fundamentales que sustentan nuestro sistema de gobierno.

Mendoza, 16 de diciembre de 2021.

Dra. Liliana Pace, Dra. Marcela Amarillo, Dra. Victoria Perry, Dr. Daniel Fernando Solas Anaine, Mgter. Arturo Erice Argumedo

2- **Informe de la Comisión de Derecho Civil**

Los representantes convocados para el análisis jurídico sobre el denominado "Pase Sanitario", hemos desarrollado la temática desde el área del derecho civil, teniendo como punto de partida la controversia en torno a la Resolución administrativa N° 1198/2021 de Firma Conjunta Ministerial, denominado "PASE LIBRE COVID - 19 19"

La herramienta de gestión (ya aplicada en varias provincias de la Argentina) consistiría en la acreditación del cronograma completo de vacunación COVID - 1919 para poder acceder a eventos masivos como recitales o canchas en ocasión de partidos de fútbol, requisito que también se exigiría para realizar trámites tanto en organismos públicos como en empresas privadas, bancos o en lugares cerrados con aglomeración de personas

El impacto de la medida según medios de comunicación masiva apuntaría no solo a disminuir el número de contagios por la pandemia de coronavirus, sino también a incrementar el número de vacunados contra el virus SARS- CoV-2.

Analizada dicha herramienta a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación (ley N° 26.994), la misma se presenta como una potencial vulneración de principios personalísimos enumerados en dicho cuerpo normativo, todo bajo el pretexto de la salvaguarda del bien común y la salud pública, existiendo en la actualidad estudios científicos positivos pero a su vez también negativos sobre la vacunación voluntaria de COVID - 19 19, hallándose la misma aún en fase experimental y autorizada en situación de emergencia bajo D.N.U. 125/21, en el cual el Sr. Presidente de la Nación ha sostenido:

"(…)Que ARGENTINA ha sido seleccionada por la OMS como parte de los países que están participando de los Estudios Solidaridad con el objetivo de generar datos rigurosos en todo el mundo para encontrar los tratamientos más eficaces para los pacientes hospitalizados con COVID-19 y para evaluar la eficacia de vacunas(...) Que, asimismo, ARGENTINA ha sido seleccionada como parte de los países en los que se efectúan los ensayos clínicos para, al menos, CUATRO (4) de las vacunas para COVID-19, y se ha anunciado la producción de otra de ellas en territorio nacional, posicionando al país en un lugar de privilegio dentro de la región de las Américas…".

En consecuencia, es muy claro que la vacunación prevista para luchar contra el virus COVID - 19 19 es un "ensayo clínico" y, aun en ese carácter, se prevé exigirla bajo el denominado "pase sanitario".

Es de destacar que, conforme lo ha resuelto el Máximo Tribunal de la Nación, ninguna declaración de "emergencia" nos libera del poder regulatorio del derecho, las autoridades deben encarar la responsabilidad de atender los problemas que ella plantea en un marco de respeto a las normas constitucionales. (CSJ 567/2021 Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Estado Nacional [Poder Ejecutivo Nacional] s/acción declarativa de inconstitucionalidad", de mayo de 2021.)

Estos límites formales y sustanciales que impone la Constitución han sido reconocidos

expresamente en el fallo citado en los siguientes términos: “La emergencia no crea el poder, ni aumenta el poder concedido, ni suprime, ni disminuye las restricciones impuestas sobre el poder concedido, o reservado” - Fallo Avico, Oscar A. c/ De la Pesa (Fallos: 322:2817).

Esbozado el tema que nos ocupa, advertimos cómo el mismo tiene puntos de contacto con varios artículos del C.C.C.N., no siempre de forma concordante o armoniosa, a saber:

Art. 51.- Inviolabilidad de la persona humana. La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad.

Art.52.- Afectaciones a la dignidad. La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1.

Art. 55.- Disposición de derechos personalísimos.

El consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos es admitido si no es contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres. Este consentimiento no se presume, es de interpretación restrictiva, y libremente revocable.

Art. 56.- Actos de disposición sobre el propio cuerpo. Están prohibidos los actos de disposición del propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de su integridad o resulten contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres, excepto que sean requeridos para el mejoramiento de la salud de la persona, y excepcionalmente de otra persona, de conformidad a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico. La ablación de órganos para ser implantados en otras personas se rige por la legislación especial. El consentimiento para los actos no comprendidos en la prohibición establecida en el primer párrafo no puede ser suplido, y es libremente revocable.

Art.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, 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.

Art. 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

A partir de la exigencia del pase sanitario para todas las personas desde los 13 años, es necesario enfatizar lo establecido por el Civil y Comercial de la Nación, el cual en cumplimiento de las directivas de la Convención sobre los Derechos del Niño, sigue los lineamientos de la ley 26.061 de Protección Integral de Niños/as y Adolescentes, a la par que adopta un claro criterio de distinción vinculado a la aptitud de aquéllos para el cuidado de su cuerpo y su salud.

Esta toma como base dos niveles. Por un lado, el derecho del niño y del adolescente a expresar su opinión y a ser escuchado en todos los asuntos que los afecten y, por el otro, a decidir el modo en que habrán de ejercer esos derechos.

El artículo 26, C.C.C.N. dispone: “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 (…) 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 de 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".

Esta norma debe complementarse con el artículo 59 del mismo cuerpo legal –sobre consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud– de todo lo cual surge que no se requiere de capacidad jurídica para tomar este tipo de decisiones, sino de "aptitud" o "competencia". Ambas normas, analizadas desde el punto de vista de los niños y adolescentes, resultan claras expresiones del principio de autonomía progresiva, que implica la asunción por los niños, niñas y adolescentes de diversas funciones decisorias según su grado de desarrollo y madurez.

La norma especial en materia de ejercicio de derechos en el campo de la salud, ley 26.529 de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de Salud, incorporó por vía reglamentaria —decreto 1089/2012— la cuestión de la aptitud personal de niños, niñas y adolescentes para el ejercicio de sus derechos. Así, al reglamentarse el principio de autonomía, el art. 2°, inc. e del decreto dispone: "… Los profesionales de la salud deben tener en cuenta la voluntad de los niños, niñas y adolescentes sobre esas terapias o procedimientos, según la competencia y discernimiento de los menores. En los casos en que de la voluntad expresada por el menor se genere un conflicto con el o los representantes legales, o entre ellos, el profesional deberá elevar, cuando correspondiere, el caso al Comité de Ética de la institución asistencial o de otra institución si fuera necesario, para que emita opinión, en un todo de acuerdo con la Ley 26.061…".

En resumen, a partir del análisis del art. 26 C.C.C.N., nos preguntamos: ¿cuáles son las tres situaciones contempladas por la norma?

a) Respecto de la pretensión de ejercicio de derechos y actos que no comprometen la salud del adolescente ni provocan riesgo en su integridad física —y psíquica—, la sola petición del adolescente hace presumir su aptitud para el acto que desea practicar.

b) Frente a tratamientos invasivos que sí comprometen la integridad, salud o vida del adolescente, se exige la asistencia del representante, con el consentimiento de la persona menor de edad. No se está hablando de representación ni de sustitución, sino de asistencia: es el adolescente el que presta el consentimiento, asistido por su representante.

Los posibles conflictos entre quien consiente y quien/es asiente/n, se resuelven judicialmente, debiendo el fallo considerar dos pautas: por un lado, el interés superior del niño y, por el otro —si bien se trata de un efecto que también se mide para delinear y adoptar la decisión que realiza tal interés superior— la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización del acto.

c) A partir de los 16 años el sistema se independiza de las previsiones, incapacidad y competencia, considerándose al menor como un mayor de edad al efecto de la decisión sobre procedimientos médicos a su respecto.

Entonces, en principio, conforme lo establecido en los artículos 26, 55, 58 y 59 del Código Civil y Comercial de la Nación, y lo prescripto en la ley 26.529 y su reglamentación, toda persona competente puede disponer del propio cuerpo a través de un acto de voluntad, libre y revocable.

La regulación del consentimiento informado en el capítulo destinado a los derechos personalísimos es una muestra de su relevancia dada su íntima relación con la dignidad, integridad y autonomía de la persona.

Surge la duda de qué sanciones caerán sobre el adolescente o padres que -tratándose de un acto invasivo para su salud- requiere el consentimiento de sus representantes para la inoculación y obtener su "pase libre COVID - 19",

¿será privado de su libertad de reunión?, ¿se quitará a sus padres la responsabilidad parental para decidir en el caso concreto por encima de sus creencias o dudas?

Al tratarse de una realidad temporalmente novedosa, no hay jurisprudencia que nos indique cómo un juzgado de familia actuaría ante la decisión progresiva y paulatina del menor de edad de ejercer su derecho a reunirse en lugares públicos y no poder hacerlo por no poseer su "pase COVID - 19".

Son también Puntos de análisis las leyes N° 23.592, 26.529 y 25.326:

Ley 23.592 de Actos discriminatorios, la cual adopta medidas para quienes arbitrariamente impidan el pleno ejercicio de los derechos y garantías fundamentales establecidos en la C.N.

La Ley N° 25.326 de Protección de datos personales, la cual en su art. 2 establece que se entiende por datos personales "la información de cualquier tipo referida a personas físicas o de existencia ideal determinadas o determinables y por datos sensibles a los datos personales que revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e INFORMACIÓN REFERENTE A LA SALUD o a la vida sexual" (la mayúscula en nuestra.)

Pues bien, entendemos que el artículo es aplicable a la información que se requiere con relación a si el personal se ha sometido o no a la vacunación del COVID - 19 19. Debemos tener en cuenta que en el art. 5 de dicha normativa se establece como regla general que:

"El tratamiento de datos personales es ilícito cuando el titular no hubiere prestado su consentimiento libre, expreso e informado, el que deberá constar por escrito, o por otro medio que permita se le equipare, de acuerdo a las circunstancias."

"El referido consentimiento prestado con otras declaraciones, deberá figurar en forma expresa y destacada, previa notificación al requerido de datos, de la información descrita en el artículo 6° de la presente ley."

Además de esta circunstancia, el art. 7 estipula que:

"1. Ninguna persona puede ser obligada a proporcionar datos sensibles. 2. Los datos sensibles sólo pueden ser recolectados y objeto de tratamiento cuando medien razones de interés general autorizadas por ley (la cual no se ha expresado en ley 27.541). También podrán ser tratados con finalidades estadísticas o científicas cuando no puedan ser identificados sus titulares. 3. Queda prohibida la formación de archivos, bancos o registros que almacenen información que directa o indirectamente revele datos sensibles (…)"

Sin ir más lejos, la Ley N°6722/99 (orgánica policial de la provincia de Mendoza) en su artículo 9 sobre principios básicos de actuación policial (inciso 10) ratifica lo expuesto anteriormente, en los siguientes términos:

"Queda expresamente prohibido a todo el personal policial reunir, analizar o manipular información referida a personas motivada exclusivamente en su condición étnica, religiosa, cultural, social, política, ideológica, profesional, de nacionalidad, de género, así como por su opción sexual, por razones de salud o enfermedad, por adhesión o pertenencia a organizaciones políticas, sociales, sindicales, comunitarias, cooperativas, asistenciales, laborales o con fines discriminatorios."

Ante esa prohibición impuesta a las fuerzas policiales provinciales, surge la duda de cómo una norma administrativa otorgará poder de policía a otras entidades para el control de documentación referente a salud o enfermedad relacionada al COVID-19.

Cerramos el análisis concluyendo que los argumentos vertidos para la implementación del pase sanitario obligatorio traen aparejados, a la luz de la normativa civil vigente, la violación de normas supralegales que versan sobre la protección de derechos personalísimos y datos personales protegidos por el Código Civil y Comercial de la Nación, como así también por leyes regulatorias específicas nacionales.

3- **Informe de la Comisión de Derecho Constitucional**

En relación con el tema planteado, "PASE SANITARIO", compartimos las siguientes conclusiones, sujetas a revisión, modificaciones, supresiones, agregados, etc., de acuerdo con el criterio del resto de las Comisiones intervinientes.

En primer lugar, en lo atinente a la norma que dispone la medida en cuestión, esto es, la DECISIÓN ADMINISTRATIVA N° 1198/2021–en adelante, "DA"- y previo adentrarnos en su texto, se objeta inicialmente que la misma omite el debido, necesario y recomendable debate legislativo (trámite ordinario de formación y sanción de las leyes), al tiempo que no existe obstáculo alguno para dar lugar a dicha instancia en el Congreso Nacional. Con ello, se advierte también que no habría sido un DNU la herramienta adecuada; más se señala que con la DA pareciera haberse intentado soslayar el trámite legal de tratamiento de esa normativa de emergencia (Comisión Bicameral).

Luego, en relación con la naturaleza jurídica de dicha DA y más allá de su propio texto, no se advierte que la misma revista carácter obligatorio para las provincias; mucho más cuando pretende regular sobre potestades no delegadas por las provincias a la Nación.

Ya en el propio texto de la DA en trato, se señala una autocontradicción en sus considerandos que conlleva ínsita una evidente inconstitucionalidad. Allí se habla de "obligatoriedad" de la vacunación, con referencia a un marco normativo que NO incluye al régimen de vacunación COVID el que, como es de público y notorio, es un régimen de aplicación voluntaria. La referencia normativa que se efectúa es también errónea en tanto el Plan Nacional de Vacunación no abarca la vacunación debido al COVID. Se anota, por consiguiente, una inobservancia del mandato constitucional de la debida fundamentación de las decisiones de los poderes del Estado (art. 18 CN).

Sobre la regulación en sentido estricto, se presenta flagrante la inconstitucionalidad de la pretendida reglamentación –restricción- de derechos constitucionales, como libertad, propiedad, circulación, tránsito, etc.

Se aprecia que la norma no resiste un test de razonabilidad, en tanto se advierte la existencia de otros medios más adecuados para alcanzar el fin perseguido con herramientas de más fácil acceso y concreción (campañas de información, por ejemplo). La norma no indica órganos ni mecanismos de contralor, el que, a priori, se presenta como sumamente complejo. En este punto (test de razonabilidad) se señala a modo de referencia quizás secundaria, que el mismo Poder Ejecutivo emisor de la norma que prohíbe reuniones de más de 1.000 personas, convocó en las jornadas previas a la emisión de la DA a una reunión multitudinaria en la CABA. Con ello, puede agregarse un elemento más en el cuestionamiento de la razonabilidad de la norma en tanto destaca la inconsistencia o incoherencia en la misma conducta del órgano emisor.

En igual sentido, la norma en cuestión vuelve con la ya cuestionada imposición de figuras sancionatorias, sin precisar si se trata de delitos, contravenciones u otra, amén de la marcada improcedencia de su configuración en una disposición como la que se analiza.

Debido a esta liminar compulsa de la DECISIÓN ADMINISTRATIVA N° 1198/2021, puede concluirse en la inconstitucionalidad de la misma, por los argumentos sucintamente vertidos y, como se indicará, sujeto a los aportes, críticas y demás opiniones de las restantes Comisiones del Colegio de Abogados intervinientes.

Mendoza, 27 de diciembre de 2021.

4- Informe de la Comisión de Derecho de Salud

TOMAR CONCIENCIA DE LA ESENCIA

La decisión administrativa 1198/21, emitida por la Jefatura de Gabinete de ministros de la Nación, referida al denominado "Pase Sanitario" implica limitar el acceso a diferentes lugares y actividades a aquellas personas que no acrediten las vacunas contra el virus COVID19.

Dicha decisión, implica un sinnúmero de conceptos, interpretaciones, valores, juicios e ideologías, que al ser encarnados éstos por seres humanos, generan múltiples puntos de vista y arduas luchas de poderes que se tornan, muchas veces, inagotables.

Por ello, consideramos que el camino más propicio y puro para hacer frente a esta temática es– como en la mayoría las situaciones de la vida- la esencia de las cosas.

Consideramos primordial, destacar los parámetros fundamentales de esta discusión: la decisión sobre el propio cuerpo, el desconocimiento general sobre los posibles efectos de la vacuna, el colapso del sistema sanitario, la salud pública, la ciencia.

Decidimos focalizarnos en aquellas personas que no quieren vacunarse, quienes no afectarían a los ya vacunados porque ellos ya estarían inmunizados y fuera de peligro, pero sí su decisión estaría repercutiendo en el sistema sanitario, ocasionando un posible colapso de este, producto de sus decisiones personales.

En base a este enfoque, pretendimos establecer como principio de solución que aquellos que no quieran vacunarse-para no ver restringidas sus libertades- puedan acceder sin limitaciones a todos los espacios sin necesidad de acreditar la vacunación, pero imponiéndoles como condición el no acceso al sistema de salud en caso de contraer coronavirus.

Bajo este criterio entonces: ¿deberíamos no brindarle asistencia sanitaria al fumador, al conductor alcoholizado, al drogadicto? Esta misma problemática podría trasladarse a todas aquellas instituciones y entidades públicas de nuestro país, tal como las universidades públicas: ¿Debemos aplicar un trato distinto al alumno que cumple en tiempo y forma sus estudios y al alumno que se perpetúa en la universidad y consume recursos del Estado durante años? Elegimos vivir en un país cuyo sistema educativo y de salud es público y, por tanto, se le debe brindar trato digno y equitativo a todas las personas que lo habitan.

Continuando con este razonamiento: a la persona que contrajo una gripe- enfermedad conocida médica y socialmente por su contagiosidad- ¿también deberíamos exigirle un pase sanitario? De no hacerlo, ¿estaríamos siendo justos con aquellos que han decidido no vacunarse con la vacuna de coronavirus?

Descartamos tales posibilidades y argumentos amparándonos en la ley de derechos del paciente N° 26.529 en vigencia, la cual establece en su artículo 2: "Derechos del paciente. Constituyen derechos esenciales en la relación entre el paciente y el o los profesionales de la salud, el o los agentes del seguro de salud, y cualquier efector de que se trate, los siguientes:

-Asistencia. "El paciente, prioritariamente los niños, niñas y adolescentes, tiene derecho a ser

asistido por los profesionales de la salud, **sin menoscabo y distinción alguna,** producto de sus ideas, creencias religiosas, políticas, condición socioeconómica, raza, sexo, orientación sexual o cualquier otra condición. El profesional actuante sólo podrá eximirse del deber de asistencia, cuando se hubiere hecho cargo efectivamente del paciente otro profesional competente."

-Autonomía de la Voluntad. "El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley Nº 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud."

Continuando con este enfoque, es precioso tener presente:

- La Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos de la Unesco (2005) donde toda intervención médica preventiva, diagnóstica y terapéutica sólo habrá de llevarse a cabo previo CONSENTIMIENTO LIBRE E INFORMADO de la persona interesada, basado en la información adecuada. Cuando proceda, el consentimiento debería ser expreso y la persona interesada podrá revocarlo en todo momento y por cualquier motivo, sin que esto entrañe para ella desventaja o perjuicio alguno (art. 6°)

-Conceptos de la Declaración de Helsinki. (1964) En toda investigación en personas, cada participante debe ser informado suficientemente de los objetivos, métodos, beneficios y posibles riesgos previstos y de las molestias que pudiera ocasionar. Debe informarse a cada persona que es libre de no participar en el estudio y de revocar en todo momento su consentimiento. El médico debe obtener el consentimiento informado otorgado libremente por las personas, preferiblemente por escrito.

-El Código de Nüremberg (1947) —El consentimiento voluntario del sujeto humano es absolutamente esencial. Se requiere plena capacidad legal y estar en una situación que permita la plena libertad de elección, sin impedimento alguno de fuerza, fraude, engaño, intimidación, promesa o cualquier otra forma de coacción o amenaza; y deberá tener información y conocimiento suficiente para que pueda entender lo que decide. No se podrán realizar experimentos de los que hallan razones a priori para creer que puedan producir la muerte o daños incapacitantes graves.

-Respecto de la Ley 27.491: Tipifica con carácter "preventivo" la vacuna y, además, cita los principios de obligatoriedad y prevalencia, además de la sanción compulsiva, violando el principio de la proporcionalidad que debe existir entre la amenaza de la sanción, y el bien jurídico que dice proteger, plasmando solo en letra, lo que intenta como con calidad jurídica de un orden público minúsculo, que se desvanece en la misma literalidad fútil de la escritura. Socavando los derechos individuales de las personas en un "fin superior" que es la salud pública. Fin aún no demostrado ciertamente desde la evidencia científica al encontrarse en fases de análisis tal como se expone en páginas oficiales del Ministerio de Salud de la Nación:

argentina.gob.ar/anmat/regulados/investigaciones-clinicas-farmacologicas/Estudios-autorizados-COVID19

Por otro lado, algunos podrán sostener que, a causa de las decisiones personales de algunos,

los médicos y auxiliares de la salud, están batallando hasta el cansancio para hacer frente a este virus. Pero esta realidad nunca fue desconocida para los mismos, toda vez que realizaron un juramento hipocrático en el que conocían perfectamente los infortunios y avatares de su profesión. El juramento de la facultad de medicina de la Universidad de Buenos Aires (UBA) dispone: "no permitir jamás, que entre el deber y el enfermo se interpongan consideraciones de religión, de nacionalidad, de raza, de partido o de clase". Bajo esta premisa, entonces, todos los seres humanos deberíamos tener el mismo acceso a la asistencia médica, independientemente de los descuidos, aciertos o negligencias que cometamos.

En lo que nos respecta, es de fundamental importancia destacar que las llamadas vacunas contra el Covid-19, no son obligatorias conforme DNU 125/21, siendo voluntaria para todos los ciudadanos de la República Argentina tal como lo expresa la Resolución mencionada del MINISTERIO DE SALUD. ("se aprobó el "Plan Estratégico para la Vacunación contra la COVID-19 en la República Argentina" el cual establece una estrategia de vacunación voluntaria…").

Por otra parte, dichas vacunas no garantizan inmunidad cierta en la prevención de esta enfermedad. Menos aun cuando las fases para el desarrollo de las vacunas no han culminado según lo establecido por el ANMAT, siendo autorizadas con resolución de registro por emergencia y no aprobadas como bien establece los medios oficiales de información del gobierno.

https://www.argentina.gob.ar/coronavirus/vacuna/preguntas-frecuentes#7

La historia de la ciencia se ha caracterizado por una suma de pruebas y errores, lo teórico y lo empírico, la duda y la certeza. Siempre ha existido en ésta, una probabilidad de error. Tal es así, que ningún buen científico podría afirmar 100% que la hipótesis a la que arribó es la verdad absoluta, puesto que constantemente están buscando desacreditar sus propias "verdades". Si no lo hiciera, estaría yendo en contra de las reglas del conocimiento científico. Han existido a lo largo de los años, innumerables teorías acerca de un mismo tema y el saber sobre este ha ido mutando y generando nuevos paradigmas, muchas veces completamente antagónicos a los anteriores.

Teniendo en cuenta esta realidad, si bien confiamos en los conocimientos científicos actuales al considerar que éstos pugnan por el bien común, no descartamos la posibilidad de que lo probable sea lo únicamente posible. Por ello, no podemos exigir a las personas a llevar a cabo una acción de la que no conocemos a ciencia cierta sus efectos.

Imponiendo un pase sanitario, estaríamos restringiendo las libertades de las personas que no se quieren vacunar, marginándolos y emitiendo un juicio de valor sobre sus decisiones personales, siendo que nadie tiene la convicción de que éstas son erradas.

Es necesario tener en cuenta que dichas decisiones íntimas e individuales sobre su salud, conforman en su conjunto, a la salud general, tal como ha sido expresado en el fallo de Autos N° 925/2011: GLAXOSMITHKL ARGENTINA S.A. – ABATE HECTOR –S/INGRACC. ley 16463, el cual reza: "La salud pública no es un ente totalmente autónomo o ficticio, sino que es la suma de las saludes individuales, (Conf. Revista de Derecho Penal Rubinzal Culzoni, 2007-2- Delitos de Peligro, pag.449). En dicho fallo se condenó al laboratorio accionado ante los sendos incumplimientos de los requisitos de consentimientos de las víctimas de la inoculación de vacunas."

En suma, nos preguntamos: ¿quiénes somos nosotros como ciudadanos o como estado, para discernir quién puede tener acceso a la salud y quién no? Consideramos que la respuesta tiene su eje fundamental en el art 19 de nuestra carta magna: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”.

El cuerpo humano nos obliga a pensar en términos de una dialéctica que involucra valores de fuerte contraste: la libertad, la dignidad, la moral, el bien común y el general. Por ello, consideramos que el pase sanitario escapa a brindar una solución a la problemática que nos acontece. Quizás la solución radica en políticas de un estado que articule eficaces campañas con el fin de promover un altruismo solidario. Nuestro país requiere que, si no son todas, la mayoría de las personas que lo habitan, se encuentren vacunadas para frenar o al menos detener la pandemia que atravesamos hoy en día y ello de ninguna manera, se puede lograr coartando uno de nuestros mayores derechos humanos: la libertad. Esa entendemos, ES LA ESENCIA.

5- Informe de la Comisión de Derechos Humanos

I. Existe derecho en tanto exista relación entre humanos. No existe relación directa de los hombres y mujeres con las cosas, sino relación entre humanos a propósito de las cosas. La piedra no sabe nada de su relación con el dómino. Pero el derecho de dominio es un derecho de exclusión universal respecto de los demás humanos a propósito de las cosas.

II. El ámbito de los derechos humanos no es coextensivo con el ámbito de los derechos a secas. Junto al derecho de los humanos existe el derecho de las personas, es decir de los modos de presentarse (o de representarse) ante el derecho por relaciones jurídicas vinculadas al comercio. Por eso la palabra persona deriva del latín, lo que suena a través, o de *prosopoi*, en griego, la máscara que usaban los actores del teatro griego para representar los personajes. Durante la formación del derecho romano clásico resultaba inconcebible la expresión "ser persona" atribuida a un humano, pues un humano "tiene persona".

III. La asimilación de humanidad y personalidad (o aptitud para estar en el comercio) se empieza a realizar en el exacto momento en que empiezan a aparecer las personas que no son humanas (bancos, compañías de seguros, etc.). De este modo se pretendía extender los atributos humanos a entes de existencia ideal que no lo son. Es lo que los católicos llaman la transustanciación, mediante la cual un objeto cualquiera adquiere la condición de lo sagrado.

IV. Las marcas semánticas del Preámbulo dan cuenta que los beneficios de la libertad que se pretenden asegurar son los de los humanos (nosotros, posteridad, habitar el suelo) y sólo por extensión el de las personas. Es que cuando se habla de libertad en el sentido jurídico político fundamental de la Constitución se está hablando de humanos, vale decir, mortales (y por ende sexuados), con capacidad de habitar un suelo (solo hay humanidad con derecho al hábitat), con un lenguaje y un mundo. Los derechos humanos se constituyen sobre el derecho de cada habitante a perseverar en el ser, es decir, a sostener la vida, pero no como nuda vida (zoé), sino como vida humana (bios), retomando la conocida distinción de Agamben.

V. El problema de la integración del acto y de la jerarquía de las normas tiene como presupuesto una característica de la estructura de la norma stricto sensu: La que exige que ante un supuesto A debe seguirse una consecuencia B. Como tal, existe la posibilidad de que una misma situación se encuentre comprendida en la hipótesis normativa de dos normas jurídicas distintas. En tanto existe una consecuencia jurídica asignada para cada norma, no puede existir una aplicación concurrente de las normas so pena de convertir el sistema jurídico en inconsistente. Por esta razón, todo sistema jurídico utiliza reglas que determinan la prioridad de una norma sobre otra. En nuestro sistema, la ley posterior y la ley especial. Podrían utilizarse otros criterios, e históricamente han existido sociedades que lo han hecho. Incluso el sistema de precedentes británico contemporáneo señala una preferencia cultural por la conservación.

VI. Entre estas reglas, nuestro sistema también ha adoptado el de la jerarquización de las normas que actúa como excepción al principio de preferencia por la posterioridad. Esto implica la preferencia por determinados contenidos o módulo de contenidos de la legislación que requieren procedimientos especiales de modificación y que se proyectan sobre la denominada legislación ordinaria (la legislación es ordinaria y extraordinaria como efecto mismo del *speech act* de jerarquización).

VII. Esta inconsistencia entre normas de mayor y menor jerarquía es el fundamento básico de la declaración de inconstitucionalidad. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, en la mayor parte de los casos las prescripciones constitucionales o del derecho de los tratados de DDHH, no responden a la estructura de la norma sino a la del principio.

VIII. Los principios son también mandatos del orden jurídico positivo destinado a reglar situaciones jurídicas. No se trata de una cierta sustancia metajurídica (en la que jusnaturalistas y juspositivistas muestran su solidaridad, si bien con valoraciones contradictorias) sino de efectos del mismo orden jurídico que se diferencia de las normas exclusivamente por su estructura. Mientras las normas en sentido estricto se caracterizan por la estructura “Dado A debe ser B”, los principios indican sólo una tendencia del orden jurídico que ha de orientar al intérprete. Son, en cierto sentido, “shifters”. Los principios no se encuentran fuera del orden jurídico ni representan per se la jerarquía máxima en el esquema normativo. De esta manera, principios como el de buena fe contractual, tienen jerarquía legal y otros, como el de remuneración justa, tienen jerarquía constitucional. Todo aquello dependiendo de la jerarquía del órgano que emite el mandato.

IX. Una segunda característica de los principios es que ellos, a diferencia de las normas, no se desplazan entre sí, sino que todos ellos concurren (si bien con diversa jerarquía) con relación a una particular situación que a su vez indica el grado de prevalencia entre ellos. La fuerza con que un principio ha de incidir sobre una situación depende de las características concretas de la situación, son situación-dependientes. Como se ha dicho con anterioridad, no hay derecho sino en la interferencia entre sujetos. En la soledad cada humano tiene derecho a todo lo que puede, la aparición de un otro es siempre una negación de la imaginaria libertad infinita del sujeto.

X. Pero lo que estructura el orden de todos estos principios y libertades es la necesidad del humano de perseverar en el ser. En el caso, pende sobre todo el globo la amenaza de una enfermedad que ya ha cobrado la vida de millones de personas, principalmente entre los pueblos y sectores sociales más carenciados. Desde este contexto deben analizarse las medidas tomadas por la administración para determinar, si la restricción consustancial a toda medida de gobierno o de interferencia entre humanos, se encuentra justificada en una analítica de la situación.

XI. Desde el punto de vista médico debe señalarse: a) Las vacunas contra el COVID - 19 19, al tratarse de un retrovirus, no evitan el contagio ya que el agente tiene mutaciones permanentes, simplemente hacen más difícil el contagio, hacen más suaves los

síntomas y disminuyen drásticamente la tasa de mortalidad; b) El uso de barbijo no tiene una función defensiva para quien lo porta, sino que disminuye la posibilidad de que el sujeto contagie a otros.

XII. En este orden de ideas, si bien cada sujeto puede elegir vacunarse o no, en la medida que su elección afecta su relación con otros, sobre todo en supuestos de aglomeración, lo convierte en factor de alto riesgo para otros humanos con los que interactúa. Por ello, la decisión administrativa resulta un supuesto de ejercicio adecuado de la potestad del Estado para preservar la vida de sus habitantes. Obviamente, en la medida que las conductas propias afectan a terceros no puede hablarse del principio de reserva ni de "paternalismo jurídico". Es deber del Estado velar por la vida, la salud y bienestar de sus habitantes.

XIII. Por este motivo esta Comisión entiende que, desde el punto de los Derechos Humanos, la resolución analizada establece restricciones en una relación de medio a fin adecuado, en el ejercicio del poder de policía que es inherente a todo Estado democrático.

6- Informe de la Comisión de Derecho Procesal

I- El pase sanitario (por Omar Esteban Fornetti)

Por la Decisión Administrativa de la Jefatura de Gabinete de Ministros N° ***1198/2021 se establece el "pase sanitario", que impone a toda persona mayor de 13 años y que asista a determinadas actividades establecidas en el anexo, que "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"; por lo que a contrario sensu se impide, a quien no presente el mismo, realizar las siguientes actividades:

"a. Los viajes grupales de egresados y egresadas, de estudiantes, jubilados y jubiladas, o similares.

b. Las actividades en discotecas, locales bailables o similares que se realicen en espacios cerrados.

c. Las actividades en salones de fiestas para bailes, bailes o similares que se realicen en espacios cerrados.

d. Eventos masivos organizados de más de MIL (1000) personas que se realicen en espacios abiertos, cerrados o al aire libre."

Se faculta a las Provincias y municipios a ampliar el listado de actividades.

Cuestiones Constitucionales.

1.- El Jefe de Gabinete establece que dicta la resolución en virtud de los incs. 1 y 2 del art. 100 CN, o sea, la facultad de ejercer la administración general del país y por la potestad de dictar reglamentos necesarios para ejercer las facultades de este artículo y aquéllas que le delegue el Presidente.

El problema es que el "pase sanitario" no es una cuestión de "administración", ya que regula la imposibilidad de realizar determinadas actividades que, en rigor, se resumen en los derechos de transitar (viajes) y de reunión y contratar (bailes y eventos masivos), que son derechos que deben ser regulado por Ley (art. 14 y 19 CN).

2.- El DNU 260/20 y su prórroga son notoriamente inconstitucionales a tenor de la doctrina de la CSJN en "Consumidores Argentinos", por lo que la Decisión Administrativa es formalmente inconstitucional, al estar el Congreso reunido y no haber ni urgencia ni imposibilidad de seguir los trámites ordinarios para la sanción de las leyes.

3.- Hay una invasión de competencias constitucionales, puesto que conforme el fallo "Gobierno de la Ciudad Autónoma de Bs. As. c/ Estado Nacional", la materia regulada (salud) es potestad de las Provincias (art. 121 CN), por lo que debería ser cada estado local quien regule esta

cuestión (Igualmente ver el dictamen de los Dres. Pace, Amarillo, Perry, Erice Argumedo, Solas, etc., en:

https://www.memo.com.ar/tribunales/analisis-de-legalidad-del-pase-sanitario/

4.- Sobre el fondo, no existe una norma que imponga la vacunación obligatoria contra el COVID - 1919, ni tampoco las vacunas que hay en Argentina presentan una acreditación y aprobación expresa, sino de emergencia.

EL desarrollo de una vacuna es un proceso largo y complejo que tarda aproximadamente 10 años.

Hay un procedimiento estandarizado y reglamentos para tal fin, que se extrae de:

https://www.historyofvaccines.org/es/contenido/articulos/desarrollo-pruebas-y-reglamentos-para-las-vacunas

"Etapas en el desarrollo y las pruebas de vacunas

En Estados Unidos, el desarrollo y las pruebas de las vacunas siguen un conjunto estandarizado de pasos. Las primeras etapas son de naturaleza exploratoria. La regulación y la supervisión aumentan en lo que la vacuna candidata avanza en el proceso.

Primeros pasos: Estudios de laboratorio y en animales Etapa de exploración

Esta etapa involucra la investigación básica de laboratorio, y a menudo dura de 2 a 4 años. Los científicos académicos y gubernamentales con financiamiento federal identifican antígenos naturales o sintéticos que podrían ayudar a prevenir o tratar una enfermedad. Estos antígenos podrían incluir partículas parecidas a virus, virus o bacterias debilitados, toxinas bacterianas debilitadas u otras sustancias derivadas de patógenos. Etapa preclínica

Los estudios preclínicos usan sistemas de cultivos de tejidos o cultivos de células y pruebas en animales, que pueden ser ratones o monos, para evaluar la seguridad de la vacuna candidata y su capacidad inmunógena, o capacidad de provocar una respuesta inmunológica. Estos estudios les dan una idea a los investigadores sobre las respuestas celulares que podrían esperar en los humanos, también podrían sugerir una dosis inicial segura para la siguiente fase de la investigación, así como un método seguro para aplicar la vacuna.

Los investigadores pueden adaptar la vacuna candidata durante la fase preclínica para tratar de hacerla más eficaz. También pueden realizar estudios de exposición con los animales, lo cual significa que se vacuna a los animales y luego se trata de infectarlos con el patógeno objetivo; este tipo de estudios nunca se realizan en humanos.

Muchas vacunas candidatas no van más allá de esta etapa, ya que no pueden generar la respuesta inmunológica deseada. A menudo, las etapas preclínicas duran de 1 a 2 años, y por lo general involucran a investigadores de la industria privada.

Solicitud de IND

Un patrocinador, que por lo general es una compañía privada, envía una solicitud para investigar un medicamento nuevo (IND, por sus siglas en inglés) a la Administración de Drogas y Alimentos de EE. UU., donde refiere los procesos de fabricación y prueba, resume los informes del laboratorio y describe el estudio propuesto. Una junta de revisión institucional, que representa a la institución donde se llevará a cabo el ensayo clínico, debe aprobar el protocolo clínico. Finalmente, la FDA tiene 30 días para aprobar la solicitud.

Una vez que se ha aprobado la solicitud IND, la vacuna se somete a tres fases de pruebas.

Siguientes pasos: Estudios clínicos con humanos Fase I de los ensayos con la vacuna

Este primer intento por evaluar la vacuna candidata en humanos involucra a un pequeño grupo de adultos, de entre 20 a 80 por lo general. Si la vacuna está dirigida a los niños, los investigadores harán pruebas primero en adultos, y poco a poco reducirán la edad de los sujetos de prueba hasta llegar al objetivo. Los ensayos de fase I pueden ser no ciegos (conocidos también como estudios abiertos, pues los investigadores, y tal vez los sujetos de prueba, saben si se usa una vacuna o un placebo).

Las metas de las pruebas de fase I son evaluar la seguridad de la vacuna candidata y determinar el tipo y el alcance de la respuesta inmunológica que provoca la vacuna. Un ensayo prometedor de fase I avanzará a la siguiente etapa.

Fase II de los ensayos con la vacuna

Un grupo más grande de varios cientos de personas participa en las pruebas de fase II. Algunas de las personas pueden pertenecer a grupos en riesgo de contraer la enfermedad; los ensayos son aleatorios y bien controlados, e incluyen a un grupo de placebo.

Las metas de las pruebas de fase II son estudiar la vacuna candidata en cuanto a su seguridad, capacidad inmunógena, dosis propuestas, programa de vacunación y método de aplicación.

Fase III de los ensayos con la vacuna

Las vacunas candidatas que tienen éxito en la fase II avanzan a ensayos más grandes, que involucran de miles a decenas de miles de personas. Las pruebas de fase III son aleatorias y doble ciego, e involucran la vacuna experimental que se prueba contra un placebo (el placebo puede ser una solución salina, una vacuna para otra enfermedad o alguna otra sustancia).

Una meta de la fase III es evaluar la seguridad de la vacuna en un grupo grande de personas. Algunos efectos secundarios poco usuales podrían no ser evidentes en grupos más pequeños de personas que formaron parte de las fases anteriores; por ejemplo, suponga que un suceso adverso, relacionado con una vacuna candidata, pudiera ocurrir en 1 de cada 10,000 personas, para detectar una diferencia significativa de un suceso de baja frecuencia, el ensayo tendría que haber incluido 60,000 sujetos, la mitad de ellos en el control, o en el grupo sin vacuna (Plotkin S. A. et al. Vaccines, 5th ed. Philadelphia: Saunders, 2008).

La eficacia de la vacuna también se prueba, lo cual puede incluir los siguientes factores: 1) ¿La vacuna candidata previene la enfermedad? 2)

¿Previene la infección por el patógeno? 3) ¿Conduce a la producción de anticuerpos u otros tipos de respuestas inmunológicas relacionadas con el patógeno?

Siguientes pasos: Aprobación y autorización oficial

Después de que un ensayo de fase III resulta exitoso, el creador de la vacuna enviará a la FDA una solicitud de autorización oficial para productos biológicos. Posteriormente, la FDA inspeccionará la fábrica donde se producirá la vacuna y aprobará el etiquetado de la misma.

Después de emitir la autorización oficial, la FDA vigilará la producción de la vacuna, incluyendo las instalaciones de inspección, y revisará las pruebas que hace el fabricante a lotes de vacunas en cuanto a capacidad para obtener el efecto deseado, seguridad y pureza. La FDA tiene el derecho de realizar sus propias pruebas a las vacunas de los fabricantes.

Vigilancia posterior una vez emitida la autorización oficial

Diversos sistemas vigilan las vacunas después de haber sido aprobadas. Entre ellos se incluyen los ensayos de la fase IV, el Sistema de Información sobre Eventos Adversos a una Vacuna (Vaccine Adverse Event Reporting System) y el Enlace de Datos sobre la Seguridad de las Vacunas (Vaccine Safety Datalink).

Fase IV de los ensayos

Los ensayos de la fase IV son estudios opcionales que pueden realizar las compañías de medicamentos después de que se lanza una vacuna. El fabricante puede seguir realizando pruebas a la vacuna en cuanto a seguridad, eficacia y otros posibles usos.

VAERS

En 1990, los CDC y la FDA establecieron el Sistema de Información sobre Eventos Adversos a una Vacuna (VAERS, por sus siglas en inglés). El objetivo de VAERS, de acuerdo con los CDC, es "detectar posibles señales de reacciones adversas relacionadas con las vacunas" (en este caso, una señal es una prueba que indique una posible reacción adversa observable a través de los datos recopilados). Cada año se notifican aproximadamente 30,000 sucesos a VAERS. Entre un 10 y un 15% de estas notificaciones describen reacciones médicas graves que terminan en: hospitalización, enfermedades que ponen en peligro la vida, discapacidad o muerte.

VAERS es un sistema de notificación voluntaria, cualquier padre, proveedor de cuidado médico o amigo del paciente que sospeche una relación existente entre una vacuna y una reacción adversa, puede hace una notificación a VAERS. Posteriormente, los CDC investigan el suceso y tratan de descubrir si la reacción adversa fue realmente ocasionada por la vacuna.

Los CDC declaran que dan seguimiento a los datos del VAERS para:

- Detectar reacciones adversas que sean nuevas, inusuales o raras
- Vigilar el aumento en reacciones adversas conocidas
- Identificar posibles factores de riesgo para el paciente en tipos particulares de reacciones adversas
- Identificar lotes de vacunas cuando aumenten las cifras o los tipos de reacciones adversas notificadas
- Evaluar la seguridad de vacunas cuya autorización oficial se otorgó recientemente

No todas las posibles reacciones adversas notificadas a VAERS son **provocadas** por una vacuna; los dos incidentes podrían estar relacionados únicamente por el tiempo, y es probable que no todas las reacciones adversas que sean resultado de una vacuna se informen a VAERS. Los CDC declaran que muchas reacciones adversas, como la inflamación en el sitio de la inyección, no se notifican. De acuerdo con los CDC, las reacciones adversas graves "probablemente tienen más probabilidades de notificarse que las leves, en especial cuando ocurren poco después de la vacunación, aunque tal vez sean coincidencias y se relacionen con otras causas".

VAERS ha identificado con éxito diversas reacciones adversas raras relacionadas con la vacunación. Entre ellas se encuentran:

- Un problema intestinal después de que se introdujo la primera vacuna para el rotavirus en 1999
- Enfermedades neurológicas y gastrointestinales relacionadas con la vacuna contra la fiebre amarilla

Además, de acuerdo con Plotkin et al., VAERS identificó la necesidad de investigar más a fondo la relación de la MMR con un trastorno de coagulación de la sangre, encefalopatía después de la MMR, y un síncope después de la vacunación (Plotkin S. A. et al. Vaccines, 5th ed. Philadelphia: Saunders, 2008).

Enlace de Datos sobre la Seguridad de las Vacunas

En 1990, los CDC establecieron este sistema, el Enlace de Datos (VSD, por sus siglas en inglés) es una recopilación de bases de datos enlazadas que contienen información de grupos médicos grandes. Las bases de datos enlazadas permiten que los funcionarios recopilen datos sobre vacunación entre las poblaciones que atendieron los grupos médicos. Los investigadores pueden tener acceso a los datos si proponen estudios a los CDC, y estos otorgan la aprobación.

El VSD presenta algunas dificultades; por ejemplo, la base de datos incluye a pocos niños sin vacunar; los grupos médicos que suministran información al VSD podrían tener poblaciones de pacientes que no representen a poblaciones grandes en general; además, los datos no provie-

nen de ensayos aleatorios, controlados y ciegos, sino de la práctica médica real. Por lo tanto, podría ser difícil controlar y evaluar los datos.

El Análisis Rápido de Ciclo (RCA, por sus siglas en inglés) es un programa de VSD que inició en 2005 y vigila datos en tiempo real para comparar tasas de reacciones adversas en personas recién vacunadas con tasas en personas no vacunadas; el sistema se utiliza principalmente para dar seguimiento a nuevas vacunas. Entre las nuevas vacunas que tienen seguimiento en el Análisis Rápido del Ciclo se encuentran la vacuna meningocócica conjugada, la vacuna contra el rotavirus, la vacuna MMRV, la vacuna Tdap y la vacuna HPV. Posteriormente se estudian más a fondo las posibles relaciones entre reacciones adversas y la vacunación.

En conclusión

Las vacunas se desarrollan, prueban y regulan de manera muy similar a otros medicamentos. En general, las vacunas cuentan con pruebas más meticulosas que los medicamentos porque, por lo general, es mayor la cantidad de humanos en los ensayos clínicos de las vacunas. Además, el seguimiento de las vacunas, después de que se otorga la autorización oficial, se examina minuciosamente por los Centros para el Control de Enfermedades (CDC) y la FDA".

En síntesis, las etapas son:

1.- Etapa de exploración (involucra la investigación básica de laboratorio, y a menudo dura de 2 a 4 años);

2.- Etapa preclínica (usan sistemas de cultivos de tejidos o cultivos de células y pruebas en animales, que pueden ser ratones o monos, para evaluar la seguridad de la vacuna candidata y su capacidad inmunógena, o capacidad de provocar una respuesta inmunológica);

Solicitud de IND (solicitud para investigar un medicamento nuevo a la FDA (Administración de Drogas y Alimentos de EE.UU.). Una vez que se ha aprobado la solicitud IND, la vacuna se somete a tres fases de pruebas.

3.- Siguientes pasos: Estudios clínicos con humanos

Fase I de los ensayos con la vacuna

Este primer intento por evaluar la vacuna candidata en humanos involucra a un pequeño grupo de adultos.

Fase II de los ensayos con la vacuna

Un grupo más grande de varios cientos de personas participa en las pruebas de fase II.

Las metas de las pruebas de fase II son estudiar la vacuna candidata en cuanto a su seguridad, capacidad inmunógena, dosis propuestas, programa de vacunación y método de aplicación.

Fase III de los ensayos con la vacuna

Las vacunas candidatas que tienen éxito en la fase II avanzan a ensayos más grandes, que involucran de miles a decenas de miles de personas. Las pruebas de fase III son aleatorias y doble ciego, e involucran la vacuna experimental que se prueba contra un placebo (el placebo puede ser una solución salina, una vacuna para otra enfermedad o alguna otra sustancia).

Una meta de la fase III es evaluar la seguridad de la vacuna en un grupo grande de personas. Algunos efectos secundarios poco usuales podrían no ser evidentes en grupos más pequeños de personas que formaron parte de las fases anteriores

4.- Siguientes pasos: Aprobación y autorización oficial

Después de que un ensayo de fase III resulta exitoso, el creador de la vacuna enviará a la FDA una solicitud de autorización oficial para productos biológicos. Posteriormente, la FDA inspeccionará la fábrica donde se producirá la vacuna y aprobará el etiquetado de la misma.

Después de emitir la autorización oficial, la FDA vigilará la producción de la vacuna, incluyendo las instalaciones de inspección, y revisará las pruebas que hace el fabricante a lotes de vacunas en cuanto a capacidad para obtener el efecto deseado, seguridad y pureza. La FDA tiene el derecho de realizar sus propias pruebas a las vacunas de los fabricantes.

5.- Vigilancia posterior una vez emitida la autorización oficial

Diversos sistemas vigilan las vacunas después de haber sido aprobadas. Entre ellos se incluyen los ensayos de la fase IV, el Sistema de Información sobre Eventos Adversos a una Vacuna (Vaccine Adverse Event Reporting System) y el Enlace de Datos sobre la Seguridad de las Vacunas (Vaccine Safety Datalink).

Fase IV de los ensayos

Los ensayos de la fase IV son estudios opcionales que pueden realizar las compañías de medicamentos después de que se lanza una vacuna.

Es decir, sin aprobación de todos estos pasos, es imposible imponer la obligatoriedad de la vacuna. En definitiva, lo que persigue este procedimiento es establecer las “contraindicaciones” del medicamento, ya que puede causar graves perjuicios en las personas que tengan una determinada patología o particularidad.

5.- En otro punto, violaría el art. 19 CN que regula el principio de privacidad y autonomía personal, al no impedir la vacunación que la persona vacunada contagie el COVID - 1919 a otro sujeto (y al parecer, según informen de la OSM aún los vacunados completos o curados con anticuerpos se contagian de “Omicron” y contagian a otros.

ver: https://www.infobae.com/america/mundo/2021/12/21/la-oms-confirmo-que-los-vacunados-y-curados-de-covid-19-pueden-infectarse-con-la-variante-omicron/

Entonces, si la vacuna no impide el contagio, es una cuestión personal y de autonomía la elección de vacunarse o no, ya que sólo si hay afectación a terceros el Estado puede regular una determinada conducta (sólo las conductas interpersonales son las reguladas, no las autoreferentes).

Es decir, en otros términos, el Estado no puede imponer el paternalismo jurídico porque el estar vacunado es mejor para el sujeto en sí mismo, si no hay diferencia sustancial a un tercero. El caso, en s***í***, no difiere del "testigo de Jehová" que no quiere transfusión de sangre aún contra riesgo de su vida (caso "Bahamondes", "Albarracini", etc.).

6.- La medida es irrazonable, ya que no hay adecuación (idoneidad de la medida), ni necesidad (medida menos restrictiva) ni proporcionalidad estricta (relación razonable con el fin procurado), violando el art. 28 CN.

Según los datos del ministerio público, hoy hay 46.915 enfermos activos y 803 internados, por ende, las posibilidades de que la enfermedad sea grave son de 1,7%.

Teniendo solo hoy, sin pase sanitario, un 35,1% de ocupación a nivel nacional de camas UTI, pero por todas las patologías, no solo por COVID - 1919, si no por todas las patologías. El ministerio no dice cuántas son por el virus, por ende, es mucho menor la cantidad de internados.

O sea, por sólo 46.915 enfermos, se pretende imponer a 45.000.000 un "pase" sólo a ciertos eventos; pero omite que viajar en colectivo, tren, subte, ir a bares, restaurantes, etc., también trae la posibilidad de expansión del virus.

La vacuna no impide el contagio del virus, por lo que estar vacunado para impedir la propagación, en sí mismo, no guarda relación entre el deber impuesto y el fin perseguido que es impedir el contagio.

La medida no es la más idónea, ya que es más eficaz realizar un PCR en la entrada de los eventos designados, para saber si la persona padece de COVID - 1919 e impedirle la entrada.

Por lo tanto, el "Pase Obligatorio" no pasa el test de constitucionalidad formal ni material, ya que no tiene competencia el Jefe de Gabinete para dictar esta norma; el DNU 260/20 y su prórroga son inconstitucionales; la vacuna contra el COVID - 1919 no es obligatoria en Argentina; además, la vacunación es, por estos motivos, una cuestión autónoma exenta de regulación legal por no afectar a terceros; y tampoco es razonable la medida en sí.

Este dictamen tuvo la adhesión del Dr. Gonzalo Gatica y de la Dra. María Fernanda Vilches, miembros de la Comisión de Derecho Procesal.

II- Dictamen del Dr. Nicolás Parma

En concurrencia, dijo: "Consideraciones sobre la Inconstitucionalidad del Pase Sanitario":

1- La Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos de la Unesco (2005) ya ha dicho que: "Toda intervención médica preventiva (…) sólo habrá de llevarse a cabo previo CONSENTIMIENTO LIBRE E INFORMADO…".

2- La Declaración de Helsinki de 1964 (enmendada por la Asociación Médica Mundial en 1975, 1983 y 1989) nos aclara que: "En toda investigación en personas (…) Debe informarse a cada persona que son libres de no participar en el estudio y de revocar en todo momento su consentimiento".

3- El pase sanitario afecta TODOS los derechos y garantías consagrados en la C.N. En particular: la libertad en su sentido más amplio, el trabajo y el derecho a no ser discriminado. Como también el derecho a la objeción de conciencia, el derecho a la libertad de culto, el derecho a la privacidad y el derecho a la igualdad, y por el reconocimiento implícito de los derechos a la libertad de pensamiento y a la libertad de conciencia, los cuales se desprenden, entre otros, de los arts. 14 y 33 de la Constitución Nacional (CN).

4- Teniendo en cuenta que la vacuna no es obligatoria **(ya que la misma es experimental en fase 3, ver resolución 2883/20 del Ministerio de Salud de la Nación)**, toma relevancia lo que dispone el art. 19 de la C.N.: "…Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe".

5- Por su parte el Código Civil y Comercial establece:

Art. 56: "Están prohibidos los actos de disposición del propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de su integridad o resulten contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres…".

La experiencia hasta hoy nos muestra innumerables daños y efectos colaterales que están ocasionando las vacunas, hasta la muerte de pacientes inoculados.

Lo que nos lleva a ver que el art. 59 del CCCN dispone: "Nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento libre e informado…".

6- A su vez cualquier resolución o disposición que exija conocer de los ciudadanos si están o no vacunados, va a infringir l**a ley 26529 (derechos del paciente) y la ley 25.326 de Protección de datos personales,** los cuales son confidenciales

7- Por último, teniendo en cuenta que la ley de obediencia debida ha sido derogada, lo que genera la posibilidad de la comisión por parte de las autoridades que pretendan exigir el cumplimiento del pase sanitario, de cometer delitos tipificados, conforme los artículos 149 bis y 248 del Código Penal, **es que se sugiere el dictamen de dicha comisión**.

*149 bis. dice que: "…Será reprimido con prisión o reclusión de dos a cuatro años el que hiciere

uso de amenazas con el propósito de obligar a otro a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad".

*También el art. 248 del CP dice que: "Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por doble tiempo, el funcionario público que dictare resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales o ejecutare las órdenes o resoluciones de esta clase existentes o no ejecutare las leyes."

III- Dictamen en disidencia se manifestaron los Dres. Manuel Linares, Emilce Gómez Lascano y Viviana Pitón.

Manifestando el Dr. Manuel Linares: "Adelanto Opinión: es constitucional. En todo caso no se si alcance a escribir la disidencia en tan poco tiempo con los compromisos que tengo de fin de año, pero pido pongan en el dictamen que en disidencia con la inconstitucionalidad estoy yo. Dejamos a la Nación indefensa y a la Provincia en temas de salud pública. La salud pública es un bien colectivo que debemos proteger entre todos. En la misma línea se inscriben las restricciones para beber alcohol y manejar, el mismo delito de propagación de enfermedades del C Penal, hasta la aptitud psicofísica para el acceso a los cargos públicos". "…Que las presentes medidas se adoptan en el marco de la declaración de pandemia emitida por la Organización Mundial de la Salud (OMS) con fecha 11 de marzo de 2020 y la emergencia pública en materia sanitaria ampliada por el Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) N° 260/20 y prorrogada hasta el 31 de diciembre de 2021 por Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) N° 167121, al que la Provincia adhiriera por Decreto N° 0173/21, en atención a la situación epidemiológica existente en el país con respecto al COVID - 19- 19; y del Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) N° 678/21 por el que se dispusieran 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, medida a la que la Provincia adhiriera por Decreto N° 1947/21". En Mendoza además tenemos ley de emergencia sanitaria por lo que con fundamento en dicha norma y en los DNU (leyes) nacionales no veo objeción constitucional, sobre todo si Mendoza adhiere. Es lo que puedo aportar por ahora. Lo mismo ya fue Resuelto en definitiva en el amparo "Milanese" por el tema restricciones por terminación de DNI. El estado si tiene facultades de restringir la deambulación con fundamento en la salud pública.

IV- **PETITUM:**

Por lo expuesto, remitimos dictamen a fin de que se tenga en cuenta la opinión de los miembros de la Comisión que presido; se pida, en su caso, a la Comisión de Derecho Penal que dictamine sobre lo solicitado por el Dr. Nicolás Parma; y se publique el dictamen expuesto.

7- Informe de la Comisión de Jóvenes Abogados

I- Objeto:

Por medio de este dictamen, se procura realizar un análisis legal íntegro, de la normativa emitida por la Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación, la D.A. 1198/21, referida al denominado "Pase Sanitario".

II- Metodología:

En virtud de que el presente informe es emitido por una comisión cuya nota distintiva es la antigüedad en la matrícula de sus miembros, y no así una rama específica del derecho, el mismo se formula desde una perspectiva amplia y general, haciendo foco en las particularidades que el mismo puede acarrear a la colegiatura y al ejercicio de la profesión. Dicho ello, se examinará el asunto desde una perspectiva holística del derecho, pero de manera superficial a cada una de las ramas que lo componen. De igual manera, no es menester del presente dictamen analizar la presente situación epidemiológica de la provincia ni la Nación, ni expresar una postura en favor o en contra de la aplicación de alguna de las vacunas contra la COVID - 19 – 19.

III- Análisis del marco legal – Naturaleza jurídica de la norma:

Por un lado, la norma en cuestión adquiere la forma de Decisión Administrativa emitida por el Jefe de Gabinete de Ministros, es decir que, sin ser un DNU, esta emana del **Poder Ejecutivo de la Nación**. Así bien, de un breve análisis de la misma, observamos que contiene en su resolutivo, en primer lugar, una serie de disposiciones de carácter reglamentario y limitativas de ciertos derechos civiles relativas a una serie de actividades ("*ACTIVIDADES DE MAYOR RIESGO EPIDEMIOLÓGICO Y SANITARIO*" en la norma), en segundo lugar, disposiciones atinentes a lo que podríamos entender como un nuevo requisito en relación a la revelación de la información de salud privada de cada ciudadano (*"aplicación denominada "Cuidar" – Sistema de prevención y cuidado ciudadano contra la COVID-19 – apartado "Información de Salud"* en la norma*)*, en tercer lugar en su artículo 5° contiene una especie de sanción y/o limitación de acceso a las herramientas digitales de prevención y/o asistencia en caso de contraer COVID - 19 - 19 o presentar síntomas compatibles con la enfermedad (*"se bloqueará la pantalla de la aplicación "Cuidar"…"* en la norma), en cuarto lugar, en su 6° artículo pareciera recordar que las cuestiones relativas a las medidas de salud son una facultad no delegada por las Provincias a la Nación conteniendo, en su artículo 7°, una disposición que contraria lo expresado en el anterior artículo y, por último, en su artículo 8° la norma pareciera hacer referencia a la creación de una figura de tipo penal.

Por lo expuesto, podemos concluir que el Derecho, en su totalidad, se encuentra atravesado de manera completa, por las disposiciones de la Decisión Administrativa, cuyo dictamen nos ha sido encomendado.

IV- Conclusiones: De esta manera, podemos extraer como primer conclusión que la norma posee un vicio en su origen ya que, de la lectura de los considerandos, observamos que esta toma como antecedentes válidos para su formulación, una serie de DNUs y decretos de diversa índole, cuya validez, legalidad y constitucionalidad ha sido atacada en varias jurisdicciones con dispar suerte,

como lo son el Decreto N° 260/20 (1er. ASPO), Decreto N° 297/20 (ampliación y reglamentación ASPO), Decreto N° 678/21 (Medidas preventivas generales – Facultades extraordinarias del PEN), Resolución del MINISTERIO DE SALUD N° 680/20 (Notificación obligatoria de infección por COVID - 19 – 19). A fines de una ágil lectura del presente, se remite a las conclusiones alcanzadas por el dictamen emitido por la Comisión de Derecho Constitucional.

Posteriormente, indicamos que **el artículo 1° viene a establecer 2 categorías o clases de ciudadano, a los efectos de la vida civil.** Lo mencionado, debido a que una clase de ciudadano, la que se encuentre vacunada y/o con su pase sanitario vigente, se encontraría facultada para asistir a las "***ACTIVIDADES DE MAYOR RIESGO* EPIDEMIOLÓGICO Y SANITARIO",** que no resultan sino otra forma de decir que dichos ciudadanos podrán ir al cine, a espectáculos deportivos, musicales, realizar actividad física, etc., prohibiendo a aquellos ciudadanos que no se encuentren vacunados o que no cuenten con dicho pase, la realización y concurrencia a estas actividades. Cabe recordar, que l**a legislación argentina no admite prerrogativas ni diferencias de trato por motivos de raza, sangre, títulos de nobleza, religión, etc., y que la libertad de vientres fue consagrada por la Asamblea del año 1813,** existiendo incluso a nivel nacional el **INADI,** organismo que precisamente busca erradicar todo tipo de discriminación en el territorio, el cual, nos llama poderosamente la atención, **no se ha pronunciado al respecto.** Resulta también peligroso, que la norma implicaría otorgar de facto el poder de policía a la ciudadanía, dado que serían los propios civiles, en la mayoría de los casos, quienes estarían facultados a ejercer dicha limitación de derechos, en contra de sus propios pares.

Más aún, en el orden supraconstitucional, la norma viola lo dispuesto por el punto 1° del **Código de Ética Médica de Nuremberg**, en dictamen emitido por el afamado tribunal, que en su articulado dispone: *"Es absolutamente esencial el* ***consentimiento voluntario del sujeto humano, la persona implicada*** *debe tener capacidad legal para dar consentimiento; su situación* ***debe ser*** *tal que pueda ser* ***capaz de ejercer una elección libre, sin intervención de cualquier elemento de fuerza, fraude, engaño, coacción u otra forma de constreñimiento o coerción.***" Es que, la Nación Argentina, según lo dispuesto en el artículo 75 inc. 22, adhiere y otorga jerarquía supraconstitucional a todos aquellos **tratados internacionales de Derechos Humanos**, siendo además la norma en cuestión parte del ius cogens. A tal efecto, es dable recordar lo dispuesto por la Disposición 969/97 de la ANMAT, atinente al marco regulatorio de las investigaciones clínicas, que, en sus considerandos, menciona al afamado código (*Declaraciones de Núremberg* en la norma).

A continuación, en su segundo artículo, la norma dispone la obligación de revelar datos personales relativos a la salud del individuo en cuestión. Entendemos que, dicha manda, no hace sino violar el derecho a la protección de los datos personales, facultando al damnificado a interponer contra dicho acto una acción de habeas data, en pos de resguardar información de índole estrictamente privada. Así también, resulta violatorio de lo mencionado, lo dispuesto por la Resolución N° 680/20 del Ministerio De Salud De La Nación, en cuanto impone la obligación de denunciar y asentar en un registro, la situación sanitaria de una persona infectada con COVID - 19 – 19.

Párrafo aparte, merece el análisis de lo dispuesto por el artículo 5, al ordenar *"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".* Así bien, de la comprobación de la página web

https://www.argentina.gob.ar/jefatura/innovacion-publica/acciones-coronavirus/aplicacion-y-tableros-de-gestion/que-es

extraemos la finalidad de dicha aplicación, al decir *"La aplicación Cuidar - COVID-19 posibilita el* ***autodiagnóstico de síntomas, brinda asistencia y recomendaciones*** *en el caso de compatibilidad con coronavirus* ***y proporciona herramientas de contacto de esos casos a las autoridades sanitarias."*** y, de los considerandos de la norma, entendemos que la misma apunta al cuidado de la salud de la población. Por ello, entendemos contradictorio que, si una persona presenta síntomas de la enfermedad o si resulta en caso activo de la misma en el sistema nacional, **la aplicación creada al efecto de brindar un acompañamiento, asistencia y facilidad de contacto con las autoridades sanitarias se cierre, privando de sus fines al poseedor de la misma y, nuevamente, discriminando el acceso a un bien público (app Cuidar), por parte de los ciudadanos.**

A renglón seguido, extraemos del artículo 7 de la norma que *"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…"*. De ello, podemos colegir que, no satisfecho el órgano emisor con las restricciones ilegales que intenta imponer mediante este articulado, deja una puerta abierta para que *"autoridades de las jurisdicciones y organismos del Sector Público Nacional"* subyuguen aún más los más básicos derechos constitucionales.

En otro aspecto, de la lectura del artículo 8 de la norma, advertimos la intención furtiva de crear una especie de tipo penal relativo a la *"infracción a lo establecido en la presente medida o a otras normas dispuestas para la protección de la salud pública"*. Resulta sobreabundante, a este punto, reiterar que **no resulta competencia del Poder Ejecutivo Nacional, legislar en materia penal.** De ello se deriva que, **misma suerte debe correr cualquier decreto que intente,** so justificación de hacerlo en pos de la salud pública, una situación de emergencia sanitaria vigente, o la existencia de una pandemia mundial, **crear un tipo penal.** En dicho sentido, se ha pronunciado jurisprudencia local, a través de la Dra. Alejandra Mauricio, en reiterados fallos, al recordarle al PEN que dichos decretos quedan vacíos de contenido sancionatorio y que la violación a dichas normas ya es castigada con multa pecuniaria por la legislación local.

En forma concordante, este dictamen adhiere a lo expresado por la comisión de derecho constitucional, en tanto el precepto en cuestión, avasalla sobre potestades no delegadas por las Provincias a la Nación. De igual modo, nos encontramos frente a una Decisión Administrativa,

de rango menor a un DNU, pero que pretende regular cuestiones que ni siquiera le están permitidas a los DNUs, convirtiendo a la pirámide de Kelsen en un verdadero entuerto.

Luego, es menester de esta comisión recordar que, **toda limitación de derechos debe ser interpretada de manera restrictiva.** Lo mencionado, si bien tiene particular asidero en cuanto a los decretos reglamentarios emitidos por el PEN, más aún lo tiene respecto de preceptos de menor jerarquía legal. De tal manera que, no permitiendo la pauta en cuestión una plasticidad en su aplicación, **la misma debe caer en su totalidad.**

Por consiguiente, siendo que el presente voto surge del seno de la Comisión de Jóvenes Abogados, cabe destacar una serie de cuestiones y aristas a las que la Decisión Administrativa nos interpela. Como bien surge, en los últimos meses, se han observado en los medios de comunicación una creciente tendencia a apuntar a este particular rango etario de los adultos jóvenes, en una suerte de cacería de brujas, señalándolos como el chivo expiatorio de la pandemia, ver:

https://www.infobae.com/salud/2021/12/24/los-adultos-jovenes-impulsan-los-nuevos-contagios-de-covid-19-en-el-pais/

Amén de ello, es dentro de dicho rango etario que se dan una serie de cuestiones, ya que es el grupo que posee menor cantidad de vacunados (últimos en orden de prioridad), sus miembros se encuentran en su mayoría fuera de los factores de riesgo y, por ello, sería el sector más perjudicado por la medida. Cabe preguntarnos entonces, ¿Qué ocurriría si, en virtud de carecer del mentado paso sanitario, se le impide a un letrado (de la edad que sea) participar de un determinado acto procesal? Entendemos que, más allá de la violación al derecho a trabajar que sufriría el colega, existe también una violación al derecho del cliente de elegir para su representación al letrado de su confianza y, más aún, **un atropello flagrante al derecho de defensa en juicio, todos derechos de raigambre constitucional.** Valga decir, son todas cuestiones que la colegiatura en su conjunto no puede permitir.

A modo de conclusión, como bien mencionáramos al referirnos a la metodología del presente, **no se tomará como parámetro válido a la hora de emitir un dictamen sobre la norma, el estado de la situación epidemiológica existente y/o futura en la provincia ni en la Nación**. Lo expuesto, debido a que de igual manera que en relación con las vacunas, existiendo posturas con fundamentos válidos en ambos extremos, dichos números resultan cuestionados y, de acuerdo con el parámetro seleccionado, se le puede dar a la mentada situación epidemiológica, un tamiz más o menos grave. Es decir, nos encontraríamos sometiendo a toda la población a una serie de restricciones, en virtud de los vaivenes o desvaríos del poder político de turno. Así también, consideramos impertinente a la hora de examinar el precepto legal, la inconsistencia entre lo mandado y recomendado por dicho poder político con sus acciones ya que, la Argentina, encuentra a lo largo de su historia, sobradas muestras de inconsistencia entre las directrices emanadas de los miembros del partido que se encuentra en el poder, con la actuación de estos, que se da de bruces con el más mínimo análisis de congruencia. Lo expresado, responde a que **entendemos que la norma, de obtener un dictamen favorable, debe serlo en razón a poseer virtualidad intrínseca en cuanto al fin que pretende alcanzar y, con más razón,**

que dicho fin resista los análisis lógicos a los que, mediante el presente, ha sido sometida. A este punto, ponemos de resalto que **una de las principales funciones del derecho responde a limitar las facultades discrecionales de la política.**

En virtud de todo lo expuesto, entendemos que la presente norma NO resiste el análisis lógico ni legal de su contenido y cometido, por lo que es recomendación de esta comisión que la misma no sea refrendada ni acompañada por las autoridades locales.