

Medidas cautelares innovativas en tiempos de Covid-19

Innovative precautionary measures in times of Covid-19

Catalina Costamagna¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2022\)19](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2022)19)

Comentario a

Rivilli, Renee Silvina c/ Provincia de Córdoba

Solicita habilitación de feria Expte. 9772679 - Decreto de fecha 14/01/2021

Cámara en lo Contencioso Administrativo de 1º Nominación de la ciudad de Córdoba

RESUMEN:

La Cámara en lo Contencioso Administrativo de 1º Nominación de la ciudad de Córdoba resolvió no hacer lugar a la medida cautelar innovativa solicitada, en forma precautoria, por la parte actora –profesional médica, con especialidad en psiquiatría, de 60 años de edad- tendiente a que se ordene al Centro de Operaciones de Emergencia de la Provincia de Córdoba (COE) la reserva de una dosis de la vacuna Sputnik V, con fundamento en la arbitrariedad e ilegitimidad de la negativa a su colocación por parte de la demandada. Para así resolver, y con particular consideración del contexto imperante a la fecha del dictado de ese pronunciamiento judicial (14/01/2021), el Tribunal de Alzada tuvo por no configurados dos de los extremos insoslayables para la procedencia de la medida peticionada, esto es la verosimilitud en el derecho invocado (*fumus bonis iuris*) y el peligro en la demora (*periculum in mora*).

ABSTRACT

The Chamber of Appeals of 1st Nomination with contentious-administrative competence of the city of Córdoba (Argentina) resolved not to grant an innovative precautionary measure requested by the plaintiff -a 60-year-old medical professional, specialized in psychiatry-. The object of the action was to order the Emergency Operations Center of the Province of Cordoba (in Spanish "C.O.E.") the reservation of a Sputnik V vaccine dose, based on the arbitrariness and illegitimacy of the defendant's refusal to administer it. With particular consideration of the prevailing context

¹ Abogada (UNC), egresada sobresaliente con Mención de Honor (UNC), integrante del Cuerpo de Abanderados de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales año 2014 (UNC), Diplomada en Seguros y Daños (Club de Derecho), Posgrado en Derecho Registral (UCC) y en Derechos Reales (UNC), Maestranda en Derecho Civil Patrimonial (UNC), Relatora del Juzgado de Primera Instancia y Décimo Quinta Nominación en lo Civil y Comercial de la ciudad de Córdoba. Mail: cati.costamagna@gmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-1630-3853>

at the date of the judicial decision (14/01/2021), the Chamber of Appeals considered that two of the necessary requirements for a precautionary measure to proceed were not met, in particular, the plausibility of the right invoked (*fumus bonis iuris*) and the peril in the delay (*periculum in mora*).

PALABRAS CLAVE: Acción de amparo; derecho a la salud; medida cautelar innovativa; vacuna Sputnik V; contexto pandémico.

KEY WORDS: Amparo action; right to health; innovative precautionary measure; Sputnik V vaccine; pandemic scenario.

I. Medidas Cautelares

1. Consideraciones generales

En primer término y recordando conceptos generales, puede señalarse que las medidas cautelares han sido conceptualizadas como aquellas que tienden a impedir que el derecho cuya actuación se pretende, pierda virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurre entre la demanda y la sentencia (Palacio, 1983:62). Su fundamento radica en que, habitualmente, existe un lapso –que variará, según el tipo de proceso de que se trate– entre la fecha de la postulación inicial y el dictado de la resolución judicial que hiciera lugar, o no, a la demanda incoada por el accionante.

Con mayor precisión aún, prestigiosa doctrina ha sostenido que las medidas cautelares son “resoluciones jurisdiccionales provisionales, que se dictan in audita parte o con trámite sumario o de conocimiento limitado, con el fin de evitar el menoscabo inminente de derechos personales o patrimoniales” (Colombo, 1965:706). De esa manera, se afirma entonces que los procedimientos cautelares han sido previstos para garantizar los derechos del actor o evitar que ellos se tornen ilusorios (Ferreira de De la Rúa y González de la Vega de Opl, 2003:285).

Además, otra de sus características fundamentales consiste en que carecen de autonomía, pues su finalidad se reduce a asegurar el resultado práctico de la sentencia que debe recaer en otro proceso. Dicho en otras palabras, las pretensiones cautelares tienden a la obtención de una medida judicial que asegure el eventual cumplimiento de la sentencia de mérito a dictarse en un proceso de conocimiento o de ejecución. No son, por lo tanto, pretensiones autónomas sino que se encuentran subordinadas a una pretensión principal ya deducida, o próxima a deducirse (Palacio, 2003:77).

Es por lo expuesto que Carnelutti entendió que el proceso cautelar sirve no inmediata, sino mediatamente a la composición de una *litis*, porque su fin inmediato se encuentra en la garantía del desarrollo o del resultado de un proceso distinto (1959:85). Conteste con ello resulta también lo postulado por Calamandrei, al afirmar que las medidas cautelares, en tanto se hallan ineludiblemente preordenadas a la emisión de una ulterior resolución definitiva, carecen de un fin en sí mismas. Es decir, nacen al servicio de esa resolución definitiva, con la intención de preparar el terreno y aportar los medios más aptos para su éxito (1936:162).

En resumidas cuentas, de las líneas que anteceden es posible extraer los caracteres principales de las medidas cautelares, aunque sin ánimo de agotar con ello todas las demás peculiaridades destacadas por la doctrina nacional y local, en relación a esta figura procesal. En consecuencia, y debido a su particular estructura, sus rasgos tipificantes son:

a) Instrumentalidad, lo cual implica que están al servicio del juicio principal del cual dependen, buscando siempre garantizar el cumplimiento de la sentencia que se dicte en aquél. Es por dicho motivo que la doctrina nacional apuntó: “en ausencia de este carácter, o lo que es lo mismo, en tanto la tutela se alcance definitivamente con la pretensión `cautelar´, ésta dejaría de ser tal, hallándonos más bien en presencia de un proceso urgente, cualquiera fuese la denominación que se le acuerde y las normas que hubiese de aplicársele (...)” (Kielmanovich, 2000:43).

b) Provisionalidad, es decir, no son definitivas sino que están supeditadas a la subsistencia de las circunstancias fácticas que dieron origen a su nacimiento. Como consecuencia de ello, puede solicitarse su levantamiento al rechazarse la demanda o, incluso, su decaimiento ipso iure al ser resuelta la causa principal. Es más, aun en los supuestos de denegación, es posible que con posterioridad se la decrete, en tanto y en cuanto hayan variado los hechos o bien se completen los requisitos para su procedencia, de ser necesario.

c) Mutabilidad, no es otra cosa que la posibilidad de su modificación a pedido de las partes y, además, en ningún supuesto causan estado. Al respecto se aclara que, el requisito de la solicitud de parte es propio del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba (CPCC), al ser exigido en su art. 463; marcándose así una importante diferencia con su par nacional, en donde está permitido que el juzgador las ordene de oficio, de conformidad a lo normado por el art. 204 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Zalazar, 2021:30-35).

2. Clasificación de las medidas cautelares

Sobre este tópico, debe precisarse que los criterios utilizados por la doctrina para efectuar esta tarea son de los más variados, dando ello origen a múltiples posibilidades que resultan sumamente útiles si lo que se busca es una completa descripción y profundo desarrollo de esta temática. Por eso, teniendo en cuenta la finalidad del presente artículo y de acuerdo a los hechos que motivan la causa bajo estudio, consideramos adecuado acotar el tratamiento de este punto a la distinción entre medidas cautelares “innovativas” y “no innovativas”, aunque Calamandrei –avanzando aún más– las clasificaba en “innovativas” y “conservativas”.

El mencionado autor observaba que, en todos los casos en que uno se encuentra frente a un estado de hecho de tal naturaleza que si la providencia principal pudiera ejecutarse inmediatamente su eficacia se traduciría en frutos prácticos, la providencia cautelar sería “conservativa”. Ello porque tiende a mantener aquél estado de hecho existente al momento de su decreto, en espera y con la finalidad de que sobre el mismo pueda la providencia principal ejercer sus efectos. En cambio, cuando lo que se busca es que la futura providencia principal constituya nuevas relaciones jurídicas o, bien, ordene medidas innovativas del mundo exterior, la providencia cautelar, para eliminar el daño que podría derivar del retardo con el que la principal podrá llegar a constituir tales efectos, deberá tender a operar en forma provisoria o anticipada los efectos constitutivos e innovativos; que, diferidos,

podrían resultar ineficaces o inaplicables (1996:48-49).

Iguals denominaciones fueron utilizadas por otros doctrinarios de talla a nivel nacional, entre los que se encontraba Reimundín, autor que definía al proceso cautelar conservativo como aquél mediante el cual “se trata de (...) inmovilizar una situación de hecho para impedir los cambios de la misma que pudieran frustrar después el resultado práctico del proceso principal”. Mientras que, con relación al innovativo, apuntaba: “la técnica consiste en que se comprometería el resultado del proceso principal si, desde el principio, no se dispusiera un determinado cambio en el estado de hecho, y se presenta como una modificación anticipada de una situación jurídica” (1979:19).

Por su parte y luego de precisar el interés que reviste esta clasificación, la directora de la presente revista prefiere identificar a las medidas cautelares, bajo esta óptica, como “asegurativas” o “conservatorias” y aquellas que tienen un fin “anticipatorio”. De esa manera, señala que las primeras tienen por finalidad garantizar la eficacia práctica de la resolución definitiva, como por ejemplo: el embargo preventivo, la inhibición general de bienes, la intervención judicial; vislumbrándose en ellas, con claridad, el objetivo principal de las cautelares al que nos referimos en el acápite anterior. En tanto que, las segundas procuran lograr antes o durante el trámite del proceso, una anticipación de la probable resolución que vaya a dictarse en él. Es decir, son los llamados “despacho anticipado de fondo” o la denominada genéricamente “tutela anticipada”, que se traduce en el dictado de una condena provisoria que puede ser luego ratificada o revocada, en oportunidad del dictado de la sentencia de mérito final. Ergo, la medida no agota el proceso, sino que éste sigue su curso normal y podrá, en su caso, tornar definitiva la medida que ha sido anticipada (Zalazar, 2021:23).

3. Presupuestos generales para su procedencia

Otro de los extremos relevantes de este instituto son los presupuestos generales para su procedencia o, en palabras de Palacio y Alvarado Velloso (1997:322), los presupuestos que hacen a la fundabilidad de la pretensión cautelar. Tales son: la verosimilitud del derecho (*fumus bonis iuris*), el peligro en la demora (*periculum in mora*) y el otorgamiento de contracautela; aunque luego, dependiendo de la medida cautelar de que se trate en el caso concreto, pueden adicionarse otros.

Entonces, el primero de ellos refiere a la verosimilitud del derecho de fondo sustentado por quien pide la cautelar y no al derecho a obtenerla en sí mismo (Rivas, 2007:40), y no es otra cosa que la aparente atendibilidad del derecho o la acreditación de la probabilidad de su existencia. Es decir, no se exige certeza sino posibilidad de que el derecho exista, aunque no como una realidad efectiva ya que esto último sólo se alcanzará al concluir el trámite principal (Bertoldi de Fourcade y Ferreyra de De la Rúa, 1999:397). Inclusive, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) se ha pronunciado sobre este carácter, precisando que el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto, que supone atender a aquello que no excede el marco de lo hipotético, dentro del cual agota su virtualidad (Fallos: 316:2060, entre otros precedentes).

En lo que respecta a su acreditación, en algunas ocasiones será suficiente la mera invocación o alegación de las circunstancias fácticas y, otras veces, en cambio, deberán aportarse elementos probatorios. Este extremo podrá efectivizarse en el propio escrito de solicitud o a través de un trámite de naturaleza sumaria, a los fines de formar convicción en el

magistrado para la correspondiente admisión de la cautelar peticionada (Ferreyra de De la Rúa y González de la Vega de Opl, 2003:317).

Por otra parte, Podetti entiende al peligro en la demora como el interés jurídico que justifica la medida cautelar, al afirmar: “no existe medida cautelar alguna que no se de para disipar un temor de daño inminente, sea que se exija su acreditación *prima facie*, sea que se presuma por las circunstancias del caso” (1969:77). Entonces, este presupuesto puede resumirse en la existencia de razones de urgencia tendientes a impedir que la tutela jurídica definitiva, que el actor espera con la sentencia a dictarse en el proceso principal, pueda verse frustrada. Además, en palabras del Máximo Tribunal de Justicia de nuestro país, exige una apreciación atenta de la realidad comprometida, con el objeto de establecer cabalmente si las secuelas que pudieran llegar a producir los hechos que se pretenden evitar, pueden restar eficacia al ulterior reconocimiento del derecho en juego, originado por la sentencia dictada como acto final y extintivo del proceso (CSJN, Fallos: 319:1277).

Por último, la contracautela es conceptualizada como la garantía concreta que -por disposición del juez- debe otorgarse a favor del afectado, por parte de quien requirió una medida cautelar, como presupuesto para su efectivización. Su finalidad, justamente, es asegurarle el resarcimiento de los daños y perjuicios que pudiera producirle su traba, en las condiciones que marca la ley, y sobre la que puede operarse para lograr la consiguiente compensación (Rivas, 2007:55); pudiéndose materializar con el otorgamiento de una caución real, personal o juratoria (Ferreyra de De la Rúa y González de la Vega de Opl, 2003:318).

II. El caso de autos

1. Hechos que motivan la resolución judicial

Ingresando a la plataforma fáctica que determinó el dictado del decreto objeto de este comentario, se observa que una profesional de la ciencia de la salud -específicamente una médica psiquiatra, con 60 años de edad ya cumplidos-, durante el receso judicial del mes de enero del año 2021, presentó una diligencia mediante correo electrónico, solicitando la habilitación de la feria judicial y su vacunación con Sputnik V; pedido que fue rechazado por el Juez de 1º Instancia en lo Civil y Comercial de Feria con fecha 09/01/2021, sin perjuicio de la posibilidad de reeditar la cuestión con mayores argumentos.

Con motivo de esa resolución, es que el día 12/01/2021 la actora presentó un nuevo escrito intentado cumplimentar con los recaudos formales y la acreditación de las circunstancias que le habían sido exigidas. Además, en esa misma oportunidad procesal, peticionó la remisión al tribunal competente y asimismo, como medida cautelar urgente, que se ordene al COE la reserva de una dosis de la mentada vacuna, ello hasta tanto se resuelva el fondo del asunto. En ese contexto y al sólo efecto del tratamiento y análisis de la cautelar solicitada, el tribunal convocó a una audiencia del art. 58 del CPCC para el día siguiente, y tras su fracaso y la inexistencia de acuerdo alguno entre las partes, se le ordenó a la demandada la presentación de un informe que diera cuenta de las razones de la denegatoria de vacunación. Cumplimentado esto último con fecha 14/01/2021, la Provincia de Córdoba se opuso a la pretensión de la actora, exponiendo en su memorial que su accionar no podía calificarse como arbitrario e ilegal -principalmente- porque había cumplimentado con el programa de inmunizaciones que, en ese entonces, llevaba a cabo la provincia; el que estaba alineado a las pautas recibidas por el Ministerio de Salud de la

Nación (MSN). A su vez, la demandada definió a este último organismo como la autoridad de control y con monopolio de decisión respecto a las pautas técnicas de aprobación y al suministro de fármacos a nivel federal.

Frente a ese cuadro de situación y tras realizar un detenido examen del escrito inicial, de lo informado por el polo pasivo y de la documentación acompañada por cada una de las partes, la Cámara en lo Contencioso Administrativo de 1° Nominación de la ciudad de Córdoba resolvió no hacer lugar a la medida cautelar solicitada, por no encontrarse –según entendió– suficientemente configurados los requisitos de la verosimilitud en el derecho invocado y el peligro en la demora, más allá de las razones de prevención que habían sido invocadas por la peticionante.

2. Fundamentos para su rechazo

Sobre la plataforma fáctica desarrollada en el punto anterior y luego de una minuciosa lectura de la resolución judicial, es posible identificar cuáles fueron los argumentos centrales y las razones fundamentales que determinaron la decisión adoptada por el órgano jurisdiccional colegiado, en sentido adverso a la pretensión cautelar de la parte accionante; los que serán profundizados en las líneas siguientes.

a. Excepcionalidad de la medida cautelar solicitada

Como primer punto, el tribunal interviniente cimentó su decisión en la excepcionalidad de la medida cautelar peticionada por la actora. En ese sentido, no puede pasar inadvertido que la pretensión de vacunación con Sputnik V y luego el pedido de reserva de una dosis de aquella, engastan en lo que se denomina doctrinariamente como medida cautelar innovativa. Por lo cual, de acuerdo a lo desarrollado en el acápite 1.2), su finalidad no es otra que alterar el statu quo o situación de hecho existente a ese momento.

A su vez, la medida fue solicitada con anterioridad al reconocimiento judicial del derecho de la accionante, vía acción de amparo; por lo que debe ser calificada –además– como precautoria. Entonces, sin duda alguna, ambos extremos robustecen la excepcionalidad dispuesta por el tribunal como basamento de su decisión y justifican un criterio más estricto en la determinación de su procedencia.

Asimismo, a lo ya manifestado se suma el limitado marco cognoscitivo que presenta el despacho cautelar, mucho más expedito y superficial que el correspondiente a una pretensión ordinaria cuya sentencia definitiva se dicta con un grado de certeza y luego de la integral tramitación del proceso.

Por último, existen diversos precedentes de la CSJN vinculados a esta temática, entre los cuales podemos mencionar el de fecha 24 de agosto de 1993, correspondiente a los autos caratulados “Bulacio Malmierca, Juan Carlos y otros c/ Banco de la Nación Argentina” (Fallos: 316:1833), citado por el órgano decisor para justificar el rechazo de la pretensión cautelar. Al respecto, deviene esclarecedor e ilustrativo transcribir un extracto de lo resuelto en esa oportunidad, en donde se sostuvo: “(...) la viabilidad de las medidas precautorias (...), y dentro de aquellas la innovativa, es una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, habida cuenta de que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, lo que justifica una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión”.

b. Contexto imperante a la fecha de la pretensión cautelar

Otras de las razones que motivaron la decisión del tribunal de alzada, fue el contexto de pandemia suscitado con motivo de la aparición del Covid-19; fenómeno que azotó con consecuencias inusitadas e inimaginables para cualquiera persona, no sólo a nuestro país sino también al resto del mundo por completo y que, desde el punto de vista sanitario, puede ser diferenciado de otros supuestos como la epidemia y la endemia. La pandemia, entonces, es una enfermedad epidémica -o sea, que ha crecido abruptamente-, pero no ya en una región determinada, sino en una gran cantidad de países, y que ataca a un inmenso número de sus habitantes o a casi la totalidad de ellos (Parellada, 2021:1).

Frente a este escenario global, el Estado Argentino comenzó una paulatina campaña de vacunación con la finalidad de obtener la inmunización de su población y evitar así tanto los fallecimientos como la propagación masiva del Covid-19, en el menor tiempo que fue posible. En ese marco y luego de la adquisición de los distintos fármacos, se dictaron sucesivas leyes, normativas e instrumentos, y también se fijaron planes estratégicos para llevar a cabo este importante objetivo.

En particular, se establecieron etapas y distintas instancias para realizar la vacunación, siendo las autoridades nacionales en ejercicio del poder de policía en materia sanitaria -específicamente, el MSN-, quienes individualizaron a las personas comprendidas dentro de cada una de ellas, teniendo en cuenta su función, edad y la existencia o no de ciertas patologías que aumentaban el riesgo frente al virus; todo ello en virtud de lo dictaminado por los profesionales, de acuerdo al grado de conocimiento científico existente a ese momento.

De esa manera, el MSN a través de la Resolución 2784/2020 publicada en el Boletín Oficial Argentino (BOA) el día 24/12/2020, autorizó con carácter de emergencia la vacuna Gam-Covid-Vac, denominada Sputnik V, desarrollada por el Centro Nacional Gamaleya de Epidemiología y Microbiología de Rusia, en virtud de lo establecido por los arts. 8 y 9 de la Ley 27.573, y las recomendaciones de la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT).

A su vez, como consecuencia de lo indicado por la ANMAT, el MSN estableció -a través de un comunicado oficial- que el corte etario a los fines de la administración de las dosis adquiridas en esta primera etapa por nuestro país, sería de 18 a 59 años y que el grupo objetivo era el personal de salud y estratégico.

Por otra parte, los "Lineamientos técnicos para la Campaña Nacional de Vacunación contra el Covid-19" establecieron que la misma debía ajustarse a las indicaciones expresas de la autoridad sanitaria nacional; razón por la cual, el fármaco solo podía ser administrado a personal de salud y estratégico que se encuentre en el rango etario de 18 a 59 años, con expresa exclusión de los menores de edad y adultos que hayan cumplido los 60 años de vida. Sin embargo, se permitía a las jurisdicciones que hayan completado ese grupo, ampliar la campaña al resto del equipo de salud.

Como puede observarse, la actora cumplía una de las condiciones fundamentales estipuladas por la autoridad sanitaria nacional, al ser de profesión médica psiquiatra; pero no la segunda vinculada al rango etario. Por lo cual, se encontraba expresamente excluida de la primera etapa de vacunación con Sputnik V, de acuerdo a las indicaciones proporcionadas por los organismos competentes.

Ahora bien, resulta oportuno destacar lo ya resuelto por la CSJN sobre los criterios de distinción fijados por las leyes -en este caso, el vinculado a la edad- y su armonización con el art. 16 de la Constitución Nacional (CN), esto es con el principio de igualdad. Pues, en la causa "Partido Nuevo Triunfo s/ reconocimiento - Distrito Capital Federal" y con fecha 17 de marzo de 2009 (Fallos: 332:433), el Máximo Tribunal de Justicia de nuestro país enfatizó: "(...) el derecho genérico de las personas a ser tratadas de modo igual por la ley no implica una equiparación rígida entre ellas, sino que impone un principio genérico de igualdad ante la ley de todos los habitantes que no impide la existencia de diferencias legítimas. La igualdad establecida en la Constitución no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales circunstancias se conceden a otros (Fallos: 153:67, entre muchos otros)". Además, agregó: "(...) El criterio de distinción no debe ser arbitrario o responder a un propósito de hostilidad a personas o grupos de personas determinados (Fallos: 229:428), o tratar desigualmente a personas que están en circunstancias de hecho esencialmente equivalentes (Fallos: 229:765)".

Al mismo tiempo, la CSJN determinó que esos propósitos hostiles o arbitrariedad en la distinción no se presumen, esto es, no son tenidos por ciertos hasta tanto sean probados por quien los invoca (Fallos: 306:2147, 2154). Dicho en otras palabras, las clasificaciones introducidas por la ley a la luz del art. 16 de la CN y conforme a la interpretación dada por su propia jurisprudencia, tienen una presunción favorable que debe ser derrotada por quien la ataque. Sin embargo, en esa misma ocasión y luego de señalar la prohibición de utilizar criterios clasificatorios fundados en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que integran el derecho constitucional argentino, la CSJN también resaltó que cuando debió resolver sobre la constitucionalidad de leyes que los utilizan, lo hizo partiendo de una presunción de inconstitucionalidad (Fallos "Hoofft" 327:5118; "Gottschau" 329:2986 y "Mantecón Valdez" 331:1715).

Por todos los argumentos dados, el Máximo Tribunal de Justicia Federal concluyó que el trato desigual será declarado ilegítimo siempre y cuando quien defiende su validez no consiga demostrar que responde a fines sustanciales, antes que meramente convenientes, y que se trata del medio menos restrictivo y no sólo uno de los medios posibles para alcanzar dicha finalidad.

En función de tales directrices interpretativas sentadas por la CSJN, el tribunal de alzada consideró que el criterio clasificatorio utilizado por la autoridad sanitaria nacional para la colocación de la vacuna Sputnik V en su primera etapa -esto es el grupo etario-, no era uno de los señalados como prohibidos. Asimismo, por tratarse de una clasificación que goza de una presunción favorable, debía ser destruida por quien la ataca, es decir por la solicitante de la medida cautelar, lo que no sucedió en el caso que se analiza.

Por último, en la resolución objeto de este comentario se destacó que los lineamientos fijados para proceder a la vacunación con dicho fármaco a nivel nacional, obedecían a razones objetivas, es decir médicas, funcionales, etc., que fueron las que justificaron la decisión de la autoridad sanitaria para proceder en el sentido en que lo hizo; circunstancia que, además, no fue controvertida por las partes.

c. Falta de configuración de los presupuestos necesarios para su procedencia

En primer lugar, se impone resaltar que el acto atacado por la requirente -vía acción de amparo- es uno emanado de la Administración Pública Provincial. Por ese motivo, goza de un carácter fundamental como es la presunción de legitimidad, entendiéndose por tal a la presunción *iuris tantum* omnicomprensiva del correcto origen o competencia de la autoridad que lo dictó, de la validez del acto y, en general, de su ajuste al orden jurídico. Pero, su invalidez no impide que la administración haga aplicación concreta de ese acto; ello en virtud de otra de sus características principales, esto es el poder de ejecutoriedad (García de Enterría y Fernández, 1993:554), lo que implica que puede llevarlo a la práctica sin necesidad del concurso judicial.

Como consecuencia de esos caracteres, las posibilidades de que el administrado obtenga la medida dependerán de que debilite de tal manera la presunción de legitimidad que, la misma, no pueda superar un juicio crítico provisional al respecto. Además, deberá demostrar la realidad de su derecho, por lo menos, frente al grado de conocimiento del juez y a los efectos cautelares (Rivas, 2007:45). En definitiva, se exige mayor rigurosidad en la acreditación de los recaudos que tornan procedente las medidas cautelares, a fin de hacer caer la presunción de legalidad de que gozan los actos emanados de la administración pública (De Lázari, 1995:177).

Sin embargo, esa innegable ventaja no implica que la administración goce de una inmunidad absoluta; ya que su actividad está sujeta a control y sus actos son impugnables, aun cuando las medidas cautelares en su contra deben contemplarse con alguna rigurosidad. Es por esa razón que, en el caso traído a análisis, la parte actora inició acción de amparo por la denegatoria de su vacunación con Sputnik V, por parte de la Provincia de Córdoba, calificando a ese acto como ilegal y arbitrario. La Cámara interviniente, por un lado, entendió que no estaba suficientemente acreditada la verosimilitud del derecho, de acuerdo a las pruebas acompañadas por la administración provincial y los fundamentos esgrimidos por esta última en el extenso informe presentado ante el tribunal.

De ese documento se desprende, de acuerdo a la transcripción efectuada en el decreto analizado, el sinnúmero de leyes, resoluciones, instrumentos y normativas emanadas del Estado Nacional que regularon todo el proceso de vacunación en nuestro país a enero del año 2021 y que fijaron también las pautas y recomendaciones a seguir, en particular, sobre el fármaco en cuestión (Sputnik V). Asimismo, todas ellas debieron ser acatadas por cada uno de los Estados Provinciales, entre los que se encuentra la Provincia de Córdoba, cuyo acto fue atacado por la aquí accionante; en virtud del poder de policía que, en esta materia, presentan los organismos nacionales, a más de ser la autoridad de control con monopolio de decisión respecto de las pautas, técnicas de aprobación y suministro de vacunas a nivel federal.

Lo señalado encuentra su fundamento en la Ley Nacional 27.491 de control de enfermedades prevenibles por vacunación, en donde se la declara como de interés nacional; entendiéndose por tal a la investigación, vigilancia epidemiológica, toma de decisiones basadas en la evidencia, adquisición, almacenamiento, distribución, provisión de vacunas asegurando la cadena de frío, y también su producción y las medidas tendientes a fomentar la vacunación en la población y fortalecer la vigilancia de su seguridad (art. 3). Asimismo, consagra como autoridad de aplicación al Poder Ejecutivo nacional, quien debe coordinar su accionar con las autoridades jurisdiccionales competentes y con los orga-

nismos con incumbencia en la materia (art. 5), y afirma que las vacunas del Calendario Nacional de Vacunación, las recomendadas por la autoridad sanitaria para grupos en riesgo y las indicadas en una situación de emergencia epidemiológica, son obligatorias para todos los habitantes del país conforme a los lineamientos que establezca la autoridad de aplicación (art. 7).

También, esa misma normativa, enumera como funciones de la autoridad de aplicación (el MSN), en lo que aquí interesa, las siguientes: a) mantener actualizado el Calendario Nacional de Vacunación de acuerdo con criterios científicos, en función de la situación epidemiológica y sanitaria nacional e internacional, con el objeto de proteger al individuo vacunado y a la comunidad; b) definir lineamientos técnicos de las acciones de vacunación a los que deben ajustarse las jurisdicciones; c) proveer los insumos vinculados con la política pública de control de las enfermedades prevenibles por vacunación; i) declarar el estado de emergencia epidemiológica en relación a las enfermedades prevenibles por vacunación, dictando las medidas que considere pertinente; j) coordinar con las jurisdicciones la implementación de acciones que aseguren el acceso de la población a las vacunas del Calendario Nacional de Vacunación, las recomendadas por la autoridad sanitaria para grupos de riesgo, las que se dispongan por emergencia epidemiológica y que fortalezcan la vigilancia de las enfermedades prevenibles por vacunación; y m) mantener actualizada y publicar periódicamente la información relacionada con la vigilancia de la seguridad de las vacunas utilizadas en el país (art. 18). A continuación y en forma expresa, establece: “las vacunas provistas por la autoridad de aplicación en el marco de la presente ley, solo pueden ser aplicadas siguiendo los lineamientos técnicos previstos en el inciso b) del artículo 18” (art. 19).

Entonces, en virtud de lo allí dispuesto y dentro del contexto de pandemia arriba descrito, se dictaron –por ejemplo- la Ley 27.573 denominada “Ley de vacunas destinadas a generar inmunidad adquirida contra el Covid-19”, el “Plan estratégico para la vacunación contra el Covid-19 en la República Argentina”, los “Lineamientos técnicos para la Campaña Nacional de Vacunación contra el Covid-19” –estos dos últimos publicados en el sitio web del MSN-, la Resolución 2784/2020 de ANMAT publicada en el BOA el 24/12/2020, el informe remitido por aquél ministerio a las jurisdicciones provinciales, sobre la población objetivo para la vacunación contra el Covid-19, de fecha 05/01/2021, entre otros.

Todos esos instrumentos son consecuencia –en definitiva- de las especiales facultades y autorizaciones que se otorgaron en el marco de la emergencia sanitaria declarada por la Ley 27.541 y ampliada por el Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) 260/2020, o aquella normativa que en lo sucesivo la prorrogó. En particular, el art. 2 del mencionado decreto consagra las facultades del MSN como autoridad de aplicación; y la Ley Nacional 27.573, en su art. 1, declara de interés público la investigación, desarrollo, fabricación y adquisición de las vacunas destinadas a generar inmunidad contra el Covid-19, en particular. También, su art. 8 establece la obligación –para el adquirente de este tipo de fármacos- de presentarlos a la ANMAT, a los efectos de la intervención de su competencia, y la necesidad de su autorización por el MSN, debiendo ambos organismos expedirse en un plazo máximo de treinta (30) días, previo a su uso en la población objetivo. Finalmente, el art. 9 autoriza –por la excepcionalidad del contexto pandémico- a los organismos competentes a realizar la aprobación de emergencia de las vacunas objeto de esa ley, con el debido respaldo de la evidencia científica y bioética que permita comprobar su seguridad y eficacia. Todo ello con los límites señalados en el art. 12, por lo que las facultades y autorizaciones

establecidas por la Ley 27.573 sólo tendrán vigencia mientras dure la emergencia sanitaria declarada.

En síntesis, considerando los términos de los instrumentos legales ya especificados y, a su vez, el informe y la documentación acompañada por la Provincia de Córdoba a la causa judicial, el tribunal tuvo por no configurado -en forma suficiente- el "*fumus bonis iuris*", o apariencia de buen derecho, vinculado a la posibilidad de que aquél exista, por ser la actora una profesional de la salud que ya había cumplido los 60 años y, por ende, se encontraba expresamente excluida a esa fecha y por la normativa mencionada, del grupo etario que integraba la primera etapa de la vacunación con Sputnik V. Luego, en lo que respecta al peligro en la demora, la Cámara puso de resalto que las razones de prevención invocadas por la solicitante como fundamento de su pretensión eran atendibles, pero no suficientes para tenerlo por acreditado, dado que en esa misma situación se encontraba toda la población argentina.

Por otro lado, estrictas razones de orden y de prioridades por la edad, la tarea o profesión en ejercicio y también los factores de riesgos asociados, fueron los que guiaron -o, al menos, así debió ser- el establecimiento de grupos para acceder a la vacunación. De esa manera, la actora tenía cumplimentado el primero de los requisitos -por ser parte del personal de salud- pero no la segunda condición fijada por las autoridades competentes: tener hasta 59 años de edad. Además, la Cámara entendió que tampoco acreditó ningún derecho preferente en relación a otros sujetos ya incluidos en el primer corte, como para ingresar ella en su lugar.

Asimismo, tratándose de una medida cautelar contra la Administración Pública, a sus requisitos típicos y generales se adiciona la no afectación del interés público con su concesión. Se entiende por tal aquello que puede alterar los servicios públicos y el poder de policía, de modo que, si la cautelar no tuviera incidencia alguna sobre tales extremos, deberá concedérsela (Rivas, 2007:383). En sentido contrario, si su otorgamiento compromete el ejercicio del poder de policía por parte de los organismos nacionales en materia de salubridad, cuyas disposiciones deben ser cumplidas por los Estados Provinciales en el contexto de emergencia sanitaria, como en este caso, no corresponde su concesión.

Finalmente y para el supuesto de medidas cautelares innovativas, distintos autores y tribunales postulan como necesario, para su otorgamiento, la acreditación de la irreparabilidad del perjuicio o, en palabras del Código de Procedimiento Contencioso Administrativo de la Provincia de Córdoba, que el acto impugnado sea susceptible de causar un grave daño al administrado (art. 19 de la Ley 7182). Este extremo tampoco se evidencia en los hechos que motivan el presente comentario, al invocarse sólo razones de prevención por la actora, en relación al contagio de Covid-19; y, además, haber manifestado estar comprendida en el conjunto de la población que debía ser vacunada en la primera etapa, lo que no fue así, tal como se señaló con anterioridad.

III. Conclusiones

En definitiva, entendemos que el pronunciamiento judicial analizado es el resultado de la falta de acreditación suficiente de los presupuestos necesarios para el otorgamiento de la medida peticionada por la parte actora, y de la excepcionalidad que caracteriza a las cautelares innovativas en particular. A su vez, ese decisorio está fundamentado en las especiales circunstancias fácticas imperantes a enero del año 2021 (contexto de pan-

demia), y en el contenido de los instrumentos legales dictados dentro de ese marco, que otorgaban facultades y autorizaciones limitadas en el tiempo a los organismos nacionales, estrechamente vinculadas a la evidencia científica y bioética disponible -a esa fecha- sobre la seguridad, eficacia y desempeño de la vacuna Sputnik V.

Es dable destacar también que la situación de emergencia generada como consecuencia de la pandemia por Covid-19, fue convalidada por la CSJN en la causa "Maggi, Mariano c. Corrientes, Provincia de s/ medida autosatisfactiva", de fecha 10 de septiembre de 2020, oportunidad en la que compartió los postulados fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la declaración titulada "Covid-19 y Derechos Humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de Derechos Humanos y respetando las obligaciones internacionales" del 09/04/2020. En este punto, replicó lo sostenido por este último organismo en relación a los límites propios de la situación de emergencia, y dijo: "Todas las medidas que los Estados adopten para hacer frente a la pandemia y que puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos" (Fallos 343:930).

Corolario, todos los argumentos mencionados justifican la solución adoptada por la Cámara interviniente, esto es el rechazo de la precautoria tendiente a obtener la colocación de la vacuna Sputnik V, y luego la reserva de una dosis de la misma, cuando -en función de su edad- la solicitante no ingresaba dentro de la primera etapa de vacunación con ese fármaco, que comprendía a personas de hasta 59 años, de conformidad a lo dispuesto por las autoridades nacionales competentes y a la evidencia científica disponible a esa fecha. Pronunciamiento que, por cierto y atento su naturaleza, es esencialmente mutable, provisorio y susceptible de ser revisado y modificado en cualquier etapa del juicio, al variar los presupuestos que determinaron su denegación, o al aportarse nuevos elementos que permitan la procedencia de la medida.

Referencias bibliográficas

- Bertoldi de Fourcade, M.; Ferreyra de De la Rúa, Angelina (1999), Régimen procesal del fuero de familia, Depalma, Buenos Aires.
- Calamandrei, Piero (1936), *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, Cedam. Traducción de Santiago Sentís Melendo (1944), Prólogo de Eduardo J. Couture, con el título *La escuela italiana de derecho*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires.
- Calamandrei, Piero (1996), *Introducción al estudio sistemático de las medidas cautelares*, Ed. Librería El Foro, Buenos Aires.
- Carnelutti, Francesco (1959), *Instituciones del Proceso Civil*, traducción de la Quinta Edición italiana por Santiago Sentís Melendo, Volumen I, Ediciones Jurídicas Europa-América (E.J.E.A.), Buenos Aires.
- Colombo, Carlos J. (1965), *Código de Procedimiento Civil y Comercial*. Anotado y comen-

tado, Tomo I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

- De Lázzari, Eduardo N. (1995), *Medidas cautelares*, Tomo II, Segunda Edición, Platense, La Plata.
- Ferreyra de De la Rúa, Angelina; González de la Vega de Opl, Cristina (2003), *Teoría General del Proceso*, Tomo I y II, Advocatus, Córdoba.
- García de Enterría, Eduardo; Fernández, Tomás R. (1993), *Curso de derecho administrativo*, Cuarta Edición, Tomo I, Civitas, Madrid.
- Kielmanovich, Jorge L. (2000), *Medidas cautelares*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.
- Palacio – Alvarado Velloso (1997), *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Explicado y anotado jurisprudencial y bibliográficamente*, Tomo V, Rubinzal Culzoni, Santa Fe.
- Palacio, Lino Enrique (1983), *Derecho procesal civil*, Tomo VIII, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- Palacio, Lino Enrique (2003), *Manual de derecho procesal civil*, Décimo Séptima Edición actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- Parellada, Carlos A. (2021), *El derecho de daños frente a la pandemia*, publicado en La Ley online de fecha 18/05/2021, Buenos Aires.
- Podetti, J. Ramiro (1969), *Derecho procesal civil, comercial y laboral*, Tratado de las medidas cautelares, Tomo IV, Ediar, Buenos Aires.
- Reimundín, Ricardo A. (1979), *Prohibición de innovar como medida cautelar*, Ed. Astrea, Buenos Aires.
- Rivas, Adolfo A. (2007), *Medidas cautelares*, Primera Edición, Lexis Nexis, Buenos Aires.
- Zalazar, Claudia E. (2021), *Medidas cautelares*, Segunda Edición, Alveroni, Córdoba.