

CAUSA Nº 28425-P CCALP “PEREZ ESQUIVEL ADOLFO MARIA S/AMPARO”

En la ciudad de La Plata, a los días del mes de Julio del año 2021, reunida la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en La Plata, en Acuerdo Ordinario, con la presencia de los Señores Jueces Dres. Claudia Angélica Matilde Milanta, Gustavo Daniel Spacarotel y Gustavo Juan De Santis, para entender en la causa "PEREZ ESQUIVEL ADOLFO MARIA S/AMPARO", en trámite ante el Juzgado de Garantías N°3 del Departamento Judicial de La Plata (Expte. N° AM06-57-21), previa deliberación, se aprueba la siguiente resolución.

La Plata, de Julio de 2021.

VISTO:

El recurso de apelación incoado por la parte actora a fs. 82/88 y,

CONSIDERANDO:

I.- En el marco de la presente acción de amparo, los Señores Adolfo Pérez Esquivel y Roberto Cipriano García, en su carácter de Presidente y Secretario de la Comisión Provincial de la Memoria, solicitan el dictado de una medida cautelar por la que se ordene a Estado de la Provincial de Buenos Aires a comenzar con carácter inmediato a vacunar a la población privada de su libertad que reúna las demás condiciones objetivas definidas por la autoridad sanitaria para el acceso a la vacuna en igualdad de condiciones que el resto de la población bonaerense (ver punto VI del escrito de inicio).

Expresan que el *sub lite* reúne los rasgos necesarios para la configuración del caso como colectivo.

Relatan que la presente acción se interpone a favor de los ciudadanos bonaerenses que permanecen privados de su libertad bajo la custodia del Servicio Penitenciario y del Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires, y que pertenecen a los grupos definidos por la autoridad sanitaria de conformidad al Plan Provincial de vacunación para el acceso a la inoculación contra el COVID-19, esto es, personas mayores de 60 años y entre 18 y 59 años con enfermedades preexistentes, ello según la etapa actual en que se encuentra el Plan Provincial de Vacunación "*Buenos Aires Vacunate*".

Destacan, que en base al listado oportunamente elaborado por el Ministerio de Justicia de la provincia, a la fecha de mayo del año 2020, las personas privadas de su libertad con factores de riesgo para el Covid-19 rondarían las 1.500, entre ellos que se encuentran, en su mayoría, personas con VIH y TBC, mayores de 65 años, mujeres embarazadas y madres con hijas o hijos dentro de las unidades penales.

Refieren que a la fecha, no se ha implementado en el ámbito de encierro punitivo bonaerense un mecanismo por el cual las personas privadas de su libertad que reúnan las condiciones previstas por la autoridad sanitaria puedan ser vacunadas en la etapa correspondiente.

Mencionan que las personas privadas de su libertad en la Provincia de Buenos Aires no han accedido al derecho a vacunarse en iguales condiciones que el resto de los ciudadanos bonaerenses, y que incluso, ha habido casos en los que si bien se ha podido gestionar la pre inscripción y la asignación de turno para la inoculación, no se consiguió luego la consecuente autorización ni el traslado por parte del Servicio Penitenciario Bonaerense a tales efectos.

Indican que a ello se agrega la inexistencia de un proyecto inmediato que prevea la implementación del plan de vacunación en las Alcaldías Departamentales, Unidades Penitenciarias y demás dependencias del Servicio Penitenciario Bonaerense.

II. El juez de Garantías N°3 de la La Plata decide a fs. 73/78 no hace lugar a la medida cautelar peticionada, en tanto entiende que no se encuentran acreditados en autos los requisitos para su procedencia.

Para así decidir, refiere que la medida cautelar pretendida importa un manifiesto adelanto del resultado del proceso que desnaturaliza su carácter asegurativo.

En tal sentido, sostiene que la parte actora no ha desplegado argumentos suficientes ni tampoco ha acompañado material probatorio que informe precisa y correctamente en esta etapa decisoria sobre la incidencia fatal del paso del tiempo en la hipótesis de no acogerse su pedimento cautelar, y que no pueda ser reparado en el curso de la premura que detenta la acción elegida.

Luego, puntualiza que el plan provincial de vacunación, además de público y gratuito es opcional, y sobre todo de elección personalísima, voluntad que se manifiesta a través de una aplicación móvil (APP).

Destaca a continuación que de ninguna manera se encuentra controvertido en autos que por obvias razones existen personas privadas de su libertad que reúnen las condiciones objetivas impuestas por la autoridad sanitaria para acceder a la vacuna, pero lo cierto es que los actores no han identificado ni un solo caso en el *sub examine* que de cuenta que, habiéndose procedido a inscribirse del modo en que indicara, la persona haya sido excluida por su condición de privado de la libertad.

Menciona asimismo que para que proceda el dictado de una medida cautelar como la peticionada en autos, se requiere que los argumentos y pruebas aportadas por el peticionante tengan una consistencia que permita al juez valorar en esa instancia provisional y urgente la existencia de un razonable orden de probabilidades que le asista razón al derecho solicitado, circunstancia que *prima*

facie no advierte acreditada en autos, en atención a la orfandad probatoria señalada.

Por último, señala que en el hipotético caso en el que se hiciera lugar a la tutela peticionada, puede presagiarse -desde un enfoque netamente conjetural- que ello traería aparejado la inherente imposibilidad inmediata de su operatividad, en tanto es de público conocimiento que el plan provincial de vacunación está sujeto a la disponibilidad de dosis e integración de grupos de riesgo en el orden que la autoridad sanitaria ha dispuesto, y nada han dicho los accionantes al respecto.

III. Contra tal pronunciamiento, los actores deducen recurso de apelación a fs. 82/88.

Destacan en primer término que el objeto y naturaleza de la pretensión cautelar requerida por su parte guarda naturaleza innovativa, tal como lo expresaran en el escrito de inicio de la presente causa.

Refieren en ese sentido, que ha sido la propia CSJN la que ha reconocido la procedencia de este tipo de remedio cautelar, que tiene como fin alterar el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, configurando un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa (Cita Fallos 319:1069,316:1833 CSJN).

Alegan asimismo que a contrario de lo interpretado por el *a quo*, sí se encuentran acreditados en autos los requisitos para el dictado de la medida cautelar peticionada (cita en apoyo doctrina de la mayoría de esta Cámara en causa CCALP N°25.835).

Aducen al respecto que resulta incontrastable por su notoriedad la existencia de una emergencia sanitaria en curso, en virtud de la pandemia generada por el Covid-19 lo que ha motivado el diseño e implementación en el ámbito local de un Plan Provincial de Vacunación -público, gratuito y optativo- que ha definido categorías de personas priorizando a los grupos con mayor vulnerabilidad según índices de riesgo poblacional.

Esgrimen que tampoco se encuentra contrastado que bajo custodia del Servicio Penitenciario Bonaerense -Ministerio de Justicia y Derechos Humanos- y del Ministerio de Seguridad de la provincia y en otras dependencias, permanecen personas privadas de su libertad que reúnen tales condiciones para acceder de manera prioritaria a la inoculación.

En orden al argumento de la orfandad probatoria en autos apuntada por el juez de grado para rechazar la tutela peticionada, manifiestan que tal interpretación no sólo desnaturaliza el carácter colectivo de la pretensión esgrimida, sino que desconoce el deber de prevención que le cabe a la autoridad administrativa en su carácter de garante de las personas privadas de su libertad. Cita doctrina en apoyo.

Destacan que bajo ese marco, le cabe una obligación positiva al Estado Provincial respecto al diseño e implementación de una herramienta apta para el acceso al derecho a la vacuna para las personas privadas de su libertad siendo que estas no se encuentran en condiciones de inscribirse en el registro y asistir sin más al turno que se les asigne, como sí puede realizarlo una persona que no esté impedida de disponer de su libertad ambulatoria.

Refuerzan su tesis, expresando que han pedido en autos la producción de una prueba informativa -que no fue proveída- por la que se acredite con certeza que hasta la fecha no se han establecido centros de vacunación en las dependencias penitenciarias de la provincia ni se han entregado dosis de vacunas a la Dirección Provincial de Salud Penitenciaria, ni existe distribución, logística ni sistema de implementación para que las personas privadas de su libertad accedan a la vacuna.

Por otro lado, puntualizan que se ha adjuntado oportunamente un link a una nota periodística que hace alusión a una declaración de la entonces Directora Provincial de Salud Penitenciaria oponiéndose al traslado de las personas privadas de su libertad a centros de vacunación para el caso de asignación de turnos.

Refieren que, en virtud de lo señalado, en autos hay certezas suficientes para la procedencia del dictado de la tutela peticionada.

En cuanto al recaudo del peligro en la demora, aducen que el daño irreparable que existe ante el riesgo evidente que la imposibilidad de acceso a la vacuna genera para la integridad personal del colectivo representado ante un eventual contagio. Situación que el juez de grado no ha contemplado en su decisorio. Cita jurisprudencia de esta Alzada en apoyo (voto de la mayoría en causa CCALP N°25.835 mencionada).

IV. La Fiscalía de Estado contesta el memorial de agravios a fs. 90/94.

En primer lugar señala que la parte recurrente no ha cumplido técnicamente con la carga procesal de refutar lo afirmado en el decisorio que impugna, lo que emerge ostensiblemente del contenido del escrito en traslado, en el que solamente reitera argumentos de la demanda, lo que según su entendimiento invalida su expresión de agravios.

Subsidiariamente, destaca que no se halla acreditado en autos el requisito de la verosimilitud del derecho, en tanto no surge demostrado ni de manera indiciaria en la presente causa que a una persona privada de la libertad le haya sido vedada -por esa exclusiva condición- su dosis en el caso de haber manifestado su voluntad de ser vacunada por integrar el grupo de riesgo o en su caso, habiendo obtenido el turno no haya conseguido la correspondiente autorización ni el traslado por parte del Servicio Penitenciario Bonaerense a tal fin. Extremo probatorio que entiende fundamental para la procedencia de la medida innovativa solicitada.

Sostiene asimismo, que cabe tener en consideración que en la emergencia la vacuna contra el Covid-19 es actualmente un bien escaso, que debe administrarse conforme la política diseñada por la autoridad de aplicación, tanto nacional como provincial, en pos de proteger al grupo poblacional más vulnerable, hasta alcanzar el 100% de la vacunación de la población.

Por otro lado, sostiene que tampoco se halla reunido en autos el recuado del peligro en la demora, en tanto no se acreditó por la parte recurrente la inscripción en el programa de vacunación voluntario diseñado, ni tampoco encontrarse en una situación de riesgo que amerite una prioridad en el orden establecido de inoculación.

Por último, afirma que de otorgarse la medida cautelar peticionada en autos, se estaría afectando el interés público en juego, en tanto la vacuna contra el Covid-19 es actualmente un bien escaso, que debe administrarse conforme la política diseñada por la autoridad de aplicación tanto nacional como provincial.

V. El recurso en estudio resulta admisible (arts. 16 y 17, ley 13.928 -texto según ley 14.192), por lo que, habiendo sido bien concedido, corresponde atender a sus fundamentos (art. 17 bis, ley 13.928 -texto según ley 14.192-; crf. notificación de fecha 03-06-21 y fecha del escrito recursivo obrante a fs. 82/88).

VI. 1. Corresponde preliminarmente señalar que la procedencia de las medidas cautelares se encuentra supeditada a la verificación de los siguientes extremos: la verosimilitud del derecho en que se funda el pedido de tutela (el "*fomus boni iuris*", la apariencia de buen derecho, de que el derecho que el requirente alega exista y no su incontestable realidad), el peligro en la demora (el temor de un daño jurídico inminente e irreparable que, de concretarse, tornare ineficaz la sentencia definitiva), que la medida requerida no afectare gravemente el interés público (arts. 9, 25 y ccs. ley 13.928 -texto según ley 14.192-; 22 inc. 1º y ccs. del CCA; 230 y ccs. del CPCC) y -para el caso de la adopción de medidas de contenido positivo- la ponderación de la urgencia comprometida en el caso y del perjuicio que la medida pudiera originar tanto a la demandada como a los terceros y al interés público (conf. art. 9, ley 13.929 y art. 22 inc. 3 del CCA).

Al respecto, en el ámbito del proceso precautorio, no sólo debe sopesarse la concurrencia de los requisitos de verosimilitud del derecho y del peligro en la demora, sino que además es dable efectuar un prudente balance de los mismos, de forma tal de ponderar la configuración de cada uno aminorando, en su caso, el rigor en la nitidez de la presencia de cualquiera de ellos, cuando la del otro luce incontrovertible (doct. SCBA, B-64769, sent. del 8-XI-06).

2. En relación al caso bajo análisis, cabe puntualizar que los actores inician la presente acción en representación del colectivo formado por las personas privadas de su libertad que integran el grupo poblacional considerado como "de

riesgo" frente al Coronavirus-19, esto es, personas mayores de sesenta años y personas de entre 18 y 19 años con enfermedades preexistentes.

Sentado ello, cuadra mencionar que según lo establecido en el marco regulatorio del plan provincial público, gratuito y optativo "*Buenos Aires Vacunate*", las personas que ostenten tales condiciones tienen prioridad al acceso a la vacuna conforme *resolución N° 2883/20 del Ministerio de Salud de la Nación y resolución N° 629/2021 del Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires*.

Cabe ponderar asimismo, que en el contexto de la pandemia generada por el Coronavirus 19 se ha incrementado la vulnerabilidad de las personas privadas de su libertad en atención a las condiciones habitacionales en las que viven, máxime si forman parte del grupo de riesgo frente a la enfermedad, esto es las personas mayores de sesenta años y/o con enfermedades preexistentes (ver Resolución N° 01/20 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre "*Pandemia y Derechos Humanos en las Américas*").

3. De lo expuesto se sigue que la materia debatida en estos autos se halla íntimamente relacionada –o más aún, es inherente- al derecho a la salud -comprendido dentro del derecho a la vida-, que cuenta con especial protección en la carta magna local y ha sido reafirmado a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales con jerarquía constitucional (art. 75 incs. 22 y 23 C.N.; asimismo arts. 11, 36 inc. 8° y 37 de la Const. Prov., art. 12 inc. C del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; arts. 4 y 5 de la Convención Americana de los Derechos Humanos e inc. 1 del art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), de manera tal que su ejercicio no se torne ilusorio (conf. C.S.J.N. causas: "*Campodónico de Beviacqua*", sent. de fecha 24-X-02; "*Monteserin*", sent. del 16-VI-01; "*Asociación Benghalensis*", sent. del 1-VI-00; "*Mestres*", sent. 14-IX-04; doctr. S.C.B.A. en la causa B-65.238, "*Toledo*", sent. 5-XI-03, entre muchas otras), al recibir protección constitucional directa y operativa (conf. precedentes cits.).

En este aspecto, cabe destacar que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce el derecho de todas las personas a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental (art. 12.1), contemplando en particular que se deberán adoptar medidas que aseguren "...*la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas*" (art. 12 inc. c) así como la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia y servicios médicos en caso de enfermedad (inc. d).

4 Desde otra arista, se advierte que las personas que se encuentran privadas de su libertad pueden tener mayores obstáculos al momento de acceder al programa de vacunación provincial que aquellas personas que no se hallan en tal situación, tanto al momento de inscribirse al mismo, como de concurrir -al serle asignado su

turno- a las postas de vacunación instrumentadas por la provincia a los efectos de la inoculación.

5. Cabe tener presente, a su vez, que el Estado debe ser garante de la vida y de la integridad física de las personas privadas de su libertad, ello, en virtud de lo dispuesto por el art. 18 de la Constitución Nacional, en tanto de su texto surge que "*Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas...*", así como lo establecido en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 25), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 5 inc. 2), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 10) y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; así como las reglas establecidas por los organismos internacionales como estándares respecto de personas privadas de libertad, tal los casos de las recomendaciones efectuadas por el Comité Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes respecto de Argentina el 10 de diciembre de 2004 -ver Fallos: 322:2735, considerando 6°, y 328:1146, considerandos 39, 48 y 50-, y las Reglas Mínimas para el tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas, recogidas por la ley 24.660, y en el marco de la pandemia generada por el Coronavirus 19 la Resolución N° 01/20 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre "*Pandemia y Derechos Humanos en las Américas*").

6. Bajo tales parámetros, surge acreditado en autos el recaudo de "*peligro en la demora*" en tanto se advierte plenamente comprometidos los valores en juego (salud y vida de las personas privadas de su libertad que se encuentran comprendidas dentro del grupo de riesgo ante el COVID-19), frente al supuesto que no se acogiera la pretensión del mismo en tiempo útil, todo lo cual podría tornar inoperantes sus efectos, máxime cuando los perjuicios serían fundamentalmente de carácter personalísimos, comprometiendo la vida misma de aquellas personas.

Por lo demás, una solución diferente importaría colocar en grave riesgo y compromiso, con graves consecuencias a las personas afectadas, lo cual en un juicio de conocimiento periférico propio de esta oportunidad procesal, impone dar preeminencia a los derechos *prima facie* comprometidos en la especie.

Bajo esas circunstancias, la ausencia de inoculación oportuna del colectivo que se protege mediante la presente acción los colocaría en una situación de desatención que compromete elementales derechos inherentes a la condición humana.

7. Por otro lado, cabe señalar que a contrario de lo alegado por la parte demandada, la tutela ordenada en el decisorio de grado no implica una alteración o modificación del "*Plan Buenos Aires Vacunate*" en cuanto al orden de prioridades establecido para la aplicación de las vacunas.

Ello así, teniendo en consideración que tal como es de público conocimiento la vacuna ya es de libre acceso para las personas que integren el grupo de riesgo frente al COVID-19, sin necesidad de requerir turno previo mediante la aplicación móvil implementada en el marco del programa provincial aludido.

Por tales motivos, no se visualiza que el interés público pueda encontrarse comprometido en el caso (arts. 9, ley 13.928 -texto según ley 14.192-; 22 inc. 1º -ap. "c", CPCA; 230 y 232 del CPCC).

8. Todo ello sin que lo expuesto signifique juicio definitivo sobre el mérito del asunto ni dispense al juez de la causa del dictado posterior de la sentencia conclusiva o bien del pronunciamiento necesario en el marco de celeridad en que se inscribe la contienda.

9. En consecuencia, corresponde hacer lugar al recurso de apelación de la parte actora, revocar el decisorio de grado, y admitir la medida cautelar solicitada, ordenando al Estado Provincial -Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires- a que en el plazo de cinco (5) días, arbitre con carácter urgente las medidas necesarias para garantizar un plan programado de acceso a la vacuna contra el Covid-19 a las personas privadas de su libertad que formen parte de los grupos de riesgo frente a dicha enfermedad, en compatibilidad con la evolución en la inoculación en el que se encuentra el programa provincial "*Buenos Aires Vacunate*", ello, previa caución juratoria, ante el juzgado de origen (arts. 75 incs. 22, 23 y concs., Const. Nac.; 11, 20 inc. 2, y 36 incs. 5, 6 y 8, Const. Prov.; 5, 9, 16 inc. 2, 17, 17 bis, 25 y concs., ley 13.928 conf.- texto según ley 14.192), con costas a la demandada en su calidad de vencida (conf. art. 19 y ccs. ley 13.928).

Por tales consideraciones, este Tribunal

RESUELVE:

Hacer lugar al recurso de apelación de la parte actora, revocar el decisorio de grado, y admitir la medida cautelar solicitada, ordenando al Estado Provincial -Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires- a que en el plazo de cinco (5) días, arbitre con carácter urgente las medidas necesarias para garantizar un plan programado de acceso a la vacuna contra el Covid-19 a las personas privadas de su libertad que formen parte de los grupos de riesgo frente a dicha enfermedad, en compatibilidad con la evolución en la inoculación en el que se encuentra el programa provincial "*Buenos Aires Vacunate*", ello, previa caución juratoria, ante el juzgado de origen (arts. 75 incs. 22, 23 y concs., Const. Nac.; 11, 20 inc. 2, y 36 incs. 5, 6 y 8, Const. Prov.; 5, 9, 16 inc. 2, 17, 17 bis, 25 y concs., ley 13.928 conf.- texto según ley 14.192), con costas a la demandada en su calidad de vencida (conf. art. 19 y ccs. ley 13.928).

Regístrese, notifíquese y devuélvase al juzgado de origen, oficiándose por Secretaría.

DISIDENCIA DR. DE SANTIS:

Advierto en la medida cautelar solicitada un claro adelantamiento del resultado del proceso que desnaturaliza el carácter asegurativo que, respecto de él, define a la especie (arts. 195 y sgtes., 230 y concs., CPCC; conf. art 9 ley 13.928 –texto según ley 14.192-).

Abona ese temperamento el principio recibido que informa que el ciclo cautelar sólo tributa a esa finalidad, pero sin admitir respuestas conclusivas de fondo que lo clausuren anticipadamente (conf. normas citadas).

Las reglas del debido proceso y el mismo confín de la labor jurisdiccional abonan esa variable de entendimiento.

Luego, visto desde ese ángulo, el reclamo precautorio excede el confín del sistema adjetivo y se muestra improcedente.

Dicho ello, cabe agregar que el interés en juego en la controversia no obsta a esa inferencia, pues su indudable urgencia decisoria bien queda a resguardo con el perfil de la pretensión elegida, que reporta rumbo decisorio en la sentencia final que la componga (conf. arts. 20 inc. 2º, Const. Prov. y 10, 13 y concs., ley 13.928 –seg. ley 14.192-), cuya oportunidad cabe medir en sujeción a los plazos establecidos por la norma de aplicación (ley 13.928 cit.).

El carril constitucional abierto deja a salvo la composición de un caso que, como lo ofrece el cuadro de demanda y más allá de su suerte, lo justifica en términos de perentoriedad, brevedad y urgencia decisoria.

Mientras tanto cualquier desenlace de anticipo carece de variable de posibilidad.

Así, en sujeción a ese orden argumental, propongo rechazar el recurso de apelación articulado y confirmar el pronunciamiento apelado (conf. arts. 9, 16, 17 y concs., ley 13.928 –texto según ley 14.192-; 195 y sgts., 230, 242 y concs., CPCC).

Así lo voto.

REGISTRADO BAJO EL N° (I)