



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires
Fuero Contencioso Administrativo y Tributario

2020 Año del General Manuel Belgrano

JUZGADO DE 1RA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 17 SECRETARÍA
N°34

OHANA, URIEL ALEJANDRO Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE MEDIDA CAUTELAR AUTONOMA

Número: EXP 6389/2020-0

CUIJ: EXP J-01-00035242-6/2020-0

Actuación Nro: 15926451/2020

Ciudad de Buenos Aires, 11 de septiembre de 2020.-lt

I. Por recibidos. Téngase presente el dictamen que antecede y el domicilio electrónico constituido en autos.

II. AUTOS, VISTOS Y CONSIDERANDO:

1.- Que en estos autos se presentan los Sres. Uriel Alejandro OHANA, Elizabeth Sol CHEHEBAR, Yair Faraj SAKKAL, Karen Mijal OHANA, Dalia KAHANOVSKY e Iejiel Isaac MICHA, todos ellos por derecho propio e interponen una medida cautelar autosatisfactiva (o cautelar innovativa) para que cada una de las parejas que aquí peticionan puedan, conforme estrictos protocolos de seguridad sanitaria, celebrar sus casamientos. Señalan que la presente acción tiene por objeto ejercer su matrimonio de acuerdo a los mandamientos y ritos de su religión y conforme las normas de sus creencias, basadas en prescripciones milenarias de la comunidad judía.

Entienden que este derecho se encuentra conculcado de manera arbitraria e inconstitucional desde hace más de cinco meses por las normas vigentes relacionadas con la prevención de la pandemia provocada por el SARS COVID-19 o “coronavirus” y la omisión del Gobierno de la Ciudad en ejercer sus atribuciones constitucionales no delegadas al gobierno federal y/o activar las peticiones y protocolos necesarios para que el Gobierno de la Nación autorice las ceremonias religiosas de casamientos; no fiestas, sino la realización del rito tal como la tradición lo manda.

Refieren haber conformado un litisconsorcio facultativo y luego fundamentan respecto de la vía del amparo, explicando que es procedente en tanto y en cuanto la profusión de normas dictadas en los últimos meses en el marco de la pandemia

establecen la prohibición absoluta de reuniones de personas en toda la jurisdicción de la CABA, sin exceptuar a los casamientos religiosos, lo cual en los hechos implica una suspensión *sine die* de este derecho humano básico y fundamental.

Sostienen que este amparo es la única vía existente para proteger sus derechos a la autonomía personal y a la libertad religiosa actualmente amenazados y conculcados.

Aseveran que el Estado, por medio de sus autoridades públicas, con igual arbitrariedad e ilegalidad manifiestas en forma actual se encuentra restringiendo, alterando y lesionando derechos fundamentales harto reconocidos; agregando que el daño se potencia en tanto existe la posibilidad cierta de que el paso del tiempo lleve a frustrar o suprimir su derecho si estas dilaciones ocasionan la interrupción de los noviazgos.

Alegan haber postergado reiteradamente sus fechas de matrimonio, inicialmente fijadas para marzo, abril, junio, julio y actualmente septiembre y octubre, sin existir indicios realistas de que puedan concretar finalmente su unión en una fecha cierta.

También aducen que se encuentra afectado el derecho a la libertad religiosa, ya que el matrimonio ritual solo puede realizarse con la participación y presencia de un número mínimo de personas, y ello forma parte central de su culto, tal vez el más antiguo aún vigente en la historia de la humanidad.

Solicitan se disponga la realización de las bodas en las fechas y lugares que proponen, todo ello conforme protocolos de seguridad sanitaria existentes, ya que en el contexto del trámite del amparo no sería posible incluso proteger sus derechos, y se dan los requisitos que la doctrina así ha elaborado para así resolver.

Luego de ello, efectúan el relato de los hechos pertinente, señalando en primer lugar que se trata de tres parejas religiosas de la comunidad judía argentina con meses de noviazgo y el compromiso solemne de contraer matrimonio en fecha cierta. Explican que el matrimonio tiene para su religión una importancia central con rituales y costumbres prescriptas desde tiempos inmemoriales.

Señalan que a partir del 20 de marzo del presente año, por las razones de público conocimiento vinculadas a la pandemia COVID-19, sucesivos decretos de necesidad y urgencia dictados por el Poder Ejecutivo Nacional y reglamentos dictados por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires impiden las reuniones entre personas casi sin excepciones, incluyendo aquellas que tuvieran por objeto “celebraciones” tales como los matrimonios.

Indican que las únicas excepciones concedidas a la concurrencia a templos para personas por motivos religiosos fueron incluidas en los últimos dos DNU, que permitieron el rezo individual de hasta 10 personas, pero excluyendo celebraciones de cualquier naturaleza. A su vez, refieren que esas excepciones fueron reglamentadas más restrictivamente por la Ciudad según resolución n° 35/2020 del Subsecretario de Relaciones Internacionales e Institucionales.

Pasan revista por los mandamientos más importantes de la religión judía y que cada uno de ellos asumió el compromiso del casamiento durante el año pasado y fijaron fechas que luego fueron postergadas, pero que la realidad es que no tienen posibilidad aún de saber cuándo será posible realizar las bodas.

Explican que los matrimonios, de acuerdo con el calendario de la ley judía, no pueden celebrarse en cualquier época del año ni en cualquier día, que no celebran bodas los sábados, ni pueden hacerlo en ciertos meses del año, ni en el ciclo de festividades que comienza en el año nuevo (*Rosh Hashana*) y que concluye con la Fiesta de las Cabañas (*Sucot*), aclarando que este ciclo de interdicción para casamientos este año se inicia el 18 de septiembre y concluye el 11 de octubre.

Más tarde, señalan que las ceremonias de casamiento o “*jupot*” tendrán lugar -si así se permite- en los días y horarios indicados, con la cantidad de personas que indiquen las superficies y características de los templos ya comprometidos. En todos los casos objetan el límite máximo de 10 personas impuesto, al que en algunos pasajes califican como “límite arbitrario”.

Aseveran que todos los lugares propuestos son amplios, aireados, con posibilidad de colocar la *jupa* o palio nupcial al aire libre y respetando estrictamente la regla de distanciamiento social mínimo de dos metros entre las personas, aplicables en

todos los protocolos, pudiendo tomarse como base el protocolo citado anteriormente dictado por la propia autoridad administrativa pero sin la arbitraria limitación de diez personas aún en espacios muy grandes.

Afirman que no pretenden desconocer los riesgos del contagio que el virus genera entre las personas, pero que es de conocimiento notorio que muchas actividades han sido exceptuadas de las reglas de distanciamiento obligatorio, que el Estado ha permitido paulatinamente diferentes actividades regidas por claros protocolos de seguridad sanitaria que hacen compatible el cuidado de la salud con el ejercicio de derechos impostergables.

Enumeran los derechos que entienden involucrados y sostienen que el matrimonio debe considerarse, como unión religioso-social, como una “actividad esencial”, por su centralidad para el desarrollo de sus planes de vida, como así también para el desarrollo de la sociedad.

Objetan el art. 18 inc. 2° del DNU n° 714/2020 que prohibió expresamente la celebración de cualquier evento social o recreativo que requiera la concurrencia de personas, a lo que se suma la omisión del GCBA de proponer, en los términos del mismo artículo, una excepción que garantice este derecho, para luego sostener que este comportamiento de los Estados local y nacional ha impedido completamente el ejercicio del derecho que los ampara de poder fundar su familia, llevando a cabo una decisión central en sus planes de vida autorreferentes.

Tachan de inconstitucional la limitación efectuada por la resolución n° 35/2020 antes indicada y luego sostienen que las restricciones en vigencia no cumplen con los requisitos de legalidad y razonabilidad. Objetan que se hayan impuesto a través de Decretos de Necesidad y Urgencia y rechazan que no pueda seguirse con el trámite ordinario legislativo.

Hacen mención a la autorización para el funcionamiento de la actividad gastronómica al aire libre dispuesta por decisión administrativa n° 1600/2020.

Reivindican las potestades y autonomía de la CABA para dictar las normas correspondientes y efectúan consideraciones sobre el poder de policía en materia sanitaria.

Fundan en derecho su pretensión, ofrecen prueba y solicitan se haga lugar a la presente acción de modo cautelar y autosatisfactivo.

2.- Que por actuación n° 15902281/2020, se dispone dar trámite a las presentes actuaciones y conferir traslado al GCBA por el plazo de dos (2) días a fin de que se expida sobre la inconveniencia del dictado de la medida cautelar (confr. arg. art. 14 de la ley n° 2.145 t.c. por ley n° 6.017 y arts. 27 inc. 5° y 29 inc. 2° del CCyT), plazo en el que debía informar si obran peticiones administrativas relativas a la realización de ceremonias en las condiciones indicadas en el escrito de inicio y/o elaboración de los protocolos respectivos y, en su caso, el trámite actual y/o resultado de tales pedidos. Además, se requirió informar respecto de protocolos aplicables para casos de celebraciones o eventos religiosos, con indicación de la capacidad máxima de personas que tales recintos religiosos permiten.

3.- Que mediante actuación n° 15915822/2020 se presenta el GCBA y contesta la citación formulada.

Pide la citación como tercero del Estado Nacional y que, en el ínterin, se suspendan los plazos procesales.

En este sentido, sostiene que es indudable que la materia vinculada con la salud pública en el caso de pandemia es de incumbencia del Estado Nacional, por lo cual, es innegable que el mismo no puede desentenderse de esta materia y que es un hábil legitimado pasivo directo, ergo, no puede ser dispensado de actuar dentro del concepto que la Corte llama operatividad derivada.

Asimismo, atento a la Jurisprudencia del TSJBA y del Fuero CAyT, y siendo que la actora en su pretensión denuncia una situación que por su naturaleza involucra al Estado Nacional (ver art. 18 del Decreto Nacional 714/2020) es que la Ciudad solicita se lo cite como tercero obligado, a fin que coadyuve a la búsqueda de una solución a la problemática que padece la parte actora.

Respecto de la medida cautelar, señala que es la propia actora la que resalta lo que dispone el art. 18 del Decreto Nacional 714/2020.

Destaca que la actora, si bien critica la autorización dada a la actividad gastronómica al aire libre, señala que dicha autorización fue dada luego de una decisión administrativa y un protocolo acompañado al efecto, todo establecido en el art. 18 del Decreto Nacional. Agrega que dicho artículo exige, para conseguir las excepciones a las prohibiciones previstas, un mecanismo especial que solo el Jefe de Ministros, en su carácter de Coordinador de la "Unidad de Coordinación General del Plan Integral para la Prevención de Eventos de Salud Pública de Importancia Internacional" puede autorizar, ante el requerimiento de la autoridad Provincial o del Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y la presentación deberá hacerse acompañando el protocolo respectivo que deberá dar cumplimiento a las recomendaciones e instrucciones de la autoridad sanitaria nacional, la que deberá intervenir y expedirse, en forma previa, acerca de la conveniencia de la medida de excepción y respecto de la pertinencia del mencionado protocolo.

Resulta evidente -en su entender- ante la actual gravísima situación sanitaria que las autoridades han tratado en forma conjunta con el Estado Nacional y autoridad sanitaria nacional de prevenir y prever cualquier tipo de contagio, estableciendo un mecanismo en donde debe establecerse un protocolo, luego se da intervención a la autoridad sanitaria nacional, con obligación de ésta de expedirse en forma previa para, finalmente, solo el Jefe de Ministros autorizar las excepciones. Y señala que todo ello se debe a que por las características tan particulares de la enfermedad, tan contagiosa y con gente infectada pero sin síntomas, obligue a la presentación con anterioridad en sede administrativa de la autorización. Aduce que, según surge del escrito de inicio el requerimiento no fue presentado, por lo que decretar la medida cautelar solicitada presentará indudablemente un riesgo no solo para los que celebren el matrimonio y sus invitados sino también para toda la comunidad.

Considera que si se hace lugar a la cautelar pedida, no solamente estaría salteando lo dispuesto expresamente en el art. 18 el Decreto Nacional, sino que lo haría sin tener los elementos necesarios para dictar una medida de enorme riesgo para la salud de la población ya que, conforme surge del escrito de inicio y las pruebas allí

acompañadas, resulta peligroso expedirse sobre el tema contando con pruebas tan endebles como los planos de los templos, fotos y testigos.

Sostiene más tarde que no se encuentran presentes en el caso los requisitos que habilitan el dictado de la medida cautelar solicitada.

Explica que el planteo de la actora se refiere a potenciales perjuicios urgentes e irreparables como consecuencia de la normativa cuestionada, y colocando a esos alegados perjuicios por sobre el bien mayor tutelado por la normativa dictada por el Gobierno Nacional (bien público comprometido), esto es, la preservación del derecho a la salud pública. Agrega que la actora no logra rebatir en esta instancia dicho extremo ni justificar la concesión de una medida de tal naturaleza, que vulnere los preceptos expuestos por el Poder Ejecutivo Nacional y por el Poder Ejecutivo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Remarca que cobra especial relevancia la particularidad señalada por el PEN al adoptar las medidas de aislamiento, en tanto actualmente no se cuenta con un tratamiento antiviral efectivo ni con vacunas que prevengan el contagio de COVID-19, y por tal motivo se sostuvo que las medidas de aislamiento y distanciamiento social revisten un rol de vital importancia para hacer frente a la situación epidemiológica y mitigar el impacto sanitario del COVID- 19.

Indica que las autoridades sanitarias han señalado que las medidas implementadas en todo el territorio de manera temprana, incluyendo la suspensión de clases, de transporte interurbano, de turismo, de actividades no esenciales y el aislamiento social, preventivo y obligatorio (ASPO) han sido fundamentales para contener el brote.

Asimismo fundamenta que el dictado de una medida cautelar, poniendo en riesgo la salud de la población por las propias características de la pandemia, requiere previamente sopesar la afectación del interés público comprometido.

Rememora que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha señalado que cuando se trate de medidas precautorias dictadas contra la Administración, se debe ponderar el grado de afectación al interés público y que si se dispusiera una medida cautelar como la pedida se está afectando el interés público comprometido, por cuanto

se estaría afectando la integridad y propiedad de la Administración Comunal y a todos los habitantes de la Ciudad.

Transcribe pasajes del DNU 714/2020 y que ello señala claramente la grave situación sanitaria que vive el País con respecto a la pandemia y los peligros de decretar cualquier medida contra el aislamiento preventivo.

Acompaña la nota n° NO -2020 - 21708801 - GCABA – DGECUL, que, entre otras cuestiones, señala: “[c]abe destacar que resultan de gran relevancia para este Gobierno las actividades religiosas y la práctica de la fe para todas las personas que profesan alguno de los diferentes cultos que coexisten en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Es por ello que desde la Dirección General de Entidades y Cultos del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, hemos estado trabajando desde el inicio de la pandemia conjuntamente con las distintas comunidades de fe en los protocolos específicos que, en la medida que las autoridades sanitarias de la Nación y de la Ciudad de Buenos Aires lo consideren propicio, en virtud de la evolución de la situación epidemiológica, permitan habilitar progresivamente la apertura de los templos y establecimientos religiosos para la realización de diversas actividades. Entre ellas, se consideran por ejemplo el acceso de los ministros a sus lugares de reunión para la celebración online de reuniones, tareas administrativas, el rezo individual en los lugares de culto y las celebraciones litúrgicas. En función de lo expuesto, se han llevado adelante sucesivos encuentros con diferentes referentes y autoridades de las distintas comunidades de fe, y también se han considerado diversas propuestas formuladas por las mismas instituciones. En este sentido, es importante destacar que el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ha elaborado un ‘Plan Integral y Gradual de Puesta en Marcha de la Ciudad’ que contempla diversas etapas para la apertura progresiva de las diferentes actividades que se realizan en el ámbito de la Ciudad, entre las que se encuentran las relacionadas con los diferentes cultos, consideradas parte del bienestar integral de cada ciudadano. En virtud de ello, el Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ha realizado diferentes solicitudes al Jefe de Gabinete de Ministros del Poder Ejecutivo Nacional, en su carácter de Coordinador de la ‘Unidad de Coordinación General del Plan Integral para la Prevención de Eventos de Salud Pública de Importancia Internacional’ con el

fin de solicitar la excepción al aislamiento social, preventivo y obligatorio y de la prohibición de circular en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a las personas afectadas a diversas actividades, con la aprobación de los protocolos correspondientes por parte de las autoridades sanitarias de la Ciudad y de la Nación. De esta forma, por Decisión Administrativa N° 995/JGM-PEN/20 del 08 de Junio de 2020, se exceptuó, en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a las personas afectadas a las actividades descritas en el ANEXO II (IF-2020-36663643-APN-SCA#JGM), que incluye entre las actividades de cultos, a las celebraciones litúrgicas online y tareas administrativas. Asimismo, por Decisión Administrativa N° 1289/JGM-PEN/20 se exceptuó en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a las personas afectadas a las actividades indicadas en su ANEXO I (IF-2020- 46072628-APN-SCA#JGM) entre las que se encuentran el rezo individual con aforo y tope de hasta diez (10) personas. El Protocolo aplicable para las actividades religiosas mencionadas ut supra es el “PROTOCOLO PARA EL FUNCIONAMIENTO DE LUGARES DE CULTO PARA PREVENCIÓN Y MANEJO DE CASOS DE COVID-19” (IF-2020-17177079-GCABA-DGECUL) aprobado por Resolución 2020- 35 – GCABA – SSRIEI, publicado en el Boletín Oficial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires N° 5917 del 23 de Julio de 2020. Dada la evolución de la situación epidemiológica, y teniendo en cuenta que la Ciudad procura la apertura gradual y progresiva de diversas actividades resguardando la salud de la población de forma integral, no se ha considerado conveniente aún solicitar la excepción al aislamiento social, preventivo y obligatorio para las celebraciones litúrgicas presenciales, aunque sí se está trabajando coordinadamente en la elaboración de los protocolos necesarios para su desarrollo. Se informa que a la fecha no existen peticiones administrativas realizadas por ciudadanos al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, relativas a la realización de ceremonias en las condiciones del escrito de inicio en los autos que motivan esta presentación. No obstante lo cual, se encuentra en actual proceso de elaboración y revisión, con la intervención del Ministerio de Salud del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el protocolo respectivo que contempla la apertura con aforo y tope de las celebraciones litúrgicas de manera presencial, estando previsto que sea remitido a consideración de la Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación en el transcurso de los próximos días. Ello así, de acuerdo al DNU N° 714/2020 que

prorrogó desde el día 31 de agosto hasta el día 20 de septiembre de 2020 inclusive, la vigencia del Decreto N° 297/20 que establece el 'aislamiento social, preventivo y obligatorio', en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, entre otras jurisdicciones, dispone que el Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires podrá solicitar al Jefe de Gabinete de Ministros de la Nación, en su carácter de Coordinador de la 'Unidad de Coordinación General del Plan Integral para la Prevención de Eventos de Salud Pública de Importancia Internacional', que autorice nuevas excepciones al cumplimiento del 'aislamiento social, preventivo y obligatorio' y a la prohibición de circular con el fin de permitir la realización de nuevas actividades" (el subrayado obra en el original).

Formula las reservas de rigor y solicita el rechazo de la pretensión incoada, con costas.

4.- Que por conducto de la actuación n° 15916571/2020 se tiene presente la citación de terceros para su oportunidad y se confiere vista al Ministerio Público Fiscal.

5.- Que posteriormente el Ministerio Público Fiscal emite el dictamen correspondiente que luce incorporado conforme actuación n° 15923866/2020.

6.- En ese estado, quedan los autos en condiciones de ser resueltos.

7.- Sentado lo anterior, cabe recordar que los jueces no están obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan sólo aquéllas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso (Fallos: 306:444; 302:235; 301:676; 300:535; 272:225, entre otros).

8.- Si bien la Secretaría General de la Cámara de Apelaciones del fuero caratuló a la presente causa como una medida cautelar autónoma, en diversos pasajes de la demanda se funda respecto de la admisibilidad de la vía del amparo y, además, se hace mención a un pedido de medida cautelar autosatisfactiva o innovativa, por lo que cabe considerar que aquí se pretendió interponer una acción de amparo.

9.- Que las parejas que se presentan pretenden casarse en los sitios y fechas indicadas en autos, a fin de cumplir con la celebración del rito de la religión que profesan.

Refirieron que las fechas de los casamientos fueron postergadas en varias oportunidades en virtud de las medidas de restricción dispuestas por las autoridades nacionales y locales en el marco de la pandemia de COVID-19 y entonces no pueden conocer con fecha cierta cuándo habrán de casarse. Además, en virtud de las disposiciones de su religión, los matrimonios no pueden ser celebrados en determinadas fechas, siendo el período próximo más inmediato que se menciona y en el que tal actividad se encuentra vedada, el correspondiente a las fechas 18 de septiembre y el 11 de octubre del corriente, con el comienzo del *Rosh Hashaná* y el *Sucot*.

Destacaron que tal incertidumbre incluso pone en riesgo la misma subsistencia de los vínculos como pareja en razón de los conflictos y situaciones que refieren pueden suscitarse en el ínterin.

Se le endilga a la demandada, GCBA, la omisión de ejercer sus atribuciones constitucionales no delegadas al Gobierno federal y/o presentarle a la autoridad nacional la autorización pertinente para que la actividad requerida pueda realizarse, con arreglo a los protocolos de seguridad sanitaria, citando al efecto el art. 18 del decreto de necesidad y urgencia n° 714/2020. Este decreto, además, no superaría ni el test de razonabilidad ni respetaría el principio de legalidad, recordando al efecto las potestades locales en materia de poder de policía sanitario y cuestionando que actividades como las habilitadas a través de la decisión administrativa n° 1600/2020 sí hayan sido permitidas.

También objetan la prohibición de realizar ceremonias con presencia de público que implique la concurrencia de más de 10 personas que contendría la resolución n° 35/SSREI/2020 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, destacando que, cumpliendo las medidas de seguridad indicadas, podría realizarse cada uno de los eventos, que no debería durar más de dos horas desde que ingresa el primer invitado y hasta que se retire el último, respetando el distanciamiento social de dos metros entre personas, entre otras prescripciones.

En suma, se afectaría la autonomía y libertad personal, religiosa y de conciencia, en virtud de una normativa que no respetaría el principio de legalidad y que no sería razonable en cuanto a los fines que se pretenden conseguir, incluso en el marco de la emergencia sanitaria suscitada.

El GCBA pretende se cite como tercero al Estado Nacional en virtud de que su participación en el proceso podría coadyuvar a conseguir una solución para la actora y luego señala que no se encuentran reunidos los requisitos para acceder a la cautela solicitada, destacando los términos del art. 18 del decreto n° 714/PEN/2020 que la actora menciona en su libelo inicial.

Asimismo, sostiene que se intenta resguardar la salud pública con las medidas que se fueron adoptando de manera conjunta con el Gobierno Nacional.

En este estado, no se encuentra controvertido por las partes que la celebración de las bodas, con la participación de más de diez personas en un recinto religioso en las fechas y modalidades sugeridas en la demanda, resulta contraria a lo que por el momento disponen la normativa y los protocolos sanitarios vigentes para este tipo de actividades, no declaradas “esenciales” en el marco de esta pandemia ni eximidas de respetar las restantes medidas de restricción por de pronto impuestas. De modo tal que, concierne al Tribunal indagar, además de lo relativo a la vía del amparo y la citación de terceros, si tales limitaciones resultan razonables dentro del acotado margen de conocimiento en el que debe resolverse.

10.- Más allá del análisis que habrá de realizarse, con indicación de la normativa aplicable, sea para resolver la medida cautelar y la procedencia de la vía del amparo, lo cierto es que el presente debate resulta ser un tópico delicado en el que, por un lado, se encontrarían en juego derechos personalísimos relacionados -entre otros- con la misma libertad de conciencia de las personas y, por el otro, cuestiones de salubridad pública en el marco de una pandemia sin precedentes, que se viene suscitando desde principios de un año que ya se encuentra promediando.

Este Tribunal no soslaya que esta pandemia ha venido a modificar de una manera drástica y sustancial el modo en que se desenvuelven todas las relaciones

personales, en virtud de las restricciones que se imponen a nivel estatal para mitigar el contagio del coronavirus y asimismo evitar el colapso del sistema sanitario.

Como este caso lo demuestra, el coronavirus ha puesto en jaque incluso la manera en que las personas profesan su religión, modificando sus rituales o, directamente, suprimiendo la posibilidad de que se desarrollen en las condiciones previas a la pandemia (puntualmente lo señalado en último término es lo que ocurre en el *sub lite*).

Se destaca que esta problemática claramente no se circunscribe a nuestro país, sino que es una problemática global por la cual, en virtud de los diversos descubrimientos científicos y el propio avance de la pandemia, se vienen modificando los cursos de acción de los distintos estados en todas sus esferas. Ello se traduce, a nivel normativo, en la elaboración y permanente revisión de protocolos, con una tendencia a la flexibilización al menos en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

11.- Si ya en el marco de una acción de amparo resulta -en principio- ajeno a su trámite una citación de terceros, en virtud del carácter expedito y rápido de la acción (este Tribunal *ni re* “Ortega Ferreira Jesús s/ amparo”, expediente n° 1575/2014-0, resolución del 15/04/15, primer oportunidad en que este Tribunal resolvió el rechazo de una citación de terceros, en ese caso, en un amparo habitacional), mucho más lo será si consideramos que se aborda un pedido cautelar autosatisfactivo.

No se advierte tampoco una comunidad de controversia o eventual acción de regreso contra el Estado Nacional en caso de una sentencia favorable, en los términos en que fue pedida (v. doctrina mayoritaria del TSJ *in re* “Expte. n° 13310/16 “Vidal, Juan Ramón y otros c/ GCBA s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”), más allá de la suerte que habrá de correr la pretensión incoada por las parejas accionantes.

12.- Que previo a toda otra consideración, resulta necesario efectuar un repaso de la normativa vigente.

12.1.- Preliminarmente habré de señalar que el artículo 14 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires establece que “[t]oda persona

puede ejercer acción expedita, rápida y gratuita de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, los tratados internacionales, las leyes de la Nación, la presente Constitución, las leyes dictadas en consecuencia y los tratados interjurisdiccionales en los que la Ciudad sea parte. Están legitimados para interponerla cualquier habitante y las personas jurídicas defensoras de derechos o intereses colectivos, cuando la acción se ejerza contra alguna forma de discriminación, o en los casos en que se vean afectados derechos o intereses colectivos, como la protección del ambiente, del trabajo y la seguridad social, del patrimonio cultural e histórico de la Ciudad, de la competencia, del usuario o del consumidor (...)”.

12.2.- Que el artículo 14 de la ley n° 2.145 (t.c. por ley n° 6.017) -norma que regula el trámite de la acción de amparo en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires-, dispone que “... *como accesorio al principal, con criterio excepcional, son admisibles las medidas cautelares que resulten necesarias para asegurar los efectos prácticos de la sentencia definitiva*”.

Además, en las acciones de amparo contra autoridades públicas “... *son requisitos necesarios para el otorgamiento de toda cautelar la acreditación simultánea de los siguientes presupuestos: a) Verosimilitud del derecho, b) Peligro en la demora, c) No frustración del interés público, d) Contracautela.*”

Ello dentro del reducido marco cognoscitivo propio de los procesos cautelares, que “no exigen de los magistrados el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud.

Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede el marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad” (Fallos 318:107, 326:4963, 327:305, entre muchos otros).

En este sentido, la Cámara de Apelaciones del fuero ha señalado que la verosimilitud del derecho sólo requiere la comprobación de la apariencia del derecho

invocado por el actor (Sala I, in re “García Mira, José Francisco c/ Consejo de la Magistratura s/ Impugnación de actos administrativos”, expte. N° 8569/0, sentencia del 3/3/04 y reiterado en “Acuña Paredes, María Esther c/ GCBA s/ otros procesos incidentales”, expte N° 43517/1, sentencia del 27/08/12, entre muchos otros).

12.3. Por otro lado, dada la naturaleza autosatisfactiva de la pretensión, corresponde efectuar precisiones adicionales al respecto.

La jurisprudencia local, con cita de doctrina, tiene dicho en este sentido, que *“(…) las medidas autosatisfactivas son pronunciamientos urgentes, despachables inaudita et altera pars, cuyo acogimiento favorable importa el agotamiento de la acción, no siendo entonces necesaria la iniciación ulterior de otro proceso para evitar su caducidad o decaimiento. Si bien se asemejan a las providencias cautelares, porque se inician con una postulación de que se despache sin la intervención de la contraria, se diferencian nítidamente en tanto que su concesión implica una fuerte probabilidad de que lo pretendido por el requirente sea atendible, es decir no se exige solamente la verosimilitud en el derecho que se requiere para una medida cautelar. Justamente en razón de que su dictado acarrea una satisfacción definitiva, es una diligencia judicial de interpretación estricta e in extremis, es decir que sólo corresponde su acogimiento favorable cuando realmente no existiera una duda razonable acerca de su procedencia. Es más, los extremos de verosimilitud del derecho deben resultar patentes y definitivos, toda vez que la medida autosatisfactiva es un proceso que, por la urgencia y celeridad de su trámite requiere, según la doctrina mayoritaria, un perjuicio real e irreparable, y una fuerte probabilidad de la existencia del derecho sustancial del peticionante, lo cual no debe confundirse con la verosimilitud del derecho. Este requisito es más exigente por cuanto la decisión puede adquirir el carácter de cosa juzgada”* (Sala II de la Cámara de Apelaciones del fuero en los autos “Fronzizi Marcelo Hernando y otros c/ GCBA s/ medida cautelar”, expediente n° G17-2013/1, sentencia del 13/08/13).

Con citas doctrinarias, se ha establecido también que *“[e]l surgimiento de las medidas autosatisfactivas, como especie del género de los procesos urgentes, obedeció a la percepción de que ciertas situaciones no encontraban solución adecuada mediante las medidas precautorias tradicionales. Se trata, por lo tanto, de un*

instituto creado para responder de forma expedita y eficaz cuando la situación urgente que motiva su dictado no requiere, para su resolución definitiva, la promoción de una acción principal (...) La última circunstancia mencionada (...) así como el hecho de que proceden ante la ineficacia de una medida precautoria, definen el carácter nítidamente excepcional de las medidas autosatisfactivas.” (del voto en disidencia del Dr. Balbín, Sala I de la Cámara de Apelaciones del fuero, *in re* “Devoto Rubén Ángel y otros c/ GCBA y otros s/ medida cautelar”, expediente n° 13541/1, sentencia del 06/08/07), y que “(...) *la procedencia de las medidas autosatisfactivas está supeditada a la concurrencia simultánea de circunstancias infrecuentes (o sea no cotidianas) derivadas de la urgencia impostergable en la que el factor tiempo y prontitud aparecen como perentorios; de la fuerte verosimilitud sobre los hechos, con grado de certidumbre acreditada al inicio del requerimiento, o en su caso, de sumaria comprobación; la superposición o coincidencia entre el objeto de la pretensión cautelar provisional o preventiva (...) con la pretensión material o sustancial, de modo que el acogimiento de aquélla torne generalmente abstracta la cuestión a resolver porque se consumió el interés jurídico (procesal y sustancial) del expediente.*” (id, cita anterior).

12.4.- En cuanto a la normativa de fondo a aplicar, corresponde señalar que la Constitución Nacional, en su art. 14, establece que “[t]odos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos **conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio**; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; **de profesar libremente su culto**; de enseñar y aprender” (el destacado me pertenece).

Paralelamente, su art. 19 señala que “[l]as 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. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

Por otra parte, el artículo III de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre prescribe que “[t]oda persona tiene el derecho de

profesar libremente una creencia religiosa y de manifestarla y practicarla en público y en privado”.

A su turno, el art. 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que “[t]oda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”.

Asimismo, el art. 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone lo siguiente: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado. 2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias. 3. **La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.** 4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones” (el destacado es propio).

A su vez, el del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos también dedica parte de su articulado al tema en estudio, en particular a través del art. 18 que reza: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza. 2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección. 3. **La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley**

que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás. 4. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones” (la negrita me pertenece).

12.5.- A nivel local, el art. 12 inc. 4 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dispone que la Ciudad garantiza el principio de inviolabilidad de la libertad religiosa y de conciencia, y que a nadie se le puede requerir declaración alguna sobre sus creencias religiosas, su opinión política o cualquier otra información reservada a su ámbito privado o de conciencia.

12.6.- En cuanto a la jurisprudencia y la doctrina, cabe señalar que, en cuanto a la libertad religiosa y de conciencia, ha sido calificada como un derecho que es “(...) uno de los cimientos de la sociedad democrática. En su dimensión religiosa, constituye un elemento trascendental en la protección de las convicciones de los creyentes y en su forma de vida” (Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso “La Última Tentación de Cristo” -Olmedo Bustos y otros- vs. Chile Sentencia de 5 de febrero de 2001 -Fondo, Reparaciones y Costas-, párrafo 79).

La CSJN ha señalado que “[l]a libertad de religión es particularmente valiosa, que la humanidad ha alcanzado merced a esfuerzos y tribulaciones. La historia es prueba elocuente de la vehemencia que con el curso de los siglos se propendió a su cristalización normativa. Para el hombre religioso la religión es el elemento fundamental de la concepción del mundo y, en menor o en mayor grado, impregna todos los actos de su vida individual y social. A su vez, la religión constituye el imprescindible hueco para que el ser humano vuelque su instinto religioso” (considerando 8° de Fallos 312:496, “Portillo”). Por otro lado, se tiene dicho que “(...) el ámbito de posible violencia estatal al fuero interno se amplía en forma considerable, abarcando el sistema de valores no necesariamente religiosos en los que el sujeto basa su propio proyecto de vida. Una interpretación diferente, nos llevaría al contrasentido de proteger el derecho a la libertad de cultos, como una forma de exteriorización del

derecho a la libertad de conciencia, y no atender a este último como objeto de protección en sí mismo” (id, considerando 9° in fine).

Asimismo, se destaca que la libertad de culto alude al derecho de practicar una determinada confesión religiosa y que deviene en una especie y una proyección de la libertad de conciencia (SAGUÉS, Néstor Pedro “Manual de Derecho Constitucional”, Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 723).

En sentido similar, se ha dicho que “[c]orresponde también hacer una distinción entre la libertad de conciencia o creencia y la libertad de culto. La primera consiste en el derecho de toda persona a no ser obligado a profesar determinada religión (fuero íntimo) mientras que la segunda implica el derecho de practicar los actos y ceremonias por las que se manifiesta la religión (fuero externo). La diferencia radica en el hecho de que la segunda tiene un límite en el eventual perjuicio al Estado o a terceros. Si este perjuicio no existe el Estado no debe interferir, e incluso debe proteger al culto contra cualquier amenaza” (del voto del Dr. Russo, Sala De FERIA del fuero; “SANCHEZ SORONDO JOSE ANTONIO Y OTROS c/ GCBA”, expediente n° 14213/0, sentencia del 14/01/05).

Luego, con destacadas citas doctrinarias, la jurisprudencia local también tiene dicho que “‘El art. 14 reconoce el derecho de profesar libremente el culto al que se pertenece. Es decir, en su aspecto positivo, el derecho de realizar todos los actos externos de reverencia, homenaje, veneración y participación en la libertad religiosa y en su aspecto negativo, el derecho a no ser obligado a compartir ceremonias religiosas de cualquier credo y a que la no pertenencia religiosa tenga algún efecto jurídico discriminatorio’. Luego agrega (para conjugar las libertades de conciencia y de culto): ‘Sin embargo, la libertad religiosa y de culto, en el texto de la Constitución, se complementa y amplía con la libertad de conciencia amparada por el principio de privacidad, consagrado en el art. 19 de la Constitución Nacional’ (‘Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada’, La Ley, 2001, comentario al art. 14 [en referencia a la obra de la Dra. Gelli]). Como ya se destacó, el sistema constitucional protege, como bien jurídico básico, la autonomía personal, y ésta incluye la posibilidad de escoger libremente las creencias sin coacción por parte de terceros (libertad de conciencia) y, luego, la posibilidad de

plasmar en la realidad de la vida aquellas creencias. Es decir, la protección de la autonomía individual deriva en la postulación de las libertades de conciencia y, luego, de culto (ver, en general, Santiago Nino, 'Ética y derechos humanos', Astrea, 1989)" (del voto del Dr. Corti, Sala I de la Cámara de Apelaciones del fuero *in re* "ASOCIACION CRISTO SACERDOTE Y OTROS c/ GCBA", expediente n° 14191/1, sentencia del 27/12/2004).

13.- Dicho todo ello, no resulta posible soslayar la grave situación sanitaria desatada en virtud de la pandemia ocasionada por el COVID-19 que ha llevado tanto a las autoridades nacionales como locales a dictar conjunta y coordinadamente la normativa necesaria tanto para enfrentarla como para propender al resguardo de la población y la protección del derecho a la salud, tanto a nivel individual como a nivel colectivo.

En esta senda, debe comenzarse señalando que por conducto del decreto n° 260/PEN/2020 se amplió la emergencia pública en materia sanitaria establecida por ley n° 27.541 en virtud de la Pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en relación con el coronavirus COVID-19, por el plazo de un año a partir de la entrada en vigencia del mentado decreto (art. 1°).

Inicialmente, se tomaron medidas relacionadas con la difusión de las medidas sanitarias adoptadas, la entrega de productos farmacéuticos y sanitizantes, se recomendó la restricción de viajes desde y hacia las zonas afectadas (inc. 2° y sus incisos), la recomendación de cuarentena preventiva en ciertos casos (inc. 7°), la obligación de reportar síntomas compatibles con COVID-19 (art. 8°) y la suspensión de vuelos internacionales provenientes de las "zonas afectadas" por treinta días (art. 9°), solo por mencionar algunas de ellas.

Luego, tal línea de acción fue profundizándose, debiendo destacarse de entre el vasto universo de medidas adoptadas, el dictado del decreto 297/PEN/2020, que dispuso el denominado "aislamiento social, preventivo y obligatorio" -en adelante, "el ASPO"- (art. 2°) según los términos del mencionado Decreto (art. 2°, ver también arts. 3° a 5°) y estableciendo también una serie de supuestos exceptuados de aquél (art. 6°) que han sido posteriormente ampliados (ver, entre muchas otras, decisiones administrativas n° 429, 450, 524 y 703 del 2020 y resolución n° 179/20 del Ministerio de Desarrollo Industrial).

Ese aislamiento instaurado por ese Decreto de Necesidad y Urgencia, fue sucesivamente prorrogado por sus pares n° 325, 355, 408, 459, 493, 520, 576, 605, 641, 677, 714/2020, en este último caso hasta el 20 de septiembre de 2020 inclusive respecto de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Cabe prestar atención al art. 18 del Decreto mencionado en último término, que prescribe que “[q]uedan prohibidas en todos los lugares alcanzados por el artículo 10 del presente decreto, las siguientes actividades: (...) **2. Eventos públicos y privados: sociales, culturales, recreativos, deportivos, religiosos y de cualquier otra índole que impliquen la concurrencia de personas.** (...) Solo el Jefe de Gabinete de Ministros, en su carácter de Coordinador de la ‘Unidad de Coordinación General del Plan Integral para la Prevención de Eventos de Salud Pública de Importancia Internacional’ podrá disponer excepciones a lo previsto en este artículo ante el requerimiento de la autoridad Provincial o del Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Dicho requerimiento deberá efectuarse acompañando el protocolo respectivo que deberá dar cumplimiento a las recomendaciones e instrucciones de la autoridad sanitaria nacional, la que deberá intervenir y expedirse, en forma previa, acerca de la conveniencia de la medida de excepción y respecto de la pertinencia del mencionado protocolo. En ningún caso podrá autorizar la realización de eventos o reuniones sociales o familiares en espacios cerrados o en domicilios particulares. Déjanse sin efecto todas las excepciones otorgadas con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, que autorizaban la realización de eventos o reuniones sociales o familiares en contradicción con lo establecido en el párrafo anterior” (el destacado me pertenece).

Se advierte y además es una cuestión de público conocimiento, una tendencia gradual a la apertura de actividades y flexibilización de las medidas de aislamiento, lo cual incluye al territorio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que se refleja en la normativa que se aplica a la materia debatida, habilitándose cada vez más la realización de actividades que, al inicio del Aislamiento, se encontraban vedadas.

Por otra parte, del artículo que citara precedentemente surge la posibilidad de solicitarle nuevas excepciones a la autoridad nacional, a requerimiento de la autoridad provincial o del Jefe de Gobierno Porteño, acompañándose el protocolo

correspondiente según las especificaciones antes indicadas, a fin de ser sometido a evaluación y consideración de la autoridad sanitaria competente.

En esta línea de consideraciones, por conducto de la decisión administrativa n° 995/JGM/20, se dispuso exceptuar, conforme el art. 2°, “(...) *del cumplimiento del "aislamiento social, preventivo y obligatorio" y de la prohibición de circular, en los términos establecidos en el artículo 13 del Decreto N° 520/20 y en la presente decisión administrativa, a las personas afectadas a las actividades y servicios indicados en el ANEXO II (IF- 2020-36663643-APN-SCA#JGm) que forma parte integrante de la presente medida, para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*”, mencionándose expresamente en el Anexo al Culto (celebración litúrgica online y tareas administrativas).

A su turno, su art. 3° estableció que las actividades, servicios y profesiones mencionados en los artículos 1° y 2° quedan autorizados para funcionar, conforme los protocolos aprobados por la autoridad sanitaria nacional (IF-2020-36662639-APN-SSMEIE#MS) e (IF-2020-36662560-APN-SSMEIE#MS).

Luego, conforme el art. 1° de la decisión administrativa n° 1289/JGM/20, se exceptuó del cumplimiento del “aislamiento social, preventivo y obligatorio” y de la prohibición de circular, en los términos establecidos en el artículo 16 del Decreto N° 605/20 y en la presente decisión administrativa, a las personas afectadas a las actividades indicadas en el ANEXO I (IF-2020-46072628-APN-SCA#JGM) que forma parte integrante de la presente medida, para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En ese Anexo, se hace referencia a “*Cultos: rezo individual con aforo y tope de hasta 10 (diez) personas*”.

Por otro lado, según su art. 3°, “[1]a Ciudad Autónoma de Buenos Aires deberá dictar las reglamentaciones necesarias para el desarrollo de las actividades referidas en el artículo 1°, pudiendo el Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires implementarlas gradualmente, suspenderlas o reanudarlas, en el marco de su competencia territorial, en forma total o parcial, en virtud de las recomendaciones de la autoridad sanitaria de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y conforme a la situación epidemiológica y sanitaria. Dichas decisiones deberán ser comunicadas al señor Jefe de Gabinete de Ministros de la Nación”.

14.- A nivel local, el decreto de necesidad y urgencia n° 1/2020, a través de su art. 1° declaró la Emergencia Sanitaria en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires hasta el 15 de Junio de 2020 a los fines de atender y adoptar las

medidas necesarias para prevenir y reducir el riesgo de propagación del contagio en la población del coronavirus (COVID-19).

Posteriormente, con el dictado del decreto de necesidad y urgencia n° 12/2020, se prorrogó la declaración de Emergencia Sanitaria antes citada, hasta el 30 de septiembre de 2020.

En la materia que nos ocupa, cabe señalar que se encuentra aprobado el “PROTOCOLO PARA EL FUNCIONAMIENTO DE LUGARES DE CULTO PARA PREVENCIÓN Y MANEJO DE CASOS DE COVID-19” (IF-2020-17177079-GCABA-DGECUL), de conformidad con la Resolución 35/SSRIEI/20 que ambas partes mencionan.

En lo que interesa para resolver, al inicio del protocolo, se introduce la leyenda de que *“[e]ste protocolo se encuentra en revisión permanente en función de la evolución y nueva información que se disponga de la pandemia en curso”*.

El apartado 1 del Protocolo (“Objetivo del Protocolo”) reza: *“[e]l objetivo del presente documento es el de efectuar recomendaciones generales para que los titulares de iglesias, templos y diferentes lugares de culto que no vivan en el mismo sitio que el lugar donde desempeñan su tarea puedan acercarse al mismo para grabar o transmitir las celebraciones en vivo vía streaming y/o realizar tareas administrativas de suma necesidad, así como permitir el rezo individual de fieles. **No están permitidas las celebraciones con presencia de público u otras actividades en ninguna circunstancia.** En atención a la particularidad de la actividad sobre la cual será de aplicación, el presente protocolo constituye una recomendación de atender a los presupuestos que lo integran, el cual puede ser ampliado o modificado en base a la situación epidemiológica (la nueva información que se disponga del brote en curso) y cualquier otra particularidad que resulte significativa a fin de salvaguardar la salud de las personas”* (el destacado me pertenece).

Por otra parte y específicamente por ser la parte especialmente objetada por la actora, en el apartado 2 del mencionado protocolo se señala que *“(…) es de aplicación a los ministros de todos los cultos y los colaboradores de los lugares de culto que se necesiten para la realización de tareas administrativas de suma necesidad y/o para la grabación o transmisión de las celebraciones. **Se establece un máximo de 10 personas que colaboren en las cuestiones prácticas y técnicas del streaming que se realizará a puertas cerradas.** En cuanto al rezo individual solo se permite el ingreso*

de un máximo de 10 fieles, no pudiéndose dar en simultáneo con la grabación o transmisión de las celebraciones” (el destacado me pertenece).

En el art. 3 se enumera el personal desafectado y grupos de riesgo que no pueden ser autorizados a realizar tareas de acuerdo a lo establecido por el Poder Ejecutivo Nacional, a través de la Resolución N° 207/2020 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, en su artículo 1°.

Se transcriben además los apartados 5 y 6, por ser de interés a la causa: “5. *RECOMENDACIONES DE HIGIENE GENERALES PARA LA REALIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD* 5.1 *RESPECTO DE LAS MEDIDAS DE PREVENCIÓN EN RELACIÓN AL PERSONAL Y VOLUNTARIOS* *Es imprescindible reforzar las medidas de higiene personal en todos los ámbitos y frente a cualquier escenario de exposición, se recomienda:* • *Identificar, preguntar y registrar al personal que ingresa al lugar de culto si posee algunos de los síntomas indicados para el COVID-19.* • *Se sugiere, en la medida de lo posible, controlar la temperatura de los trabajadores y voluntarios previo a la entrada al lugar de culto, la cual debe ser menor de 37°C.* • *La higiene de manos de manera frecuente, ya que es la medida principal de prevención y control de la infección.* • *Mantener una distancia mínima de 1,5 metros con cualquier persona.* • *Evitar tocarse los ojos, la nariz y la boca.* • *Usar protección ocular cuando haya riesgo de contaminación de los ojos a partir de salpicaduras o gotas.* • *No compartir elementos de uso personal (vasos, cubiertos, mate, etc.).* • *No utilizar celular en la zona de trabajo. Si por extrema necesidad es usado, se debe proceder automáticamente a una nueva higiene de manos y del artefacto con solución alcohólica 70%.* • *Uso del tapabocas* • *Garantizar la provisión de alcohol en gel para uso del personal.* 5.2 *HIGIENE Y DESINFECCIÓN DEL AMBIENTE* • *Se deberá mantener el ambiente bien ventilado.* • *Limpiar todas las superficies con agua y detergente, y desinfectar las mismas con solución con lavandina al 0,5% (10 ml de lavandina de uso doméstico en 1 litro de agua) o alcohol al 70%. Puede utilizarse un envase con pulverizador y secar con un paño limpio.* • *El lugar de culto debe mantenerse en condiciones de higiene y desinfección. Se deberán reforzar las medidas de higiene incrementando la limpieza de, imágenes, bancos, pasamanos, pisos, picaportes y toda otra superficie con la que los fieles puedan entrar en contacto.* • *Los trabajadores deberán contar con reposición de Elementos de Protección Personal (EPP) y kit de desinfección húmeda (consistente en la limpieza con agua y detergente y*

luego desinfección con una solución de lavandina de uso comercial con agua – 10 ml de lavandina en 1 litro de agua) para el lugar de trabajo. • Se deberá realizar la limpieza del sector antes y después de la celebración del culto vía streaming, así como antes y después del rezo individual. 5.3 ELEMENTOS DE PROTECCIÓN PERSONAL (EPP) En virtud de la Resolución de Firma Conjunta N° 15/MJGGC/GCABA/20 y su modificatoria N° 17/MJGGC/20 son de uso obligatorio los elementos de protección que cubran nariz, boca y mentón para ingresar o permanecer en dependencias de atención al público como lugares de culto, para circular en transporte público o transporte privado cuando haya dos o más personas y para circular y permanecer en el espacio público. Solo podrán ingresar y permanecer dentro del templo quienes lleven correctamente colocado el tapaboca. Se exceptúa de dicha obligación a las personas que por razones sanitarias no puedan portar el tapabocas. 6 MEDIDAS DE HIGIENE PARA LA REALIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD, RESPECTO DEL PÚBLICO EN GENERAL (ASISTENTES Y TODA PERSONA AJENA AL LUGAR DE CULTO) 6.1 ACCESO AL LUGAR DE CULTO PARA EL REZO INDIVIDUAL • Podrán asistir a los fieles que se acerquen al lugar de culto solamente un ministro de culto, un auxiliar de limpieza y un auxiliar a la entrada que limite la cantidad de ingresantes. • Un máximo de diez fieles siempre que se cumpla la distancia de 1 persona/15 metros cuadrados en el interior del recinto. • Disponer de una puerta para el ingreso y otra puerta diferente para el egreso de las personas en todos los casos que sea posible, de modo de armar un circuito para evitar entrecruzamientos. • En la puerta de entrada habrá una persona que controlará el número de ingresantes, le colocará alcohol en gel a los ingresantes que vaya autorizando. Se deberá evitar la aglomeración de personas en la entrada al lugar de culto. 6.2 EN EL INTERIOR DEL LUGAR DE CULTO • Deberá respetarse la distancia de 1 persona cada 15 metros cuadrados. Deberá permanecer con cubrebocas. • Al ingresar al templo se proveerá a quienes ingresen, de alcohol en gel o alcohol al 70% para desinfectarse las manos. • No se pondrá agua bendita en las distintas fuentes que haya en el templo. • Evitar el contacto personal, con imágenes y con objetos. • Las puertas del templo deberán permanecer abiertas para permitir la ventilación durante las horas de funcionamiento”.

15.- Establecido lo anterior, debe recordarse que la acción de amparo tiene su base normativa en los artículos 43 de la Constitución Nacional y 14 de la

Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. En el ámbito local rige además la ley N° 2.145, que reglamenta este remedio judicial en sus aspectos procesales.

Por lo tanto, corresponde examinar la admisibilidad de la acción impetrada, a la luz de los preceptos citados y de lo que constituye el objeto de la pretensión.

Las citadas normas establecen que esta acción procede siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, pauta que obliga al Juez a ponderar la configuración de los recaudos que habilitan el empleo de esta vía. La razón de este requerimiento se basa en lo señalado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Kot”, donde se sostuvo que *“los jueces deben extremar la ponderación y la prudencia -lo mismo que sucede en muchas otras cuestiones de su alto ministerio- a fin de no decidir, por el sumarísimo procedimiento de esta garantía constitucional cuestiones susceptibles de mayor debate y que corresponda resolver de acuerdo a los procedimientos ordinarios”* (Fallos 241:302).

También cabe recordar que la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta requiere que la lesión a los derechos o garantías reconocidos resulte del acto u omisión de la autoridad pública en forma clara e inequívoca, sin necesidad de un largo y profundo estudio de los hechos o de un amplio debate o prueba (CSJN, Fallos 306:1253; 307:747; citados por la Sala II de la Cámara de Apelaciones del fuero en los autos “Scorofitz Néstor Eduardo y otros c/ GCBA s/ amparo [art. 14 CCABA]”, sentencia del 22/09/15).

A su vez, debe tenerse presente que *“(…) en esta etapa del proceso se deben analizar los recaudos que hacen a la admisibilidad de la acción y no a la fundabilidad de la pretensión. En rigor, no puede ignorarse a los fines de evaluar si corresponde dar trámite a la acción de amparo los derechos constitucionales que se dicen afectados y las circunstancias particulares del caso”* (Sala III de la Cámara de Apelaciones del fuero, “González Rodrigo Enrique c/ GCBA y otros s/ amparo”, expediente n° A4604-2016/0, sentencia del 16/09/16).

Menciono ello pues, según ha informado el GCBA en el informe que acompañó al contestar el traslado respectivo, “[d]ada la evolución de la situación

*epidemiológica, y teniendo en cuenta que la Ciudad procura la apertura gradual y progresiva de diversas actividades resguardando la salud de la población de forma integral, no se ha considerado conveniente aún solicitar la excepción al aislamiento social, preventivo y obligatorio para las celebraciones litúrgicas presenciales, aunque sí se está trabajando coordinadamente en la elaboración de los protocolos necesarios para su desarrollo. **Se informa que a la fecha no existen peticiones administrativas realizadas por ciudadanos al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, relativas a la realización de ceremonias en las condiciones del escrito de inicio en los autos que motivan esta presentación.** No obstante lo cual, se encuentra en actual proceso de elaboración y revisión, con la intervención del Ministerio de Salud del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el protocolo respectivo que contempla la apertura con aforo y tope de las celebraciones litúrgicas de manera presencial, estando previsto que sea remitido a consideración de la Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación en el transcurso de los próximos días” (el destacado me pertenece, el subrayado sí pertenece al texto original).*

Entonces, al no existir ningún tipo de petición para activar el procedimiento tendiente a la elaboración de un protocolo respectivo tendiente a habilitar eventos como los que se pretenden celebrar en autos por fuera de -entre otros aspectos- la posibilidad de concertar celebraciones con presencia de público o realizar otras actividades por fuera de las permitidas por el ordenamiento vigente o excediendo el límite de diez personas impuesto por la normativa nacional (decisiones administrativas n° 995 y 1289 de la Jefatura de Gabinete de Ministros de la nación) y local (resolución 35/SSRIEI/20 y su Anexo), la acción de amparo resultaría inadmisibles en ausencia de una omisión manifiestamente arbitraria e ilegítima contra los derechos involucrados por parte del GCBA que se le pueda atribuir (v., en este sentido, Sala II de la Cámara de Apelaciones del fuero in re “Becerra Aldo Sergio y otros c/ GCBA - IVC por apelación - amparo - genérico”, expediente n° A37054-2016/1, sentencia del 21/04/17; Sala III en los autos “Olevar Ríos Norberta c/ GCBA s/ amparo [art. 14 CCABA]”, expediente n° A37560/2010-0, sentencia del 01/09/17 -considerando VIII del voto del Dr. Centanaro-; y en la causa “Ticona Minaya, Yolanda Melisa c/ GCBA s/ incidente de apelación - amparo - habitacional y otros subsidios”, expediente n° INC 13925/2018-1, sentencia del 12/07/19). Precisamente el hecho de no cumplirse uno de los requisitos previstos para la procedencia de la acción de amparo permite desestimarla *in limine*, en los

términos del art. 5 de la ley de amparo local. Lo cual también descarta la verosimilitud del derecho invocado como presupuesto de admisión de la cautelar que se pide.

15.1.- Por otra parte, se destaca que el pedido de habilitar la celebración de matrimonios en las fechas y condiciones indicadas en el escrito de demanda resulta improponible al GCBA, puesto que solamente puede, dentro de sus competencias, elevar el protocolo correspondiente para ser evaluado por la Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación, para su eventual consideración. Eso es todo lo que puede hacer en el marco de sus atribuciones en el actual esquema normativo aplicable. No puede dictar ningún permiso ni norma que permita que los eventuales contrayentes se casen del modo en que se pide en el escrito de inicio, sin soslayar la restante normativa nacional y el procedimiento fijado al efecto para la habilitación de una actividad como la involucrada en la causa. El amparo precisamente pretende soslayar o pasar por alto dicho procedimiento reglado.

No se me escapa que se le endilga al Estado local precisamente una omisión en no ejercer sus potestades no delegadas al Gobierno federal y en no activar el procedimiento establecido en el art. 18 del decreto n° 714/PEN/20, pero lo cierto que la consecuencia jurídica y objeto de la acción, esto es, la celebración de los matrimonios en las fechas y modalidades indicadas en el escrito de inicio, no parece ser la consecuencia jurídica válida que se desprende para el caso en que se ordene el cese de la omisión apuntada, pues aún así debe contarse con la autorización nacional que aquí se soslaya, traducida en la aprobación del protocolo en cuestión, ello previo análisis y ponderación de la autoridad sanitaria de aplicación.

Ahora bien, en lo relativo a las omisiones inconstitucionales, habré de tener presente lo expuesto por el Dr. Maier en los autos “Usabel Héctor y otros c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recursos de inconstitucionalidad concedidos” (TSJ, expediente N° 3540/04, sentencia del 22/06/05). Con diversas citas doctrinarias, dicho magistrado indicó que “(...) *independientemente de la manera en que se apruebe la norma en cuestión, es necesario que concurran otros requisitos indispensables para que, en sentido estricto, se reúnan los elementos constitutivos de la omisión inconstitucional. Así, toda vez que (a) la falta de cumplimiento o desarrollo de la Constitución -de un tratado internacional- (que implican la existencia de un deber previo de actuación) derive de la violación de una norma específica; (b) dicha norma no sea exigible en sí misma (operativa) sino de naturaleza estrictamente programática;*

(c) en las circunstancias concretas de la producción legislativa, falten las medidas necesarias para tomar exigibles y operativas dichas normas; (d) la inactividad produzca una lesión cierta sobre un derecho o garantía (y al demostrarse la relación causal entre la inactividad y el perjuicio), entonces la omisión inconstitucional se habrá configurado prima facie, puesto que, además de los extremos mencionados en (a) a (d), debe verificarse (e) la inexistencia de un factor cancelatorio del deber de obrar, cual es la imposibilidad (material, técnica o jurídica) de cumplir con el deber jurídico predeterminado (...)” (TSJ, “Usabel”, el destacado no pertenece al original).

En este sentido, no se advierte la existencia de ese deber previo de actuación que se indica en ese fallo, dado que ninguna norma impone que el Jefe de Gobierno de Buenos Aires eleve protocolos de actuación para exceptuarse del cumplimiento del ASPO sin requerimiento de parte, ni mucho menos respecto de actividades como las indicadas en autos que se encuentran por fuera de la nómina de actividades prohibidas durante el ASPO ni cualquiera de las restantes. Lo anterior incluso puede transpolarse a cualquier otra actividad que por el momento no se encuentre habilitada a realizarse pues toda la normativa desarrollada durante la pandemia le es aplicable. Entiéndase bien: ningún mandato expreso impone que de oficio deba someterse a consideración del Jefe de Gabinete de Ministros de la Nación la adopción de cualquier protocolo (que por otra parte, aquí tampoco se propuso ni adjuntó) para la realización de una actividad cuya realización no se permite durante el ASPO o bien que se pretendan flexibilizar las condiciones en que las ya autorizadas puedan hacerlo (en ambos casos, obviamente, con la sujeción a las medidas de seguridad sanitaria correspondientes). Por otro lado, la decisión política de no pedir una solicitud en este sentido tampoco parece ser revisable por este Poder Judicial (conforme considerandos 16, 17.1, 17.2 y 18 de la presente).

Por lo demás, para el caso en que la actora hubiese sometido a consideración del Gobierno local la puesta en marcha de un protocolo y la consecuente habilitación de matrimonios en condiciones como las indicadas en el escrito de inicio (en lo que interesa, con admisión de público y por fuera del límite de diez personas y para el tipo de actividades distintas a las que se ha habilitado por conducto de las normativas local y nacional), de todos modos no sería la vía del amparo la más idónea para resolver la cuestión, pues contaría con otras, a saber: a) interponer un pronto despacho y eventualmente habilitar la instancia judicial a través del instituto del

silencio, o b) interponer una acción de amparo por mora para conseguir un pronunciamiento expreso de la Administración.

En otras palabras, no se ha identificado normativamente cuál es ese deber cuya omisión se le reprocha al GCBA, que no surgiría de manera expresa ni razonablemente implícita de la normativa antes transcripta.

A su vez, aunque en materia relativa a responsabilidad estatal “(...) resulta relevante diferenciar las acciones de las omisiones, ya que si bien esta Corte ha admitido con frecuencia la responsabilidad derivada de las primeras, no ha ocurrido lo mismo con las segundas. // Respecto del último supuesto corresponde distinguir entre los casos de omisiones a mandatos expesos y determinados en una regla de derecho, en los que puede identificarse una clara falta del servicio, de aquellos otros casos en los que el Estado está obligado a cumplir una serie de objetivos fijados por la ley sólo de un modo general e indeterminado, como propósitos a lograr en la mejor medida posible. // La determinación de la responsabilidad civil del Estado por omisión de mandatos jurídicos indeterminados debe ser motivo de un juicio estricto y basado en la ponderación de los bienes jurídicos protegidos y las consecuencias generalizables de la decisión a tomar ...” (CSJN, 06/03/2007, "Mosca, Hugo A. c. Provincia de Buenos Aires y otros", Fallos 330:563; en sentido similar, Sala II de la Cámara de Apelaciones del fuero *in re* “ASOCIACIÓN REGIONAL DE DIÁLISIS Y TRANSPLANTES RENALES DE CAPITAL FEDERAL Y PROVINCIA DE BUENOS AIRES Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE AMPARO - SALUD-OTROS”, expediente n° 3036/2020-0, sentencia del 23/04/20).

15.2.- Paralelamente, y tal como lo señala el GCBA con acierto, la admisión del amparo y/o la medida cautelar vendrían a contravenir el orden jurídico nacional establecido para supuestos como el que nos ocupa, con una grave afección a la salubridad pública, al no tratarse de una actividad permitida para realizar -en los términos indicados en el escrito de inicio- en el marco de esta pandemia.

Por eso, esta acción de amparo es inadmisibile, tal como lo sería cualquier otra que se hubiese planteado en un diferente cauce, sea ordinario o con un marco cognoscitivo mayor. Lo que a su vez que vendría a descartar la verosimilitud del derecho de la medida cautelar autosatisfactiva peticionada que, como se recordó, requiere la presencia de sus presupuestos de una manera mucho más intensa que una cautelar común.

Sin embargo, dado que la legitimidad, razonabilidad y constitucionalidad de la normativa mencionada anteriormente ha sido puesta en tela de juicio por la actora, resulta necesario efectuar su análisis a fin de verificar si las conclusiones a las que se han arribado en el párrafo que antecede pueden sostenerse jurídicamente.

16. En cuanto a las quejas que reprochan el principio de legalidad y que no se encontrarían dadas las condiciones que habiliten el dictado de decretos de necesidad y urgencia, solo cabe señalar que, además de no haberse demandado a la autoridad que creó la normativa resistida, no se encuentra la materia involucrada dentro de las cuestiones prohibidas por el art. 99 inc. 3 de la Constitución Nacional para acudir a esta vía excepcional de expedir normas de carácter legislativo.

Por otra parte, difícilmente pueda predicarse que las cuestiones reguladas por los Decretos presidenciales de necesidad y urgencia antes referidos no respondan a cuestiones de urgencia (pocas cosas más urgentes pueden pensarse en este contexto que la emergencia sanitaria desatada), destacándose que decretos anteriores de este tenor han sido ratificados por la Comisión Bicameral Permanente prevista en la ley n° 26.122 (vgr., https://www.diputados.gov.ar/prensa/noticias/noticias-podio/noticias_1268.html).

Por lo demás, esta política desplegada por el Poder Ejecutivo Nacional que se cuestiona viene siendo ejercida en su carácter de jefe supremo de la Nación, jefe de gobierno y responsable político de la Administración general del país, de conformidad con lo dispuesto en el art. 99 inc. 1 de la Constitución Nacional expresamente citado en el decreto n° 714/20 y los anteriores.

A lo cual deberá agregarse que los propios términos de toda la serie de decretos que prorrogaron el aislamiento en el territorio también habrían sido producto del concierto y coordinación de estrategias sanitarias con las restantes jurisdicciones.

Difícilmente también pueda considerarse vulnerada la autonomía local, si la propia normativa de esta Ciudad en la materia que nos ocupa viene a continuar la senda dispuesta por las autoridades nacionales. El propio dictado de la resolución n° 35/SSRIEI/2020 es prueba de ello, lo cual por cierto tampoco parece contradecir las normas nacionales que rigen en relación a la posibilidad de la práctica del culto religioso.

16.1. Que, por otra parte, lo anteriormente expuesto no es otra cosa que la aplicación de la doctrina constitucional de la CSJN respecto del juego de competencias compartidas entre la Nación y las restantes jurisdicciones en materia de poder de policía sanitario.

Para ello, conviene tener presente que, según la doctrina de la CSJN, de acuerdo con la distribución de competencias que emerge de la Constitución Nacional, los poderes de las provincias son originarios e indefinidos (art. 121), en tanto que los delegados a la Nación son definidos y expresos (art. 75) (v., en este sentido, Fallos: 304: 1186 y 320:619, entre muchos otros), como así también que la regla y no la excepción consiste en la existencia de jurisdicciones compartidas entre la Nación y las Provincias, por lo que las normas constitucionales que rigen el caso deben ser interpretadas de modo tal que se desenvuelvan armoniosamente evitando interferencias o roces susceptibles de acrecentar los poderes del gobierno central en detrimento de las facultades provinciales y viceversa y procurando que actúen para ayudarse y no para destruirse (Fallos 271:186; 293:287; 296:432; 304:1186, entre otros); pero sin perder de vista que las provincias -dada la posición que ocupan dentro del régimen constitucional deben observar una conducta que no interfiera directa ni indirectamente con la satisfacción de servicios de interés público nacional, por lo que las facultades provinciales, por importantes y respetables que sean, no justifican la prescindencia de la solidaridad requerida por el destino común de los estados autónomos y de la Nación toda ni permite el aislamiento y la segregación de ellos en la empresa de su realización conjunta (Fallos 257:159, 263:437; 270:11, entre otros; todo lo anterior citado en Fallos 322:2862, “Líneas de Transmisión del Litoral S.A. [LITSA] c/ Corrientes, Provincia de s/ acción declarativa”, del 18/11/99).

Por otra parte, también señaló que “(...) las provincias tienen derecho a regirse por sus propias instituciones y conservan su soberanía en todo lo relativo a los poderes no delegados a la Nación; a ellas corresponde darse leyes y ordenanzas de impuestos locales, de policía, higiene y todas las conducentes a su bienestar y prosperidad, sin más limitación que las enumeradas en el artículo 108 [actual 126] de la Constitución Nacional” (Fallos: 7:373)” (citado en “Asociación de Bancos de la Argentina y otros c/ Misiones, Provincia de y otros s/ acción de repetición y declarativa de inconstitucionalidad”, A. 2103. XLII. ORI, sentencia del 11/11/14).

En este sentido, es necesario reparar en que, a nivel local y según la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, su Legislatura puede legislar en materia de salud y calidad de vida (art. 80 inc. 2, acápite e) y que el Poder Ejecutivo ejerce el poder de policía local (art. 104 inc. 11).

Sobre el poder de policía en materia de salubridad, en Fallos 7:150 (“Empresa Plaza de Toros c/ Gobierno de Buenos Aires”) se dijo que “(...) *es un hecho, y también un principio de derecho constitucional, que la policía de las Provincias está á cargo de sus gobiernos locales, entendiéndose incluido en los poderes que se han reservado, el de proveer lo conveniente á la seguridad, salubridad y moralidad de sus vecinos; y que, por consiguiente, pueden lícitamente dictar leyes y reglamentos con estos fines, no habiéndose garantido por el artículo catorce de la Constitución Nacional á los habitantes de la República el derecho absoluto de ejercer su industria o profesión, sinó con sujeción á las leyes que reglamentan su ejercicio*”.

La misma CSJN ha dicho en un fallo reciente que “[l]a realización de las competencias concurrentes que la reforma constitucional ha afianzado en los arts. 41, 43, 75, incs. 17, 19 y 30, 125, entre otros, no implica enervar los ámbitos de actuación de ninguna órbita del gobierno, sino que importa la interrelación, cooperación y funcionalidad en una materia común de incumbencia compartida, como es el caso de la salud pública, sin perjuicio del poder de policía de salubridad que, en primer término, está en cabeza de las provincias” (in re, “Nobleza Piccardo S.A.I.C. y F. c/ Santa Fe, provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, sentencia del 27/10/15).

Asimismo, las obligaciones que atañen a la Nación en materia sanitaria no son exclusivas ni excluyentes de las que competen a sus unidades políticas en sus esferas de actuación sino que, en estados de estructura federal, pesan sobre ellas responsabilidades semejantes, que también se proyectan sobre las entidades públicas y privadas que se desenvuelven en este ámbito, ya que de lo contrario, las leyes sancionadas en la materia no dejarían de ser sino enfáticas enumeraciones programáticas vacías de operatividad (Fallos 331:2135 y sus citas).

En el contexto de la pandemia imperante, es claro que las esferas nacional y locales deben cooperar todas juntas para que la población que habita estas últimas, todas ellas distintas y con sus particularidades (culturales, demográficas, estructurales y en cuanto a la infraestructura de su sistema de salud pública y privada), pueda ser resguardada en sus derechos a través de la normativa que nace del

intercambio de todos los planos de Gobierno. De nada serviría el diseño y planificación de una estrategia nacional para la mitigación de las consecuencias del coronavirus COVID-19 (arg. art. 99 inc. 1º de la Constitución Nacional) sin jurisdicciones locales que las hagan cumplir y emitan la normativa correspondiente, a tal efecto.

La mera invocación de la autonomía local, entonces, no resulta suficiente para hacer lugar a la descalificación constitucional de la política sanitaria ejercida y coordinada entre el Estado Nacional y las restantes jurisdicciones.

17.- Que, por otra parte, resta tratar el planteo de irrazonabilidad de la normativa cuestionada.

En cuanto a la razonabilidad de la reglamentación de los derechos, conviene destacar que si bien es cierto que los derechos no son absolutos y se ejercen de acuerdo a las leyes que reglamentan su ejercicio (arts. 14 y 28 de la Constitución Nacional), debe recordarse también que ello es así con la condición de que los derechos afectados sean respetados en su sustancia (CSJN, Fallos 294:252; 257:275; 262:205; 283:98; 300:700; 303:1185; 305:831; 310:1045; 311:1132 y 1565; 314:225 y 1376; 315:952 y 1190; 319:1165; 320:196; 321:3542; 322:215; 325:11, entre muchos otros) y, además, deben adecuarse las restricciones a las necesidades y fines públicos que las justifican, de manera que no aparezcan infundadas o arbitrarias, sino razonables, es decir, proporcionadas a las circunstancias que las originan y a los fines que se procuran alcanzar con ellas (Fallos: 200:450, 247:121 y “Sindicato de Obreros de Estaciones de Servicios, Garages y Playas de Estacionamiento del Chaco c/ Estado Nacional [ANSSAL] s/ acción de amparo y medida cautelar” del 01/12/15).

En palabras de la CSJN, ello significa, “(...) *que la regulación debe perseguir un fin válido a la luz de la Constitución Nacional; que las restricciones impuestas deben estar justificadas en la realidad que pretenden regular; y que los medios elegidos deben ser proporcionados y adecuados para alcanzar los objetivos proclamados (artículos 14 y 28 de la Constitución Nacional, y doctrina de Fallos: 248:800, 243:449, 334:516 y 335:452, entre otros)*” (del voto del Dr. Lorenzetti en los autos “Sindicato de Obreros” antes citados).

Agréguese además que “[l]a *inexistencia de derechos constitucionales absolutos surge de los arts. 14 y 28 de la Constitución Nacional, puesto que su ejercicio se encuentra sujeto a reglamentación. Las limitaciones a la libertad aseguran el efectivo goce de la misma por parte de todos los ciudadanos, siendo éste el fundamento basal sobre el que se asienta el poder de policía inherente a*

la soberanía de todo Estado" (TSJCABA, in re "GCBA s/ recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Esquivel Pizarro Lademir de la Cruz c/ GCBA s/ amparo'", expediente N° 6162/08, apartado 7 del voto de los Dres. Casás y Conde, sentencia del 05/03/09).

Respecto del análisis de razonabilidad de las normas, destáquese que se trata de un control simple, en el sentido de que no se trata de confrontar la finalidad de la norma con el medio más idóneo para protegerla o el menos dañino para los intereses individuales, sino tan solo de constatar que la reglamentación provee de instrumentos para obtener ese fin y que su aplicación no resulta irrazonable, arbitraria, injusta o descabellada para lograrlo sino, por lo contrario, simplemente elegible (del voto del Dr. Maier en la causa TSJ in re, "Unión de Músicos Independientes Asociación Civil c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", expediente n° 5167/07, sentencia del 27/12/07).

17.1.- Aclarado ello, se desprende que de la normativa estudiada y que se resiste en el caso, a diferencia de lo postulado en la demanda, no prohíbe de manera absoluta el ejercicio del culto.

Tan solo le impone las limitaciones indicadas en la normativa estudiada en considerandos anteriores, puntualmente la posibilidad de realización de las actividades permitidas según la habilitación dada por la normativa vigente y, en concreto, de conformidad con el límite de diez personas que en la demanda se considera arbitrario (decreto n° 714/2020, decisiones administrativas n° 995 y 1289/JGM/20 y resolución n° 35/SSRIEI/2020). En este sentido, la imposibilidad temporaria de contraer matrimonio soslayando el límite de diez personas parece razonable y no se ha indicado con argumentación con rigor científico por qué debería prescindirse de tal limitación y para las actividades que la normativa permite. No se han insinuado criterios de peso ni mucho menos de carácter técnico, más allá del propio vertido en la demanda, para considerar irrazonable la normativa y protocolo aplicables al caso. Máxime si se tiene presente la preocupación de todas las autoridades en la delicada tarea de evitar un brote violento del virus y un eventual desborde del sistema de salud, todo lo cual merece la consideración pertinente de las autoridades competentes en materia sanitaria. Tales preocupaciones son expresamente volcadas en los considerandos del decreto n° 714/PEN/2020, cuestionado en autos pero no refutados en este aspecto.

Antes bien, semejante determinación -de vedar la posibilidad de que se realicen ciertas actividades y disponer un límite de diez personas para las reuniones de culto en las condiciones señaladas en la normativa vigente- depende de una evaluación técnica y de conjunto que corresponde a la Administración (en este caso, nacional y local) y que no puede ser suplida por vía de sentencia cuando, como en autos, no se acredita el menoscabo del derecho invocado según la normativa que lo regula y en relación a la pretensión formulada ni mucho menos que la solución que deba darse es la que se sostiene en la demanda o que ello haya decidido el GCBA (y/o la autoridad nacional) en el marco del particular contexto sanitario que se presenta en el expediente.

Es que las múltiples opciones para llevar adelante las medidas de acción pública en materia sanitaria, en su caso, tienen que ser evaluadas por la Administración y deben ser por ella ejecutadas (conf. arts. 102 y 104 -inc. 2º- de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, v. además, *mutatis mutandis*, Sala I de la Cámara de Apelaciones del fuero en los autos “Asesoría Tutelar CAYT nº 1 y otros c/ GCBA y otros s/ amparo [art. 14 CCABA]”, expediente nº 44.883/0, sentencia del 30/06/16; v., en el mismo sentido TSJ, voto de la Dra. Conde en la causa nº 4624/06 “Comisión de vecinos Lugano en marcha y otros c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, pronunciamiento del 23/08/06); conclusiones que por supuesto son extensibles a las potestades nacionales que dimanarían del art. 99 inc. 1º de la Constitución Nacional.

Y con ello no alcanza la transcripción de citas doctrinarias y jurisprudenciales, cuando no se dedica ni una línea de la demanda a intentar refutar o sugerir el criterio técnico y sanitario seguido hasta el momento, más allá de lo señalado en los considerandos 16º), 17.1º) y 18º), en cuanto a que no corresponde a este Poder Judicial inmiscuirse en tales temáticas (extrañas a un Tribunal de Justicia), si no está probada de manera ostensible la irrazonabilidad o el daño a los derechos que se aducen conculcados.

17.2.- Que, por otro lado, no debe perderse de vista que la actividad y solución que la actora pretende concretar en el caso se encontraría excluida de los supuestos exceptuados del ASPO y por fuera de los protocolos vigentes **al menos por el momento y con la normativa nacional y local aplicable actualmente.**

Incluso la jurisprudencia local ha tomado en cuenta el estado provisional de los protocolos, el carácter dinámico y cambiante de las acciones a desplegar por las autoridades ejecutivas de la Ciudad en el marco de la emergencia declarada, explicitado incluso en las distintas normas dictadas hasta el momento, en las cuales se aclara que los protocolos aplicables “*se encuentra(n) en revisión permanente en función de la evolución y nueva información que se disponga de la pandemia en curso*” a fin de desestimar soluciones que se apartan de las prescripciones de los señalados protocolos (vgr., Sala III de la Cámara de Apelaciones del fuero en las causas “GERI SA CONTRA GCBA SOBRE INCIDENTE DE APELACIÓN - AMPARO - SALUD-MEDICAMENTOS Y TRATAMIENTOS”, expediente n° 3801/2020-1, fallo del 30/07/20; “ALTOS DEL BOULEVARD CENTRO PRO VIDA S.A. CONTRA GCBA Y OTROS SOBRE INCIDENTE DE APELACION - AMPARO - SALUD-MEDICAMENTOS Y TRATAMIENTOS”, expediente n° 3837/2020-1, sentencia del 04/08/20; en la misma fecha, “RESIDENCIAS ESTILO SRL Y OTROS CONTRA GCBA Y OTROS SOBRE INCIDENTE DE APELACION - AMPARO -SALUD-OTROS”, expediente n 3944/2020-1; “GERI SA CONTRA GCBA SOBRE AMPARO - SALUD-MEDICAMENTOS Y TRATAMIENTOS”, expediente n° : EXP 3801/2020-0, sentencia del 20/08/20; y “EGB S.R.L. CONTRA GOBIERNO DE LA CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES SOBRE INCIDENTE DE APELACION - AMPARO - SALUD-OTROS”, expediente n° 4103/2020-2, fallo del 07/09/20; en similar sentido, Sala II de la Cámara de Apelaciones del fuero en la causa “Asociación Regional de Diálisis” ya citada).

Nótese en este aspecto, según ha informado el GCBA, “[d]ada la evolución de la situación epidemiológica, y teniendo en cuenta que la Ciudad procura la apertura gradual y progresiva de diversas actividades resguardando la salud de la población de forma integral, **no se ha considerado conveniente aún solicitar la excepción al aislamiento social, preventivo y obligatorio para las celebraciones litúrgicas presenciales, aunque sí se está trabajando coordinadamente en la elaboración de los protocolos necesarios para su desarrollo.** Se informa que a la fecha no existen peticiones administrativas realizadas por ciudadanos al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, relativas a la realización de ceremonias en las condiciones del escrito de inicio en los autos que motivan esta presentación. **No**

obstante lo cual, se encuentra en actual proceso de elaboración y revisión, con la intervención del Ministerio de Salud del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el protocolo respectivo que contempla la apertura con aforo y tope de las celebraciones litúrgicas de manera presencial, estando previsto que sea remitido a consideración de la Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación en el transcurso de los próximos días” (la negrita me pertenece, el subrayado se encuentra en el original). De este modo, a través de la acción de amparo y la intervención judicial que se requiere, se vendría a interferir en la política sanitaria y los avances que se están realizando en la materia, tendientes a flexibilizar los requisitos para que las actividades de culto puedan ser realizadas mitigando en la mayor medida posible los riesgos de contagio del coronavirus COVID-19.

Dicho todo lo cual, se advierte que el planteo subyacente al amparo impetrado solo traduce un mero disenso con la política sanitaria adoptada, pero en autos no se cuenta siquiera con una opinión técnica de un experto competente que al menos permita inferir siquiera mínimamente un atisbo de irrazonabilidad de los protocolos aplicables y de las limitaciones efectuadas en conjunto por los gobiernos nacional y local para limitar actividades como la que pretenden llevar a cabo los amparistas. Alegar la irrazonabilidad de las normas y la vulneración de derechos no resulta suficiente para apartarse de la solución normativa establecida, cuando aquellas cuentan con el juicio técnico de la Administración y coordinado con jurisdicciones locales -como se dijo anteriormente- y evaluando el posible impacto sanitario que su trasgresión pueda provocar.

En otras palabras, el hecho de que estemos frente a un supuesto de tutela preventiva, encausado en el marco de un amparo, no significa que resulte válido acudir al Poder Judicial para hacerle saber que otro órgano del Estado (en el caso el Poder Ejecutivo) se está equivocando en su proceder, aun cuando ello importase la posibilidad de que eventualmente trajera consecuencias nocivas (de la causa “Asociación Regional de Diálisis” antes citada).

En definitiva, lo cierto es que soslaya el impacto que una reunión como la requerida, con más de diez concurrentes, puede llegar a tener sobre la comunidad entera y nada menciona respecto de la eventual propagación del virus que esos eventos pueden propiciar. Como, lamentablemente, ha ocurrido en determinados casos según dan cuenta distintos medios de prensa internacionales

(<https://www.nytimes.com/es/2020/07/12/espanol/mundo/iglesias-coronavirus.html> y <https://www.telemundo33.com/local/iglesias-y-templos-deberan-cerrar-nuevamente-tras-alarmante-repunte-de-contagios-de-covid-19/1984544/>).

17.3- Por último, la mención a la habilitación reciente de locales gastronómicos en los términos de la decisión administrativa n° 1600/JGM/2020 solo evidencia más aún su disenso con la política sanitaria en su conjunto.

Soslaya además que en el caso se ha seguido el procedimiento previsto en el art. 18 del decreto n° 714/PEN/2020, cosa que no puede predicarse del supuesto o excepción que se pretende habilitar en el *sub examine* y que ni siquiera los actores probaron haber impulsado. Ni mucho menos proceden a cuestionar la razonabilidad del criterio estatal sostenido ni del protocolo aplicable con sustento técnico y efectuar una comparación adecuada con otras excepciones, sopesando los riesgos y la conveniencia de habilitar su realización en uno y otro caso. Evaluación y procedimiento con el que, por ejemplo, ha contado la actividad habilitada por la decisión administrativa n° 1600/JGM/2020, en virtud del presunción de legitimidad que invisten a todos los actos administrativos como los cuestionados.

A su vez, ello descarta una vulneración al principio de igualdad o de interdicción de discriminación, sin que sea necesario realizar comentarios adicionales al respecto.

18.- Aún con todo ello, no debe olvidarse que una de las funciones más delicadas del Poder Judicial es saber mantenerse en la esfera de jurisdicción, sin menoscabo de facultades que incumben a otros departamentos de gobierno, razón por la cual no incumbe a los jueces, en ejercicio de regular de su misión, substituirse a los poderes del Estado en atribuciones que le son propias (conf. doctrina de Fallos 155:248, 270: 169, 272:231, 310:2709, 313:228, 339:399, entre muchos otros).

En esas facultades, claramente, se inserta la de diseñar los protocolos sanitarios de rigor tendientes a atender el curso de acción a seguir frente a diversos supuestos que la enfermedad presente, variando éstos incluso dependiendo del lugar donde se pretenda realizar una actividad que se encuentra prohibida y cuya flexibilización se requiere (en este sentido, también, considerando 10 de la causa “Asociación Regional de Diálisis” antes referido).

A ello cabe agregar que el acierto o el error, el mérito o la conveniencia de las soluciones así adoptadas, no son puntos sobre los que al Poder Judicial quepa pronunciarse; por lo que la declaración de inconstitucionalidad (teniendo

en cuenta el planteo formulado en el escrito de inicio), acto de suma gravedad institucional, exige que la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable; y que solo casos que trascienden ese ámbito de apreciación para internarse en el campo de lo irrazonable, inicuo o arbitrario habilitan la intervención de los jueces (*mutatis mutandis*, Fallos 308:1361 -voto del juez Petracchi-, 313:410, 314:424, 340:1480 y 342:411, entre muchos otros), valoraciones que difícilmente puedan pregonarse respecto de la adoptada en sedes local y nacional, en virtud de lo que surge del restante plexo normativo en la materia en que se hubo apoyado.

19.- En definitiva, con esta pretensión -en caso de admitirse- se intenta soslayar la propia existencia de las limitaciones y reglamentaciones impuestas por las autoridades nacional y local de manera mancomunada, con los esfuerzos que vienen realizando ambos niveles de gobierno, omitir su aplicación y solicitar derechamente que el Estado local autorice una actividad por el momento prohibida, enunciado que convence de su desacierto, a tenor de la normativa estudiada y el grave contexto sanitario que atraviesa el país y, específicamente, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Es que el Tribunal no puede desatender las consecuencias que puede aparejar una eventual pretensión estimatoria como la solicitada en autos -en cuanto persigue la realización de ceremonias de matrimonios religiosos por fuera de las condiciones impuestas por la reglamentación vigente- respecto de su impacto sobre la totalidad de la comunidad y del sistema sanitario.

No debe prescindirse de las consecuencias que naturalmente derivan de un fallo, toda vez que constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia con el sistema en que está engarzada la norma (Fallos 302:1284 “Saguir y Dib”, voto de los Dres. Frías y Guastavino).

20.- Que, en suma, no se advierte una omisión manifiestamente arbitraria e ilegítima que conculque los derechos de los accionantes, puntualmente por no identificar cuál es el deber a cargo de la demandada que ellos le solicitaron y esta no cumplió.

Además, la acción es improponible contra el GCBA porque en el ámbito de sus potestades, solo puede elevar a consideración del Jefe de Gabinete de Ministros de la Nación el protocolo de la actividad correspondiente que pretende ser eximida de cumplir con el ASPO -cosa que por el momento no ha decidido llevar a

cabo, sin que ello pueda ser objeto de cuestionamiento que permita a la judicatura, en principio, intervenir- y que, en su caso, ello no habilitaría a que este Tribunal permita que se realicen los casamientos en las fechas y condiciones indicadas en la demanda: concretamente, por fuera de lo que establecen los protocolos vigentes y soslayando la limitación de diez personas como máximo para concurrir a este tipo de eventos.

Tampoco los accionantes han requerido en sede administrativa la habilitación correspondiente con la adjunción del protocolo pertinente, en cuyo caso existirían otras vías más idóneas para canalizar una eventual falta de respuesta o demora en la resolución del trámite.

Por lo demás, no se encuentra conculcado ni el principio de legalidad que habilita el dictado de los decretos de necesidad y urgencia como el que se cuestiona, ni aquél ni las decisiones administrativas y protocolos aplicables resultan irrazonables, luciendo en cambio como una razonable limitación a los derechos invocados en el particular contexto de la pandemia que se viene desarrollando a fin de evitar la propagación del virus y un eventual colapso del sistema sanitario.

La autonomía local no se encuentra en absoluto vulnerada con el dictado de la normativa nacional cuestionada y en autos se soslaya la participación y colaboración entre jurisdicciones en el marco de las competencias respectivas en materia de poder de policía en materia sanitaria.

Esta acción tan solo traduce un disenso con la política sanitaria puesta en marcha y concordada con todas las jurisdicciones, soslayándose el procedimiento previsto al efecto para, eventualmente, conseguir que la actividad que se pretende realizar y que actualmente se encuentra prohibida (esto es y en el aspecto debatido, la celebración de matrimonios religiosos fuera de los habilitados por la normativa vigente y con concurrencia de un público de más de diez personas en el recinto en cuestión) pueda tener lugar, olvidando el respeto que debe tener el Poder Judicial por cómo los restantes poderes diseñan e implementan una política sanitaria en el marco de una pandemia sin precedentes.

En consecuencia, no se encuentran reunidos los requisitos que hacen admisible a la acción y los motivos antes apuntados impiden la reconducción en otro tipo de proceso, por lo que se lo desestima *in limine* (art. 5° de la ley n° 2.145, t.c. por ley n° 6.017).

Asimismo, las razones antes indicadas descartan la verosimilitud del derecho para hacer lugar a una medida autosatisfactiva como la solicitada, resultando

innecesario expedirse respecto del peligro en la demora (Sala I de la Cámara de Apelaciones del fuero, in re, “Eg3 c/ GCBA s/ medida cautelar”, expediente n° 5467/0, sentencia del 23/10/02), máxime si se considera la verosimilitud del derecho calificada que debe presentarse para acceder a este tipo de pedidos cautelares.

Por las razones expuestas y oído el Ministerio Público Fiscal,

FALLO:

1º) Desestimar la citación de terceros pedida por el GCBA, sin costas atento no haberse sustanciado el pedido.

2º) Rechazar *in limine* el amparo presentado por los Sres. Uriel Alejandro OHANA, Elizabeth Sol CHEHEBAR, Yair Faraj SAKKAL, Karen Mijal OHANA, Dalia KAHANOVSKY e Iejiel Isaac MICHA y la medida cautelar solicitada contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con costas por su orden (art. 62, segundo párrafo del CCAyT - conf. art. 26 de la ley n° 2.145, t.c. por ley n° 6.017- y art. 14 CCABA).

Regístrese en oportunidad de ser materialmente posible y notifíquese por Secretaría a las partes y al Ministerio Público Fiscal mediante cédulas electrónicas a librarse con habilitación de días y horas inhábiles. Oportunamente, archívense.



Poder Judicial
Ciudad de Buenos Aires