

# RDA

## DERECHO ADMINISTRATIVO

REVISTA DE DOCTRINA,  
JURISPRUDENCIA,  
LEGISLACIÓN Y PRÁCTICA

Edición especial  
COVID-19

DIRECTOR:  
**JUAN CARLOS CASSAGNE**

SUBDIRECTORES:  
Pablo Esteban Perrino  
David Andrés Halperin  
Estela B. Sacristán

Julio - Agosto 2020 | 130

TEMA SELECCIONADO

Impacto del COVID-19 en  
el Derecho Administrativo

ISSN 1851-0590

 INCLUYE  
VERSIÓN DIGITAL

**ABELEDOPERROT**

ISSN: 1851-0590  
RNPI: 5074816

Todos los derechos reservados  
© **ABELEDOPERROT S.A.**

Dirección, administración y redacción  
Tucumán 1471 (C1050AAC)  
laley.redaccionjuridica@tr.com

Ventas  
CASA CENTRAL  
Tucumán 1471 (C1050AAC)  
Tel.: (011) 4378-4700 / 0810-266-4444

LOCAL I FACULTAD DE DERECHO - UBA  
Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)  
Tel. / Fax: (011) 4806-5106

Atención al cliente: 0810-266-4444  
Buenos Aires - Argentina

*Hecho el depósito que establece la ley 11.723.  
Impreso en la Argentina. Printed in Argentina.*

Nota de la Dirección: Las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

Se terminó de imprimir en la 2da. quincena de julio de 2020, en los talleres gráficos de La Ley S.A.E. e I.,  
Bernardino Rivadavia 130, Avellaneda - Provincia de Buenos Aires, República Argentina

# RDA

## DERECHO ADMINISTRATIVO

REVISTA DE DOCTRINA,  
JURISPRUDENCIA,  
LEGISLACIÓN Y PRÁCTICA

DIRECTOR:

**JUAN CARLOS CASSAGNE**

SUBDIRECTORES:

Pablo Esteban Perrino  
David Andrés Halperin  
Estela B. Sacristán

Julio - Agosto 2020 | 130

TEMA SELECCIONADO

Impacto del COVID-19 en  
el Derecho Administrativo

ABELEDOPERROT

### **Consejo de Redacción**

Pedro Aberastury (h.) - Carlos A. Andreucci - Alberto B. Bianchi - Alberto Biglieri - Carlos Botassi - Pedro J. J. Coviello - Beltrán Gambier - Agustín Gordillo - Roberto E. Luqui - Daniel M. Nallar - María Jeanneret de Pérez Cortés - Jorge H. Sarmiento García - Domingo J. Sesin - Daniel F. Soria - Guido S. Tawil

### **Secretarios de Redacción**

Juan Cruz Azzarri - Ernesto Nicolás Bustelo - Alfonso Buteler - Ariel Cardaci Méndez - Ezequiel Cassagne - Santiago Castro Videla - Karina Cicero - Juan Gustavo Corvalán - Julio Durand - Martín Renato Espinoza Molla - Ana Patricia Guglielminetti - Mariano Palacios - Marisa Panetta - Gustavo E. Silva Tamayo

### **Coordinador**

Nicolás R. Acerbi Valderrama

### **Consejo Consultivo Internacional**

Hermann-Josef Blanke (Alemania)  
Christian Pielow (Alemania)  
Karl-Peter Sommermann (Alemania)  
Odete Medauar (Brasil)  
Fabio Medina Osorio (Brasil)  
Romeu Felipe Bacellar Filho (Brasil)  
Diogo de Figueiredo Moreira Neto (Brasil)  
Vitor Rhein Schirato (Brasil)  
Felipe de Vivero (Colombia)  
Jorge Enrique Ibáñez Najjar (Colombia)  
Libardo Rodríguez Rodríguez (Colombia)  
Consuelo Sarría (Colombia)  
Alejandro Vergara Blanco (Chile)  
Tomás Ramón Fernández (España)  
José Luis Martínez López-Muñiz (España)  
Santiago Muñoz Machado (España)  
Luis Martín Rebollo (España)  
Franck Moderne (Francia)  
Pierre Subra de Bieusses (Francia)  
Carlo Marzuoli (Italia)  
Domenico Sorace (Italia)  
Aldo Travi (Italia)  
Luciano Vandelli (Italia)  
Luis José Bejar Rivera (México)  
Jorge Danós Ordóñez (Perú)  
Richard Martin Tirado (Perú)  
Lino Torgal (Portugal)  
Allan R. Brewer-Carías (Venezuela)  
Víctor Hernández Mendible (Venezuela)

## **DIRECCIÓN ACADÉMICA**

Mónica Pinto

## **COMITÉ HONORARIO**

Agustín Gordillo  
Aída Kemelmajer  
Alberto J. Bueres  
Carlos Etala

Cecilia Grosman  
Eugenio Bulygin  
Eugenio R. Zaffaroni  
Héctor Alegria

José Tobías  
Julio C. Rivera  
Nelly Minyersky  
Noemí Lidia Nicolau

## **COMITÉ ACADÉMICO**

### **Administrativo**

Carlos F. Balbín  
Fernando R. García  
Pullés  
Ernesto A. Marcer  
Guido Santiago Tawil

### **Constitucional**

Alberto B. Bianchi  
Roberto Gargarella  
María Angélica Gelli  
Juan V. Sola

### **Internacional Privado**

María Susana Najurieta  
Alfredo Mario Soto  
María Elsa Uzal

### **Internacional Público**

Susana Ruiz Cerutti  
Silvina González Napolitano  
Raúl Vinuesa

### **Familia**

Carlos Arianna  
Luis Ugarte  
Adriana Wagmaister

### **Civil**

Carlos Hernández  
Sebastián Picasso  
Sandra Wierzba  
Diego Zentner

### **Penal**

Mary Beloff  
Alberto Edgardo Donna  
Daniel Pastor

### **Laboral**

Mario Ackerman  
Adrián Goldin  
Julio César Simón

### **Comercial**

Rafael Mariano Manóvil  
Horacio Roitman

### **Filosofía**

Ricardo Guibourg  
Rodolfo Vigo

### **Derechos Humanos**

Laura Giosa  
Roberto Saba

### **Ambiental**

Néstor Cafferatta  
Leila Devia  
Silvia Nonna

### **Penal**

Fernando Córdoba  
Fernando Díaz Cantón  
Ivana Bloch  
Marcelo Ferrante  
Marcos Salt  
Marcelo Sgro

### **Criminología**

Gabriel Ignacio Anitua  
Matías Bailone  
Máximo Sozzo

### **Familia**

Silvia Eugenia Fernández  
Eleonora Lamm  
Ida Scherman

### **Civil**

Carlos Calvo Costa  
Luis Daniel Covi  
María Victoria Famá  
Adriana Krasnow  
Luis F. P. Leiva Fernández  
Carlos Parellada  
Máximo Gonzalo Sozzo

### **Laboral**

Lucas Caparrós  
Juan Pablo Mugnolo  
Claudia Priore

### **Constitucional**

María Gabriela Ábalos  
Marcela Basterra  
María Laura Clérico  
César Sebastián Vega

## COMITÉ EDITORIAL (Continuación)

### **Internacional Público**

Emiliano Buis  
Alejandro Chehtman  
Natalia Luterstein  
Nahuel Maisley

### **Internacional Privado**

Paula María All  
Nieve Rubaja  
Luciana Scotti

### **Administrativo**

Alfonso Buteler  
María Paula Renella  
Susana Vega

### **Comercial**

Hugo Acciarri  
Pablo Heredia  
Lorena Schneider  
Pamela Tolosa

### **Filosofía**

Marcelo Alegre  
Claudio Eduardo  
Martyniuk  
Renato Rabbi-Baldi  
Cabanillas

### **Derechos Humanos**

Leonardo Filippini  
Calógero Pizzolo  
Silvina Zimmerman

### **Ambiental**

Mariana Catalano  
José Esain

---

### **Director Editorial**

Fulvio G. Santarelli

### **Jefa de Redacción**

Yamila Cagliero

### **Editores**

Nicolás R. Acerbi Valderrama  
Florencia Candia  
Elia Reátegui Hehn  
Marlene Slattery



### TEMA SELECCIONADO:

### Impacto del COVID-19 en el Derecho Administrativo

La federación unitaria en tiempos de emergencia <i>María Gabriela Ábalos</i> .....	3
Crisis, derechos humanos, tecnología y pos-COVID-19 <i>Carlos A. Andreucci</i> .....	13
La Corte Suprema no es el Consejo de Estado. A propósito de la consulta del Senado <i>Alberto B. Bianchi</i> .....	36
Control judicial en estado de emergencia por pandemia <i>Alberto Biglieri</i> .....	48
Coronavirus: emergencia sanitaria y económica <i>Carlos Botassi</i> .....	55
Aplicación del estándar de la razonabilidad en las decisiones administrativas adoptadas por el Gobierno nacional ante la pandemia del COVID-19 <i>Pablo O. Cabral</i> .....	64
El derecho a la vivienda digna en CABA en tiempos de COVID-19 <i>Adrián Campos</i> .....	95
La regulación en el estado de emergencia <i>Juan Carlos Cassagne</i> .....	101
La garantía del plazo razonable frente a la suspensión de procedimientos y plazos administrativos derivada de la emergencia sanitaria declarada por la pandemia de coronavirus COVID-19 <i>Martín R. Espinoza Molla</i> .....	112
Los cierres de circulación que efectúan los municipios en tiempos del coronavirus <i>Cintia R. Febbraro</i> .....	120

La suspensión de los plazos administrativos en el ámbito de la AFIP, en virtud de la emergencia sanitaria declarada por el coronavirus COVID-19 <i>Lucas R. Figola</i> .....	128
Las contrataciones públicas en trámite y el COVID-19. Algunas reflexiones <i>Álvaro B. Flores</i> .....	136
COVID-19 y ampliación de atribuciones en materia presupuestaria del jefe de Gabinete <i>María Cristina Girotti</i> .....	150
La actuación notarial durante la emergencia sanitaria con motivo del virus COVID-19 <i>María Luján Lalanne de Pugnaroni</i> .....	158
La Corte Suprema y las cuestiones políticas <i>Carlos J. Laplacette</i> .....	165
El control judicial de decisiones estatales en el marco de la emergencia sanitaria. Un relevamiento de casos <i>José Ignacio López - Ramiro Vélez</i> .....	193
El valor de las infraestructuras en contextos de emergencia sanitaria <i>Leonardo Massimino</i> .....	201
La normativa COVID-19 como hecho del príncipe <i>Jorge I. Muratorio</i> .....	209
La responsabilidad patrimonial del Estado por su actuación en el marco de la pandemia de COVID-19 <i>Pablo E. Perrino - Juan Carlos Sanguinetti</i> .....	220
Ocupación temporánea en tiempos de COVID-19 <i>Pedro Romero</i> .....	243
El virus de Wuhan y la libertad religiosa. El aporte de dos decisiones jurisprudenciales extranjeras <i>Estela B. Sacristán</i> .....	250
La pandemia del COVID-19 como causal de fuerza mayor extintiva en las contrataciones administrativas <i>Gustavo E. Silva Tamayo</i> .....	263
La suspensión de los plazos administrativos con motivo de la emergencia nacional por el coronavirus COVID-19. Breve reseña normativa <i>Lucía I. Videla</i> .....	281
La erosión democrática en los tiempos del coronavirus. Discrecionalidad presidencial, asentimiento del Congreso y deferencia judicial <i>Juan Santiago Ylarri</i> .....	287



TEMA SELECCIONADO:  
Impacto del COVID-19 en  
el Derecho Administrativo

---

Thomson Reuters

Thomson Reuters

# El virus de Wuhan y la libertad religiosa

## El aporte de dos decisiones jurisprudenciales extranjeras

Estela B. Sacristán

**Sumario:** I. Introducción.— II. La experiencia francesa y estadounidense.— III. Algunas reflexiones.

### I. Introducción

*Las leyes del miedo* o *Laws of Fear*, en el original en inglés. Vuelvo a tener en mente el título del libro de Sunstein (1), mientras transito, al igual que el lector, el obligatorio aislamiento social y, sobre todo, “preventivo” dispuesto por el Poder Ejecutivo nacional en Argentina debido al COVID-19 (2). Esa obra es sobre principio precautorio en materia ambiental, pero anida en ella una tesis de más amplio espectro, relevante al momento de escribir estas líneas, cuando ya hemos pasado más de setenta días aislados debido al coronavirus.

Sunstein explica que hay dos versiones del principio precautorio: una débil y una fuerte; la versión débil conlleva que la ausencia de evidencias decisivas sobre el daño no constituye razón para omitir regular; y la versión fuerte de ese principio implica que cuando un accionar plantea riesgos desconocidos, ese accionar debería ser prohibido hasta que las evidencias científicas demuestren que el daño no ocurrirá (3). En suma, prevenir, tomar precauciones, bajo esta versión fuerte del principio precautorio, puede

llevar, entre otros efectos, a la paralización: como no sabemos, lo prohibimos, lo vedamos, lo imposibilitamos. Conocemos ejemplos de épocas de normalidad: recordemos tan solo las prohibiciones municipales de ciertas actividades extractivas, que conducen a que nadie pueda trabajar, en la zona de influencia de ese municipio, en dicha actividad; ese trabajador tendrá que cambiar de actividad o bien pasar a depender de una ayuda estatal y/o sufrir las lógicas consecuencias del desempleo.

Huelga señalar que, en nuestro país, debido al COVID-19, ser nos ha prohibido salir de casa, salvo excepcionalmente. Los efectos pueden ilustrarse con las estadísticas sobre demanda total de energía eléctrica, que ha descendido en forma ostensible (4). Parece claro que el virus ha provocado paralización derivada de la prohibición (salvo las mentadas excepciones).

¿Cómo se creó la escena de miedo? A falta de información relativa a un virus nuevo, este ha sido presentado como generador de un haz de opciones dialécticas, entre las que se destaca la de “vida o muerte” (cuando, en rigor, si algo tenemos por cierto luego de nacer es nuestra finitud física). También se han planteado las op-

(1) SUNSTEIN, Cass R. (2005), “Laws of Fear”, Cambridge University Press, New York.

(2) Dec. 297/2020 (BO 02/03/2020), dictado bajo el art. 99, incs. 1° y 3°, CN.

(3) SUNSTEIN, Cass R. (2005), “Laws of Fear”, Cambridge University Press, New York, ps. 18-19, respectivamente.

(4) Puede verse CAMESA (2020), “Demanda. Distribuidores y GUMA-GUME. Abril 2020”, Gerencia de Análisis y Control Global, Buenos Aires. Disponible en: <https://portalweb.cammesa.com/Documentos%20compartidos/Covid19/Demanda%20Abril%202020.pdf> (último acceso: 01/06/2020).

ciones dialécticas entre salud o trabajo (como si se tratara de opciones excluyentes, cuando en rigor ambas facetas muchas veces se retroalimentan, además, de relacionarse con muchas otras); entre ser un ser social político o ser un ser social económico (como si la vida en sociedad, acatando un ordenamiento jurídico dado, fundado en una emergencia sanitaria, fuera incompatible con el ejercicio pleno de la propia industria o trabajo o con el acceso a elementos de trabajo, como ser libros o colecciones jurídicas en soporte físico). El extremo de la presentación de opciones dialécticas ha llevado incluso a aprovechar la polarización partisana, entre oficialismo y oposición.

La vida —sabemos— no se presenta en forma de dicotomías, con opciones mutuamente excluyentes, dialécticas (5). Antes bien, tenemos libertad de elegir (6) entre más de dos opciones: entre pluralidad de certezas, posibilidades o probabilidades, incertezas, imposibilidades o improbabilidades, entre pluralidad de caminos que se abren (salvo en situaciones de pura compulsión). La disponibilidad de más de dos opciones, a efectos de la toma de decisión, es incluso avizorada según la propia formación, habilidades, conocimiento, educación, información, contextualización.

Más allá del contexto dialéctico que rodeara la decisión de disponer el obligatorio aislamiento social “preventivo” que experimentamos, lo cierto es que, en los hechos, este ha venido a significar serias limitaciones a las libertades. Tal el caso del acceso presencial a celebraciones religiosas

(5) En el sentido de que el término, en una oposición, implica o exige su contrario, su propia negación, oposición dialéctica que conduce a la sublación, expresión creada por Hegel para significar cancelación, preservación o elevación; postura que ha sido pasible de innumerables críticas que pueden verse en AUDI, Robert (1999), “The Cambridge Dictionary of Philosophy”, Cambridge University Press, Cambridge, 2ª ed., p. 368.

(6) VEATCH, Henry B. (1962), “Rational Man. A Modern Interpretation of Aristotelean Ethics”, Indianapolis: Liberty Fund, p. 126: “freedom of choice”; POLO, Leonardo (1997), “Ética. Hacia una versión moderna de los temas clásicos”, Ed. Aedos - Unión Editorial, Madrid, 2ª ed., p. 66: “[L]a acción abre diversos caminos”; LAGERSPETZ, Eerik (2016), “Social Choice and Democratic Values”, Springer, Basel, p. 432: “The world does not usually provide us with two options only”.

propias del ejercicio de la libertad de culto. Limitaciones que, entre los fieles católicos han incidido o inciden —según el nivel de liberalización que se vaya fijando, dentro de la cambiante dinámica diaria, asociada a la búsqueda y detección de personas contagiadas— en poder asistir en forma física a la celebración de una misa.

Dentro de ese dinamismo, con sus transitorias y cambiantes regulaciones, la Conferencia Episcopal Argentina comunicaba, el 11/05/2020, y con relación a una reunión con el jefe de Gabinete de Ministros, el ministro de Relaciones Exteriores y el secretario de Culto:

“Se ratificó la posibilidad de que los templos estén abiertos para la oración individual, y los sacerdotes puedan recibir, de ser posible de manera previamente acordada, a los fieles que soliciten ayuda y orientación espiritual. Siempre teniendo en cuenta las disposiciones sanitarias.

“En cuanto a la celebración con participación de los fieles, cuando llegue el momento adecuado para las mismas, se acordó ir trabajando en la elaboración de los protocolos litúrgicos y sanitarios correspondientes” (7).

Dentro del universo ínsito en la libertad de culto, asistir a la celebración comunitaria propia de un culto en particular puede ser visualizado como solo una de las tantas actividades que se llevan adelante, incluso en épocas de pandemia, dentro de un determinado culto. En efecto, consideremos, dentro del culto católico, la atención individualizada de fieles; la colaboración en actividades de enseñanza; la difusión de actividades propias del culto por *streaming* y redes sociales, entre otras, para propiciar cercanía espiritual dentro del aislamiento obligatorio (8). Y, lentamente, las restricciones se están flexibilizando, y 12/05/2020, se comunicaba que las

(7) CONFERENCIA EPISCOPAL ARGENTINA (2020), “Comunicado de prensa de la Comisión Ejecutiva”, Buenos Aires, 11/05/2020. Disponible en: <https://www.episcopado.org/contenidos.php?id=2452&tipo=unica> (último acceso: 01/06/2020).

(8) Puede verse la enumeración en CONFERENCIA EPISCOPAL ARGENTINA (2020), “Comunicado de la Conferencia Episcopal Argentina”, Buenos Aires, 19/03/2020. Disponible en: <https://www.episcopado.org/contenidos.php?id=2377&tipo=unica> (último acceso: 01/06/2020).

iglesias “vuelven a abrir, para rezos individuales, con barbijo y eucaristía en la mano” (9), mas con suspensión de celebraciones con público.

Así las cosas, resulta de interés reparar en cuál ha sido la experiencia en Derecho comparado en la materia. En rigor, el virus de Wuhan ha asolado prácticamente a todo el planeta, con lo que la veda de celebración de misas ha sido y está siendo una de las medidas comprendidas en el aislamiento en diversos países. Por ello, puede recabarse cuál ha sido la experiencia extranjera en materia de celebraciones comunitarias propias del culto, y así se hará en el presente trabajo, en la secc. II, con enfoque en Francia y Estados Unidos. Repasaremos esa experiencia foránea para desentrañar cuáles serían las posibilidades para la celebración de misas en Argentina, a lo cual se dedicará la secc. III, para, finalmente, en la secc. IV, elaborar una síntesis orientativa.

## II. La experiencia francesa y estadounidense

Tanto Francia como Estados Unidos nos han brindado enseñanzas en punto a las regulaciones emitidas por los órganos estatales en el marco del obligatorio aislamiento social “preventivo” enderezado a frenar la propagación del coronavirus.

### II.1. Decisión del Consejo de Estado

En mayo de 2020, Francia, el Consejo de Estado, a través de su juez de *référé*s, ordenó al Gobierno que levantara la prohibición general y absoluta de reunión dentro de lugares de culto y ordenó que, en su lugar, dictara medidas estrictamente proporcionadas a los riesgos sanitarios y apropiadas al inicio del desconfinamiento (10).

(9) TÉLAM (2020), “Las iglesias vuelven a abrir, para rezos individuales, con barbijo y eucaristía en mano”, Buenos Aires, 12/05/2020. Disponible en: <https://www.telam.com.ar/notas/202005/462909-iglesia-apertura-barbijo.html> (último acceso: 01/06/2020).

(10) Conseil D'Etat — Statuant au Contentieux, nros. 440366, 440380, 440410, 440531, 440550, 440562, 440563, 440590, M. W. et autres, Ordonnance du 18 mai 2020. Disponible en: <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/dernieres-decisions-importantes/conseil-d-etat-18-mai-2020-rassemblements-dans-les-lieux-de-culte> (último acceso: 01/06/2020) El planteo se registró el 3 y 12/05/2020. Demandaron, al juez de *référé*s del Consejo de Estado, requirentes particulares

Oportunamente, el dec. 2020-548 del 11/05/2020 (11), del primer ministro, definió las medidas generales necesarias para hacer frente a la epidemia de COVID-19 dentro del cuadro de estado de urgencia sanitaria. Su art. 10.III previó que mientras dure el confinamiento, todos los establecimientos de cultos iban a estar autorizados para permanecer abiertos, pero se prohíbe toda concentración (*rassemblement*) o reunión en el seno del lugar. Dicho artículo también estableció que las ceremonias funerarias son autorizadas dentro del límite de veinte personas (12). El agravio causado por este artículo motivó la demanda planteada por un conjunto de particulares ante el Consejo de Estado.

Entre otros fundamentos, los particulares demandantes justificaron su interés en accionar; la condición de urgencia originada, primero, en la interdicción total de ejercicio libre, público y comunitario del culto e interdicción de recibir los sacramentos; y, segundo, en el interés que representa la celebración del culto por el conjunto de la sociedad; tercero, el 21/05/2020 ha sido fecha fijada para el Sacramento de la Confirmación en la parroquia; y, cuarto, la importancia de la celebración del culto y de los sacramentos para los católicos; hay una serie de violaciones graves y manifiestamente ilegales a la libertad de culto, a la libertad religiosa, a la libertad de organización del culto por la iglesia católica dentro de los departamentos del Bajo Rin, Alto Rin y la Mosela, a la publicidad del culto y a la libertad de del ejercicio de la práctica religiosa; las disposiciones impugnadas desconocen el art. 1º de la Convención de 26 *messidor* año IX en cuanto restringen el ejer-

identificadas por las iniciales y diversas asociaciones. La audiencia pública se celebró el 15/05/2020.

(11) Décret 2020-548 du 11 mai 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, JORF N.º 0116, 12/05/2020, texte N.º 6. NOR: SSAZ2011695D. ELI: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2020/5/11/SSAZ2011695D/jo/texte>; Alias: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2020/05/11/2020-548/jo/texte>.

(12) Art. 10.III “Les établissements de culte, relevant du type V, sont autorisés à rester ouverts. Tout rassemblement ou réunion en leur sein est interdit. “Les cérémonies funéraires sont autorisées dans la limite de vingt personnes, y compris dans les lieux mentionnés à l’alinéa précédent” A su vez, en virtud de art. 18.IV, los establecimientos de tipo V son los establecimientos de cultos.



cicio del culto por un motivo no previsto allí; desconocen el art. 9º de los artículos orgánicos de la Convención de 26 *messidor* año IX en cuanto interfieren con la organización del culto, reservada a competencia exclusiva de los ministros del culto; son posibles los acomodamientos dentro del ejercicio del culto para garantizar tanto el libre ejercicio del culto, la libre práctica religiosa y el respeto a las medidas sanitarias; las disposiciones impugnadas desconocen los arts. 9º y 14 de la Convención Europea de protección de los derechos humanos y libertades fundamentales operativizando distinciones fundadas en la religión y la creencia.

### II.1.a. La decisión del juez de *référé*s

El juez de *référé*s (13) recordó que la libertad de culto, que es una libertad fundamental, comporta igualmente, entre sus componentes esenciales, el derecho de participar colectivamente de las ceremonias, en particular dentro de los lugares de culto. Debe, sin embargo, ser reconciliado con el objetivo, de valor constitucional, de protección de la salud (14).

En la orden, el juez notó que son posibles medidas de supervisión menos estrictas que la prohibición de todas las reuniones en lugar de culto

(13) Para una conceptualización de *référé* puede verse: BEM, Anthony (2018), “Les conditions et les effets de la procédure de *référé*”. Disponible en: <https://www.legavox.fr/blog/maitre-anthony-bem/conditions-effets-procedure-refere-2457.htm> (último acceso: 10/06/2020); LE BOT, Olivier (2007), “La protection des libertés fondamentales par la procédure du *référé-liberté*”, Fondation Varenne, Clermont-Ferrand, Aix-en-Provence, tesis doctoral. Disponible en: <https://hal.archives-ouvertes.fr/tel-01704108/document> (último acceso: 10/06/2020). TAJTI, Tibor — IGLIKOWSKI, Peter (2018), “A Cross Border Study of Freezing Orders and Provisional Measures”, Cham, Switzerland: Springer, ps. 9-10. El mismo permite ordenar medidas provisionales para hacer cesar un agravio a un derecho o un gravamen manifiestamente ilícito.

(14) Ap. 11: “La liberté du culte présente le caractère d’une liberté fondamentale. Telle qu’elle est régie par la loi, cette liberté ne se limite pas au droit de tout individu d’exprimer les convictions religieuses de son choix dans le respect de l’ordre public. Elle comporté également, parmi ses composantes essentielles, le droit de participer collectivement, sous la même réserve, à des cérémonies, en particulier dans les lieux de culte. La liberté du culte doit, cependant, être conciliée avec l’objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé”.

bajo el decreto del 11/05/2020, particularmente dada la tolerancia de reuniones de menos de 10 personas en otros lugares abiertos al público en el mismo decreto. Por ende, consideró que la prohibición general y absoluta, presenta un carácter “desproporcionado” con relación al objetivo de preservación de la salud pública y constituye, en consecuencia, a la luz del carácter esencial de ese componente de la libertad de culto, un atentado grave y manifiestamente ilegal sobre esta última (15).

En consecuencia, ordenó al primer ministro que modifique, en el plazo de ocho días, el decreto del 11/05/2020, adoptando medidas estrictamente proporcionadas a los riesgos sanitarios incurridos y apropiadas a las circunstancias de tiempo y lugar aplicables al *debut* del “desconfinamiento”, para enmarcar los *rassemblements* y *réunions* —asambleas y reuniones en el lenguaje constitucional, entiendo— dentro de los establecimientos de culto (16).

### II.1.b. Aspectos destacables

Puede destacarse, a partir de lo ordenado por el juez de *référé*s y en el marco de análisis de la medida de policía administrativa y la preservación de las libertades públicas, la fundamentación en

(15) Ap. 25: “Dans ces conditions, les requérants sont fondés à soutenir, sans qu’il soit besoin de se prononcer sur leurs autres moyens, que l’interdiction générale et absolue imposée par le III de l’article 10 du décret contesté, de tout rassemblement ou réunion dans les établissements de culte, sous la seule réserve des cérémonies funéraires pour lesquels la présence de vingt personnes est admise, présente, en l’état de l’instruction, alors que des mesures d’encadrement moins strictes sont possibles, notamment au regard de la tolérance des rassemblements de moins de 10 personnes dans les lieux publics, un caractère disproportionné au regard de l’objectif de préservation de la santé publique et constitue ainsi, eu égard au caractère essentiel de cette composante de la liberté de culte, une atteinte grave et manifestement illégale à cette dernière”.

(16) “Art. 3º: Il est enjoint au Premier ministre de modifier, dans un délai de huit jours à compter de la notification de la présente ordonnance, en application de l’article L. 3131-15 du code de la santé publique, les dispositions du III de l’article 10 du décret 2020-548 du 11 mai 2020, en prenant les mesures strictement proportionnées aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu applicables en ce début de “déconfinement” ; pour encadrer les rassemblements et réunions dans les établissements de culte”.

el principio de proporcionalidad en tanto aplicado a la evaluación de la restricción. Se trata de una proporcionalidad en cuya evaluación —a la luz del decisorio— incide la confrontación con aspectos concretos, cuantificables, de otras restricciones imperantes al tiempo de vigencia de la prohibición impugnada y que apunta a detectar la resultante proporción o desproporción con el objetivo de preservar la salud pública. La verificación de esa proporcionalidad excluye aspectos de oportunidad, y se percibe como una proporcionalidad estricta (17). Por medio de su utilización se concluyó en la “desproporción” de la interdicción dispuesta durante el desconfinamiento.

También sobresale la imposición del breve plazo de ocho días para la modificación ordenada y ello se condice con la amplitud de efectos de la reglamentación impugnada, que comprende a todos los lugares de culto de todos los cultos (iglesias, sinagogas, mezquitas, entre otras), sin perjuicio de que, en el seno de cada uno, se han ido adoptando actitudes de prudencia respecto de las regulaciones en el marco de la situación de emergencia generada por la pandemia.

Por último, desde el punto de vista del lenguaje, en la orden se alude a asambleas y reuniones, que es tal vez la expresión más genérica para abarcar las diferentes celebraciones (misas, servicios, etc.) con coincidencia de pluralidad de personas en un mismo lugar de culto, más allá de las misas propias de la religión católica. Ello es indicativo de los efectos de la decisión, que atraviesa los distintos cultos que se hallaban sometidos a la restricción, independientemente de que las asociaciones peticionantes fueran cristianas.

## II.2. Decisión de la Corte Suprema estadounidense

Los antecedentes del caso fallado por la Corte Suprema estadounidense también se hallan

(17) Puede recordarse que el Consejo de Estado jamás revisa los aspectos de oportunidad; ampliar en DEB-BASCH, Charles (1998), “Institutions et droit administratifs”, Presses Universitaires de France, París, 4ª ed. refondu, t. 2, p. 133. Acerca de la proporcionalidad estricta, como “consiste en establecer si la medida guarda una relación razonable con el fin que se procura alcanzar”, se sigue CIANCIARDO, Juan (2003), “El subprincipio de necesidad y el control constitucional de razonabilidad”, ED 185, ps. 898-913.

inmersos en la crisis del COVID-19 y sus efectos sobre la salud (18). Cabe apuntar que, pocos días antes del decisorio, el presidente Trump había instado a los gobernadores a reabrir los lugares de culto, caracterizando a estos como “servicio esencial”. Pero el gobernador de California adoptó un parecer diverso ante el COVID-19.

El estado de California, en el marco de las reglamentaciones sobre pandemia y servicios religiosos, procedió a limitar la concurrencia a estos fijando un doble tope: 25% de la capacidad edilicia o 100 personas presentes, cualquiera fuere el que resultare menor. De este modo, se fijó, arbitrariamente, un doble *cap* a la asistencia, concurrencia o participación física, presencial, a esos servicios. A la época en que el caso estaba radicado ante la Corte Suprema, solo dos actividades se hallaban sujetas a un tope: los comercios minoristas (con tope del 50%) y los lugares de culto (con el tope impugnado del 25%); en cambio, las oficinas, fábricas, lugares donde se envasan los alimentos, museos y demás sectores no se hallaban sujetos a tope alguno (19).

La South Bay United Pentecostal Church o SBUPC —la Iglesia Unida Pentecostal de South Bay— está ubicada en Chula Vista, California; y sus servicios normalmente reúnen entre 200 y 300 personas en un ámbito físico que cuenta con 600 asientos (20). La citada iglesia pentecostal solicitó una medida cautelar tendiente a la suspensión de la aplicación del tope del 25% de ocupación en los servicios religiosos (21). La clara cuestión constitucional anidaba en que ese tope se fijaba sobre esa clase de servicios, pero

(18) Se trata de “South Bay United Pentecostal Church, et al. vs. Gavin Newsom, Governor of California, et al., on application for injunctive relief”, 29/05/2020; 590 U.S. (2020). Disponible en: [https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/19a1044\\_pok0.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/19a1044_pok0.pdf) (último acceso: 09/06/2020).

(19) *Idem* nro. 17.

(20) “Supplemental Brief in Support of Emergency Application for Writ of Injunction Relief Requested by Sunday”, 31/05/2020, p. 2. Disponible en: [https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/19/19A1044/144227/20200526154016842\\_Supplemental%20Brief%20iso%20Emergency%20Application.pdf](https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/19/19A1044/144227/20200526154016842_Supplemental%20Brief%20iso%20Emergency%20Application.pdf) (último acceso: 08/06/2020).

(21) Ello surge de la disidencia, párr.4º.

no respecto de otras ocupaciones o negocios seculares “comparables”.

La solicitud de medida cautelar fue denegada por una ajustada mayoría (*Justices* Roberts, Ginsburg, Breyer, Kagan y Sotomayor), que se impuso sobre la minoría que propició el otorgamiento de la medida (*Justices* Thomas, Alito, Gorsuch y Kavanaugh).

Por la mayoría se produjo solo un voto concurrente fundado muy breve (redactado por Roberts, presumiblemente después de haberse producido la disidencia de Kavanaugh). Y por la disidencia se produjo un solo voto disidente fundado (redactado por Kavanaugh, al cual adhirieron solo dos jueces: Thomas y Gorsuch).

#### II.2.a. Voto del *Justice* Roberts

El voto concurrente Roberts comenzó recordando que el tipo de medida cautelar solicitada (*injunction*) requiere mayor justificación e involucra el ejercicio de una potestad empleada cuando los derechos en cuestión son “indiscutiblemente claros” e incluso en esos supuestos, muy de tanto en tanto y solo en las circunstancias más críticas y exigentes. Y a los fines de fundar la improbabilidad de que haya habido una “clara inconstitucionalidad” acudió a argumentos de (i) comparabilidad, (ii) opinabilidad, (iii) deferencia por el órgano especializado sumada a elección por votación y responsabilidad (*accountability*), y (iv) carácter interlocutorio del planteo.

De tal modo, razonó en el sentido de que: (i) se aplican restricciones similares o más severas en reuniones seculares “comparables” (conferencias, conciertos, exhibición de películas, deportes con espectadores y obras de teatro, donde los espectadores se reúnen en forma muy próxima por largos lapsos de tiempo), y se exceptúan o se tratan en forma más leve solo actividades “diferentes” (almacenes, bancos y lavaderos automáticos, en actividad, en los que la gente ni se congrega en grandes grupos ni permanece en forma muy próxima por largos lapsos de tiempo); (ii) la cuestión de cuándo deberían ser levantadas las restricciones durante la pandemia es un asunto dinámico y fácticamente intenso sujeto a “razonable desacuerdo”; (iii) la Constitución, en lo principal, atribuye la seguridad

y salud de la gente a los funcionarios estaduales políticamente responsables y cuando ellos asumen actuar en áreas plagadas de incertezas médicas y científicas, su latitud tiene que ser especialmente amplia; mientras no se sobrepasen esos límites, no deberían estar sujetos a tanteos por parte de una rama judicial federal no elegida por votación (*unelected*), carente de los antecedentes, habilidades y conocimiento especializado para evaluar la salud pública, y que no responde ante el pueblo; (iv) ello es más cierto cuando la protección cautelar de emergencia se intenta desde una postura interlocutoria mientras los funcionarios locales están, en la tierra, modelando activamente su reacción ante los cambiantes hechos.

#### II.2.b. Disidencia del *Justice* Kavanaugh

En cambio, la disidencia de Kavanaugh reparó en que la iglesia peticionante solo quiere ser tratada en términos de igualdad respecto de los comercios seculares comparables. En la disidencia se acudió a dos series de argumentos: (i) la comparación y discriminación resultante; (ii) la no acreditación, por el Estado, del interés imperativo que justificaba la medida.

Específicamente, la disidencia reparó en que hay negocios seculares “comparables” exceptuados del tope del 25%; la religión no puede constituir base para la clasificación a efectos de deberes, sanciones, privilegios o beneficios, y la discriminación en contra de la religión está reñida con la Constitución, violándose la Primera Enmienda. En punto a las exigencias probatorias, señaló que la discriminación tiene que estar justificada por un “interés estatal imperativo” ajustado a la promoción de ese interés, y la carga de la prueba de ese interés estatal imperativo pesa sobre el Estado; las restricciones inexplicablemente aplicadas a un grupo y no a otros poco ayudan a cumplir los objetivos y mucho pesan como carga sobre la libertad religiosa; lo que el Estado necesita es una justificación imperativa a efectos de distinguir entre servicios de culto religioso y una letanía de otros negocios seculares que no están sujetos al tope de ocupación, y California no ha demostrado tal justificación.

A mayor abundamiento, en la disidencia se mencionó el argumento de que el Estado asume lo peor cuando la gente va al culto, pero asume



lo mejor cuando la gente va a trabajar o desarrolla el resto de su vida diaria en ámbitos sociales permitidos. Y se agregó que hay pluralidad de medidas que podrían adoptarse sin discriminar en contra de la religión; no se puede ser más permisivo con los supermercados, restaurantes, fábricas y oficinas al tiempo que se imponen recaudos más estrictos en los lugares de culto; el Estado tiene espacio para fijar límites especialmente en la emergencia, pero con la restricción clave de no poder discriminar en contra de una religión; en suma, el tope del 25% a la ocupación en servicios de culto religioso indiscutiblemente discrimina contra la religión y la Iglesia peticionante sufrirá un gravamen irreparable originado en no poder celebrar servicios el Domingo de Pentecostés en una forma comparable con la forma en que conducen sus actividades los negocios seculares y las personas.

### II.2.c. Aspectos particulares: comparabilidad

El hilo conductor, entre el voto del *Justice Roberts* y la disidencia del *Justice Kavanaugh* radica, en lo principal, en la “comparabilidad”, v.g., en la cualidad de ser pasible de comparación. Roberts comparó el *cap* del 25% aplicado a la Iglesia Pentecostal con (i) reuniones propias de conferencias, conciertos, exhibiciones cinematográficas, deportes con espectadores y obras de teatro, sujetas a restricciones similares o más severas, y (ii) actividades sujetas a restricciones más leves o directamente exceptuadas, como almacenes, bancos y lavaderos automáticos (22). En cambio, Kavanaugh comparó ese *cap* con (i) la inexistencia de *cap* o tope de ocupación respecto de fábricas, oficinas, supermercados, restaurantes, comercios minoristas, farmacias, paseos de compras, veterinarias, librerías, floristas, peluquerías y locales de venta de *cannabis*. La diversidad de enfoques radica, entiendo, en el “horizonte” de comparación (23).

(22) Párr. 6°.

(23) Ello conduce a apreciar la construcción de las categorías de actividades no ya hacia adentro, sino hacia fuera, en el sentido sobre el cual enseña GELLI, “Constitución de la Nación argentina comentada y concordada”, Ed. Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires, 5ª ed. ampliada y actualizada, t. 1, ps. 572-573. Ello permite centrar la mirada en el criterio de diferenciación de la categoría (de actividad) misma: ¿qué fundamenta, así prohibir

En el voto del *Justice Roberts* confluyen diversos horizontes de comparación pues no hay un *benchmark* o mojón único: la muestra a efectos de las comparaciones (enumeradas en el párrafo precedente bajo [i] y [ii]) no se presentan como homogéneas con lo que no hay un marco de referencia único. Ello pues se advierte que dicho voto toma en cuenta actividades sujetas a mayores, menores o ninguna restricción, con menos o más concurrentes o tal vez ninguno, en lugares abiertos, semiabiertos o cerrados, lugares donde los concurrentes permanecen sentados o permanecen de pie o cambiando de tanto en tanto de postura, eventos de mayor o menor duración horaria, etcétera.

El enfoque adoptado en este voto posee la virtualidad de dificultar, si no impedir, la comparación pues no se está ante una, sino antes múltiples variables de comparación o múltiples marcos de referencia no explicitados (24).

En cambio, el *Justice Kavanaugh* devela un horizonte de comparación de tinte binario: actividades sujetas a tope ocupacional, y actividades libres de ese tope. De este modo, compara la situación de la iglesia peticionante, sujeta al *cap* del 25%, en tanto contrastada con actividades no sujetas a tope ocupacional alguno, y remarca la ausencia de justificación de aquella limitación dispuesta por California, que aqueja a esa iglesia.

### II.2.d. Aspectos particulares: federalismo

En el voto del juez Roberts, no se llega a ahondar en los detalles de la comparabilidad; antes bien, se introduce, en la línea argumentativa —y entre otros fundamentos, que incluyen el célebre caso de las vacunas (25)— la cita de *San Anto*—

asistir por treinta minutos a una celebración religiosa, y permitir libremente estar treinta minutos efectuando compras dentro de una farmacia o supermercado o esperando que concluya el lavado y centrifugado de la ropa en el lavadero común de un edificio de departamentos?, me pregunto.

(24) Puede ampliarse en: WALK, Kerry (1998), “How to Write a Comparative Analysis”, Writing Center at Harvard University. Disponible en: <https://writingcenter.fas.harvard.edu/pages/how-write-comparative-analysis> (último acceso: 10/06/2020).

(25) “Jacobson vs. Massachusetts”, 197 U.S. 11 (1905).

nio (26), que es un importante fallo que inició la actual corriente jurisprudencial sobre federalismo, superadora de la etapa anterior, liderada por *Usery* (27).

En *García* se discutía la aplicabilidad, a nivel estadual, de una ley sancionada por el Congreso federal (28) y es un fallo que derogó *Usery* por resultar impracticables sus criterios. Fue en *García* que el *Justice* Blackmun afirmó que no son los tribunales sino el proceso político el que debería ser responsable por el mantenimiento de los principios del federalismo. Ello resulta lógico, en especial si se considera la representación de cada uno de los estados mediante los senadores y del pueblo mediante los diputados en el seno del Congreso nacional.

Sentado ello, se advierte que la cita de *García*, en el voto del *Justice* Roberts, es breve, densa e inexplicable. Su introducción involucra varios capítulos del Derecho constitucional y administrativo: (i) la no elección por votación de los jueces de la rama judicial federal de gobierno; (ii) la ausencia de responsabilidad o *accountability* de esos jueces ante el pueblo; (iii) la amplitud de los bordes de la competencia de los funcionarios; (iv) la irrevisibilidad judicial cuando no se exceden esos límites; (v) los antecedentes, habilidades y conocimiento especializado de esos funcionarios para decisiones de salud pública. Pero *García* versaba sobre la actitud interpretativa de los jueces de la Corte Suprema en el análisis de una ley sancionada por el Congreso federal, y allí pesaba una actitud de autorrestricción judicial del máximo Tribunal ante la autonomía de cada estado. En cambio, en el caso de la Iglesia Pentecostal se estaba ante el análisis de las restricciones impuestas por el gobernador demandado, de signo político opuesto al del Presidente de Estados Unidos.

(26) “*García vs. San Antonio Metropolitan Transit Authority*”, 469 U.S. 528 (1985).

(27) “*National League of Cities vs. Usery*”, 426 U.S. 833 (1976).

(28) “Where those broad limits are not exceeded, they should not be subject to second-guessing by an ‘unelected federal judiciary’, which lacks the background, competence, and expertise to assess public health and is not accountable to the people. See ‘*García vs. San Antonio Metropolitan Transit Authority*’, 469 U. S. 528, 545 (1985)”.

Así las cosas, de la pluma del *Justice* Roberts y mediante esa interpolación parece advertirse una doctrina de deferencia de la Corte Suprema hacia las decisiones de los gobiernos locales estaduales o, en síntesis, una suerte de doctrina de la deferencia “federal” (29) hacia la decisión del poder administrador local estadual. En virtud de ella, el poder político estadual puede fijar parcelas de actividades con sus respectivas restricciones (o sin restricciones) sin que sea necesario (por deferencia federal, diríamos) ahondar en los múltiples detalles que vimos en el acápite precedente, sobre comparabilidad. A todo evento, tal solución armoniza con el mercado federalismo estadounidense, que no es comparable al argentino dadas las asimetrías ya conocidas sobre dictado de códigos de fondo, régimen tributario y coparticipación, entre otros aspectos relevantes (30).

(29) Esta suerte de deferencia expresada en el voto del *Justice* Roberts tiene que ser diferenciada de la doctrina de la Corte Suprema estadounidense consagrada en “*Chevron, USA, Inc. v/ NRDC*”, 467 US 837 (1984), sobre la cual puede ampliarse en: *García de Enterría, Eduardo* (1998) “Sobre la doctrina norteamericana de la deferencia judicial hacia el ejecutivo”, en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), “Derecho Administrativo. Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff”, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, ps. 1271-1295; BIANCHI, Alberto B. (2009), “El control judicial bajo la doctrina de la deferencia”, en AA.VV., *Control de la Administración Pública: administrativo, legislativo y judicial*, Ed. Rap, Buenos Aires, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, ps. 583-634; PÉREZ ALONSO, Jorge (2011), “¿El ocaso de Chevron? Auge y fracaso de la doctrina de la deferencia judicial hacia el ejecutivo”, *Revista de Administración Pública*, vol. 184, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, ps. 325-348; ORTIZ, Daniel R. — AZZARRI, Juan Cruz (2012), “Doctrina Chevron: su significado en el derecho estadounidense y su aplicabilidad en la Argentina”, *El Derecho - Administrativo*, vol. 2012, Ed. Universitas, Buenos Aires, ps. 479-487; CASSAGNE, Juan Carlos (2016), “El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa”, Ed. BdF, Montevideo, 2ª ed. actualizada, ps. 273-274.

(30) Así, se ha señalado que, en nuestro país, “los Gobernadores en general responden a las directivas políticas del Presidente en detrimento de los intereses y poderes provinciales”, conf. HERNÁNDEZ, Antonio M. (2015), “20 propuestas para fortalecer el federalismo argentino”, *Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas* (separata), Buenos Aires, p. 10. Disponible en: <https://www.ancmip.org.ar/user/FILES/Hernández-D-15.pdf> (último acceso: 10/06/2020).

### III. Algunas reflexiones

#### III.1. Una visión desde “*Carolene Products*”

Al leer las dos decisiones que motivan estas, resulta inevitable traer a colación el precedente de la Corte Suprema estadounidense “*Carolene Products*” (31), con su célebre nota al pie 4, que expresa:

“Puede haber un margen más restringido para el funcionamiento de la presunción de constitucionalidad de una ley cuando la legislación parece caer, en forma patente, dentro de una prohibición constitucional, como las de las diez primeras enmiendas, que se consideran igualmente específicas cuando se sostiene que quedan incluidas en la Enmienda XIV [...]” (32).

“No es necesario examinar, en este momento, si la legislación que restringe aquellos procesos políticos de los que normalmente se espera que traigan aparejada la derogación de legislación indeseable, tiene que ser sometida a un escrutinio judicial más estricto de conformidad con las prohibiciones generales de la Enmienda XIV que aquel al que está sometida la mayoría de los otros tipos de legislación. En materia de restric-

(31) “*United States vs. Carolene Products Co.*,” 304 U.S. 144 (1938). En el mismo se discutía la constitucionalidad de la ley federal sobre filled milk o leche compensada de 1923, la cual prohibía el tráfico interestadual de leche desnatada combinada con cualquier grasa o aceite que no fuera grasa láctea tal que semejara leche o crema. La sección 62 de esa ley declaraba que la leche compensada era un alimento adulterado, dañoso hacia la salud pública, y su venta constituía un engaño o defraudación hacia el público. La compañía *Carolene Products* fue denunciada por comercio interestadual de *Milnut*, una leche desnatada combinada con aceite de coco para semejar leche entera o crema. La empresa argüía que el gobierno federal carecía de competencia para el dictado de esa ley tanto bajo la cláusula del comercio como bajo la cláusula del debido proceso o Enmienda V. La Corte Suprema estadounidense, con opinión redactada por el Justice Harlan Fiske Stone, falló a favor de la constitucionalidad de la ley.

(32) “There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten amendments, which are deemed equally specific when held to be embraced within the Fourteenth. See ‘*Stromberg vs. California*,’ 283 U.S. 359, 283 U.S. 369-370; ‘*Lovell vs. Griffin*,’ 303 U.S. 444, 303 U.S. 452”.

ciones al derecho de voto, ver [...]; en materia de restricciones a la diseminación de información [...]; en materia de interferencias con las organizaciones políticas, ver [...]; en cuanto a prohibición de asambleas pacíficas, ver [...]” (33).

“Tampoco es necesario que examinemos si consideraciones similares influyen en la revisión de leyes dirigidas a, en particular, minorías religiosas [...], o nacionales [...], o raciales [...]; si el perjuicio contra las minorías discretas e insulares puede ser una condición especial, que tiende seriamente a restringir el funcionamiento de aquellos procesos políticos en los que regularmente se confía para la protección de las minorías, y que pueden, en consecuencia, reclamar una supervisión judicial más inquisitiva [...]” (34).

¿Qué dice, a efectos del presente, la célebre cuarta nota al pie de página de “*Carolene Products*,” fallo con el cual la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina se halla familiariza-

(33) “It is unnecessary to consider now whether legislation which restricts those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation is to be subjected to more exacting judicial scrutiny under the general prohibitions of the Fourteenth Amendment than are most other types of legislation. On restrictions upon the right to vote, see ‘*Nixon vs. Herndon*,’ 273 U.S. 536; ‘*Nixon vs. Condon*,’ 286 U.S. 73; on restraints upon the dissemination of information, see ‘*Near vs. Minnesota ex rel. Olson*,’ 283 U.S. 697, 283 U.S. 713-714, 283 U.S. 718-720, 283 U.S. 722; ‘*Grosjean vs. American Press Co.*,’ 297 U.S. 233; ‘*Lovell vs. Griffin*,’ supra; on interferences with political organizations, see ‘*Stromberg vs. California*,’ supra, 283 U.S. 369; ‘*Fiske vs. Kansas*,’ 274 U.S. 380; ‘*Whitney vs. California*,’ 274 U.S. 357, 274 U.S. 373-378; ‘*Herndon vs. Lowry*,’ 301 U.S. 242, and see HOLMES, J., in ‘*Gitlow vs. New York*,’ 268 U.S. 652, 268 U.S. 673; as to prohibition of peaceable assembly, see ‘*De Jonge vs. Oregon*,’ 299 U.S. 353, 299 U.S. 365”.

(34) “Nor need we enquire whether similar considerations enter into the review of statutes directed at particular religious, ‘*Pierce vs. Society of Sisters*,’ 268 U.S. 510, or national, ‘*Meyer vs. Nebraska*,’ 262 U.S. 390; ‘*Bartels vs. Iowa*,’ 262 U.S. 404; ‘*Farrington vs. Tokushige*,’ 273 U.S. 284, or racial minorities, ‘*Nixon vs. Herndon*,’ supra; ‘*Nixon vs. Condon*,’ supra: whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry. Compare 17 U.S. Maryland, 4 Wheat. 316, 17 U.S. 428; ‘*South Carolina vs. Barnwell Bros.*,’ 303 U.S. 177, 303 U.S. 184, n 2, and cases cited”.



da? (35). A primera vista, vemos en esa nota al pie tres párrafos:

El primer párrafo está centrado en el *Bill of Rights* o declaración de derechos y nos dice cuándo decae la presunción de constitucionalidad. Este establece una línea divisoria: (i) libertades (y consecuentes prohibiciones) comprendidas en las diez primeras enmiendas, y (ii) demás libertades (y consecuentes prohibiciones). A partir de ello, ulteriores estudios han permitido que la doctrina interpretara que se estaban erigiendo dos grupos o universos de libertades: por un lado, las relativas a los derechos individuales, y, por el otro, las libertades económicas. Generadoras, ellas, de diversos grados de escrutinio judicial: más estricto respecto de leyes que hacen a las primeras; menos estricto en el supuesto de leyes que hacen a las segundas. Las restricciones consideradas en las dos decisiones que motivan estas líneas involucran a la libertad religiosa, por

(35) La jurisprudencia de la Corte Suprema argentina ha reparado tanto en el fallo “Carolene Products”, como en sus enseñanzas, en especial la relativa a las clasificaciones sospechosas. Ver “C. H. A.”, CS, Fallos: 314: 1531, del 22/11/1991, donde las categorías discretas e insulares aparecieron en el voto del Dr. Boggiano, consid. 12, primer párrafo, y “Carolene Products” apareció citado en la disidencia del Dr. Fayt, consid. 11. Puede verse jurisprudencia posterior, ejemplificable mediante: “Hooft”, CS, Fallos: 327:5118, del 16/11/2004; “Gottschau”, CS, Fallos: 329:2986, del 08/08/2006; “R., A. D.”, CS, Fallos: 330: 3853, del 04/09/2007, voto de los Dres. Petracchi y Argibay, consid. 11, segundo párrafo; “Mantecón”, Fallos 331:1715, del 12/08/2008; “Partido Nuevo Triunfo”, CS, Fallos: 332: 433, del 17/03/2009, consid. 6º; “Castillo”, CS, Fallos: 340:1795, del 12/12/2017, consid. 18, primer párrafo, in fine; entre otros. Opinable, en cambio, resulta la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina que cita “Carolene Products” en casos de responsabilidad del Estado y ajenos, por ende, a su radio de aplicabilidad: ver “Friar SA c. Estado Nacional - Ministerio de Obras y Servicios Públicos - Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca - SENASA s/ daños y perjuicios”, CS, Fallos: 329: 3966, del 26/09/2006, en el cual, en lugar de citarse “Carolene Products”, tendría que haberse reparado en el antiguo “Mugler vs. Kansas”, 123 U.S. 623 (1887), que fuera posteriormente derogado; aspecto en punto al cual nos permitimos remitir a SACRISTÁN, Estela B. (2013), “Las expropiaciones de fuente regulatoria (‘regulatory takings’). Perspectivas, en especial, en materia de responsabilidad del Estado por acto lícito”, en Juan Carlos CASSAGNE (dir.) Derecho Administrativo. Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica, 85, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, ps. 67-90, esp. ps. 74-75.

lo que estarían alcanzadas por el debilitamiento de la presunción de constitucionalidad.

Los párrafos segundo y tercero inducen a un escrutinio judicial más severo cuando la ley interfiere con los procesos políticos o afecte derechos de minorías discretas e insulares. Ello nos coloca ante un supuesto protector de la democracia, y ante otro supuesto en el que los mecanismos de la democracia no son de confiar. Este último supuesto, contenido en el párrafo tercero, es de profunda relevancia pues involucra leyes, que discriminan en razón de la religión, nacionalidad, raza, etc., y que están inmersas en un medio en el que las minorías resultantes no pueden recurrir a los procesos políticos. Específicamente:

El segundo párrafo se refiere al supuesto de leyes que restringen el proceso político que podría culminar con la derogación de leyes indeseables (tales como las que limitan el derecho a votar, la diseminación de información, interfieren con las organizaciones políticas, prohíben asambleas pacíficas). Serían leyes que limitan o impiden el proceso político. Aquí también se sugiere un escrutinio judicial más severo (*more exacting*). A la luz de estos extremos, restricciones como las que motivan estas líneas serían posibles de ese escrutinio más severo por afectar en forma grave las reuniones y asambleas propias de la celebración (presencial, comunitaria) en el lugar de culto.

El tercer párrafo se refiere a leyes que discriminan contra minorías “discretas e insulares”, esto es, individualizadas y aisladas. Se impondrá un escrutinio judicial más inquisitivo (*more searching*) cuando el perjuicio contra esas minorías, así caracterizadas, debiliten “el funcionamiento de aquellos procesos políticos en los que regularmente se confía para la protección de las minorías, y que pueden, en consecuencia, reclamar una supervisión judicial más inquisitiva”. En otras palabras, se exige un examen más severo de la ley cuando no se puede confiar en el proceso político, como ser, cuando, por ej., esa minoría carece de suficiente presencia o poder para conseguir amparo en el marco del proceso político legislativo. De tal modo, el tercer párrafo presupone: (i) que hay mayorías y minorías a las cuales la ley puede estar dirigida; (ii) que hay, entre estas últimas, minorías caracterizadas por

ser “discretas e insulares” y que no pueden obtener protección por sí mediante el proceso político. Aquí es donde la legislación, el legislador, la ley han “recortado” una porción de la sociedad. En otras palabras, el legislador habrá: (i) determinado o presupuesto un género; (ii) fijado, dentro de ese género, una clase; (iii) considerado que esa clase merece trato específico; (iv) reglado para esa clase (establecido, por ej., una carga sobre ella); (v) convertido a esa clase en “sospechosa”, por lo que la ley será objeto de un escrutinio más elevado en la medida en que haya habido perjuicio. A la luz de los dos casos aquí comentados, puede decirse que el escrutinio judicial más severo tendría que recaer en el análisis de restricciones que afectan en forma clara a los fieles que tienen vedada total o parcialmente (prohibición total de reuniones y asambleas en lugares de culto en Francia; *cap* ocupacional y tope numérico en California) la presencia en celebraciones religiosas comunitarias, los cuales integran una categoría sospechosa en tanto confrontados y contrastados con quienes realizan otras actividades (como ser acudir al supermercado). En suma, la respectiva restricción tiene que ser objeto de una “supervisión judicial más inquisitiva” (36).

En una hipótesis de mínima, y a la luz de “Carolene Products”, los casos que aquí anotamos permiten avizorar la inconstitucionalidad de las restricciones involucradas en aquellos pues involucran la libertad, básica, religiosa.

Sin embargo, podría argüirse que “Carolene Products” no es aplicable en tiempos de emergencia sanitaria. Ahora, puede puntualizarse que tal argumentación se desvanece a poco que se advierte que la emergencia —con todo su despliegue de poder de policía, en este caso, sanitaria— tiene vedado extinguir o eliminar derechos; puede, sí, en todo caso, limitarlos razo-

(36) Resulta de ineludible consulta GELLI, “Constitución de la Nación argentina comentada y concordada”, Ed. Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires, 5ª ed. ampliada y actualizada, t. 1, ps. 572-573, donde, con todo tino, diferencia, a efectos de las pautas de razonabilidad en materia de igualdad, entre la igualdad “hacia adentro” de la categoría involucrada, y la igualdad de cara al “criterio de diferenciación de la categoría misma”, y se explaya sobre la intensidad del control judicial según se esté o no ante una categoría construida sobre un criterio sospechoso.

nablemente bajo las exigencias del art. 28, CN, en vistas del objetivo sanitario previsto. Y esa razonabilidad obliga a tender la mirada hacia otras restricciones vigentes para compararlas y formarse un juicio de proporcionalidad o, al menos, de congruencia o coherencia mínima.

Va de suyo que la concentración de poder en la rama ejecutiva, propia de la urgencia con la que parecen tener que dictarse las medidas —siempre provisionales— durante una emergencia (sanitaria, en la especie) coloca a porciones de la comunidad en un ámbito de la desprotección por parte de los procesos legislativos más democráticos por su carácter colegiado (v.gr., por parte de la actuación de las legislaturas), y esa es, precisamente, la zona que más clama por un mayor escrutinio judicial.

### III.2. El hilo conductor entre las decisiones (37)

Respecto de las dos decisiones aquí reseñadas, el hilo conductor entre las dos decisiones que motivan estas líneas es, en lo constitucional, la afectación a la libertad religiosa, y, en lo metodológico, la comparación con otras actividades restringidas y sus particularidades. El juez *de référés* apela a la comparación y contraste de guarismos, con sustento en la idea de proporcionalidad: si se han permitido reuniones de hasta 10 personas en lugares públicos, no hay razón para imponer una regla más estricta respecto de los lugares dedicados al culto. En cambio, la Corte Suprema estadounidense, por mayoría, acude a la comparabilidad sin reparar en la heterogeneidad de lo que se compara y, con apoyo en una actitud de deferencia hacia la decisión del gobierno estadual, deniega la medida cautelar solicitada.

¿Qué alternativas presentan para la actual situación que se vive en nuestro país, en el caso de los católicos, bajo la veda de celebración de misas presenciales derivada del aislamiento social preventivo y obligatorio?

El *statu quo* existente entre nosotros, en las jurisdicciones sujetas al aislamiento, implica que no se puede celebrar la misa para los católicos,

(37) Agradezco al P. Pedro María Reyes Vizcaíno la valiosa bibliografía que me facilitara a los fines de esta sección.

ni las demás ceremonias presenciales comunitarias propias de otros cultos, en los lugares consagrados al efecto. El aislamiento social entonces es, *prima facie*, aislamiento entre fieles y celebrantes por la veda de celebración de misas. Empero, ello no impide que los sacerdotes celebren la Santa Misa diariamente, sin presencia de los fieles, y lo hacen no por obligación sino en virtud del respeto a la recomendación oportunamente formulada en tal sentido (38).

Por hipótesis, en el marco de aislamiento, un fiel católico podría aspirar a solicitar a un sacerdote que celebre una “misa privada”, en el domicilio donde aquel reside con su familia durante el aislamiento social preventivo, para que participen de ella el solicitante mismo, su familia y e incluso, tal vez, los trabajadores bajo su dependencia en la medida en que transcurran la cuarentena en el domicilio de aquel. Sin embargo, no existe una “misa privada” (39), ni para épocas de normalidad ni de emergencia sanitaria. Ello pues, en rigor, la celebración eucarística tiene que hacerse, en principio, en un “lugar sagrado” (40), con lo que no se la podría celebrar en una residencia particular.

(38) Cabe remitir a todas las fuentes enumeradas en CONGREGACIÓN PARA EL CLERO (2013), “La celebración diaria de la Santa Misa incluso sin la presencia de fieles”, Documentos de la Congregación para el Clero, 12/08/2013, apart. 1º. Disponible en: <http://www.vidasacerdotal.org/index.php/otros-documentos/congr-para-el-clero/516-la-celebracion-diaria-de-la-santa-misa-incluso-sin-la-presencia-de-fieles.html> (último acceso: 10/06/2020).

(39) WEIGEL, George (2020), “Carta abierta a los sacerdotes de la iglesia católica (pastoral de los sacerdotes en tiempo de pandemia)”, Sacerdotes en las encrucijadas de una época, 04/05/2020, traducción de Pablo CERVERA BARRANCO. Disponible en: <http://www.vidasacerdotal.org/index.php/sacerdotes-actuales/sacerdotes-en-las-encrucijadas-de-una-epoca/642-carta-abierta-a-los-sacerdotes-de-la-iglesia-catolica-pastoral-de-los-sacerdotes-en-tiempo-de-pandemia.html> (último acceso: 10/06/2020). CONGREGACIÓN PARA EL CULTO DIVINO Y LA DISCIPLINA DE LOS SACRAMENTOS (s/f), “Redemptionis Sacramentum, Instrucción. Sobre algunas cosas que se deben observar o evitar acerca de la Santísima Eucaristía”, cap. V, § 110. Disponible en: [https://www.vatican.va/roman\\_curia/congregations/ccdds/documents/rc\\_con\\_ccdds\\_doc\\_20040423\\_redemptionis-sacramentum\\_sp.html](https://www.vatican.va/roman_curia/congregations/ccdds/documents/rc_con_ccdds_doc_20040423_redemptionis-sacramentum_sp.html) (último acceso: 10/06/2020).

(40) CONGREGACIÓN PARA EL CULTO DIVINO Y LA DISCIPLINA DE LOS SACRAMENTOS (s/ f), “Redemp-

La excepción a esta regla, que exige la celebración de la misa en “lugar sagrado”, es un supuesto de “necesidad” calificada. En efecto, en la medida en que se trate de una necesidad “que exija otra cosa” (41), podría, por hipótesis concretarse una celebración a ser realizada no en un lugar sagrado sino “en un lugar digno” (42). La decisión respecto de la verificación del supuesto de necesidad del caso se hallará a cargo del Obispo diocesano para su diócesis. De todo ello se infiere que la celebración de la misa, en un domicilio particular, es solo posible en la medida en que se cumplan los recaudos reseñados. Por ende, no está prohibida sino permitida, más sujeta a esos requisitos.

Ahora, si esos recaudos no se verificaren y no se pudiera aplicar el régimen excepcional previsto, y a la luz de las decisiones repasadas antes, podrían postularse diversas alternativas.

### III.2.a. Actividad esencial

Una solución podría transitar la posibilidad de declarar que la celebración de la misa, entre los católicos, y la celebración de las reuniones comunitarias de los demás cultos reconocidos oficialmente, en forma presencial, en los lugares consagrados o habilitados al efecto, constituyen actividad esencial.

Vale la pena recordar antecedentes por los que fue declarada actividad esencial la actividad estatal (43); se consideran esenciales los servicios sanitarios y hospitalarios, la producción y distribución de agua potable, energía eléctrica y gas

tionis Sacramentum, Instrucción. Sobre algunas cosas que se deben observar o evitar acerca de la Santísima Eucaristía”, cap. V, § 108. Disponible en: [https://www.vatican.va/roman\\_curia/congregations/ccdds/documents/rc\\_con\\_ccdds\\_doc\\_20040423\\_redemptionis-sacramentum\\_sp.html](https://www.vatican.va/roman_curia/congregations/ccdds/documents/rc_con_ccdds_doc_20040423_redemptionis-sacramentum_sp.html) (último acceso: 10/06/2020): “La celebración eucarística se ha de hacer en lugar sagrado, a no ser que, en un caso particular, la necesidad exija otra cosa; en este caso, la celebración debe realizarse en un lugar digno”. [Se cita Código de Derecho Canónico, c. 932 § 1; cf. S. Congr. Cutlo Divino, Instr., Liturgicae instaurationes, n. 9: AAS 62 (1970) p. 701]. De la necesidad del caso juzgará, habitualmente, el Obispo diocesano para su diócesis”.

(41) Idem nota 29.

(42) Idem nota 29.

(43) Ley 25.587, de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario, art. 9º.



y el control del tráfico aéreo (44); hay actividades esenciales portuarias (45) y mineras (46); se han considerado en pie de igualdad actividades esenciales y servicios públicos (47); y fue oportunamente declarado esencial el servicio atinente a la salud (48); sin perjuicio de la mención de servicios esenciales en la ley de Programa de Protección al Personal de Salud ante la pandemia de coronavirus COVID-19 (49).

Pero esa declaración de actividad esencial podría abrir demasiado las puertas de los centros de culto, agravando el bien salud pública, que se tiene que proteger en el marco de la pandemia.

En este punto, recordemos que la decisión del juez de *référé*s no implicó ordenar la apertura de los lugares de culto a los fines de las celebraciones presenciales comunitarias. Antes bien, a la luz de la permisión de otras actividades con hasta 10 (diez) presentes, declaró la ilegalidad y ordenó la modificación de la prohibición absoluta por desproporcionada con el fin de salud pública perseguido y violatoria de la libertad religiosa.

### III.2.b. Otras alternativas

Ahora, más allá de la prohibición absoluta y una hipotética restricción ajustada a diez personas presentes durante una celebración en el lugar de culto, puede haber diversos matices.

En la medida en que la decisión general sea del órgano competente (federal), y mientras sea dispuesta por la ley (formal o material), con el menor alcance posible (sin eliminar la libertad religiosa), proporcionales o realmente exigidas por el cuidado de la salud pública, sin poner en conflicto los derechos sino buscando garantizar en la mayor medida posible el goce de cada uno de ellos, y sin discriminar ni directa ni indirectamente,

(44) Ley 25.877 de Régimen Laboral, art. 24.

(45) Ley 24.093 de Actividades Portuarias, art. 23.d).

(46) Ley 22.259, Código de Minería, art. 435, c.4.

(47) Ley 16.986 de Acción de Amparo, art. 2º c).

(48) Ley 22.269, de Obras Sociales, exposición de motivos, consid. 13.

(49) Ley 27.548, arts. 1º, 2º y 7º.

tamente, como enseña Navarro Floria (50), se pueden considerar soluciones, provisionales. Estas podrían permitir que la seguridad sanitaria no aniquile la libertad religiosa en su faz de acciones o actos exteriores, de celebración religiosa, necesariamente presenciales y comunitarios.

Se podría sin más conferir, a la prudencia y discrecionalidad de la autoridad religiosa, la fijación de las condiciones de seguridad sanitaria involucradas en la celebración de la misa presencial y demás reuniones comunitarias presenciales de otros cultos.

Se podría considerar la fijación de recaudos de tope o *cap* ocupacional combinados o no con cantidad máxima de personas presentes; pero esto último, con superación de las falencias que se indicaran en la disidencia del *Justice* Kavanaugh respecto de ese tope: este no debería ser discriminatoriamente exigente, facilitando la concurrencia a una estación de servicio y dificultando en forma incongruente la participación en una misa.

Asimismo, deberían contemplarse diferencias en el ámbito físico, según la celebración sea a puertas cerradas, a puertas abiertas, o al aire libre. Se podría incluir, en el cómputo de la superficie, los metros cuadrados de sacristía y cripta.

En fin, las posibilidades imaginables son infinitas. Y pueden poseer la virtualidad de permitir salirse de la prohibición paralizante, superar la dialéctica conflictivista de la mera confrontación de derechos (salud vs. libertad religiosa en su faz presencial y comunitaria) donde uno aniquila al otro, y —en fin— contribuir a que el “ayuno” (51) o privación religiosa que transitan —además de los sacerdotes y demás ministros de los diversos cultos— los fieles susciten algún viso de atención por parte de los órganos estatales competentes. A estos corresponde brindar una respuesta normativa preventiva pero proporcionada al objetivo sanitario al que se aspira.

(50) NAVARRO FLORIA, Juan G. (2020), “Estado, religión y ley en tiempos de emergencia sanitaria: ¿la libertad religiosa en cuarentena?”, ED 286, 08/04/2020. Agradezco a Alfonso Santiago haberme facilitado este medular estudio.

(51) *Idem* nota 29.

Nota editorial: El presente PDF es parte de los servicios de Thomson Reuters y reemplazará la versión impresa en los plazos dispuestos para el aislamiento social, preventivo y obligatorio establecido por el dec. 297/2020.



www.thomsonreuters.com.ar



**info!**  
**TR**

En todo  
momento  
y lugar



Thomsonreuterslaley



TRLaLey



linkedin.com/  
showcase/thomson-reuters-argentina-legal/



thomsonreuters.com.ar/es/  
soluciones-legales/blog-legal.html



Escanee  
el código  
QR

www.tiendatr.com.ar

CONSULTE Y ADQUIERA TODO NUESTRO CATÁLOGO

CORREO ARGENTINO	
CENTRAL B	
CUENTA N° 10269FI	FRANQUEO A PAGAR



the answer company™  
**THOMSON REUTERS®**

CENTRO DE ATENCIÓN AL CLIENTE:  
**0810-266-4444**