



I. M. L. M. CONTRA GCBA SOBRE AMPARO - OTROS

Buenos Aires, de mayo de 2020.

Y VISTOS; CONSIDERANDO:

I. En el marco de una acción de amparo M. L. M. I., letrado en causa propia, solicitó el dictado de una medida cautelar tendiente a que se ordene al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires eximirlo del uso de elementos de protección “*que cubran nariz, boca y mentón para circular y permanecer en el espacio público, en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires...*”, dispuesto por la resolución n° 17/2020 de la Jefatura de Gabinete de Ministros. Consideró que la medida afecta en su perjuicio derechos y garantías constitucionales previstos en los arts. 33, 43 y ssgtes., C.N.; 10, 11, 12, 13, 14, 15 y ssgtes., C.C.B.A.

Relató que hasta antes de esta pandemia se desempeñaba como abogado, comerciante y profesor de artes marciales, pero que debido a las restricciones establecidas para el desempeño de sus tareas habituales (DNU n° 260/20 y ss.), se vio obligado a buscar otras actividades para poder cumplir sus obligaciones básicas con las empresas prestadoras de servicios públicos y privados, particulares y la alimentación de sus tres hijos. Señaló que, por tanto, actualmente está ayudando a su esposa en el reparto de productos que ella vende a través de una plataforma *on line*, y para ello debe permanecer aproximadamente seis horas al día en la vía pública.

Aseguró que el uso de barbijo y/o tapabocas reduce pronunciadamente su capacidad respiratoria, de manera tal que la imposición de utilizarlo supone una restricción y grave alteración de su libertad respiratoria y el impedimento de desarrollar su capacidad pulmonar. Manifestó que se halla comprobado científicamente que el aire que exhalamos al respirar contiene anhídrido carbónico, por lo que en el único momento

del día que tenía la posibilidad de oxigenar sus pulmones, se lo está envenenando con su propio oxígeno viciado, generándole hipoxia, circunstancia ésta señalada por la OMS, médicos y sociedades médicas, en infinidad de videos de Youtube, portales de instituciones médicas y grandes medios de comunicación, y puntualizó que la Sociedad Argentina de Infectología desaconseja el uso de barbijos.

Por todo ello solicitó que se lo exima de manera urgente del uso del tapaboca y/o barbijo.

A fin de acreditar la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora señaló que la Organización Mundial de la Salud, el Centro de Prevención y Control de Enfermedades de Europa y el de Estados Unidos, la Sociedad Argentina de Infectología y la Sociedad Argentina de Vacunología y Epidemiología desaconsejan el uso de barbijo, y expresó que cualquier persona que lo use en forma prolongada puede constatar la dificultad respiratoria. Sostuvo que ello demuestra que el derecho a respirar con normalidad en la vía pública ha sido coartado por el gobierno.

A fin de acreditar sus dichos acompañó a la causa varios artículos periodísticos publicados en el portal del diario Clarín y en Infobae.

II. El ordenamiento procesal establece que el litigante que tuviera motivo fundado para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho éste pudiera sufrir un perjuicio inminente o irreparable, puede solicitar las medidas urgentes que fueren más aptas, según las circunstancias, para asegurar provisoriamente el cumplimiento de la sentencia. Dispone a su vez que las medidas cautelares son todas aquellas que tienden a garantizar los efectos del proceso; prevé aquellas de contenido positivo, las pretensiones precautorias coincidentes con el objeto sustancial de la acción y la suspensión del acto administrativo impugnado, y autoriza también la petición de medidas que no estén expresamente reguladas (art. 177, CCAyT).

La ley 2145 -reglamentación de los aspectos procesales de la acción de amparo prevista en el art. 14, CCBA- admite el dictado de las medidas precautorias que resultasen necesarias para asegurar los efectos prácticos de la sentencia definitiva, y



para su procedencia exige la acreditación de los siguientes requisitos: (i) verosimilitud del derecho; (ii) peligro en la demora; (iii) no frustración del interés público; y (iv) contracautela (art. 14, ley citada, t.o. ley 6017).

La procedencia de este tipo de tutela judicial -medidas cautelares en general- ha sido reconocida por la doctrina y la jurisprudencia, señalándose que ella tiene por objeto “... dar respuesta a las situaciones que plantea la urgencia” durante el tiempo que insume la tramitación del pleito y hasta que sea posible dictar un pronunciamiento sobre el mérito de la pretensión y la defensa (cfr. Muñoz, Guillermo “Nuevas tendencias en medidas cautelares”, Jornadas Patagónicas de Derecho Procesal; Rubinzal-Culzoni, p.217 y ss).

Por su parte, la doctrina, ha señalado que “*la medida cautelar innovativa es una diligencia precautoria excepcional que tiende a modificar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado (...), ordenando —sin que concurra sentencia firme de mérito— que alguien haga o deje de hacer algo, en sentido contrario al representado por la situación existente*” (Peyrano, Jorge W., Compendio de Reglas Procesales en lo Civil y Comercial, 3ª. ed. Actualizada, Zeus, 1997, pág. 97).

III.1. La resolución conjunta n° 17/MJGGC/20 establece “*el uso obligatorio de elementos de protección que cubran nariz, boca y mentón para ingresar o permanecer en locales comerciales, en dependencias de atención al público o transporte privado cuando haya dos o más personas y para circular y permanecer en el espacio público, en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*” (art. 1); exceptuando “*de la obligación establecida en el artículo 1° las personas que por razones sanitarias no puedan portar tapabocas*”(art. 2).

III.2. Las constancias incorporadas a la causa en esta etapa preliminar del proceso -apreciadas dentro del limitado ámbito de conocimiento y con la provisoriedad que resultan características propias del instituto precautorio- no proporcionan indicios nítidos de que la autoridad administrativa hubiese incurrido en la violación de los derechos y garantías constitucionales invocados por el amparista (pto. I del escrito de inicio), y esta circunstancia impide tener por acreditada la verosimilitud del derecho en la medida suficiente para considerar habilitado el dictado de una medida cautelar como la solicitada.

En efecto, el accionante no ha explicado con detalle –tampoco acreditado- en qué consiste la actividad comercial que llevaría a cabo su esposa, y si para prestarle ayuda efectivamente es necesario que el amparista circule por la vía pública durante aproximadamente seis horas al día, tal como narró en la demanda. Omitió aclarar, asimismo, si para realizar tal actividad debe trasladarse a pie, en transporte público o privado y, en este último supuesto, tampoco mencionó si lo hace solo o acompañado –circunstancias contempladas en la resolución 17/MJGGC/20 para el uso del barbijo casero o tapaboca en espacios público (art. 1º)-. Paralelamente, la sola mención de que el uso de tapaboca podría provocarle hipoxia no permite incluirlo sin más dentro del grupo de personas exceptuadas de portar la mascarilla por razones sanitarias, dado que no acompañó a la causa prueba alguna que acredite tal circunstancia (art. 2º del acto objetado).

Cabe añadir a lo expuesto que la Organización Panamericana de la Salud (OPS) en el sitio www.paho.org/arg/coronavirus brinda, entre otras cosas, información general relacionada con el coronavirus COVID-19. En el apartado denominado “*Preguntas Frecuentes*”, remite a la Organización Mundial de la Salud (OMS), en cuyo sitio (<https://www.who.int/es/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>) dicho organismo indica que “...*está monitoreando y respondiendo continuamente a este brote. Estas preguntas y respuestas se actualizarán a medida que se conozcan más datos sobre la COVID- 19, su modo de propagación y la forma en que está afectando a las personas en todo el mundo*”.



En este sentido, a la pregunta: ***“¿Recomienda la OMS el uso de mascarillas médicas para prevenir la propagación de la COVID- 19?”***, responde: *“Actualmente no hay suficientes pruebas a favor o en contra del uso de mascarillas (médicas o de otro tipo) por personas sanas de la comunidad en general. Sin embargo, la OMS está estudiando activamente los datos científicos acerca del uso de mascarillas, los cuales evolucionan rápidamente, y actualiza continuamente sus orientaciones al respecto (...). Recuerde que las mascarillas no sustituyen otras formas más eficaces de protegerse a sí mismo y a los demás contra la COVID- 19, como lavarse las manos con frecuencia, cubrirse la boca con el codo flexionado o con un pañuelo y mantener una distancia de al menos un metro (3 pies) con los demás. Consulte las medidas de protección básicas contra el nuevo coronavirus para obtener más información. **Siga los consejos de la autoridad sanitaria nacional sobre el uso de mascarillas**”* (el resaltado no está en el original).

Al respecto cabe señalar que el Ministerio de Salud de la Nación ha dicho que *“En una epidemia la información y la evidencia científica disponible cambian rápidamente. Modificar las recomendaciones va en línea con la nueva información disponible y a adaptarnos rápidamente al cambio de la situación epidemiológica. El barbijo casero se utiliza como medida de prevención adicional a las medidas de distanciamiento social e higiene cuando es necesario salir a lugares públicos”*. Aclaró además que el barbijo casero o tapaboca no está recomendado para todo el país sino únicamente *“en zonas con transmisión comunitaria de COVID – 19: la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el Área Metropolitana de Buenos Aires”*, entre otras áreas (cfr. argentina.gob.ar/salud).

El planteo bajo examen se refiere precisamente a la habilitación para transitar en el espacio público de la Ciudad de Buenos Aires; esto es, una actividad y un ámbito

geográfico del territorio nacional donde la mascarilla reviste el carácter de medida de prevención adicional. En este marco, los artículos periodísticos acompañados a la causa y las demás fuentes individualizadas en la demanda no revisten eficacia probatoria suficiente al confrontarlas con las apreciaciones efectuadas por la Organización Mundial de la Salud y, en particular, el Ministerio de Salud de la Nación; en un escenario dinámico y cambiante, tanto por la continuidad de los estudios científicos acerca de este nuevo mal, cuanto por la variación de la situación epidemiológica aquí y en todo el mundo.

IV. La utilización de estos elementos no sería, sencillamente, un mecanismo de protección para quien los lleva puestos, sino ante todo un método de prevención del contagio a terceros, cuestión especialmente relevante en el caso de los portadores asintomáticos. Por tanto, la cuestión no concierne únicamente a los derechos individuales de quien porta el tapaboca, sino que compromete también los derechos individuales de quienes podrían eventualmente ser contagiados por aquél que no lo utiliza debiendo hacerlo, incrementando de tal manera la circulación comunitaria del virus. Desde esta perspectiva, el objeto de debate adquiere dimensión colectiva e ingresa en el plano de la salud pública.

Así pues, la exigencia normativa del uso de esta clase de mascarillas es, indudablemente, una restricción de la libertad impuesta por la autoridad pública, en el intento de alcanzar un fin superior (custodia de otros derechos, individuales y colectivos), en el contexto de una crisis sanitaria ocasionada por una pandemia de escala global. Y hasta el momento no existen en la causa elementos idóneos para probar –aún con el grado de provisoriedad propio del estadio precautorio- que las molestias e incomodidades que ciertamente ello puede ocasionar sean mayores que el daño potencial que eventualmente podría derivar de no hacerlo.

V. La jurisprudencia y la doctrina han sostenido reiteradamente que el peticionante de una medida cautelar no puede quedar relevado de la carga de comprobación del *fumus bonis iuris*, para lo cual deberá arrimar los elementos idóneos



para producir convicción en el órgano judicial acerca de la apariencia de certeza o credibilidad de su postulación (Cám. Ap. Cont. Admin. y Trib., Sala I, *in re* “Stagnaro, José c/ GCBA s/ Impugnación actos administrativos”, EXP 176/0; id., id., “Calabretta, Alejandro Antonio c/ G.C.B.A. y otros s/ Amparo, Exp n° 8311/0; Martínez Botos, Raúl, *Medidas cautelares*, Universidad, Buenos Aires, 1996, pág. 41, y jurisprudencia allí citada); resultado que no se verifica en este caso (cfr. *supra*, consid. III).

Así las cosas, ante la falta de verosimilitud del planteo propuesto a conocimiento de este juzgado resulta innecesario expedirse sobre el peligro en la demora (Cam. Ap. Cont. Admin. y Trib., Sala I, *in re* “Eg3 Red S.A. c/ G.C.B.A. s/ Medida Cautelar”, EXP n° 5467/0; id., id., “Malacalza, Alberto c/ G.C.B.A. s/ Otros procesos incidentales”, EXP n° 5764/1; id., id., “Máxima S.A. AFJP c/ G.C.B.A. s/ Impugnación de actos administrativos”, EXP. n° 9775/0, entre muchos otros precedentes).

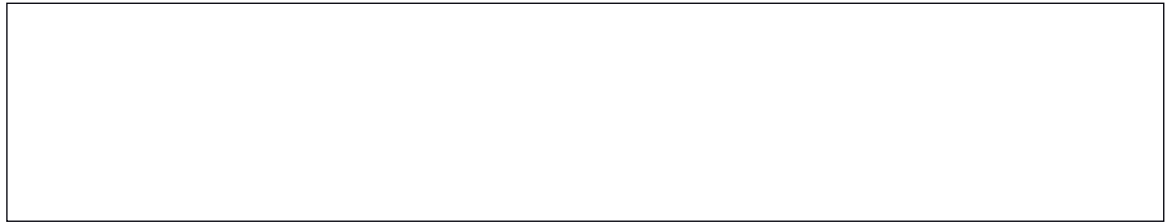
VI Finalmente cabe destacar que, dado que toda decisión en materia precautoria es provisoria, la actual denegatoria no significa abrir juicio sobre la procedencia sustancial de la cuestión de fondo; aspecto cuyo examen deberá abordarse al dictar sentencia definitiva sobre el mérito de la pretensión principal y la defensa, es decir, una vez agotado el debate y recolectada la totalidad de los elementos de convicción que pudieren aportarse durante la sustanciación del trámite.

En mérito a las consideraciones vertidas, textos legales, jurisprudencia y doctrina citados; **RESUELVO**: Desestimar la medida cautelar solicitada. Sin costas.

Regístrese. Notifíquese a la parte en el domicilio electrónico constituido al efecto.



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



iJudicial

FIRMADO DIGITALMENTE 12/05/2020 20:19



Aurelio Luis Ammirato
JUEZ/A
JUZGADO DE 1RA
INSTANCIA EN LO
CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO Y
TRIBUTARIO Nº 10

judicial