

## Sepultura Libertad Religiosa

### JURISPRUDENCIA

### Sepultura. Libertad religiosa

Se hace lugar al el pedido de

exhumación de los restos de una persona de religión judía en virtud del respeto a su condición y a la eterna sepultura de sus ancestros, de acuerdo a los ritos y mandamientos de la religión que profesara el difunto.

CIUDAD

AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, 20 DE AGOSTO DE 2015. VISTO el expediente del epígrafe, llegado a despacho a los fines de resolver lo peticionado en autos, y CONSIDERANDO: I.- Que G. I. R. W. a través de su letrado apoderado, Dr. A. A. (T° 35 F° 969 CPACF), inicia la presente acción de amparo a fin de ?solicitar la pertinente autorización judicial para que con la mayor celeridad las autoridades del Cementerio de Chacarita permitan la exhumación del cadáver de A. H.?, su madre, ?a los efectos de trasladar sus restos al Cementerio de AMIA (Asociación Mutual Israelita de la Argentina)? (cfme. fs. 1). Afirma que la Sra. H. falleció en esta Ciudad de Buenos Aires el día 23 de febrero de 2012, viuda y sin familiares directos en el país, ya que tanto ella como la otra hija de la fenecida viven actualmente en el Estado de Israel. Comenta que fue sepultada gracias a la actividad desplegada por la Sra. M. E. F. G., quien de acuerdo a su legal saber y entender efectuó los trámites correspondientes en el cementerio de Chacarita, encontrándose su tumba en la Sección ..., Manzana ..., Tablón ..., Sepultura ... de la referida necrópolis. Ello, a pesar del conocimiento público de su condición de persona perteneciente al pueblo judío. Señala que al tomar conocimiento de tal situación, ?sumamente grave y perjudicial para quienes profesan o profesaron en vida la religión judía?, procuraron ayuda ?mediante contactos con distintas personas e instituciones de esta comunidad, entre ellas la AMIA, para trasladar sus restos a una sepultura que cumpla con la ley, la tradición y el rito judío? (v. fs. 1 vta.). Informa que realizaron gestiones ante las autoridades del cementerio, quienes les comunicaron que no correspondía peticionar nada allí por no haber transcurrido cuatro años desde el fallecimiento, no pudiéndose proceder a la exhumación del cadáver sin autorización judicial. Agrega que ello le genera una tremenda aflicción, pues de acuerdo a las profundas convicciones espirituales de su madre, ella no podrá descansar en paz sino luego de recibir la inhumación tal como la prescriben los códigos y principios judaicos, en un cementerio comunitario. A los fines probatorios, acompaña una nota del rabino Daniel Oppenheimer recomendando el traslado peticionado. Destaca que el derecho vigente, tanto en el nivel local como en el llamado ?bloque de constitucionalidad? respalda lo peticionado por el peso que tiene el principio de la libertad religiosa, y que asimismo, ello corresponde si se invoca ?la fecunda y pacífica convivencia que a lo largo de más de un siglo han mantenido los judíos argentinos en esta tierra de tolerancia y respeto?. Agrega que A. H. vivió como judía y merece, ella y sus deudos que ahora lo reclaman, el respeto a su condición y a la eterna sepultura de sus ancestros, de acuerdo a los ritos y mandamientos de la milenaria religión que profesara. Hace saber que todos los gastos que demande la ejecución de lo solicitado correrán por su cuenta de manera exclusiva, incluidas las medidas y precauciones sanitarias que la autoridad administrativa determine como pertinentes para evitar cualquier riesgo a la higiene o a la salud pública, así como el traslado de los restos, el pago de aranceles o retribuciones a personal involucrado, entre otras erogaciones que pudieren existir. Por otro lado, adjunta el consentimiento de la Sra. M. E. F. G., quien figura como titular de la sepultura. Al invocar el derecho en que funda su pretensión, hace referencia a la Ordenanza N° 27590/MCBA/1973, y al art. 3° del Decreto N° 17559/MCBA/1951 que faculta a la autoridad judicial competente a ordenar exhumaciones bajo condiciones que garanticen la salubridad e higiene públicas. También destaca el art. 57 de la Ordenanza antedicha que estipula casos de excepción a la prohibición de inhumar, exhumar, reducir, incinerar, remover o trasladar sepulcros, mediante orden de autoridad judicial competente. En tal sentido, hace referencia nuevamente a la libertad religiosa, que entiende tiene un status especial en nuestro sistema jurídico, muy superior al asignado a las medidas de prevención para la salubridad e higiene que razonablemente debe mantener un camposanto. Cita normativa y menciona jurisprudencia del Fuero aplicable al caso. En el punto VIII de su escrito inicial, a los efectos de evitar la prolongación en el tiempo del daño a los derechos constitucionales afectados, peticiona el dictado de una medida ?cautelar autosatisfactoria? que ordene al Director de Cementerios del GCBA que en el plazo más breve posible proceda a facilitar el ingreso del personal necesario para exhumar y retirar el cadáver de la Sra. A. H. y/o ponga a disposición los elementos necesarios para llevar a cabo dicha operación, con los debidos recaudos para el cuidado de la salud e higiene públicas. II.- Otorgada la pertinente vista fiscal, y producido el dictamen correspondiente, a fs. 21 se convoca a las partes a una audiencia para el día 25 de febrero de 2015, cursando notificación a la demandada con copia íntegra de la presentación (fs. 22). III.- A fs. 24 y vta. se encuentra glosada el acta de audiencia, a la que asistieron el letrado apoderado de la parte actora, el abogado de la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires Dr. Marcelo Wajnszyl y por la Dirección General de Cementerios, la Dra. María Silvina Rumachella. En dicha oportunidad, las partes intercambiaron pareceres acerca del objeto de la acción y la representante de la Dirección General de

Cementerios señaló la vigencia de la Ley N° 4977, de mayo de 2014, aún no reglamentada, aclarando que los parámetros de higiene mortuoria no se han visto modificados por su sanción. Agrega que el accionar de la Dirección se ve constreñido por las disposiciones legalmente vigentes, más específicamente el art. 36 de la Ley N° 4977, por lo que se hallarían impedidos en esa instancia de hacer lugar a lo requerido. Sin perjuicio de ello, de común acuerdo, suspenden el trámite de la causa por el término de veinte (20) días.

IV.- Con posterioridad, la accionada acompaña dictamen emitido por la Procuración General de la Ciudad donde, básicamente, se reiteran los mismos conceptos vertidos en la audiencia celebrada, recalcando que el artículo 36 de la Ley N° 4977 prohíbe la exhumación de cadáveres que no se encuentren totalmente reducidos, salvo disposición emanada de autoridad judicial competente, detallando los recaudos que deben tomarse en caso de orden de exhumación. Destaca inclusive la relevancia del derecho a la libertad de culto de la actora y cita para ello jurisprudencia del Fuero (fs. 28/31). V.- Ante el traslado oportunamente conferido, la accionante subraya que ¿la Procuración no encuentra hechos controvertidos, avalando el relato fáctico presentado por mi parte. Tampoco discute en absoluto la procedencia formal de la vía del amparo ni la oportunidad de la medida cautelar. Además, reconoce implícitamente la relevancia del derecho a la práctica del culto de mi representada y la jerarquía de la libertad religiosa en el asunto? (v. fs. 36). Por otro lado, pone de manifiesto que a su entender debe discutirse acerca del régimen jurídico aplicable al caso, ya que la Sra. H. fue inhumada bajo las regulaciones del anterior sistema, esto es, la Ordenanza N° 27590/MCBA/1973 y el Decreto N° 17559/MCBA/1951, entre otros. No como erróneamente -según considera- hace la Procuración General al hacer referencia a la Ley N° 4977. Termina su presentación concluyendo que ¿en lo fundamental de todo su desarrollo y en su conclusión, la PG no se opone a la petición de mi parte?. VI.- A fs. 37 se otorga vista al Ministerio Público Fiscal a fin de que se expida sobre la cuestión sometida a análisis. Producido el dictamen de fs. 40 se requiere a la actora que acompañe original o copia debidamente certificada del título sobre la sepultura de la Sra. H., donde conste fecha de inhumación y ubicación exacta del lugar donde se encuentra enterrada (fs. 41), que es cumplimentado a fs. 43/44. VII.- A fs. 45 y en atención a que la pretensión deducida en autos se agotaría con el dictado de la medida cautelar requerida en el escrito de inicio, se ordena correr un nuevo traslado a la demandada por el término de cinco (5) días, que es contestado a fs. 48/49, donde se reitera lo manifestado en el Dictamen de la Procuración General agregado a fs. 28/31, solicitando el rechazo de la pretensión deducida. VIII.- Previa vista al Ministerio Público Fiscal, ordenada a fs. 50 y evacuada a fs. 53/55 vta., pasan los autos a resolver (fs. 57). IX.- Con relación al trámite procesal que debe darse a estos autos, la accionante utilizó la vía del amparo para dar trámite a su pretensión -traslado del cadáver-, en los términos de los artículos 43 de la Constitución Nacional y 14 de la CCABA y adicionalmente solicitó que, de manera anticipada, se dicte una medida cautelar ¿autosatisfactoria?, con similar propósito. Esta acción, con basamento normativo en los artículos 43 de la Constitución Nacional y 14 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, en el ámbito local se halla complementada con las previsiones de la citada Ley N° 2145, que reglamenta el remedio judicial en sus aspectos procesales. En aquella inteligencia, entonces, corresponde examinar si la vía elegida por la actora es admisible, a la luz de los preceptos constitucionales y legales enunciados, y de lo que dimana como objeto de la pretensión deducida. El artículo 177 del CCAYT establece que las medidas cautelares son todas aquellas que tienen por objeto garantizar los efectos del proceso, incluso aquellas de contenido positivo y la suspensión del acto administrativo impugnado, aunque lo peticionado coincida con el objeto sustancial de la acción. Al propio tiempo, el mismo dispositivo adiciona que quien tuviera fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, este pudiera sufrir un perjuicio inminente o irreparable, puede solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueran más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia, aun cuando no estén expresamente reguladas. Ahora bien, las medidas autosatisfactivas no resultan, en lo que hace a su esencia, medidas cautelares propiamente dichas, no aseguran el resultado de un proceso ulterior, sea entendido éste desde la faz procesal o subjetiva. Se trata de un proceso urgente -no cautelar- respecto de la cual se ha dicho que ¿Se trata de un requerimiento ¿urgente' formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota -de ahí lo de autosatisfactiva- con su despacho favorable: no siendo, entonces, necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento, no constituyendo una medida cautelar, por más que en la praxis muchas veces se la haya calificado, erróneamente, como una cautelar autónoma...y constituye la misma una especie -aunque de la mayor importancia- del género de los ¿procesos urgentes', categoría ésta que engloba una multiplicidad de procedimientos (las resoluciones anticipatorias, el régimen del amparo y del hábeas corpus, las propias medidas cautelares, etc.), caracterizados todos por reconocer que en su seno el factor ¿tiempo' posee una relevancia superlativa.? ¿Hoy en día se habla ...de la jurisdicción oportuna' que debe procurar no sólo ¿dar a cada uno lo suyo' sino hacerlo ¿cuando corresponde', es decir en tiempo útil como para satisfacer adecuadamente las expectativas de los justiciables.(PEYRANO, Jorge W. ¿La medida autosatisfactiva: forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y evolución?, en obra colectiva Medidas Autosatisfactivas, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2004, págs. 13/15. El 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 ideado 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 (PEYRANO, Jorge W., "Los nuevos ejes de la reforma procesal civil: la medida autosatisfactiva", E.D., 24/10/96). En cuanto a los requisitos que se reconocen exigibles para este tipo de acciones se ha afirmado 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 la 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 -en la terminología clásica- 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 peticionante" (GALDÓS, Jorge Mario, "El contenido y el continente de las medidas autosatisfactivas", en obra colectiva ya citada, cap. II, p. 61). En el mismo sentido apuntado, se ha dicho que estas medidas sólo pueden proceder en casos especiales y de excepción. Por ejemplo, cuando la decisión judicial cautelar y urgente no puede luego revertirse por imposibilidad material y, además carece de contenido económico. El ejemplo más claro es cualquier intervención quirúrgica ordenada por el juez -a pedido de terceros-, pero sin el consentimiento del paciente. Así, una vez otorgada la medida por el juez y ejecutada ya no es posible volver atrás y su revocación no puede traducirse en el deber de indemnizar...? (BALBÍN, Carlos F. Curso de Derecho Administrativo, La Ley, 2008, T. II, pág. 788). A su vez, y con relación al trámite que debe preceder su dictado, la Sala I del Fuero ha considerado que "[n]o escapa a este Tribunal que el régimen de las medidas cautelares prevé que pueden dictarse inaudita parte. Sin embargo, salvo situaciones excepcionales (por ejemplo: provisión de medicamentos y otras cuestiones de salud que no admitan demoras), tal criterio no puede extenderse para la tutela anticipada y autosatisfactiva de los derechos, en el marco del proceso contencioso administrativo. Incluso aquellos que han estudiado este instituto procesal, si bien han sostenido que éstas se diligencian, en principio, inaudita et altera pars, reconocen la posibilidad de disponer una previa y comprimida sustanciación" ("Coronado, Clara y otros c/ G.C.B.A. s/ Amparo", de fecha 03/12/03, consid. III).

X.- Por todo ello y teniendo en cuenta que nos encontramos frente a un proceso que, bajo el amparo del término cautelar, subsume la pretensión de fondo, sin que la procedencia sustancial pueda luego ser esclarecida en un proceso de conocimiento posterior, es que el presente decisorio será resuelto a la luz de la especie de procesos urgentes ya mencionado. En tal sentido se ha sostenido que "...la concesión de la medida cautelar constituye una suerte de decisión de mérito sobre cuestiones que no hallarán, en principio, otro espacio para su debate...? (CSJN Fallos: 323:3075), a su vez resulta, a mi entender indudable que el pedido de la actora es independiente de un juicio posterior y la cautelar solicitada de admitir su pretensión agota el objeto litigioso, habiéndose otorgado a la demandada la posibilidad de ejercer sus derechos y emitir sus posiciones al respecto (ver fs. 22 y 47) con pleno conocimiento de la totalidad de argumentos fácticos y jurídicos que conforman el objeto de la pretensión de autos. XI. En orden a la comprobación de los requisitos que deben configurarse para la procedencia el proceso urgente, tal como fuera señalado, no se requiere una mera apariencia de buen derecho sino de una certeza o evidencia del derecho y de su frustración. La verificación acerca de si se dan en el sub examine los presupuestos mencionados, importa la necesidad de efectuar el encuadre normativo de la cuestión a resolver, mucho más cuando no existe conflicto entre las partes con relación a los hechos invocados como fundantes de la pretensión. La demandada no ha desconocido y reconoce la profesión de fe de la actora y de quien fuera en vida A. H., su inhumación en el cementerio de La Chacarita, así como la solicitud de exhumación a fin de que se de acabado cumplimiento a los rituales funerarios apropiados que hacen a la memoria del difunto y consuelo de sus deudos. Se tiene por lo tanto por acreditado, según lo informado en el escrito de inicio, y documental adjunta, que la defunción de la Sra. H. ocurrió el día 23 de febrero de 2012, produciéndose la inhumación de sus restos en el Cementerio de la Chacarita el día 24 de febrero de ese mismo año (conf. constancia de fs. 43). XI. 1. Por ello la primera de las cuestiones a dilucidar resulta ser la ley aplicable al caso. En lo que respecta a ello, ha manifestado la actora -a fs. 36- que la situación debe regularse conforme lo dispuesto por la Ordenanza N° 27590/MCBA/1973 y su decreto reglamentario, entendiendo la demandada que al respecto corresponde la aplicación de las nuevas disposiciones que regulan la materia. Cabe poner de resalto que con fecha 22 de mayo de 2014 fue sancionada, por la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires, la Ley N° 4977 (publicada en el BOCBA N° 4443 con fecha 19 de junio del mismo año) que deroga la Ordenanza N° 27590/MCBA/73 y regula el régimen jurídico y el ejercicio del poder de policía en materia mortuoria, por lo tanto, la exhumación de los cadáveres. Se trata básicamente, y en lo que aquí interesa, del ejercicio, por razones de interés público -en el caso la salubridad que implica la regulación de la policía mortuoria- de regulación e intervención en la esfera de libertad de los sujetos. Desprendida así la estructura regulatoria del concepto autoritario de poder de policía, y afincada la regulación en la tutela o instrumentalidad, en el resguardo de los denominados bienes públicos?, como en el caso la salubridad e higiene; la norma se constituye, no en la mera contemplación de las circunstancias particulares que hacen al derecho nacido de la titularidad de las

sepulturas de enterratorio -entre otras-, sino en el instrumento a fin de tratar el ámbito de libertad de los sujetos con el fin de tutelar contenidos de interés comunitario; estableciendo disposiciones obligatorias para la totalidad de los sujetos involucrados. Estas disposiciones deben ser leídas no desde la limitación o restricción de los derechos, sino desde la ordenación y regulación en tutela -en el caso- de la salubridad e higiene, siendo facultades innegablemente atribuidas a las jurisdicciones locales (conf Fallos 328:2716 -voto en disidencia-, 332:2595, 334:1113, entre muchos otros). Siendo así, entiendo que el legislador local ha contemplado cuestiones netamente medioambientales y de salubridad (ver Debates en primera y segunda lectura, del 7 de noviembre de 2013 y 22 de mayo de 2014 respectivamente -VT 31. Pag. 449 y sstes; VT 12 pag 120 y sstes), en clara y concreta relación con políticas sanitarias, y por lo tanto de aplicación inmediata en virtud de su carácter imperativo y automático, sus funciones de protección y dirección sanitaria (ver CSJN Fallos 315:222). Aclarado entonces que el caso de autos deberá analizarse a la luz de la Ley N° 4976, corresponde adentrarse en su regulación específica. XI. 2. La citada ley establece como Autoridad de Aplicación a la Dirección General de Cementerios dependiente de la Subsecretaría de Mantenimiento del Espacio Público del Ministerio de Ambiente y Espacio Público, o el organismo que en el futuro lo reemplace (art. 3°), encontrándose a su cargo el ejercicio del poder de policía en materia mortuoria, conforme a los parámetros del régimen determinado en la Ley. Fija los parámetros generales del ejercicio de tales competencias, así en su artículo 1° dispone que "...La política mortuoria del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se regirá por los siguientes principios...?", realizando luego su enunciación "- Garantizar la dignidad en el trato y respeto al difunto y a los deudos. -Resguardar la oportunidad de entierro digno para todos los habitantes de la Ciudad. -Asegurar el respeto por los diversos cultos, religiones, costumbres y creencias. -Promover el mantenimiento de la Higiene Ambiental. -Realzar el valor patrimonial y cultural de las Necrópolis del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. -Incentivar y propender a mejorar la calidad en la prestación de los servicios funerarios públicos y privados?. A su vez, y en lo que hace a la regulación de las sepulturas de enterratorio, el artículo 31 prevé que ellas se otorgan -entre otros supuestos- por el término de cinco (5) años para cadáveres de personas mayores de cuatro (4) años de edad y que "Vencido el término de los arrendamientos de las sepulturas de enterratorio se dispondrá la apertura de las sepulturas a efectos de comprobar si los cadáveres se encuentran totalmente reducidos... En caso negativo se considerará prorrogado el arrendamiento por períodos sucesivos de dos (2) años cada uno, debiendo comprobarse el estado de los cadáveres para su remoción al vencimiento de cada uno de ellos." (conf. art. 35). Por su parte el artículo 34 dispone que "A los cadáveres procedentes de la Morgue Judicial o establecimientos hospitalarios que no fueren reclamados, se les dará sepultura individual y gratuita por el término de cuatro (4) años. Vencido dicho plazo, podrán ser exhumados y cremados de oficio, previa publicación de edictos en el Boletín Oficial por el término de tres (3) días. Igual tratamiento podrá darse a los indigentes declarados como tales por la autoridad competente del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires." Es dentro de éste Capítulo II ("De las Sepulturas de Enterratorio?"), que se encuentran diversas normas referidas a la regulación del proceso de inhumación (art. 30) y exhumación (art. 35 y 36), de neto carácter sanitario. Así el artículo 36 establece que "Se prohíbe exhumar las sepulturas de cadáveres que no se encuentren totalmente reducidos, salvo disposición emanada de autoridad judicial competente, con fines de autopsia o reconocimiento de cadáveres?. Es entonces que corresponde entrar al análisis de la norma que -a criterio de la demandada- obsta a la viabilidad de lo requerido por los deudos de la Sra. H. XI.3. a- Sabido es que la primera fuente de interpretación de la ley es su letra y que ella tiene su inicio en el texto, es decir en la formulación lingüística, siendo válida en tanto resulte la expresión más acabada del contexto normativo y situacional. En lo que hace al artículo 36 -base del conflicto de autos- nos encontramos frente un primer problema de naturaleza sintáctica, teniendo en cuenta los signos de puntuación utilizados. Ella constituye uno de los recursos fundamentales para distribuir y organizar la estructura y el contenido del texto escrito; elemento para guiar la tarea interpretativa y jerarquizar la información del discurso escrito (conf. Montolio, Estrella, "Manual Práctico de escritura académica?. Barcelona, Editorial Ariel, 2000, pag 79 y sstes), en ese esquema la coma delimita los diversos sintagmas del enunciado. En esa estructura, y considerando al artículo como una unidad mínima dentro del articulado de la ley, la coma "...delimita un elemento adjunto; un inciso; un elemento explicativo o circunstancial; un elemento individual en una serie...?" (obra citada pag. 86). En el caso se trata de un segmento explicativo y su literalidad llevaría al siguiente resultado: "se prohíbe exhumar las sepulturas de cadáveres que no se encuentren totalmente reducidos con fines de autopsia o reconocimiento de cadáveres?; "salvo disposición emanada de autoridad judicial competente?". Tal interpretación generaría la descontextualización del artículo del texto y parámetros de la ley e impediría su una consideración integral de la regulación. b. A su vez si se partiera de una interpretación literal y gramatical del texto, se arribaría al resultado de que sólo podría mediar autorización judicial para la exhumación de cadáveres no reducidos con fines de autopsia o reconocimiento; el resto de los supuestos de exhumación no se encontrarían contemplados y por lo tanto devendrían -siguiendo el esquema diseñado- permitidos. El resultado carece de lógica, la prohibición parcial llevaría a la habilitación general, y de entenderse así la mentada tutela sanitaria encontraría un resguardo sumamente limitado. c. Descartado entonces un análisis meramente gramatical, como así también la prohibición absoluta, el

problema se extiende a evaluar el fin querido por la norma, y su contemplación en miras del resguardo de la salubridad y por medio del ejercicio de una policía mortuoria, en consonancia con los criterios generales y fines que informan la norma (CSJN Fallos 334:1027 entre muchos otros). Por ello y si bien no caben dudas sobre el hecho de que el fin tutelado por la norma es evitar los efectos de la exhumación de cadáveres antes del plazo que se entiende como necesario para la reducción de los restos (art. 35 y 36); el método empleado no podrá ser analizado sino desde una lectura integral de los plexos normativos y a la luz de los intereses y principios que enuncia.

XI. 4. En el caso, y del juego armónico de los artículos 35 y 36, se deduce sin mayores inconvenientes que existe un período de tiempo durante el cual las exhumaciones no se encuentran permitidas, tal lapso guarda relación con la reducción de los restos y los esquemas de salubridad; de allí que pueda inferirse que la regla general del artículo 36 (obviadas las falencias de estructura del texto), resulta ser la prohibición de exhumación de sepulturas cuando los cadáveres no se encontraren totalmente reducidos. Es decir la prohibición de exhumación no es particular sino general. Aclarado ello, y en lo que a la habilitación o autorización judicial se refiere, corresponde evaluar si el texto al hacer mención únicamente a las denominadas exhumaciones jurídicas, es decir a los supuestos en los cuales se procede a "...desenterrar un cadáver ya enterrado para responder a exigencias de la Justicia. ...Las exhumaciones van seguidas de autopsia, o de re-autopsia, si la operación fue practicada con anterioridad, de su importancia tanatológica...?(ver Raffo, Osvaldo, Re-Autopsias y exhumaciones jurídicas, en Cuadernos de Medicina Forense. Año 1, N°3, Pág.153-166. CSJN. Cuerpo Médico Forense. [www.csjn.gov.ar/cmfc/cuadernos/1\\_3\\_153.html](http://www.csjn.gov.ar/cmfc/cuadernos/1_3_153.html)), ha omitido o efectuado un tratamiento insuficiente al respecto.

XI.5. En el supuesto de autos, tal como se señalara, el pedido de exhumación se funda en la necesidad de traslado de los restos de la Sra. A. H. al Cementerio de la AMIA, a fin de que la inhumación allí se realice "...tal como la prescriben los códigos y principios judaicos, en un cementerio comunitario...?", presupuesto éste no contemplado, como susceptible de autorización judicial, en el artículo 36 de la ley N° 4799. Ello, genera una desigualdad injustificada de trato al no protegerse adecuadamente aspectos que hacen y comprenden a la libertad religiosa en virtud del carácter incompleto de la tipificación legal (ver LINARES, Juan Francisco, "Caso administrativo no previsto", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1976, pág. 18 y sstes). Por ello, con el propósito de hallar una interpretación sobre el particular, debe repararse especialmente en la necesidad de estar al método sistemático o constructivo de interpretación jurídica, que permite condicionar de forma integradora el texto "...en su significación por la totalidad del orden jurídico del estado. ...? no reduciéndolo a su texto "... sino que implica también el aspecto estimativo que gobierna al sistema? (op. cit., págs. 18/19). Al respecto, ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación: "En efecto, por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente, es propio de la interpretación indagar lo que ellas dicen jurídicamente, es decir, en conexión con las demás normas que integran el ordenamiento general del país. En esta indagación no cabe prescindir, por cierto, de las palabras de la ley, pero tampoco atenerse rigurosamente a ellas, cuando la interpretación razonable y sistemática así lo requiere (Fallos. t. 241, p. 277). La hermenéutica de la ley debe integrarse a su espíritu, a sus fines, al conjunto armónico del ordenamiento jurídico, y a los principios fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el todo normativo, cuando la inteligencia de un precepto, basada exclusivamente en la literalidad de uno de sus textos conduzca a resultados concretos que no armonicen con los principios axiológicos enunciados precedentemente, arribe a conclusiones reñidas con las circunstancias singulares del caso o a consecuencias notoriamente disvaliosas. De lo contrario, aplicar la ley se convertiría en una tarea mecánica incompatible con la naturaleza misma del derecho y con la función específica de los magistrados que les exige siempre conjugar los principios contenidos en la ley con los elementos fácticos del caso, pues el consciente desconocimiento de unos u otros no se compadece con la misión de administrar justicia (doct. de Fallos citados en los consids. 2° y 4° y Fallos, t. 234, p. 482; t. 241, p. 277 y t. 249, p. 37).? (CSJN, Fallos, 302:1284). Asimismo, y en relación cómo deben ser interpretadas las normas a la luz del texto constitucional, el máximo Tribunal ha dicho que "No puede presumirse que cláusula alguna de la Constitución esté pensada para no tener efecto y, por lo tanto, la interpretación contraria es inadmisibles, salvo que el texto de la Constitución así lo indique? (Fallos, 311:460). En consecuencia, la interpretación del artículo 36 de la Ley N° 4779 -objeto de análisis debe hacerse en concordancia con los derechos reconocidos en la Constitución Nacional, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como así con el resto del ordenamiento jurídico, en el que también se hallan las normas supranacionales. De lo dicho resulta que lo establecido por el legislador no puede ser entendido en forma restrictiva sin que ello implique obviar el derecho cuyo resguardo pretende la actora, y tutela en forma general la propia norma, cual es el de libertad religiosa, y el reconocimiento que pretende le sea habilitado -judicialmente-, a fin de llevar a cabo los rituales de enterramiento, ya que de lo contrario se arribaría a una solución no querida o contraria al bloque normativo vigente- Entiendo por lo tanto que la autoridad judicial se encuentra habilitada para evaluar si la autorización judicial puede ser concedida, en supuestos como el planteado en la causa.

XI.6.a.- En lo que hace al derecho cuyo reconocimiento se pretende tutelar, el artículo 14 de la CN reconoce a los habitantes de la Nación el de "profesar libremente su culto?". Por su parte, el artículo 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Tratado con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22)- prevé el derecho de las personas a la

libertad de conciencia y de religión, ¿Este derecho implica la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado? y agrega en el punto 3 que ¿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 públicas o los derechos o libertades de los demás?, (en igual sentido el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) En términos similares, el reconocimiento a la libertad religiosa, así como a la de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, su enseñanza, práctica, culto y observancia, se protege en el artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, como en el artículo III de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 5 ap vii de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial En lo que hace a su extensión ha entendido la doctrina 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 liturgia 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?(GELLI, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada, Ed. La Ley, 2003, pág. 105). La CSJN, por su parte, ha reconocido que ¿...la libertad de religión es particularmente valiosa, que la humanidad ha alcanzado merced a esfuerzos y tribulaciones. La historia es prueba elocuente de la vehemencia con que en 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 mayor o menor 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? (Fallos, 312:496). En consonancia la igualdad y la inviolabilidad de la libertad religiosa y de conciencia ha sido resguardada por la Constitución de la Ciudad (arts. 11 y 12), y en lo que a la Ley n° 4977 ha merecido recepción expresa en su artículo primero al ¿...asegurar el respeto por los diversos cultos, religiones, costumbres y creencias...?, garantizando ¿la dignidad en el trato y respeto al difunto y a los deudos...? Importa destacar que, tal como es manifestado en el escrito de demanda, la Sra. A. H. ¿vivió como judía?, mereciendo ella y sus deudos que ahora reclaman, el respeto a su condición y a la eterna sepultura de sus ancestros, de acuerdo a los ritos y mandamientos de la milenaria religión que profesara, dichos que ratifican con nota del rabino Daniel Oppenheimer, recomendando el traslado al cementerio de la AMIA. XI.6.b.- Por su parte, el artículo 19 de la Constitución Nacional garantiza el derecho a elegir el propio plan de vida, siempre que con ello no se ofenda el orden y la moral pública o se cause daño a terceros, reafirmando lo señalado en el punto anterior. Así, dicho artículo garantiza la libertad de conciencia en materia religiosa, como un aspecto del derecho a la intimidad, entendido como ¿la facultad que tiene cada persona de disponer de una esfera, ámbito privativo o reducto infranqueable de libertad individual, el cual no puede ser invadido por terceros, ya sean particulares o el propio Estado, mediante cualquier tipo de intromisiones, las cuales pueden asumir muy diversos signos. El reconocimiento de este derecho presupone las condiciones mínimas indispensables para que el hombre pueda desarrollar su individualidad en inteligencia y libertad. Es el derecho que tiene un hombre ¿a ser dejado en la soledad de su espíritu?(EKMEDKJIAN, Miguel Ángel, ¿Tratado de Derecho Constitucional?, Ed. Depalma, 2000, págs.. 569/570). Por lo tanto los derechos en análisis, considerando la trascendencia que ellos poseen para quien profesara la religión judía como para sus descendientes, no se limitan a las prácticas previas al fallecimiento de la persona, sino a los ritos de adhesión y observancia a la ley judía en las instancias posteriores a la vida. XI.6.c.- Por ello es que debe resaltarse el derecho reconocido a los parientes del difunto a disponer de sus restos. En este sentido, se ha dicho que cuando la persona fallecida no ha dejado instrucciones respecto de sus exequias o el destino a dar a su cadáver, son sus parientes más cercanos quienes deciden acerca de esos extremos, con arreglo a las creencias religiosas del fallecido (CNCiv, ¿K.A.F. y otros s/ autorización?, Sala E, 4/4/2001). Asimismo, se ha reconocido a los sobrevivientes el poder jurídico de no permitir actos contrarios a los usos y costumbres corrientes sobre sepulturas y custodia de cadáveres (HIGHTON, Elena I, LAMBOIS, Susana ¿¿Quién dispone de nuestro cuerpo cuando morimos??, ED, T. 136- 104, nota a fallo CACC de Junín, 12/9/89 ¿Brandone, Orfelía y otros c/ Peticara de Cassola, Adela?). XI.6 d.- A modo de síntesis de lo expuesto, en cuanto a la requerida ¿fuerte probabilidad y evidencia del derecho? para el otorgamiento de la medida solicitada, debe tenérsela por satisfecha, y a fin de lograr una adecuada protección de los derechos constitucionales en juego -y en especial a la satisfacción de la libertad y elección religiosa de la actora y el respeto de quien fuera en vida la Sra. H.- conceder la autorización judicial para la exhumación, conforme se solicitara. Asimismo, no se observa, que la exhumación para traslado a otro cementerio -por el peso de las cuestiones constitucionales comprometidas- pueda tener (válidamente) un tratamiento diferente -en cuanto a la habilitación judicial- que el atribuido a los supuestos expresamente considerados en el artículo 36, ni que el traslado solicitado pueda ofender el orden y la moral pública o causar daño a terceros, siempre que en su ejecución se considere particularmente lo relativo a la higiene y salubridad mortuoria, tema al que luego me referiré. XI.7.- En cuanto a la seguridad e higiene mortuoria y la posibilidad de que se originen perjuicios en la exhumación, tal

como lo señalara la representación de GCBA en la audiencia celebrada (fs. 24 y vta.) cuenta con los parámetros técnicos para asegurar el ejercicio debido de higiene mortuoria?, circunstancia que no fuera contrariada en sus presentaciones posteriores de fs 28/31 ni 48/49. Por el contrario, en la primera de ellas, la demandada formula precisiones en los siguientes términos: "...en el caso que judicialmente se autorice la exhumación, deberán tomarse determinados recaudos, tales como la utilización de elementos de protección para los operarios que efectúan la tarea (barbijos, guantes, ropa especial, etc.) como así también contemplar un horario especial, primordialmente durante la mañana, toda vez que, durante dicho procedimiento se producen fuertes emanaciones correspondientes a la descomposición del cadáver y debido a ello debe evitarse su superposición con el servicio mortuorio diario, garantizando de esta manera la dignidad en el trato y respeto a los fallecidos y a los deudos (conf. art. 1º Ley 4977)”. En consecuencia, estos parámetros deben ser tenidos en cuenta al momento de ser efectuada la exhumación, como así aquellos que la Autoridad de Aplicación considere necesarios como forma de garantizar la higiene mortuoria referida. XII.- En cuanto al requisito de urgencia impostergable, la concreción del traslado de los restos en esta oportunidad resulta la forma de lograr la satisfacción de los derechos constitucionales y evitar su frustración. XIII.- Además, se trata claramente de un caso en el que, se verifica la superposición o coincidencia entre el objeto de la pretensión preventiva con la pretensión material, de modo tal que, haciendo lugar a aquélla se torna abstracta la cuestión porque se consume el interés jurídico, circunstancia que se produciría mediante la decisión, en esta oportunidad, del traslado de los restos de la Sra. H., hecho que -por otro lado- en razón de las características apuntadas y la magnitud de los derechos constitucionales involucrados, no sería revertido en el futuro. XIV.- Como ya fuera expuesto, en lo referido a la sustanciación previa, se ha dado traslado de la acción a la demandada, que fue contestado a fs. 36 -más allá de haber tomado conocimiento de la causa mediante la audiencia celebrada a fs. 24 y vta.- por lo que tengo por cumplido el requisito. XV.- En cuanto a las costas, y en atención a que la demandada, pudo creerse con derecho a actuar conforme lo hizo, las mismas deben ser impuestas por el orden causado (conf. art. 62, 2º párrafo del CCAyT). Por todo ello, RESUELVO: 1) Hacer lugar a la pretensión autosatisfactiva solicitada por la actora, ordenando que se proceda a exhumar los restos mortales de quien fuera en vida A. H., que se encuentra inhumados en la Sección ..., Manzana ... tablón ..., Sepultura ... Tamaño ... del Cementerio de la Chacarita 2). A tal fin el GCBA deberá informar, a éste Tribunal, en el plazo de 5 días las normas de seguridad e higiene mortuoria, que deberán llevarse a cabo, así como la totalidad de los requisitos necesarios para que la empresa debidamente autorizada efectúe el traslado correspondiente, 3) Poner a cargo de la parte actora el pago de los cánones y tasas pertinente, así como de todos los gastos que correspondan a la exhumación y traslado al Cementerio de la AMIA. 4) Costas en el orden causado. 4) Regístrese y notifíquese por Secretaría a las partes y posteriormente, dese vista al Ministerio Público Fiscal.

Correlaciones: Ley 4977 - BO: 23/07/2014

004225E