



Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 6
CCC 16115/2021/CA3 - CA2
AIMAR FRATAMICO, ANTONIO y otros
Hábeas corpus.
JCC N°14

Buenos Aires, 30 de abril de 2021, siendo las 18:30 horas.

Y VISTOS Y CONSIDERANDO:

I. Interviene el Tribunal en la apelación interpuesta por el Dr. Christian Alberto Cao, el Dr. Isaac Wieder y el Defensor Público Oficial contra los puntos I y III del auto que rechazó la acción de hábeas corpus y el planteo de inconstitucionalidad de los D.N.U. 235/2021 y 241/2021. También, el Dr. Ricardo De Lorenzo impugnó el punto II que declaró la incompetencia territorial en relación a las acciones de Sonia Elena Marles Genasio, Javier Mariano Areco, María Eugenia Boutigue, Lucas Javier Bruno, Alan Riedmaier y Alejandro Antonio Spagnolo.

II. Mediante el dictado de los D.N.U. 235/2021 y 241/2021 y en virtud de lo dispuesto en el artículo 99, inciso 3°, de la Constitución Nacional, el Poder Ejecutivo Nacional limitó, a través de distintas medidas, la libre circulación de las personas.

Debe entonces establecerse como punto de partida en el marco del instituto que nos ocupa que lo que aquellas decisiones comprometen no es otra cosa que la libertad ambulatoria de quienes habitan en las distintas jurisdicciones del país donde resultan aplicables las medidas de restricción.

Así, los presupuestos de la pretensión resultan comunes a todos los casos, con la salvedad de algún perjuicio que, a título individual, ha sido invocado por los peticionantes (tal como ocurre en las acciones de clase, cuyo encuadre legal debe ser el del art. 43, conforme la doctrina que emana del precedente “Halabi” de la C.S.J.N., Fallos: 332:111).

Se ha postulado en la audiencia desarrollada en la anterior instancia, que no se advierte una amenaza *cierta* a la





Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 6
CCC 16115/2021/CA3 - CA2
AIMAR FRATAMICO, ANTONIO y otros
Hábeas corpus.
JCC N°14

libertad ambulatoria dado que “no se encuentran detenidos ni existe una orden que lo disponga, en tanto sólo tras verificarse una infracción se haría la consulta al juez penal de turno”.

Tal razonamiento, del modo en que se ha plasmado, se exhibe como una falacia circular que -como tal- no logra demostrar ni la veracidad ni la falsedad de la premisa de la que parten.

Pero al margen de tal defecto argumentativo, como presupuesto de admisibilidad se establece la “*limitación o amenaza actual de la libertad ambulatoria sin orden escrita de autoridad competente*” (art. 3, inciso 1°, Ley 23.098), de modo que primeramente deba decirse que la norma no efectúa ninguna referencia respecto a una privación de la libertad en términos de detención.

Y la restricción a la circulación nocturna -en algunos ámbitos de 20:00 a 06:00 y en otros de 00:00 a 06:00-, acompañada no sólo del ejercicio del poder de policía, sino de la particular integración que suponen todas estas disposiciones en los elementos dogmáticos de las figuras del Código Penal -aspecto que destaca el propio decreto en tanto se ocupa de adelantar esa interpretación de los tipos penales previstos en los arts. 205 y 239-, sin dudas supone ya una limitación *real y concreta* a libertad ambulatoria de los ciudadanos.

El paso siguiente del análisis lógico-jurídico es establecer si los decretos en cuestión satisfacen los requisitos de “orden escrita de autoridad competente”, como reclama la Ley 23.098 y, a ese fin, el enfoque debe dirigirse a las atribuciones que emanan del artículo 99, inciso 3° de la Constitución Nacional; esto es, a su aspecto formal.

Entonces, debe reconocerse que en marzo del 2020 se verificó una excepcionalísima situación que, por lo subrepticio y abrupto de su naturaleza, obligó a instaurar medidas de carácter





Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 6
CCC 16115/2021/CA3 - CA2
AIMAR FRATAMICO, ANTONIO y otros
Hábeas corpus.
JCC N°14

extraordinario a través del dictado de los decretos de necesidad y urgencia nro. 260/2020 y 275/2020, disponiéndose a través de este último el aislamiento social preventivo y obligatorio.

El Congreso Nacional en ese entonces no se hallaba sesionando y lo apremiante del contexto referido -provocado por la pandemia del Covid-19- justificó las limitaciones a los derechos que consagra nuestra Carta Magna en pos de brindar una respuesta eficaz a la crisis.

Y en esos términos lo entendió esta Cámara al resolver planteos similares al que ahora se trae a estudio (C.C.C., causa nro. 19.200/20 “Kingston”, resuelta por la Sala Integrada de Hábeas Corpus el 21/3/20, entre muchos otros).

Pero desde aquella sorpresiva situación han transcurrido 13 meses, sin que el Congreso Nacional dictara una ley específica en la que mediante “*cláusulas gatillo*” se establezcan parámetros que, consensuados por los representantes de todas las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sirvan de base a la imposición posterior de restricciones a derechos como las que aquí se examinan.

El análisis actual, a pesar de la calamitosa realidad sanitaria, no puede -ni debe- desatender el alcance ciertamente restrictivo que los constituyentes del año 1994 asignaron a este resorte catalogado como de necesidad y urgencia. Lo contrario importaría, prácticamente, negar las bases constitucionales sobre las que se erige todo estado de derecho y que nunca deben dejar de ser norte de todo gobierno (ALFONSÍN, Raúl R., “Núcleo de coincidencias básicas”, LA LEY1994-D, 824 - Derecho Constitucional - Doctrinas Esenciales Tomo I, 01/01/2008, 873, cita online: AR/DOC/15901/2001).

En este sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que “*los poderes de emergencia nacen exclusivamente*





Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 6
CCC 16115/2021/CA3 - CA2
AIMAR FRATAMICO, ANTONIO y otros
Hábeas corpus.
JCC N°14

de la Constitución, la que los conforma y delimita, por lo que todo avance más allá de ese marco conceptual desborda la legitimidad, tornándose en arbitrariedad y exceso de poder” (Fallos: 321:2288, “Antinori, Osvaldo Rodolfo c/ Estado Nacional, resuelta el 25 de agosto de 2008).

A esos efectos, “cabe descartar de plano, como inequívoca premisa, los criterios de mera conveniencia del Poder Ejecutivo que, por ser siempre ajenos a circunstancias extremas de necesidad, no justifican nunca la decisión de su titular de imponer un derecho excepcional a la Nación en circunstancias que no lo son. El texto de la Constitución Nacional no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto (Fallos: 338:1048, “Asociación Argentina de Compañías de Seguros y otros c/ Estado Nacional”, del 27 de octubre de 2015).

Y esta misma fue la línea interpretativa trazada por el Máximo Tribunal a partir del precedente “Verrocchi” (Fallos: 322:1726), en el cual estableció expresamente que *“el texto nuevo es elocuente y las palabras escogidas en su redacción no dejan lugar a dudas de que la admisión del ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo se hace bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad y con sujeción a exigencias materiales y formales, que constituyen una limitación y no una ampliación de la práctica seguida en el país, especialmente desde 1989. En efecto, el párrafo tercero del inc. 3º; del art. 99, dice: ‘Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de la leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general*





Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 6
CCC 16115/2021/CA3 - CA2
AIMAR FRATAMICO, ANTONIO y otros
Hábeas corpus.
JCC N°14

de ministros que deberán refrendarlo, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros” (el destacado es propio).

En particular sentido, del voto del Ministro Boggiano surge que: *“Únicamente en situaciones de grave trastorno que amenacen la existencia, la seguridad o el orden público o económico, que deben ser conjuradas sin dilaciones, puede el Poder Ejecutivo Nacional dictar normas que de suyo integran las atribuciones del Congreso, siempre y cuando sea imposible a éste dar respuesta a las circunstancias de excepción”* (con subrayado propio); excepcionalidad ésta que, como se dijera, a esta altura parece, al menos, difícil de sostener.

El precedente “Consumidores Argentinos” (Fallos 333:633), indica precisamente que es aquella voluntad limitadora el faro que deberá guiar a los tribunales de justicia, tanto sea al momento de determinar los alcances que corresponde asignar a las previsiones del art. 99, inciso 3º, de la Constitución Nacional, como al revisar su efectivo cumplimiento por parte del Poder Ejecutivo Nacional en ocasión de dictar un decreto de estas características (ver también la cita que se hace al constitucionalista Bidart Campos en el considerando 17 del voto del Ministro Juan Carlos Maqueda).

Actualmente el Poder Ejecutivo continúa recurriendo, con un uso desmedido, al dictado de los D.N.U. en los que se invoca la emergencia derivada de la pandemia del Covid-19 para pretender justificar la necesidad de suspender, restringir y alterar el normal y libre ejercicio de ciertos derechos (art. 14 de la Constitución Nacional).

A esta altura ya no es posible sostener que la herramienta legal utilizada sea respetuosa del principio republicano de gobierno (art. 1 de la Carta Fundamental) y de todo Estado de derecho.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 6
CCC 16115/2021/CA3 - CA2
AIMAR FRATAMICO, ANTONIO y otros
Hábeas corpus.
JCC N°14

Y en este punto hay un dato que es trascendental para arribar a esa afirmación: ***el Congreso de la Nación se organizó para continuar sus labores en la emergencia y comenzó a sesionar de manera continuada***, ocupándose en un principio de aprobar por marcada mayoría la primera serie de D.N.U., *para luego de ello sancionar desde mayo de 2020 a abril de 2021, un total de 65 Leyes*. Los frutos de esta destacable labor parlamentaria, realizada merced a los protocolos de sesiones virtuales o mixtas, que comenzaron el 21 de mayo de 2020 con la sanción de tres leyes vinculadas con las cuestiones asistenciales derivadas de la pandemia del Coronavirus, es decir la misma emergencia que mencionan los D.N.U. (Leyes N° 25.547 “Ley de la Sociedad Nacional de la Cruz Roja”, 27.548 “Programa de Protección al Personal de Salud ante la pandemia de coronavirus COVID-19” y 27.549 “Beneficios Especiales a Personal de Salud, Fuerzas Armadas, de Seguridad y otros ante la Pandemia de Covid-19”).

También se vincularían a esta urgencia social varias leyes más de toda esta serie de 65, como la Ley 27.555 del “Régimen Legal del Contrato de Teletrabajo”, la Ley 27.554 de la “Campaña Nacional para la Donación de Plasma Sanguíneo de Pacientes Recuperados de Covid-19”, la Ley de “Recetas electrónicas o digitales para la prescripción y dispensa de medicamentos” Ley 27.553; la Ley 27.563 de “Sostenimiento y Reactivación Productiva de la Actividad Turística Nacional”; la Ley 27.561 de “Modificación al Presupuesto de la Administración Nacional para el ejercicio 2020”; la Ley 27.562 de “Ampliación de la moratoria para paliar los efectos de la pandemia generada por el COVID-19”; la Ley de “Vacunas Destinadas a Generar Inmunidad Adquirida contra el Covid-19” 27.573 *-de sanción prácticamente simultánea al fin del tramo de ASPO, el 29 de octubre*





Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 6
CCC 16115/2021/CA3 - CA2
AIMAR FRATAMICO, ANTONIO y otros
Hábeas corpus.
JCC N°14

de 2020-; y la Ley 27.605 de “Aporte Solidario y Extraordinario para Ayudar a Morigerar los Efectos de la Pandemia”.

De tal modo, lejos de exhibirse como un funcionamiento limitado del Congreso Nacional, las 65 leyes aprobadas entre marzo de 2020 y marzo de 2021 superan con creces el total de 38 que se sancionaron en el año 2019 y las 59 en el 2018 y muchas de ellas de estrecha vinculación con una situación pandémica que ya no era desconocida.

Así, sólo es posible reconocer que el cuadro que por entonces se verificó -y motivó su convalidación por parte de la judicatura-, ha variado de manera sustancial.

Y esta novedad por extensión de la situación que nuestro país -y el mundo- padece podría haberse canalizado adecuadamente ya sea a través de la declaración del estado de sitio (art. 99, inciso 16 de nuestra Carta Magna) o bien por la sanción de una ley por parte del Congreso Nacional que, como ya dijimos, instaure cláusulas mínimas y operativas con sustento en criterios epidemiológicos y sanitarios para dar correcto abordaje a las limitaciones de la libertad ambulatoria de los ciudadanos. Por cierto, tampoco los legisladores tomaron la iniciativa que contemplan los artículos 23 y 75, inciso 29 de la Constitución Nacional.

Incluso, el anclaje normativo que aquí se proclama como imperioso y necesario para mantenernos dentro de nuestro esquema republicano concuerda con el anuncio que hizo en el día de la fecha el propio Presidente de la Nación relacionado al próximo envío de un proyecto de ley con este contenido para su debate parlamentario.

Por estas razones, se hará lugar a la acción con el único propósito de exhortar al Poder Ejecutivo -requerido en este legajo- a que concrete tal envío al Congreso Nacional y a los Sres. Legisladores para que se discuta y sancione una ley que permitirá de forma clara y





Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 6
CCC 16115/2021/CA3 - CA2
AIMAR FRATAMICO, ANTONIO y otros
Hábeas corpus.
JCC N°14

precisa regular los derechos que son constitucionalmente reconocidos de acuerdo a lo estipulado en el art. 28 Constitución Nacional, arts. 27 y 30 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos y OC 6/86 de la Corte I.D.H.

Dada la gravedad, repercusión, afectación de las medidas y su incidencia directa en cuestiones de política sanitaria, entendemos necesario fijar un plazo de 15 días para que, con la actuación coordinada de ambos poderes, se ajuste el orden legal de respuesta a la pandemia de acuerdo al criterio que surge de este pronunciamiento (C.S.J.N., Fallos: 330:2361, "ROSZA, Carlos Alberto", del 23/5/07).

III. Respecto a los agravios que en concreto han manifestado los presentantes, vinculados con las medidas que afectan el derecho a reunión, la posibilidad de transitar en el horario de 20:00 a 6:00 y circular en transporte público, debemos señalar que no se advierten irrazonables ni desproporcionados los límites impuestos de manera colectiva, tanto en relación a la situación particular alegada, como teniendo en miras el fin general que persiguen -evitar el colapso del sistema sanitario y proteger la vida e integridad física de los habitantes de la Nación- (en concordancia con el criterio trazado por el Máximo Tribunal en los Fallos 344:126, "Petcoff Naidenoff, Luis" del 25/02/21 y Fallos: 343:1704, "Lee, Carlos Roberto", del 19/11/2020).

IV. Finalmente, en relación con la declaración de incompetencia territorial de las acciones articuladas por Sonia Elena Marles Genasio, Javier Mariano Areco, María Eugenia Boutigue, Lucas Javier Bruno, Alan Riedmaier y Alejandro Antonio Spagnolo, compartimos la decisión del Magistrado en tanto la cuestión involucra normativa ajena a esta jurisdicción y debe ser tratada por el juez natural (art. 4 del D.N.U. 241/21).





Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 6
CCC 16115/2021/CA3 - CA2
AIMAR FRATAMICO, ANTONIO y otros
Hábeas corpus.
JCC N°14

En consecuencia, el Tribunal **RESUELVE**:

I. REVOCAR y HACER LUGAR a la acción de hábeas corpus promovida con los alcances y fines que surgen de la presente.

II. EXHORTAR al Poder Ejecutivo Nacional y al Honorable Congreso de la Nación en los términos aquí indicados.

III. CONFIRMAR el auto que declara la incompetencia territorial para tratar las acciones promovidas por Sonia Elena Marles Genasio, Javier Mariano Areco, María Eugenia Boutigue, Lucas Javier Bruno, Alan Riedmaier y Alejandro Antonio Spagnolo

Regístrese, notifíquese y devuélvase al Juzgado de origen cuyo titular deberá concretar las comunicaciones pertinentes (punto dispositivo II). Sirva lo proveído de atenta nota.

Se deja constancia de que el juez Ignacio Rodríguez Varela interviene en la presente como subrogante de la Vocalía N° 8 de esta Cámara.

MAGDALENA LAIÑO
JUEZA DE CAMARA

JULIO MARCELO LUCINI
JUEZ DE CAMARA

IGNACIO RODRÍGUEZ VARELA
JUEZ DE CÁMARA

Ante mí: MARIA DOLORES GALLO
SECRETARIA LETRADA

