



Cámara Federal de Casación Penal

Registro nro.: 1209/21

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el 16 de julio de dos mil veintiuno, se reúnen los miembros de la Sala Segunda de la Cámara Federal de Casación Penal, señores jueces Alejandro W. Slokar, Carlos A. Mahiques y Guillermo J. Yacobucci, bajo la presidencia del primero de los nombrados, de manera remota y virtual de conformidad con lo establecido en las Acordadas 27/20 y concordantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y 15/20 y concordantes de esta Cámara, asistidos por la Secretaria de Cámara, M. Andrea Tellechea Suarez, para resolver la presente causa N° **FRE 1581/2021/CFC1** del registro de esta Sala, caratulada: "**Habeas Corpus plurindividual y otros s/ recurso de casación**". Representa al Ministerio Público Fiscal, el doctor Raúl Omar Pleé; resultan titulares de la acción interpuesta, el senador nacional Luis Carlos Petcoff Naidenoff, y Martin Osvaldo Hernández, en representación de Oscar Eduardo Medina, Dahiana Florencia Barrera, Antonella Maglietti, Ramiro Sebastián Cima y Mónica Gisela Smith, con la asistencia letrada de los abogados Agustina Villaggi, Elida Emilia Maciel, Juan Sebastián Montoya, y Emanuel Zieseniss.

Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultó que debía observarse el siguiente orden: doctores Carlos A. Mahiques, Guillermo J. Yacobucci y Alejandro W. Slokar.

Y CONSIDERANDO:

El señor juez doctor **Carlos A. Mahiques** dijo:

I. La Cámara Federal de Apelaciones de Resistencia, provincia de Chaco, el 19 de mayo de 2021, resolvió, en lo que aquí interesa: "2°) *DESESTIMAR el recurso de apelación intentado por los peticionantes y, consecuentemente, CONFIRMAR la resolución de la magistrada a quo*".

Contra esa decisión, los reclamantes interpusieron recurso de casación que fue concedido por el tribunal *a quo* el 10 de junio del corriente.

II. Los recurrentes fundaron sus agravios de conformidad con lo dispuesto en los arts. 456, inc. 2°, y 457 del C.P.P.N. Sostuvieron que la resolución impugnada es arbitraria, de motivación solo aparente y carente de fundamento jurídico sustentable.

Expresaron, en lo medular, que la obligación impuesta por el gobierno de la provincia de Formosa de abonar cinco mil pesos (\$5000) concepto de arancel por la realización de un examen PCR de COVID-19 a toda persona que quiera ingresar al territorio de ese estado provincial, configura una restricción contraria al derecho constitucional de circular libremente por el territorio nacional, garantizado tanto por la C.N., como por el Decreto del P.E.N. Nro. 168/21. Indicaron también que, en el supuesto de que las autoridades provinciales entendieran insoslayable la necesidad de llevar adelante la señalada medida, no hay justificación para que su coste sea trasladado económicamente a los ciudadanos de nuestro país. Máxime cuando esa exigencia, a entender de la parte recurrente, no obedece a ninguna necesidad de orden sanitario que no pueda ser facilitada por el estado provincial que es el obligado a proveer, abastecer y garantizar los insumos médicos para la realización de testeos y detección de casos positivos de COVID-19.

Remarcaron los accionantes que la imposición de ese tributo a las personas que deseen ingresar al territorio de la provincia de Formosa no supera el examen de razonabilidad, ya

Fecha de firma: 16/07/2021

Firmado por: ALEJANDRO WALTER SLOKAR, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

Firmado por: M. ANDREA TELLECHEA SUAREZ, SECRETARIA DE CAMARA

Firmado por: CARLOS ALBERTO MAHIQUES, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

Firmado por: GUILLERMO JORGE YACOBUCCI, JUEZ DE CAMARA DE CASACION



#35483489#296524241#20210716154308217



Cámara Federal de Casación Penal

que el gobierno percibe fondos suficientes del Gobierno Federal para concretar aquellos objetivos de Salud Pública.

En esa senda discursiva señalaron que, si bien el decreto del PEN antes citado confiere a las autoridades provinciales potestad para dictar normas que limiten la circulación, en horarios o por zonas, con el fin de evitar situaciones que puedan favorecer la propagación del virus pandémico, ello no conlleva una autorización para que las autoridades locales restrinjan la circulación interjurisdiccional, que es competencia reservada exclusivamente al Gobierno Federal.

Destacaron que el gobierno formoseño dispuso que la negativa al pago del referido arancel constituye un impedimento para el ingreso al territorio provincial, y que su desconocimiento tiene como consecuencia diferentes amenazas y limitaciones a la libertad de circulación que se realizan sin orden de autoridad competente.

Alegaron los accionantes que no median fundamentos fácticos ni jurídicos que justifiquen el cobro de la referida tarifa, circunstancia que se agrava aún más en el caso de aquellas personas que no cuentan con los recursos necesarios para hacer frente al pago requerido. Entienden que condicionar el ingreso al poder adquisitivo de los interesados violenta el derecho a la igualdad de trato, reconocido constitucional y convencionalmente. Expresaron que en la regulación del mencionado arancel no se discrimina ni se consideran situaciones particulares relativas a la edad o a la vulnerabilidad, y solo se consigna como condición necesaria para entrar a la provincia contar con un certificado PCR con

un costo de entre \$5000 y \$7000, lo cual, en muchos casos, hace que sea imposible cumplir con tales requerimientos.

Subrayaron los impugnantes que la medida puesta en crisis supone la creación, de hecho, de una aduana interior, incompatible con la mencionada disposición constitucional. En ese sentido, dijeron que el pago por los PCR como requisito para el ingreso a Formosa devino en un tributo que no solo limita -más allá de lo tolerable- el derecho a la libre circulación, sino que configura también un modo irregular de recaudación de finalidad desconocida a cargo de la Dirección General De Rentas de la Provincia de Formosa.

Sobre el punto, se agraviaron los recurrentes de la omisión del tribunal *a quo* sobre la alegada violación al derecho de igualdad. Refirieron que si bien el órgano jurisdiccional de la anterior instancia sostuvo que se hallaban exceptuadas del pago las personas que acreditaran que debían trasladarse por motivos de salud o por estar incluidas en el listado de trabajadores esenciales, el motivo por el cual una persona egresa o ingresa a Formosa, o su condición de esencial, no era un argumento válido para justificar la razonabilidad de la medida.

Enfatizaron los accionantes que el *a quo* efectuó una errónea aplicación y valoración de la doctrina de la emergencia sanitaria por cuanto el cobro de un arancel en concepto de gastos de test de PCR, no responde a una medida de ese carácter -que, como tal resultaría incontrovertible- sino a una decisión política de trasladar a los ciudadanos responsabilidades y obligaciones que le caben al Estado.

Finalmente, recordaron que el planteo lleva entrañado un reclamo de alcance colectivo, cuestión que tampoco fue abordada adecuadamente por las anteriores instancias de decisión.

Hizo reserva del caso federal.

Fecha de firma: 16/07/2021

Firmado por: ALEJANDRO WALTER SLOKAR, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

Firmado por: M. ANDREA TELLECHEA SUAREZ, SECRETARIA DE CAMARA

Firmado por: CARLOS ALBERTO MAHIQUES, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

Firmado por: GUILLERMO JORGE YACOBUCI, JUEZ DE CAMARA DE CASACION



#35483489#296524241#20210716154308217



Cámara Federal de Casación Penal

III. Arribadas las actuaciones a este órgano jurisdiccional revisor, se les asignó el trámite especial previsto en el artículo 465 *bis* C.P.P.N. (texto según ley n° 26.374, B.O. N° 31.416 del 30/5/08).

El 15 de julio del corriente, se dejó constancia de haberse superado la etapa prevista en el art. 454, en virtud del art. 465 *bis* del ordenamiento ritual, oportunidad en la que las partes presentaron breves notas. Los accionantes reeditaron los argumentos articulados al momento de interponer la impugnación en trato, solicitando *"Se haga lugar al recurso de casación interpuesto por esta parte y (...) Se case la sentencia recurrida, y se orden[e] a la PROVINCIA DE FORMOSA que se abstenga de cobrar un arancel de ingreso por 'testeo'"*.

A su turno, la Fiscal de Estado de la provincia de Formosa, doctora Stella Maris Zabala, propició, por los argumentos allí expuestos, el rechazo del recurso interpuesto. Por último, el representante de la vindica pública, doctor Raúl Omar Pleé, de acuerdo a los argumentos obrantes en su presentación, solicitó se *"(...) haga lugar al [recurso], [se] revoque el fallo en crisis y, como allí se peticiona, [se] ordene a las autoridades de la provincia de Formosa 'a restablecer el derecho a la circulación con protocolos razonables que lo garanticen, sin violentarlo mas allá de lo razonable y tolerable', debiendo abstenerse de obligar a quien posea un test de PCR negativo vigente emitido en otra jurisdicción provincial a que erogue con su peculio un nuevo examen de este tipo para permitirle el ingreso a su territorio"*.

Así pues, la causa quedó en condiciones de ser resuelta.

IV. *In primis*, la acción resulta formalmente admisible al encuadrar los hechos denunciados en la presentación inicial en los supuestos del art. 3 de la ley 23.098. Se trata de una acción colectiva, inclusiva de una categoría indeterminada de personas que reclaman dejar sin efecto el impedimento originado en las apuntadas restricciones, aplicadas indiscriminadamente por las autoridades de esa provincia (cfr. en ese sentido, CSJN, Fallos: 328:1146).

El presente *habeas corpus* fue articulado por quienes se hallan subjetivamente legitimados, y si bien objetivamente, la decisión recurrida no es ninguna de las enumeradas en el art. 457 del ordenamiento de forma, ni la impugnación aparece prevista en los procedimientos de consulta y apelación de la ley n° 23.098 (arts. 10, 19 y 20), este tribunal debe conocer en la cuestión traída porque la medida objetada puede configurar una severa restricción a la libertad ambulatoria de imposible reparación ulterior. Ello, impone la admisibilidad de su tratamiento por esta vía en los términos de la doctrina judicial de la Corte Suprema *in re Di Nunzio* (Fallos, 328:1108) al alegarse fundadamente la concurrencia de una cuestión de naturaleza federal relativa a la violación de los derechos de libre circulación e igualdad.

En cualquier caso, la forma en que fueron planteados los agravios, se subordina a lo edictado en el segundo supuesto del art. 456 C.P.P.N., en cuanto se invoca un defecto de motivación de la resolución recurrida, y su eventual nulidad según el art. 123 C.P.P.N.

V. A fin de abordar adecuadamente la cuestión sometida a inspección jurisdiccional, conviene previamente reseñar los principales actos procesales cumplidos en el *subexamine*, y, a su través, determinar la jurisdicción revisora de este tribunal.





Cámara Federal de Casación Penal

Tal como surge del Sistema de Gestión Judicial LEX-100, el 3 de mayo del corriente, el senador nacional Luis Carlos Petcoff Naidenof y Martín Osvaldo Hernández, en representación de Oscar Eduardo Medina, Dahiana Florencia Barrera, Agustina Villaggi, Antonella Maglietti, Ramiro Sebastián Cima y Mónica Gisela Smith, con el patrocinio letrado de los abogados Agustina Villaggi, Elida Emilia Maciel, Juan Sebastián Montoya y Emanuel Zieseniss, presentaron una acción de *habeas corpus* orientada a que se le ordene a la provincia de Formosa el "(...) CESE DEL COBRO DE ARANCEL POR INGRESO EN CONCEPTO DE ANALISIS DE PCR COMO ASI TAMBIEN LA EXIGENCIA DE TRAER UN PCR NEGATIVO, se ordene el dictado de un protocolo de ingreso que garantice la LIBRE CIRCULACION, EL DERECHO A LA IGUALDAD, EL DERECHO A TRABAJAR, conforme lo establece la Constitución Nacional, DNU 168/21, y el fallo recaído en autos 593/21 s/ habeas corpus".

El 4 de mayo pasado, el Juzgado Federal n° 2 de Formosa rechazó, *in limine*, la acción interpuesta y elevó la decisión en consulta a la Cámara Federal de Apelaciones de Resistencia, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 10 de la ley 23.098. Así radicadas las actuaciones ante la alzada, el *a quo* revocó la resolución del inferior de grado y ordenó, previo pedido de informes a la Fiscalía de Estado de Formosa, que se lleve a cabo la audiencia prevista en el art. 14 de la norma mentada.

La doctora Stella Maris Zabala, Fiscal de Estado de la provincia de Formosa, planteó la incompetencia de la justicia federal para resolver la acción interpuesta y solicitó que se remitan las actuaciones a la Justicia Provincial. Entendió la mencionada funcionaria que los actores

carecían de legitimidad subjetiva pues no mediaban en el caso razones jurídicas de peso que los habilitaran a accionar en nombre del colectivo invocado. Explicó que la medida dispuesta por el estado provincial es razonable y está motivada en “(...) *la finalidad de preservar la salud de toda la comunidad, adoptándose en tal sentido medidas proporcionadas a la amenaza que se enfrenta, en forma razonable y temporaria*”. En esa dirección, refirió que similares medidas de control sanitario se tomaron en provincias como Corrientes, Santiago del Estero, Catamarca y Río Negro, en uso de facultades propias y con carácter temporal y transitorio.

Alegó que no resulta acertado aludir a “*aduanas interiores*” ya que no es asimilable el cobro de aranceles aduaneros con el que percibe el estado provincial por los hisopados de control, los cuales tuvieron origen como una medida sanitaria y “*no como una imposición aduanera*”. Descartó también una violación al principio de igualdad amparado constitucionalmente, ya que los sedicentes afectados siempre estuvieron exentos de abonar el monto correspondiente a los hisopados cuando fueran “*trabajadores esenciales*”, o presenten alguna afección de salud debidamente constatada, “*(...) mientras que las personas que no tengan recursos económicos, deben acreditar dichas circunstancias en forma suficiente, no bastando las meras alegaciones que no tengan sustento probatorio alguno(...)*”.

Aseveró que la normativa prevé que toda persona interesada en ingresar a la provincia de Formosa debe hacerlo con un test PCR negativo que no exceda las 72 horas previas al momento del ingreso, luego de lo cual se le realizará un primer hisopado “*cuyo costo se encuentra íntegramente a cargo del Estado provincial*”. La medida, afirmó, también determina que en los sucesivos días quinto y décimo, los interesados deben concurrir a los centros de salud establecidos por la





Cámara Federal de Casación Penal

autoridad sanitaria a los fines de realizarse los test de control, siendo estos dos últimos a cargo de los ingresantes.

Así las cosas, el 11 de mayo, el juzgado de primera instancia, resolvió no hacer lugar a la acción de *habeas corpus* presentada y "[e]xhortar a la Provincia de Formosa a los efectos de solicitar se inste a los operadores de control de ingreso en los puntos de acceso a la Provincia a instruirse y acatar los alcances y eximiciones de los requisitos de ingreso (pago del arancel por PCR de control) dispuestas en el protocolo vigente o en su caso clarificar públicamente el tipo de documentación necesarias para demostrar calidad de excepción, a los fines de no generar perjuicio a quienes en razón a su función y/o situación personal fueran contemplados como tal".

Luego de rechazar los planteos de incompetencia y ausencia de legitimidad subjetiva de la parte actora realizados por la Fiscal de Estado de Formosa, la jueza a cargo del Juzgado Federal n° 2 de esa provincia, expresó que no medió ningún acto u omisión por parte de la Administración Pública de ese estado que resulte contradictorio o arbitrariamente lesivo del "derecho a la libertad de los accionistas (...) ni, supletoriamente, a los restantes derechos consagrados por la Constitución Nacional que ameriten una actuación de reparo por parte de esta Magistratura mediante la vía pretendida".

Entendió entonces la magistrada, que la medida criticada era un acto de gestión administrativa, conformada según un plan de abordaje del estado de emergencia sanitaria realizado por la provincia de Formosa, y en función de su situación epidemiológica que ameritaba "(...) la toma de medidas

puntuales en estrecha relación a sus características e indicadores propios". Caracterizó a dicha exigencia como racional y proporcional a los efectos del diagnóstico temprano del COVID-19, resultando de ese modo "útil en resguardo de la salud pública" y consecuente con las necesidades del sistema sanitario el que, "(...) además de prever excepciones en su aplicación para el personal esencial, debe acentuar con mayor ímpetu la distribución de recursos e insumos de acuerdo a los indicadores que la autoridad competente estime más adecuados a fin de establecer prioridades".

La parte actora se alzó frente a la sobredicha resolución por vía del recurso de apelación previsto en el art. 19 de la ley 23.098, que fue concedido por la magistrada de la instancia originaria el 13 de mayo del año en curso.

La Fiscal de Estado de Formosa, a su turno, recusó a los integrantes de la Cámara Federal de Apelaciones de Resistencia, provincia de Chaco, órgano colegiado que oportunamente resolvió, a ese respecto, "1º) RECHAZAR IN LIMINE la recusación impetrada por la Sra. Fiscal de Estado contra el Tribunal en pleno. 2º) DESESTIMAR el recurso de apelación intentado por los peticionantes y, consecuentemente, CONFIRMAR la resolución de la magistrada a quo".

El a quo calificó a la acción articulada como tendiente a lograr la "(...) declaración de inconstitucionalidad del pago de un arancel que cubre la realización de dos hisopados, y del que se hallan exceptuadas las personas que acrediten que deben trasladarse por motivos de salud o por estar incluidos en el listado de trabajadores esenciales - conforme la Resolución 1/21 del Consejo de la Emergencia Covid y el decreto provincial N° 58/21". Desde tal perspectiva, y atendiendo al marcado aumento en el número de contagiados registrado en ese tiempo, indicó el tribunal que "(...) las medidas dispuestas no aparecen como desprovistas de

Fecha de firma: 16/07/2021

Firmado por: ALEJANDRO WALTER SLOKAR, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

Firmado por: M. ANDREA TELLECHEA SUAREZ, SECRETARIA DE CAMARA

Firmado por: CARLOS ALBERTO MAHIQUES, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

Firmado por: GUILLERMO JORGE YACOBUCCI, JUEZ DE CAMARA DE CASACION



#35483489#296524241#20210716154308217



Cámara Federal de Casación Penal

razonabilidad a la luz del objetivo que se intenta preservar, cual es la salud pública como bien común".

Sostuvo que no es procedente la pretensión de que se deje sin efecto el cobro de los hisopados exigidos por las autoridades sanitarias de la provincia en aquellos casos que no involucren específicas cuestiones de salud, sobre todo, cuando el país atraviesa una grave situación "(...) a causa de la segunda ola de la pandemia". Lo expuesto aparecería corroborado, según el *a quo*, con el resultado de la prueba documental incorporada en esa instancia por los actores, consistente en una planilla con la evolución de los casos desde el 1º de abril hasta el 12 de mayo, ambos de este año, que da cuenta del aumento en el número de contagios registrados en la provincia.

Concluyó el tribunal que tampoco las razones de índole familiar invocadas por los reclamantes, analizadas en el marco de la pandemia, traducen arbitrariedad ni una real afectación de derechos que excedan los márgenes de razonabilidad administrativa.

Sobre el carácter *colectivo* de la presentación, explicó el *a quo* que el examen relativo a la razonabilidad de las medidas sanitarias dispuestas, debe efectuarse en cada caso concreto, resultando improcedente cualquier declaración genérica de arbitrariedad sin atender a las condiciones particulares de cada supuesto.

La decisión fue impugnada, como quedó dicho, por el senador nacional Luis Carlos Petcoff Naidenoff, y Martín Osvaldo Hernández, quienes interpusieron el recurso de casación cuyos agravios fueron reseñados *supra*. La presentación fue concedida por el *a quo* el 10 de junio del

corriente, tras lo cual las actuaciones quedaron radicadas en esta Sala, asignándoseles el trámite especial previsto en el artículo 465 *bis* C.P.P.N. (Texto según ley n° 26.374, B.O. N° 31.416 del 30/5/08).

Sentado cuanto precede, la *quaestio iuris* finca entonces en determinar si el requerimiento de pago de cinco mil pesos (\$5000), en concepto de test de PCR, establecido de la manera en que se encuentra, y como condición necesaria para ingresar a la provincia de Formosa, limita irrazonable e ilegítimamente el derecho de libre circulación invocado por los recurrentes.

VI. El planteo requiere, en primer término, precisar cuál es el marco normativo, tanto a nivel nacional como provincial, que contextualiza la petición en estudio.

Por Decreto N° 100/20, del 16 de marzo de 2020, el Poder Ejecutivo de la provincia de Formosa, en lo que aquí interesa, creó el *"Consejo de Atención Integral de la Emergencia COVID-19, integrado por los titulares de los Ministerios y Secretarías de Estado y Coordinado por el Jefe de Gabinete de Ministros, a fin de implementar las medidas dispuestas por el presente decreto y ampliarlas o modificarlas a partir de la evolución epidemiológica del coronavirus, tendientes al abordaje integral de la situación"*.

La Legislatura provincial, por su parte, sancionó, el 11 de noviembre de 2020 (public. en el Boletín Oficial provincial el 12 de noviembre de ese año), la ley 1697 que reconoció *"(...) con rango de Ley a la estrategia sanitaria de la Provincia de Formosa frente al brote del Coronavirus COVID-19, declarado como pandemia por la Organización Mundial de la Salud (OMS) y desplegada en el marco de la emergencia pública en materia sanitaria establecida por Ley Nacional N° 27.541, ampliada por el plazo de un año por el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 260/20 del Poder Ejecutivo Nacional y las respectivas adhesiones provinciales"*. Lo expresado, abarca,

Fecha de firma: 16/07/2021

Firmado por: ALEJANDRO WALTER SLOKAR, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

Firmado por: M. ANDREA TELLECHEA SUAREZ, SECRETARIA DE CAMARA

Firmado por: CARLOS ALBERTO MAHIQUES, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

Firmado por: GUILLERMO JORGE YACOBUCI, JUEZ DE CAMARA DE CASACION



#35483489#296524241#20210716154308217



Cámara Federal de Casación Penal

según el art. 2 de dicha norma "(...) los decretos del Poder Ejecutivo Provincial y a las resoluciones el Consejo de Atención Integral de la Emergencia COVID-19, dictados y a dictarse en el ejercicio de sus respectivas competencias y en el marco de la emergencia pública en materia sanitaria mencionada, la autonomía provincial, el sistema republicano de gobierno y la organización federal del Estado Argentino".

A su vez, mediante el decreto N° 36/21, del 14 de marzo de 2021, la provincia de Formosa adhirió "(...) a las medidas sanitarias dispuestas por el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 168/21 del Poder Ejecutivo Nacional, en el marco de la pandemia COVID-19 declarada por la Organización Mundial de la Salud, y en los términos de lo resuelto en el día de la fecha por el Consejo de Atención Integral de la Emergencia COVID-19".

Aquel decreto del Poder Ejecutivo Nacional, que los actores entienden vulnerado, consignó: "ARTÍCULO 3º.- SUSTITUCIÓN DEL ARTÍCULO 4º DEL DECRETO N° 125/21: Sustitúyese el artículo 4º del Decreto N° 125/21, por el siguiente: 'ARTÍCULO 4º.- LÍMITES A LA CIRCULACIÓN: En atención a las condiciones epidemiológicas y a la evaluación de riesgo y de expansión de COVID-19, en los distintos aglomerados, departamentos y partidos de la jurisdicción a su cargo, las autoridades provinciales y de la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES podrán dictar normas para limitar la circulación por horarios o por zonas, con el fin de evitar situaciones que puedan favorecer la propagación del virus SARS-CoV-2. Estas medidas deberán ser temporarias y fundadas, y deberán contar con la aprobación de la autoridad sanitaria jurisdiccional'. (...) 'Toda vez que a la fecha del dictado de este decreto la

totalidad del territorio nacional se encuentra alcanzada por lo dispuesto en el artículo 2° del presente, las autoridades de las Provincias y de la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES podrán disponer el aislamiento de las personas que ingresen a las jurisdicciones a su cargo provenientes de otras provincias argentinas o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cuando las mismas revistan la condición de 'caso sospechoso', la condición de 'caso confirmado' de COVID-19 o cuando presenten síntomas de COVID-19 o sean contacto estrecho de quienes padecen la enfermedad, en los términos del artículo 22 del presente y del artículo 7° del Decreto N° 260/20 y sus modificatorios'".

Los términos de dicha disposición fueron prorrogados mediante los Decretos PEN n° 235 del 8 de abril; 241 del 15 de abril; 287 del 30 de abril; 334 del 21 de mayo; 381 del 11 de junio; 411 del 26 de junio; 455 del 9 de julio; todos del corriente año. De su parte, la provincia de Formosa adhirió a todos esos decretos con sus similares n° 52 del 9 de abril; 58 del 16 de abril; 62 del 3 de mayo; 73 del 26 de mayo; y 81 del 12 de junio, respectivamente, también del año en curso.

Asimismo, por vía del parte informativo del día 26 de junio, el Consejo de Atención Integral de la Emergencia COVID-19 "Dr. Enrique Servián", estableció, en el punto 6, "(...) adherir a lo dispuesto por el DNU N° 411/21, extendiendo las medidas preventivas y protocolos sanitarios actualmente vigentes hasta el viernes 9 de julio inclusive". Lo propio hizo en su similar del día 10 de julio, en el que resolvió "(...) adherir a lo dispuesto por el DNU N° 455/21, extendiendo las medidas preventivas y protocolos sanitarios actualmente vigentes hasta el viernes 6 de agosto inclusive". (cfr. https://archivos.formosa.gob.ar/media/uploads/documentos/documento_1624722665.pdf y https://archivos.formosa.gob.ar/media/uploads/documentos/documento_1625938895.pdf, respectivamente).

Fecha de firma: 16/07/2021

Firmado por: ALEJANDRO WALTER SLOKAR, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

Firmado por: M. ANDREA TELLECHEA SUAREZ, SECRETARIA DE CAMARA

Firmado por: CARLOS ALBERTO MAHIQUES, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

Firmado por: GUILLERMO JORGE YACOBUCI, JUEZ DE CAMARA DE CASACION



#35483489#296524241#20210716154308217



Cámara Federal de Casación Penal

El mencionado Consejo, además, mediante la Resolución N° 1 del 22 de marzo de 2021, aprobó el "Protocolo Sanitario para el Ingreso de Personas a la Provincia de Formosa", por el que aquellos "(...) que acrediten haber transitado la enfermedad del COVID-19 o haber sido vacunadas contra esta enfermedad, (...) se les requerirá un hisopado de control de ingreso para testeo a COVID-19 y toma de muestras para test de anticuerpos neutralizantes para coronavirus, además de la suscripción de la declaración jurada correspondiente y consentimiento informado de los protocolos sanitarios vigentes." "Que respecto a las personas que deseen ingresar y no encuadren en ninguno de los supuestos anteriores, se les realizará un hisopado de control para testeo a coronavirus a su ingreso a la provincia, además de la suscripción de la declaración jurada correspondiente y consentimiento informado del esquema de controles sanitarios aplicables, debiendo comprometerse a reiterar el testeo de PCR a coronavirus en los días 5° y 10° desde la fecha de ingreso, acudiendo al centro de salud u hospital más cercano a su domicilio para la toma de muestras". (cfr. su actualiz. en https://formosa.gob.ar/modulos/gobierno/templates/media/protocolo_sanitario_ingreso_2021.pdf).

De su lado, el Ministro de la Comunidad, a cargo del Ministerio de Desarrollo Humano, doctor Aníbal F. Gómez, aprobó, mediante el Anexo Resolución n° 01.129/2021, el "Protocolo de Egreso de Personas de Ciudades o Zonas con Incidencia Diferenciada de COVID-19", que prevé el ingreso o egreso desde ciudades, localidades o zonas que tengan una tasa de incidencia acumulada igual o mayor a 50 nuevos casos por / 100 mil habitantes en los últimos 14 días. Allí, por principio

general, se estableció que toda persona que egrese de ese tipo de ciudades, localidades o zonas, "(...) deberá contar con un resultado de PCR negativo realizado en las últimas 48 horas. Al momento del hisopado, deberá informar sus datos personales, de contacto y lugar de destino con carácter de declaración jurada. Si la persona permanecerá más de tres (3) días fuera de la ciudad o zona de la que egresó, deben concurrir al hospital o Centro de Salud más cercano para reiterar el test de PCR los días 5º y 10º contados desde el día del primer hisopado". (cfr. https://formosa.gob.ar/modulos/gobierno/templates/media/protocolo_egreso_incidencia.pdf).

El 1º de mayo de 2021, el mencionado Consejo dispuso, en lo aquí concierne, "(...) el 'aislamiento social, preventivo y obligatorio' de manera transitoria por 14 días y focalizado de las ciudades de Formosa y Clorinda, a partir de las 00 horas del día 2 de mayo del corriente y hasta el día 15 de mayo inclusive. **ARTICULO 2º:** Dispóngase que mientras dure el 'aislamiento social, preventivo y obligatorio', las personas deberán permanecer en sus residencias habituales o en la residencia en que se encuentren al momento de inicio de la medida dispuesta. Deberán abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo y no podrán desplazarse por rutas, calles, avenidas y espacios públicos. Solo podrán realizar desplazamientos mínimos e indispensables para aprovisionarse de alimentos, artículos de limpieza y medicamentos. **ARTICULO 3º:** La Policía de la Provincia de Formosa dispondrá controles permanentes en rutas, calles, avenidas y espacios públicos, accesos y demás lugares estratégicos, para garantizar el cumplimiento del 'aislamiento social, preventivo y obligatorio'. **ARTICULO 4º:** Durante la vigencia del 'aislamiento social, preventivo y obligatorio' quedan suspendidas en las ciudades de Formosa y Clorinda, todas las medidas de flexibilización de actividades dispuestas en el

Fecha de firma: 16/07/2021

Firmado por: ALEJANDRO WALTER SLOKAR, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

Firmado por: M. ANDREA TELLECHEA SUAREZ, SECRETARIA DE CAMARA

Firmado por: CARLOS ALBERTO MAHIQUES, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

Firmado por: GUILLERMO JORGE YACOBUCI, JUEZ DE CAMARA DE CASACION



#35483489#296524241#20210716154308217



Cámara Federal de Casación Penal

territorio provincial. **ARTICULO 5°:** Quedan exceptuadas del cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 1° de la presente y de la prohibición de circular, las personas afectadas a las actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia, según se detalla a continuación, y sus desplazamientos deberán limitarse al estricto cumplimiento de esas actividades y servicios: 1. Personal de salud, personal docente, fuerzas de seguridad, fuerzas armadas, actividad migratoria, servicio meteorológico nacional y bomberos. 2. Autoridades superiores de los gobiernos nacional, provincial, municipal; y los trabajadores del sector público nacional, provincial, municipal convocados para garantizar actividades esenciales requeridas por las respectivas autoridades. 3. Personal de los servicios de justicia de turno, conforme establezca la autoridad competente. 4. Personal diplomático y consular extranjero acreditado ante el gobierno argentino, en el marco de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y la Convención de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares. 5. Personas que deban asistir a otras con discapacidad; familiares que necesiten asistencia; a personas mayores; cuidar y asistir a niños, a niñas y a adolescentes. 6. Personas que deban atender una situación de fuerza mayor debidamente fundada. 7. Personas afectadas a la realización de servicios funerarios, entierros y cremaciones. No se autorizan actividades que signifiquen reunión de personas (velatorios). 8. Personas afectadas a la atención de comedores escolares, comunitarios y merenderos. 9. Personal que se desempeña en los servicios de comunicación audiovisuales, radiales y gráficos. 10. Personal afectado a obra pública. 11. Supermercados mayoristas y minoristas y comercios minoristas de proximidad.

Farmacias. Ferreterías. Veterinarias. Provisión de combustible y garrafas. 12. Industrias de alimentación, su cadena productiva e insumos; de higiene personal y limpieza; de equipamiento médico, medicamentos, vacunas y otros insumos sanitarios. 13. Actividades vinculadas con la producción, distribución y comercialización agropecuaria y de pesca. 14. Actividades de telecomunicaciones, internet fija y móvil y servicios digitales. 15. Actividades impostergables vinculadas con el comercio exterior. 16. Recolección, transporte y tratamiento de residuos sólidos urbanos, peligrosos y patogénicos. 17. Mantenimiento de los servicios básicos (agua, electricidad, gas, comunicaciones, etc.) y atención de emergencias. 18. Transporte de mercaderías, petróleo, combustibles y GLP. 19. Reparto a domicilio de alimentos, medicamentos, productos de higiene, de limpieza y otros insumos de necesidad. 20. Servicios postales y de distribución de paquetería. 21. Servicios esenciales de vigilancia, limpieza y guardia. 22. Servicios bancarios esenciales, servicios de cajeros automáticos y transporte de caudales. 3. Actividades y servicios esenciales referidos, a la obra privada de infraestructura energética. 24. Atención médica y odontológica urgente programada, de carácter preventivo y seguimiento de enfermedades crónicas, con sistema de turno previo y con todas las medidas de bioseguridad. 25. Autoridades Legislativas Nacionales. 26. Establecimientos que desarrollen actividades de cobranza de servicios e impuestos. 27. Hoteles afectados al servicio de emergencia sanitaria. También deberán garantizar las prestaciones a las personas que se hallaren alojadas en los mismos. 28. Venta de artículos de librería e insumos informáticos, exclusivamente bajo la modalidad de entrega a domicilio. 29. Laboratorios de análisis clínicos y centros de diagnóstico por imagen, con sistema de turno previo, para urgencias, con todas las medidas de bioseguridad. 30. Ópticas, con sistema de turno previo. 31.

Fecha de firma: 16/07/2021

Firmado por: ALEJANDRO WALTER SLOKAR, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

Firmado por: M. ANDREA TELLECHEA SUAREZ, SECRETARIA DE CAMARA

Firmado por: CARLOS ALBERTO MAHIQUES, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

Firmado por: GUILLERMO JORGE YACOBUCI, JUEZ DE CAMARA DE CASACION



#35483489#296524241#20210716154308217



Cámara Federal de Casación Penal

Talleres para mantenimiento y reparación de automotores, motocicletas y bicicletas, exclusivamente para vehículos de las fuerzas de seguridad y fuerzas armadas, vehículos afectados a las prestaciones de salud o al personal con autorización para circular, conforme la normativa vigente. 32. Venta de mercadería ya elaborada de comercios minoristas, a través de plataformas de comercio electrónico, venta telefónica y otros mecanismos que no requieran contacto personal con clientes y únicamente mediante la modalidad de entrega a domicilio con los debidos resguardos sanitarios, protocolos y planificación de la logística. 33. Empresas que prestan servicios de Call Center o Centros de Contacto, no pudiendo superar una ocupación de más de 50% de la capacidad instalada. 34. Transporte público de pasajeros para uso exclusivo del personal esencial. 35. Guardias mínimas que aseguren la operación y mantenimiento de Yacimientos de Petróleo y Gas, plantas de tratamiento y/o refinación de Petróleo y gas, transporte y distribución de energía eléctrica, combustibles líquidos, petróleo y gas, estaciones expendedoras de combustibles y generadores de energía eléctrica" (cfr. pub. del Boletín Oficial de la provincia de Formosa del 3 de mayo de 2021).

La vigencia de los referidos protocolos de ingreso y egreso a la provincia de Formosa fue prorrogada por los decretos n° 73/21, 81/21, y por los partes informativos del Consejo de Atención Integral de la Emergencia COVID-19 "Dr. Enrique Servián", citados precedentemente.

En lo concerniente a la operatoria de los testeos de PCR realizados a los ingresantes en la provincia de Formosa, informó la contadora pública Marcela C. Arias -Directora de la

Dirección General de Rentas de Formosa-, que es esa agencia estatal la encargada de recaudar los fondos procedentes del pago de los mismos, y que aquel producido se acredita en la cuenta bancaria del Banco de Formosa S.A., a nombre de la Tesorería General de esa provincia.

VII. Tal es, conforme la precedente reseña, el específico marco de la normativa en vigencia respecto de los hechos juzgados. La Constitución Nacional, a su vez, reconoce, en sus artículos 8 y 14, a todos los habitantes de la Nación, el derecho a transitar libremente en su territorio.

Ese derecho es reconocido, de igual manera, en los instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos, tanto por la Convención Americana en la materia -art. 22 inc. 1-, como por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -art. 12-, ambos con jerarquía constitucional (artículo 75, inciso 22, de C.N.). Sabido es también, que el ejercicio de dicho derecho puede ser restringido en virtud de una ley, cuando sea necesario para proteger un interés prevalente, por ejemplo, la Salud Pública, aunque tales restricciones deben ser compatibles con los demás derechos reconocidos en esos pactos, como expresamente se previó en el inc. 3ro. de ambos artículos citados.

Lo discutido, entonces, es si resulta, o no, razonable, una restricción al libre tránsito basada en la aplicación de medidas de preservación de la Salud Pública por parte del gobierno de la provincia de Formosa, a través del cobro de cinco mil pesos (\$5000) en concepto de realización de un test PCR, de la forma en que se encuentra instrumentado, como condición necesaria para el ingreso a ese territorio.

Así planteada la cuestión, la resolución recurrida cuenta con fundamentación solo aparente, lo cual impide considerarla como acto jurisdiccional válido, en los términos del art. 123 del ordenamiento ritual. En el caso, la arbitrariedad radica en que la conclusión a la que arriba el a

Fecha de firma: 16/07/2021

Firmado por: ALEJANDRO WALTER SLOKAR, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

Firmado por: M. ANDREA TELLECHEA SUAREZ, SECRETARIA DE CAMARA

Firmado por: CARLOS ALBERTO MAHIQUES, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

Firmado por: GUILLERMO JORGE YACOBUCCI, JUEZ DE CAMARA DE CASACION



#35483489#296524241#20210716154308217



Cámara Federal de Casación Penal

quo, exhibe fisuras lógicas y errores jurídicos que privan al discurso judicial de un adecuado fundamento.

En casos como el de trato, la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación suministra significativas balizas interpretativas acerca de la valoración comparativa de dos intereses jurídicamente protegidos, con el fin de salvaguardar en la mejor forma posible a ambos, dentro de los criterios axiológicos que surgen del mismo orden jurídico, y de la medida de protección que el legislador consideró digno de revestir a uno y otro. La cuestión radica entonces en valorar ambos derechos en las especiales circunstancias de la causa y en el conjunto orgánico del ordenamiento jurídico (Fallos: 302:1284).

En igual registro hermenéutico se inscribe la Declaración emitida el 9 de abril de 2020 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, titulada "*COVID-19 y Derechos Humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de Derechos Humanos y respetando las obligaciones internacionales*". Los términos de ese documento, recibido también por el alto tribunal, instan a que *la adopción y la implementación de medidas, dentro de la estrategia y esfuerzos que los Estados Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos estaban realizando para abordar y contener esta situación que concierne a la vida y salud pública, se efectúe en el marco del Estado de Derecho, con el pleno respeto a los instrumentos interamericanos de protección de los derechos humanos y los estándares desarrollados en la jurisprudencia de ese órgano jurisdiccional.* (cfr.

<https://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/cp-27-2020.html>).

Se alude allí, entre otras, en consideraciones particulares, a *"Todas aquellas medidas que los Estados adopten para hacer frente a esta pandemia y puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos"*.

Llegada la hora de poner en acto tales ponderaciones, incumbe al Poder Judicial la tarea de controlar o limitar, en su caso, el alcance de las actividades desarrolladas por los otros poderes del Estado y, en ese marco, de adoptar las medidas conducentes de modo que, sin menoscabar las atribuciones de estos últimos, se asegure la observancia de la Constitución Nacional (conf. Fallos: 331:2925; 341:39, entre otros). En efecto, *"corresponde al Poder Judicial de la Nación buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos y evitar que estos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento. No debe verse en ello una intromisión indebida del Poder Judicial cuando lo único que hace es tender a tutelar derechos, o suplir omisiones en la medida en que dichos derechos pueden estar lesionados"* (Fallos: 328:1146; 330:111 y 4134; 331:2925, entre otros).

Cumple evocar, por su pertinencia al subexamine, el reciente precedente de la Corte Suprema FRE 2774/2020/CS1 Originario. Lee, Carlos Roberto y otro c/ Consejo de Atención Integral de la Emergencia Covid-19 Provincia de Formosa s/ amparo-amparo colectivo (expediente digital), del 19 de noviembre de 2020 (cfr. Fallos: 343:1704). Allí, el supremo

Fecha de firma: 16/07/2021

Firmado por: ALEJANDRO WALTER SLOKAR, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

Firmado por: M. ANDREA TELLECHEA SUAREZ, SECRETARIA DE CAMARA

Firmado por: CARLOS ALBERTO MAHIQUES, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

Firmado por: GUILLERMO JORGE YACOBUCCI, JUEZ DE CAMARA DE CASACION



#35483489#296524241#20210716154308217



Cámara Federal de Casación Penal

tribunal afirmó que no pueden desconocerse las facultades con las que cuenta la provincia de Formosa para establecer en su territorio las medidas de prevención que considere adecuadas en el contexto de la particular situación de emergencia sanitaria, pero que dichas potestades deben ejercerse de modo razonable y respetando siempre los estándares constitucionales.

Las restricciones impuestas por las autoridades locales de realizar el PCR en las condiciones expuestas, aun considerando aquella finalidad protectora, debieron, para superar el test de legalidad constitucional, consultar criterios de razonabilidad compatibles con el mandato del art. 28 de la Constitución Nacional. Ello no ocurre cuando se afecta insanablemente el ejercicio de libertades individuales -entre ellas, la de circular libremente-, en un contexto como el examinado, donde el requerimiento de pago dirigido a cada persona que quiera ingresar a Formosa previo pago de cinco mil pesos (\$5000) -con la sola excepción de unos pocos autorizados- importa, al menos en la forma en que fue regulado, una irrazonable y desproporcionada limitación insusceptible de ser coonestada en esta sede judicial.

Repárese también que ya desde la aprobación del "Protocolo Sanitario para el Ingreso a la Provincia de Formosa" mediante la Resolución N° 1 del 22 de marzo de 2021, del Consejo de Atención Integral de la Emergencia COVID-19 "Dr. Enrique Servián", estaba prevista la exigencia de un test -gratuito- PCR para ingresar a la provincia, que debía ser repetido en los días quinto y décimo de permanencia en ese territorio. La disposición así concebida y durante su vigencia no fue cuestionada por la parte actora, que expresó al

interponer la presente acción, que "(...) más allá de que la exigencia de 3 PCR nos parecería exagerado. No lo hicimos [por]que el Estado se hacía cargo del costo de sus propios requisitos".

Tampoco la introducción por el gobierno local de un pago en concepto de arancel o tasa por la realización de los tests de PCR (percibido por la Dirección General De Rentas de la provincia de Formosa), estuvo precedida de una adecuada fundamentación que explique el motivo por el cual se modificó el esquema antes vigente -que no exigía suma alguna para su implementación-, ni el criterio por el que se fijó en \$5.000, el monto para cada prueba. El sistema así previsto, por fuera de las excepciones de pago contempladas y de su irregular acatamiento, resulta inadmisibile en tanto supedita el ejercicio de derechos fundamentales a una determinada capacidad económica de los ciudadanos, sin contemplar un escenario en el que la provincia asuma los costos económicos de esas medidas, ni, en cuyo caso, explique la imposibilidad de hacerlo.

La garantía de la igualdad no es efectiva cuando no concurren "*objetivas razones*" de diferenciación que no merezcan la tacha de irrazonabilidad (cfr. Fallos: 302:484 y 313:1638, espec. consid. 11). Por eso, contra lo expresado por la Fiscal de Estado de Formosa ante el *a quo*, y reiterado en esta instancia, la limitación del derecho constitucional a la libre circulación dispuesta en el citado protocolo no aparece respetuosa del derecho a la igualdad contenido en el art. 16 de la Carta Magna. Dicha restricción, expresada según un criterio de diferenciación individual arbitrario como la aptitud económica individual, tuvo por fuente a un protocolo que tampoco prevé otros mecanismos alternativos o especiales para aquellos casos donde el interesado alegue fundadamente su imposibilidad de afrontar el pago de las sumas requeridas. Sirva como ejemplo de la falibilidad del sistema implementado,

Fecha de firma: 16/07/2021

Firmado por: ALEJANDRO WALTER SLOKAR, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

Firmado por: M. ANDREA TELLECHEA SUAREZ, SECRETARIA DE CAMARA

Firmado por: CARLOS ALBERTO MAHIQUES, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

Firmado por: GUILLERMO JORGE YACOBUCCI, JUEZ DE CAMARA DE CASACION



#35483489#296524241#20210716154308217



Cámara Federal de Casación Penal

la situación del ciudadano Ramiro Cima, quien fue obligado a abonar el pago de los hisopados pese a su condición de trabajador esencial, expresamente excluido de esa obligación.

Las apuntadas verificaciones evidencian la necesidad de revisar el marco regulatorio que impone la exigencia dineraria vinculada al costo del test de PCR, de modo de que la autoridad de aplicación prevea, en un futuro, incluir excepciones proporcionales conformadas al standard constitucional de igualdad ante la ley. Entre ellas, naturalmente, las de la capacidad económica, en concreto, de quienes habrán de afrontar el coste del servicio sanitario. De igual modo, deviene imperioso que las mismas autoridades definan el mecanismo de control en la instrumentación del protocolo a los fines de evitar vulneraciones de derechos fundamentales.

Ello, corresponde señalar, no se encuentra relativizado por las expresiones de la Fiscal de Estado de la provincia de Formosa en esta instancia, quien refirió que "(...) *con respecto a las personas que carezcan de recursos económicos para afrontar los gastos de los test de PCR, y que no se encuentren dentro de las excepciones descriptas anteriormente, (...) deben remitir una solicitud de exención del pago del arancel al Consejo de Atención Integral de la Emergencia COVID-19, por los canales de comunicación electrónicos habilitados, (covid19@formosa.gob.ar) fundando las mismas en 'razones de índole humanitaria' debiendo acompañar y/o adjuntar las documentaciones pertinentes que acrediten dichas circunstancias de hecho a los fines de evaluar cada caso en concreto y no de una forma general y abstracta sin elementos de convicción necesarios (...)*".

Dicho mecanismo de comunicación tendiente a gestionar la excepción del requerimiento de pago en concepto de test de PCR, según la precedente descripción, no resulta apto para garantizar el efectivo ejercicio del derecho a la libre circulación para aquellas personas que no puedan abonarlos. Se omite, de esa forma, especificar el real tenor, duración de la interacción y plazo para responder de la provincia de Formosa, debiendo ser ésta, habida cuenta del derecho constitucional que se reclama -a la libre circulación-, inmediata, a los fines de no menoscabar su ejercicio. Desde esta perspectiva, así instrumentado, el mecanismo previsto no cumple con las exigencias requeridas para habilitar dichas excepciones.

Otra significativa circunstancia que denuncia la irrazonabilidad de la medida es su prolongada extensión temporal. En palabras de la Fiscal de Estado, por sus características, estas son temporales y transitorias, aunque las del caso se volvieron la regla, con el agravante de que se introdujo la obligatoriedad del pago de cinco mil pesos al ingreso, sin discriminar la persona a quien se le exigía ese pago, ni definir, *ex ante*, el tiempo de su vigencia, habiéndose prorrogado sucesivamente, como quedó reseñado *supra*. Así vino a configurarse *sine die*, un condicionamiento a la autonomía y a la garantía ambulatoria de un número indeterminado de personas.

En el citado precedente *Lee*, dijo la Corte Suprema *"Que aun cuando es cierto que no hay derechos absolutos, no menos cierto es que el poder del gobierno para recortarlos de acuerdo con sus necesidades, sean o no de emergencia, es mucho menos que absoluto. Los tribunales deben examinar con creciente rigor las intervenciones en los derechos individuales, a medida que estas se tornan más intensas y prolongadas, para establecer no solo si está justificada la validez en general de la medida, sino también su alcance"*.

Fecha de firma: 16/07/2021

Firmado por: ALEJANDRO WALTER SLOKAR, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

Firmado por: M. ANDREA TELLECHEA SUAREZ, SECRETARIA DE CAMARA

Firmado por: CARLOS ALBERTO MAHIQUES, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

Firmado por: GUILLERMO JORGE YACOBUCCI, JUEZ DE CAMARA DE CASACION



#35483489#296524241#20210716154308217



Cámara Federal de Casación Penal

No caben dudas, a esta altura, que en el supuesto denunciado, hubo un inocultable incremento en la intensidad de la restricción a la libre circulación, reflejado en la exigencia indiscriminada de un pago como condición *sine qua non* para ingresar al territorio provincial, agravado por su prolongada duración.

La verdad, también en derecho, es "*una cuestión de proporción*", y de razonabilidad. Y el gobierno provincial no ha hecho, en el ámbito que le es propio, un uso compatible con sus facultades de diseñar prudencialmente una política pública de salvaguarda del bien jurídico Salud Pública, compatibilizándolo con el derecho constitucional a la libre circulación.

El tantas veces mencionado protocolo ya había sido cuestionado por vía de acción de *habeas corpus*, por distintos motivos, y en reiteradas oportunidades. Las pretensiones de los distintos accionantes encontraron favorable recepción por parte de distintos órganos jurisdiccionales, entre los que se destaca, la resolución recaída en autos 593/21, de la Cámara Federal de Apelaciones de Resistencia, el 25 de marzo de 2021. Entendió entonces el *a quo* que constituyeron un exceso en las atribuciones de las autoridades provinciales que afectaron de manera arbitraria la libertad ambulatoria de las personas, la medida dispuesta por el Consejo de Atención Integral de la Emergencia COVID-19 de Formosa, de imponer el aislamiento obligatorio de personas que ingresaban al territorio provincial, sin considerar si las mismas encuadraban, o no, en alguno de los supuestos previstos en el art. 3 del DNU 168/21, así como la amenaza de imputación penal en caso de incumplimiento de dicho aislamiento.

En las referidas circunstancias, quedó igualmente de manifiesto, como se le hizo saber al gobierno provincial en esas actuaciones, la reiterada falta de políticas realistas y razonables tendientes a preservar la Salud Pública según criterios de proporcionalidad entre los derechos cuya protección se persigue, y aquellos que resultaron limitados, como lo es, en este caso, el de la libre circulación.

VIII. Conforme lo dicho hasta aquí, se trata de una medida irrazonable e ilegítima que conlleva una limitación inadmisibles al derecho de libre circulación que debe cesar de manera inmediata.

El art. 6 de la ley 23.098, establece que *“Los jueces podrán declarar de oficio en el caso concreto la inconstitucionalidad, cuando la limitación de la libertad se lleve a cabo por orden escrita de una autoridad que obra en virtud de un precepto legal contrario a la Constitución Nacional”*. En esa inteligencia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación aseveró que, *“la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, pues las leyes dictadas de acuerdo a los mecanismos previstos en la Carta Fundamental gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente, y obliga a ejercer dicha atribución con la sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable”* (Fallos: 314:424; 319:178; 266:688; 248:73; 300:241), y de *“incompatibilidad inconciliable”* (Fallos: 322:842; y 322:919). Esta declaración, entonces, solo resulta procedente cuando no medie la posibilidad de otorgarle a las normas en juego una interpretación que se compadezca con los principios y garantías de la Constitución Nacional (cfr. CSJN: Fallos 310:500, 310:1799, 315:1958, entre otros).

Más aun, el principio de razonabilidad exige que deba cuidarse especialmente que los preceptos mantengan coherencia

Fecha de firma: 16/07/2021

Firmado por: ALEJANDRO WALTER SLOKAR, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

Firmado por: M. ANDREA TELLECHEA SUAREZ, SECRETARIA DE CAMARA

Firmado por: CARLOS ALBERTO MAHIQUES, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

Firmado por: GUILLERMO JORGE YACOBUCI, JUEZ DE CAMARA DE CASACION



#35483489#296524241#20210716154308217



Cámara Federal de Casación Penal

con las reglas constitucionales durante todo el lapso que dure su vigencia, de suerte que su aplicación no resulte contradictoria con lo establecido por la Constitución Nacional (Fallos: 316:3104; 328:566; 337:1464; 340:1480).

También con remarcable univocidad, la Corte destacó que *"en virtud de la facultad que otorga el art. 75, inc. 12 de la CN, resulta propio del Poder Legislativo declarar la criminalidad de los actos, desincriminar otros e imponer penas y asimismo y en su consecuencia, aumentar o disminuir la escala penal en los casos en que lo estima pertinente, de tal suerte que el único juicio que corresponde emitir a los tribunales es el referente a la constitucionalidad de las leyes, a fin de discernir si media restricción de los principios consagrados en la Carta Fundamental, sin inmiscuirse en el examen de la conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones"* (Fallos: 327:1479).

Como consecuencia de lo expresado, no es posible mantener la vigencia del *"Protocolo Sanitario para el Ingreso de Personas a la Provincia de Formosa"* en tanto representa el instrumento desde donde emana la normativa contraria a los derechos constitucionales vulnerados en este caso. A ese fin, la tarea de los magistrados, en el marco de la acción prevista por la ley 23.098, y con ajuste a los arts. 6 y 17 de esa norma, no se agota con la verificación del acto lesivo de derechos constitucionales, sino que, cuando ello así se lo concluyó, deberá pronunciarse por su cesación, de conformidad con el inc. 4to. del artículo citado en último término.

En definitiva, siendo la obligatoriedad del pago de cinco mil pesos (\$5000) a la totalidad de los posibles

ingresantes al territorio formoseño lo que torna lesiva de derechos fundamentales la medida sanitaria dispuesta, en tanto supedita con ello a la capacidad económica el ejercicio de libre circulación, de forma indiscriminada y sin contemplar alternativas razonables para aquellas personas que no puedan afrontarlo, y no existiendo medida alternativa menos gravosa para lograrlo, corresponde declarar la inconstitucionalidad del "Protocolo Sanitario para el Ingreso de Personas a la Provincia de Formosa".

Asimismo, se dispondrá el cese del requerimiento indiscriminado de pago en concepto de test PCR, como condición necesaria para ingresar en la provincia de Formosa, sin perjuicio de instrumentar dentro del marco de razonabilidad y proporcionalidad, las medidas sanitarias que se estimen correspondientes a fin de salvaguardar la Salud Pública en el actual contexto pandémico. En ese orden, deberán privilegiarse aquellas menos intrusivas e inmediatas, a los efectos de no limitar irrazonablemente el derecho a la libre circulación (art. 14 C.N.).

IX. Por lo expuesto, propongo al acuerdo, I. Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la parte actora, sin costas en la instancia, y casar la resolución recurrida (arts. 454, 455, 456, 465 bis, 470, 530 y 531 del C.P.P.N.). II. Hacer lugar a la acción de *habeas corpus* interpuesta en el presente (art. 3 de la ley 23.098). III. Declarar la inconstitucionalidad del "Protocolo Sanitario para el Ingreso de Personas a la Provincia de Formosa", aprobado por Resolución N° 1 del 22 de marzo de 2021 del Consejo de Atención Integral de la Emergencia COVID-19 "Dr. Enrique Servián", y sus modificatorias (art. 6 de la ley 23.098). IV. Ordenar el cese del requerimiento indiscriminado de pago en concepto de test PCR, como condición necesaria para ingresar en la provincia de Formosa, sin perjuicio de instrumentar dentro del marco de razonabilidad y proporcionalidad, las

Fecha de firma: 16/07/2021

Firmado por: ALEJANDRO WALTER SLOKAR, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

Firmado por: M. ANDREA TELLECHEA SUAREZ, SECRETARIA DE CAMARA

Firmado por: CARLOS ALBERTO MAHIQUES, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

Firmado por: GUILLERMO JORGE YACOBUCCI, JUEZ DE CAMARA DE CASACION



#35483489#296524241#20210716154308217



Cámara Federal de Casación Penal

medidas sanitarias que se estimen correspondientes en aras de salvaguardar la salud pública en el actual contexto pandémico. En tal caso, deberán privilegiarse aquellas menos intrusivas e inmediatas, a los efectos de no limitar irrazonablemente el derecho a la libre circulación -art. 14 C.N.- (art. 17 de la ley 23.098). V. ORDENAR a la Cámara Federal de Apelaciones de Resistencia, provincia de Chaco, haga las notificaciones a los organismos provinciales pertinentes.

El señor juez doctor **Guillermo J. Yacobucci** dijo:

I. Que, en las particulares circunstancias del caso, adelanto mi adhesión en lo sustancial a los argumentos y conclusiones a las que arriba el voto del juez Carlos A. Mahiques que lidera el acuerdo. Ello así pues la resolución recurrida, a mi entender, no resulta una derivación razonada del derecho vigente y yerra en la ponderación de los hechos e intensidad de las injerencias en derechos fundamentales, afectando así la operatividad de principios de naturaleza constitucional y convencional, por lo que no puede ser considerada un acto jurisdiccional válido a tenor del art. 123 del CPPN.

Desde esa perspectiva, atendiendo al instituto jurídico planteado y la entidad de la lesión en las libertades garantizadas constitucionalmente, corresponde adoptar en lo inmediato las consecuencias que se disponen en el voto inicial, de manera que se permita la reparación y satisfacción de los derechos en trance.

II. Precisamente, es la valoración normativa de ese contexto la que hace formalmente admisible la acción intentada -art. 3 de la ley 23.098- en una extensión colectiva, a fin de subsanar las restricciones que, de manera indiscriminada,

lesionan a quienes pretenden ingresar a la Provincia de Formosa.

No está en discusión la legitimación de los presentantes y, con fundamento en el art. 456 del CPPN, por un lado, y la naturaleza de los derechos que se dicen lesionados -cuestión federal- que torna procedente la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente Di Nunzio (Fallos, 328:1108), por el otro, habilitan la intervención de esta instancia.

III. Tal como quedara expuesto en el voto precedente, y a cuyo detallado relato de las incidencias que precedieron al actual conocimiento cabe remitirse, se encuentra a estudio de esta Sala la decisión de la Cámara Federal de Resistencia mediante la que se desestimó el recurso de apelación intentado por los peticionantes y, consecuentemente, se confirmó la resolución de la magistrada federal interviniente que rechazó la acción de Habeas Corpus colectiva presentada.

De todos modos, resulta pertinente reseñar, en prieta síntesis, la argumentación esbozada por el *a quo* para resolver como lo hizo.

La Cámara de grado partió de la premisa de que resulta aplicable al caso la doctrina de la emergencia y del estado de necesidad ligado a ella, legitimándose así gran parte de los actos y hechos de la administración que se adecuen a esos criterios de excepción.

En primer lugar, postuló un juicio de ponderación entre lo que entendió como máxima satisfacción posible del derecho al libre tránsito interjurisdiccional en un contexto de emergencia sanitaria y dentro de un sistema reglado por el Estado de Derecho. De seguido, afirmó que el principio general de no dañar a otro es de aplicación al caso, para colegir afirmando que, en el supuesto del COVID 19, el contacto entre personas, que puede lograr una transmisión masiva, justifica



Cámara Federal de Casación Penal

la actual medida de restricción de tránsito interjurisdiccional en la Provincia de Formosa.

En segundo término, para apartarse de la reciente doctrina de la Corte Suprema, aclaró que la limitación vigente no resulta análoga a la considerada por el Máximo Tribunal en el precedente "Lee", asumiendo que el planteo de los beneficiarios se circunscribe a petitionar la declaración de inconstitucionalidad del pago de un arancel que cubre la realización de dos hisopados, y del que se hallan exceptuadas las personas que acrediten que deben trasladarse por motivos de salud o por estar incluidos en el extenso listado de trabajadores esenciales.

Sostuvo que, "atendiendo al marcado aumento que se ha registrado en los últimos días en el número de contagiados, las medidas dispuestas no aparecen como desprovistas de razonabilidad a la luz del objetivo que se intenta preservar, cual es la salud pública como bien común".

IV. De contrario, como quedara de manifiesto en el voto del juez Mahiques, al que me remito, los recurrentes plantearon en lo sustancial la irrazonabilidad de esas medidas, por vulnerar y afectar más allá de lo tolerable derechos humanos fundamentales. Se sostuvo que el fallo emitido resulta cuestionable en varios aspectos, señalando notas de arbitrariedad.

Se agravieron así, en lo sustancial, de la obligación del pago de un arancel por testeo de \$5000 pesos exigido a cada persona que ingresa a la provincia, pues limita el derecho constitucional de circular libremente por el territorio nacional garantizado por la CN, descartando la función sanitaria principal del cobro, remarcando, más bien,

una intención deliberada y discrecional de recaudación por parte del gobierno local. De ese modo, se habría transformado al requisito de pago en un impedimento objetivo que limita y restringe la libertad de circulación.

Se afirmó que nos encontramos ante la existencia de una aduana interna, situación que se encuentra prohibida por nuestra Constitución Nacional. El pago de los PCR, como requisito para el ingreso a Formosa, sería un tributo que tiene como finalidades tanto limitar más allá de lo tolerable el derecho a libre circulación, como también recaudar ingresos sin clarificar con qué fines.

A ello se adicionó que "exigir que el ingresante afronte el pago de un PCR en la localidad de la cual egresa el cual ronda -reiteramos entre los \$ 5.000 a \$ 7.000 pesos, más la exigencia de pago de un arancel por testeo de \$ 5.000 pesos, vulnera el derecho de igualdad, ya que solo podrán ingresar a la provincia las personas que cuenten con recursos económicos para hacerlos".

Se agravan entonces de la errónea aplicación e interpretación que realiza la Cámara de la doctrina de emergencia, en el entendimiento que el cobro de un arancel en concepto de gastos de test de PCR, por parte del Estado, no obedece en verdad a una medida sanitaria.

Adujeron los recurrentes que la Cámara Federal de Resistencia no hace ninguna consideración respecto al derecho de igualdad que se encuentra vulnerado. En este sentido, aludió a los casos de Smith, Villaggi y Barreda que no fueron valorados a la hora de resolver.

Se solicitó así que se revoque la resolución en crisis e hizo reserva del caso federal.

V. Establecido ello, la cuestión a decidir es si las autoridades de Formosa, al establecer, bajo el argumento de medidas sanitarias referidas al covid-19, la exigencia del pago de cinco mil pesos (\$5000) para test de PCR, como

Fecha de firma: 16/07/2021

Firmado por: ALEJANDRO WALTER SLOKAR, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

Firmado por: M. ANDREA TELLECHEA SUAREZ, SECRETARIA DE CAMARA

Firmado por: CARLOS ALBERTO MAHIQUES, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

Firmado por: GUILLERMO JORGE YACOBUCCI, JUEZ DE CAMARA DE CASACION



#35483489#296524241#20210716154308217



Cámara Federal de Casación Penal

obligación indisponible para ingresar a la provincia, limitarían en el actual contexto, de modo irrazonable e ilegítimamente, el derecho de libre circulación por el territorio nacional invocado por los recurrentes.

Asumiendo el marco normativo que ha sido motivo de específica reseña en el voto que lidera el acuerdo, cabe recordar que, aun afirmando requerimientos de bien común o bienestar general, el sistema constitucional argentino determina para su obtención que se respeten los derechos y garantías que se identifican y reconocen en esa fuente. De hecho, si el mero objetivo de utilidad colectiva fuera el presupuesto excluyente de legitimación de las medidas que adopte el poder político, no habría necesidad que la Constitución identificara el elenco de libertades garantizadas a los ciudadanos que allí mismo se encuentran. Entre las que aquí interesan, de modo prevalente por los cuestionamientos traídos a esta instancia, se invocan las atendidas a través de sus artículos 8 y 14, que otorgan a todos los habitantes de la Nación el derecho a transitar libremente en su territorio sin distinción alguna, y 16 -igualdad-.

La preservación del interés general y, a la vez, el respeto por los derechos fundamentales, aun en un contexto de emergencia, resulta una de las finalidades propias del Poder Judicial que debe ejercitarse, al mismo tiempo, conservando las competencias diferenciadas que constituyen los distintos poderes, en aras de evitar así intromisiones inaceptables.

El análisis del caso bajo examen se orienta al control judicial sobre la adopción de las medidas dispuestas por la Provincia de Formosa que, sin menoscabar las atribuciones que le son propias, permita reafirmar la

observancia de la Constitución Nacional (Fallos, 331:2925; 341:39, 343:1704, entre otros), garantizando la tutela de los derechos e impidiendo su vulneración (Fallos, 257:127, 314:440, 331:2925, entre otros). Esta función ha sido últimamente reafirmada por la Corte Suprema al indicar el “deber impostergable que pesa sobre los tribunales de justicia de todo el país, en el marco de sus respectivas competencias, de brindar efectivo amparo a las personas cuyos derechos se ven amenazados o han sido ya vulnerados” (Fallos, 344:126).

No se trata pues de un escrutinio fundado en la conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del criterio político adoptado por el poder provincial, sino de ponderar la razonabilidad de la injerencia -su grado, extensión, necesidad, permanencia- en los derechos que aparecen indiscutiblemente limitados. La razonabilidad de la que aquí se hace mérito no está entonces referida propiamente a criterios de utilidad, sino a la adecuación -proporción axiológica- entre los fines que se alegan perseguidos por las medidas y la intensidad de la reducción de la libertad ambulatoria padecida por los habitantes, conforme la doctrina que emana del art. 28 de la CN y los estándares de los instrumentos internacionales de derechos humanos.

La noción de emergencia, asumida en el decisorio de la Cámara Federal de Resistencia que es motivo de recurso en el presente, si bien pone un marco específico al análisis de proporcionalidad, no es de suyo eficaz, como parece entender el *a quo*, para justificar sin más las consecuencias que, en la práctica, neutralizan el tránsito interjurisdiccional de las personas por la carga patrimonial que representan las medidas adoptadas por la provincia.

En ese aspecto, la Corte Suprema ha marcado un estándar de control sobre la cuestión al señalar “Que aun cuando es cierto que no hay derechos absolutos, no menos cierto es que el poder del gobierno para recortarlos de

Fecha de firma: 16/07/2021

Firmado por: ALEJANDRO WALTER SLOKAR, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

Firmado por: M. ANDREA TELLECHEA SUAREZ, SECRETARIA DE CAMARA

Firmado por: CARLOS ALBERTO MAHIQUES, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

Firmado por: GUILLERMO JORGE YACOBUCI, JUEZ DE CAMARA DE CASACION



#35483489#296524241#20210716154308217



Cámara Federal de Casación Penal

acuerdo con sus necesidades, sean o no de emergencia, es mucho menos que absoluto. Los tribunales deben examinar con creciente rigor las intervenciones en los derechos individuales, a medida que estas se tornan más intensas y prolongadas, para establecer no solo si está justificada la validez en general de la medida, sino también su alcance" (Fallos, 343:1704, Considerando 7).

Precisamente, en atención a ese contexto especial, el 14 abril de 2020, la Corte IDH dio a conocer la Declaración 1/20, sobre la pandemia y su posible incidencia en el respeto por los derechos humanos, donde insta a que las medidas que se adopten -incluyendo su implementación- se concreten respetando los valores del Estado de Derecho, los instrumentos interamericanos de protección de los derechos humanos y los estándares de la jurisprudencia de la propia Corte. Por eso, recuerda que "todas aquellas medidas que los Estados adopten para hacer frente a esta pandemia y puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos".

La razonabilidad y proporcionalidad con que ha de ser evaluada la medida que es motivo de crítica exige que, aun en el recordado marco de excepcionalidad argüido por la Cámara Federal de Resistencia, exista un balance entre el interés provincial en relación con la salud pública y el respeto por libertades basales, como las que aquí aparecen restringidas a través de la aplicación de tasas. Esa ponderación debe atender

a la idoneidad del medio escogido, resultar el menos restrictivo o limitativo posible del derecho -necesidad del mecanismo- y dejar a salvo al menos el núcleo expresivo de la garantía sobre la que se desarrolla la injerencia estatal (Fallos, 136:161, 187:306, 297:201, 319:1934, 343:930; 344:126, 344:809, entre otros).

Cuando se sopesan esos extremos, no puede prescindirse entonces de las consecuencias reales o efectivas que se suscitan en su implementación concreta. La Corte Suprema tiene dicho que ha de atenderse en esta materia "al desenvolvimiento natural y ordinario de los hechos" pues, en ese punto, se "podría frustrar la sustancia del derecho implicado" y, claro está, esa circunstancia "no puede encontrar sustento en la impronta humana y realista que exige la Constitución Nacional" (Fallos, 316:779 y 343:264).

Sobre esos presupuestos constitucionales, convencionales, legales y fácticos, observo que la medida adoptada por la autoridad provincial trasunta una innecesaria y desproporcionada restricción de los derechos de los peticionantes, tornándola por ende irrazonable, implicando entonces un exceso en el grado de la injerencia provocada en derechos fundamentales que entra en colisión con el sistema constitucional.

De ahí que la argumentación de la Cámara Federal de Resistencia, que soslaya en su consideración el correcto juicio de ponderación del específico parámetro de razonabilidad que debe observarse, exhibe, según entiendo, un déficit de fundamentación que pone al descubierto un supuesto de arbitrariedad. Ello así incluso si se recurre a la consideración de un contexto de emergencia, pues esa referencia no es un argumento válido para anular en la práctica un derecho fundamental (Fallos, 329:5913, voto del juez Lorenzetti, considerando 30 y Fallos, 344:809, voto del juez Rosenkrantz) ni lo que tiene de reconocido ámbito de

Fecha de firma: 16/07/2021

Firmado por: ALEJANDRO WALTER SLOKAR, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

Firmado por: M. ANDREA TELLECHEA SUAREZ, SECRETARIA DE CAMARA

Firmado por: CARLOS ALBERTO MAHIQUES, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

Firmado por: GUILLERMO JORGE YACOBUCI, JUEZ DE CAMARA DE CASACION



#35483489#296524241#20210716154308217



Cámara Federal de Casación Penal

discrecionalidad implica desvinculación con el orden jurídico (Fallos, 315:1361) o desatender a la razonabilidad (Fallos 319:1934).

De hecho, en los razonamientos del *a quo* justamente ha fallado uno de los elementos que se requieren para que la emergencia, según la doctrina de la Corte Suprema (precedentes "Peralta", "Smith", "Massa", entre otros), sea un fundamento idóneo para la injerencia en los derechos fundamentales, esto es, la proporcionalidad de la que se viene haciendo análisis en el presente. Esa errónea hermenéutica de la doctrina citada afecta, entonces, el hilo de legitimación discursiva con que se arribó a la decisión atacada.

Como se adelantó, la efectiva comprobación en la praxis de la irrazonable implementación de la medida es un indicador eficaz para mostrar lo que hasta aquí viene sostenido. En esa instancia operativa, el poder de policía, que resulta connatural a la vida política para mantener el orden y la tranquilidad públicas, incluso en el ámbito de la salubridad y la salud colectiva, también integra el objeto de control y escrutinio del Poder judicial sobre su respeto por una razonable restricción de derechos, como se ha reconocido históricamente (Fallos, 98:20, 160:247, 171:349, 187:306).

Y este control se hace incluso más necesario en situaciones de emergencia, como es el contexto actual de la pandemia, sin confundir los roles propios de cada poder, pero de modo de evitar que, bajo esa adjetivación, las libertades sean anuladas. Entre más básico y "natural" sea el derecho que se limita, como acontece en este caso, por las autoridades provinciales, mayor debe ser la relevancia del objetivo pretendido y la eficacia de la restricción para ese fin.

La libertad ambulatoria interjurisdiccional está entre los presupuestos fundamentales del desenvolvimiento humano y, por eso, a las regulaciones constitucionales y convencionales se agrega el análisis concreto, situacional, que tiende a ser más exigente, acerca de la proporcionalidad de la injerencia.

Observo que la carga arancelaria que se impone a los ciudadanos es de tal magnitud que de suyo entra en colisión con la manda constitucional que veda la existencia de "aduanas interiores". Pero, además, se muestra como desproporcionada con el fin que se dice perseguido, concretando de modo indirecto la neutralización de la libertad ambulatoria interjurisdiccional en un marco de necesidades profesionales, familiares, afectivas, educativas y laborales, que son afectadas de manera intensiva, conforme se ha visto en el trámite del presente.

Así, se demuestra de modo ejemplar en el caso del accionante Ramiro Cima que, si bien por sus funciones y rol esencial estaría ajeno al pago de esas tasas, en los hechos ha visto lesionada su movilidad y obligado a ese pago. Esto es un indicador objetivo de la absoluta e ilegítima discrecionalidad de los operadores del control y, en consecuencia, de un desborde, por ello desproporcionado, en el ejercicio del poder de policía. Y esto, en función de la extensión a los demás presentantes de situaciones lesivas de sus libertades, solo puede encontrar en un contexto de emergencia la reparación y satisfacción de derechos a través de la actuación jurisdiccional, mediante los reducidos institutos jurídicos que habilitan, dentro de lo posible, una respuesta pronta y eficaz, como lo es, en este caso, con la acción de habeas corpus presentado.

Esa reparación no alcanza a ser satisfecha por la mera recomendación o recordatorio dirigido a que los funcionarios tengan en cuenta el carácter o rol esencial de ese individuo, pues esto ya surgía de la configuración legal

Fecha de firma: 16/07/2021

Firmado por: ALEJANDRO WALTER SLOKAR, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

Firmado por: M. ANDREA TELLECHEA SUAREZ, SECRETARIA DE CAMARA

Firmado por: CARLOS ALBERTO MAHIQUES, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

Firmado por: GUILLERMO JORGE YACOBUCI, JUEZ DE CAMARA DE CASACION



#35483489#296524241#20210716154308217



Cámara Federal de Casación Penal

de la medida. Si esto, que es el corpus legal, inmediato y claro para el ejercicio de esa restricción, no se ha cumplido, se pone en evidencia que la medida no posee la proporcionalidad y necesidad que pretende y postula. Ello es así en tanto afecta uno de los componentes esenciales de ese principio constitucional que es la demostración de que la injerencia es la menos incisiva disponible para obtener el objetivo -sub principio de necesidad dentro de la proporcionalidad-.

Es más, esa falta de adecuada implementación también refleja la afectación de la normativa al principio constitucional de igualdad (art. 16 CN), toda vez que la exigencia de múltiples testeos a cargo de los ciudadanos que ingresen a la provincia implica, en los hechos, que esa habilitación solo podrá ser asumida por las personas que dispongan de recursos económicos para afrontar los gastos que aquellos demandan. En esta comprensión, repárese, como aduce el impugnante, que dicho arancel no discrimina situaciones particulares de notoria vulnerabilidad o necesidad, como se muestra en la presentación.

Por eso, sin perjuicio que los ciudadanos -en sentido lato- tienen un deber de colaborar con las autoridades, también estas deben guardar razonabilidad en sus requerimientos y cargas a imponer.

A la luz de lo expuesto, tras efectuar un juicio ponderativo de los intereses en juego, es posible inferir que las restricciones impuestas por las autoridades de la provincia de Formosa con el pago requerido por PCR para su ingreso al territorio limita, más allá de lo tolerable, el derecho constitucional a transitar libremente, al libre

tránsito interjurisdiccional y no demuestra cumplir con los requisitos que impone la regla de proporcionalidad constitucional.

Con estas consideraciones complementarias al voto que lidera el acuerdo, concuro a la solución propiciada por el juez Mahiques.

Tal es mi voto.

El señor juez **Alejandro W. Slokar** dijo:

1º) Que, sellada como se encuentra la suerte del recurso mediante el sufragio coincidente de los colegas que precedieron en la deliberación y votación, habrá de advertir sintéticamente en orden a los impedimentos que se presentan para la adopción de un pronunciamiento definitivo sobre el reclamo, so riesgo de incurrir en exceso de jurisdicción, con singular menoscabo al debido proceso.

Ello, sin perjuicio de la controversia suscitada y vigente por la competencia de esta justicia de excepción, sea por consecuencia de la máxima que impone el respeto del sistema federal y de las autonomías provinciales (Fallos: 318:2534 y 2551; 324:2069; 325:3070) o por derivación de la jurisdicción originaria del cimero tribunal establecida en el artículo 117 constitucional (Fallos: 131:386; 153:66; 249:165; 270:36; 275:500; 276:401, entre otros).

Así es; conforme resulta de lo manifestado por la parte recurrente, aparecen ulteriormente reeditadas por ante el Juzgado Federal nº 2 de Formosa dos acciones de hábeas corpus "pluriindividual con alcance colectivo", registrados bajo los números FRE 2727/2021 y 2722/2021. También, tal lo informado por el estado provincial, se sustancia ante el máximo tribunal nacional la causa FRE 2625/2021, caratulada: "VILLAGGI, FABRIZIO Y OTROS c/ PROVINCIA DE FORMOSA - CONSEJO DE ATENCION INTEGRAL DE LA EMERGENCIA COVID 19 DR.ENRIQUE S. s/AMPARO LEY 16.986". Se tratan de diversas acciones

Fecha de firma: 16/07/2021

Firmado por: ALEJANDRO WALTER SLOKAR, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

Firmado por: M. ANDREA TELLECHEA SUAREZ, SECRETARIA DE CAMARA

Firmado por: CARLOS ALBERTO MAHIQUES, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

Firmado por: GUILLERMO JORGE YACOBUCI, JUEZ DE CAMARA DE CASACION



#35483489#296524241#20210716154308217



Cámara Federal de Casación Penal

colectivas cuyo objeto, según se afirma, resulta sustancialmente análogo al del *sub lite*.

De otra banda, aunado a la existencia de la causa N° FRE 593/2021 señalada por el primer ponente, se trajo a conocimiento del tribunal que en el expediente FRE n° 388/2021/CA1 se interpuso una acción de habeas corpus a fin de que se autorice el libre tránsito interjurisdiccional e interprovincial de los transportistas y trabajadores rurales considerados trabajadores esenciales; en tanto en el expediente FRE N° 1760/2021/CA1 se resolvió que la Provincia de Formosa inste a los operadores policiales a garantizar el libre tránsito del personal esencial, sin exigencia de presentación de PCR ni pago del arancel por testeos de control (Cfr. DEO 2883947 incorporado con fecha 29/06/21).

A todo evento, y para completar el complejo cuadro, de las presentaciones incorporadas al expediente surge que la situación particular del peticionante Ramiro Cima se encuentre previamente sometida a inspección de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el marco de una acción individual, en tanto que, de acuerdo a lo dictaminado por la Procuradora Fiscal ante el máximo tribunal, corresponde a su competencia originaria (Cfr. causa n° FRE 595/2021, caratulado: CIMA, RAMIRO SEBASTIAN C/ PROVINCIA DE FORMOSA Y OTRO s/ amparo Ley 16.986).

2°) Que, como es sabido, resulta a partir del célebre precedente "Verbitsky" cuando se consolida en el orden jurídico nacional la acción colectiva en la figura del habeas corpus, pese a la falta de previsión expresa en el artículo 43 constitucional, en el entendimiento de que la protección de los derechos vinculados con la libertad física -y las

condiciones de detención- no puede prescindir de dicha categoría a fin de remediar sus violaciones mediante procedimientos sumarios (Fallos: 328:1146).

Luego, en el señero *leading case* "Halabi" ha quedado establecido -entre otros extremos- que las acciones de clase se fundan en la existencia de un hecho único susceptible de ocasionar una lesión a una pluralidad de sujetos, como también que la pretensión esté concentrada en los "efectos comunes" para toda la clase involucrada, y que de no reconocerse la legitimación procesal podría comprometerse seriamente el acceso a la justicia de los integrantes del colectivo cuya representación se pretende asumir (Fallos: 332:111).

Con esta base -y fruto del incremento de múltiples causas colectivas con idénticos o similares objetos- la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció las Acordadas n° 32/2014 y n° 12/2016, con miras a "asegurar eficazmente los efectos expansivos que produce en esta clase de procesos la sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada, además de perseguir la apropiada tutela de los derechos de todas las personas que no han tomado participación en el proceso" (Fallos: 339:1077).

Estos extremos, lejos de tratarse de una mera cuestión instrumental, hacen a la efectiva tutela de los derechos en juego y devienen necesarios para preservar un valor eminente como la seguridad jurídica, por cuanto "la proliferación de acciones colectivas con idénticos o similares objetos [...] acarrea, además de dispendio jurisdiccional, el riesgo cierto -con la consiguiente gravedad institucional- de que se dicten sentencias contradictorias y de que las decisiones que recaigan en uno de los procesos hagan cosa juzgada respecto de las planteadas en otro. También favorece la objetable multiplicación de acciones procesales tendientes a ampliar las posibilidades de obtener alguna resolución -cautelar o definitiva- favorable a los intereses del

Fecha de firma: 16/07/2021

Firmado por: ALEJANDRO WALTER SLOKAR, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

Firmado por: M. ANDREA TELLECHEA SUAREZ, SECRETARIA DE CAMARA

Firmado por: CARLOS ALBERTO MAHIQUES, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

Firmado por: GUILLERMO JORGE YACOBUCI, JUEZ DE CAMARA DE CASACION



#35483489#296524241#20210716154308217



Cámara Federal de Casación Penal

legitimado activo o de intervenir en la decisión dictada en el marco de otro expediente" (Fallos: 337:753; 337:1024; 339:1077).

3°) Que, a todo evento, no es ocioso evocar que procede la litispendencia cuando se configura la triple identidad de sujeto, objeto y causa, o bien cuando se evidencia la posibilidad de fallos contradictorios, caso en el cual la solución se logra -habida cuenta de razones de conexidad- por medio de la necesaria acumulación de procesos (Fallos: 314:811; 323:3546; 325:2848; entre otros). Asimismo, *mutatis mutandis*, la litispendencia ha sido admitida en acciones colectivas que tengan por objeto una controversia sobre el mismo bien jurídico (Fallos: 331:1622), siendo que su declaración, al igual que la de excepción de cosa juzgada, se impone de oficio en cualquier estado de la causa.

De tal suerte, conforme a la breve reseña *supra* efectuada, cabe dar cumplimiento a las Acordadas n° 32/2014 y n° 12/2016 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a fin de que, por quien corresponda, se proceda a la acumulación de los procesos pertinentes.

Así lo vota.

En mérito a la votación que antecede, el tribunal, por mayoría, **RESUELVE:**

I. HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la parte actora, sin costas en la instancia, y **CASAR** la resolución recurrida (arts. 454, 455, 456 y 465 *bis*, 470, 530 y 531 del C.P.P.N.).

II. HACER LUGAR a la acción de *habeas corpus* interpuesta en el presente (art. 3 de la ley 23.098).

III. DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD del "Protocolo Sanitario para el Ingreso de Personas a la Provincia de Formosa", aprobado por Resolución N° 1 del 22 de marzo de 2021 del Consejo de Atención Integral de la Emergencia COVID-19 "Dr. Enrique Servián", y sus modificatorias (art. 6 de la ley 23.098).

IV. ORDENAR el cese del requerimiento indiscriminado de pago en concepto de test PCR, como condición necesaria para ingresar en la provincia de Formosa, sin perjuicio de instrumentar dentro del marco de razonabilidad y proporcionalidad, las medidas sanitarias que se estimen correspondientes en aras de salvaguardar la salud pública en el actual contexto pandémico. En tal caso, deberán privilegiarse aquellas menos intrusivas e inmediatas, a los efectos de no limitar irrazonablemente el derecho a la libre circulación -art. 14 C.N.- (art. 17 de la ley 23.098).

V. ORDENAR a la Cámara Federal de Apelaciones de Resistencia, provincia de Chaco, haga las notificaciones a los organismos provinciales pertinentes.

Regístrese, notifíquese, comuníquese al Centro de Información Judicial -CIJ- (Acordada 5/2019 de la C.S.J.N.), remítase al tribunal de origen mediante pase digital, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

Firmado: Alejandro W. Slokar -en disidencia-, Carlos A. Mahiques y Guillermo J. Yacobucci.

Ante mí: M. Andrea Tellechea Suarez.

