

Inconstitucionalidad del Decreto 329/20 sobre la Interrupción de energía eléctrica en el contexto de la pandemia del Covid-19.

Por Leandro Batalla

Sumario: 1) La coyuntura de emergencia en el que se enmarca. 2) El Decreto 329/20. 3) Críticas al Decreto: su validez constitucional. 4) Las normas de emergencia y el apego constitucional. 5) Conclusiones.

1) La coyuntura de emergencia en el que se enmarca.

Como es de público conocimiento la Organización Mundial de la Salud ha declarado el brote del nuevo CORONAVIRUS-COVID 19 como una pandemia.

El agravamiento de la situación epidemiológica a nivel internacional hizo que el Presidente de la Nación, Dr. Alberto Fernández, dispusiera un conjunto de medidas mediante el dictado de una serie de Decretos de Necesidad y Urgencia, entre ellos el DNU N.º 297/20 que dispuso el Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio (ASPO) junto a una serie de actividades declaradas esenciales y por lo tanto exceptuadas.

El pasado 11 de abril del presente año, el Gobernador de la Provincia de Santa Fe Ing. Omar Perotti, emitió el Decreto N.º 329 el cual faculta a la Empresa Provincial de la Energía (EPE) a interrumpir el servicio de energía eléctrica a aquellos establecimientos que se encuentren desarrollando actividades no excepcionadas en el marco de las disposiciones de Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio (ASPO).

2) El Decreto 329/20.

Dentro de los fundamentos del Decreto en cuestión figura la necesidad de garantizar el efectivo cumplimiento del ordenamiento jurídico de emergencia,

medidas que se consideran razonablemente fundadas en el artículo primero de la Constitución Provincial en el principio de solidaridad recíproca de los miembros de la colectividad.

A su vez toma como fundamento el artículo 19 de la Constitución Provincial que tutela la salud como derecho fundamental del individuo e interés de la colectividad.

En base a estos puntos considera adecuado para hacer cesar las conductas violatorias a las normas tomar medidas excepcionales y urgentes.

En ese sentido el Gobernador instruye al interventor de la EPE que interrumpa el suministro de energía eléctrica a aquellas personas humanas o jurídicas que, no estando excepcionadas por autoridad competente para realizar una actividad determinada, la estén desarrollando en violación al marco jurídico.

Y para fundamentar esta decisión se efectúa un reenvío al artículo número 25 de la ley de la EPE N.º 10014 en la que se posibilita la interrupción del suministro de energía cuando se infrinjan “las estipulaciones contractuales o las normas de aplicación”.

Para esto el Poder Ejecutivo tuvo en cuenta que el incumplimiento de los DNU en materia de emergencia no solo vulnera el orden jurídico, sino que también violan el principio de buena fe.

Y es por eso que el gobernador en función de sus atribuciones regidas por el artículo 72 inciso 1º y 5º toma la decisión antes mencionada.

3) Críticas al Decreto: su validez constitucional.

El Decreto 329/20 es claramente inconstitucional toda vez que vulnera el principio de **legalidad**, uno de los principios fundantes del Estado Constitucional y Convencional de Derecho (Gil Dominguez, 2015), en virtud del cual nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni prohibido de hacer aquello que la ley no prohíbe.

El referido Decreto es contrario a la manda constitucional reconocida en los artículos 17, 18 y 19 de la Constitución Nacional.

A su vez, el principio de legalidad también encuentra reconocimiento en varios instrumentos internacionales que a partir de la reforma constitucional de 1994 cuentan con jerarquía constitucional, por lo cual el Decreto resulta contrario a lo estipulado en: La Declaración Universal de Derechos Humanos artículo 11 apartado 2º; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos artículo 15 apartado 1º y en la Convención Americana de Derechos Humanos artículo 9.

Por último, el principio de legalidad también está establecido en la Constitución de la Provincia de Santa Fe en sus artículos 1º, 2º, 9º, 15º, 16º, 19º entre otros.

Ahora bien, yendo al meollo de la cuestión, la violación al principio de legalidad es patente porque se traduce en la imposición de una sanción asimilable a una falta, que es dispuesta por el Poder Ejecutivo y no por el Poder legislativo.

Si bien en las consideraciones del Decreto se alude a que el Gobernador dicta el Decreto en cumplimiento de las funciones atribuidas por el artículo 72 inciso 1 (es el jefe de la administración pública) y 5 (provee, dentro de los mismos límites, a la organización, prestación y fiscalización de los servicios públicos), dichas habilitaciones no le permiten vulnerar el principio de legalidad.

Incluso surge dentro de la propia habilitación constitucional del artículo 72 inciso 5º de la Constitución Provincial en el que se establece que el Gobernador de la provincia provee a la organización de los servicios públicos “dentro de los mismos límites”. Esta frase es un reenvío al inciso anterior, el cuarto, que establece que el Gobernador “Expide reglamentos de ejecución y autónomos, en los límites consentidos por esta Constitución y las leyes, y normas de orden interno;”, por lo tanto, el Gobernador en su rol de organizador de los servicios públicos debe hacerlo en el marco de las normas constitucionales. Sin lugar a dudas el Decreto en examen choca con varios preceptos Constitucionales.

Esto se traduce también en una lisa y llana violación al **principio de división de poderes**, porque en la Provincia de Santa Fe es La Legislatura la que en su

artículo 55 inciso 19 establece que es su atribución “Dictar los códigos de faltas, rural, bromatológico, fiscal y otros en que sea conveniente este tipo de legislación”, siendo la sanción que impone la interrupción de la energía eléctrica equiparable a los elementos constitutivos y al resultado que provoca a una falta.

Sin embargo, el Poder Ejecutivo encuentra fundamentos en la atribución establecida por la Ley 10.014 (Ley de regulación de la EPE), en cuyo artículo 25 determina que se podrá interrumpir o privar del suministro de energía cuando se infrinjan “las normas de aplicación”.

El Ejecutivo entiende que la violación a los DNU de los establecimientos es asimilable a “normas de aplicación”. Sin embargo, es una falacia el reenvío a dicha norma como argumento para sustentar la legalidad del Decreto. La alocución “las normas de aplicación” es una expresión imprecisa y mas bien refiere a aquellas normas que están vinculadas a la prestación del servicio de energía eléctrica (a sus requisitos, a los servicios técnicos) y no a lo que el Poder Ejecutivo pretende encuadrar en dicha expresión por vía de interpretación reglamentaria.

Por otro lado, entendemos que se configura una vulneración al principio de **razonabilidad** ya que en primer lugar las autoridades tienen otras herramientas para hacer cumplir las disposiciones del ASPO, como por ejemplo la aplicación de una multa o incluso la clausura de los establecimientos. Por lo tanto, no solo es irrazonable la medida en análisis, sino que también constituye una vulneración a los principios de **proporcionalidad** y de **progresividad**.

Esta situación deja la vía libre para que los usuarios puedan tachar la norma de inconstitucional e incluso reclamar por los daños y perjuicios producidos por el corte del suministro (pérdida de mercadería, deterioro de las maquinarias, etc.)

Otra situación alarmante del decreto es uno de sus considerandos el cual reza lo siguiente: “la gestión propiciada persigue que la Empresa Provincial de la Energía de Santa Fe de manera inmediata interrumpa el suministro de energía eléctrica en aquellos lugares donde se estén desarrollando actividades no excepcionadas por

los Decretos de Necesidad y Urgencia dictados como consecuencia de la pandemia CORONAVIRUS (COVID-19)".

Dicha interpretación podría desembocar en una flagrante violación del **derecho de defensa** que tienen los usuarios y consumidores aún en un marco de emergencia como el actual e incluso se configuraría una violación a la **garantía del debido proceso**.

Por último y en concordancia con lo aquí expresado, traemos dos anales de jurisprudencia que van en consonancia con lo hasta aquí expuesto y refuerzan nuestra posición.

La potestad del Estado para sancionar -"ius puniendi"- se encuentra enmarcada en el principio de legalidad, ello significa que las conductas disvaliosas para merecer la aplicación de una pena deben ser precisadas por la norma y que, además, dicha norma o ley sólo puede ser creada por el legislador, siendo éstas las únicas que pueden describir o crear un tipo penal. Es imposible admitir la posibilidad que el Poder Ejecutivo -por vía de reglamentos- intente tipificar delitos o contravenciones, función o facultad que expresamente está vedada por nuestras leyes fundamentales, sostenes históricos del principio de legalidad (art. 29, inc. 3, CN)" (CA Contrav. CABA, 29-8-02, "L., A.G.")-

"¿Está legitimado el Poder Ejecutivo Provincial para imponer sanciones, de neto contenido penal, a las infracciones relativas a las medidas antisiniestralas en lugares de esparcimiento público? Las sanciones de multa (de diez mil a cien mil pesos) y de clausura (de veinte a ciento ochenta días), con las que se conminan en el Decreto las transgresiones tienen, a no dudar, una significación punitiva y, sin embargo, fueron dispuestas por el Gobernador -en acuerdo general de ministros- con absoluta prescindencia de la H. Legislatura; es decir, soslayando el principio de legalidad en materia contravencional, ámbito jurídico donde, las garantías -tanto sustantivas, cuanto procesales- están debilitadas, si no suprimidas. No obstante, el acierto de tales disposiciones antisiniestralas, la

contravencionalización de su incumplimiento debió instrumentarse, en forma inexorable, con arreglo al principio de reserva de ley, que como es dable esperar en un Estado republicano, donde quien gobierna no legisla, al menos, en materia penal. En esa inteligencia, la ilegalidad constitucional de las sanciones establecidas en el Decreto no podría resultar más evidente. El hecho de que el Congreso de la Nación haya dejado esta materia a la reglamentación de las autoridades locales, no autoriza a pensar que el PE pueda por sí solo ejercer esta función, que en todo país republicano es del resorte del PL. La jurisdicción para entender en esta clase de contravenciones, acordada a las autoridades locales, es distinta del poder de legislar sobre la materia. La configuración de un delito por leve que sea, así como su represión, es materia que hace a la esencia del PL y escapa de la órbita de las facultades ejecutivas (CSJN, Fallos, 191-245). Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe (art. 19, CN). De ahí nace la necesidad de que haya una ley que mande o prohíba una cosa, para que una persona pueda incurrir en falta por haber obrado u omitido obrar en determinado sentido. Y es necesario que haya, al mismo tiempo, una sanción legal que reprima la contravención para que esa persona deba ser condenada por tal hecho (art. 18, CN). Estos dos principios fundamentales y correlativos en el orden penal, imponen la necesidad de que sea el PL quien establezca las condiciones en que una falta se produce y la sanción que le corresponde, ya que el PE solamente puede reglamentar la ley, proveyendo a su ejecución, pero cuidando siempre de no alterar su sentido (art. 86, inc. 2, CN). “Toda nuestra organización política y civil reposa en la ley. Los derechos y obligaciones de los habitantes así como las penas de cualquier clase que sean, sólo existen en virtud de sanciones legislativas y el PE no puede crearlas ni el PJ aplicarlas si falta la ley que las establezca” (CSJN, Fallos, 178-355). En conclusión, constituye una intolerable afrenta al sistema republicano -y, en definitiva, al Estado de derecho-, el ejercicio por parte del PE, de funciones legisferantes en materia punitiva -en el caso, de sanciones de corte contravencional-. Ergo, el Decreto dictado por el Gobernador de la Provincia en acuerdo general de ministros, desde que implica una extralimitación en las

atribuciones constitucionalmente conferidas al titular del PE local, colisiona no sólo (o no tanto) con lo normado en la Carta Magna local, en cuanto atribuye a la Honorable Legislatura estadual que a ésta -y a nadie más- le corresponde “dictar todas aquellas leyes necesarias para el mejor desempeño de las anteriores atribuciones y para todo asunto de interés público y general de la Provincia, cuya naturaleza y objeto no corresponda privativamente a los poderes nacionales...”, sino también (y sobre todo) el régimen republicano de gobierno instituido en el art. 1, CN, tanto para el Estado Federal, cuando para los Estados Provinciales (art. 5, CN). Aun cuando del Decreto Provincial es posible inferir, con toda claridad, las meritorias motivaciones que lo inspiraron, no menos ostensible es que el titular del gobierno provincial excedió su cometido (con errónea invocación de la doctrina justificante de los decretos de necesidad y urgencia, a partir de 1994, constitucionalmente legitimados en el Estado federal, aunque con expresa interdicción para insertar “normas que regulen materia penal”), pues para sancionar con penas de multa y clausura, ambas con escalas exorbitantes; en el primer caso, según lo patentiza el propio fallo del “a quo”- a los infractores a las reglas antisiniestralas, se requiere a título de “conditio sine qua non” proceder con plena observancia al principio de reserva de ley. Es decir, en la adopción de cualquier medida de penalización contravencional deben tomar necesaria intervención, cuanto menos, los órganos locales depositarios de la voluntad general, habida cuenta que se trata de un asunto de la exclusiva competencia de la H. Legislatura Provincial, en el que “el PE no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo” (CApel. y Garant. Penal Mar del Plata, Sala III, 8-11-06, causa 10.880, “Romero”).-

En resumidas cuentas, el Decreto merece el reproche de inconstitucional por violación al principio de legalidad y a su vez no cumple con los mínimos estándares de proporcionalidad, progresividad y razonabilidad.

4) Las normas de emergencia y el apego constitucional.

Nuestro país ha atravesado por reiteradas emergencias, sean estas sociales, económicas, en materia de seguridad, salud, etc. Lamentablemente esta constante ha traído aparejado que la excepcionalidad del instituto de la emergencia pase a ser la regla y los periodos de normalidad sean los excepcionales. (Gelli, 2003)

Las constantes declaraciones de emergencias permiten la asunción de poderes exorbitantes en manos de los ejecutivos en desmedro de los órganos legislativos.

Cuando dichos poderes son utilizados dentro del marco normativo de la emergencia y con razonabilidad la objeción de las decisiones tomadas es menor, el problema se plantea cuando esta situación se distorsiona y se alude a los poderes de emergencia para muchas veces legislar por vía de decretos que afectan gravemente los derechos constitucionales y/o convencionales.

Por lo tanto, la habilitación de la declaración de emergencia no permite traspasar ciertos límites. A esta conclusión ha llegado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su reciente Resolución la número 1 del presente años titulada "*Pandemia y Derechos Humanos en las Américas*" (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2020) en la que establece que existen una serie de requisitos materiales y formales que los Estados deben de cumplir: *En particular, los Estados deben asegurar que en caso de establecerse un estado de excepción: i) se justifique que existe una excepcionalidad de la situación de emergencia en cuanto a su gravedad, inminencia e intensidad que constituye una amenaza real a la independencia o seguridad del Estado; ii) la suspensión de algunos derechos y garantías sea únicamente por el tiempo estrictamente limitado a las exigencias de la situación; iii) las disposiciones que sean adoptadas resulten proporcionales, en particular, que la suspensión de derechos o garantías constituya el único medio para hacer frente a la situación, que no pueda ser enfrentada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades estatales, y que las medidas adoptadas no generen una mayor afectación al derecho que sea suspendido en comparación con el beneficio obtenido; y iv) las disposiciones adoptadas no sean por su propia naturaleza o por sus efectos*

discriminatorias e incompatibles con las demás obligaciones que impone el derecho internacional.

La Comisión resalta que los Estados no pueden suspender aquellos derechos que tiene un carácter inderogable conforme al derecho internacional. En particular, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; el derecho a la vida; el derecho a la integridad personal y la prohibición de tortura, tratos inhumanos, crueles y degradantes; la prohibición de esclavitud y servidumbre; el principio de legalidad y retroactividad; la libertad de conciencia y religión; la protección a la familia; el derecho al nombre; los derechos de la niñez; el derecho a la nacionalidad, y los derechos políticos. Los Estados no deben suspender a su vez los procedimientos judiciales idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos y las libertades, entre ellos las acciones de hábeas corpus y amparo para controlar las actuaciones de las autoridades, incluyendo las restricciones a la libertad personal en dicho contexto. Estas garantías deben ejercitarse bajo el marco y principios del debido proceso legal.

A su vez, en relación a la reforma constitucional de 1994 cabe advertir que la reglamentación de la delegación legislativa en el artículo 76 y la regulación de los Decretos de Necesidad y Urgencia por parte del Presidente de la Nación va en consonancia con lo hasta aquí mencionado ya que ambos institutos se prohíbe el dictado de materia penal por parte del Poder Ejecutivo tanto en la prohibición de delegación legislativa de materia penal por parte del poder legislativo (sólo se permite materia determina de administración pública) y en el caso de los DNU se prohíbe regular materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos.

Por lo tanto, siendo el principio de legalidad un principio rector incluso en las situaciones de emergencia (Gordillo, 2015), prohibiéndose en los institutos excepcionales como la delegación legislativa y los DNU y considerando que el corte del suministro eléctrico tiene un carácter sancionatorio, el dictado del Decreto por parte del Poder Ejecutivo viola los máximos principios constitucionales.

4) Conclusiones.

El actual estado de emergencia sanitaria producto de la situación epidemiológica ha restringido ciertos derechos en función de la preservación de la salud, sin embargo el Decreto del Gobernador de la Provincia de Santa Fe sobre la interrupción de los servicios de energía eléctrica a aquellos establecimientos que no estén exceptuados de las normas del ASPO se constituye en una regulación inconstitucional por establecer una sanción por parte del Poder Ejecutivo, vulnerando el principio de legalidad en materia de sanciones y debilitando las garantías constitucionales de debido proceso, razonabilidad, proporcionalidad y progresividad.

Trabajos citados

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2020). *Pandemia y Derechos Humanos en las Américas*.

Gelli, M. A. (2003). La Corte Suprema de la República Argentina en las emergencias económicas.

Gil Domínguez, A. (2015). El estado constitucional y convencional de derecho en el Código Civil y Comercial.

Gordillo, A. (2015). Legalidad y Urgencia en el Derecho Administrativo. En *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*.