

Inconstitucionalidad del Decreto Provincial 337/20

“Aplicación de la doble punibilidad por un mismo hecho presunto a empleados públicos en el ámbito Provincial”

Por Lautaro Dentone y Leandro Batalla

Sumario: 1) El contexto de la emergencia sanitaria. 2) El Decreto 337/20. 3) Críticas al Decreto: su invalidez constitucional y los principios penales que vulnerados. 4) Conclusiones.

1) El contexto de la emergencia sanitaria.

“Es muy veleidosa la probidad de los hombres; sólo el freno de la Constitución puede afirmarla. Mientras ella (no exista), es preciso adoptar las medidas que equivalgan a garantía preciosa que ella ofrece.” (O’Donnell, 2012)

Iniciamos este trabajo con una de las grandes frases de José Gervasio Artigas, caudillo de la Banda Oriental que supo irradiar su influencia en nuestra provincia y en otras a principios del siglo XIX consiguiendo el título de “Protector de los Pueblos Libres”. Artigas es considerado el padre del federalismo doctrinario y desde los albores de la patria van a ser incesantes sus esfuerzos para dotar al país de una Constitución federal que pudiera frenar el discurrir de la sangre de tantos argentinos que caían en los sacrosantos y olvidados campos de batalla de esta patria producto de las interminables luchas intestinas.

La idea de la organización nacional finalmente se vería efectivizada en el proceso constituyente de 1853/1860. Sin embargo, nuestra provincia con el importante andamiaje institucional del General López desde 1819 contó con el primer Estatuto Provincial que hacía las veces de una Constitución para Santa Fe.

Gracias a esta importante regulación normativa, los hasta entonces súbditos pasaron a ser considerados ciudadanos, los postulados del liberalismo decimonónico fueron plasmados, las libertades de las personas no quedarían

jamás al arbitrio del poder de turno al establecerse importantes garantías que hasta el presente siguen incólume tras los muros constitucionales.

Basta como muestra puntualizar dos artículos del Estatuto de 1819 relativos a la seguridad individual: Artículo 46º: *“Todo habitante en la provincia debe ser protegido por las leyes y sólo por ellas castigado.”*; artículo 48º: *“Ninguno podrá ser reputado delincuente, sino por infringir las leyes, ni compelido a más que lo que ellas determinan.”*

Sin embargo, la actual pandemia de CORONAVIRUS-COVID19 que ha provocado importantes transformaciones en el mundo y también en nuestro país, ha exigido la toma de decisiones por parte del Poder Ejecutivo Nacional a través del dictado de una serie de medidas para evitar los estragos que el avance de esta pandemia podría provocar.

Mediante el Decreto de Necesidad y Urgencia 297/20 el presidente de la nación argentina dispuso el Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio (ASPO) y la prohibición de circular. En el mismo DNU también se dispuso una serie de actividades y servicios declarados esenciales, los cuales fueron siendo ampliados mediante dichas normas.

A su vez dicho Decreto dispuso que *“Cuando se constate la existencia de infracción al cumplimiento del “aislamiento social, preventivo y obligatorio” o a otras normas dispuestas para la protección de la salud pública en el marco de la emergencia sanitaria, se procederá de inmediato a hacer cesar la conducta infractora y se dará actuación a la autoridad competente, en el marco de los artículos 205, 239 y concordantes del Código Penal.”*

Cabe destacar que la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional ha ratificado la constitucionalidad del Decreto aludido con los votos de los camaristas Rodolfo Pociello Argerich y Ricardo Matías Pinto (Kingston, Patricio s/ hábeas corpus, 2020).

Por otro lado, en nuestra Provincia el Poder Ejecutivo viene desarrollando una importante seguidilla de Decretos en relación a la pandemia. Sin embargo, a nivel

provincial se evidencia un desatino en el dictado de las normas infra constitucionales con motivo de esta emergencia siendo varias de ellas claramente inconstitucional.

Esto ya lo hemos analizado en oportunidad de analizar el Decreto 329/20 sobre la Interrupción de energía eléctrica al cual lo hemos catalogado lisa y llanamente inconstitucional.

La idea que circunda el presente trabajo, no se agota en un simple artículo de análisis jurídico-político del Decreto cuestionado, sino cómo posible fuente de consulta ante el intento de aplicación de tamaña absurda sanción en el legajo administrativo de cualquier empleado público.

Entendemos que el mismo es de cuestionable aplicabilidad, por las razones que se expondrán, pero más allá de ello, constituye una norma que pretende adoctrinar con el “miedo”, lo cual más allá de las valoraciones éticas que ello merezca, en el presente caso ni siquiera consideramos que sea capaz de contagiar dicho sentimiento, sino por el contrario genera uno aún peor: la confusión y falta de claridad y seguridad jurídica.

A modo de introducción, el desafío será generar una “disección” de la norma a los fines de comprender el porqué de la misma, lo cual no será fácil atento que más allá del fondo y el espíritu a todas luces inconstitucional, padece de una redacción cuestionable desde la coherencia, la cohesión y la técnica legislativa (“*La presunta vulneración*”... “*constatada fehacientemente*”), constituyéndose su hipotética aplicación en una situación peligrosa para la seguridad jurídica y una grave vulneración del Estado Constitucional y Convencional de Derecho.

2) El Decreto 337/20

En primer lugar, el Decreto bajo análisis dispone una serie de fundamentos que sintéticamente podemos resumir de la siguiente manera:

- El Poder Ejecutivo ha instruido a las diferentes jurisdicciones a prestar la colaboración más amplia para la plena ejecución de las medidas dispuestas por el Ejecutivo Nacional en el territorio de la provincia y en este sentido la policía provincial brinda su colaboración a las fuerzas de seguridad nacional.
- Si los servidores públicos violan lo dispuesto por los artículos 205 y 239 del código penal (violar las medidas adoptadas por autoridad competente y desobedecer a un funcionario público) devienen además pasible de reproche disciplinario por violación a los deberes propios del cargo y como tal pasibles de sanción en ese marco con prescindencia de lo que se resuelva en sede judicial.
- Considera que a los servidores públicos se les exige una conducta decorosa y leal y un comportamiento digno, cuestiones que se proyectan más allá del ejercicio de la función.
- Cita como sustento normativo el Estatuto General del Personal de la Administración Pública y otros estatutos específicos de acuerdo a cada profesión.
- Considera que el antecedente de condenado por un delito contra o en perjuicio de la Administración pública o por delito doloso, como la existencia de un proceso penal pendiente constituyen causales de inhabilitación para el ingreso porque afectan la exigencia de conducta intachable.
- Instruye a las dependencias que intervienen en la designación de personal que previo al dictado del acto administrativo verifiquen que las personas propuestas no registren impedimento de causas penales concluidas o en trámite por vulnerar el ASPO.

- Por último, enmarca jurídicamente el dictado del Decreto en el marco del artículo 72 incisos 1 y 6 de la Constitución Provincial y el artículo 128 de la Constitución Nacional.

En segundo lugar, el Decreto cuenta en su parte dispositiva con un total de cuatro artículos (tres artículos con contenido normativo y un artículo de forma). En consecuencia, podemos desglosar el contenido en dos sistemas:

- Por un lado, el articulado dispone en relación a los actuales trabajadores que:

“La presunta vulneración de los artículos 205¹ y 239² del Código Penal de la Nación, constatada fehacientemente en ocasión o con motivo de los procedimientos de control de la circulación en la vía pública o por otros medios tendientes a verificar el estricto cumplimiento del "aislamiento social, preventivo y obligatorio" establecido por el Poder Ejecutivo Nacional y mientras dure el mismo, cuando resultare atribuible a personal que reviste en cualquier organismo dependiente de éste Poder Ejecutivo será considerada infracción a los deberes propios del cargo; a los fines disciplinarios correspondientes.”

Y que a su vez dicha situación será de aplicación a: *“los trabajadores y las trabajadoras dependientes del sector público provincial, cualquiera sea su situación de revista y régimen escalafonario, estatutario o convenio colectivo de trabajo aplicable, que presten servicios en la Administración Central dependiente del Poder Ejecutivo, Organismos Descentralizados, Entes Autárquicos e Instituciones de la Seguridad Social, Empresas y*

¹ARTICULO 205. - Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que violare las medidas adoptadas por las autoridades competentes, para impedir la introducción o propagación de una epidemia.

²ARTICULO 239. - Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que resistiere o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de una obligación legal.

Sociedades del Estado provincial, o en las que el mismo tuviere participación.”

- Por otro lado, el Decreto dispone en relación a las personas que deseen ingresar a la administración pública que se instruye:

“...a todas las dependencias que intervengan en la tramitación de designaciones por ingreso a la Administración Pública Provincial, en el sentido de que previo al dictado del acto administrativo respectivo cedan a verificar que las personas propuestas no registren impedimentos derivados de causas penales concluidas o en trámite, por vulnerar el "aislamiento social, preventivo y obligatorio" dispuesto por el Poder Ejecutivo Nacional.”

3) Críticas al Decreto: su invalidez constitucional y los principios penales que vulnera.

El Decreto en examen es inconstitucional por violentar importantes principios receptados en la Constitución Provincial, en la Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional, principalmente aquellos principios de naturaleza penal.

Antes de analizar las violaciones a los principios en materia penal cabe destacar un aspecto sustancial, si bien el decreto en dictado en base a la atribución del Gobernador de la provincia de nombrar y remover a los empleados de la Provincia, esto debe ser hecho *“con arreglo a la Constitución y a las leyes, siempre que el nombramiento o remoción no competa a otra autoridad;”* (Artículo 72 inciso 6º de la Constitución de Santa Fe).

En suma, si bien es irrefutable que el Gobernador siendo el Jefe Superior de la Administración Pública (Artículo 72 inciso 6 de la Constitución de Santa Fe) pueda nombrar y remover empleados, no menos cierto es que tiene un límite para el ejercicio de dichas facultades que no es ni más ni menos que el que se desprende

de los principios propios de la propia Constitución y el de las leyes, aspectos que son vulnerados por el propio decreto.

a) Principio de Inocencia.

Antes que nada, el Decreto autoriza a sancionar en sede administrativa a los trabajadores ante presuntas violaciones al ASPO e imposibilita el ingreso a nuevo personal por tener causas penales en trámite. Esta situación constituye una vulneración del Principio de Inocencia porque permite la aplicación de una sanción administrativa cuando los hechos aún son presuntos, etapa procesal en el cual los éstos no tienen autoridad de cosa juzgada.

Dicho principio encuentra raigambre constitucional en el artículo 18 de la Constitución Nacional: *“Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa...”*

A su vez la Constitución Provincial dispone en su artículo 8 que: *“...Nadie puede ser penado sino en virtud de un proceso y de una típica definición de una acción u omisión culpable previamente establecidos por la ley, ni sacado del juez constituido con anterioridad por ésta, ni privado del derecho de defensa...”*

En los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional este principio encuentra recepción en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre en su artículo vigésimo sexto *“Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable...”*; en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo octavo, apartado segundo *“Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.”*; y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo décimo cuarto, inciso segundo *“Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.”*

Asimismo, y en idéntica línea, el Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe, recepta este mismo principio siendo muy claro en su redacción que complementa el cuerpo normativo Nacional e Internacional, los cuales en su conjunto fueron obviados por la norma aquí criticada.

El Código Procesal en su artículo 5º de modo sencillo recepta: *“Estado de inocencia. Nadie podrá ser considerado ni tratado como culpable mientras una sentencia firme no lo declare tal”*.

En relación a todo lo antes expuesto nos preguntamos, ¿Cuál es el fundamento para considerar culpable a un trabajador público por una simple presunción de las fuerzas de seguridad? Si tenemos en cuenta que el Código Procesal Penal entiende que para ello se requiere la declaración de culpable mediante el dictado de una sentencia firme por parte de la autoridad judicial, no cabe duda alguna de que no existe fundamento alguno.

Si bien toda norma tiene un alcance práctico, o al menos debería tenerlo, en casos de vulneración a los principios constitucionales, las normas terminan siendo claramente cuestionadas y deslegitimadas como en este caso por la prensa, los diferentes partidos políticos e incluso por legisladores tanto de la oposición (Con la gente noticias, 2020) como del oficialismo gubernamental (Política de Santa Fe, 2020).

A su vez la flagrante violación constitucional habilita a los sindicatos y a los gremios en representación de los trabajadores a exigir la declaración de inconstitucionalidad del mencionado decreto.

En este mismo sentido, importante doctrina provincial ha concluido en relación al principio de inocencia que *“nadie podrá ser considerado como culpable hasta que una sentencia firme, dictada según los presupuestos constitucionales y legales, lo declare como tal...”* (Baclini, 2009)

En resumidas cuentas y en contraposición a lo establecido por el Decreto 337/20, ninguna persona puede ser considerada culpable desde la óptica del estado sancionador, menos aún en carácter de empleado público (donde rigen otros

principios y presunciones a favor del trabajador), por el solo hecho de existir un proceso (o más bien una simple acta unilateral de la fuerza policial) y sin existir declaración judicial basada en cosa juzgada. Lo contrario es un sinsentido que vulnera los principios más básicos del derecho constitucional, humanitario, penal y procesal penal.

b. Non bis in idem

Por otro lado, el Decreto constituye una violación al **Non bis in idem** que es la imposibilidad de perseguir y de juzgar a una misma persona dos veces por el mismo hecho, de modo simultaneo o sucesivo

Esta garantía tiene rango constitucional en el derecho de defensa del artículo 18 de la Constitución Nacional y a su vez se expresa en el Código Procesal Penal de la Nación en su artículo primero cuando establece que *“Nadie podrá ser perseguido penalmente más de una vez por el mismo delito”* y también en el Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe en su artículo 6º *“Non bis in idem. - Nadie podrá ser perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho...”*

A su vez dicha garantía también encuentra protección en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos que desde 1994 tienen jerarquía constitucional: En la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo octavo, apartado cuarto: *“El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.”* y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo décimo cuarto, apartado séptimo: *“Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”.*

Es importante destacar que ya la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde 1983 (De la Rosa Vallejos Ramón, 1983) ha precisado en un caso de contrabando que cuando la sanción en instancia administrativa es un accesorio de la sanción

penal y ambas dependen de la comprobación de un mismo delito, al dictarse el sobreseimiento del hecho ilícito, es imposible continuar con el proceso administrativo porque rige la garantía para impedir el doble juzgamiento, vulnera la garantía de debido proceso y podría suponer la posibilidad de que se dicten sentencias contradictorias y constituirse la situación en un indeseable *strepitus fori*.

Ahora bien, al igual que el resto de los principios, más allá de la supremacía constitucional combinada con las regulaciones locales, no quedan dudas de la importancia del principio citado, lo cual no quiere decir que en ocasiones no sea vulnerado cómo lo hace el Decreto aquí estudiado. En ocasión de entender su alcance, al igual que toda garantía, es un límite al poder del Estado que en este caso pretende un objetivo claro que es la seguridad jurídica en un sentido más que amplio, atento que no refiere a sentencias o juicios por un mismo hecho, sino a la evitación de la más mínima molestia en sí misma para un individuo que pueda verse afectado o perseguido en dos ocasiones por los mismos hechos.

En la misma línea existe jurisprudencia del máximo tribunal nacional en el que de forma clara y precisa determina el alcance del *non bis in idem* cuando en ocasión del fallo *Cabrera T. 330 P.261* entendió que *“Una vez iniciado el proceso, cualquiera sea la causal por la que finalice –absolución, condena o no continuación- el individuo requerido está al amparo de la garantía que veda el doble juzgamiento según el alcance del ordenamiento jurídico Argentino”*, conforme cita de la doctrina (Baclini, 2009).

La gravedad de la situación podría acarrear situaciones disvaliosas desde el punto de vista sociológico en el hipotético caso en que a un empleado público, por ejemplo a un maestro/a o a un enfermero/a, haya salido el día 26 de marzo a llevar comida a un familiar mayor de edad, sin haber tramitado u olvidando el permiso respectivo en su domicilio y haya sido sujeto de “acta policial” por “presunta violación a los Art. 205 – 239 del CP”, no sólo que podría ser objeto de una investigación penal por parte del Ministerio Público de la Acusación, sino que

dicha simple presunción podría ser causa suficiente para a la luz del decreto en estudio impulsar una sanción administrativa en el ámbito de su empleo.

En dicha situación hipotética, el Decreto 337/2020, vulnera la garantía del non bis in idem, atento a que se trata de la misma persona, que por el mismo hecho y causa es perseguida de modo simultáneo, viéndose expuesto a ser sujeto pasivo de pena en dos ámbitos diferentes: la justicia penal (pena privativa de la libertad en suspenso o efectiva) y su historial laboral (pena de sanción o cesantía según estatuto), siendo que a su vez la “fuente” de la constatación es de naturaleza penal (acción típica, antijurídica y culpable) complementada como ley penal en blanco a su vez por un decreto del Poder Ejecutivo Nacional.

En lo que a ello respecta como fuente del derecho penal (ley penal en blanco) y de todos los aspectos controvertidos que ello genera en cuanto al conflicto con el principio de legalidad³, si bien no es objeto de análisis la efectividad del Decreto emanado del PEN, lo que reprochamos de modo absoluto es que sea el Poder Ejecutivo Provincial quién pretenda, como en el caso en análisis, legislar mediante decretos la creación de un delito penal, que sólo queda en materia de excepción con acotadas posibilidades de ser aplicado mediante decretos del Presidente de la Nación.

En el presente, entendemos que con defectos de forma el Gobernador pretende disfrazar bajo el ropaje de “sanción administrativa” una pena o posibilidad de ella, en sí misma, incluso sin posibilidad alguna de ejercer la defensa por parte del sujeto comprendido. En lo casuístico la pérdida de la fuente laboral puede resultar más gravosa que un proceso penal o pena, cuando es ella el capital más importante de una persona.

³ “Los problemas de este tipo de leyes, en relación al principio de legalidad, son varios, uno es que la norma a la que se remite no es normalmente, una ley formal, sino que un decreto, con lo cual estaría frente a una excepción del mandato constitucional de que sólo el Congreso de la Nación es el que dicta las leyes...” (Donna, 2006)

4) Conclusiones.

La Constitución Nacional establece los derechos fundamentales y las garantías que desde la primera constitución decimonónica pusieron límites al abuso del poder. De la misma forma, desde los orígenes de nuestro embrionario sistema constitucional provincial, el Estatuto de López dio garantías en materia de seguridad individual, cuyo contenido de corte humanista fue ampliado de forma constantes hasta llegar a la actual Constitución Santafesina.

En la actualidad, los instrumentos internacionales incorporados a la luz de la última reforma de la Constitución Nacional vienen a expandir aquellas garantías que se constituyeron en los pilares de nuestro Estado Constitucional y ahora Convencional de Derecho.

A pesar de que los principios y las garantías penales fueron fruto de una constante evolución constitucional máxime con la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos, éstos se ven en la actualidad gravemente vulnerado por la desinteligencia con la que el Poder Ejecutivo Provincial pretende implementar la “paz y el orden” en la Provincia de Santa Fe.

Creemos que la situación de emergencia en la que atraviesa nuestro país y nuestra Provincia no es óbice suficiente para el menoscabo de las garantías judiciales en materia penal y la gravedad que supondría la vulneración de los principios de inocencia y de non bis in idem.

Somos conscientes de que la coyuntura actual requiere de probos funcionarios ejecutivos, judiciales y legislativos que mediante herramientas innovadoras puedan proteger la salud de los ciudadanos, sin embargo, este decreto adolece de los mínimos estándares de razonabilidad y se constituye en un acto repugnante a las mandas constitucionales y convencionales.

Al día de hoy hay un proyecto con estado parlamentario en la Cámara de Diputados de la Provincia tendiente a lograr la derogación del Decreto (Basile, 2020). Situación que no obsta a que el Poder Judicial pueda declarar la

inconstitucionalidad de esta norma, incluso de oficio (Mill de Pereyra , 2001) para evitar que se constituya en un antecedente regresivo en materia de derechos.

Entendemos que estamos parados frente a una norma, que aún en el marco de un contexto de excepción, considerada tanto desde el punto de vista jurídico como político es reprochable, por los fines y por los medios utilizados, siendo no sólo contraria a derecho sino carente de sentido en lo práctico y con un sesgo de inseguridad jurídica innecesario.

Seguramente será una buena oportunidad para que las organizaciones sindicales busquen la impugnación judicial tendiente a declarar la inconstitucional del decreto, que en realidad lo que intenta más que proteger a la sociedad de la epidemia es disciplinar a los/as trabajadores/as mediante un régimen persecutorio.

Referencias

- Baclini, J. (2009). *Código Procesal Penal de Santa Fe. Comentado, anotado y concordado*. Buenos Aires: Juris.
- Basile, S. J. (13 de mayo de 2020). *Sistema Integral de Expedientes Legislativos*. Obtenido de <http://186.153.176.242:8095/index.php?go=d&id=38370>
- Con la gente noticias. (12 de mayo de 2020). *Con la gente noticias* . Obtenido de <https://conlagentenoticias.com/solicitan-derogar-un-decreto-que-habilita-despidos-de-trabajadores-publicos/>
- De la Rosa Vallejos Ramón, 305:246 (Corte Suprema de Justicia de la Nación 10 de Marzo de 1983).
- Donna, E. A. (2006). *Derecho Penal Parte General* (Vol. I). Santa Fe: Rubinzal – Culzoni.
- Kingston, Patricio s/ hábeas corpus (Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional 21 de Marzo de 2020).
- Mill de Pereyra , M102XXXII (Corte Suprema de Justicia de la Nación 27 de Septiembre de 2001).
- O'Donnell, M. E. (2012). *Artigas. La versión popular de la Revolución de Mayo*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Penguin Random House Grupo Editorial Argentina 2012.
- Política de Santa Fe. (23 de abril de 2020). *Política de Santa Fe*. Obtenido de <https://politicadesantafe.com/matilde-bruera-el-decreto-337-firmado-por-el-gobernador-perotti-es-inconstitucional/>