

## Fuerzas Armadas Pase A Retiro Por Crimen Castrense Nulidad Falta De Instruccion Sumaria Previa

### JURISPRUDENCIA

Fuerzas Armadas. Pase a retiro por crimen castrense. Nulidad. Falta

de instrucción sumaria previa Se confirma el fallo que declaró la nulidad del acto administrativo que dispuso el pase a retiro obligatorio del actor, pues el procedimiento debió desenvolverse a través de la sustanciación del sumario o instrucción sumaria previa, a los efectos de la averiguación de la responsabilidad del actor en los sucesos, como lo establecía el Código de Justicia Militar derogado que estuviera vigente en el momento del hecho y su reglamentación, como así también el art. 30 de la ley 26.394 vigente.

En la ciudad de Posadas, provincia de Misiones, a los treinta días del mes de agosto de 2018, se reúnen los señores Jueces de esta Cámara, Dres. Mario Osvaldo BOLDÚ, Mirta Delia TYDEN de SKANATA y Ana Lía CÁCERES de MENGONI, a fin de dictar sentencia en autos: ?Expte. N° FPO 23000390/2011CA1.- LOPEZ, CARLOS GUSTAVO c/ E.N.A. - MIN. DE JUSTICIA Y DDHH -G.N. s/CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-VARIOS? en presencia de la Sra. Secretaria autorizante. Examinados los mismos y planteada la cuestión respecto a si es conforme a derecho el fallo recurrido, previo al intercambio de ideas que hacen a la esencia del Acuerdo, el Dr. Mario Osvaldo Boldú dijo: 1) Que, en razón de que los resultandos de la sentencia de fs. 277/280 que explican de manera correcta las cuestiones centrales objeto de este juicio, déselas aquí por reproducidas en honor a la brevedad. 2) Que, el Sr. Juez de 1 ra. Instancia, en el fallo apelado, declaró la nulidad del acto administrativo que dispuso el pase a retiro obligatorio del señor Carlos Gustavo López, ordenó a la demandada que en el plazo de 45 días cumpla con el debido proceso adjetivo de conformidad a lo previsto por el art. 18 de la Constitución Nacional. Impuso costas a la demandada perdidosa y reguló honorarios. 3) Contra dicho fallo, se alza la demandada a fs. 282 cuya expresión de agravios luce a fs. 287/290. Que en este orden de cosas, la demandada se agravia porque el magistrado de primera instancia se entromete en una facultad exclusiva y excluyente de la Administración, realizando una merituación de la disciplina castrense siendo esta una facultad exclusiva de la Junta superior de Calificaciones para el Personal subalterno de Gendarmería Nacional, y que, a partir del propio convencimiento judicial, se apartó del recto sentido que el legislador le dio a la normativa castrense, que rige en materia de realización de tareas que son propias de las Juntas de Calificación Militares. Sostiene que el juez de grado yerra, ya que no fue necesaria la sustanciación del sumario para imponer una sanción al actor ya que la falta se cometió durante los actos de servicio y ante la vista y presencia del resto del personal que se encontraba de servicio, y la sanción fue impuesta por el superior jerárquico inmediato, quien se encontraba presente, siendo elevada posteriormente a los ulteriores superiores jerárquicos que elevaron la graduación de 10 a 25 días y posteriormente fijar como último escalón, la graduación de 40 días. Aduce además, que la amerituación de un sumario corresponde a una sanción de 60 días o más de arresto, pero en el caso de López fue de 40 días por lo que no corresponde realizar sumario alguno en concordancia con la normativa del art. 218 in fine del Decreto N° 712/89, y a su vez, no encaja en las previsiones de los art. 177 al 480 del Código de Justicia Militar. Destaca a su vez, que al no configurar una falta grave en cuanto a la cantidad de días de arresto, ello no obsta para que la jefatura de la unidad donde prestaba servicios, solicite la intervención de la Junta Superior de Calificaciones a los fines de evaluar la conveniencia institucional de dar o no continuidad a su carrera militar, con sustento en el art. 72 de la ley 19.349 y en la reglamentación de los ascensos (Decreto ley 3491/58 Ley - 14.467), por lo que la Junta Superior para el personal Subalterno y el Director Nacional de Gendarmería procedieron a evaluar las aptitudes del actor y en función de la oportunidad, mérito y conveniencia institucional, se impuso al actor el retiro obligatorio a tenor del art. 87, inc. c de la ley 19.349. Menciona el agraviado, que no hubo una desviación del poder, ni violación del debido proceso adjetivo inserto en el art. 18 de la Constitución Nacional, pues la junta evaluó los antecedentes del actor, sus calificaciones anuales y sus sanciones, como así sus reclamos administrativos, lo que determinó el pase a situación del retiro obligatorio (conf. Arts 44 al 96 del Decreto ley 3491/58 Ley 14 467 t.o. por Decreto 927/88). Finalmente, argumenta que la revisión judicial y la sentencia deben realizarse con criterio restrictivo, constituyéndose la actual sentencia, una flagrante alteración y limitación de regularidad, continuidad y eficacia de la labor desarrollada por la autoridad administrativa de aplicación de la ley 19.349, solicitando se revoque el fallo de primera instancia. 4) Que, previo al tratamiento de los agravios traídos a esta instancia por la demandada, es preciso señalar, que en reiteradas oportunidades, se ha sostenido que los jueces no están obligados a hacerse cargo de todos y cada uno de los argumentos formulados por las partes, ni a analizar las pruebas producidas en su totalidad, sino tan sólo aquellos elementos que sean conducentes para la correcta decisión planteada (CS. Fallos: 276:132; 280:329; 303:2088; 304:819; 305:537; 307:1121; entre otros). 5) Que en los presentes autos, lo relevante es determinar si hubo arbitrariedad, irrazonabilidad, desviación del poder, la debida fundamentación o si vulnera los principios de defensa en juicio o el debido proceso legal en la disposición emitida del

Director de Gendarmería Nacional que ordenó el pase a retiro al actor. Que el artículo 2 inc. b) de la ley 19.549 autoriza a los organismos militares, de defensa y seguridad, a dictar los procedimientos administrativos en atención a la especialidad del orden jurídico - militar que responda a las exigencias específicas de la institución, donde deberá adoptar los principios básicos de la ley y su reglamentación. Que sin perjuicio de la especificidad de las normas que regulan el procedimiento en las fuerzas armadas, es de aclarar que los actos administrativos, que en su seno se emiten, contienen la misma naturaleza que el resto que se ejercen en ejercicio de la función administrativa. Por ello, si bien es facultad privativa de la Administración Pública la organización interna de la labor de sus dependientes en interés de su propio funcionamiento, dicha discrecionalidad, se transforma en arbitraria cuando excede los límites de la razonabilidad, y configure una medida disciplinaria encubierta, implique una cesantía o conlleve un propósito discriminatorio en cualquiera de sus formas, llegando a lesionar gravemente derechos adquiridos o tenga consecuencias vejatorias previstas o imprevistas, imponiéndose en tal caso la revisión judicial que invalide o nulifique el acto administrativo. La Corte Suprema de Justicia se ha expedido en relación a que la actuación administrativa debe ser racional y justa, y la circunstancia de que la administración obre en ejercicio de facultades discrecionales no constituye justificativo de su conducta arbitraria, pues es precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades, el principio que otorga validez a los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de la parte interesada, verificar el cumplimiento de dicho presupuesto (C.S.J.N. 304:721; 305:1489; 306:126 entre otros.). Que, entonces y en ese sentido esta Cámara ha sostenido en anteriores precedentes que los tribunales y aún la corte Suprema de Justicia de la Nación han venido aplicando y cada vez con mayor frecuencia, la máxima de "razonabilidad", a nuestro criterio idónea para garantizar el respeto a los derechos iusfundamentales por parte de los poderes estatales - también utilizada en varios países europeos, además de la Argentina, (Estados Unidos, Gran Bretaña, Alemania, España, Francia, Bélgica, etc.) y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas -. Se basa, fundamentalmente, que toda regulación y decisión en materia legislativa debe ser razonable y proporcionada, debiendo determinar concretamente el alcance de la razonabilidad.-, es decir, sustentándose en tres subprincipios: de adecuación, de necesidad, y de razonabilidad en sentido estricto. El primero de ellos establece que la norma reguladora de un derecho fundamental sea adecuada o idónea para el logro del fin que se busca alcanzar mediante su dictado, es decir, establecido el fin buscado por el legislador y el medio empleado, que éste resulte apto para el logro del primero.- El segundo subprincipio prescribe que el legislador escoja de entre los medios idóneos para el logro del fin el que resulte menos restrictivo de los derechos involucrados, así, la medida tomada por el legislador superará el subprincipio de necesidad sólo si es menos restrictivo de los derechos fundamentales en juego.- Una vez establecidos la adecuación y necesidad de la medida legislativa, se debe determinar si es razonable "stricto sensu" y consiste en establecer si la medida guarda una relación razonable con el fin que se procura alcanzar. Se interpreta así, "...si la medida es equilibrada o ponderada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros valores o bienes en conflicto" (STC 66/1995, FJ5°). También nuestro Supremo Tribunal ha dicho que: "cuanto más alta es la jerarquía del interés tutelado, mayor puede ser la medida de la reglamentación" (Fallos: 253: 153) y ha mantenido vigente el principio de que la reglamentación no puede alterar el derecho, sino que debe conservarlo incólume y en su integridad, sin degradarlo ni extinguirlo, en todo o en parte (Fallos: 98: 20).- 6) Que así las cosas, ha sido indiscutible la vigencia y aplicación del Código de Justicia Militar en el momento del hecho que generó el caso de marras - 12 de diciembre del 2008- el que determina en su artículo 197 que a los efectos de la comisión flagrante de un delito castrense, se ordene la instrucción del sumario correspondiente como prevención en los delitos comunes. Que además obra en autos, sendos recursos administrativos contra las sanciones dispuestas de hasta 40 días de arresto (fs. 8/9,12/13, 16/17), los cuales fueron rechazados en su oportunidad (fs. 10/11; 14/15). En este contexto, a fs. 18/19, obra el acto administrativo que, a propuesta de la Junta Superior de Calificaciones para el personal Subalterno, el Director General de Gendarmería clasifica al actor como "Inepto para las funciones de Grado" como "caso especial" a tenor del artículo 72 de la ley 19.349 por la conducta asumida en el hecho es investigada en el expte QV 8-1146/139. A fs. 30/52 López interpone reclamo administrativo en fecha 13/11/2011, contra dicha disposición al haber sido notificado sobre el cambio de revista a "Inepto para las funciones del grado" como "caso especial?". Que a fs. 73/94, obra el dictamen de la Junta Superior de Calificaciones para el personal subalterno en fecha 16 de marzo del 2011 que surge como organismo de apelación en relación al tratamiento del reclamo presentado por el actor contra la clasificación de "Inepto para las funciones de grado" a tenor del art. 72 de la Ley 19.349 y cuyo estudio realizado se basa en el expte. QV 9- 1146/139- - Dictamen Nro. 87423. En dicho documento, se plasman los antecedentes del Dictamen 87423 expresando...? Que analizado el sub. Examine, se aprecia que de conformidad con la normativa vigente al tiempo de los hechos (CJM - Código de Justicia Militar) hubiese correspondido la sustanciación de un sumario militar por la posible comisión de un delito de jurisdicción castrense, pero atento a haber sido derogado dicho régimen, deviene improcedente instruir tal tipo de actuación. Asimismo, si bien, en base a la actual normativa en vigencia Ley 26.394, estaríamos en presencia de la posible comisión de una falta

gravísima, tampoco cabe instruir una información disciplinaria para investigar dicha infracción, atento a la fecha de comisión del hecho? - fs. 75 in fine.- A su vez, a fs. 76 el tercer párrafo determina ?Como se puede observar, la conducta asumida por este suboficial, no coincide con las normas éticas y morales que debe caracterizar a un integrante de la Fuerza, demostrando con su actitud falta de adaptación al régimen interno de la institución, en consecuencia debe ser separado del servicio activo de la fuerza?, proponiendo a posteriori clasificarlo como Inepto para las funciones de grado, sobre la base del siguiente juicio concreto. Por la conducta asumida en el hecho e investigada mediante el Expte QV 8- 1146/139 y por el cual fuera sancionado el 12 de diciembre del 2008 con cuarenta (40) días de arresto, circunstancias que lo inhabilitan para continuar en el servicio activo de la fuerza?. Que a fs. 93, argumenta que López ya ha tenido antecedentes de conductas similares y sus respectivas sanciones con días de arresto como criterio de evaluación, y dando como conclusión que ?Este accionar descalificante, resultó ser suficiente razón como para cuestionar la permanencia en la Institución y en razón de su labor en el ámbito de la seguridad, éste debió duplicar el deber de conducta y ética a quien la sociedad le requiere un comportamiento ejemplar, actitud ésta que también es exigida por la Institución como una conducta a imitar, resultando ser éstas cualidades permanentemente observadas y ponderadas por la superioridad y omitidas en el presente caso y por ello no se debe hacer lugar a su reclamo?, desprendiéndose de lo expuesto, que el hecho determinante en la que se basó la Junta de Clasificación para declararlo como ?inepto para las funciones de grado? fue el acaecido el 12 de diciembre del 2008. Que en este orden de cosas, considero que asiste razón al Magistrado de primera instancia en determinar que los dictámenes de las juntas de clasificaciones no son la culminación del trámite disciplinario, sino un proceso de evaluación del personal a los efectos de decidir sobre el ascenso o la interrupción al servicio y ello lo determina el artículo 72 de la Ley 19.349, que afirma ?La calificación de las aptitudes del personal que deba ser considerado tanto a los efectos de sus ascensos como los de su eliminación, estará a cargo de Juntas de Calificaciones, las que actuarán como organismos asesores del Director Nacional?. Por ello, el procedimiento debió desenvolverse a través de la sustanciación del sumario o instrucción sumaria previa, a los efectos de la averiguación de la responsabilidad del actor en los sucesos, como lo establecía el Código de Justicia Militar derogado que estuviera vigente en el momento del hecho y su reglamentación, como así también el art.30 de la ley 26.394 vigente. Que con respecto a la referencia por parte del agraviado que la cantidad de días de arresto no amerita un sumario, es de aclarar, que en cuanto a la normativa vigente en el momento del hecho, precisamente los art. 4° y 5° correspondiente al Decreto 712/89 RCJM, impone el deber de realizar un sumario de prevención en los casos de delitos comunes, en tanto que el art. 98 inc. c) corresponde instrucción militar en el caso de faltas graves, y el inc. d) exige para el supuesto de esclarecimiento y/o comprobación de los hechos donde fuera necesaria, una investigación escrita, en consecuencia, la instrucción sumaria debió haberse realizado, con independencia de la cantidad de días de arresto determinada en función a la falta cometida. Que aquí no se trata de dilucidar si correspondía realizar el sumario por la cantidad de días de arresto, sino que corresponde determinar si el procedimiento previo que se llevó a cabo y culminó con el acto administrativo que determino el retiro obligatorio del actor se circunscriben dentro de las previsiones normativas que establecía el Código de Justicia Militar y del Decreto 712/89, vigentes al momento del hecho de fecha 12 de diciembre del 2008, y que se corresponden con el hecho de que debía realizarse el sumario administrativo, respetando las garantías propias del debido procedimiento adjetivo inserto en el art. 18 de la CN. A mayor abundamiento, la juridicidad que es principio inspirador del procedimiento administrativo y nuclea todo el sistema normativo sustentando en los principios generales del derecho y la Constitución Nacional, como el resto del plexo jurídico vigente, exige que toda decisión administrativa que afecte derecho de los particulares debe contener una motivación y un razonamiento que sea derivado de los antecedentes, donde se encuentren en resguardo las garantías constitucionales en juego como ser las tuteladas por los arts. 16, 17,18 de la Constitución Nacional, siendo ella una exigencia correspondiente a la vigencia del principio de legalidad en la actuación de los órganos administrativos. De estos principios se extrae que la violación a una norma legal o reglamentaria o la demostración de una manifiesta arbitrariedad o irrazonabilidad, o de que se ha perseguido un fin distinto al que justifica la respectiva potestad administrativa, puede autorizar al Tribunal la anulación de los actos sometidos a su control jurisdiccional. De todo lo expuesto, soy de opinión que el acto administrativo impugnado adolece de vicios que tornan admisible la nulidad entablada, y en consecuencia confirmar el fallo recurrido en lo que fuera materia de agravios, con costas a la demandada vencida (art. 68 CPCC). 6) Por lo expuesto y con base en los fundamentos que preceden, voto por confirmar la sentencia de primera Instancia. Con costas a la vencida (Art. 68 CPCC). ASÍ VOTO. Las Dras. Mirta Delia Tyden de Skanata y Ana Lía Cáceres de Mengoni adhieren al voto anterior. Con lo que finalizó el Acuerdo, firmando los Sres. Vocales ante mí, doy fe.- Posadas, agosto 30 de 2018. Y VISTOS: Por ello, y con base en los fundamentos del Acuerdo que precede, Confírmase la sentencia de primera instancia, con costas a la vencida (art. 68 CPCC). Notifíquese. Publíquese en la forma dispuesta en la Acordada 15/2013 de la CSJN. Devuélvase. Fdo. Dres. Mario Osvaldo Boldú. Mirta Delia Tyden de Skanata. Ana Lía Cáceres de Mengoni. Jueces. Dra. Verónica S. Zapata Icart. Secretaria.-

031770E