

Gendarmeria Nacional Sancion Disciplinaria Junta De Calificaciones Retiro Obligatorio Sobreseimiento Penal

JURISPRUDENCIA

Calificaciones. Retiro obligatorio. Sobreseimiento penal

pretende que se deje sin efecto la disposición del Director Nacional de Gendarmería que declara al accionante en situación de ?retiro obligatorio? como resultado de la calificación emitida por la Junta de Calificaciones. Ello así, por entender que no se ha logrado demostrar la arbitrariedad en el dictado del acto atacado, estando vedado a este Tribunal pronunciarse sobre la oportunidad, mérito o conveniencia del resultado de la calificación y del acto administrativo.

En la ciudad de Posadas, Provincia de Misiones, a los dieciocho días de junio de 2019 se reúnen los señores Jueces de esta Cámara, Dres. Ana Lía Cáceres de Mengoni, Mario Osvaldo Boldú y Mirta Delia Tyden de Skanata, a fin de dictar sentencia en autos: ?FPO 23000433/2006/CA1 Machado Olivio Nicanor / Estado Nacional (Gendarmería Nacional) s/ Demanda Contenciosa 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, la Dra. Ana Lía Cáceres de Mengoni dijo: I) Que, en razón de que los resultandos de la sentencia de fs. 360/365 explican de manera correcta las cuestiones centrales objeto de este juicio, déselas aquí por reproducidas en honor a la brevedad. II) Sin perjuicio de ello vale destacar para un mejor entendimiento las actuaciones en lo pertinente. En efecto, éstas se inician a partir de la demanda planteada por el Sr. Olivio Nicanor Machado con el objeto de que el juez deje sin efecto la Disposición del Director Nacional de Gendarmería por la que se declara al Sr. Machado en situación de ?RETIRO OBLIGATORIO? a partir del 01/09/2005 por aplicación del art. 87 inc. c) - Ley de Gendarmería Nacional N° 19.349- y actos administrativos posteriores, y determine su ?reincorporación? al servicio activo con retroactividad a la fecha mencionada reconociendo el tiempo pasado en esa situación como en ?actividad? (servicio efectivo) con el grado y la antigüedad que le hubiese correspondido de no haberse declarado su retiro, abonándosele las diferencias de haberes por ese período, con más intereses mensuales. En su defecto, solicita una indemnización de daños y perjuicios sustitutiva (daño emergente, daño moral, daño material) con más intereses e imposición de costas. Que, por sentencia obrante a fs. 360/365 el Juez de origen rechazó la demanda promovida por el actor en contra el Estado Nacional Argentino - Gendarmería Nacional, eximió de costas al actor (art. 68 2° y 84 1° parte del CPCC); reguló los honorarios profesionales de los Dres. Álvaro Vicente Lafuente en 18 UMA, con más un 40% por su doble carácter (art. 20), Damus Amado Jorge Luis y Bastos Edith Beatriz en 22 UMA para cada uno (Art. 14 y 2 de la Ley N° 27.423); y eximió al actor del pago de la Tasa de Justicia (Art. 13 inc. ?a? de la ley 23.898). III) Que, contra dicho auto plantea formal apelación la parte actora a fs. 367 y funda el recurso a fs. 378/387. A fs. 390/395 contestó el traslado de ley la parte demandada. En estas condiciones a fs. 396 se llamaron autos a sentencia. Que, en lo que hace a los fundamentos de la apelación planteada, el actor considera que la sentencia de grado resulta arbitraria porque no es una derivación razonada del derecho vigente ni de las constancias de la causa y que el acto administrativo cuestionado debe ser dejado sin efecto por los argumentos que desarrolla.

En efecto sostiene por una parte, que el a quo interpreta equivocadamente normas ya derogadas, habida cuenta que el Decreto PEN 712/89 ?Reglamento de Justicia Militar para Gendarmería Nacional? fue derogado por la Ley N° 26.394, sancionada el 06/08/08 y promulgada el 26/08/08 por la cual se deroga el Código de Justicia Militar (Ley 14.029 y sus modificatorias). Entiende el quejoso que el Juez debió aplicar la ley 26.394 (art. 8 del anexo IV) dejando sin efecto sin más la sanción disciplinaria que se impuso como consecuencia del hecho que también fuera investigado en sede penal y que concluyó con el sobreseimiento. Por otra parte considera que la sentencia cuestionada es injusta e irrazonable porque convalida el retiro obligatorio que se decretó en sede administrativa con fundamento exclusivo en una falta cometida por el actor -incidente del 18/10/2003- que derivó en la descalificación del agente (INEPTO PARA LAS FUNCIONES DE GRADO) a pesar de haber obtenido el sobreseimiento total y definitivo en sede judicial penal. Además exalta la falta de proporcionalidad y de razonabilidad de la propuesta emitida por el Organismo de Calificación y sostiene que la decisión del Sr. Director Nacional de Gendarmería - que se apoya en la calificación citada-, al disponer el pase a retiro obligatorio del actor sobre la base de una falta leve resulta arbitraria por lo que debe ser dejado sin efecto. IV) Que analizadas las constancias de la causa se puede apreciar que el quid de la cuestión radica en determinar si la resolución administrativa por la cual se dispuso el pase a retiro obligatorio del Sr. Machado como resultado de la calificación emitida por la Junta de Calificaciones, constituye un acto arbitrario y por consiguiente debe ser dejado sin efecto. V) Así, es atinado tratar en primer lugar el agravio según el cual el a quo aplica equivocadamente normas ya derogadas. Analizados los antecedentes de la causa, de acuerdo al momento de acaecidos los hechos y emitidos los actos administrativos cuestionados (sanción

disciplinaria -18/10/2003-, Calificación -21/01/2005- y disposición de retiro -29/08/2005) no se advierte yerro en la sentencia del juez en relación a la norma aplicable al efecto de establecer si el acto administrativo se funda en derecho vigente. En efecto como regla general, las leyes sólo pueden regir conductas humanas posteriores a su publicación (Art 3 Código Civil). Sólo desde la publicación de la norma los ciudadanos pueden observarla y acomodar su conducta a sus prescripciones; sólo las leyes ya publicadas pueden contener normas que quepa considerar como razones para la acción con lo cual el juez como regla analizará la conducta de la Administración a la luz de la normativa vigente al momento de emitir el acto impugnado. Así, debe tener presente la quejosa que el hecho de que el Decreto PEN N° 712/89 "Reglamento de Justicia Militar para Gendarmería Nacional" haya sido derogado por la Ley N° 26.394, en nada enerva la decisión judicial toda vez que la citada norma entró en vigencia tiempo después de acontecidos los hechos objeto de la demanda. En efecto, el acto administrativo cuestionado por el que se dispone el pase a retiro del actor data del 31/08/2005, esto es tres años antes de publicada la norma cuya aplicación requiere la parte actora (Conf. fs. 336 del legajo personal; arts. 7 y 8 - Ley 26394 y Boletín Oficial del 29/08/2008). Por otro lado, el fenómeno ordinario de que las leyes derogadas resulten "externamente" aplicables por los jueces tiempo después de su derogación no debe llevar en modo alguno a dudar sobre que se trata de aplicación de leyes que ya no están vigentes para hechos acontecidos con posterioridad a su derogación, más sí para los acaecidos durante su plena vigencia. Si por ultra-actividad se entiende, de manera más precisa, que una ley sigue determinando las consecuencias posteriores de hechos ocurridos con anterioridad a su derogación se debe entender que la norma está "vigente" para estos casos y sólo para ellos. Esta forma de entender la vigencia supone que las normas derogadas siguen perteneciendo al ordenamiento, aunque ya no de manera "actual y activa", puesto que sólo regulan las situaciones que quedaron subsumidas en su supuesto de hecho antes del momento de la derogación, como ocurre en autos. Por ello, el planteo en este sentido ha de ser desestimado. VI) En segundo término corresponde tratar el agravio según el cual el actor considera que existe arbitrariedad en el acto administrativo impugnado desde que, con fundamento exclusivo en una falta de carácter leve cometida por el actor (incidente del 18/10/2003) en que se sustentó la calificación de "INEPTO PARA LAS FUNCIONES DE GRADO", a pesar de haber obtenido el sobreseimiento total y definitivo en sede judicial penal, resultó igualmente determinante del retiro obligatorio decretado en sede administrativa. Que, es dable destacar las siguientes circunstancias de hecho y derecho al efecto dar razones fundadas por las que no se observa en el sub examine que el acto administrativo cuestionado ostente un vicio esencial violando la prohibición de arbitrariedad de origen constitucional que justifique su anulación. Conforme surge del legajo personal del actor, en la mañana del 18/10/2003 se inicia la instrucción penal a partir de la denuncia realizada por el dueño de un bar de la Ciudad de Oberá quien señaló al Sr. Machado como presunto autor del delito de Lesiones y responsable de los daños provocados por lanzar piedras a su bar en horas de la madrugada. La Policía local ordenó la detención del Sr. Machado para la correspondiente instrucción penal y según constancias del expediente penal, en el momento de la detención su alteración y signos de estado de ebriedad (aliento etílico) impidieron practicar las notificaciones de rigor, acto que se cumplió con posterioridad. A fs. 229 se indicó que el presunto autor se negó al examen de alcoholemia (Cfr. fs. 222, 229, 235, 240, 252 y 253 del expediente Penal N°2452/2003 incorporado al Legajo personal en copia certificada). Entonces, a partir del incidente descripto se inició la instrucción penal como ya se mencionó, dentro de cuya órbita se diligenciaron pruebas al efecto del esclarecimiento del hecho a saber: Inspección ocular, acta de incautación, informe médico policial, testimonial, entre otros. Dicha investigación culminó en fecha 28/02/2005 mediante la resolución por la cual el Juez penal del Juzg. De Instrucción n°2 - Segunda Circunscripción de la Pcia. de Misiones decretó el sobreseimiento del Sr. Machado que en lo pertinente dice: "(...) RESUELVO: SOBRESER TOTALMENTE en la presente causa que se le sigue a OLIVIO NICANOR MACHADO, por la presunta comisión del delito de DAÑO (Art. 183 Cod. Penal) teniendo en cuenta que el día veintiocho de febrero de dos mil cinco ha expirado el plazo de prórroga Extraordinaria de la Instrucción, la que fuera dispuesta según los términos del artículo 331 del Código Procesal Penal por aplicación del artículo 333 del Código de rito (...)?" (Cfr. fs. 283 de estos autos). Por otra parte y a partir del mismo incidente, dentro de la órbita de Gendarmería Nacional, tomando en consideración las medidas de prueba desarrolladas en sede penal y mediante la aplicación del régimen disciplinario de la Fuerza, en fecha 18/10/2003 se le impone al Sr. Machado una sanción de carácter administrativo, la cual, siendo recurrida por el agente, es confirmada por la Administración que se expide rechazando el planteo porque el agente no aporta elementos de juicio que permitieran variar lo decidido (Cfr. fs. 142 del legajo personal). Se destaca en dicho auto, que el acto sancionatorio persigue corregir una actitud no acorde con su condición de Suboficial de la Fuerza de acuerdo a una serie de conductas que allí se detallan además del hecho de negarse a ser sometido a examen de alcoholemia indicado en sede policial. Se destaca que la medida se impone independientemente de su situación procesal. Entonces de lo antedicho se observa que la sanción disciplinaria no se impuso por estar sometido a una instancia judicial penal o por la supuesta comisión de un delito tipificado en el Código Penal, sino que se asienta en una serie de acciones y omisiones cuyo sustrato factico se hallaba acreditado en las pruebas diligenciadas en sede penal que se subsumen en una serie de obligaciones y prohibiciones inherentes a su condición de gendarme y cuya fuente es la Ley 19.549

y específicamente, los artículos 305 (inc. 1º) - faltas a la ética profesional- y 308 (inc. 25) - faltas al régimen del servicio- de la ?Reglamentación de Justicia Militar para Gendarmería Nacional? - Cfr. decreto N° 712/1989 - vigente al momento de verificada la falta del agente demandante. A lo dicho resta agregar que el hecho de que el agente estuviera haciendo uso de licencia por duelo al momento del incidente no lo excluía del estado militar de gendarme y por consiguiente no estaba sustraído del cumplimiento del plexo normativo inherente a la Fuerza al que se encontraba voluntariamente sometido (Cfr. fs. 128 del legajo- Acta de compromiso de Servicio). Así la normativa supra citada era indiscutiblemente aplicable al actor con lo cual se puede afirmar que la sanción disciplinaria estaba fundada en derecho y en antecedentes facticos comprobados. Es imperioso aclarar en este punto al recurrente, que en virtud del denominado principio de la independencia de las jurisdicciones, la circunstancia del sobreseimiento en sede penal no provoca automáticamente la exoneración en sede administrativa, pues, como se ha observado repetidamente, concurren distintos valores en ambas esferas represivas (Fallos: 256:182; 258:195; 262:522, entre otros). Al respecto, cabe recordar que el procedimiento administrativo es independiente del proceso judicial penal en razón de la diferente naturaleza de los bienes jurídicos protegidos. En cuanto a ello, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que ?con independencia de que la sanción penal pueda o no compartir la misma naturaleza que la sanción disciplinaria, lo cierto es que el procedimiento administrativo disciplinario es independiente del proceso penal, ya que las finalidades perseguidas por ambos, los bienes jurídicos tutelados y los valores involucrados en cada uno de ellos, son distintos y juegan de manera diferente? (Fallos: 320:1703 y 326:345). En este orden de ideas, cabe sostener que las actuaciones administrativas fueron iniciadas con el fin de determinar la responsabilidad disciplinaria del actor respecto de su participación en una serie de hechos que correspondían ser analizados con independencia de si podían o no implicar un delito penal. De acuerdo a lo desarrollado precedentemente, se puede concluir que no se ha demostrado arbitrariedad en la sanción disciplinaria ni corresponde se deje sin efecto por el hecho del sobreseimiento en sede penal. VII) En lo atinente a la validez de la resolución de la Junta de Calificaciones, es oportuno recordar el criterio del Máximo Tribunal según el cual ?la apreciación de la Junta respecto de la aptitud para ascender, conservar el grado o pasar a situación de retiro del personal policial, comporta el ejercicio de una actividad discrecional que no es susceptible, en principio, de justificar el control judicial? (Fallos: 250:393; 267:325; 303:559, entre otros). De este modo, ?el deber de este Tribunal es realizar un examen de legalidad del acto tachado de nulo y que dio origen al pleito, y no de su acierto o desacierto; pues, salvo el caso en el cual la medida involucrada aparezca como manifiestamente arbitraria, no puede el Poder Judicial de la Nación sustituir el criterio del órgano establecido por ley a tales fines? (Fallos: 320:147 y 331:735). Que entonces, corresponde examinar si el acto administrativo emitido por la Junta de Calificaciones cuya arbitrariedad señala la actora es un acto viciado por un lado, por la existencia de sobreseimiento en sede penal de la sanción disciplinaria (ausencia de sustrato factico) y por otra parte porque entiende que se apoya exclusivamente en una sanción de carácter leve y por ende no es proporcionado que se lo excluya de la fuerza como consecuencia de ello (falta de razonabilidad por ausencia de proporcionalidad). Entonces como se ha tratado en el Considerando IV) lo inherente a la validez de la sanción disciplinaria del 18/10/2003 a cuyos fundamentos me remito, resta analizar la validez del acto de calificación como ?Inepto para las funciones de su Cargo? respecto de la falta de proporcionalidad que se le atribuye. Conforme se observa de los fundamentos expresados por la Junta de Calificaciones en el acto atacado, que para determinar la calificación asignada al agente de ?Inepto para las funciones de su grado? la Junta no solo se apoyó- tal como entiende el actor, en las acciones y omisiones que constituyen faltas de carácter administrativo vinculadas al incidente de fecha 18/10/2003, sino que tuvo en consideración otros antecedentes del agente y sanciones aplicadas en ocasiones anteriores según se colige del texto de la resolución (Cfr. Fs 24/26). Asimismo, en oportunidad de la reconsideración de la Calificación, se puede apreciar que también fue tenido en cuenta el sobreseimiento en sede penal sin que ello altere el resultado obtenido atento a la distinta esfera de responsabilidad tal como se expresa a fs. 292 del legajo personal, además de destacarse nuevamente otros antecedentes administrativos del agente que persuadieron la voluntad de la administración. A mayor abundamiento, el estado policial -asimilable al caso de autos en que se trata de personal de Gendarmería Nacional- presupone el sometimiento de su personal a normas que estructuran la institución de manera especial dentro del esquema de la administración pública, sobre la base de la disciplina y la subordinación jerárquica, ello así tal estado policial implica la sujeción al régimen de ascensos y retiros por el cual se confiere a los órganos específicos la capacidad de apreciar en cada caso concreto la aptitud, con suficiente autonomía funcional derivada, en última instancia, del principio cardinal de la división de poderes (CSJN Fallos 303:559). Que también la Corte ha dicho que siendo la aptitud para el servicio de las armas y los ascensos en el ámbito de las fuerzas armadas y de seguridad una cuestión de carácter prevalentemente técnico, su decisión está reservada como principio a las pertinentes autoridades de la fuerza por lo que no es revisable tal calificación, en tanto no cabe sustituir sin más el criterio de los integrantes del tribunal de calificación (conf. CSJN Fallos: 291:251; 292:351 y Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso administrativo Federal, Sala III, in re: ?Pignanelli Guillermo c/Policia Federal-Ministerio del Interior s/Personal Militar y Civil de las Fuerzas Armadas y de Seguridad?, del 17-12-97). Ahora bien, sobre la base de la calificación emitida por la Junta

de Calificaciones cuya validez se ha tratado precedentemente es que la Administración resuelve la situación de revista del actor disponiendo el pase a retiro obligatorio por aplicación del artículo 87 inc. 1º de la Ley 19549, con goce del 42,5% del haber mensual y suplementos generales íntegros de su grado (Cfr. fs. 336 del legajo). Siendo válidos los antecedentes sobre los que reposa, y siendo correcta la normativa aplicada en cuanto la determinación del pase a retiro obligatorio es que corresponde desestimar los agravios planteados y confirmar lo resuelto por el a quo. VIII) Respecto de los restantes agravios, no se advierte afectación al debido proceso y derecho de defensa del actor por haberse dictado un acto sin audiencia de su parte. A poco de visualizar las actuaciones administrativas se advierte que desde el inicio del Informe Sumarial el procedimiento fue desarrollado en forma regular y que el actor ha estado en conocimiento de las actuaciones labradas (Cfr. fs. 139/140/143 del Legajo personal). Así se observa: pedido de vista y suspensión de plazos administrativos para interponer reclamo, acta de entrega del Expediente Administrativo a los fines de la revisión por parte del actor (Cfr. fs. 147/148/150/152). En consecuencia, se demuestra que se han cumplido todos los actos necesarios a efectos de poder arribar a una resolución sin violentar el principio del debido proceso adjetivo, lo que pese a la disconformidad del actor en la solución a la que se llega, lleva a concluir que el procedimiento no presenta vicio alguno tampoco en su aspecto formal. De lo antedicho se puede concluir que el demandante no ha logrado demostrar la arbitrariedad por vicios en el procedimiento, aplicación de derecho no vigente, falta de razonabilidad y/o proporcionalidad de la Gendarmería en el dictado del acto atacado ni de los subsiguientes estando vedado a este Tribunal pronunciarse sobre la oportunidad, mérito o conveniencia del resultado de la calificación y del acto administrativo atacado. Finalmente, de conformidad al resultado obtenido ante esta Alzada, las costas se imponen a la actora perdidosa, estando no obstante exento del pago hasta que mejore de fortuna atento al otorgamiento oportuno del beneficio de litigar sin gasto (Arts. 68 y 84 del CPCC). Por lo tanto, con base a los fundamentos que preceden, voto por confirmar lo resuelto a fs. 360/366 en lo que fuera materia de recurso, con costas a la actora perdidosa (art. 68 y 84 del CPCC).- ASI VOTO. Los Dres. Mario Osvaldo Boldú y Mirta Delia Tyden de Skanata adhieren al voto anterior. Con lo que finalizó el Acuerdo, firmando los Sres. Vocales ante mí, doy fe.- Posadas, 18 de junio de 2019. Y VISTOS: Por los fundamentos del Acuerdo que precede, confírmase lo resuelto a fs. 360/366 en lo que fuera materia de recurso, con costas (art. 68 y 84 del 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. Dra. Ana Lía Cáceres de Mengoni. Jueces. Dra. María Edith Viramonte. Secretaria.- Correlaciones: Reque, Oscar Delfín c/Estado Nacional - Gendarmería Nacional s/daños varios - Cám. Fed. Gral. Roca - 03/10/2018- Cita digital: IUSJU034816E 043217E