Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 12 de agosto de 2014.

Vistos los autos: "Barrientos, Hugo Rafael c/ EN - M° Justicia - resol. 78/03 dto. 864/03 s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.".

Considerando:

Que los agravios de la recurrente han sido objeto de adecuado tratamiento por la señora Procuradora Fiscal en su dictamen de fs. 260/266, a cuyos fundamentos y conclusiones esta Corte se remite en razón de brevedad.

Por ello, se declara admisible el recurso extraordinario de la actora y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento de acuerdo con el presente. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI

ELENA I. HIGHTON de NOLASCO

JUAN CARLOS MAQUEDA

E. RAUL ZAFFARONI

Recurso extraordinario interpuesto por **Hugo Rafael Barrientos, actor en autos, por derecho propio**, con el patrocinio letrado del Dr. **Julio César Molina**.

Traslado contestado por **la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal**, representado por **el Dr. Ariel Rodrigo Prieto**.

Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V.**

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal n° 5.**

Procuración General de la Nación

S u p r e m a C o r t e :

- I -

A fs. 210/213, la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal (sala V), al confirmar —por mayoría de votos— la sentencia de la anterior instancia, rechazó la demanda promovida por Hugo Rafael Barrientos contra el Estado Nacional (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos) a fin de obtener que se declarara la ilegitimidad del decreto 864/03, así como de la resolución 78/03 de la Secretaría de Justicia y Asuntos Penitenciarios del citado ministerio, por medio de la cual se dispuso su pase a retiro obligatorio.

Para decidir de ese modo, la mayoría señaló que no advertía, en el decreto 864/03, que alguno de los elementos del acto administrativo se encontrara viciado, sino que la Administración había respetado la normativa vigente al momento de su dictado.

Advirtió que tampoco se había producido la derogación singular de un reglamento, dado que aquel decreto no había dejado sin efecto lo dispuesto por el art. 32 del decreto 57/73 (quiso referirse, en rigor, al decreto 54/76) en un caso en particular, sino que sólo había autorizado por única vez, en forma extraordinaria, a la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal a convocar a la Junta de Calificaciones para que se desempeñara conforme a lo dispuesto por la ley orgánica de dicha fuerza (ley 20.416) y su reglamentación.

Agregó que el dictamen de la Junta de Calificaciones contenido en el acta 12/03 había sido emitido en ejercicio de las atribuciones conferidas a ese órgano por la ley 20.416, su

reglamentación y el decreto 864/03, y era el resultado de una actividad discrecional que no era susceptible de revisión judicial, salvo que hubiera sido irrazonable, lo que no había sido demostrado en el caso.

Además, hizo referencia a la reforma introducida por el decreto 978/08 al decreto 54/76.

Finalmente, estimó que la decisión de pasar a disponibilidad al actor estaba debidamente fundada, y que no se advertía que la actuación administrativa significara una descalificación del agente, ni que apareciera encubriendo alguna medida disciplinaria o importara un apartamiento del fin de la ley.

- II -

Disconforme con la decisión, la parte actora interpuso el recurso extraordinario de fs. 218/231, que fue concedido por hallarse en juego la interpretación de normas de carácter federal.

Sostiene, esencialmente, que en la causa se encuentra probado que, al momento de ser pasado a situación de retiro obligatorio, no había agentes en condiciones legales y reglamentarias de ser ascendidos, por lo que no se requería generar vacantes con dicha finalidad prevista en el régimen de eliminaciones del Servicio Penitenciario Federal.

Aduce que, por medio del decreto 864/03, el Poder Ejecutivo Nacional derogó parcialmente el reglamento de calificaciones de la fuerza, solamente respecto de los agentes incluidos en una nómina previamente elaborada, lo que —a su criterio— importó la violación de un procedimiento que se

encuentra reglado por la ley y su decreto reglamentario, al modificarse el universo de agentes a ser tratados por la Junta Superior de Calificaciones, el que quedó restringido a los que habian sido elegidos por el Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos para ser pasados a retiro obligatorio, nómina que no fue objeto de examen por parte de la Junta.

Expresa que la modificación del decreto 54/76 por medio del decreto 978/08 no resulta aplicable al caso de autos, dado que su eliminación se produjo en 2003.

- III -

Considero que el recurso extraordinario es formalmente admisible, en tanto se encuentra en tela de juicio el alcance de disposiciones de naturaleza federal (ley 20.416 y decretos 54/76 y 864/03), así como la validez de los actos de autoridades nacionales que determinaron el pase a situación de retiro obligatorio del actor, y la decisión del superior tribunal de la causa ha sido adversa a los derechos que la apelante fundó en aquellas, tal como lo establece el art. 14, incs. 1° y 3°, de la ley 48 (Fallos: 311:1835; 311:1945; 316:1567; 321:1614 y 1848; 324:1371; 326:3308; 330:1649; 331:735, entre otros).

- IV -

Ante todo, cabe recordar que V.E. tiene dicho que el estado policial presupone el sometimiento a las normas de fondo y de forma que estructuran la institución policial, ubicándola en una situación especial dentro del esquema general de la administración pública, de la que difiere tanto por su composición como por las normas que la gobiernan, las que

establecen las relaciones de su personal sobre la base de la subordinación jerárquica y la disciplina; y también que esa sujeción a la jurisdicción policial y disciplinaria se extiende al régimen de ascensos y retiros, por el cual se confiere a los órganos específicos la capacidad de apreciar en cada caso la concreta aptitud con suficiente autonomía funcional, derivada, en última instancia, del principio cardinal de división de los poderes (Fallos: 303:559; 320:147, entre otros).

Además, el Tribunal ha señalado que la apreciación de la Junta de Calificaciones 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, salvo que se demuestre la irrazonabilidad del proceder administrativo (Fallos: 307:1821 y sus citas, entre otros).

Bajo esas premisas, que considero analógicamente aplicables al *sub lite*, examinaré los agravios vertidos por la parte actora contra la sentencia de la cámara de apelaciones.

- V -

De conformidad con el art. 57, inc. a), de la ley 20.416, el personal del Servicio Penitenciario Federal que temporalmente no preste servicio activo en razón de permanecer a disposición de la Dirección Nacional a la espera de la designación de destino, se encontrará en situación de disponibilidad durante un plazo que no podrá exceder de noventa días. Por su parte, según el inc. b) del mismo artículo el agente que solicite su pase a retiro o sea declarado en situación de retiro obligatorio pasará a disponibilidad por un

término que no podrá exceder de seis meses ni ser menor a tres meses, salvo que a solicitud del interesado se fije un plazo menor.

A su vez, el art. 76, inc. a), de aquella ley dispone que la Junta Superior de Calificaciones es la encargada de dictaminar respecto del personal superior (del que formaba parte el actor, con el grado de Alcaide Mayor) que anualmente deba pasar a retiro obligatorio, con exclusión del grado de Inspector General, de acuerdo con lo previsto por el art. 101, inc. a).

El citado art. 101, inc. a), establece: "El personal penitenciario será pasado a retiro obligatorio cuando se encuentre comprendido en alguna de las siguientes causales: a) Los agentes que en la forma que determine la reglamentación de esta Ley, para cada escalafón, deban anualmente pasar a retiro".

Por su parte, el art. 32 del Reglamento de calificaciones, ascensos y eliminaciones del personal del Servicio Penitenciario Federal aprobado por el decreto 54/76 disponía, al momento de suceder los hechos del caso y en cuanto aquí interesa, que la Junta Superior de Calificaciones sería convocada por la Dirección Nacional a los fines determinados por el art. 101, inciso a), de la ley 20.416, en concordancia con el art. 76, inc. a), del mismo cuerpo legal, durante mayo de cada año (por medio del decreto 978/08 se modificó la fecha de esa convocatoria, que pasó para octubre de cada año).

Asimismo, la reglamentación detalla el número mínimo de vacantes que deben anualmente producirse en cada grado, siempre que no se motivaran por otras causas (art. 55). A tales efectos, la Junta Superior de Calificaciones considerará a todos los agentes que revisten en el escalafón y grado en el cual

deberán producirse las vacantes (art. 56). Conforme a la nómina presentada por la Junta, el Director Nacional resolverá en consecuencia (art. 57).

- VI -

Sentado lo anterior, cabe referir que en 2003 el procedimiento al que se hizo mención en el acápite anterior se inició con la convocatoria a la Junta Superior de Calificaciones para mayo de ese año, dispuesta por la resolución 868/03 del Director Nacional del Servicio Penitenciario Federal, y concluyó con el dictado de la resolución 17 del 4 de agosto de ese año por parte del Secretario de Justicia y Asuntos Penitenciarios en virtud de la cual se declaró en disponibilidad, a los efectos del retiro obligatorio de acuerdo con lo dispuesto por los arts. 101, inc. a), y 57, inc. b), de la ley 20.416 a un conjunto de oficiales superiores de la institución, entre ellos, varios alcaides mayores.

Durante las seis reuniones de la Junta Superior de Calificaciones —en las que se destacó el cúmulo de tareas y la cantidad de legajos a considerar— se dio lectura a los antecedentes que constaban en los legajos personales de la totalidad de los agentes a tratar, los que fueron cotejados con las planillas y datos aportados por la Dirección de Personal, "*llevando a cabo un pormenorizado análisis y evaluación*" (v. acta 3/03), y ese examen finalizó con las propuestas para el retiro obligatorio de los agentes que surgen del acta 8/03.

Ahora bien, por medio de la resolución 1758/03 del 5 de agosto de 2003 (dictada en el marco del expediente administrativo 43.081/03), el Director Nacional del Servicio Penitenciario Federal, invocando expresas directivas emanadas de

la instancia ministerial, decidió declarar a varios miembros del Personal Superior de la fuerza —entre ellos, el actor— en disponibilidad en los términos del art. 57, inc. a), de la ley 20.416 a partir de esa fecha.

Posteriormente, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el decreto 864/03 (publicado en el Boletín Oficial del 3 de octubre de 2003), por el que autorizó por única vez a la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal a convocar durante 2003, con carácter extraordinario, a la Junta Superior de Calificaciones al solo efecto de disponer eliminaciones complementarias a ese año, en el marco del art. 101, inc. a), de la ley 20.416; y a cubrir, también por única vez, las vacantes que habrían de producirse como consecuencia de esas eliminaciones complementarias con agentes que poseyeran en el grado inmediato anterior el tiempo mínimo de dos años para el ascenso previsto por el art. 79 de la misma ley, como excepción a la antigüedad que para cada caso previera el reglamento aprobado por el decreto 54/76.

En los considerandos de dicho decreto se señaló —como fundamento de la medida adoptada— la necesidad de producir una reestructuración del Servicio Penitenciario Federal en el marco de la política integral de seguridad y justicia puesta en marcha desde el Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, y la intención de rescatar lo mejor del profesionalismo y la vocación de los agentes penitenciarios, así como concretar la voluntad política de honestidad y eficacia en el funcionamiento de las instituciones del Estado.

Fue así que el Director del Servicio Penitenciario Federal convocó nuevamente a la Junta Superior de Calificaciones

(v. resolución 2255 del 3 de octubre de 2003), la que se reunió el 6 y el 7 del mismo mes y, en sus actas, consignó que su convocatoria extraordinaria "*responde a expresas directivas emanadas oportunamente de la instancia ministerial que ha considerado necesario declarar al personal Superior de la Institución que compone el anexo 1 (fojas 3 y 4 del Expediente N° 43081/03 D.N.)* [se refiere al anexo I de la resolución 1758/03], *que fuera declarado en disponibilidad en los términos del Artículo 57, inciso a) que deberán pasar a situación de retiro en concordancia con el espíritu del Artículo N° 1 del Decreto al que se hiciera referencia* [alude al decreto 864/03]" (acta 9/03); para concluir —luego de haber propuesto excluir de la consideración a los agentes nominados en dicho anexo I que habían solicitado acogerse al beneficio del retiro voluntario y a los que no reunían la jerarquía ni el tiempo mínimo en el servicio para pasar a retiro obligatorio— en que "*conforme a los expedientes citados que guardan relación con las directivas emanadas de la instancia ministerial, en cuanto a la reestructuración de los cuadros y dotación del personal superior de la Dirección Nacional de Servicio Penitenciario Federal que ha impulsado el Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, a través de la Secretaría de Justicia y Asuntos Penitenciarios, la Junta Superior de Calificaciones en relación al personal superior restante del citado anexo 1 propone el Retiro Obligatorio de los siguientes oficiales…*" (actas 10, 11 y 12/03), entre los que se encuentra el recurrente.

Dicha propuesta fue aprobada por el Director General por medio de la resolución 2278/03. Posteriormente, el mismo funcionario volvió a declarar en disponibilidad en los términos

del art. 57, inc. a), de la ley 20.416, al demandante —entre otros agentes— a partir del 4 de noviembre de 2003 (v. resolución 2499/03); dos días después, el Secretario de Justicia y Asuntos Penitenciarios declaró en disponibilidad, a los efectos del retiro obligatorio, conforme a lo establecido por los arts. 101, inc. a), y 57, inc. b), de la ley 20.416, a los agentes propuestos por la Junta Superior de Calificaciones, entre ellos el actor (v. resolución 78/03).

- VII -

A mi entender, el procedimiento que culminó con el pase a retiro obligatorio del actor, no ha cumplido con las exigencias que establecen la ley 20.416 y el decreto 54/76 en materia de evaluación y calificación del personal del Servicio Penitenciario Federal.

En efecto, al tratar el caso del demandante (entre otros), la Junta Superior de Calificaciones —convocada por segunda vez durante 2003 de conformidad con lo dispuesto por el decreto 864/03— se limitó a citar, como único fundamento para elaborar su propuesta, las expresas directivas emanadas oportunamente de la instancia ministerial, que había considerado necesario que el personal superior de la institución incluido en anexo I de la resolución 1758/03, que había sido declarado en disponibilidad en los términos del art. 57, inc. a), de la ley 20.416, pasara a situación de retiro en concordancia con el espíritu del art. 1° del decreto 864/03 (v. acta 9/03 de la Junta); en las sucesivas reuniones (cuyo resultado fue asentado en las actas 10, 11 y 12/03), únicamente dejó constancia de que debía excluirse de la consideración a los agentes incluidos en

dicha nómina que habían solicitado el beneficio del retiro voluntario y a los que no reunían la jerarquía ni el tiempo mínimo en el servicio para pasar a retiro obligatorio; y finalmente propuso, aludiendo nuevamente a las directivas emanadas de la instancia ministerial, el retiro obligatorio del personal superior restante del anexo I de la resolución 1758/03, en el que se hallaba mencionado el recurrente (v. acta 12/03).

Esa actuación de la Junta Superior de Calificaciones fue avalada por el Director Nacional (v. resolución 2278/03) y, más tarde, todo el proceder anterior fue aprobado por el Secretario de Justicia y Asuntos Penitenciarios al declarar en disponibilidad al actor a los efectos del retiro obligatorio (v. resolución 78/03).

Empero, si bien este último funcionario señaló, en los considerandos de su resolución, que a los fines de la determinación de los agentes que debían pasar a retiro obligatorio, la Dirección Nacional había convocado a la Junta Superior de Calificaciones de conformidad con las normas que regulan su actuación, y que la referida Junta había elevado al órgano máximo del Servicio Penitenciario Federal la nómina del personal propuesto para ser declarado en disponibilidad a los efectos del retiro obligatorio —que fue aprobada el Director Nacional—, lo cierto es que de las propias actas en las que se asentó la labor de la Junta surge que la propuesta de pasar al actor —entre otros agentes del personal superior del Servicio Penitenciario Federal— a retiro obligatorio encontró como, único fundamento, la decisión del entonces Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de que los agentes incluidos en el

anexo I de la resolución 1758/03 del Director Nacional dejaran el servicio efectivo.

Se puede advertir, entonces, que no se dio cabal cumplimiento a lo que dispone el art. 56 del Reglamento de calificaciones, ascensos y eliminaciones del personal del Servicio Penitenciario Federal aprobado por el decreto 54/76, ya que a los fines de dictaminar acerca del personal que anualmente deba pasar a retiro obligatorio (art. 101, inc. 'a', de la ley 20.416), la Junta Superior de Calificaciones debe considerar a todos los agentes que revisten en el escalafón y grado en el cual deberán producirse las vacantes. En el caso, la Junta únicamente consideró a los agentes que habian sido incluidos en el anexo I de la resolución 1758/03 del Director Nacional, sin que mediaran otras razones que el hecho de existir "expresas directivas emanadas de la instancia ministerial" para pasar a ese conjunto de oficiales jefes a retiro obligatorio.

En tales condiciones, tengo para mi que la propuesta de la Junta (posteriormente aprobada por el Director Nacional) de pasar a retiro obligatorio al actor en los términos del art. 101, inc. a), de la ley 20.416, no fue la consecuencia lógica de una verdadera valoración de la aptitud y los antecedentes de la totalidad de los agentes de su mismo escalafón y grado (art. 56 del decreto 54/76) para seleccionar a aquellos que debían pasar a retiro para producir vacantes, sino que constituyó el mero reflejo de la voluntad ministerial de desvincularlo —junto con los otros agentes incluidos en el anexo I de la resolución 1758/03— del servicio efectivo.

Considero, además, que el art. 56 del citado reglamento consagra un principio de igualdad de trato y de no

discriminación entre los agentes penitenciarios de un mismo escalafón y grado a la hora de determinarse cuáles de ellos deben pasar a retiro obligatorio en los términos del art. 101, inc. a), de la ley 20.416, cuyo incumplimiento constituye una violación a la garantía de igualdad resguardada por el art. 16 de la Constitución Nacional.

Sin poner en cuestión las facultades con que pueda contar el Poder Ejecutivo Nacional para impulsar una reestructuración del personal del Servicio Penitenciario Federal (que fueron puestas en marcha —en cuanto aquí interesa— por medio del decreto 864/03 al autorizar la convocatoria extraordinaria de la Junta Superior de Calificaciones a efectos de producir eliminaciones complementarias y autorizar excepcionalmente la cobertura de las vacantes que se generen con agentes que no contaran con la antigüedad mínima requerida reglamentariamente), desde mi punto de vista no es admisible que, para alcanzar el declarado objetivo de reorganización de los cuadros y dotación del personal superior, se trastoquen las funciones que tiene asignadas la Junta Superior de Calificaciones en cuanto a la valoración de los antecedentes que reúnen los integrantes de un determinado escalafón y grado a los fines de proponer que algunos de ellos pasen a retiro obligatorio para producir vacantes (art. 101, inc. 'a', de la ley 20.416), al punto de su tarea haya quedado circunscripta, en el caso, a obedecer expresas directivas emanadas de la instancia ministerial vinculadas con la necesidad de que los agentes del personal superior del Servicio Penitenciario Federal incluidos en el anexo I de la resolución 1758/03 —que los declaró en disponibilidad en los términos del art. 57, inc. a), de la ley

20.416— pasaran a situación de retiro obligatorio, tal como surge de las actas de las reuniones de la Junta que concluyeron con la propuesta de pasar a retiro obligatorio —entre otros— al recurrente.

En ese sentido, si bien la Corte ha declarado que en aras de lograr el buen servicio debe reconocerse a la Administración una razonable amplitud de criterio en el ejercicio de sus facultades discrecionales, sin que las decisiones atinentes a la política administrativa constituyan una materia justiciable, ello es así en tanto las medidas adoptadas no impliquen respecto de los agentes una descalificación o una medida disciplinaria encubierta (Fallos: 321:703).

- VIII -

En suma, la circunstancia de que la evaluación de la aptitud para ascender, conservar el grado o pasar a situación de retiro del personal de las fuerzas de seguridad constituya el ejercicio de una actividad discrecional de los órganos administrativos que intervienen en ese procedimiento, en manera alguna puede constituir un justificativo de su conducta arbitraria, como tampoco de la omisión de los recaudos que, para el caso, exigen la ley 20.416 y el decreto 54/76, ya que es precisamente la legitimidad —constituida por la legalidad y la razonabilidad— con que se ejercen tales facultades, el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dichas exigencias (doctrina de Fallos: 331:735 y sus citas).

- IX -

Opino, por tanto, que corresponde declarar formalmente admisible el recurso extraordinario interpuesto, dejar sin efecto la sentencia apelada y devolver las actuaciones al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte una nueva con arreglo a lo expuesto.

Buenos Aires, 11. de julio de 2012.

ES COPIA LAURA M. MONTI

ADRIANA N. MARCHISIO
Prosecretaria Administrativa
Procuración General de la Nación