

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
SECRETARÍA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

PROTOCOLO DE RESOLUCIÓN N°:

AÑO TOMO

FOLIOS

SENTENCIA NÚMERO: DOSCIENTOS SESENTA Y CUATRO

En la ciudad de Córdoba, a los diecisiete días del mes de diciembre de dos mil quince, siendo las doce horas, se reúnen en Acuerdo Público los Señores Vocales integrantes de la Sala Contencioso Administrativa del Excmo. Tribunal Superior de Justicia, Doctores Domingo Juan Sesin, Carlos Francisco García Allocco y Luis Enrique Rubio, bajo la Presidencia del primero, a fin de dictar sentencia en estos autos caratulados: "FARCHETTO, NATALIA EUGENIA C/ TRIBUNAL DE CONDUCTA POLICIAL DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA - PLENA JURISDICCIÓN - RECURSO DE APELACIÓN" (Expte. N° 1869539), con motivo del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (fs. 132).

PRIMERA CUESTIÓN: ¿Es procedente el recurso de apelación interpuesto?

SEGUNDA CUESTIÓN: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

Conforme al sorteo que en este acto se realiza los Señores Vocales votan en el siguiente orden: Doctores Domingo Juan Sesin, Carlos Francisco García Allocco y Luis Enrique Rubio.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR VOCAL DOCTOR DOMINGO JUAN SESIN, DIJO:

1.- La demandada interpuso recurso de apelación, en contra de la Sentencia Número Cincuenta y nueve, dictada por la Cámara Contencioso Administrativa de Segunda Nominación el veinticinco de junio de dos mil catorce (fs. 120/131), mediante la cual se resolvió: "1°) *Hacer lugar a la demanda de plena jurisdicción deducida en autos por la Sra. Natalia Eugenia Farchetto, invalidando las Resoluciones N° 1570/10 y N° 387/11 del Tribunal de Conducta Policial y Penitenciario que fueran impugnadas en autos.*
2°) *Condenar a la demandada a reincorporar a la actora en el cargo que desempeñaba en el*

Servicio Penitenciario Provincial al momento de su cesantía, con reconocimiento de la antigüedad a todos los efectos, actividad que deberá materializarse en el plazo de treinta (30) días hábiles administrativos contados a partir de que el presente pronunciamiento quede firme (art. 38 C.M.C.A.). 3º Imponer las costas a la demandada (art. 130 C.P.C.)...".

2.- Concedido el recurso por el Tribunal *a quo* mediante el Auto Número Doscientos Noventa y cuatro del doce de agosto de dos mil catorce (fs. 134), se elevan los autos a este Tribunal (fs. 141), corriéndose traslado a la apelante (fs. 142), quien lo evacua a fs. 143/147, solicitando se revoque la sentencia, con costas.

La expresión de agravios admite el siguiente compendio.

Expresa que la Sentencia recurrida es el resultado de una errónea interpretación de los fundamentos de la sanción disciplinaria aplicada a la parte actora.

Precisa que la conducta desplegada por la agente Natalia Farchetto constituyó una falta gravísima que afectó el decoro de la función pública, de allí que la sanción de cesantía impuesta guardó proporción adecuada con su accionar (arts. 10, inc. 2) del Decreto 25/76 -Reglamentario del Régimen Disciplinario previsto en la Ley 5878- y 12, Punto 10 de la Ley 8231).

Agrega que la conducta de la actora resultó violatoria de los derechos del niño tutelados y amparados por los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22) de la Constitución Nacional), la Ley 26061 de Protección integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y la Ley 9053 de Protección Judicial del Niño y Adolescente.

Aduce que el procedimiento para el dictado del acto administrativo cumplió con el ordenamiento legal y el principio constitucional del debido proceso, dado que la parte actora conoció oportunamente el hecho por el que fue sancionada, presentó el descargo y ofreció las

pruebas que estimó oportunas para su defensa, lo que fue valorado razonablemente en los considerandos de la resolución sancionatoria.

Considera que el ejercicio de la potestad disciplinaria requiere el equilibrio entre el interés público comprometido en la finalidad correctiva de la Administración y el interés particular del administrado de que no se vulneren sus derechos esenciales, tales como la defensa en juicio y el debido proceso legal.

Razona que el sumario administrativo se ajustó a las disposiciones legales vigentes en la materia y respetó esos derechos y garantías constitucionales mencionados.

Señala que la Señora Natalia Farchetto fue sancionada por circunstancias específicamente relevantes en el ámbito disciplinario, dado que comprometió el decoro y prestigio de la institución para la cual prestaba servicios.

Argumenta que el Tribunal *a quo* privó de total validez e ignoró la prueba que acreditaba la comisión de la falta y negó entidad y profesionalismo a la labor del instructor sumariante.

Asegura que la decisión contiene motivación suficiente, toda vez que expone con absoluta claridad las circunstancias y las normas que le dieron fundamento.

Precisa que la cesantía de la actora fue resuelta mediante actos administrativos válidos y eficaces, dictados por la autoridad competente, y que los hechos cometidos fueron encuadrados adecuadamente en la causal que se esgrime como merecedora de la sanción. Cita jurisprudencia.

Apunta que la conducta desplegada por la actora quedó acreditada, constituyó una gravísima falta que comprometió el decoro del empleo -entendido éste como la probidad y rectitud del procedimiento que debe guardar todo empleado penitenciario- y afectó el

prestigio de la Institución Penitenciaria.

Puntualiza que el concepto de conducta decorosa se refiere a los actos personales del agente que trascienden y afectan la dignidad de la función administrativa que desempeña.

Considera que la conducta tipificada en la normativa aplicada como falta de decoro, es de aquellas que tienen repercusión sobre la Administración y provocan su reacción. Cita doctrina.

Indica que quedó acreditado de manera fehaciente que el accionar de la agente se encontró en abierta contraposición a expresas normas disciplinarias y vulneró las pautas tipificadas para la prevención y la seguridad.

Señala que la doctrina es coincidente en afirmar que el incumplimiento por los agentes estatales de sus deberes, determinan diversas responsabilidades, las que pueden ser civiles, penales o administrativas.

Mantiene la reserva del caso federal (art. 14 de la Ley 48).

3.- A fs. 151 se corrió traslado a la contraria quien lo evacuó a fs. 153/155vta. y solicitó por las razones que allí expresa, el rechazo de las pretensiones de la demandada y la confirmación de la sentencia, con costas.

4.- A fs. 156 se dictó el decreto de autos, el que firme y consentido (fs. 157/157vta.) dejó la causa en estado de ser resuelta.

5.- El recurso bajo análisis ha sido interpuesto oportunamente, contra una sentencia definitiva dictada en primera instancia y por parte legitimada, razón por la cual corresponde su tratamiento (arts. 43 y ss., C.P.C.A. y 366 y ss. del C.P.C. y C., aplicables por remisión del art. 13 del citado en primer término).

El decisorio de primera instancia contiene una adecuada relación de causa, la cual

debe tenerse por reproducida en la presente a los fines de evitar su innecesaria reiteración (art. 329 del C.P.C. y C.).

6.- Mediante el pronunciamiento recaído en autos, el Tribunal de Mérito hizo lugar a la demanda de plena jurisdicción promovida por la Señora Natalia Eugenia Farchetto e invalidó la Resolución Número "A" 1570, dictada el veintinueve de diciembre de dos mil diez por el Tribunal de Conducta Policial y Penitenciario de la Provincia de Córdoba, que le impuso la sanción de cesantía en su carácter de Personal del Servicio Penitenciario Provincial (cfr. fs. 6/12) y su confirmatoria la Resolución Número "B" 387, de fecha diecinueve de abril de dos mil once, que rechazó el recurso de reconsideración interpuesto (cfr. fs. 37/40). En consecuencia, ordenó la reincorporación de la actora en el cargo que desempeñaba al momento de la cesantía, con el reconocimiento de la antigüedad a todos sus efectos. Finalmente impuso las costas a la demandada.

Para así decidir la Cámara *a quo* desarrolló las siguientes premisas:

a) El análisis de la prueba producida y que tuvo en cuenta el Tribunal de Conducta Policial y Penitenciario para aplicar la sanción -valorada conforme a las reglas de la sana crítica racional- permite afirmar que en el caso, la Administración superó los límites de su competencia, al sancionar hechos vinculados con la vida privada de la actora y su familia, los que de ningún modo trascendieron ni fueron idóneos para afectar el prestigio de la Institución (cfr. fs. 127).

b) Lo que se juzga es si la madre -en ejercicio de la patria potestad- se excedió en el castigo de su hija, cuestión propia de los Jueces penales y de familia. Los hechos que fundamentan la sanción se vinculan con las lesiones que habría padecido la menor y las actuaciones judiciales sustanciadas que habrían resuelto -transitoriamente- poner a la menor

bajo la guarda y custodia de sus abuelos paternos (cfr. fs. 127y vta.).

c) Toda la causa se plantea en el contexto de una separación matrimonial, en la cual intervienen también los abuelos paternos (cfr. fs. 127vta.).

d) Las pruebas que fundamentan la cesantía provienen fundamentalmente de los dichos del denunciante -ex marido- y de su madre, expresados directamente por ellos en el sumario o a través del testimonio de la Licenciada Patricia Poma que relata los hechos conforme lo expusieron el padre y los abuelos paternos de la menor (cfr. fs. 127vta.).

e) Se omite analizar prueba relevante que permite poner en contexto el conflicto y se soslaya explicitar las razones por las cuales se considera que el hecho imputado en Sede Administrativa resulta lesivo del decoro de la Institución (cfr. fs. 127vta.).

f) Si bien el Tribunal de Conducta Policial y Penitenciario sanciona a la actora en función de los hechos acaecidos en noviembre de dos mil nueve, al transcribir las declaraciones formuladas por el padre de la menor y de la abuela paterna, hace alusión a un hecho que data del año dos mil cuatro, que considerado compatible con una situación de violencia familiar fue denunciado y originó la intervención del Juzgado de Menores de Tercera Nominación (cfr. fs. 127vta./128).

g) La Administración sólo valoró lo expresado en las señaladas declaraciones, sin recabar más información en el Juzgado de Menores actuante, atender las razones expuestas por la sumariada ni indagar las actuaciones obrantes en la historia clínica de la menor remitida por el Hospital de Niños (cfr. fs. 128).

h) Resulta ilustrativo valorar el informe producido por tres profesionales del Servicio de Salud Mental del Hospital de Niños dirigido al Juzgado de Menores de Tercera Nominación en la causa "Lusicic, María Luz – prevención", en donde la actora -madre de la

menor- informa que las lesiones producidas en el año dos mil cuatro, se produjeron cuando su hija jugaba con los primos. Luego del estudio correspondiente, las profesionales actuantes informan que *"No se observan indicadores que pudieran ser compatibles a maltrato físico, pero sí son evidentes las carencias respecto a un ambiente adulto, organizado y contenedor que pudiera responder adecuadamente a sus necesidades"* (cfr. fs. 128).

i) Tampoco se tiene en cuenta que -según la narración que efectúa la propia menor afectada y que expresamente reconocerá su madre, a través de su abogado en el sumario- las otras lesiones ocasionadas a la menor, se originan por el castigo que le propinara su madre con un cinto en los glúteos, por haber sacado una mala nota en la escuela. La existencia de tal castigo no ha sido puesta en duda por nadie, y se compadece plenamente con la zona del cuerpo en que la niña lo recibe (cfr. fs. 128).

j) Las lesiones ocasionadas a la menor, no han tenido entidad suficiente para generar una causa penal contra la madre, sino únicamente la actuación de los organismos judiciales de prevención, tendiente a adoptar las medidas propias del cuidado y atención que corresponde brindar desde el Estado a los niños (cfr. fs. 128vta.).

k) Tampoco se puede inferir que los castigos a la niña hayan sido habituales, porque no existen más denuncias que las mencionadas y, según lo declara la Licenciada Patricia Poma, se comunicó telefónicamente con la docente de la escuela a la que asiste la menor, quien le refirió que aunque no era buena la relación de la menor con su madre y su actual pareja, no había observado situaciones de maltrato físico en la niña (cfr. fs. 128vta.).

l) De las circunstancias apuntadas y demás constancias del Sumario no se puede inferir que los hechos imputados resulten idóneos para afectar el decoro ni el prestigio de la Institución Penitenciaria, de modo que se exhibe dogmática la afirmación que realiza el

Tribunal Administrativo que dicta el acto (cfr. fs. 128vta./129).

m) Objeción aparte merece el otro fundamento legal que invoca la Administración para sancionar con la cesantía a la actora, concluyendo que su actuar habría violado los derechos del niño protegidos legal y constitucionalmente. Tanto el artículo 1 de la Ley 26061 como el artículo 4 de la Ley 9053 procuran la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, sustentados en el principio del interés superior del niño. Según dicha legislación, la protección de los derechos de los niños es responsabilidad de la familia, la comunidad, el Estado Provincial y el Poder Judicial. En el caso, se mencionaron y acreditaron las distintas situaciones en que le correspondió actuar a la Justicia en la protección de los derechos de la niña involucrada -vgr. darla en guarda a sus abuelos paternos- (cfr. fs.129).

n) Las actuaciones judiciales agregadas como prueba en autos labradas por el Juzgado de Familia de Segunda Nominación, ponen de manifiesto la efectiva protección que se hace por parte de la Justicia de los derechos del menor y por cierto, la compleja temática que le corresponde abordar a los Jueces en situaciones propias de familias desavenidas (cfr. fs. 129vta).

ñ) No se entiende de qué manera puede la Administración -en el caso el Servicio Penitenciario de la Provincia y su Tribunal de Conducta- contribuir a proteger los derechos del niño disponiendo la cesantía de su madre, con todo lo que ello implica, incluso en el orden económico. La autoridad enjuiciada ha excedido la competencia que le atribuye la ley con relación a sancionar faltas disciplinarias del personal, en razón de hechos que sólo afectan a la intimidad de la actora y su ámbito familiar y que de ninguna manera se reflejan en el decoro ni prestigio de la institución penitenciaria (cfr. fs. 129vta.).

o) Corresponde disponer la invalidación de los actos administrativos atacados y

restablecer los derechos de la actora que fueran conculcados, conforme lo establecido por el artículo 38 de la Ley 7182, debiendo en consecuencia ordenar la reincorporación en el cargo que desempeñaba al momento de efectivizarse la medida disciplinaria que por la presente se invalida (cfr. fs. 129vta./130).

Contra dicho pronunciamiento alza su embate recursivo la apelante.

7.- A los fines de resolver el recurso planteado, corresponde analizar la entidad y trascendencia de los agravios expuestos por la impugnante en relación con la resolución judicial de que se trata, por cuanto la competencia asumida por el Superior lo es sólo dentro de los límites del mismo (arts. 332 y 356 del C.P.C. y C., por remisión expresa del art. 13 del C.P.C.A.).

Ello así, por cuanto la segunda instancia, tal como señala Couture (*Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Edición Póstuma, págs. 354 y sgtes., cc. Ramacciotti - López Carusillo, *Compendio de Derecho Procesal Civil y Comercial de Córdoba*, T. III, Bs. As. 1981, pág. 446), no constituye un nuevo juicio, sino que su objeto consiste en verificar, sobre la base de la resolución impugnada y en los límites de los agravios formulados, el acierto o error de lo resuelto por el Tribunal *a quo* (Sent. Nro. 94/1998 "Caballero, Susana B. ...").

8.- Ingresando al tratamiento del recurso de apelación y a los fines de brindar una mayor claridad en la resolución del remedio intentado, es pertinente realizar un repaso sucinto de los hechos de la causa.

a) La actora, María Eugenia Farchetto, ingresó a trabajar al Servicio Penitenciario Provincial el diecisiete de octubre de dos mil cinco (cfr. fols. 8/10 del Expediente Administrativo 038/10). Alcanzó la jerarquía de Subayudante y se desempeñó en el Departamento Requisa del Cuerpo de Seguridad. Mediante la Resolución Número 1570 de

fecha veintinueve de diciembre de dos mil diez y su confirmatoria Resolución B Número 387 del diecinueve de abril de dos mil once, el Tribunal de Conducta Policial y Penitenciario resolvió darla de baja por cesantía (cfr. fols. 106/112 y 136/139 del expte. adm. cit.).

b) El acto administrativo sancionatorio describe en sus Considerandos el hecho imputado al decir que la agente, en una fecha que no se ha podido determinar con exactitud, pero que puede ubicarse entre el quince y el veintiocho de noviembre del año dos mil nueve, habría agredido a su hija menor María Luz Lusicic de manera verbal y física (SMI), ocasionándole lesiones en el glúteo derecho, hematomas en la región supraesternal y en ambas rodillas.

c) A partir de los antecedentes incorporados al Sumario, entre ellos la declaración indagatoria de la abuela paterna y de la Asistente Social del Hospital de Niños -Licenciada Patricia Poma-, el Tribunal de Disciplina tuvo por cierto que el veintinueve de noviembre de dos mil nueve, María Luz Lusicic fue llevada por su madre a la casa de los abuelos paternos. Este hecho fue confirmado por la actora (cfr. fs. 153vta.) al manifestar que "*...días después la lleva a la casa de la suegra para que los visite, si bien ella no tenía ningún contacto, no podía evitar que su hija visitara a sus abuelos...*". En tales circunstancias la abuela, según manifestó en la declaración indagatoria, advirtió que la niña tenía golpes en el cuerpo (cfr. fol. 79, Expte. Adm. S.A. Nro. 038/10), moretones que fueron fotografiados por el tío que también se encontraba en el lugar (cfr. fols. 80 y 81/83 del expte. adm. cit.).

d) La menor fue llevada por su padre, el señor Francisco Alberto Lusicic, al Hospital de Niños de la Santísima Trinidad de esta ciudad de Córdoba el veintinueve de noviembre de dos mil nueve (cfr. fol. 79 y vta. del expte. adm. cit.). Ingresó a la Guardia Central del Hospital a las 18 horas y relató que la niña había sido golpeada por su madre al médico

interviniente (cfr. fol. 7 y vta. del expte. adm. cit.). Estos datos pudieron confirmarse a partir de la lectura de la Historia Clínica acompañada por el Hospital de Niños a requerimiento de la Oficina de Investigaciones del Tribunal de Disciplina, de la cual resulta el ingreso al servicio médico de María Luz Lusicic -de 8 años de edad- en el día y horas señalados (cfr. fol. 34 del expte. adm. cit.). En tales circunstancias, la Doctora Nancy Tissera Parra consignó: "*Paciente de sexo femenino de 8 años de edad que es traída por guardia central por su padre quien refiere que la niña recibió maltrato físico por parte de la madre*". *La niña no manifestó dolor ni molestias al ingreso refiere que "su mamá le pegó con un cinto porque trajo una nota escolar que no era de su agrado, un sati, y además se enojó conmigo porque llevé una carterita de juguete a la escuela..."* (sic, cfr. fol. 56 del expte. adm. cit.). Las constancias que surgen de la Historia Clínica permiten concluir que se realizó el examen clínico y que la niña presentaba hematomas en las partes del cuerpo señaladas *supra*.

La situación de la niña fue tratada por el establecimiento médico como un caso de "Sospecha de maltrato infantil - SMI", razón por la cual dispuso la internación "*...para estudio, control evolutivo y tratamiento de su patología*" (cfr. fol. 56 del expte. adm. cit.).

e) Con fecha treinta de noviembre de dos mil nueve, la médica de cabecera solicitó "*IC con servicio social salud mental y comité de maltrato*" (cfr. fol. 57 del expte. adm. cit., sic). El mismo día tomó intervención la Licenciada Patricia Poma -trabajadora social del Nosocomio- quien informó: "*...recibe IC por parte de la médica de sala, por SMI. Se mantiene comunicación telefónica c/ el Juzgado 3°/10° quien refiere que la niña se encuentra a la orden y disposición de ese Juzgado. Se espera envíen oficio judicial. Existen antecedentes por SMI en ese Juzgado. Se visita la Sala, la niña se encuentra acompañada por su abuela*

paterna, se cita a ella y al papá p/entrevista. Se sugiere no dar alta hospitalaria" (cfr. fol. 57vta. del expte. adm. cit., sic).

f) De las actuaciones sumariales resulta que el Juzgado de Menores de Tercera Nominación -Secretaría de Prevención Número 10-, prohibió el acercamiento de la madre a la niña mientras durara la internación (cfr. fol. 53 del expte. adm. cit.).

g) Con fecha treinta de noviembre de dos mil nueve el padre formuló una denuncia penal contra la Señora Farchetto ante la Fiscalía de Instrucción Distrito Dos Turno Uno (cfr. fols. 3/4 y 17 del expte. adm. cit.) y ante la Fiscalía de Instrucción Distrito Dos Turno Tres en contra del Señor Nelson Rodrigo Villarruel, pareja de la agente y miembro del Servicio Penitenciario al momento en que ocurrió el hecho (cfr. fol. 18 del expte. adm. cit.).

h) El día nueve de diciembre de dos mil nueve el Juzgado de Menores ordenó el egreso de la niña siempre que su estado de salud así lo permitiere, y dispuso que quedara provisoriamente a cargo de los abuelos paternos -Señor Francisco Alberto Lusicic y Señora María Cristina Oliva- y bajo su responsabilidad (cfr. fols. 6, 67 y 106/106vta. del expte. adm. cit.). En cumplimiento de ello el Hospital de Niños dispuso el alta médica e indicó un control a las 48 horas con el médico de cabecera (cfr. fol. 68vta. del expte. adm. cit.).

i) El diez de diciembre de dos mil nueve, el padre de la niña denunció los hechos ante la Oficina de Investigaciones y Aplicación de Sanciones del Tribunal de Conducta Policial y Penitenciario (cfr. fols. 1/13 del expte. adm. cit., Denuncia Nro. 980/09). En ese marco se impulsaron las medidas urgentes y útiles para determinar la entidad del hecho y el tipo de actuación que pudiera corresponder (cfr. fol. 14 del expte. adm. cit.).

j) El ocho de junio de dos mil diez el Tribunal de Conducta Policial y Penitenciario dictó la Resolución Número 386, mediante la cual resolvió dar por concluida la investigación

administrativa (A.L. 092/2009 "Servicio Penitenciario") e iniciar un Sumario Administrativo "...para determinar la responsabilidad del siguiente personal: Subayudante Natalia Eugenia Farchetto...dependiente del Servicio Penitenciario de Córdoba..." (cfr. fols. 73/74 del expte. adm. cit.).

k) No obstante encontrarse en curso el Sumario Administrativo, mediante el Decreto del Poder Ejecutivo Número 2448 de fecha veintitrés de diciembre de dos mil diez, la actora fue ascendida, promovida en su jerarquía a partir del primero de enero de dos mil once (cfr. fs. 29/31).

l) Mediante la Resolución Número 1570 dictada con fecha veintinueve de diciembre de dos mil diez (cfr. fols. 106/112 del expte. adm. cit.), el Tribunal de Conducta Policial y Penitenciario resolvió: "Disponer la baja por cesantía de la imputada Subayudante Natalia Eugenia Farchetto, D.N.I. N° 29.203.018, a partir de la fecha del presente instrumento legal, por su participación responsable en el hecho acreditado, el que encuadra en una falta de naturaleza gravísima, prevista en el artículo 10 inciso 2° del R.R.D.V. (Decreto 25/75), configurativo en función del artículo 7° de dicho cuerpo, de la inobservancia al deber esencial previsto en el artículo 12° Punto 10 de la Ley 8231, Para el Personal del Servicio Penitenciario, como también violatorio de los derechos del niño tutelados y amparados por los Tratados Internacionales y de jerarquía y raigambre constitucional, en virtud del artículo 75° inciso 22° de la Constitución Nacional, Ley Nacional N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes y la Ley Provincial N° 9.053 de Protección Judicial del Niño y el Adolescente..." (énfasis agregado, fols. 111vta./112, expte. adm. cit.).

m) El siete de enero de dos mil once, la actora puso en conocimiento de los sumariantes que autorizaba a su esposo para retirar copias del expediente dado que se encontraba imposibilitada de hacerlo ella misma por su estado delicado de salud, una amenaza de aborto por embarazo de alto riesgo (cfr. fol. 114 del expte. adm. cit.).

n) El diecisiete de enero de dos mil once la accionante dedujo recurso de reconsideración en contra de la resolución que dispuso la baja del Servicio Penitenciario (cfr. fs. 121/123vta.).

ñ) El Juzgado de Menores interviniente derivó las actuaciones al Juzgado de Familia y con fecha veintitrés de marzo de dos mil once, se estableció un Régimen de Revinculación de la menor con la madre, en sede del SARVIC -Servicio de Asistencia al Régimen de Visita Controlada- (cfr. fs. 2vta./3 y 33/34 de autos) y recomendó tratamiento psicológico de los abuelos y los progenitores.

o) El diecinueve de abril de dos mil once el Tribunal de Conducta Policial y Penitenciario dictó la Resolución Número "B" 387 mediante la cual resolvió: "*Desestimar el Recurso de Reconsideración interpuesto por la Ayudante de quinta Natalia Eugenia Farchetto D.N.I. N° 29.203.018, por resultar sustancialmente improcedente...*" (énfasis agregado, cfr. fols. 136/139 del expediente administrativo citado), y confirmó la sanción de cesantía impuesta.

p) Con fecha trece de noviembre de dos mil quince la actora acompañó un escrito en el cual expresa que actualmente la niña ya adolescente se encuentra conviviendo con ella junto con sus otros tres hijos, circunstancia que ha sido puesta en conocimiento "del Juez de Familia de 2da. Nominación" y solicita la pronta resolución del caso dada la situación económica compleja que atraviesa. Acompaña partida de nacimiento de sus cuatro hijos, los certificados

de escolaridad, copia del recibo por alquiler de vivienda y del recibo de haberes (cfr. fs. 161/172).

Esclarecida la situación fáctica de autos, es oportuno avocarse a la resolución de los reparos opuestos por la demandada recurrente.

9.- A los fines de discernir la entidad de los agravios planteados por la demandada al denunciar que la decisión de la Cámara *a quo* es el resultado de una errónea interpretación de los fundamentos de la sanción disciplinaria aplicada, en tanto la conducta desplegada por la actora constituyó una falta gravísima que afectó el decoro de la función pública, es dable indagar sobre los alcances de la potestad disciplinaria y los requisitos que modulan su correcto ejercicio.

Con sustento en las directrices jurisprudenciales pergeñadas por el Consejo de Estado Francés, se pueden distinguir las siguientes etapas: a) Verificación material de los hechos susceptibles de ocasionar la falta disciplinaria; b) Encuadramiento o calificación jurídica; c) Apreciación de la prueba valorando la gravedad de la falta; y d) Elección de la sanción.

Las etapas a) y b), esto es, la verificación material de los hechos imputados, comprensiva de su investigación y fehaciente acreditación en función de los cargos formulados, como asimismo su calificación jurídica en base a lo previamente normado por la ley, conforman el bloque de lo reglado o vinculado sin posibilidad de que exista una modalidad discrecional. En cambio, en las etapas c) y d), la apreciación de la prueba cuando no existan pautas objetivas para su valoración, y la elección de la sanción entre varias preestablecidas, siempre que el ordenamiento lo autorice, bien pueden consentir el uso de pequeños márgenes de discrecionalidad.

No obstante, aun cuando exista una porción discrecional cuya valoración y resolución sólo incumbe a la autoridad administrativa, su congruencia e inserción dentro de la juridicidad es objeto de control, más reducido, prudente y razonable, pero control al fin.

De todos modos, y como lo ha entendido la jurisprudencia, para declarar la antijuridicidad del acto sancionador, la incongruencia debe ser notoria entre los hechos que se estiman merecedores de castigo y la sanción elegida entre las varias posibles (Tribunal Supremo Español del 27 de Octubre de 1982, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 3945).

Sabido es que la congruencia se vincula íntimamente con la razonabilidad. La jurisprudencia inglesa con elocuente generosidad considera que una actuación irrazonable se configura cuando ninguna persona de buen sentido la habría adoptado (Caso Prescott c/ Birmingham Corporation, All E.R., 1954, 3, 698; Borough Council c/ Greater London Council, All E.R., 1982, 3, 129).

"Es causal de irrazonabilidad del acto administrativo la falta de proporcionalidad entre los medios que el acto adopta y los fines que persigue la ley que le dio al Administrador las facultades que éste ejerce en el caso, o entre los hechos acreditados y la decisión que en base a ellos se adopta con la consecuencia de que dichas circunstancias en caso de acaecer, tornen nulo el acto. La razonabilidad exige que la actividad estatal se cumpla dentro de un cierto orden, de una cierta justicia. Es un patrón o un standard que permite determinar, dentro del arbitrio más o menos amplio, ordinario o extraordinario de que gozan los órganos del Estado, aquello que es axiológicamente válido. La razonabilidad es un verdadero ideal de justicia, es parte de un derecho natural constitucional..." (S.T.J. Neuquén, Mayo 1984, Martínez C. c/ Inst. de Seg. Social de Neuquén, ED, T.116, p. 566).

En su proyección actual, la razonabilidad, proporcionalidad o congruencia es una técnica de control que indaga la relación entre los medios utilizados y los resultados conseguidos, con el siguiente criterio: mitad racional y mitad justo. Es decir, aglutina en su seno valoraciones sobre proporcionalidad y justicia, pudiendo relacionarse con las más diversas modalidades del ejercicio de la función administrativa: actividad vinculada, discrecional, técnica, etc.. Para constituir un vicio de juridicidad también debe ser notoria y fácilmente acreditable.

Las normas estatutarias que regulan la relación de empleo público establecen dispositivos flexibles para que la autoridad que debe aplicar la sanción valore las circunstancias concretas de cada caso y resuelva en consecuencia. En ocasiones un mismo hecho puede ser causa para aplicar una suspensión de treinta días o una cesantía, a partir de la gravedad de la sanción. Consecuentemente su resolución comporta la valoración de ingredientes de discrecionalidad que junto a otras pautas objetivas dirimen el temperamento a adoptar.

10.- A tenor de las consideraciones expuestas, cabe examinar las previsiones de las normas que regulan -en el caso- la potestad disciplinaria de la Administración e indagar sobre la significación y trascendencia del comportamiento sancionado.

El artículo 12 del Decreto Reglamentario Número 25/76 dispone que los agentes penitenciarios en actividad están sujetos a las siguientes sanciones disciplinarias: *"a) apercibimiento; b) arresto hasta sesenta (60) días; c) suspensión hasta sesenta (60) días; d) cesantía o baja y e) exoneración"*.

El artículo 14 ib. establece, entre las sanciones alternativas por faltas gravísimas, que *"La suspensión o arresto por más de treinta (30) días, cesantía, baja y exoneración se aplica*

mediante sumario por falta gravísima. La aplicación de la sanción que importe la separación del agente corresponde al Poder Ejecutivo Provincial de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 87 de la Ley 5878/75".

Con apoyo en las normas transcriptas, y tras considerar acreditado que las lesiones ocasionadas a la menor se originaron en el castigo que le propinó su madre -tal como resulta de la narración que efectúa la menor afectada y que expresamente reconoció la actora a través de su abogado en el sumario y en las actuaciones judiciales- la Administración estimó configurado un presupuesto fáctico que habilitaba la aplicación de la sanción disciplinaria ordenada.

En efecto, de los antecedentes de la causa se infiere que *"Esta cuestión, la del castigo no ha sido puesta en duda por nadie y se compadece plenamente con la zona del cuerpo en que la niña lo recibe"* (cfr. fs. 128), ya que -como se expone en el propio escrito de la demanda- la actora en ningún momento negó que el hecho existió, ni siquiera en oportunidad del recurso de reconsideración, donde sólo cuestionó la magnitud que se le atribuyó (fs. 4vta.).

La existencia de la conducta así descripta no fue desvirtuada ni en Sede Administrativa ni en el presente juicio, antes bien, su materialidad quedó acreditada con las propias declaraciones de la actora y mediante las demás probanzas incorporadas en el sumario y en la causa, por lo que no cabe duda acerca de la existencia material del hecho y de la participación responsable de la parte actora.

En Sede Administrativa se consideró que la conducta desplegada configuró una violación al deber esencial de decoro que corresponde a la investidura y que debe observar en

su vida pública y privada todo agente penitenciario que se encuentra en actividad (art. 12, Punto 10 de la Ley 8231, aplicable en función del art. 7 ib.).

La norma citada por el Tribunal de Conducta Policial y Penitenciario establece que "*Son deberes esenciales del personal penitenciario en actividad: ...10) Observar en su vida pública y privada el decoro que corresponde a su investidura...*" (énfasis agregado). Con tal fundamento, y entendiéndose que, en su trato materno-filial, la actora había incurrido en una falta gravísima, es decir, un comportamiento plausible de ser calificado -a tenor del artículo 10 inciso 2) del Decreto Reglamentario Número 25/76- como un "*...acto que por su naturaleza y trascendencia afecte el prestigio de la Institución...*", se le impuso la sanción de cesantía (cfr. fols. 7vta., 84, 94, 103 y 106 del Expte. Adm. S.A. Nro. 038/2010).

11.- La conducta de un miembro del Servicio Penitenciario se encuentra sujeta a ciertos estándares de rectitud y probidad en el comportamiento, dada la responsabilidad funcional que debe observar quien integra una fuerza de seguridad del Estado.

En este sentido puede afirmarse que el comportamiento desplegado por la agente no se compadece con el deber de observar en la vida pública y privada una conducta decorosa que pesa sobre el personal penitenciario en actividad.

A ello cabe agregar que no se trató de los actos personalísimos comprendidos en la esfera de su intimidad, amparados por el artículo 19 de la Constitución Nacional, en cuanto el comportamiento afectó directamente a la niña y provocó en consecuencia, que se accionaran todos los mecanismos de prevención de maltrato infantil para resguardar su seguridad.

Resulta conducente agregar que el acto de un funcionario o empleado es inapropiado si trasciende y lesiona la dignidad de la función pública, concretándose en una falta de decoro o probidad moral o material.

La corrección de esas conductas importa el sentido estrictamente ético del derecho sancionatorio, el cual exige un comportamiento legal y digno en el cumplimiento de los deberes a fin de mantener el prestigio y el decoro de la función pública (conf. PALOMAR OLMEDA, Alberto, *Derecho de la Función Pública*, Ed. Dykinson, Madrid 1996, pág. 504).

Consecuentemente, la exigencia correctiva de los empleados y funcionarios públicos implica una garantía concreta y eficaz del cumplimiento de los fines administrativos, y se presenta con una mayor fuerza obligatoria, si lo que se juzga -como sucede en autos - es el comportamiento de quien se desempeñaba en el ámbito de una fuerza de seguridad del Estado, ya que tal cometido impone el cumplimiento de estándares de conductas ejemplares, objetivas, mesuradas, ecuánimes, ponderadas, que aseguren la seguridad de los ciudadanos privados de su libertad.

Ello resulta consustancial a la naturaleza y finalidad de excepción de la institución penitenciaria -institución civil armada- la que ha sido instituida, en su carácter de fuerza de seguridad provincial, como depositaria de la fuerza pública.

En efecto, la seguridad pública está a cargo del Estado Provincial que tiene por objeto salvaguardar la integridad y derechos de las personas, así como preservar la libertad, el orden y la paz pública, implementando políticas tendientes a asegurar la convivencia y fortalecer la cohesión social, dentro del estado de derecho, posibilitando el goce y pleno ejercicio, por parte de las personas, de las libertades, derechos y garantías constitucionalmente consagrados (art. 2 de la Ley 9235, énfasis agregado).

La seguridad pública tiene por objeto, mantener el orden y la tranquilidad pública en todo el territorio de la Provincia de Córdoba y proteger la integridad física de las personas, así como sus derechos y bienes (art. 3 ib. énfasis agregado).

La teleología de las normas citadas presupone que el personal del Servicio Penitenciario en actividad está obligado a observar en su vida pública y privada, el decoro que corresponde a su investidura.

Si bien el repaso minucioso de las actuaciones, permite constatar que no existió un maltrato habitual y que la conducta atribuida no dio cabida a una imputación penal, ello no habilita a considerar que la Administración debía permanecer indiferente, en cuanto el hecho tuvo entidad suficiente para alertar los mecanismos de prevención para la protección de la menor y adoptar las medidas propias del cuidado y atención que corresponde brindar desde el Estado a los niños (cfr. fs. 128vta.).

En consecuencia, el comportamiento de la actora exhibe virtualidad suficiente para configurar una falta de decoro impropia e incompatible con la dignidad y el deber de ejemplaridad en el cumplimiento de la función penitenciaria, exigido por el ordenamiento jurídico administrativo.

12.- Como ha sostenido invariablemente este Tribunal Superior de Justicia, en materia de potestad disciplinaria no rige el principio de tipicidad con la estrictez que exige la aplicación de la ley penal, por lo tanto, las faltas disciplinarias se enuncian en las distintas normas de una manera genérica y deben ser interpretadas en forma amplia. Ello así, en la medida que las faltas administrativas se definen, en principio, como violación a los deberes genéricos o deontológicos normativamente impuestos, lo que responde a una necesidad lógica del ordenamiento jurídico-administrativo frente al cual no se podrían prever en forma exhaustiva y detallada todas y cada una de las múltiples e infinitas posibles conductas sancionables (cfr. Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 48/2000 "Zeverin Escribano..."; Sent. Nro.

106/2002, "Kozameh..."; Sent. Nro. 24/2003, "Beas, Héctor O. ..." y Sent. Nro. 37/2005, "Ferreyra Viramonte ...").

Sin embargo, como ha manifestado el Tribunal Constitucional Español con relación al principio de tipicidad "*...Es cierto que los preceptos legales o reglamentarios, que tipifiquen las infracciones, deben definir con la mayor precisión posible los actos, omisiones o conductas sancionables. Sin embargo, según declaró este Tribunal en la STC 69/1989, no vulnera la exigencia de lex certa la regulación de tales supuestos ilícitos mediante conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia y permitan prever, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada. Del mismo modo, puede decirse que no vulnera esa misma exigencia la remisión que el precepto que tipifica las infracciones realice a otras normas que impongan deberes u obligaciones concretas de ineludible cumplimiento, de forma que su conculcación se asuma como elemento definidor de la infracción sancionable misma, siempre que sea asimismo previsible, con suficiente grado de certeza, la consecuencia punitiva derivada de aquel incumplimiento o transgresión...*" (Castillo Blanco, Federico A., *Función Pública y Poder Disciplinario del Estado*, Edit. Civitas, Madrid 1992, pág. 270vta., énfasis agregado).

Es que ni en el derecho sancionador general y tampoco en el derecho penal se impone "*...una determinación normativa absolutamente precisa de las conductas sancionables, que sería materialmente imposible hacer en todos los casos, dada la misma generalidad de mandatos normativos. Lo que ha de exigirse de las normas sancionadoras es, pues, que garanticen no una certeza absoluta, sino una predicción razonable de las consecuencias*"

jurídicas de la conducta (A. Nieto)...” (Sánchez Morón, Miguel, *Derecho de la función pública*, Edit. Tecnos, Madrid, 1997, pág. 276 y ss., énfasis agregado).

Por tales motivos, la Administración propició la subsunción de la conducta comprobada en los tipos de faltas descriptos por las normas citadas, desde que los hechos imputados resultaron idóneos para afectar el decoro de la función y el prestigio de la Institución Penitenciaria, aunque no en la magnitud para generar tan gravísima sanción.

13.- En efecto, es dable indicar que en el caso *subexamine*, la sanción aplicada se muestra excesiva.

Como se anticipó, al momento de ejercer sus facultades disciplinarias, la Administración debe garantizar la real y efectiva proporcionalidad entre la sanción que se aplica y los fines que persigue la ley, requisitos que no se observan cumplimentados en la cesantía cuestionada en autos.

De las constancias de la causa se derivan elementos que no recibieron una exhaustiva y acabada consideración de la Administración, circunstancia que motivó la incorrecta graduación de la sanción impuesta.

En efecto, se soslayó considerar que la actora tuvo a su segunda hija, María Luz con quien entonces era su esposo, el Señor Francisco Alberto Lusicic, de quien se separó de hecho en el año dos mil tres. La relación problemática y hasta beligerante que vinculaba a los progenitores de la menor, relación en la que se inmiscuyeron activamente los familiares del ex cónyuge de la actora -abuelos y tío paternos- es un extremo fáctico relevante en el debido examen de lo acontecido, ya que la denuncia, la exposición y la acreditación de los hechos que suscitaron el proceso disciplinario, estuvieron signadas por la perspectiva personal y

subjetiva de quienes -evidentemente- estaban imbuidos de una especial animadversión respecto de la agente sancionada.

Si bien el proceder de la actora no puede considerarse exento de reproche alguno, debieron ponderarse otras circunstancias, a cuyo tenor, la cesantía ordenada se exhibe desproporcionada y contraria a los fines tuitivos que invoca en su fundamentación.

En efecto, la Administración soslayó la falta de reiteración de los hechos atribuidos a la agente y la ausencia de prueba respecto a que aquéllos fuesen habituales; la circunstancia de que las lesiones ocasionadas a la menor no hayan tenido entidad suficiente para generar una causa penal en su contra (cfr. fs. 128vta.) y el Acuerdo celebrado ante el Juzgado de Familia con fecha veintitrés de marzo de dos mil once -es decir, antes de que se resolviese el recurso de reconsideración interpuesto por la actora- donde se estableció un Régimen de Revinculación de la menor con la madre (cfr. fs. 2vta./3 y 33/34).

Tampoco recibieron su debida valoración las constancias de las que se infiere que la actora -seis días antes del dictado de la resolución que la dejó cesante- fue promovida a un cargo superior por disposición del Decreto del Poder Ejecutivo Número 2448 (cfr. fols. 130/131 del expte. adm. cit.), los antecedentes que acreditan el concepto funcional de "bueno" con promedio general de seis puntos con treinta y seis (6,36) que pueden constatarse a partir de la lectura de la foja de servicios de la agente (cfr. fols. 8/10 del expte. adm. cit.) ni el estado de gravidez que notificó con fecha siete de diciembre de dos mil once (cfr. fol. 114 del expte. adm. cit.), producto de la unión convivencial con el Señor Nelson Rodrigo Villarruel, padre de sus dos hijos menores.

Por todo lo expuesto es dable concluir que, si bien la graduación constituye una cuestión de mérito, la omisión administrativa de circunstancias esenciales para juzgar íntegra

y fundadamente el caso, torna la sanción expulsiva en excesiva y, consecuentemente, ilegítima.

Tal conclusión se exhibe a su vez justificada, a tenor de la reciente presentación de la actora, donde declara que actualmente sus cuatro hijos -incluida la menor presuntamente maltratada- viven con ella (cfr. fs.171 vta.), hecho que constituye un indicio importante de que el vínculo materno filial no resulta riesgoso ni peligroso, como se sostuvo por los denunciantes -ex cónyuge y sus familiares-.

Como lo ha sustentado reiteradamente esta Sala Contencioso Administrativa, si bien es cierto que es potestad discrecional de la Administración la apreciación de la mayor o menor gravedad de la hipótesis fáctica que genera la sanción, como así también hay porcentaje de discrecionalidad para elegir consecuentemente la sanción a aplicar cuando el propio Ordenamiento Jurídico la faculta para que en función de su entidad aplique alguna, sin embargo el control judicial es posible cuando ese marco de discrecionalidad se haya excedido resultando desproporcionado e irrazonable. Esto es lo que ha sucedido en la especie donde, si bien la falta ha quedado acreditada y se ha afectado el prestigio de la Institución, no obstante no ha adquirido la entidad suficiente para justificar tan gravísima sanción.

Téngase presente que la desproporción, irrazonabilidad o incongruencia constituyen vicios de juridicidad, ya que es obligación de la Administración actuar dentro del orden jurídico vigente (art. 174 de la Constitución Provincial). Es facultad de los Jueces constatar si el ejercicio de la discrecionalidad administrativa armoniza con la ley y el derecho respetando siempre el núcleo interno de aquélla. Es decir, no se controla la discrecionalidad, sino sólo su abuso, esto es, el ejercicio de ella dentro de la juridicidad.

14.- En mérito de las consideraciones vertidas y con sustento en las razones expuestas en el presente pronunciamiento, corresponde el rechazo del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y, consecuentemente, la confirmación del decisorio impugnado, con costas (art. 130 del C.P.C. y C., aplicable por remisión del art. 13 de la Ley 7182).

Así voto.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR VOCAL DOCTOR CARLOS FRANCISCO GARCÍA ALLOCCO, DIJO:

Considero que las razones dadas por el Señor Vocal preopinante deciden acertadamente la presente cuestión y, para evitar inútiles repeticiones, voto en igual forma.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR VOCAL DOCTOR LUIS ENRIQUE RUBIO, DIJO:

Comparto los fundamentos y conclusiones vertidos por el Señor Vocal Doctor Domingo Juan Sesin, por lo que haciéndolos míos, me expido en idéntico sentido.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR VOCAL DOCTOR DOMINGO JUAN SESIN, DIJO:

Corresponde: I) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (fs. 132) en contra de la Sentencia Número Cincuenta y nueve, dictada por la Cámara Contencioso Administrativa de Segunda Nominación el veinticinco de junio de dos mil catorce (fs. 120/131), con costas (art. 130 del C.P.C. y C., aplicable por remisión del art. 13 de la Ley 7182).

II) Disponer que los honorarios profesionales del Doctor Nicolás Omar Romero -parte actora-, por los trabajos efectuados en la presente instancia, sean regulados por la Cámara *a quo*, si correspondiere (arts. 1 y 26 de la Ley 9459), previo emplazamiento en los términos

del artículo 27 ib., en el treinta y dos por ciento (32 %), del mínimo de la escala del artículo 36 de la ley citada (art. 40 ib.), teniendo en cuenta las pautas del artículo 31 ib..

Así voto.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR VOCAL DOCTOR CARLOS FRANCISCO GARCÍA ALLOCCO, DIJO:

Estimo correcta la solución que da el Señor Vocal preopinante, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando en consecuencia, de igual forma.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR VOCAL DOCTOR LUIS ENRIQUE RUBIO, DIJO:

Voto en igual sentido que el Señor Vocal Doctor Domingo Juan Sesin, por haber expresado la conclusión que se desprende lógicamente de los fundamentos vertidos en la respuesta a la primera cuestión planteada, compartiéndola plenamente.

Por el resultado de los votos emitidos, previo acuerdo, el Excmo. Tribunal Superior de Justicia, por intermedio de su Sala Contencioso Administrativa,

RESUELVE:

I) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (fs. 132) en contra de la Sentencia Número Cincuenta y nueve, dictada por la Cámara Contencioso Administrativa de Segunda Nominación el veinticinco de junio de dos mil catorce (fs. 120/131), con costas (art. 130 del C.P.C. y C., aplicable por remisión del art. 13 de la Ley 7182).

II) Disponer que los honorarios profesionales del Doctor Nicolás Omar Romero -parte actora-, por los trabajos efectuados en la presente instancia, sean regulados por la Cámara *a quo*, si correspondiere (arts. 1 y 26 de la Ley 9459), previo emplazamiento en los términos

del artículo 27 ib., en el treinta y dos por ciento (32 %), del mínimo de la escala del artículo 36 de la ley citada (art. 40 ib.), teniendo en cuenta las pautas del artículo 31 ib..

Protocolizar, dar copia y bajar.-

DR. DOMINGO JUAN SESIN
PRESIDENTE
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

CARLOS F. GARCÍA ALLOCCO
VOCAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DR. LUIS ENRIQUE RUBIO
VOCAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA