



FISCALIA DE ESTADO
Provincia de Mendoza

MENDOZA, 13 ENE 2017

RESOLUCIÓN Nº 004 .-

VISTOS: Los autos Nº 2751-D-2014-05179, caratulados: "Solic. Interv. De F.E. en expte. 2498-M-08-00020 p/ Presuntas irregularidades"

CONSIDERANDO: Que a fs. 1 se presenta el agente Rodolfo Daniel Malve, y expone una serie de irregularidades ocurridas en el Ministerio de Seguridad, en el marco del expte. Nº 2498-M-08-00020, caratulado "E/Reclamo Solicitando reparación Histórica que implica art. 1 Decreto 2861/07", consistentes en haber omitido de manera sistemática el cumplimiento de lo dispuesto por el decreto 2861/07.

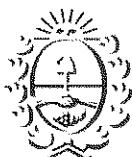
Que a los fines de tener mayor abundamiento es importante exponer que el referido expediente Nº 2498-M-08-0020, fue iniciado el 22/04/2008, no teniendo a la fecha resolución a pesar de haber transcurrido más de 9 años desde su iniciación, y no advertirse de su trámite, situaciones que justifiquen tal dilación.

El objeto principal de la pieza que se comenta, tal cual su carátula indica, es solicitar una **reparación histórica**, fundando esto en habersele otorgado al denunciante un puntaje incorrecto al momento de realizarse la calificación de méritos para los ascensos, por parte de la "Junta de Calificaciones para Oficiales Subalternos del Ministerio de Seguridad", realizada en marzo del 2005. En dicho expediente, recayó la Resolución 552/05 emitida en el correspondiente Ministerio, mediante la cual se otorgaron los ascensos al personal Policial en el año 2005.

Que del análisis del expediente se evidencia que la Mencionada Junta Calificadora de Merito al merituar los antecedentes del denunciante, cometió dos equivocaciones:

A- Por una parte al otorgar la nota Subjetiva al agente Malvé, (este puntaje se otorga según las valoraciones personales que

Dr. JAVIER A. FERNANDEZ
Fiscal de Estado Subrogante
(Ley 5716) Provincia de Mendoza



FISCALIA DE ESTADO
Provincia de Mendoza

RESOLUCIÓN N°

004.-

realizan los altos mandos de la fuerza policial, (v. art. 191 ley 6722), le otorga un puntaje de 14, excediéndose en su margen discrecional que prevé el art. 194 de la ley 6722. Esta norma prevé reducir el puntaje máximo de 20 sin motivación solamente en 4 puntos, verificándose en este caso que al denunciante le restaron 6 puntos, sin la motivación que prevé la norma. De no haber ocurrido esta irregularidad sustancial, le habría correspondido un puntaje mínimo de 16 por este ítem.

De lo expuesto surge claramente, a tenor de las competencias que otorga la ley 4.418 a esta Fiscalía de Estado, que el procedimiento y trámite de valoración se encuentra viciado y constituye una irregularidad administrativa acreditada con certeza suficiente a los fines de este pronunciamiento. Motivo suficiente para evidenciarla y requerir a la autoridad competente que inicie los procedimientos necesarios para restaurar el orden normativo violentado, y reparar los derechos subjetivos afectados.

B- También es objeto de denuncia la situación planteada por el denunciante en cuanto a que en el ítem correspondiente a **capacitación** se le otorgó un puntaje de 0,1026, cuando le hubiera correspondido un puntaje de 6,1026, teniendo presente que el agente Malvé, era egresado de la ex Escuela de Cadetes de Policía "Gral. D. José de San Martín", correspondiendo desde el año 1989 el puntaje mayor referido, en virtud de lo dispuesto por el art. 3 del Decreto N° 588/89 y de la Resolución N° 841/JyS-01.

Que por esta última omisión, el denunciante inicia la vía recursiva administrativa, concluyendo con el decreto del Poder Ejecutivo Provincial N° 2861/07, norma esta que le reconoce el derecho al denunciante, evidenciando la vulneración de su situación al ser calificado con un menor puntaje que el correspondiente. Surge del párrafo 3° de los considerandos, del mencionado decreto que dice; **"se ha omitido ponderar a los efectos promocionales el puntaje correspondiente a nivel terciario básico"**. Y en consecuencia la norma resuelve: **"asignarse al recurrente el puntaje correspondiente al título de nivel terciario básico"**.

De lo expuesto en los dos puntos antecedentes, se determina el objeto de la presente investigación al verificar que al Agente



FISCALIA DE ESTADO
Provincia de Mendoza

RESOLUCIÓN N° 004 .-

Rodolfo Daniel Malvé, se le restaron indebidamente 2 puntos en la valoración subjetiva, y 6 puntos en el ítem correspondiente a la capacitación; situación que ante el apoyo instrumental y esquema legal vigente se presenta a esta instrucción como una posibilidad verificable. Constituyendo también objeto de análisis el incumplimiento del decreto que reconocía y ordenaba reparar la omisión realizada al establecer el puntaje correspondiente por calificación.

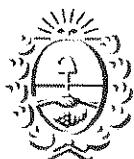
Que en virtud de lo expuesto le correspondía el puntaje de 67,4426, y no el de 59,4426, que con dicho puntaje la ubicación en la escala de ascensos realizada por la Junta Calificadora de mérito para el personal subalterno en el 2005, debió ser del puesto N° 16 y no el N° 62, lo que le habría permitido al denunciante ascender al Cargo de Oficial Principal, lo cual no ocurrió.

Que el acto administrativo N° 2861/07, a la fecha no ha sido cumplido, a pesar de haber transcurrido más de 9 años desde su emisión, y haber solicitado el denunciante su cumplimiento a través del mencionado expte. N° 2498-M-08-0020.

Que esta Fiscalía de Estado a los fines de corroborar lo denunciado, solicito informe al Director de Recursos Humanos del Ministerio de Seguridad respecto del puntaje que se le reconoce al denunciante por el título de Nivel Terciario Básico, informando el Prof. Elio Olmos (v. fs. 169) que; *"al momento de computar la calificación para los ascensos, éste título no se considera"*.

Que advirtiendo con esta afirmación, el incumplimiento de lo dispuesto en el mencionado decreto del año 2007, se procede a reiterar informe al Director de Recursos Humanos a fin de poder explicar el motivo por el cual se evacua lo solicitado incumpliendo con lo dispuesto en el mencionado decreto, lo cual no es evacuado pese a ser reiterado.

Que ante la falta de evacuación, se reitero el informe solicitado, realizando la requisitoria directamente al Ministro de Seguridad. Evacuando la solicitud el Comisario Inspector Manuel Sosa Baldi,



FISCALIA DE ESTADO
Provincia de Mendoza

RESOLUCIÓN N° 004 .-

quien, afirma que el Título Terciario Básico, si fue tenido en cuenta con el puntaje de 6, para los ascensos realizados para los años 2009 y 2012. Este informe viene a corroborar la omisión de cumplimiento con lo dispuesto en el mencionado decreto 2861/07, ya que el mismo reconoce la omisión realizada en el año 2005, encontrando un argumento más para corroborar la procedencia de la reparación histórica solicitada y la irregularidad que acarrea su incumplimiento.

Que previo a recibir el informe a que me refiero en el párrafo anterior, se citó al Prof. Elio Olmos, quien presta declaración obrante a fs. 186, en el mes de noviembre de 2016, donde expone:

-"La junta Calificadora debería haber asignado, según lo que consta en la planilla de fs. 30 de tratamiento de la Junta, en la columna correspondiente al puntaje por capacitación en vez de un puntaje 0,1026 un puntaje de 6,1026, y en la penúltima columna que se refiere al puntaje de la Junta, el cual es subjetivo, surgido de un cónclave de ocho miembros se le otorgó la nota de 14 puntos el cual es dos puntos menos de la posibilidad de reducción discrecional que posee la Junta."

Que esta declaración viene a verificar una vez más lo denunciado, considerando que a pesar de la emisión del decreto 2861/07 publicado hace más de 9 años, aún no se sana la omisión de la administración, la cual ha sido sistemática al no proceder a la reparación histórica solicitada en el expte. N° 2498-08-00020.

Que más allá del tiempo transcurrido, se verifica la violación de varios principios jurídicos, entre ellos el de la tutela administrativa efectiva, resulta por tanto considerar lo dicho por esta Fiscalía de Estado:

"Que esta Fiscalía de Estado como Organismo Constitucional (art. 177 Const. Prov), no sólo debe velar por el patrimonio estatal sino también por el cumplimiento de las garantías constitucionales, tratando de evitar situaciones potencialmente frustratorias de derechos de raigambre constitucional, que incluso, en última instancia pueden significar un perjuicio al erario público."



FISCALIA DE ESTADO
Provincia de Mendoza

RESOLUCIÓN Nº 004 -

Que a más de los principios tradicionales básicos del procedimiento administrativo tanto sustanciales (legalidad, igualdad jurídica, razonabilidad, transparencia, defensa, gratuidad) como formales (oficialidad, simplicidad, informalismo, eficacia) la jurisprudencia y la doctrina administrativa han venido receptando un principio de raigambre constitucional con base convencional -art. 8 Convención Americana de Derechos y Deberes del hombre-, el **principio de la tutela administrativa efectiva**. Si bien inicialmente la aplicación del mencionado principio se limitaba al caso del ejercicio de facultades materialmente jurisdiccionales, se siguió avanzando y se llegó al punto actual de su evolución, en el cual se aplica directamente al ejercicio de funciones materialmente administrativas.

Que en palabras del Maestro Dromi "los principios jurídicos fundamentales del procedimiento administrativo son pautas directrices que definen su esencia y justifican su existencia" (Roberto Dromi. Derecho Administrativo. 10ª Edición actualizada. P. 1170. Año 2004). Que por ello, autores como el Dr. Javier Urrutigoity han expresado: "...si miramos atentamente la funcionalidad de los principios clásicos del procedimiento administrativo, en cuanto "fundantes", "inspiradores", "orientadores", "animadores" ..."supletorios", "vivificantes" y "estructurantes" de las normas que regulan -concreta y positivamente- el procedimiento administrativo en orden a que éste no pierda nunca de vista su norte, que sirva sin desviaciones ni malversaciones a su finalidad garantista o protectora -de la juridicidad y del mérito del accionar administrativo-, en tal caso sostengo: bien le cabe el calificativo de principio del procedimiento al de la tutela administrativa efectiva." (Urrutigoity, Javier, "El principio de la tutela administrativa efectiva", pág. 2. Lexis Nº 0003/012321 ó 0003/012347)

Este principio -reconocido por nuestro más alto Tribunal Nacional en el fallo "Astorga Bracht, Sergio y otro c. Comité Federal de Radiodifusión", 14/10/2004- puede entenderse como "la posibilidad ocurrir ante los tribunales de justicia, o ante las autoridades administrativas competentes, y obtener de ellos una decisión útil relativa a los derechos invocados, sin que los interesados puedan verse privados arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de sus derechos, salvo por medio de un proceso, o de un procedimiento, conducido en legal forma y que concluya con una resolución fundada."



FISCALIA DE ESTADO
Provincia de Mendoza

RESOLUCIÓN N° 004

(Urrutigoity, Javier, "El principio de la tutela administrativa efectiva", pág. 3. Lexis N° 0003/012321 ó 0003/012347).

Que, ahondando en el concepto de tutela administrativa efectiva, sostiene Gutiérrez Colantuono que "Se pretende, en otros términos, recrear la noción tradicional de defensa en juicio desde una nueva óptica que operativice el papel tutelar que, entendemos, posee la Administración en el marco de las obligaciones de los Artículos 1.1 y 2º de la Convención Americana, es decir, postular como principio estructurante y garantía –exigible, naturalmente– la posibilidad de las personas de ocurrir ante la autoridad administrativa y obtener de ella resolución relativa a sus derechos, evitando precisamente diferir o postergar su protección a la instancia judicial... la gravitación de la actividad de la Administración pública ha sido enfatizada por la Corte Interamericana, al explicar que esas obligaciones 'no se cumplen con la sola expedición de normativa que reconozca formalmente dichos derechos, sino que requieren que el Estado adopte las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, considerando la situación de debilidad o desvalimiento en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales" (Pablo Á. Gutiérrez Colantuono. "El Procedimiento Administrativo y la Tutela Administrativa Efectiva", en Revista Rap pág. 349, Ediciones Rap, 8/2010).

Dicho principio también ha sido receptado por nuestra Suprema Corte de Justicia Provincial, en el EXPEDIENTE N° 108.161: "SALOMÓN, ELENA C/ GOBIERNO DE LA PCIA. DE MZA. (PODER JUDICIAL) S/ A.P.A." se ha expedido sobre este principio: "A más de lo anterior, el derecho a la tutela administrativa y judicial efectiva (expresamente reconocido en los arts. XVIII y XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 8º y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 8º y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 2º inc. 3º ap. a y b, y 14 inc. 1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), que tiene plena operatividad a raíz de la recepción de estos tratados de derechos humanos en el art. 75 inc. 22 de la C.N. (como antes lo había hecho, por ejemplo, la Constitución española de 1978 en su art. 24), supone la posibilidad de ocurrir no solamente ante los tribunales de justicia **sino también ante las autoridades administrativas competentes a fin de obtener de ellos sentencia o decisión útil** relativa a los derechos de los particulares o litigantes; lo cual requiere -por

Dr. JAVIER A. FERNÁNDEZ
Fiscal de Estado Subrogante
(Ley 5716) Provincia de Mendoza



FISCALIA DE ESTADO
Provincia de Mendoza

RESOLUCIÓN N° 004 -

sobre todas las cosas-, que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieren eventualmente asistirle sino por medio de un proceso -o procedimiento- conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una sentencia -o decisión administrativa- fundada (conf. CSJN, caso "Astorga Bracht", Fallos 327:4185)."(el resaltado me pertenece).

Con respecto a la normativa fundante de este principio, el Dr. URRUTIGOITY, Javier, en el trabajo citado anteriormente realiza un análisis de la normativa Constitucional y Supranacional de aplicación al particular, en virtud de lo dispuesto por el art. 75 inc. 22 de la Carta Magna:

1. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que en su art. XVII proclama que toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones y a gozar de los derechos civiles fundamentales. En su art. XVIII, que tras reconocer a toda persona el derecho de ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos agrega que se debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia la ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente. A su turno, el art. XXIV aclara que toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a cualquier autoridad competente y a obtener pronta resolución.

2. La Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su art. 5 prohíbe los tratos degradantes; en su art. 7 consagra el derecho a la protección de la ley; en su art. 8, el derecho a un recurso efectivo que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley; y en el art. 10, el derecho a ser oída públicamente y con justicia, para la determinación de sus derechos y obligaciones. En su art. 28 reconoce el derecho a un orden en el que los derechos y libertades proclamados en esa declaración se hagan plenamente efectivos. A su turno, el art. 29 ap. 2 asegura en el ejercicio de los derechos y en el disfrute de las libertades que la persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley, con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general de una sociedad democrática.

Dr. JAVIER A. FERNANDEZ
Fiscal de Estado Subrogante
Ley 6716) Provincia de Mendoza



FISCALIA DE ESTADO
Provincia de Mendoza

RESOLUCIÓN Nº 004.-

Por fin, el art. 30 termina diciendo que esa declaración no podrá interpretarse en el sentido de que confiera derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esa declaración.

3. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su preámbulo reconoce la obligación de los Estados de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanos. Su art. 2 número 1 establece el compromiso de los Estados partes de respetar y garantizar a todos los individuos que estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en ese pacto. En su número 2 compromete a cada Estado parte a adoptar las medidas oportunas de índole legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en dicho pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter. El número 3 garantiza que: (i) toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiere sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales (letra a); (ii) la autoridad competente administrativa, o cualquier otra competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso (letra b). Por su parte, el art. 14 número 1 asegura el derecho de toda persona a ser oída públicamente y con las debidas garantías para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil (entendido como opuesto a penal).

4. La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su art. 1 número 1 compromete a los Estados partes a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción. El art. 2 obliga a adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. El art. 8 número 1 consagra el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable en la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. El art. 25 número 1 reconoce que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo que la

Dr. JAVIER A. FERNÁNDEZ
Fiscal de Estado Subrogante
(Ley 5716) Provincia de Mendoza



FISCALIA DE ESTADO
Provincia de Mendoza

RESOLUCIÓN Nº 004.-

ampare contra actos violatorios de sus derechos fundamentales, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. El número 2 letra a garantiza que las autoridades competentes decidirán sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso.

Estos principios y normas de Derecho Público -nacional e internacional- tienen recepción en el plano constitucional-normativo, en varias cláusulas concretas de nuestro ordenamiento fundamental:

1- En el art. 14 CN., en cuanto consagra del derecho de peticionar a las autoridades;

2- En el art. 18 CN., que, como lo ha señalado la Corte en el precedente analizado, al consagrar la garantía del debido proceso adjetivo sirve también de fundamento al principio de tutela administrativa efectiva;

3- Y en el art. 43 CN., en cuanto consagra la garantía del amparo o protección de los derechos, que no se limita, como ocurre con las dos anteriores, a su ámbito de aplicación judicial.

Tampoco debe ser reducido al mecanismo o instrumento adjetivo, específico y más heroico de protección judicial de los derechos y garantías que dicha cláusula reconoce (lo que conocemos como el recurso o proceso constitucional de amparo). Es que, además, esta cláusula está reconociendo un principio más general, ordinario y sustantivo: el de amparo o tutela de derechos y garantías fundamentales, cualquiera sea el cauce instrumental o procedimental en que dicha protección deba ser actuada; cuya efectividad, vigencia u operatividad el constituyente manda cumplir -también y previamente- en sede administrativa;

4- El Derecho Constitucional provincial también sirve de sustento al principio en trato -y no solamente en las cláusulas locales que reiteran las garantías mencionadas en los puntos anteriormente referidos de la Constitución Nacional-. Por ejemplo, puede mencionarse al art. 15 Const. prov. Buenos Aires (LA 1994-C-3809), que -a la par de la tutela judicial



FISCALIA DE ESTADO
Provincia de Mendoza

RESOLUCIÓN Nº 004 .-

continua y efectiva- incluye también la "inviolabilidad de la defensa de la persona y de los derechos en todo procedimiento administrativo".

Así, en este sentido práctico, este principio vela por que los plazos del proceso sean razonables, así "La jurisprudencia, también en clara vinculación con la exigencia de tiempos razonables al procedimiento, ha tenido ocasión de anular resoluciones que dilatan innecesariamente el tránsito por la instancia administrativa, por "la excesiva e injustificada complejidad que las resoluciones impugnadas han introducido en el procedimiento administrativo en perjuicio del administrado. Tal conducta de la Administración, en la práctica, le impide al interesado la defensa eficaz de sus derechos y en consecuencia, acarrea su nulidad. En este sentido se ha dicho que "Algunas veces se exageran las formalidades, se multiplican sin objeto las intervenciones de distintos funcionarios, se hace tan complicada la tramitación de una gestión administrativa, que los particulares renuncian en ocasión a su derecho, con tal de no tener que habérselas con esa medusa de mil cabezas" (Urrutigoity, Javier, "El principio de la tutela administrativa efectiva", pág. 5. Lexis Nº 0003/012321 ó 0003/012347)."

Por ello, y en mi carácter de

FISCAL DE ESTADO SUBROGANTE

DE LA PROVINCIA DE MENDOZA,

RESUELVO:

Artículo Nº 1.- Requerir al Sr. Ministro de Seguridad, que arbitre los medios necesarios y conducentes a fin de sanear la situación de autos la que según esta investigación ha consistido en una omisión de cumplimiento y de larga data a lo dispuesto por el decreto ley 2861/07, en perjuicio del agente Malvé, arbitrando los medios necesarios para lograr su correcto encasillamiento en las grillas de puntajes correspondientes a los ascensos del año 2005, la que deberá hacerse retroactiva a la fecha que el mencionado decreto informa, debiendo reconocérsele las diferencias, que el error de la administración evidenciado en



FISCALIA DE ESTADO
Provincia de Mendoza

RESOLUCIÓN N° 004 .-

los considerandos le ha generado; en consecuencia resolverse sobre el largo reclamo de reparación histórica que viene efectuando el denunciante. Y tomando todos los recaudos necesarios a los fines de garantizar la tutela administrativa efectiva en la especie; principio rector del derecho administrativo moderno y receptado por el art. 113 de la ley 3909 y en el particular por el artículo 45 inc. 13, ley 6.722.

Artículo N° 2.- Requiérase al Ministro de Seguridad de la Provincia de Mendoza, que arbitre todos los medios necesarios y conducentes a fin de evitar la ocurrencia de irregularidades similares a las que motivan los presentes autos, debiendo tomar las medidas necesarias para la determinación del orden de merito conforme lo normado por la ley 6.722, Capítulo VII, sección II.

Artículo N° 3.- Requiérase al Ministro de Seguridad de la Provincia de Mendoza, que arbitre los medios necesarios y conducentes a fin de evitar la dilación en los reclamos de reparación histórica y otros similares donde se afecten derechos subjetivos del personal policial.

Artículo 4°.- Notifíquese y; oportunamente archívese.

A.P.A.

Dr. JAVIER A. FERNANDEZ
Fiscal de Estado Subrogante
(Ley 6716) Provincia de Mendoza