

DECRETERO DE SENTENCIAS

//tevideo, 28 de agosto de 2018.

No. 325

VISTOS :

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: "FALCOMER, MARÍA CRISTINA con FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Acción de nulidad" (Ficha No.283/2016).

RESULTANDO :

I) Que con fecha 13/5/2016, a fs. 9, compareció la accionante, entablado demanda de nulidad contra la Resolución N° 203/2015 dictada por el Director General de la Fiscalía General de la Nación con fecha 10 de diciembre de 2015, por la cual se dispuso la instrucción de sumario administrativo a la actora, con suspensión en la función, retención de medios sueldos y separación del cargo. (fs. 3 A.A. en 602 fs.).

Relató que la resolución le causa agravio ya que su contenido excede lo que de regla es un acto instrumental, adoptando una decisión fundada supuestamente en relación a determinadas imputaciones que atribuye a la accionante (por ejemplo acoso y desequilibrio de la vida psíquica y emocional de los funcionarios a su cargo), y señalando que ésta sería responsable de conductas inapropiadas para hacia las fiscales adscriptas.

Entre los motivos determinantes del acto se dieron por probadas supuestas dificultades de relacionamiento con las fiscales adscriptas a su cargo, así como una conducta de la actora desarrollada fuera del marco del respeto esperado para el cargo que desempeña, generando una situación de

acoso laboral, todo lo cual se enmarca fuera de las obligaciones y funciones de un funcionario público, por lo que la profesional actuante (psicóloga) tipifica este daño como “grave”.

Sostuvo que la ilegitimidad del acto atacado encuentra su fundamento en el cercenamiento de las garantías del derecho de defensa, que fue flagrantemente violado por la Administración, al no conferírsele vista previa al dictado del acto administrativo resistido.

Indicó que con relación a las actuaciones y conclusiones a los que se habría arribado previo a disponerse el sumario administrativo de autos, no fueron puestos a conocimiento de la accionante, no se le confirió vista de forma de ser oída en forma previa y en consecuencia poder resolver en relación a su situación una vez que hubiese podido ejercitar su derecho de defensa. Esto no se cumplió en violación del artículo 76 del Decreto N° 500/991.

Destacó que, como lo ha sostenido la jurisprudencia de nuestro tribunal, la omisión de conferir vista previa al dictado de un acto administrativo de contenido virtualmente lesivo para un sujeto de derecho, configura vicio grave que inficiona inexorablemente de nulidad dicha volición; conclusión que emerge de normas de rango constitucional, legal y reglamentario.

Por otro lado, expresó que los motivos aducidos en la resolución encausada son falsos u erróneos, lo que de por sí vicia el acto atacado y determina su ilegitimidad, tanto a su respecto como en relación a las medidas que lo acompañan.

Manifestó que, con relación a los hechos imputados que fueran los motivos de la resolución resistida, los mismos no fueron objeto de una

investigación previa, respecto de la cual también se le debió dar oportunidad de ser oída previamente. Los motivos son falsos de por sí, y sin perjuicio de la violación del derecho denunciado, inficionan de nulidad el acto administrativo atacado.

Sostuvo asimismo que la violación a su derecho a defensa no fue una cuestión inadvertida por la Administración, sino que al contrario fue buscado por la propia Administración para que el proceso se iniciara con la imposición de gravosas medidas dispuestas en perjuicio de ella.

Respaldó la anterior afirmación con un relato de hechos que, a su criterio, son indicios claros de la postura asumida por la contraparte, la que podría configurar abuso, exceso o desviación de poder.

Al respecto, destacó por ejemplo que el Sr. Instructor designado para el sumario, Dr. Fernando ROMANO, dispuso recibir la declaración de testigos en la Audiencia realizada en la Sede de la Fiscalía de la ciudad de Atlántida, de fecha 18 de diciembre de 2015, sin que se les permitiera estar presentes en las declaraciones. En esa oportunidad concurrió con su abogado y trataron de explicarle al Sr. Inspector que era su derecho estar asistida por un profesional y estar presente en la declaración. Ello fue desestimado por el Dr. Fernando ROMANO, quien igualmente diligenció la prueba, entre ella la testimonial, sin poder estar presente la actora ni su patrocinante. La decisión fue recurrida y finalmente el Sr. Director General determinó la revocatoria, a sabiendas que ante el Poder Ejecutivo o eventualmente en Sede contencioso anulatoria, sería revisada esa flagrante violación del derecho de la accionante.

Dijo que si bien las irregularidades que marca se dieron durante el sumario, posterior al acto atacado, cabe traerlas a colación en el caso.

Afirmó, en otro orden, que la imposición de medidas supuestamente “preventivas”, en los hechos ya son una respuesta sancionatoria, inmotivada y violatoria de derechos fundamentales, como su honor, dignidad, trabajo y salario.

Sostuvo que durante el procedimiento disciplinario se probó que todo lo que se incluyó como fundamento de la Resolución, no se correspondía con la realidad. En efecto, los fundamentos o motivos determinantes de la instrucción sumarial, y la calificación de grave de las faltas imputadas que determinaron las medidas adoptadas, no fueron probadas en autos, ni antes ni después de la instrucción.

Expresó que no puede pasarse por alto que quien fuera inicialmente designado instructor sumariante, Dr. Fernando ROMANO, fue sustituido en su cargo por el Dr. Luis PACHECO, que era quien había denunciado ante la Dirección General de Fiscalía las conductas inapropiadas de la actora para hacia las fiscales adscriptas. Una cuestión de sensibilidad y decoro, así como el cumplimiento de la reglamentación vigente (art. 5° del Decreto N° 103/013), hubiera llevado a que las jerarquías del Organismo no designaran al profesional que, justamente, fuera quien elevara el informe confidencial denunciando a la compareciente, informe que fue determinante para la adopción del acto atacado.

Anotó que el Sr. Juez Letrado de Atlántida Dr. Marcos SEIJAS habría dicho, en el curso de las actuaciones previas al dictado del acto en causa, que la Sra. FALCOMER “se desborda, debido al elevado volumen de trabajo y el largo período que lleva al frente de una fiscalía de turno único”. Esto se pretendió interpretar de una forma que, junto con el resto de supuestos hechos, habría configurado acoso laboral. Pero en ocasión de

recibirse su testimonio durante el sumario, al ser preguntado acerca de su relacionamiento con la actora, indicó el Dr. SEIJAS que lo que dijo fue “que notaba a la Fiscal desbordada por la cantidad de trabajo que tiene la Fiscalía”, agregando que “si alguna vez hubo algún problema con las oficinas siempre se solucionó con algún llamado telefónico”. Esto fue lo relevante en relación a lo dicho por el Magistrado, y que pretendiera ser usado como una de las supuestas irregularidades que se le imputaron a la accionante y que sirviese de decisión de instruirle un sumario.

Expuso, con respecto al “acoso” laboral como fundamento de la Resolución impugnada, los análisis y conclusiones arribadas por la psicóloga Carolina MOLL, efectuadas a la luz de lo informado por su colega la psicóloga Claudia ARAUJO, y que es parte de la motivación explicitada en la resolución que dispusiera la instrucción sumarial de autos.

Entre otros puntos, destacó que la psicóloga MOLL señala que se han realizado aseveraciones muy fuertes, que a su juicio se requerían mayores elementos que lo demuestren; así, se ha hablado de una “maniobra perversa”, de “persecución deliberada”, de que “se ha generado acoso desequilibrando fuertemente la vida psíquica y emocional de los funcionarios a su cargo”. Estas acusaciones son realmente graves, a partir de los elementos que se poseen; en muchísimos casos de las declaraciones de las funcionarias y de manera recurrente aparecen frases como “a mí me lo dijeron”, “yo no lo viví, pero a mí me lo contaron”, “a mí no me hizo nada”, “es una buena Dra.”.

Señaló que, en su informe, la psicóloga MOLL puntualizó que se encontraron indicadores de sufrimiento que podrían estar dando cuenta de un tipo de “acoso laboral vertical ascendente de tipo colectivo hacia la Dra.

FALCOMER”. Y concluyó la psicóloga MOLL en su informe final que la accionante cuenta con un perfil personal que se adecua en grado medio alto al perfil del cargo de Fiscal Departamental.

Sostuvo que es lamentable que el Sr. Instructor designado ni siquiera haya analizado el informe técnico agregado y producido por la citada profesional, que adoptó una postura disímil a la tenida respecto del informe de la psicóloga ARAÚJO, a cuyo respecto se dio por bueno todo lo informado por aquella.

Puntualizó que la gravedad del hecho radicó en que situaciones dadas por ciertas por la psicóloga ARAÚJO, fueron luego totalmente desvirtuadas con la prueba, probando en consecuencia la falsedad de las denuncias realizadas previas al sumario.

A partir de lo expuesto, concluyó que existen elementos más que suficientes para concluir en la falsedad de los motivos del acto administrativo resistido y su ilegitimidad.

Alegó asimismo que existieron indicios de que el “fin querido” no estaría coincidiendo con el “debido”, pues sino la Administración no habría actuado como lo hizo, cercenando una y otra vez el derecho a defensa de la Sra. María Cristina FALCOMER, partiendo de la base de presunciones en relación de hechos que no se probaron y que igualmente fueron dados por ciertos, y que determinaron la adopción de medidas tan gravosas en perjuicio de la actora.

En definitiva, solicitó que se anule el acto impugnado.

II) Que con fecha 24/6/2016 a fs. 29, compareció la representante de la demandada, contestando la demanda incoada.

Manifestó que rechaza los dichos contenidos en la demanda, especialmente en lo que refiere a “la ilegitimidad del acto atacado por el cercenamiento de las garantías del derecho de defensa, que fue violado por la Administración, al no conferírsele vista previa al dictado del acto resistido”. La actora no puede alegar indefensión por la instrucción del sumario, dado que contó con todas las garantías del debido proceso, aportando prueba y alegando en su oportunidad.

Expresó que la actora utiliza posiciones subjetivas y calificativas que se reiteran a lo largo de la demanda.

Indicó que no se ha vulnerado el principio de legalidad, ni la motivación, ni el derecho de defensa, mediante el dictado del acto.

Manifestó que el artículo 183 del Decreto N° 500/991 establece el procedimiento, disponiendo que “el sumario administrativo es el procedimiento tendiente a determinar o comprobar la responsabilidad de los funcionarios imputados de la comisión de una falta administrativa y a su esclarecimiento”. Y destacó que la Administración se ciñó fielmente a ello.

Recalcó que la Resolución adoptada está fundamentada conforme a Derecho, en el marco de la normativa vigente, conforme al procedimiento establecido en el Decreto N° 500/991, en los artículos 185 a 187.

Anotó que el jerarca, cumpliendo la normativa vigente, dispuso el sumario, sin que ello importe un pronunciamiento definitivo, como pretendió hacer creer la accionante.

Destacó que sorprende que se pretenda ver en la resolución un acto ilegítimo por el hecho de no haber sido oída previamente, como pretendió la accionante, en clara contravención a la norma, pues la oportunidad para

ejercer sus descargos se confiere durante la etapa de instrucción del sumario.

En definitiva, solicitó el rechazo de la demanda entablada.

III) Abierto el juicio a prueba, se produjo la que obra certificada a fs. 55.

IV) Alegaron las partes por su orden. La actora lo hizo a fs. 59 y ss., y la demandada a fs. 69 y ss.

V) Se confirió vista al Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, quien produjo el Dictamen N° 368/17, a fs. 72, aconsejando desestimar la demanda de nulidad impetrada.

VI) Se citó a las partes para sentencia, la que previo pasaje a estudio de los Sres. Ministros, y con la integración de la Ministra del Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 2do Turno Dra. Nanci CORRALES, se acordó dictar en legal y oportuna forma.

CONSIDERANDO :

I) Que en la especie se han acreditado los extremos legales habituales requeridos por la normativa vigente (arts. 4 y 9 de la Ley 15.869), para el correcto accionamiento de la nulidad.

En obrados se demanda la nulidad de la Resolución N° 203/2015 dictada por el Director General de la Fiscalía General de la Nación con fecha 10 de diciembre de 2015, por la cual se dispuso la instrucción de sumario administrativo a la actora, con suspensión en la función, retención de medios sueldos y separación del cargo. (fs. 3 A.A. en 602 fs.).

Contra dicho acto, notificado personalmente a la actora con fecha 10 de diciembre de 2015 (fs. 14 A.A. en 31 fs.), interpuso ésta, el día 21 de

diciembre de 2015, los correspondientes recursos de revocación y anulación (fs. 3 y ss. de autos)

El último de los recursos interpuestos fue desestimado en forma expresa mediante Resolución N° 144/2016 de la Sra. Ministra de Educación y Cultura, en ejercicio de atribuciones delegadas del Poder Ejecutivo, de fecha 21 de abril de 2016, notificada a la actora en esa misma fecha (fs. 8 *infolios*).

Finalmente, la demanda de nulidad fue introducida en tiempo útil, con fecha 13 de mayo de 2016 (nota de cargo a fs. 21 de autos).

III) Por Dictamen N° 368/17, a fs. 72, el Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo aconsejó el rechazo de la demanda.

IV) El Tribunal, en decisión adoptada por mayoría, compartirá lo dictaminado por la Procuraduría del Estado, y procederá a desestimar la demanda incoada, de acuerdo a los fundamentos que se desarrollan en los siguientes numerales.

V) **Respecto a la procesabilidad y lesividad del acto encausado.**

Corresponde señalar, en lo inicial, que existe desde hace varios años un criterio jurisprudencial consolidado de este órgano que, variando su temperamento anterior, ha sostenido que el acto que resuelve la instrucción de un sumario administrativo es procesable en sede contencioso-anulatoria.

En el pasado, el Tribunal sostenía que el acto que ordena la instrucción de un sumario carece de la nota de definitividad y es un acto ilesivo, y que por tanto, no resultaba procesable ante esta jurisdicción

(Cfme. Sentencia N° 261/1996, publicada en Revista de Derecho Público, No. 15, Montevideo, 1999, págs. 181/182).

Dicha tendencia jurisprudencial fue abandonada más adelante, al influjo de los desarrollos de la moderna doctrina administrativista. A partir de la Sentencia N° 419/2002, comenzó a admitirse por la Corporación que, pese a su carácter de acto preparatorio, porque da inicio al procedimiento donde, en definitiva, tendrá que dilucidarse la responsabilidad del funcionario- el acto en cuestión puede resultar lesivo de la esfera jurídica del sumariado (A.D.A, T. XI, págs. 139 y siguientes con nota de DE LEMA BLANCO, César: “Sumario Administrativo. Acto inicial: nueva tendencia.”. En doctrina CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo: “Recursos Administrativos”, FCU, Montevideo, 2008, pág. 158 y en especial la nota al pie No. 107 y FLORES DAPKEVICIUS, Rubén: “¿Es impugnabile la resolución que dispone un sumario administrativo?”, Revista de Derecho Público, No. 15, Montevideo, 1999, pág. 183).

A vía de ejemplo el Tribunal de lo Contencioso Administrativo sostuvo en Sentencia N° 20/2006: “(...) *el Tribunal en su actual integración, adhiere a la tesis de la procesabilidad del acto administrativo que dispone la instrucción de un sumario en el ámbito disciplinario.*

No solo porque un acto de tal naturaleza puede tener contenidos que excedan el simplemente instrumental, sino también porque no se puede decidir como cuestión formal lo que es en realidad una cuestión de mérito, aunque con ello se resuelva el objeto principal.

Como es de principio, deberán existir motivos que justifiquen razonablemente la medida adoptada, que además deberá ser idónea para lograr el fin legítimo: determinar la responsabilidad del funcionario

involucrado, su grado de participación en la comisión de la falta que se le imputa, y en su caso, al eventual aplicación de la sanción correspondiente” (Cfme. Sentencia N° 20/2006, publicada en Anuario de Derecho Administrativo (ADA), T. XIV, pág. 115 y ss.).

Más recientemente, en la Sentencia N° 203/2013, el Colegiado relató esta evolución, en expresiones que también fueron reproducidas en las Sentencias N° 213/2013, 219/2013, 334/2014, 352/2015, 223/2017, 356/2017 y 379/2017.

En suma, no cabe dudar de la procesabilidad del acto residenciado.

VI) Por su parte, en relación a la lesividad del acto, aspecto que resulta independiente de la procesabilidad, tal como ha señalado la Sede en diversos pronunciamientos recaídos en los últimos años (véase por todas la Sentencia N° 594/2015), estima el Tribunal que el acto atacado resulta potencialmente lesivo para la esfera jurídica del accionante.

Como se ha dicho reiteradamente por este Colegiado, el hecho de que el acto que se impugna sea o no el creador de la situación jurídica lesiva que se resiste con la acción de nulidad, es una cuestión que atañe a la lesividad y no a la procesabilidad del acto. Por un orden lógico de análisis, la cuestión de la lesividad del acto solo será estudiada en aquellos casos en que -previamente- se haya considerado que la volición es procesable ante la Sede.

El acto administrativo no dejará de ser procesable por el hecho de que lesione o no lesione un derecho subjetivo o interés legítimo del demandante, pues esta última cuestión (la lesividad) corresponde al análisis sustancial de la controversia.

Ello fue explicado hace varias décadas atrás, con innegable precisión, por el Maestro GIORGI, el que enseñaba: *“Cuando el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo entra a considerar el fondo del asunto debe juzgar sobre dos puntos fundamentales:*

a) si el acto administrativo es contrario a una regla de derecho o fue dictado con desviación de poder (Const. art. 309, inc. 1°);

b) si dicho acto violó o lesionó un derecho o un interés directo, personal y legítimo del accionante (Const. 309, inc. 3°).

El juzgamiento que el Tribunal hace de estos dos aspectos del acto es relativo al fondo del asunto y no a la admisibilidad de la acción anulatoria. (...)

Si el Tribunal estimase que la existencia real del daño jurídico constituye un requisito de admisibilidad de la acción de nulidad, al comprobar su inexistencia, en vez de entrar al fondo juzgando al acto y decretando su confirmación, declarararía la invalidez de la acción ejercitada. Pero, al confirmar el acto impugnado, en virtud de no haber violado o lesionado el derecho o el interés legítimo del accionante, el Tribunal admite, en forma implícita, que la acción de nulidad se ha ejercido válidamente” (Cfme. GIORGI, Héctor: “El Contencioso Administrativo de Anulación”, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República. Sección III-CI, Montevideo, 1958, pág. 140 y 141 y en “Héctor GIORGI. Obras y Dictámenes. Recopilación”, Editorial LA LEY URUGUAY, 1ª Edición, 2010, págs. 797 y 798).

En suma, la lesividad del acto no constituye una característica que defina el parquet competencial del Cuerpo; el examen de lesividad o

ilesividad concierne al fondo del asunto. Por el contrario, la procesabilidad sí debe ser analizada en un momento anterior al análisis sustancial del litigio, puesto que si se concluye que el acto no es procesable, el Tribunal quedará inhibido de pronunciarse sobre la juridicidad del mismo

En el *casus*, entiende el Colegiado, por los fundamentos previamente señalados, que la resolución encausada resulta procesable ante su jurisdicción, en tanto cumple con los requisitos exigidos en el art. 309 de la Constitución de la República y en los arts. 24 y ss. del Decreto Ley 15.524, para habilitar su accionamiento en esta sede.

Por su parte, en cuanto a la lesividad de la resolución que dispone el sumario, cabe recordar que la lesividad o ilesividad de un acto administrativo depende de que éste sea o no el creador de la situación jurídica lesiva que se resiste con la acción de nulidad. Se requiere, por ende, la existencia de una situación jurídica lesiva (o en estricto rigor técnico: potencialmente lesiva), y que dicha situación provenga efectiva y originariamente del acto que se procesa ante esta Sede.

En la especie, estima el Tribunal que se cumplen tales presupuestos, pues la instrucción de sumario administrativo contra la funcionaria accionante genera efectos jurídicos potencialmente lesivos, que indudablemente le alcanzan.

El perjuicio invocado por la promotora deriva de lo dispuesto mediante el acto encausado. Por este motivo, no puede entenderse el acto administrativo cuestionado en estos obrados como ilesivo, sino como potencialmente lesivo, por lo que el Tribunal ingresará al análisis de los agravios expresados por la accionante.

VII) Respecto a la indefensión alegada por la actora, en virtud de no habersele conferido vista previa.

Sostuvo la accionante, en primer lugar, que la ilegitimidad del acto atacado encuentra su fundamento en el cercenamiento de las garantías del derecho de defensa, que fue flagrantemente violado por la Administración, al no conferírsele vista previa al dictado del acto administrativo resistido.

A juicio de la mayoría del Tribunal, el agravio no puede ser de recibo.

La circunstancia de que el acto de instrucción del sumario se haya dispuesto sin conferirse vista previa, no afectó las garantías del debido procedimiento.

En efecto, es justamente en el sumario administrativo donde corresponde hacer efectivo el principio general del debido procedimiento consagrado en el art. 66 de la Constitución de la República y no en una instancia anterior (Cfme. Sentencia N° 60/2017).

La vista correspondiente, y las posibilidades de defensa, las tendrá el sumariado durante la instrucción del procedimiento disciplinario, por lo que no se verifica en la instancia una hipótesis de indefensión.

VIII) Análisis sustancial. Legitimidad del acto impugnado.

En cuanto al fondo, expresó la accionante que los motivos aducidos en la resolución encausada son falsos u erróneos, lo que de por sí vicia el acto atacado y determina su ilegitimidad, tanto a su respecto como en relación a las medidas que lo acompañan. Sostuvo sobre el punto que, durante el procedimiento disciplinario, se probó que todo lo que se incluyó como fundamento de la resolución, no se correspondía con la realidad, por

lo cual los motivos determinantes de la instrucción sumarial, y la calificación de grave de las faltas imputadas que determinaron las medidas adoptadas, no fueron probadas en autos, ni antes ni después de la instrucción.

A juicio de la Sede, el planteo no resulta de recibo, en tanto se evidencia a partir de la lectura de las actuaciones que antecedieron al dictado de la resolución impugnada, que existieron para la Administración motivos valederos, que justificaron la decisión de instruirle un sumario, dado que existían elementos de convicción suficiente que podían indicar, *prima facie*, la existencia de una falta administrativa en la conducta de la funcionaria accionante.

Ante el vacío normativo que implica la ausencia de un procedimiento disciplinario propio del Organismo a la fecha del dictado del acto, debe recurrirse a las normas análogas existentes en la materia, dadas en este caso por las disposiciones del Decreto N° 500/991 para la Administración Central, en particular, los arts. 185 y ss.

Es un valor entendido a nivel doctrinario y jurisprudencial que las disposiciones del citado cuerpo normativo constituyen principios generales o “*doctrina más recibida*” en materia disciplinaria en nuestro ordenamiento jurídico y operan como normas supletorias de reenvío obligadas en dicha materia cuando se producen casos de vacío normativo (Cfme. Sentencias N° 388/2009, 63/2010, 751/2016 y 49/2018, entre otras).

De hecho, tanto la actora como la demandada invocan la aplicación de ese cuerpo normativo, por lo que se analizará el caso en base a dicho marco jurídico.

IX) Como se ha dicho en anteriores ocasiones, el juicio del Tribunal en esta etapa se circunscribe a juzgar únicamente si existían elementos de convicción suficientes que justificaran la iniciación de un procedimiento disciplinario. Debe recordarse y subrayarse que no se trata ahora de valorar si la actora tuvo responsabilidad disciplinaria, puesto que será precisamente en el marco del sumario, que el acto impugnado decidió iniciar, donde esa eventual responsabilidad deberá determinarse.

Como enseña CAJARVILLE, el sumario administrativo es el procedimiento tendiente a comprobar la comisión de la falta y determinar la responsabilidad del imputado (Cfme. CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo: “Procedimiento Administrativo”, Idea, Montevideo, 1997, pág. 66).

En palabras de LORENZO: *“Solamente el sumario administrativo es el que permitirá comprobar la responsabilidad del funcionario y su grado de participación en la comisión de la falta administrativa que se le imputa. Así surge del art. 183 del decreto 500/91. Mediante el mismo, se le proporcionará al jerarca todos los elementos para que, haciendo uso de la potestad sancionatoria disciplinaria, imponga una sanción acorde”* (Cfme. LORENZO DE VIEGA JAIME, Susana, “Sanciones Administrativas”, Editorial B de F, Montevideo, 1996, págs. 135-136).

Ha expresado así la Corporación, ante un caso parangonable al de obrados: *“La decisión de iniciar un sumario, es apenas el puntapié inicial de un procedimiento disciplinario, en el cual la Administración tiene la carga de probar la irregularidad y la responsabilidad del funcionario sumariado en la misma. Y por cierto que, si no lo hace, la absolución del funcionario imputado de la falta administrativa será la que deberá imponerse en aplicación del principio de inocencia.*

En esta instancia, el análisis que se hace es simplemente para examinar la presencia de elementos que justifiquen la iniciación de ese procedimiento a los funcionarios y descartar móviles aviesos que tiñan de ilegitimidad el obrar administrativo (...)

Lo que el Tribunal simplemente comparte con la Administración, es el aserto de que, ante el cuadro de situación constatado, es posible pensar que podría llegar a haber algún tipo de responsabilidad de parte de los funcionarios a los que se decidió iniciar un procedimiento disciplinario.

Pero ese juicio es, desde luego, preliminar y prima facie.

De lo que la Administración ha comprobado en el curso de la Investigación Administrativa a contar con una prueba de cargo contundente que permita atribuir responsabilidades funcionales (...) hay un largo trecho. Ese camino deberá ser recorrido en el curso del sumario para, al final del mismo, llegar a elucidar si corresponde, finalmente, responsabilizar a los (sumariados).

En el marco de ese procedimiento sumarial, deberán sopesarse adecuadamente los elementos que pueden llegar a ser el soporte de la responsabilidad a atribuir a los actores y, también, los que arrojan razonablemente un manto de dudas sobre su verdadera responsabilidad” (Cfme. Sentencia N° 352/2015; en el mismo sentido: Sentencias N° 219/2013 y 223/2017).

X) En la especie, en virtud de lo informado por la Psic. ARAÚJO, así como de lo señalado en el informe inspectivo, es posible colegir la existencia de elementos que podrían conducir a activar la responsabilidad disciplinaria de la funcionaria accionante, en caso de

acreditarse en el curso del sumario la efectiva incursión de la servidora pública en una conducta infraccional.

En efecto, la profesional actuante refiere a la posible existencia de acoso laboral vertical descendente, de parte de la actora hacia sus subordinados, y refiere también a situaciones que podrían causar un desequilibrio en la vida psíquica y emocional de los funcionarios a cargo de la accionante. Por su parte, en el informe inspectivo se señala que existen en esa fiscalía conductas inapropiadas respecto de la promotora para hacia las fiscales adscriptas que allí se desempeñan.

Todo ello fue recogido, asimismo, en los Resultandos de la resolución impugnada en obrados. Y en base a tales elementos, el jerarca entendió que resultaba procedente la instrucción de sumario, a efectos de determinar y comprobar la responsabilidad de la actora en los hechos informados (Considerando I del acto atacado).

La Administración resolvió instruir sumario a la accionante en función de las conductas denunciadas, que podrían llegar a configurar falta administrativa disciplinaria.

Y ello aparece ajustado a Derecho, puesto que surgen elementos suficientes que, razonablemente, pueden hacer pensar en la eventual comisión de una falta disciplinaria, lo que hacía razonable disponer la instrucción de un sumario administrativo.

XI) La actora relató, asimismo, que la resolución le causa agravio ya que su contenido excede lo que de regla es un acto instrumental, adoptando una decisión fundada supuestamente en relación a determinadas imputaciones que atribuye a la accionante. Dijo que, entre los motivos determinantes del acto, se dieron por probadas supuestas

dificultades de relacionamiento con las fiscales adscriptas a su cargo, así como una conducta de la actora desarrollada fuera del marco del respeto esperado para el cargo que desempeña, generando una situación de acoso laboral, todo lo cual se enmarcaría fuera de las obligaciones y funciones de un funcionario público.

Sin embargo, ello no es así. Tal como viene de señalarse, el acto impugnado no tuvo por acreditadas las conductas que indica la actora, ni entendió probadas las imputaciones, sino que simplemente recogió las apreciaciones realizadas por la psicóloga interviniente y por el inspector, y en base a ello, consideró que resultaba procedente la instrucción de sumario, a efectos de determinar y comprobar, justamente en el transcurso de dicho procedimiento disciplinario, la eventual responsabilidad de la actora en los hechos denunciados.

A esta altura, corresponde recordar que no se trata ahora de valorar la efectiva participación que la funcionaria habría tenido en las irregularidades señaladas, ni su responsabilidad, puesto que, precisamente, es el sumario la medida idónea para lograr determinar la responsabilidad de los sujetos involucrados.

Como ha dicho la Corporación a este respecto: “(...) *no resulta adecuado ingresar al análisis de cuestiones sustanciales como determinar si existió o no falta administrativa, lo que será objeto de los procedimientos sumariales, cuya apertura se dispuso por el acto administrativo impugnado, so riesgo de incurrir en eventual hipótesis de prejuzgamiento en referencia al dictado del acto final del procedimiento*” (Cfme. Sentencia N° 219/2013).

En suma, resulta legítima la decisión de la Administración de disponer la instrucción de sumario a la promotora.

XII) Afirmó la actora, en otro orden, que la imposición de medidas supuestamente “preventivas”, en los hechos ya son una respuesta sancionatoria, inmotivada y violatoria de derechos fundamentales, como su honor, dignidad, trabajo y salario.

A juicio del Tribunal, no le asiste razón.

La suspensión preventiva no se trata de una sanción disciplinaria en sí misma considerada, sino que se trata de una medida cautelar de carácter provisional, tal como lo sostiene unánime doctrina y jurisprudencia (Cfme. SAYAGUÉS LASO, Enrique; *“Tratado de Derecho Administrativo”*, pág. 335, y Sentencias N°219/2013, 665/2013, 679/2013, 49/2018, entre otras).

La resolución resistida, además de decidir instruir sumario a la actora, dispuso su suspensión preventiva y la retención de medios sueldos.

El contenido de dicho acto no configura ni implica una sanción a la funcionaria, tal como erráticamente postula la accionante.

En tal sentido, ha dicho el Tribunal: *“El acto en examen no impone una sanción al actor, sino que el jerarca del servicio, en ejercicio de facultades reglamentarias, lo suspende provisoriamente hasta que la decisión que concluya el sumario establezca lo que corresponda. Entonces, dicha suspensión preventiva no es en sí misma una sanción disciplinaria, sino ontológicamente, una medida cautelar (precautoria), de suyo provisoria, por la cual la Administración aleja momentáneamente a un funcionario (con un tope temporal establecido normativamente) en una medida instrumental que, además, como señalara SAYAGUÉS LASO y lo consigna el Decreto 500/91 (hecho suyo por la Comuna demandada según*

Resolución 05/94 de la Junta Departamental de Cerro Largo), tiene precisos límites temporales, como viene de adelantarse (“Tratado de Derecho Administrativo”, t. I, ed. 1963, págs. 335/336, No. 196; y Nota 4 al pie de la pág. 335) (v. arts. 187 inc. 3º y 188, Decreto 500/91)” (Cfme. Sentencia N° 760/1996).

Más recientemente, ha sostenido la Sala que *“la medida de suspensión con retención de haberes adoptada, no constituye una sanción, sino una medida cautelar que se encuentra acotada temporalmente por su propia naturaleza accesoria, esto es, su vida está vinculada a la duración del procedimiento sumarial en el que está inserta”* (Cfme. Sentencia N° 679/2013).

En función de lo expuesto, no resultan aplicables al acto atacado las normas y principios del derecho sancionatorio, sino aquellas reglas relativas a las medidas cautelares o preventivas.

El art. 186 del Decreto N° 500/991, conjunto normativo que si bien no es aplicable a la Fiscalía por tratarse de un servicio descentralizado, es posible aplicarlo como norma supletoria o como “doctrina más recibida” tal como se indicó anteriormente, establece: *“Al decretarse un sumario, el jerarca nombrado en el artículo anterior, podrá disponer la suspensión preventiva del o de los funcionarios imputados, de conformidad a lo establecido en el inciso 1º del Artículo 187 dando cuenta de inmediato al Ministro, estándose a lo que éste resuelva.*

Asimismo podrá proponer la adopción de otras medidas preventivas que estime convenientes en función del interés del servicio y de acuerdo con los antecedentes del caso”.

En tanto, el art. 187 dispone: *“La suspensión preventiva en el desempeño del cargo de los funcionarios sumariados es preceptiva cuando los hechos que motivan la información constituyan falta grave. Deberá decretarse con la resolución que ordena el sumario. La misma lleva aparejada la retención de los medios sueldos correspondientes”*.

Las medidas cautelares o preventivas fueron dictadas, por ende, en forma ajustada a Derecho.

XIII) Cabe asimismo desestimar otros planteos efectuados por la accionante en su demanda.

Así, por ejemplo, expresó la promotora que no puede pasarse por alto que quien fuera inicialmente designado instructor sumariante, Dr. Fernando ROMANO, fue sustituido en su cargo por el Dr. Luis PACHECO, que era quien había denunciado ante la Dirección General de Fiscalía las conductas inapropiadas de la actora para hacia las fiscales adscriptas. Ello, a su juicio, implica violentar no solo la sensibilidad y decoro, sino también el cumplimiento de la reglamentación vigente (art. 5° del Decreto N° 103/013).

El agravio debe ser desestimado por referir a hechos posteriores al dictado del acto atacado, extremo que determina que el punto se encuentre por fuera del objeto del presente proceso.

Lo mismo cabe decir respecto de lo expresado por la accionante en relación a que el Sr. Instructor del sumario no haya analizado el informe técnico agregado y producido por la psicóloga MOLL, que adoptó una postura disímil a la tenida respecto del informe de la psicóloga ARAÚJO, a cuyo respecto se dio por bueno todo lo informado por aquella.

Es evidente que este cuestionamiento se hace contra la actuación del instructor en el curso del sumario, por lo que está exiliado del objeto de este litigio.

Por otro lado, anotó la actora que el Sr. Juez Letrado de Atlántida Dr. Marcos SEIJAS habría dicho, en el curso de las actuaciones previas al dictado del acto en causa, que la Sra. FALCOMER “*se desborda, debido al elevado volumen de trabajo y el largo período que lleva al frente de una fiscalía de turno único*”, lo que la demandada pretendió interpretar de una forma que, junto con el resto de supuestos hechos, habría configurado acoso laboral, pero que sin embargo fue aclarado luego en la posterior declaración del Dr. SEIJAS en el curso del sumario.

El planteo tampoco puede ser recibido, puesto que la Administración, en el acto aquí encausado, no dio por probado el acoso laboral, ni tampoco los supuestos “desbordes” en la conducta de la funcionaria accionante, sino que entendió que se daban una serie de circunstancias que conducían a la necesidad de instruir sumario a la actora, a efectos de indagar respecto a la posible incursión de la funcionaria en responsabilidad disciplinaria, aspecto que deberá ser evaluado justamente durante el sumario.

Asimismo, respecto a los cuestionamientos concretos efectuados por la promotora sobre el informe psicológico de la Lic. ARAÚJO, basados en el posterior informe elaborado por la psicóloga Dra. MOLL, entiende la Sede que no es la presente la instancia procesalmente oportuna para evaluar en detalle las consideraciones de la primera profesional nombrada, ni para contrastar éstas con los cuestionamientos realizados a su respecto por la segunda profesional mencionada, pues ello será materia de juzgamiento en

el sumario y, eventualmente, en una hipotética acción de nulidad contra el acto que se adopte a la finalización del mismo.

XIV) Por último, el agravio de la actora relativo a la existencia de desviación, exceso o abuso de poder, tampoco puede ser recibido.

A este respecto, sostuvo la accionante que la violación a su derecho de defensa no fue una cuestión inadvertida por la Administración, sino que fue buscado por la propia Administración para que el proceso se iniciara con la imposición de gravosas medidas dispuestas en perjuicio de ella. Y respaldó la anterior afirmación con un relato de hechos que, a su criterio, son indicios claros de la postura asumida por la contraparte, la que podría configurar abuso, exceso o desviación de poder.

En cuanto a la desviación de poder, enseña CAJARVILLE que ésta se presenta “(...) *siempre que el fin querido por la “voluntad” de la Administración, apreciada subjetivamente, no coincida con el “fin debido” impuesto por las reglas de derecho*” (Cfme. CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo: “Sobre actos administrativos” en “Sobre Derecho Administrativo”, T. II, FCU, Montevideo, 2008, pág. 78).

Por su parte, ROTONDO expresa que la desviación de poder se perfila cuando el fin querido por el órgano emisor del acto, se aparta del fin de interés general debido, según las normas atributivas de competencia (Cfme. ROTONDO, Felipe: “Las causales en el Contencioso Administrativo de Anulación” en Temas de Derecho Administrativo, Editorial Universidad Ltda. Montevideo, s/f, pág. 21).

En la emergencia, los hechos a que hace referencia la actora, como indicios de la existencia de desviación de poder, no corresponden a la etapa

anterior a la instrucción de sumario, sino a instancias posteriores a dicho acto.

A su vez, la accionante no ha rendido prueba alguna que demuestre la desviación de poder denunciada.

En suma, no se advierte un propósito avieso de parte de la Administración, por lo que, con los elementos a la vista, no es posible concluir en que el acto esté viciado por desviación de poder.

Lo propio ha de decirse en relación a las invocadas hipótesis de abuso y exceso de poder.

Siguiendo a CAJARVILLE, en cuanto al abuso de poder, señala este autor que la misma “(...) *existirá toda vez que lo dispositivo no sea objetiva y cuantitativamente adecuado a los motivos, o no sea objetiva y cuantitativamente idóneo para el fin debido. Los motivos existieron, pero solo hacían necesaria una medida de menor gravedad, dosificación o cuantía; o en el otro caso, el resultado final objetivo coincide con el fin debido, pero para lograr este último hubiera sido suficiente una medida de menor gravedad, dosificación o cuantía*” (Cfme. CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, *Sobre Derecho Administrativo*, Tomo II, FCU, Montevideo, 2008, p. 78,).

Por su parte, en lo que refiere al exceso de poder, enseña el Maestro que éste “*existirá cuando lo dispositivo no sea objetiva y cualitativamente adecuado a los motivos, o no sea objetiva y cualitativamente idóneo para el fin debido; en tal caso, objetivamente, no han existido motivos para actuar como se ha hecho, o no se ha perseguido el fin debido*” (Cfme. CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, *Sobre Derecho Administrativo*, Tomo II, p. 78).

A juicio del Tribunal, nada de ello se infiere de las presentes actuaciones, no habiendo probado la accionante, en modo alguno, la ocurrencia de los presupuestos configurativos de las señaladas causales de anulación, por lo que corresponde descartar los invocados agravios.

En definitiva, por los fundamentos expuestos, atento a lo dispuesto en los arts. 309 y 310 de la Constitución de la República, el Tribunal,

FALLA:

Desestímase la demanda anulatoria entablada y, en su mérito, confirmase la resolución impugnada.

Sin sanción procesal específica.

A los efectos fiscales, fíjense los honorarios profesionales del abogado de la parte actora en la suma de \$30.000 (pesos uruguayos treinta mil).

Oportunamente, devuélvanse los antecedentes administrativos agregados; y archívese.

Dr. Vázquez Cruz, Dr. Gómez Tedeschi (r.), Dr. Echeveste (d.), Dr. Corujo (d.), Dra. Corrales

Dr. Marquisio (Sec. Letrado)

Dr. Corujo DISCORDE: Por cuanto considero de recibo los agravios esgrimidos por la actora, relativos a vicios en el procedimiento, vicios de tal entidad que disminuyeron las garantías de defensa. En el caso se desnaturalizó la investigación administrativa, desbordando largamente su objeto, lo que colocó a la recurrente en un estado de indefensión. En el

casus, ya existía la individualización de una presunta responsable a la que a prima facie se le imputó la comisión de determinadas irregularidades.

*Como destaca en uno de sus informes el Sr. Fiscal Inspector, Dr. Pacheco, el seguimiento de la Dra. Falcomer, **en cuanto a su supuesta inconducta**, venía “de larga data”. Así, fundándose en una norma que causa estupor (art. 7 literal g del Decreto 103/13) se propicia un sistema de vigilancia sigilosa, reservada, acumulando información a espaldas de la “sospechada”, sin que ésta tenga conocimiento del mismo - no se le da noticia - y por ende, sin que haya tenido derecho a defenderse. Esa acumulación de datos se le entrega al Jerarca que, apoyado en aquel Decreto, si lo estima pertinente, decide o no la investigación o directamente el sumario, colisionando contra todo el sistema de garantías previstas en los Tratados Internacionales -ratificados por Uruguay- así como contra el derecho de defensa consagrado en la Constitución de la República y en la Ley, generando entre los administrados una inestabilidad e indefensión notoria.*

*Como debe advertirse, sin mayor esfuerzo intelectual, la primera persona que debería tener conocimiento de esas “denuncias” a través del informe inspectivo, es la propia denunciada, por la gravedad que las mismas conllevan. Sin embargo, dándole “carácter reservado” el administrado es ajeno a su existencia. Para **el investigado no debe haber, en principio, reserva ni secreto salvo** situaciones que en el desarrollo de un procedimiento sumarial o investigación administrativa se disponga por resolución fundada para evitar la frustración de la medida, con posterior noticia de la parte contra la cual se llevó a cabo.*

No escapa a mi observación que el Jerarca debe velar por el buen funcionamiento del servicio pero ello jamás puede justificar realizar un sistema de vigilancia administrativa “secreta” prolongada en el tiempo - mucho tiempo en este caso- en lugar de hacerle saber de inmediato cuáles son los errores que se encuentra cometiendo.

En ese informe reservado, que el Fiscal Inspector realizó en el año 2014 (fs. 5 del 17.12.14), en el numeral 2 expresa: “en forma reservada y sin que deseara efectuar denuncia ni planteamiento formal alguno de las Señoras Fiscales Adscriptas expresaron sus quejas ante algunos episodios puntuales de desconsideración y de trato inconveniente por parte de la Sra. Fiscal Letrado Departamental. Habiéndose concluido que, en caso de reiteración de las mismas, elevarían algún tipo de nota al respecto”.

*En la segunda inspección que realizó el Dr. Pacheco, también en el capítulo reservado dirigido al Jerarca, reproduce -sin conocimiento de la Dra. Falcomer- las quejas de las Fiscales adscriptas, Dras. Suárez y Borges hacia su persona con relevantes imputaciones. Además expresa: “...le consta al suscrito... que este tipo de situaciones se vienen sucediendo desde larga data (**destacado personal**) habiéndose recibido llamadas telefónicas periódicas de las fiscales adscriptas poniendo en conocimiento de la fiscalía inspectora las circunstancias antes reseñadas”; así como también da cuenta que se entrevistó con el Sr. Juez Letrado de Atlántida Dr. Marcos Seijas a quién le malinterpretó su declaración (Cuando el letrado hizo referencia a que la Dra. Falcomer se encontraba desbordada no hacía alusión a su mal carácter, como sentenció el fiscal inspector, sino que hacía referencia a la acumulación de trabajo, como fue aclarado posteriormente por el magistrado).*

Atendiendo a estas circunstancias, el Dr. Pacheco, concluye su informe sugiriendo “la intervención de la psicóloga de la institución a efectos de extraer conclusiones con relación al clima laboral existente en la sede inspeccionada”. (fs.12)

Contrario al principio de publicidad interna y al debido derecho de defensa el Dr. Pacheco se dispone a recibir quejas personales y reservadas que iban construyendo un insólito cúmulo de interrelacionamiento contra la sumariada, lo que sin pudor, violentaba su derecho a defensa. No puedo admitir de ninguna manera este laberinto como antecedente administrativo para determinar un sumario cuando ya lo era.

A fs. 14 surge que el 4 de setiembre de 2015, el Fiscal inspector, recibió una llamada telefónica de la Sra. Fiscal adscripta de Atlántida, Dra. Suárez, la cual deseaba dar cuenta de algunos episodios que ella calificó como de maltrato por parte de la sumariada.

“El suscrito”- consignó el Dr. Pacheco- “telefoneó a la otra Fiscal adscripta, Dra. Borges, quien le expresó que la Dra. Falcomer se opuso a que concurriera a un curso de formación durante esta semana y que le había gritado o proliferado expresiones inadecuadas relativas a su vida particular”.

Sin notificar a la Dra. Falcomer, la Psicóloga de la Institución -que ya se había comunicado otras veces por e mail con la Dra. Suárez - consignó que el día 2.12.15 la referida fiscal le comunicó que había un clima angustioso a nivel laboral tanto para Borges como para ella, a raíz del mal trato que recibía de la Dra. Falcomer.

Así se fue elaborando un entramado de comunicaciones, denuncias e informes a “hurtadillas”, - vicios trascendentes, vulgarmente rutilantes- todas con una supuesta única responsable, generando un clima tendencioso con un final largamente previsto.

*Se entrevistó a la Dra. Falcomer, -entrevista realizada por la psicóloga -, ocultándosele que tal entrevista era por una investigación sobre su comportamiento. Luego de la misma, vuelca sus apreciaciones en su extenso informe consignando: “que la psicóloga interviniente dejó constancia que en el proceso de **la entrevista**” - (aclarando que no era una pericia)- “que la Sra. Fiscal Letrado Departamental de Atlántida, Dra. Cristina Falcomer, ha tenido en diferentes situaciones dificultades con las fiscales adscriptas a su cargo, no logrando abordar las problemáticas desde un punto de vista sano y coherente... Nal. 5: la conducta de la Dra. Falcomer no es la más adecuada perfilando dicha conducta en un marco fuera del respeto y le son de cualquier actitud esperada para el cargo que desempeña; el informe concluye que el discurso de la Sra. Fiscal Departamental no tuvo el grado de coherencia, caracterizándose el mismo por poseer rasgos persecutorios.”*

Y estos fundamentos, añadidos a los expuestos en la resolución impugnada (fs. 1) son los que determinan la apertura del sumario.

A mi juicio, existió una inadmisibile indagatoria secreta, un tramado de relacionamientos indebidos sin escucharla, correos electrónicos intercambiados en vía privada entre el Inspector, la Psicóloga y las denunciantes, que reducen el derecho al debido proceso a una vana ilusión, menospreciando los mínimos derechos que cualquier persona (art. 72 de la Constitución) merece en un Estado Republicano. Esta

recopilación secreta vicia todo lo actuado hasta el momento y hace caer por nulidad terminante la resolución número 203/2015.

Resultan trasladables al caso que nos ocupa, las palabras del Profesor Cajarville en cuanto a que si “existieran motivos suficientes para imputar razonablemente a un funcionario la comisión de una falta administrativa (art. 169) se dispondrá un sumario administrativo que es el procedimiento tendiente a comprobar la comisión de la falta y determinar la responsabilidad del funcionario imputado” (art.183) (Cf. Procedimiento Administrativo en el Decreto 500/991”. Ediciones Idea Montevideo 1997 página 66).

En este caso la individualización e imputación de la presunta responsable ya estaba determinada, de modo que mal puede hablarse de una investigación administrativa, cuando en los hechos, estaba instaurado un sumario propiamente dicho.

Desde los múltiples agravios **la Defensa expresó:** “ desde el punto de vista del procedimiento en relación a las conclusiones a las que habría arribado previo a disponerse el sumario administrativo de autos, no se me confirió vista de forma de ser oída y, en consecuencia, resolver en relación a mi situación” Tampoco se le confirió vista para ejercer su derecho a defensa, ni siquiera se le informó que era una investigación administrativa; y explicitando la **violación a su derecho de defensa expresó:** “...una vez que hubiera podido ejercitar mi derecho de **Defensa**”.

“La suscrita está convencida de que la violación de mi derecho de defensa no fue una cuestión inadvertida sino por el contrario buscado por la propia Administración para que el proceso se iniciara sí o sí” (fs. 11).

ANULO por entender que existió un sumario encubierto.

Una vez más, viene al caso citar las palabras de Cajarville, cuando haciendo alusión a la etapa del sumario y a la de la investigación administrativa, sostuvo: “... Sumario e investigación difieren, entonces, en la existencia o inexistencia de imputación de falta a un funcionario determinado; por ello, desde que en la investigación administrativa fueran individualizados uno o más imputados, debe decretarse el sumario de las actuaciones (Cfme. CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, Procedimiento Administrativo, Idea, Montevideo, 1997, pág. 66).

Así, esta Corporación en Sentencia No. 316/2016 expresó: “Si en forma desviada se emplea el expediente de una investigación administrativa para sustanciar un verdadero proceso disciplinario” -como ocurrió en este caso- “la garantía de la defensa se ve burlada”.

En suma, es preciso tener presente que:

*1. En general, cuando en una investigación administrativa, una persona está identificada o es la única sospechosa por una falta, nos encontramos en presencia de un **sumario encubierto**, por lo que para otorgarle las garantías del debido proceso, la Administración estará obligada: a) **intimarle abogado defensor**, constituir domicilio y **notificarla de la investigación**; b) notificarla de todas y cada una de las medidas instructorias que se llevarán a cabo -salvo las que puedan frustrarse-. Le deberán comunicar día y hora en que se realizarán para que pueda participar de ellas; c) ofrecerle oportunidad de controlar la prueba que se diligencia; d) ofrecer y producir medios probatorios; y, concluida la misma y antes de elevar el informe al Jeraarca, e) darle vista.*

2. *Aun cuando se considerase una investigación administrativa y por tratarse de un derecho inherente a la personalidad humana (art. 72 CC y comprendido en el bloque de constitucionalidades de derechos humanos), debe tenerse presente que el funcionario que esté siendo investigado tiene derecho a comparecer asistido de un abogado defensor y a controlar toda la prueba que se diligencie, sin perjuicio de la que pueda frustrarse, lo que deberá disponerse por resolución fundada.*

*A su vez, considero que constituye un elemento clave para la salvaguarda del derecho de defensa del funcionario investigado que, una vez concluida la investigación, pero **previamente** a ser elevado al Órgano Jerarca que la dispuso, se le confiera vista del informe que elabore el instructor sobre el resultado de la investigación; y, ello por cuanto, es evidente que de dicho informe pueden resultar conclusiones potencialmente lesivas para el funcionario investigado. Y, si éste no tuvo oportunidad de producir sus descargos, es decir, de explicitar su versión de los hechos, se corre el riesgo de que se inicie el sumario con la suerte ya echada. Esto es, que en lugar de que se tramite un procedimiento disciplinario a efectos de comprobar la comisión de una falta administrativa, se inicie desde un comienzo con el convencimiento de que dicha falta existió y quién es el funcionario responsable.*

*En otras palabras, aun cuando el informe elaborado por el instructor encargado de la investigación administrativa no sea vinculante para el órgano decisor, a mi juicio, corresponde **darle vista** de ese informe al funcionario investigado, previo a ser elevado, para los eventuales descargos que éste estimare pertinente realizar ya que atañe a*

la médula del derecho de defensa (otra vez Bloque Constitucional de Derechos Humanos).

La Comisión Europea de Derechos Humanos ha establecido, en términos generales, que los derechos al debido proceso y a la defensa en juicio son aplicables a los procedimientos e investigaciones administrativas.

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (CIDH) reconoció la necesidad de fijar estándares en procedimientos administrativos. Al efecto, decidió recurrir a los desarrollos que en la materia, ya habían sido proporcionados por la jurisprudencia del Sistema Europeo de Derechos Humanos, por Tribunales Constitucionales y por la doctrina especializada. Respecto a la amplitud de las garantías del debido proceso que deben observarse en el procedimiento administrativo, la Comisión ha notado coincidencia en la jurisprudencia de varios países. Por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia ha establecido en tal sentido que "toda actuación administrativa deberá ser el resultado de un proceso en el que la persona tuvo la oportunidad de expresar sus opiniones así como de presentar las pruebas que demuestren su derecho, con plena observancia de las disposiciones procesales que lo regulen (...)".

No menos interesante es la perspectiva del jurista Agustín Gordillo sobre el particular: "El principio de oír al interesado antes de decidir algo que lo va a afectar, no solamente es un principio de Justicia, es también un principio de eficacia, porque indudablemente asegura un mejor conocimiento de los hechos y por lo tanto lo ayuda a una mejor administración, además de una más justa decisión..."

En definitiva, las diversas irregularidades procedimentales reseñadas determinan la indefensión de la funcionaria, razón por la cual corresponde la anulación de la resolución impugnada.

Dr. Echeveste. DISCORDE: Adhiero a la discordia formulada por el Dr. William Corujo, por los fundamentos expuestos anteriormente, a los que me remito.