

DECRETERO DE SENTENCIAS

//tevideo, 30 de octubre de 2018.

No. 498

VISTOS :

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: "FLEITAS VILLAREAL, SANDRA con ESTADO. MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y CULTURA. FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Acción de nulidad" (Ficha No. 862/2016).

RESULTANDO :

I) La parte actora compareció y dedujo pretensión anulatoria contra la Resolución N° 309/2016, de 6 de mayo de 2016 (fs. 350 a 353, en 555 fojas, Pieza 2 de los A.A.), con las modificaciones introducidas por la Resolución N° 649/2016, de 14 de setiembre de 2016 (fs. 378 a 380 vto. *ibidem*), ambas emitidas por el Director General de la Fiscalía General de la Nación.

La actora argumentó que pese a la atenuación de la sanción contenida en la modificación operada ésta resulta contraria a derecho y por ello debe ser anulada.

Subsidiariamente, aunque se tuviera por configurada alguna falta, la sanción resulta desproporcionada debiendo tenerse especialmente en cuenta que las resoluciones le imputan una circunstancia agravante inexistente: la reincidencia.

La resolución cuya anulación se impetra con su modificación dejó subsistente tres imputaciones de las cuatro que le fueron señaladas originariamente.

En cuanto a su actuación en el **expediente judicial IUE 411-147/2013, “Rodríguez Irma - Denuncia”**, en el primer acto se insinuó que la solicitud de archivo de la actora se debió a que existían rumores de una amistad entre ella y el denunciado en tanto éste le habría organizado un cumpleaños, razón por la cual se señaló que su conducta no fue diligente ni responsable al sugerir el archivo pese a que existían indicios suficientes para su prosecución.

Expresó que en el acto revocatorio, si bien ya no se repite lo que no se puede probar, se lo dice de diferente manera: se le imputa un grave error al sugerir el archivo de la causa cuando existían indicios suficientes para continuar con la instrucción y se concluye que su actuación no diligente ni responsable generó dudas en lo que respecta a la transparencia que debió observar en el cumplimiento de sus funciones.

Ya no es la supuesta amistad con el denunciado lo que determina la solicitud de archivo sino que es ésta de por sí la que genera dudas de transparencia. Las actuaciones parecen constituir “*la fotografía*” de la desviación de poder.

Pero también es esencial advertir que no hay conducta que se le pueda reprochar en el mencionado expediente. El Juzgado ya había agotado las diligencias razonables para el esclarecimiento de los hechos, en una causa que desde su origen, y de las propias declaraciones de la denunciante, parecía ser un asunto extraño a la materia penal.

Respecto a la evidencia del depósito en cuenta del Sr. Almeida, sostuvo que ésta aparece inicialmente en la denuncia misma, por lo que las resultancias de los oficios posteriormente librados al BROU nada agregan a la constatación inicial.

Consecuentemente, la indagatoria que en el informe de instrucción se entiende exigible, relativa a la certificación del BROU respecto al depósito de los U\$S 10.000 en cuenta de Almeida lo sería respecto de una prueba sobreabundante dado que la propia denunciante agregó un boleto de depósito por dicha suma.

Pero tampoco es exacto que Almeida no haya sido interrogado respecto a dicho depósito. Lo fue por parte del Juzgado solo que al negar que haya obtenido esa suma de la denunciante habría resultado ocioso profundizar una indagatoria en la cual el indagado se negaba a colaborar.

Indicó que lo determinante radica en la falta de sustancia penal del asunto. Surgía de las propias declaraciones -confusas y contradictorias- de la denunciante que tenía un vínculo de amistad de larga data con el Sr. Almeida y que éste “retiró” la suma de U\$S 10.000 pensando ella que se los iba a devolver, realizándole luego pagos a cuenta.

No se advierte por qué se exige a la compareciente un celo funcional en la persecución de un asunto que de manera preanunciada se revelaba como civil más allá que aún en esa instancia el planteo fue desestimado.

Apuntó que cumplida la indagatoria por parte del Juzgado, lo razonable era que no se hubiera encontrado mérito para continuarla sino en la vía civil tal como ocurrió.

En cuanto a la falta que se le imputó como consecuencia de su actuación en el **expediente IUE 411-268/2014, “Leal Yanet - Denuncia”**, es importante señalar que fue revocada por la Resolución N°649/2016 entendiéndose ahora “*que no se obtuvo prueba necesaria para atribuir una inconducta funcional a la recurrente*”. La absolución en este aspecto no es sorprendente si se toma en cuenta que en el sumario instruido por la

Suprema Corte de Justicia a las magistradas, Dras. Mariela Tejera y Virginia Bajac se determinó que no existía prueba de ese hecho. La imputación originaria establecía que la Sra. Jueza había suspendido una audiencia señalada para la hora 13, alegando un supuesto fallecimiento, lo que luego resultó falso. A la actora se le imputó haber estado presente y haberse referido al hecho en forma jocosa, avalando implícitamente la actuación de la Jueza, lo que negó rotundamente.

Sobre el expediente **“Olivera, Nicolás. Amenazas”**, indicó que se le imputó como falta muy grave la solicitud de un procesamiento con prisión por dos delitos de amenaza en reiteración respecto de un imputado que registraba antecedentes penales.

Se consideró que hubo un error evidente de aplicación de la norma por cuanto el artículo 1º de la Ley N° 17.226 inhabilita el procesamiento con prisión en caso de delitos castigados con pena de multa. El Tribunal de Apelaciones mantuvo la imputación, pero revocó la prisión preventiva, que superó el máximo legal, dado que el imputado sufrió una preventiva de setenta días.

Las razones expuestas para solicitar el procesamiento con prisión fueron prescindidas al dictarse la resolución originaria tildando su interpretación como de *“rebuscada”* e incompatible con *“la experiencia de la Sra. Fiscal en materia penal”* enfatizando que *“ante la claridad del texto legal, no puede sostenerse racionalmente la posición de la Dra. Fleitas”*.

Entendió que es menester destacar que el procesamiento se solicitó con prisión en atención a que el imputado registraba antecedentes. Aun cuando se coincida con la interpretación mayoritaria en el sentido que no

procede el procesamiento con presión en los casos de delitos castigados con pena de multa, no puede entenderse que la solución contraria aplicada cuando el encausado registre un proceso penal anterior constituya un error inexcusable cuando existe una interpretación distinta como fue la sostenida por la Fiscal, amparada por el Juzgado.

La interpretación que le otorgó a la disposición normativa mencionada, que amparó el juzgado, es compartida en otras Sedes y no se puede alegar que se trata de fallos de primera instancia consentidos porque ello no niega lo evidente: existen interpretaciones discordantes.

Alegó que esta interpretación alternativa puede ser fundada en las disposiciones confluyentes del artículo 1º de la Ley N° 17.726 y la Ley N° 16.058. El artículo 1º de la Ley N° 17.726 dispone efectivamente la prohibición de prisión preventiva en los casos de delitos castigados con multa. Si bien no hace referencia al artículo 72 del CPP, las hace a la aplicación en tales casos de la Ley N° 17.859 y su modificativa, la Ley N° 16.058. Esta ley precisó que *“en todos los casos”* se decretará prisión preventiva si *“se tratare de procesado reincidente o que tuviera causa en trámite”*, tal como ocurrió.

De lo que se trata es que no sea una interpretación insostenible. Porque la Ley N° 16.058 es aparentemente aplicable a todos los casos (incluido el delito sancionado con multa sin distinción alguna). Al existir una interpretación alternativa razonable, desaparece la posibilidad de que exista error inexcusable.

En otro orden, el reproche que se dirige a la Fiscalía es por lo menos excesivo porque su competencia es la de pedir y quien concede es el Juzgado.

Con relación a su actuación en el **expediente IUE 413-220/2015, “Bird Gorozurreta, Jorge- Falta”**, explicó que se le imputó haber continuado actuando cuando el imputado la recusó por un problema anterior. En el informe del instructor se señaló que a diferencia de lo ocurrido en otra oportunidad, la actora no se apartó del caso. Pero se omitió mencionar que quien actuó en el expediente por la falta penal fue la Fiscal Adjunta, Dra. Birriel y que la recusación fue desestimada en audiencia y consentida por el imputado. Esta fue quien formuló las preguntas al Sr. Bird y realizó la acusación. No se trata de una *longa manus* de la Fiscal Titular.

En cuanto a los testimonios acerca de una conversación entre Bajac, Tejera y la actora, la única testigo fue la funcionaria Perdomo, quien es enferma psiquiátrica y son muchas las oportunidades que ha solicitado licencias por dicho motivo. Es imposible que desde el lugar donde trabaja pueda escuchar ningún tipo de comentarios. Está a más de veinte metros de las salas de audiencias. Con respecto a las actuarias Dos Santos y Zuluaga son testigos “*de oídas*”.

Sostuvo que no hay elementos de juicio para entender que la actuación fiscal en el caso Bird -llevadas a cabo en forma consentida y sin impugnaciones por la Dra. Birriel- pueda ser reprochable.

En la resolución modificatoria se reiteró que el Fiscal Adscripto no es el subrogante natural del Fiscal Departamental y se reconoció que la actora no podía haber sido recusada. Con ello se advierte que no tenía ninguna obligación de abstenerse. Si la recusación no correspondía, la abstención por naturaleza y *a fortiori* tampoco. El reproche ha descubierto

su propia falta de motivación. No hay modo de sostener esta imputación. La sanción también aquí debe ser anulada.

En lo que respecta a la **reincidencia**, no es posible computarla como agravante de hechos anteriores a la ulterior sanción por otra falta administrativa.

Dicha sanción en proceso de anulación recayó el 13 de julio de 2015 y los hechos en el presente son notoriamente anteriores, lo que implica que la agravante no podría fundarse en la reincidencia.

La reincidencia es insostenible del punto de vista de las garantías constitucionales conforme al principio de culpabilidad, que incluye al principio de responsabilidad por el hecho. El fundamento desde la base de la peligrosidad los contraviene y no es sino otro modo de confesar la violación del principio de *non bis in ídem*.

En el presente caso, al ser los hechos en análisis anteriores a la sanción agravada ni siquiera existiría dicha justificación porque ésta todavía no existía.

En definitiva, solicitó el amparo de la demanda (fs. 2 a 16).

II) Conferido el traslado al Ministerio de Educación y Cultura compareció en su representación la Dra. Lucía Salvia, quien se opuso al accionamiento en base a la siguiente fundamentación.

En primer lugar, opuso la excepción de falta de legitimación pasiva señalando que la Ley N° 19.334, de 14 de agosto de 2015 creó la Fiscalía General de la Nación como servicio descentralizado que sustituyó a la unidad ejecutoria 019 del inciso 11, Ministerio de Educación y Cultura. Al convertirse en un órgano descentralizado se produjo un traspaso de todos los poderes de administración, otorgándole personería jurídica y patrimonio

propios.

En virtud de lo expuesto, sostuvo que el acto jurídico objeto de la impugnación no fue el dictado por el Ministerio de Educación y Cultura debiendo dirigirse la demanda contra la Fiscalía General de la Nación en tanto órgano legitimado pasivo.

En cuanto a la legitimidad del acto, se desprende el proceso lógico de formación de la voluntad administrativa. No existen elementos que aconsejen el amparo de la anulatoria incoada.

En subsidio, para el caso que se rechace la defensa de falta de legitimación pasiva, el Ministerio de Educación y Cultura se acopla a la defensa esgrimida por la demandada, Fiscalía General de la Nación (fs. 30 a 32).

III) Conferido el traslado a la Fiscalía General de la Nación, lo evacuó en su representación la Dra. Gianella Clerici.

Explicó que el acto no es contrario a ninguna regla de derecho ni se dictó con desviación de poder. Surge de la instrucción que la actuación de la promotora no fue correcta en los diferentes episodios incluidos como cargos, derivándose su responsabilidad en el ejercicio de la magistratura y provocando el descrédito de la función que le era confiada.

Existió una acción violatoria de leyes y reglamentos, que objetivamente genera no sólo responsabilidad funcional sino social frente a la comunidad en la que se desarrolló la sumariada. La actora no apreció cuál era el límite de lo adecuado y razonable de sus potestades en las distintas causas que se analizaron en el sumario.

El sumario instruido con las garantías procesales y sustantivas confirma el mérito de atribuir las faltas que el acto procesado expuso en

forma motivada y razonable. En él pueden verse consagrados los antecedentes fácticos y los fundamentos jurídicos adecuados a cada una de las situaciones de la responsabilidad que finalmente se atribuyó.

El acto administrativo se encuentra debidamente fundado en motivos ciertos y probados, con lo que debe desestimarse los agravios de la actora y confirmar la sanción impuesta, siendo la misma razonable y proporcional, de conformidad con las previsiones establecidas en los numerales 1 y 5 del artículo 112 de la Ley N°15.750.

En suma, solicitó la confirmación del acto en causa (fs. 35 a 36 vto.).

IV) Por decreto No. 1853/2017 (fs.38) se dispuso la apertura a prueba, diligenciándose la que luce agregada y certificada a fs. 46.

V) Las partes alegaron por su orden (fs. 56 y 57; fs. 58 a 59; y fs. 64 a 64 vto., respectivamente).

VI) El Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo se pronunció mediante dictamen No. 637/2017 y aconsejó la confirmación del acto (fs. 67).

VII) Puestos los autos para sentencia, previo pase a estudio de los Sres. Ministros en forma sucesiva, se acordó en legal y oportuna forma (fs. 69).

CONSIDERANDO:

I) En el aspecto formal, se han cumplido las exigencias que, según la normativa vigente (Constitución artículos 317 y 319 y Ley No. 15.869 de 22 de junio de 1987, artículos 4, 8 y 9) habilitan el examen de la pretensión anulatoria.

La acción de nulidad se dirige contra la Resolución N° 309/2016, de 6 de mayo de 2016 (fs. 350 a 353, en 555 fojas, A.A.), con las modificaciones introducidas por la Resolución N° 649/2016, de 14 de setiembre de 2016 (fs. 378 a 380 vto., A.A.), ambas emitidas por el Director General de la Fiscalía General de la Nación.

En consecuencia, procede la aplicación de lo dispuesto por el artículo 60 del Decreto - Ley N° 15.524, en cuanto establece: “*Si ha mediado revocación parcial o reforma, se entenderá como objeto del juicio el acto administrativo tal como quedara a raíz de la modificación aludida.*”

La Resolución N° 309/2016 se notificó a la actora el 10 de mayo de 2016 (fs. 356, A.A.).

El 19 de mayo de 2016 interpuso en forma conjunta y subsidiaria los recursos de revocación y anulación en subsidio (fs. 358 a 369, A.A.).

El acto conclusivo de la vía administrativa se produjo mediante la Resolución N° 987/2016 de 10 de noviembre de 2016, emitida por el Ministerio de Educación y Cultura, en ejercicio de atribuciones delegadas, por la cual se desestimó el recurso de anulación (fs. 398 a 398 vto., A.A.).

Según manifestaciones de la actora (fs. 2 vto.) no controvertidas por las demandadas (fs. 30 a 32 y fs. 35 a 36 vto., respectivamente), el acto se notificó el 21 de noviembre de 2016.

La demanda se interpuso tempestivamente el 23 de diciembre de 2016 (nota de cargo, fs. 17).

II) A fin de efectuar un correcto abordaje de la situación planteada corresponde realizar una reseña de los antecedentes relevantes para la resolución de la causa.

Las actuaciones tuvieron su inicio con una nota del Colegio de Abogados de Treinta y Tres dirigida al Fiscal de Corte en la cual se denunciaron varias irregularidades de la actora, entonces Fiscal Letrada Departamental de 2º Turno. Se detallaron los diferentes procesos y se relacionaron las irregularidades en las que habría incurrido la actora (fs. 3 a 8, A.A.).

En el relato de los hechos se puso de manifiesto la existencia de un posible exceso de poder de la actora, la Juez de Paz Departamental, Dra. Virginia Bajac y la Juez Letrada de Primer Turno con competencia penal, Dra. Marcela Tejera, a las cuales se les atribuía una amistad cercana.

De acuerdo con el planteo, el sentir de la ciudadanía y de los operadores jurídicos era que la Jueza de Paz denunciaba, la Fiscal pedía el procesamiento y la Juez Letrada decidía. Dada la amistad existente entre las tres podían armar la prueba y procesar a cualquier ciudadano que no fuera de su agrado, generando un descreimiento hacia el Poder Judicial y la Fiscalía General.

Se agregó además copia de la denuncia presentada contra las Magistradas ante la Suprema Corte de Justicia (fs. 9 a 17, A.A.) así como fotografías en las que aparecían las involucradas (fs. 18 a 22, A.A.).

El 9 de setiembre de 2015 se emitió la Resolución N°18/2015, mediante la cual el Director General de la Fiscalía de Corte dispuso la instrucción de una investigación administrativa en la Fiscalía Letrada de 2º turno de Treinta y Tres, a cargo de la actora, designándose como instructor al Señor Fiscal Letrado Inspector, Dr. Luis Pacheco Carve (fs. 23 a 23 vto., A.A.).

En el decurso de la investigación administrativa el instructor solicitó al Juzgado Letrado de Primera Instancia de Primer Turno de Treinta y Tres la obtención de testimonios a su costo de los expedientes N° 411-234/2011, 411-47/2013, 413-220/2015, 413-701/2014, 413-116/2008, 411-342/2014, 411-147/2013, 411-170/2012, 411-272/2014 y 411-432/2010 (fs. 27 a 27 vto., A.A.).

Surge de los antecedentes allegados a la causa que se procedió a recibir las siguientes declaraciones: a) Dra. María Noel Mier, Presidente del Colegio de Abogados de Treinta y Tres, quien ratificó la denuncia (fs. 28 a 32, A.A.); b) Dra. Marcela Falco, abogada que declaró sobre presuntas irregularidades en una causa en la que intervino como letrado patrocinante de la parte denunciante en un caso de libramiento de cheques sin fondos (fs. 33 a 34, A.A.); c) Dra. Graciela Rivero, abogada tesorera de la Institución denunciante (fs. 35 a 37, A.A.); d) Diputado Nacional Sergio Mier, quien denunció la existencia de un “*interés político*” en las manifestaciones de la actora ante la prensa en un caso en que ésta solicitó su procesamiento con prisión (fs. 38 a 39, A.A.); e) Dr. Gonzalo Crizul, quien dio cuenta de presuntas irregularidades en causas en las que intervino como abogado patrocinante (fs. 40 a 43, A.A.); f) Sr. Jorge Bird, empresario que fue investigado por una presunta diferencia aduanera que denunció animosidad y persecución en una solicitud de procesamiento posterior a esos hechos (fs. 44 a 47, A.A.); g) Sr. Genaro Cardeza, ex funcionario policial que denunció una enemistad de la actora a raíz de una investigación por un faltante de armas en la Jefatura del Departamento (fs. 48 a 51, A.A.); h) Sr. Gerardo Amaral, ex Intendente Municipal que denunció que la actora le solicitó su procesamiento por conjunción del

interés público y privado y que en círculos de amigos y allegados se jactaba hasta de por qué artículo lo iban a procesar (fs. 52 a 53, A.A.) i) Dra. Fernanda Dos Santos, Actuaria Adjunta de la Sede de Primer Turno, que dio cuenta de distintas irregularidades entre las cuales se encuentra la de haber solicitado el archivo de un expediente en el cual el denunciado, Sr. Luis Almeida era amigo personal de la actora (fs. 54 a 56, A.A.); j) funcionaria Silvia Perdomo Niz, quien declaró que escuchó comentarios jocosos entre la Dra. Tejera y la accionante en cuanto a que “*estaban cocinando*” al Sr. Bird (fs. 57 a 58, A.A.); k) funcionaria Giselle Cor, quien manifestó haber tenido inconvenientes con la Dra. Fleitas por negarse a servirle el café (fs. 59 a 60, A.A.); y k) Doctora Beatriz Berriel, Fiscal Adscripta quien explicó su intervención en el proceso de falta seguido en la ficha IUE 413-220/2015 y declaró que en todos estos casos es la Fiscal Titular quien da las directivas sobre si se acusa o se pide el sobreseimiento y en su caso la pena que se solicita (fs. 61 a 64, A.A.).

El 17 de setiembre de 2015 la Fiscalía General de la Nación dictó la Resolución N° 040/2015, por la cual se resolvió ampliar la investigación administrativa dispuesta por Resolución N° 018/2015, en el sentido de considerar los hechos denunciados por el Sr. Jorge Bird respecto de la actuación de la actora en el expediente IUE 413-220/2015, extremo que le fue notificado a la accionante (fs. 95, A.A.).

Durante la tramitación de la ampliación de la investigación se interrogó a la actora, quien declaró con asistencia letrada (fs. 96 a 108, A.A.). Asimismo, se agregó documentación vinculada con los distintos hechos denunciados (fs. 65 a 93 y 110 a 134, A.A.).

El 9 de noviembre de 2015 se emitió el informe circunstanciado por parte del instructor, Fiscal Letrado Inspector, Dr. Luis Pacheco Carve (fs. 138 a 158, A.A.).

Tras relacionar las actuaciones y analizar diecinueve puntos que fueron denunciados e investigados concluyó que “(...) *se han constatado presuntas faltas administrativas en la actuación de la Sra. Fiscal Letrada Departamental de Treinta y Tres de 21 Turno Dra. Sandra Fleitas Villareal, algunas de ellas graves, que ameritan el inicio de un sumario administrativo a su respecto, a los efectos de la dilucidación de eventual responsabilidad disciplinaria*”.

Sin embargo, entendió que no existían elementos para imputarle falta administrativa a la Fiscal Adjunta, Dra. Birriel, por cuanto su actuación “(...) *se realiza bajo la responsabilidad del Fiscal titular*” (fs. 158, A.A.).

En la misma fecha, el Director General de la Fiscalía General de la Nación emitió la Resolución N° 129/2015 por la que dispuso la instrucción de un sumario administrativo a la actora con retención de medios sueldos y separación del cargo, designando como instructor al Fiscal Letrado Nacional de lo Penal de 6°, Dr. Carlos Negro (fs. 159 a 159 vto., A.A.).

Durante la tramitación de la instrucción sumarial fueron interrogadas: i) la Dra. María Noel Mier, Presidente del Colegio de Abogado de Treinta y Tres (fs. 171 a 173 vto., A.A.); ii) la Dra. Graciela Rivero, tesorera de la Institución denunciante (fs. 176 a 182, A.A.); iii) la Dra. Yessica Castillo, quien declaró por la participación que le cupo como abogada en el expediente “*Leal, Yanet. Denuncia*” (fs. 183 a 184, A.A.); iv) la funcionaria judicial receptora, Laura Muniz (fs. 189 a 191, A.A.); v) el Dr. Eugenio Xavier de Mello, representante del Colegio de Abogados del

Uruguay (fs. 192 a 194, A.A.); y vi) la actora, Dra. Sandra Fleitas (fs. 196 a 200, A.A.).

El instructor solicitó al Juzgado Letrado de Primera Instancia de Primer Turno tener acceso a los siguientes expedientes: 411-147/2013, 411-313/2012, 411-272/2014, 411-226/2011, 489-47/2012, 411-179/2015, 411-170/2012 y 411-268/2014. Asimismo, pidió testimonio de los relacionados 411-147/2013 y 411-268/2014 (fs. 175, A.A.) y dejó constancia de la documentación testimoniada que incorporó (fs. 183, A.A.).

El 27 de noviembre de 2015 se dio por concluida la instrucción del sumario (fs. 203, A.A. Pieza 2) y el 1º de diciembre de 2015 el instructor sumariante, Fiscal Letrado en lo Penal de 6º Turno, Dr. Carlos Negro elaboró un informe circunstanciado (fs. 204 a 226, A.A.).

Se relacionaron los antecedentes del caso y se realizó un análisis de cada uno de los asuntos en los que la actora fue denunciada luego de lo cual se concluyó que las conductas individualizadas en los numerales 1, 2 y 3 del informe encartarían en los numerales 1 y 5 del artículo 112 de la Ley 15.750, aplicable a los Fiscales por remisión del artículo 38 del Decreto Ley Nº 15.365 “(...) *dado que según se expresó supra, los graves errores procesales y una actuación tan subjetiva como sesgada en sede de la sumariada, pueden hacer pasible al Estado de reclamaciones pecuniarias por prisión indebida, a la vez que generaron un notorio descrédito para la justicia en la localidad donde la fiscal ejerce sus funciones, y en definitiva constituyen un abuso de la autoridad en la actividad funcional.*

En suma, de la presente instrucción sumarial emerge a juicio del suscrito sumariante, que la Señora Fiscal Letrada Departamental de Treinta y Tres de 2º turno (...), ha incurrido en reiteradas faltas graves.

Como agravante deberá considerarse la circunstancia de contar en su legajo funcional como una sanción disciplinaria anterior, la que además es de similar etiología que las constatadas en estas actuaciones” (fs. 225 a 226, A.A.).

El 3 de diciembre de 2015 se notificó la puesta de manifiesto del expediente (fs. 230, A.A.) y tras solicitarse una prórroga (fs. 231, A.A.) que fue concedida hasta el 21 de diciembre de 2015 (fs. 232, A.A.) se presentó escrito de descargos en el que se solicitó el diligenciamiento de prueba (fs. 233 a 264, A.A.).

El 21 de diciembre de 2015 se solicitó una prórroga para que el plazo de treinta días para la instrucción de la ampliación se prorrogara del 22 de enero de 2016 hasta el 23 de febrero de 2016 en atención al advenimiento de la Feria Judicial Mayor (fs. 265 a 266, A.A.), la que fue concedida (fs. 326, A.A.). Luego se petitionó otra por treinta días más (fs. 326, A.A.), la que también fue otorgada (fs. 337, AA.).

Durante la instrucción de la ampliación sumarial, el 22 de diciembre de 2015 se dictó resolución por la cual se admitió el diligenciamiento de parte de la prueba ofrecida y se rechazó la restante, por las razones allí expresadas (fs. 268 a 271, A.A.).

Se diligenció prueba por informes (fs. 273 a 274; fs. 305 a 307, A.A.), documental (fs. 275 a 277; fs. 308 a 316, A.A.) y testimonial (fs. 278 a 287; fs. 292 a 304, A.A.).

Se recibió las declaraciones de: i) la Defensora Pública, Dra. Andrea Alzugaray (fs. 292, A.A.); ii) Eduardo Elosegui, persona que trabaja con la Dra. Fleitas (fs. 293 a 293 vto., A.A.); iii) Dardo Nalerio, abogado particular que ejerce en la materia penal (fs. 294, A.A.); iv) Luis Eduardo

Barreto, abogado particular que ejerce en la materia penal (fs. 295, A.A.); v) Sergio Cruxen Cal, abogado que ejerce en materia civil (fs. 296, A.A.); vi) Gabriel Díaz, abogado que integra el Colegio de Abogados de Treinta y Tres (fs. 297, A.A.); vii) Javier Suárez, abogado miembro del Colegio de Abogados del Uruguay pero no del de Treinta y Tres (fs. 298 a 299, A.A.); yviii) Guzmán Contreras, defensor penal (fs. 301, A.A.).

El 22 de febrero de 2016 se elaboró un nuevo informe por el instructor sumariante (fs. 319 a 322, A.A.), quien entendió *“Que las resultancias de la documentación agregada en virtud de los oficios librados, así como el tenor de las declaraciones recogidas, no alteran sustancialmente las conclusiones a las que arribara este instructor en el informe agregado a las presentes (...).*

En resumen, la prueba ofrecida por la defensa no aporta elementos trascendentes que conmuevan de forma alguna las conclusiones a las que arribara el suscrito (...)” (fs. 319 y 322, A.A.).

En la misma fecha se notificó a la defensa de la actora de la nueva puesta de manifiesto del expediente (fs. 323 a 324, A.A.) y el 4 de marzo de 2016 se evacuó la vista haciendo caudal en que la prueba testimonial ofrecida *“no deja lugar a dudas que la actuación de la defendida es correcta y apartada de toda nota de arbitrariedad”* y al mismo tiempo deja claro que ninguno de los abogados participó de la decisión de la denuncia (fs. 322, A.A.).

El 25 de abril de 2016 emitió informe letrado la Dra. Beatriz Cazzaniga, Secretaria Letrada, Directora (I) del Departamento Jurídico Notarial (fs. 338 a 348, A.A.) en el que relevó lo medular de las conclusiones de la instrucción sumarial (fs. 338 vto. a 343, A.A.) y de los

descargos de la sumariada (fs. 343 a 344 vto., A.A.) para luego realizar su análisis (fs. 344 a 347, A.A.).

En esencia, compartió el enfoque de los instructores, aunque con algún matiz. Así por ejemplo entendió que en el caso de Yanet Leal no se encontraba probada la culpabilidad de la imputada.

Se detuvo en destacar los casos que a su juicio revestían mayor gravedad y encuadró la responsabilidad disciplinaria en lo dispuesto por el artículo 112 numerales 1 y 5 de la Ley N° 15.750.

En cuanto a los correctivos, se remitió a lo previsto por el artículo 114 del mismo plexo normativo y destacó que *“Al graduar la sanción deberá tenerse presente el antecedente que registra (Ley 19.121 Art. 77) y lo dispuesto en el Art. 113 de la Ley 15.750”* (fs. 347 a 348, A.A.).

El 6 de mayo de 2016 se dictó la Resolución N° 309/2016, por la cual se sancionó a la actora con una suspensión de seis meses con privación de los medios sueldos (fs. 350 a 353, A.A.).

El 19 de mayo de 2016 la actora interpuso en forma conjunta y subsidiaria los recursos de revocación y anulación en subsidio con argumentaciones similares a las esgrimidas en la demanda de autos (fs. 358 a 369, A.A.).

El 1° de setiembre de 2016 emitió nuevo informe letrado la Dra. Beatriz Cazzaniga, Secretaria Letrada, Directora (I) del Departamento Jurídico Notarial (fs. 371 a 376, A.A.) en el que analizó los cuatro casos en los que se imputó responsabilidad a la actora y reiteró que a su juicio no se encontraba configurada una falta atribuible a la sumariada en el caso de Yanet Leal (fs. 374, A.A.).

Sobre el resto de los agravios planteados entendió que no se agregó nada diferente a lo valorado oportunamente (fs. 373 vto., A.A.) y aconsejó el abatimiento de la sanción impuesta por la ausencia de prueba acerca de la imputación en el caso de Yanet Leal (fs. 375 vto. a 376, A.A.).

El 14 de setiembre de 2016 se dictó la Resolución N° 649/2016 (fs. 378 a 380 vto., A.A.) y se resolvió mantener el acto impugnado salvo en lo que refiere a la situación generada en el expediente judicial IUE 411-268/2014, “*Leal, Yanet - Denuncia*” por entender que no se obtuvo la prueba necesaria para atribuir conducta funcional (considerandos 12 y 13, fs. 380, A.A.), razón por la cual se revocó la Resolución N° 309/2016 y se dispuso “*que la sanción aplicable será de cinco (5) meses de suspensión en la función con privación de medios sueldos, operando descuento de la preventiva sufrida*” (puntos 1) y 2) del contenido dispositivo, fs. 380 vto., A.A.).

III) El Tribunal, por unanimidad, habrá de apartarse de la solución aconsejada por el Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo (fs. 48 a 49 vto., A.A.) y declarará la falta de legitimación pasiva del MEC y la nulidad del acto, por los fundamentos que habrán de explicitar.

IV) En lo inicial, corresponde analizar la defensa de falta de legitimación pasiva esgrimida por el MEC.

La Resolución N° 309/2016 (fs. 350 a 353, A.A.) así como la Resolución N° 649/2016 (fs. 378 a 380 vto., A.A.) que la modificó parcialmente se fundaron en las potestades que le confiriera la Ley N° 19.334 al Director General de la Fiscalía General de la Nación.

El artículo 1° de dicha Ley dispone lo siguiente: “*(Naturaleza, personería y domicilio). -Créase la Fiscalía General de la Nación como servicio descentralizado, institución que ejercerá el Ministerio Público y Fiscal.*

Este servicio descentralizado sustituye a la unidad ejecutora 019 "Fiscalía de Corte y Procuraduría General de la Nación" del Inciso 11 "Ministerio de Educación y Cultura". Es persona jurídica y tiene su domicilio principal en la capital de la República sin perjuicio de las dependencias instaladas o que se instalen en todo el territorio del país. A todos los efectos la Fiscalía General de la Nación se relacionará con el Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Educación y Cultura.” (la negrilla y el subrayado no están en el original).

En tanto el artículo 5° literal D) establece que al Director General le corresponde:

“Ejercer la potestad disciplinaria sobre todo el personal, de conformidad con las normas del respectivo Estatuto.” (la negrilla y el subrayado no están en el original).

Por lo tanto, como lo ha sostenido reiteradamente el Tribunal ante casos análogos, el legitimado pasivo es aquel que ha dictado el acto original que determina la impugnación (sentencias N° 287/2016 y 133/2018).

En este sentido, cabe revalidar lo expresado por la Corporación al consignar: “*(...) Siguiendo a VESCOVI debe entenderse que demandado es la otra parte procesal; la Administración que ha dictado el acto; el órgano que actúa como parte en defensa del acto impugnado, lo que implica defender su propio interés. (...) Se trata de aquél que ha dictado el acto*

original que determina la impugnación. (...) Es ese, pues, el órgano que deberá ser el legitimado pasivo en la demanda anulatoria, y por ende, notificado de la demanda. (VESCOVI, Enrique: “Los Procesos Contenciosos Administrativos” en obra colectiva con TORELLO, Luis: “El Nuevo Régimen Judicial”, Ediciones Idea, Montevideo, 1984, pág. 57, destacado no está en el original).

Por igual, enseña CAJARVILLE PELUFFO que demandado en la acción de nulidad es la persona jurídica estatal (Estado como persona pública mayor, Gobiernos Departamentales, Entes Autónomos o Servicios Descentralizados) a la que pertenece el órgano que dictó el acto administrativo cuya nulidad pretende el actor (Cf. CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo: “Sobre Derecho Administrativo”, FCU, 3ª Edición, Montevideo, 2012, pág. 625). En similar orientación conceptual, enseña GARBERÍ LLOBREGAT que la legitimación pasiva en el proceso administrativo viene a coincidir, igualmente en términos generales, con la autoría de la actuación administrativa cuestionada. El esquema subjetivo de la legitimación pasiva en el proceso administrativo lo constituirá la Administración de la que ha emanado la actuación cuestionada, en la que concurrirá una inequívoca legitimación en relación con la misma proporcionada por la circunstancia de haber sido su autora (Cfe. GARBERÍ LLOBREGAT, José: “Las partes (II): la legitimación” en AA.VV.: “Derecho Procesal Administrativo”, Tirant lo blanch, Valencia, 1993, pág. 233) (...).” (sentencias N° 287/2016 y 133/2018).

En merito a lo expuesto, el Ministerio de Educación y Cultura carece de legitimación pasiva para ser demandado en autos.

V) En cuanto al fondo del asunto, la esencia de los agravios que articuló la actora puede sintetizarse así:

1º) *No realizó ninguna conducta que le pueda ser reprochable* en ninguno de los tres expedientes judiciales por los cuales se la sancionó.

2º) *No es posible computar la reincidencia* porque la sanción que se toma en cuenta recayó el 13 de julio de 2015, está pendiente de anulación y los hechos por los cuales se la sancionó son notoriamente anteriores. Además, la reincidencia es insostenible del punto de vista de las garantías constitucionales conforme al principio de culpabilidad y al de *ne bis in idem*.

A continuación, se habrán de analizar cada uno de los agravios esgrimidos por la pretensora.

VI) La primera imputación contra la cual se agravió la compareciente fue la relacionada con su actuación en el **expediente IUE 411-147/2013 “Rodríguez, Irma. Denuncia”**.

En concreto, la actora se agravió que en la primera resolución se insinuó que el archivo se debió a la amistad entre ella y el Sr. Almeida y luego en la revocatoria se afirmó que lo que generó dudas de transparencia fue el archivo que dispuso sin haber agotado todas las diligencias para el esclarecimiento de los hechos.

Agregó además que no se le puede reprochar ninguna conducta contraria a derecho, en tanto el Juzgado había agotado todas las diligencias razonables de esclarecimiento de los hechos y a partir de las propias declaraciones de la denunciante se desprendía que se trataba de un caso ajeno a la materia penal.

La Sede considera que los agravios esgrimidos por la actora no resultan susceptibles de determinar la nulidad que se pretende.

En la Resolución N° 309/2016, se señaló: “(...) **Pudo advertirse un grave error en su actuación, por cuanto, sugirió el archivo de una causa, existiendo indicios suficientes para continuar con la instrucción, especialmente la existencia de un depósito por la suma referida en la cuenta del denunciado. Además de este aspecto, surgió de las denuncias efectuadas contra la sumariada y de varias declaraciones (fojas 53 y 62), que el denunciado Sr. Almeida mantenía una relación de amistad con la Dra. FLEITAS, incluso que aquél le habría “organizado un cumpleaños”. En consecuencia, es posible concluir que su actuación en autos no fue diligente ni responsable en el cumplimiento de sus funciones como fiscal (...)**” (considerando 5), fojas 350 vto. a 351, A.A.) (la negrilla y el subrayado no están en el original).

Este temperamento se mantuvo en líneas generales en la Resolución N° 649/2016, al consignarse: “(...) **La actuación de la Sra. Fiscal en el caso es susceptible de reproche al no haber procedido a la instrucción del caso en que se investigaba la conducta de una persona de su conocimiento, hecho admitido por la recurrente. Pudo advertirse un grave error en su actuación, por cuanto sugirió el archivo de una causa, existiendo indicios suficientes para continuar con la instrucción. En consecuencia, es posible concluir que su actuación en autos no fue diligente ni responsable, generando dudas en lo que respecta a la transparencia que debe observar en el cumplimiento de sus funciones como fiscal**” (considerando 5, fojas 379, A.A.) (la negrilla y el subrayado no están en el original).

El matiz entre una y otra resolución pasa por la afirmación de la naturaleza del vínculo entre la actora y el Sr. Almeida, que en el primer caso se cataloga de amistad y en el segundo se señala que era una persona de su conocimiento.

No se afirmó -como sostiene la actora- que lo que generó dudas de transparencia fue el archivo que dispuso sin haber agotado todas las diligencias para el esclarecimiento de los hechos.

La causa de las dudas en cuanto a la transparencia de su gestión siguió siendo el vínculo que ésta tenía con el Sr. Almeida, con quien tenía -según sus propios dichos- una relación “*de cortesía y camaradería*” (véase su declaración a fs. 101, A.A.).

Sobre el vínculo que la actora tenía del Sr. Almeida, surge que al ser preguntada en la investigación administrativa si tenía una relación de amistad contestó: “*Al Sr. Luis Almeida lo conozco por ser o haber sido pareja de la funcionaria judicial Graciela Rodríguez. Dicho Señor tiene trato cortés y afable no solo con esta Fiscal sino con todos los funcionarios y Magistrados porque muchas veces es invitado a reuniones convocadas por los funcionarios judiciales, tales como despedidas de fin de año, despedidas por traslados siendo él muchas veces el encargado de coordinar dichos encuentros, recibiendo el dinero de los que concurrimos y la mayoría de las veces siendo el asador (...)*” (fs. 101, A.A.).

Seguidamente, se le preguntó si reconocía las fotografías agregadas, entre las cuales aparecía junto al Sr. Almeida, contestando la actora que: “*(...) la de fs. 18 una reunión organizada por compañeros del Poder Judicial, en la misma están presentes la Dra. Ada Siré, (a)parece también*

el Dr. Azarola, y Luis Almeida, no recuerdo dónde era (...)” (fs. 101, A.A.).

Más adelante, al ser preguntada con relación al cumpleaños que le habría organizado el Sr. Almeida, respondió: *“No recuerdo, pero como dije, **sólo mantengo una relación de cortesía y camaradería** por su relación con la funcionaria judicial, pero es de mi conocimiento que desde larga data el Sr. Almeida frecuenta grupos de compañeros judiciales (...)*” (fs. 101, A.A.).

Luego, en sede del sumario manifestó que *“Con el Sr. Almeida como ya lo indiqué en este sumario **mantengo un vínculo de cortesía** y he coincidido con él en varias oportunidades en distintas reuniones donde han estado presente funcionarios del Poder Judicial como por ejemplo la oportunidad en que se sacó la foto que me fue exhibida por el Sr. Inspector”* (fs. 198 vto., A.A.).

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, *cortesía* significa -en su primera acepción- *“Demostración o acto con que se manifiesta la atención, respeto o afecto que tiene una persona a otra”* (Cf. Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Vigésima Primera Edición, Madrid, 1992, tomo 1, p. 584.)

En cambio, *camaradería* se define así: *“Amistad o relación cordial que mantienen entre sí los buenos camaradas”* (Cf. Diccionario de la Lengua Española, op. cit., tomo 1, p. 373).

Está claro que la actora no reconoció la existencia de un vínculo de amistad con el Sr. Almeida, pero sí señaló que tiene con éste una relación de cordialidad y que coincide con éste en eventos sociales del Poder Judicial como sucedió con la fotografía que se le exhibió.

Fue en razón de dicho vínculo (ilustrado mediante prueba testimonial y documental) que la Administración valoró como negligente e irresponsable su proceder al disponer el archivo de un asunto cuando quedaban pendientes trascendentes diligencias probatorias, generando dudas en lo que respecta a la transparencia que debió observar.

Adviértase que del repertorio testimonial emerge que la Actuaría Adjunta del Juzgado Letrado de Primer Turno, Dra. Fernanda Dos Santos, declaró que: “Sí conozco el expediente y también *me consta que hay una relación de amistad y camaradería (sic) entre el Fiscal y el Sr. Almeida, por lo menos desde el año 2011, en que yo ingresé como Actuaría, y compartí reuniones entre gente allegada al ámbito judicial, y Almeida estaba presente y ya dejaban entrever que había una amistad con la Fiscal Fleitas, y sé que Almeida le organizó un cumpleaños a la Dra. Fleitas, en la casa de él, en el año 2012, al que yo estaba invitada y no fui. Y se los ha visto juntos en viajes y otras reuniones*” (fs. 55, A.A.).

Otro tanto declaró la Actuaría Titular de todos los turnos, quien expresó: “Me consta que la Sra. Fiscal trata mucho al Sr. Almeida, porque escucho que se reúnen en alguna oportunidad, porque se de otras personas que van a esas reuniones; si la Jueza es o no amiga, no lo sé (...) Se que la Dra. Fleitas intervino en ese expediente y pidió el archivo” (fs. 64, A.A.) (la negrilla y el subrayado no está en el original).

A lo que se sumó la valoración realizada por el instructor sumariante en cuanto consigna que “Adjunto a la denuncia presentada por el CATT ante la Fiscalía de Corte, se agregan registros fotográficos donde se muestra a la sumariada junto a las juezas Mariela Tejera y Virginia Bajac (fs. 16, 17 y 19), y además junto a Almeida (fs. 18 y 20). En todas

ellas la Dra. Flietas luce distendida, sonriente y en actitud amistosa” (fs. 218, A.A.) (la negrilla y el subrayado no está en el original).

Lo precedentemente señalado aparece como una valoración razonable del contexto relacional entre la actora y el denunciado en función del cual su proceder terminó afectando la imagen y transparencia del órgano al que representaba.

Aun cuando la Administración afirmara en la primera resolución la existencia de una relación de amistad entre la actora y el denunciado y luego enfatizara en el conocimiento entre ambos, lo cierto es que la esencia del reproche se mantuvo en razón del vínculo existente y en virtud del cual su intervención afectó los valores tutelados por el inciso 1º del artículo 112 de la LOT, que procuran evitar el “*descrédito para la Administración de Justicia.*”

Tal modificación no se observa como una manifestación de la *desviación de poder* alegada ni reviste tal entidad que inficione de nulidad a la enjuiciada.

El otro aspecto de la imputación que se cuestiona apuntó a la inexistencia de elementos que meritaban continuar con la instrucción y a la ausencia de conducta reprochable porque: a) el Juzgado ya había agotado las diligencias necesarias; b) la indagatoria relativa a la certificación del BROU respecto del depósito de los U\$S 10.000 en la cuenta de Almeida sería una prueba superabundante; c) lo determinante radica en la falta de sustancia penal del asunto puesto que surgía de las propias declaraciones de la denunciante la existencia de un vínculo de amistad de larga data con el Sr. Almeida y que éste “*retiró*” la suma de U\$S 10.000 pensando que se los iba a devolver, realizando luego pagos a cuenta.

El punto de vista de la Administración ha sido otro, señalando el instructor de la investigación que ***“Se advierte en este caso un presunto grave error de la Sra. Fiscal, por cuanto solicita el archivo de la causa contra el Sr. Luis Almeida, cuando en el expediente obra agregada -a partir de la contestación de oficios por parte del B.R.O.U.- la constancia de un depósito de 10.000 US\$ (diez mil dólares americanos) en una caja de ahorros a nombre del Sr. Almeida, el mismo día 9 de junio de 2010, día en el que precisamente la Sra. Irma Rodríguez denunciaba la sustracción o apropiación indebida; y no se profundizó en la instrucción, ni siquiera Almeida fue interrogado sobre el origen de esa suma depositada en su caja de ahorros, cuando se trataba precisamente de la misma cantidad denunciada y en la misma fecha de la sustracción o apropiación denunciada”*** (fs. 148, A.A.) (la negrilla y el subrayado no están en el original).

Otro tanto señaló el instructor sumariante cuando consignó la existencia de la información enviada por el BROU que daba cuenta de un depósito efectuado en la cuenta de Almeida el 9 de junio de 2010 y que ese mismo día se había denunciado por la interesada la apropiación del dinero en cuestión.

Así señaló que *“en su primer y único dictamen sobre el fondo del asunto, la sumariada evacúa (sic) la vista N° 2636-166 por la cual solicita la clausura y archivo de las actuaciones.*

En esa oportunidad, nada dijo de las resultancias de los oficios librados al BROU. Pero además ninguna audiencia fue solicitada a tales efectos, y por ende ningún interrogatorio de su parte se le efectuó al indagado sobre tan significativo hecho. Y tampoco existió una

evaluación de los extremos en que fundara su solicitud, sino tan solo una referencia genérica a que no se habrían reunido los elementos que permitieran atribuir responsabilidades penales.

No puede escapar a este análisis lo llamativo que resulta que una fiscal que se caracteriza por un celo muy particular en la persecución penal, diera por satisfecha una indagatoria relacionada a una sustracción o apropiación de una importante suma de dinero, sin antes profundizar en hechos significativamente vinculados con el objeto de la investigación” (fs. 209, A.A.) (la negrilla y el subrayado no están en el original).

Véase que lo único que hizo la actora cuando le fue asignado el expediente fue limitarse a señalar que de la instrucción practicada no surgen elementos que permitan atribuir responsabilidades penales, razón por la cual solicitó el archivo y clausura de las actuaciones.

En ningún momento esgrimió las razones de sobreabundancia de indagatorias o de naturaleza eminentemente civil de la causa a pesar de la contundente prueba que se agregara del Banco República, referente a un depósito por USD 10.000 en una cuenta del Sr. Almeida, coincidentemente con la fecha en que fuera denunciada la apropiación o sustracción.

Perfectamente podía haber señalado que el indagado ya había sido interrogado por el Juzgado, que no colaboró con la instrucción, que la información del BROU ya constaba en la denuncia o que la causa aparecía como predominantemente civil.

Sin embargo, no lo hizo y optó por formular un pedido genérico de archivo y clausura sin hacer una mínima referencia a la prueba rendida en autos o a la entidad de la cuestión denunciada.

Ante la prueba producida, que daba cuenta de la existencia de un depósito en la cuenta del denunciado por un monto de USD 10.000 el mismo día en que se formulara la denuncia, resulta reprochable que la actora no encontrara mérito para re indagarlo en su condición de representante del Ministerio Público y titular de la acción penal.

Ni siquiera atinó a señalar que de los dichos de la denunciante y de las entregas que se habrían hecho a cuenta la temática aparecía como ajena a la penal.

En el *sub - examine* la Administración realizó una razonable subsunción de la plataforma fáctica deducida dentro del esquema normativo aplicable a la conducta funcional del accionante.

Las omisiones en que incurrió la accionante en su proceder, sumadas al contexto de conocimiento que ésta tenía del denunciado la colocan en una situación de obrar negligente, poniendo en duda la transparencia de su participación en la causa.

VII) La segunda imputación que agravió a la accionante se vincula con su intervención en el **expediente 411-272/2014, “Olivera, Nicolás. Amenazas”**.

En este caso, la actora solicitó el **procesamiento con prisión** del Sr. Nicolás Olivera por el **delito de “Amenazas”**.

La actora se agravió porque la interpretación realizada por el instructor es la mayoritaria, pero no la única. Solicitó el procesamiento con prisión porque el imputado **registra antecedentes**. En la dogmática y en algunas Sedes Penales se entiende que en dichos casos no resulta aplicable la Ley N°17.726 y procede la prisión preventiva aun en delitos castigados con multa.

Añadió además que su pedido de procesamiento fue recibido por la Jueza actuante y ello no fue considerado.

El enfoque de la Administración ha sido diametralmente distinto. El instructor de la investigación administrativa, Dr. Pacheco Carve, concluyó: ***“se advierte un grave error jurídico en la actuación de la Sra. Fiscal Letrada Departamental de Treinta y Tres de 2º Turno, desde que no pueden quedar dudas -ni admite dos interpretaciones- como lo indica el tribunal de alzada, en cuanto a que el artículo 1º de la ley 17.226 constituye una norma clara, prohibitiva y posterior en el tiempo a las normas invocada por la Fiscalía, y hacen improcedente solicitar e imponer la prisión preventiva de un imputado castigado únicamente con pena de multa. El artículo 6 de la Ley 17.726, invocado por la Fiscalía en el trámite recursivo, refiere a delitos castigados con pena de prisión y no puede ser interpretado como aplicable a los delitos castigados con multa, en los que por la naturaleza prevista, no puede ser impuestas una pena de prisión, ni en forma definitiva, ni en forma preventiva, sino únicamente en caso de sustitución por no pago de la multa. Además del error de interpretación apuntado, el mismo se proyecta aún más gravemente hacia la legalidad de la pena sufrida, ya que la prisión preventiva cumplida por el encausado excedió el máximo legal de la pena prevista para el delito de amenazas, si debiera convertirse la multa en prisión equivalente”*** (fs. 152, A.A.).

Por su parte, el instructor sumariante, Dr. Carlos Negro, señaló: ***“La claridad de la norma y la aplicación cotidiana que de ella se hace en todas las sedes penales del país, tanto como la del art. 290 CPU, impide planteamientos y polémicas acerca de su alcance y supuestos.***

No obstante ello, y fundada en la “naturaleza de la conducta del agente”, la fiscal solicita el encarcelamiento preventivo (fs. 12 del acordonado).

Basta mencionar lo que a este respecto estableció en la ocasión el Tribunal de Apelaciones de 1er. Turno, el que alude a la imposibilidad de disponer la prisión preventiva en delitos con pena de multa, aun tratándose de individuos reincidentes o reiterantes.

En efecto, en sentencia n° 142 de fecha 23 de junio de 2015, cuyo testimonio se encuentra agregado a las presentes, el ad quem se pronuncia categóricamente en este aspecto: “No puede haber dudas que el art. 1° de la Ley 17.726 no habla con lenguaje equívoco: No podrá disponerse la prisión preventiva del procesado cuando se imputen faltas o delitos con pena de multa (...) Ello inhibe de plano toda posibilidad de imponer al procesado por un delito con pena de multa la prisión preventiva, aun tratándose de reincidente o reiterante, de cualquier otra situación de que se trate.

Y no resultan de recibo las explicaciones dadas por la sumariada justificando lo actuado con citas de doctrina y jurisprudencia. Y ello por cuanto los Dres. Gabriel Valentín y Santiago Garderes no sostienen tal posibilidad ni en la obra citada por Fleitas (...) ni en ninguna otra de la que se tenga conocimiento este sumariante.

Por el contrario, los autores mencionados son contundentes en afirmar precisamente lo contrario “(...) no puede disponerse la prisión preventiva sin excepción alguna (...). En estos casos el tribunal no puede imponer la prisión preventiva, sin excepciones (y ello porque es claro que el art. 1° de la Ley 17.726 se remite al art. 71, pero no al art. 72). La

solución es inobjetable en cuanto en estos supuestos la imposición de la prisión preventiva resulta una medida no apta y desproporcionada frente a la pena prevista” (...).

Tampoco las sentencias mencionadas conmueven lo que puede entenderse como un criterio unánime, desde que ambas emanan de la primera instancia y por tanto sujetas a la eventual revocación de un superior, de haberse interpuesto (como era debido) los recursos correspondientes.

Olivera fue aprehendido el 14 de setiembre de 2014, siendo excarcelado el 19 de diciembre del mismo año, lo que supone 96 (...) días de reclusión efectiva.

El yerro fiscal (amparado por la resolución de enjuiciamiento y prisión de la jueza Tejera) determinó que un ciudadano permaneciera más de tres meses privado de su libertad, superando incluso el máximo legal, esto es los 70 días equivalentes a 700 UR previstas en el art. 290 CPU. (Conforme art. 84 CPU).

Esta excesiva rigurosidad en la actuación fiscal, fue calificada oportunamente por el fiscal inspector como de “grave error jurídico”, cuya consecuencia directa fue la de haber provocado un daño seguramente irreparable en la vida del justiciable, quien sufrió una reclusión a todas luces indebida, ingresando eventualmente en las hipótesis de los arts. 23 y 24 de la Constitución y art. 4 de la Ley 15.859.” (fs. 213 a 214, A.A.) (la negrilla y el subrayado no están en el original).

El considerando 7) de la Resolución N° 309 le imputó un “error evidente” en cuanto a la aplicación de la normativa y encuadró dicha

conducta en el numeral 1° del artículo 112 de la Ley N°15.750 (fs. 351 vto., A.A.).

En el considerando 7) de la Resolución N° 649 se indicó que no es comprensible, dado la experiencia de la actora, que haya recurrido a una *“interpretación rebuscada”* para fundamentar la decisión que adoptó. La actuación de la promotora es susceptible de reproche dada la claridad del texto legal (fs. 379, A.A. vto.).

En la tesis de la actora, si bien el artículo 1° de la Ley N° 17.726 no hace referencia al hoy derogado artículo 72 del Código del Proceso Penal, sí refiere a la aplicación en tales casos de la Ley N° 17.859 y su modificativa, Ley N°16.058 que amplía los casos, además de los previstos en el artículo 71 a otros delitos, con la precisión que ***“en todos los casos” se decretará prisión preventiva si se “tratare de procesado reincidente o que tuviere causa en trámite”***.

En una primera lectura podría pensarse que el giro legal de la Ley N° 16.058 podría dar lugar a confusión en virtud de estar consagrando la regla de aplicar prisión preventiva para todos los casos de procesados reincidentes.

Sin embargo, ello no resulta de recibo a poco que se lea con atención la norma de principio que consagró el artículo 1° de la Ley N° 17.726, que estableció lo siguiente: ***“No podrá disponerse la prisión preventiva del procesado cuando se imputen faltas o delitos sancionados con pena de multa, suspensión o inhabilitación. En tales casos se aplicará en lo pertinente el Artículo 71 del Código del Proceso Penal y la Ley No. 15.859, de 31 de marzo de 1987, y su modificativa, Ley No. 16.058, de 27 de agosto de 1989.”*** (la negrilla y el subrayado no están en el original).

De la norma transcrita se desprenden claramente dos conclusiones:
i) Que no puede disponerse la prisión preventiva en los casos de imputación de faltas o delitos sancionados con pena de multa; y ii) Que en tales casos se aplicará en lo pertinente el artículo 71 del Código Penal y la Ley N° 16.058.

Por lo tanto, lo que diga la Ley N° 16.058 debe entenderse siempre dentro de los límites que predeterminó el artículo 1° de la Ley N° 17.726.

En este sentido, el pasaje del artículo 1° de la Ley N° 16.058 que dispone que *“No obstante lo dispuesto precedentemente, el Juez decretará la prisión preventiva, en todos los casos, si se tratare de procesado reincidente o que tuviere causa anterior en trámite.”* no puede ir en contra del enunciado general normativo del artículo 1° de la Ley N° 17.726, que sólo remitió a la Ley N° 16.058 *“en lo pertinente”*.

La solución de principio es que la Ley prohibió que se pueda disponer la prisión preventiva cuando las faltas o delitos sean sancionados con pena de multa y ella no cede por el hecho que exista un supuesto de reincidencia, por una regla que sólo resulta de aplicación *“en lo pertinente”*.

La interpretación que propugna la accionante no resulta razonable ni lógica a la luz de la hermenéutica sistemática del sistema general establecido por el artículo 1° de la Ley N° 17.726, que sólo remite al sub-sistema de la Ley N° 16.058 *“en lo pertinente”*, lo que implica que no pueda ser para instaurar una solución contraria a la *solución de principio*: no podrá disponerse la prisión preventiva en los casos de delitos o faltas que se castiguen con pena de multa.

La simple existencia de sentencias de primera instancia firmes no permite demostrar *per se* que la interpretación que propugna no resulte inaceptable y contraria a la lógica del sistema normativo previsto por el legislador.

En cuanto al argumento de la pretensora de que en definitiva quien resolvió el procesamiento fue la Juez y que ella simplemente lo solicitó, tampoco resulta de recibo. De seguirse su argumento los fiscales no serían responsables bajo la excusa que quien decide es el Juez.

La actora es responsable por la solicitud de procesamiento con prisión que dedujo y controvirtió interponiendo recursos, generando al imputado -en conjunto con el accionar de la Juez- una consecuencia expresamente prohibida por el artículo 1º de la Ley N° 17.226.

VIII) La tercera imputación se relaciona con la actuación de la actora en el **expediente IUE 413-220/2015, “Bird Gorozurreta, Jorge. Falta”**.

Este caso tuvo como antecedente una denuncia presentada por funcionarios aduaneros de Río Branco contra el Sr. Bird por una infracción administrativa. En concreto, se denunció que el producto declarado (coco rallado) por el Sr. Bird no era tal. Dicha posible infracción se sustanció en sede penal mientras la actora era subrogante de la Fiscalía de Río Branco.

De regreso a la Sede titular en el Departamento de Treinta y Tres, la actora solicitó se le enviara testimonio de las actuaciones y pidió un allanamiento en la sede de la empresa que el Sr. Bird tenía en ese Departamento.

De acuerdo con la denuncia que el empresario le realizó a la actora, dicha actuación le supuso que la Receita Federal (la Dirección Impositiva

de Brasil) le marcara sus camiones de color rojo, como una alerta, perdió un contenedor que quedó varado en Fortaleza y le implicó una pérdida de ganancia de USD 2.000.000 y a la DGI una ganancia de USD 600.000 por impuesto a la renta, todo ello fruto de la causa judicial llevada adelante por la actora, que duró tres años y terminó con el archivo de las actuaciones (fs. 44 a 47, A.A.).

Ante la denuncia presentada por el Sr. Bird, la actora solicitó la abstención al Fiscal de Corte para continuar actuando “*en salvaguarda de las garantías del justiciable*”.

No obstante, unos meses después que la causa fuera archivada se le inició al Sr. Bird un proceso por una falta penal en el Juzgado de Paz Departamental.

Ello porque, cuando estaba festejando su cumpleaños, llegaron a su domicilio funcionarios policiales por una denuncia por ruidos molestos. Allí se generó una discusión entre Bird y los funcionarios policiales por los decibeles de la música, la competencia policial en estos temas y la eventual presencia de jueces y abogados en la reunión.

El instructor señaló que sin denuncia de los agentes policiales se le inició el proceso por “*desacato a la autoridad*” y a la postre se lo condenó por dicha falta.

La actora se agravió porque si bien el Sr. Bird la recusó en audiencia, eso fue desestimado sin sustanciar por el Juez actuante y el indiciado no cuestionó dicha decisión, en tanto quien estaba presente en las audiencias era la Fiscal Adjunta, Dra. Birriel.

Añadió que la decisión sobre el caso no la tomó ella, sino la Fiscal Adjunta, quien actuó con total autonomía y ello no fue considerado por la demandada.

El instructor sumariante señaló en su informe que:

“En aquella ocasión, tal como fuera dicho, la fiscal consideró del caso apartarse del conocimiento de la causa donde se planteara una denuncia.

No ocurrió lo mismo en esta oportunidad, ya que no obstante un nuevo planteamiento respecto a su objetividad, Fleitas continúa conociendo en el trámite de la falta. Y en este aspecto se coincide plenamente con lo establecido por el fiscal inspector a fs. 151, en el sentido que parecía como lo más conveniente y lógico que una fiscal recusada por “enemistad y resentimiento”, se hubiere excusado de seguir entendiendo en la causa, de la misma manera que lo había hecho en la anterior oportunidad.

A partir de allí se genera un voluminoso expediente tendiente a comprobar si había o no ocurrido un agravio a la autoridad, pasible de ser atrapado por la falta del art. 360.2 CPU, aun como se dijo, en ausencia de denuncia de los funcionarios policiales actuantes.

En efecto, los funcionarios negaron haber sido insultados por Bird, no obstante y ante las preguntas cerradas de la sede actuante sobre si “se habían sentido agraviados”, respondieran afirmativamente (fs. 37 y 65).

Ahora bien y tal como fuera mencionado por este sumariante, es verdaderamente llamativa la rigurosidad en la valoración de los extremos constitutivos de una falta no denunciada por las víctimas, lo que contrasta con la actuación de la misma fiscal al investigar hechos que

tuvieron como investigado a un allegado personal, por un hecho de notoria mayor relevancia como seguramente lo es la apropiación o sustracción de U\$S 10.000.

La acusación fiscal de seis carillas y suscrita por Birriel, determina la responsabilidad de Bird en la falta investigada, lo cual fue avalado como corresponde legalmente, por la fiscal Fleitas (Art. 18 nrl. 2° lit. b de la Ley 15.365, en la redacción dada por la Ley 16.002).

Y ello no obstante la negativa de la fiscal titular, quien a fs. 102 de las presentes atribuye un tan alto como ilegítimo grado de independencia técnica a su subordinada, en un vano intento de deslindar su responsabilidad funcional. Así, la propia fiscal adscripta señala que “(...) ella (Fleitas) analizó los hechos y me dio las indicaciones de porqué se había configurado la falta, como lo hace en todas las faltas” (fs. 60).

Finalmente Jorge Bird fue condenado a cumplir ocho días de trabajo comunitario en el régimen de dos horas diarias (fs. 84 a 89).

Por último, y como si hubiera escasos elementos para concluir que en esta causa se actuó con inusitada rigurosidad prohijada por un notoria subjetividad, con la aquiescencia y conformidad de la jueza Bajac, a la sazón mencionada como amiga personal de la sumariada, se suma el testimonio de la funcionaria Silvia Perdomo Niz, quien dijo haber escuchado un conversación ocurrida en el juzgado de Paz entre Fleitas, Bajac y Tejera, en la cual “estaban cocinando al Sr. Bird. (fs. 55). La escucha fue transmitida oportunamente por la funcionaria a las actuarías Dos Santos y Zuluaga, quienes declaran en forma conteste a fs. 54 y 62” (fs. 220 a 222, A.A.) (la negrilla y el subrayado no están en el original).

Dichas conclusiones del instructor sumariante fueron tomadas por la Resolución sancionatoria y se encuadró su conducta en los numerales 1 y 5 del artículo 112 de la Ley N° 15.750. En la resolución revocatoria se señaló: “(...) se reitera también lo oportunamente informado, en el sentido que el Fiscal Adscripto no es el subrogante natural del Fiscal Departamental recusado - instituto que por otra parte no corresponde, siendo el Fiscal parte en el proceso- y que además se halla en relación de subordinación respecto del mismo, quedando nuevamente de manifiesto la falta de transparencia en el accionar de la Fiscalía Letrada Departamental de Treinta y Tres de 2° turno” (fs. 379 vto.) (la negrilla y el subrayado no están en el original).

La justificación de los hechos dada por la demandada aparece como razonable. Que actuara la Fiscal Adjunta no es suficiente y tampoco el hecho que en audiencia el Juez desestimaré el planteo de recusación.

Ello no enerva la enemistad que patentizó el Sr. Bird en su denuncia y la ambivalencia de criterios de la actora que en un caso optó por salvaguardar las garantías del justiciable y en otro que sobrevino con posterioridad no se abstuvo de dar indicaciones a su Fiscal Adjunta sobre si en los hechos existía falta o no.

La Fiscal Adjunta, Dra. Birriel, declaró que en todos los casos de faltas las directivas las daba la actora y este caso no fue la excepción.

Afirmó que Fleitas “*analizó los hechos y me dio las indicaciones de por qué se había configurado la falta, como lo hace en todas las faltas.*” y que la actora tuvo el expediente a la vista porque fue retirado en confianza (fs. 61/62 A.A. Pieza I).

Surge además, que la funcionaria del Juzgado Letrado de 1º Instancia de Treinta y Tres Silvia Perdomo Niz afirmó:

“He escuchado esos comentarios, esa actitud jocosa es usual entre ellas dos (refiriéndose a la actora y a la Dra. Tejera), incluso las carcajadas de Fleitas se escuchan desde otros ambientes. Los comentarios respecto de alguna persona a procesar, fueron entre Bajac y Fleitas, lo recuerdo porque Fleitas hizo mención a que en el Juzgado Penal había un expediente de ese señor, al que llamaban “el del coco”, era el Sr. Bird; Fleitas decía que había pedido 8 días por una falta, y la Dra. Bajac decía que usualmente imponía 7 pero que en ese caso iba a darle los 8 días (...)” y añadió que se lo comentó a las actuarias del Juzgado (fs. 57 A.A. Pieza I), lo que fue corroborado por éstas (fs. 56 y 64).

A lo que cabe agregar lo puesto de manifiesto por el instructor de la investigación administrativa al consignar que en el *“vistero ordinario y de audiencias de la Fiscalía”* de la actora en los años 2013 al 2015 no surgía ninguna otra acusación fiscal por la falta imputada al Sr. Bird y que en los expedientes iniciados por dicha causal la actora solicitó el sobreseimiento (fs. 157 A.A.).

Le asiste razón a la Fiscalía en cuanto a que la conducta que debió seguir la promotora era pedir la abstención, tal como lo hizo en la anterior oportunidad, y ello porque ya había sido denunciada por el Sr. Bird.

Esa denuncia y su solicitud de abstención en el expediente penal, hacían necesario que lo hiciera en el expediente por falta y actuara en su lugar la Fiscalía Departamental de 1º turno.

Haber permitido que actuara su subordinada no la exime de la sanción, porque además el Sr. Bird fue condenado en base a una acusación sobre la cual la Fiscal Adjunta señala que ésta le “*dio las directivas*”.

Dicho accionar enrarece la transparencia con que debió actuar y otra vez, empaña su función y la reputación de la Fiscalía.

En cuanto a las manifestaciones de la actora relacionadas con que en la resolución modificatoria se habría reconocido que la actora no podía haber sido recusada y que por ende no tenía obligación de abstenerse, tampoco resultan de recibo.

En primer lugar, corresponde señalar que en la Resolución N° 309/2016 lo que se dijo fue que el planteo de recusación fue desestimado por la Justicia pero que “(...) ***Sin embargo, dado los antecedentes referidos, la Dra. FLEITAS debió excusarse por configurar la causal de enemistad o resentimiento***” ***previsto por la norma, sin embargo continuó interviniendo***” (considerando 8), fs. 351 vto., A.A.) (la negrilla no está en el original).

En tanto en la Resolución N° 649/2016 se expresó “(...) *se reitera también lo oportunamente informado, en el sentido que el Fiscal Ascripto no es el subrogante natural del Fiscal Departamental recusado -instituto que por otra parte no corresponde, siendo el Fiscal parte en el proceso- y que además, se halla en relación de subordinación respecto del mismo, quedando nuevamente de manifiesto la falta de transparencia en el accionar de la Fiscalía Letrada Departamental de Treinta y Tres de 2° Turno*” (fs. 379 vto., A.A.) (la negrilla y el subrayado no están en el original).

El reproche no apunta a que la actora no pudiera ser recusada sino a su *deber de excusarse*, en aras de preservar la transparencia en el accionar del órgano que representaba ante una clara situación de “*enemistad o resentimiento*” con el denunciante. Sin embargo, no lo hizo, corroborando la testimonial rendida que continuó dando directivas sobre cómo proceder con un exceso de celo que no concuerda con situaciones similares en las que pidió el sobreseimiento.

Por lo dicho, no se advierte en modo alguno que el reproche revele falta de motivación del acto y que corresponda declarar su nulidad.

XI) El último de los agravios que esgrimió la actora se centró en cuestionar la aplicación de la agravante de reincidencia la que no puede computarse porque la sanción que se toma en cuenta recayó el 13 de julio de 2015, está pendiente de anulación y los hechos por los cuales se la sancionó son notoriamente anteriores. Además, la reincidencia es insostenible del punto de vista de las garantías constitucionales conforme al principio de culpabilidad y al de *ne bis in ídem*.

Sin perjuicio de señalar que no se comparte la ilegitimidad del instituto de la reincidencia con base en que éste contravendría los principios de culpabilidad y de *ne bis in ídem*, debe de verse que tal como lo señaló la actora en su demanda, la sanción que se tuvo en cuenta a los efectos de la reincidencia recayó el 13 de julio de 2015 y fue sometida a un proceso de anulación ante este Tribunal.

Dicho proceso se llevó adelante en los autos caratulados: "**FLEITAS VILLAREAL, SANDRA ELIZABETH con ESTADO. MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y CULTURA. Acción de nulidad**" (Ficha No. 210/16) en el cual la actora demandó la nulidad de la Resolución N°

697/2015, de 13 de julio de 2015, mediante la cual la Ministra de Educación y Cultura resolvió: “(...) ***SANCIÓNASE a la Sra. Fiscal Letrado Departamental de Treinta y Tres de 2º Turno Dra. Sandra Fleitas con una suspensión en sus funciones por el término de 10 días, con descuento de la mitad del sueldo (...)***”.

La referida sanción, tomada en cuenta a los efectos de la reincidencia desapareció del mundo jurídico como consecuencia de la nulidad que por razones ajenas al mérito se declaró por sentencia N° 232/2018.

En lo medular del referido pronunciamiento se consignó: “(...) *En la especialidad del caso **asiste razón a la parte actora en cuanto se agravia que sus descargos y las consultas que agregó en su respaldo no fueron considerados por la Administración.***”

La gravedad del vicio detectado supone una afectación a las garantías del debido derecho de defensa y provoca inexorablemente la nulidad del acto encausado, por razones ajenas al mérito y sin que resulte posible al Tribunal pronunciarse sobre el fondo del asunto.” (sentencia N° 232/2018, considerando III) (la negrilla y el subrayado no están en el original).

Lo precedentemente señalado determina la nulidad de la Resolución N° 309/2016 y su revocatoria parcial N° 649/2016, en tanto computan como agravante la reincidencia de una sanción que fue anulada mediante la sentencia N° 232/2018.

En atención a la imposibilidad de escindir los contenidos del acto la nulidad resulta de carácter global. No obstante, el poder - deber de la Administración de recomponer el procedimiento a efectos de aplicar los

correctivos disciplinarios de rigor, acorde con el presente pronunciamiento en relación al cómputo de la reincidencia.

Por las razones expuestas, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en atención a lo dispuesto por los artículos 309 y 310 de la Constitución,

FALLA:

Declárase que el Ministerio de Educación y Cultura carece de legitimación pasiva.

Ampárase parcialmente la demanda y, en su mérito, anúlase el acto impugnado por los fundamentos expresados en el considerando XI).

Sin sanción procesal específica.

A los efectos fiscales, fijanse los honorarios 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, Dr. Echeveste, Dr. Corujo, Dra. Klett (r.).

Dr. Marquisio. (Sec. Letrado).