

DECRETERO DE SENTENCIAS

//tevideo, 1º de setiembre de 2020.

No. 463

VISTOS:

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: “SUCESORES DE FREGOSI ÁLVAREZ, ALEJANDRO AGUSTÍN con PODER EJECUTIVO. Acción de Nulidad” (Ficha No. 579/2017).

RESULTANDO:

I) La demanda de nulidad se dirige contra la Resolución de 13 de diciembre de 2016, mediante la cual, el Ministro del Interior, en ejercicio de atribuciones delegadas del Poder Ejecutivo dispuso la cesantía del Sub Comisario Alejandro Agustín Fregossi Álvarez (fs. 302 a 308, pieza 2, en carpeta verde de 507 fojas, A.A.).

En el planteo vertido en el acto de proposición, se articularon agravios de forma y de fondo.

En necesaria síntesis, sostuvo una serie de *agravios formales* que le provocaron indefensión, como ser los siguientes: **a)** *no hubo resolución disponiendo la investigación de urgencia*, sino que las actuaciones comenzaron con un acta de interrogatorio realizada a un recluso; **b)** *culminada la investigación, no se realizó el correspondiente informe letrado* (art. 216 Decreto 500/991); **c)** *las resoluciones de prórroga de la instrucción no fueron notificadas al sumariado*; **d)** *hasta 2016, cuando ya había sido cesado, no tuvo posibilidad de acceder al expediente*. Jamás se le informó que tenía el expediente a disposición, incluso la letrada

patrocinante habría tenido inconvenientes de acceso en la etapa de evacuación de vista.

A ello se agrega que: **e)** *se le notificó la designación de Instructor, pero no la resolución administrativa* ni el resultado de la investigación previa; **f)** se realizó el sumario sin notificar al sumariado, lo que *impidió el control de la prueba*. Todos los testigos declararon sin conocimiento del sumariado; **g)** no se citó al sumariado con antelación suficiente y *no se le previno que podía contar con asistencia letrada*. Incluso antes de su declaración fue citado al despacho del Sub Jefe de Policía (sumariante), quien le había coaccionado para cambiar su declaración bajo promesa de aplicarle una sanción leve; **h)** culminada la instrucción se le dio vista, pero *no se le permitió acceso integral al expediente*; **i)** en la primera declaración en la investigación administrativa, *se interroga al actor por un recluso (González), en la segunda por otro (Arroyo), pero en las conclusiones de la investigación hay referencia a un tercero*; **i)** además, *nunca conoció a cabalidad cuál era la falta que se le imputaba*, no respetándose la bilateralidad procedimental lo que, a la postre, derivó en su cesantía; **j)** Manifiesta que también *se vulneró el principio de imparcialidad* porque la investigación administrativa tuvo como Instructor al Comisario Manzanares, anterior Jefe de la Cárcel y antecesor de Fregossi en el cargo, y que fue quien le indicó la situación de los encarcelados “*especiales*” se manejaban directamente con el Comando de la Jefatura, integrado por el Jefe de Policía, el Sub Jefe (a la postre designado Instructor Sumariante) y el Coordinador Ejecutivo. Por tanto, al designar sumariante tanto en la investigación como en el sumario a personas vinculadas a los hechos a investigar, se violentó el principio señalado de imparcialidad; **k)** al designar

al ex - encargado de la Cárcel como Instructor en la investigación de urgencia y al Sub Jefe de Policía como instructor del sumario, fue la mejor forma que tuvo el Comando de asegurar que no se interrogara sobre el comienzo de las prácticas objetadas y con conocimiento de los superiores y demás oficiales. Por tanto, *no había interés en llegar a la verdad material* pues ello implicaría verse ellos mismos involucrados.

En cuanto a los ***agravios sustanciales***, expresó, básicamente, que: **i)** hubo *inexistencia de falta administrativa*. El actor no tenía conciencia de contravenir sus deberes funcionales. Tan convencido estaba de estar haciendo lo correcto que informaba de todo al Comando de Jefatura y se dejaba asentado en los libros correspondientes. Todos los funcionarios obraban de la misma manera; **ii)** se produjo una afectación al *principio de igualdad*. El único funcionario sancionado con la desvinculación, por hechos conocidos por todos los jefarcas fue el Sub Comisario Alejandro Fregossi; **iii)** si igual se entendiera que existió una falta, existió una *rigurosidad excesiva*. No se cumplió con el principio de progresividad, tacto y decoro para la imposición de la sanción; **iv)** *inexistencia de ineptitud*. Es un absurdo que la Administración destaque oficialmente su labor en junio de 2016 y concomitantemente lo declare inepto para el ejercicio de su cargo.

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

II) Conferido el correspondiente traslado compareció -en representación del Ministerio del Interior- la Dra. Mariana García, quien se opuso al accionamiento en base a la siguiente fundamentación.

En lo que respecta a los ***aspectos formales***, brindó una descripción de las distintas etapas del procedimiento sumarial, desde su inicio hasta su

clausura, con la correspondiente cesantía por ineptitud para el ejercicio del cargo del funcionario sumariado.

Luego de ello, controvertió que nunca se vulneraron las garantías del sumariado, agregando que se habla de indefensión y violación al debido proceso sin que se pueda demostrarlo. El sumariado tuvo su derecho a revisar cada etapa del sumario a través de las vistas que se le dio cada vez que fue necesario según lo establecido por el ordenamiento jurídico.

El informe circunstanciado con el que comenzó el sumario fue la investigación de urgencia. El sumario es el procedimiento en el que se otorga al afectado su oportunidad de defensa.

En cuanto a la declaración sin asistencia letrada, el sumariado tenía conocimiento que podía haber llevado a su abogado. Si no lo llevó fue porque no lo quiso hacer.

No es cierto que no tuvo acceso al expediente como lo alega puesto que tuvo la oportunidad de las vistas en cada etapa del proceso. Si no aprovechó esas oportunidades, no es culpa de la Administración.

Con relación a la no imparcialidad del instructor, debió denunciarla a tiempo y no una vez concluido el sumario.

Acerca de los interrogatorios, nunca se demuestra que se vulneró el derecho de defensa ni que se haya actuado con desviación o abuso de poder.

Con relación a los *aspectos sustanciales*, hubo unanimidad en los diferentes estudios jurídicos y análisis del proceso sumarial, donde todos concluyeron que se trató de una falta muy grave, que a la postre determinó su cesantía.

La Resolución tomó en cuenta el principio de igualdad y el de seguridad jurídica. No hay un solo acápite en que se pueda visualizar desviación de poder o violación de los principios del derecho administrativo.

Además, el acto se encuentra debidamente motivado, sin que sea necesariamente exigible una relación circunstanciada de los fundamentos del acto siempre que surjan del mismo y de sus antecedentes.

En definitiva, abogó por el mantenimiento del acto (fs. 22 a 26).

III) Por decreto No. 8597/2017 (fs. 28) se dispuso la apertura a prueba, diligenciándose la que luce agregada y certificada a fs. 69.

IV) Durante la sustanciación del proceso, se presentaron Alejandro Agustín y Renzo Fregossi Echeverría (fs. 44 a 46), quienes denunciaron un *hecho nuevo*, agregando certificado notarial en el que se hizo constar el fallecimiento del accionante, Alejandro Agustín Fregossi Álvarez (fs. 40), así como los respectivos testimonios de partidas para justificar la calidad de hijos legítimos de éste (fs. 41 a 43,).

V) Las partes alegaron por su orden (fs. 72-74 vto. y fs. 77-78 vto., respectivamente).

VI) El Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo se pronunció mediante dictamen N° 437/2019 y aconsejó anular el acto encausado por razones ajenas al mérito (fs. 81 a 85).

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. 87).

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 y 9) habilitan el examen de la pretensión anulatoria.

La Resolución se emitió el 13 de diciembre de 2016 (fs. 302 a 308, pieza 2, A.A.) y se notificó el 22 de diciembre de 2016 (fs. 321, pieza 2, A.A.).

Según manifestaciones de la parte actora (fs. 2), no controvertidos por la demandada (fs. 22 a 26), el 8 de febrero de 2017 interpuso el recurso de revocación (fs. 325 a 341, pieza 2, A.A.).

El acto conclusivo de la vía administrativa se produjo mediante *denegatoria ficta*, a los ciento cincuenta días, sin que la Administración resolviera el recurso, el 15 de julio de 2017.

La demanda se interpuso el 4 de setiembre de 2017, dentro del término legal (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.

El Sub Comisario Alejandro Fregossi desempeñaba funciones de Encargado de la Cárcel Departamental de Soriano, cuando a mediados de 2014 se suscitaron ciertas irregularidades con las salidas transitorias de algunos reclusos, sin la debida autorización judicial.

Ante lo sucedido, el Director de Investigaciones realizó una *información de urgencia* (fs. 3 a 18, pieza 1, A.A.), la cual concluyó señalando -entre otras cosas- que el Encargado del recinto autoriza salidas

transitorias de encausados, sin estar autorizadas por el Juez de la causa (fs. 19 a 21, pieza 1, A.A.).

Ante la evidencia reunida *prima facie* se expidió el Encargado de la Dirección de Coordinación Ejecutiva (fs. 22 a 23, pieza 1, A.A.), quien sostuvo que *“el Sub Crio Fregossi Álvarez se ha tomado atribuciones indebidas, apartadas de la normativa vigente, al autorizar la salida de reclusos sin la debida anuencia judicial. También su conducta es premeditada y ha llevado a que sea considerada como normal por el personal a su mando. Si bien, como ya se expuso, el oficial subalterno niega haber autorizado la salida que nos ocupa, el suscrito entiende que su conducta anterior (que reconoce), como no haber contestado categóricamente en forma negativa al haber sido consultado por el Cabo Pedernera, influyeron directamente en el permiso de salida del encausado González Tarragona. La conducta del Sub Crio Fregossi constituye una falta grave que amerita una sanción acorde a su gravedad.”* (fs. 22 vto., pieza 1, A.A.).

De esta manera, una vez elevadas las actuaciones al Sub Jefe de Policía de Soriano, sugirió la instrucción de un *sumario administrativo* (fs. 38, A.A.).

En consecuencia, el 2 de julio de 2014, el Jefe de Policía de Soriano dictó la Resolución N° 96/2014, disponiendo la realización de un *sumario administrativo*, adoptando como *medida preventiva* el traslado de los policías involucrados (fs. 39 a 40 y fs. 115 a 116, pieza 1, A.A.).

El 10 de julio de 2014, el instructor sumariante procedió a notificar al Sub Comisario Alejandro Fregossi de su designación para la instrucción

del sumario y de la medida preventiva de traslado dispuesta a su respecto (fs. 121, pieza 1, A.A.).

En el decurso del procedimiento, se procedió a recolectar prueba documental, por oficios y testimonial, interrogando a las siguientes personas: **i)** Agente de 2º Rubén Ottonelli (fs. 163, pieza 1, A.A.); **ii)** Agente de 2º Cesar Ferreira (fs. 164, pieza 1, A.A.); **iii)** Agente de 2º María Noel López (fs. 165, pieza 1, A.A.); **iv)** Agente de 2º Elbio Cano (fs. 167, pieza 1, A.A.); **v)** Cabo Alejandro Pedernera, *co - sumariado* (fs. 168, pieza 1, A.A.); **vi)** Cabo Mariela Tucatu (fs. 169 a 169 vto., pieza 1, A.A.); **vii)** Cabo José Otte (fs. 170 y fs. 175, pieza 1, A.A.); **viii)** *encausado* Agustín Arroyo (fs. 173 a 173 vto., pieza 1, A.A.); **ix)** *encausado* Adrián González (fs. 174, pieza 1, A.A.); **x)** Mary Eizaga (fs. 177, pieza 1, A.A.); **xi)** Agente de 2º Rodney López (fs. 179, pieza 1, A.A.); **xii)** Delia Maneiro (fs. 180, pieza 1, A.A.); **xiii)** Agente de 1º Paulo Ortega (fs. 181 a 181 vto., pieza 1, A.A.); **xiv)** Patricia Silva (fs. 182, pieza 1, A.A.); y **xv)** el *sumariado*, Sub - Comisario Alejandro Fregossi, quien declaró sin asistencia letrada (fs. 193 a 194, pieza 1, A.A.).

El 14 de noviembre de 2014, el instructor emitió su informe circunstanciado (fs. 195 a 200 vto., pieza 1, A.A.) por el cual sostuvo que el Sub Comisario Alejandro Fregossi “*Autorizó la salida del recluso Agustín Arroyo Machín, sin custodia ni autorización judicial, y demuestra total falta de control con el personal a su cargo, lo que permitió que se realizaron otras salidas de encausados sin autorización y sin custodia, de los reclusos Adrián Alejandro González Tarragona y Luis Alberto López Gianecchini (Conducta que infringen lo establecido en Numerales 1 y 15*

del Art. No. 27 del Dec. 644/971 Reglamento General de Disciplina)” (fs. 200, pieza 1, A.A.).

Se relevaron *circunstancias atenuantes* (inciso G art. 29 Dec. 644/971): *“Autoriza la salida basándose en el régimen de progresividad, teniendo en cuenta la buena conducta del Encausado, estimulando el sentido de la responsabilidad y buena conducta, en la tarea de rehabilitación de la persona privada de libertad”*; y *agravantes* (inciso A, B y G Dec. 644/971 Reglamento General de Disciplina).

El 21 de noviembre de 2014, se confirió vista al Sub Comisario Alejandro Fregossi (fs. 203, pieza 1, A.A.), quien no presentó descargos.

El 26 de diciembre de 2014, emitió informe letrado el Abogado Asesor de la Región Policial N° 2, quien consideró que los sumariados se encontraban incurso en faltas graves, siendo susceptibles de *“sanciones ejemplarizantes”*, por lo que aconsejó otorgarles vista de su dictamen (fs. 206 a 206 vto., pieza 1, A.A.), la que tras ser notificada (fs. 219, pieza 1, A.A.) tampoco fue evacuada.

El 15 de abril de 2015, se volvió a pronunciar el Abogado Asesor de la Región Policial N° 2, quien sugirió disponer una ampliación sumarial a los efectos de incorporar las actuaciones judiciales correspondientes (fs. 221, pieza 1, A.A.).

El 23 de abril de 2015, el Jefe de Policía de Soriano dictó la Resolución N° 40/2015, por la cual ordenó la ***ampliación sumarial*** de marras (fs. 222 a 223 vto., pieza 1, A.A.).

El 15 de junio de 2015, emitió un nuevo informe el Asesor Letrado de la Región Policial N° 2, el que dio cuenta de la imposibilidad de acceder a las actuaciones judiciales y recomendó que el instructor sumariante

ratificara o rectificara sus conclusiones y se diera a los sumariados una nueva vista (fs. 229, pieza 1, A.A.).

El 27 de junio de 2015, se emitió un nuevo informe por la instrucción (fs. 231 a 231 vto., pieza 1, A.A.), consignando que *“No pretende este instructor justificar en nada la conducta del Sub Crio Fregossi Álvarez la que es claramente negligente, pero es menester contextualizar la misma.*

Obran como atenuantes, lo establecido en el artículo 29 literal A (que no haya existido dolo o premeditación) y literal D (facilitar el esclarecimiento de los hechos que se investigan).

En lo que respecta a las agravantes citadas por el anterior Oficial instructor, el suscrito estima que no existió dolo por lo que no debe tomarse como agravante la del artículo 30 literal B), tampoco se configura la reincidencia art. 29 literal A), y teniendo en cuenta que el cargo de Director de Cárcel Departamental estaba destinado al menos para un Sr. Crio. Insp. debería considerarse como agravante la establecida en el artículo 29 literal G del citado cuerpo” (fs. 231 vto., pieza 1, A.A.).

El 1º de julio de 2015, se otorgó nueva vista al Sub Comisario Alejandro Fregossi, quien no presentó escrito de descargos (f. 232, pieza 1, A.A.).

El 14 de agosto de 2015, el Asesor Letrado de la Región Policial N° 2 se pronunció aconsejando la *cesantía* del actor, por la causal *ineptitud para el ejercicio del cargo* y aconsejó se le otorgara vista (fs. 234 a 235, pieza 1, A.A.).

El 21 de agosto de 2015 se le otorga vista (fs. 237, pieza 1, A.A.) y en esta instancia presentó *escrito de descargos* (fs. 238 a 240 vto., pieza 1, A.A.).

El 15 de setiembre de 2015, el Asesor Letrado de la Región Policial N° 2 ratificó su dictamen (fs. 243, pieza 1, A.A.).

Por Resolución N° 025/2016, de 8 de marzo de 2016, la Jefatura de Policía de Soriano dispuso la clausura del presente sumario administrativo y solicitar al Ministerio del Interior la *cesantía* del actor por la causal de *Ineptitud en el ejercicio del cargo* (fs. 271 a 272, pieza 2, A.A.).

El 5 de mayo de 2016 se expidió el Departamento de Asesoría Jurídica, Sector Disciplinario del Ministerio del Interior, el que sugirió la imposición de una *sanción de suspensión* al sumariado, al no haber habido premeditación o dolo y haber facilitado el esclarecimiento de los hechos que se investigan, como atenuantes (fs. 277 a 278, pieza 2, A.A.).

El 26 de mayo de 2016, el Ministro Interino, Licenciado Jorge Vázquez, ordenó el pasaje de las actuaciones a la Oficina Nacional del Servicio Civil, entendiendo procedente la *cesantía* (fs. 283, pieza 2, A.A.).

Pasados los obrados a consideración de la ONSC-CNSC, se pronunció en forma favorable a declarar la *cesantía* del sumariado por la *causal de ineptitud* (fs. 286 a 289 vto., pieza 2, A.A.).

Finalmente, el Ministerio del Interior procedió al dictado del acto sancionatorio expulsivo que se enjuicia en los presentes obrados (fs. 302 a 308, pieza 4, A.A.).

III) El Tribunal, por mayoría de sus miembros, habrá de compartir la solución propuesta por el Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo (fs. 81 a 85) y declarará la nulidad del acto por razones ajenas al mérito, por los fundamentos que se explicitarán.

Tal como emerge de los antecedentes y se relevó en el considerando II), la instrucción de las medidas probatorias durante la instrucción del

sumario se realizó de manera unilateral, sin el control del sumariado. A lo que cabe agregar que este declaró sin asistencia letrada y sin que obre ninguna constancia que ello haya sido una opción libremente escogida por este.

De esta manera, la mayoría de los integrantes de la Sala entienden que asiste razón a la parte demandante en cuanto alega la existencia de un vicio de procedimiento que le imposibilitó realizar un debido contralor de la prueba de cargo, así como de ejercer integralmente su derecho de defensa, todo lo cual determina la existencia de ***graves vicios de procedimiento*** que inficionan de nulidad al encausado e ***impiden un pronunciamiento sobre el fondo del asunto***.

Como lo ha señalado la Corporación en anteriores pronunciamientos (sentencias Nos. 574/2012, 142/2013, 265/2013, 367/2014, 366/2016, 188/2017, 341/2017, 499/2017, 955/2017, 380/2018, 445/2018, 660/2018, 416/2019, 605/2019, 632/2019, 789/2019, 110/2020, 72/2020, 117/2020 y 221/2020, entre otras), existe el derecho del sumariado a controlar el diligenciamiento de la prueba de cargo con asistencia letrada durante todo el procedimiento sumarial. Ello forma parte del derecho al debido proceso y las restricciones a su ejercicio constatadas en autos suponen una ***severa afectación de las garantías de defensa***.

La demandada no ha controvertido asertivamente la efectiva falta de control de la prueba de cargo producida durante el sumario y se ha limitado a señalar que la indefensión a que refirió el demandante “*no puede demostrarlo*” (punto 24, fs. 23) y que “*nunca se vulneró el derecho a defensa*” (punto 35, fs. 24), agregando que “*el Sub Crio. Alejandro Fregossi por ser Oficial en el grado de Sub Crio. Debe saber que puede*

llevar abogado” (punto 33, fojas 24).

Con tales entendimientos, y a la luz de las irregularidades emergentes de los antecedentes que componen la instrucción del sumario de marras, corresponde el amparo de la pretensión anulatoria por ***razones ajenas al mérito.***

Cabe remitirse aquí a lo expresado por el Tribunal en **sentencia N° 574/2012**: *“VII) Desde un ángulo de análisis jurídico, podría eventualmente sostenerse que, pese al carácter secreto del procedimiento disciplinario, igualmente dicho carácter no enerva la denominada “publicidad interna” que debe existir entre el instructor y el funcionario objeto de las actuaciones, siendo este partícipe necesario ya que el procedimiento se orienta a comprobar la existencia o no de responsabilidad administrativa. Por las razones apuntadas, puede reconocerse como una derivación o especificación del derecho de defensa el efectivo contralor de la prueba a diligenciar durante su sustanciación con independencia del estado en que se halle el procedimiento (ex art. 71 Decreto 500/991).*

Señala DURÁN MARTÍNEZ que el derecho a la asistencia letrada y contralor de probanzas debe entenderse vigente en la totalidad del proceso sumarial (arts. 71, 72, 168, 201 del Decreto 500/991), particularmente cuando el mismo por su contenido represivo corresponde sea parificado al proceso penal (Durán Martínez, Augusto; en Procedimiento Administrativo, Revista Uruguay de Derecho Constitucional y Político, Serie de Congresos y Conferencias - Seminario realizado en U.C.U.D.A.L.- Montevideo, 1991, págs. 81 y ss., 88 y 89).

Y en posterior aporte doctrinario, expresó el autor: “Cuando

hablamos del secreto con relación a actuaciones administrativas tenemos que partir de la base de que esto es excepcional, el principio es la publicidad. Lo expuesto resulta muy claro hoy en día a partir de la ley N° 18.381, de 17 de octubre de 2008, relativa al acceso a la información pública. Pero en puridad, este derecho al acceso preexiste a la ley ya que deriva de la forma Republicana de Gobierno y además es inherente a la persona humana, por lo que es de los comprendidos en el art. 72 de la Constitución. (...) Es cierto que el principio de publicidad no es absoluto, admite restricciones. El artículo 8 de la ley N° 18.381 admite como excepciones aquellas informaciones definidas como secretas por la ley y las que se definan como de carácter reservado y confidencial. Y expresamente establece que esas excepciones serán de interpretación estricta” (Durán Martínez, Augusto; “El secreto de las actuaciones sumariales no alcanza al sumariado” en Estudios de Derecho Administrativo, año 2010-N° 2, LA LEY URUGUAY, pág. 750/751).

*Con tales entendimientos, podría sostenerse que **la bilateralidad procedimental no comienza con el otorgamiento de la vista del informe final del sumariante (vide: Sentencias 704/2006 y 313/2011), y ello porque el sumariado no es un tercero ajeno a los procedimientos, es ni más ni menos que el individuo contra quien se dirige el obrar administrativo. Unilateralidad no debe confundirse con oficialidad, el procedimiento es y será dirigido por la Administración (impulsión de oficio), pero no por ello el sujeto sumariado deviene en un mero veedor con un rol devaluado y absolutamente pasivo o testimonial frente al activismo estatal. La verdad material de los hechos como directriz axiológica aplicable al procedimiento es perfectamente armonizable con***

ajustadas formas dirigidas a su acceso. En el sumario, el funcionario instructor deberá ceñirse a la verdad material, en virtud de lo cual tiene evidentemente potestades inquisitivas -en el despliegue probatorio- a los efectos de conocer cómo sucedieron y si ocurrieron los hechos investigados, sin perjuicio de verificar si en ellos cupo responsabilidad al pretensor, pero tan importante es el resultado como los medios empleados para su arribo.

*Porque como expresa GORDILLO: “Por lo demás, **el control de la prueba es doble: de su producción y de los resultados de esa producción.** No basta para satisfacer el principio de la audiencia del interesado, que éste se encuentre en una pericia, examen, etc., si no se le manifiestan los resultados de esa pericia para su control. A este último fin (control de los resultados de la prueba) se dirige precisamente la alegación de dicha prueba, a que nos referimos en el acápite siguiente. **Nada tiene que ver el carácter instructorio o inquisitivo del procedimiento con el control de la producción de la prueba. Este control hace al mejor esclarecimiento de los hechos y a la adecuada producción de la prueba en defensa del administrado.** Ninguno de estos aspectos es incompatible con aquel carácter instructorio. Este control del interesado sirve para la plena realización de los criterios rectores del procedimiento: legalidad objetiva, verdad material, defensa del interesado” (Gordillo, Agustín; “Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 4, 10ª Edición, Fundación de Derecho Administrativo, VII 19 en consulta a http://www.gordillo.com/pdf_tomo_4/capitulo7.pdf).”* (la negrilla y el subrayado no están en el original).

En similar línea de razonamiento, el Colegiado complementó los postulados que se vienen de transcribir en **sentencia N° 366/2016**: “**En**

esta orientación va la autorizada opinión de CAJARVILLE, quien postula que siendo la publicidad el principio de jerarquía constitucional y legal, la proclamación del “carácter secreto” de los procedimientos disciplinarios contenida en el art. 174 del Decreto No. 500/991, encuentra su único fundamento legítimo en el respeto a la honra y dignidad de los funcionarios sometidos a ellos; por consiguiente no puede interpretarse como alcanzando a los propios funcionarios mencionados sin grave violación, no sólo de este principio de publicidad, sino además de su derecho a la defensa administrativa (Cf. CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo; “Introducción al procedimiento administrativo uruguayo” en “Sobre Derecho Administrativo” T. II, FCU, Montevideo, 2012 pág. 190; ver sentencia 142/2013).” (la negrilla no está en el original).

Más recientemente, el Colegiado indicó: “(...) **Ignacio ROBAINA RAGGIO**, ha expresado con acierto que la restricción a las facultades de fiscalización a la hora del diligenciamiento de la prueba de cargo en los sumarios administrativos, quebranta el mandato constitucional de debido proceso. Como bien señala el autor:

“Resulta claro que la ausencia de control o fiscalización, afecta - severamente- el diseño de las garantías que deben rodear la instancia administrativa. En rigor, ¿en qué circunstancias se desarrollan los interrogatorios realizados y las demás diligencias probatorias que se dispongan en la sustanciación del procedimiento administrativo? Sencillamente, no hay control, quedando librada la instancia a las bondades republicanas del funcionario de turno.” (ROBAINA RAGGIO, Ignacio: “Procedimiento administrativo disciplinario y actuaciones

secretas: el control como garantía básica”, Revista de Derecho Público, Año 20 (Montevideo), 2011, N° 40, pág. 63).

Con tales entendimientos, resulta razonable concluir que las garantías de la actora fueron retaceadas por el diligenciamiento de lo medular de la prueba de cargo sin su contralor. En definitiva, el agravio que denuncia la irregularidad del procedimiento debe ser recepcionado.” (sentencias N° 789/2019 y 117/2020) (la negrilla y el subrayado no están en el original).

Los *graves apartamientos adjetivos* que se vienen de relacionar *inficionan de nulidad el acto enjuiciado* e impiden a la Sede ingresar al *análisis del fondo del asunto*, en tanto se carece de elementos suficientes de juicio para expedirse.

Por los fundamentos expuestos, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en atención a lo dispuesto por los artículos 309 y 310 de la Constitución, por mayoría de sus integrantes

FALLA:

Ampárase la acción anulatoria y en su mérito anúlase 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 \$36.000 (pesos uruguayos treinta y seis mil).

Oportunamente, devuélvanse los antecedentes administrativos agregados; y archívese.

Dra. Klett (d.), Dr. Gómez Tedeschi, Dr. Echeveste, Dr. Vázquez Cruz (r.),
Dr. Corujo.
Dr. Marquisio. (Sec. Letrado).

Dra. Selva Klett. DISCORDE: *Por cuanto entiendo que procede la confirmación del acto enjuiciado.*

*Al funcionario policial **Alejandro FREGOSI** -hoy fallecido, según consta de testimonio de partida de defunción agregada a fs. 41 infolios- se le impuso la sanción expulsiva de cesantía, al haberlo considerado inepto para el ejercicio del cargo por permitir salidas de reclusos del centro carcelario donde prestaba servicios como Encargado, sin la orden judicial correspondiente.*

*Al formular **agravios** (fs. 2-16), el actor invocó vicios procedimentales que en su opinión implicaron un cercenamiento de las reglas del debido proceso, impidiendo el pleno ejercicio del derecho de defensa, a la vez que esgrimió vicios sustanciales fincados en que la autorización no la dio el funcionario, sino las máximas jerarquías de la Jefatura de Soriano, en cumplimiento de una práctica común a todos los centros carcelarios (que quedaba debidamente registrada y era informada en los Boletines diarios al Jefe de Policía).*

I.- La información de urgencia y posterior sumario incoado al promotor, se disparó a raíz de haberse detectado por parte de personal de la Dirección de Investigaciones del Departamento de Soriano, con fecha 18 de junio de 2014, que dos personas salían en moto desde una presunta “boca” de venta de estupefacientes en el Barrio Hipódromo, se estacionaron posteriormente frente a la Cárcel Departamental, siendo una

de ellas el encausado Adrián GONZÁLEZ TARRAGONA, quien no contaba con salidas transitorias autorizadas judicialmente.

Resultó acreditado que el funcionario FREGOSSI, con la jerarquía que revestía -grado de Sub-Comisario-, Encargado de la Cárcel Departamental de Soriano, desconoció el parquet competencial de la justicia, arrogándose una facultad que está reservada por Ley, a los Magistrados.

La inconducta mencionada fue ampliamente reconocida por FREGOSSI al momento de ser interrogado en el sumario (fs. 193-194 AA, pieza I), así como en oportunidades previas (vide fs. 77 y 110 ibídem), con la salvedad que pretendió tender un manto de legitimidad a su obrar, aduciendo que se trataba de un proceder que venía de larga data, antes de su incorporación como jerarca en el Centro de Reclusión y que en todo caso tenía la finalidad de lograr la rehabilitación del recluso, en aplicación “del régimen de progresividad establecido para las Cárceles donde en el capítulo cuarto artículo 52 se establece que se debe estimular los actos de buena conducta, espíritu de trabajo y sentido de la responsabilidad, como también el artículo 26 de la Constitución donde en ningún caso se permitirá que las Cárceles sirvan para mortificar, y sí solo para asegurar a los procesados y penados, persiguiendo su re-educación, la aptitud para el trabajo y la profilaxis del delito (...)”. (fs. 193 vto.-194 ibídem). Argumentos estos, que no resisten el mínimo análisis.

Nótese lo significativo de sus declaraciones al expresar: “(...) Lo autoricé para el día 17 de junio para reconocimiento de un hijo basándome en los criterios mencionados anteriormente, teniendo en cuenta la prioridad y el fin de la solicitud para reconocer un hijo,

tratándose también un Encausado con buena conducta carcelaria y que en caso de tramitar su solicitud al Juzgado correspondiente le demoraría más de diez días la autorización y no podría reconocer a su hijo. (fs. 194 ib.).

Es decir, por sí y ante sí, evaluaba si autorizaba una salida especial a un recluso, teniendo en cuenta sus antecedentes en el recinto carcelario, el fin de la solicitud y si el pedir la autorización a la autoridad competente insumiría mucho tiempo.

II.- El instructor elaboró su informe con fecha 26 de diciembre de 2014 (fs. 206 y vto. ibídem) clarificando sobre la responsabilidad que le cupo a los funcionarios implicados.

Expresó al respecto: “A fin de calibrar la irregularidad cometida, es necesario aclarar el alcance de la legislación vigente en lo relativo a las salidas que pueden usufructuar los reclusos y la metodología necesaria para su obtención.

En tal sentido cabe señalar que el Decreto Ley N° 14.470 en su artículo 5° estableció: “Los reclusos quedarán a disposición del Juez competente en todo lo atinente al proceso judicial, siendo de competencia exclusiva de la autoridad carcelaria la aplicación del régimen administrativo de reclusión”. Por su parte el artículo 14 del referido Decreto-Ley dispuso: “En caso de fallecimiento, enfermedad, o accidente grave de parientes o personas allegadas a los reclusos en tanto las circunstancias lo permitan, las autoridades del establecimiento podrán disponer bajo segura custodia, con la autorización previa del Juez competente, el traslado del recluso vistiendo ropas particulares al lugar donde se encuentra la persona enferma o fallecida”.

La misma norma jurídica en su artículo 61 y siguientes dispuso la concesión de salidas transitorias de distinta naturaleza estando a cargo la disposición de las mismas en manos de la autoridad carcelaria.

*Posteriormente, modificaciones legislativas, concretamente **la Ley N° 16.928 modificaron el procedimiento para solicitar el beneficio de las salidas transitorias, poniendo en manos de los Sres. Jueces la decisión de tales solicitudes, cumpliendo los órganos dependientes del Ministerio del Interior, tareas de asesoramiento a los Señores Magistrados***”.

Entendió el instructor que el accionar de los sumariados carece de todo fundamento legal o reglamentario que avale sus conductas, razón por la cual nos encontramos frente a sendas responsabilidades disciplinarias; que conforme las pruebas recabadas, los reclusos eran autorizados por el Encargado de la Cárcel -el actor FREGOSSÍ- y por el Cabo PEDERNERA a disponer de “salidas especiales” a fin de realizar tareas laborales o cumplir con determinadas tramitaciones, las que eran registradas en planillas.

En tal sentido, los testimonios de los funcionarios de turno, de los reclusos implicados y, asimismo, el reconocimiento del Sub Comisario FREGOSSÍ, son prueba contundente de ello.

Concluyó que los sumariados se encuentran incursos en faltas graves, siendo susceptibles de sanciones ejemplarizantes. (fs. 206 vto. ib.).

Del informe del instructor se le confirió vista al actor, con fecha 18 de marzo de 2015, según consta a fs. 219 ibídem; la que no fue evacuada, conforme surge de las actuaciones incorporadas y de lo informado a fs. 221 ib.

Dispuesta la ampliación sumarial con la finalidad de agregar las

actuaciones judiciales instruidas en la causa (fs. 222-223), fue informado a fs. 229 que éstas se encontraban en etapa presumarial, bajo la reserva que su estado implica, por lo que se solicita que el Instructor ratifique o rectifique lo informado.

Se emitió nuevo informe el 27 de junio de 2015 (fs. 231) en el que en relación con el Oficial subalterno, Sub. Crio FREGOSSI, en su calidad de encargado de la entonces Cárcel Departamental de la Jefatura de Policía de Soriano, se concluye: **“desarrolló una conducta pasible de ser sancionada según lo establecido en los artículos 1, 12 y 15 del Decreto N° 644/971 (RGD), a lo que se agregó la falta contemplada en el artículo 12 ya que resulta probado su “falta de control, supervisión, cooperación, dedicación y contracción en los servicios a su mando (...)”.**

El 1° de julio de 2015 se le confirió vista al actor (fs. 232 ib.), **quien no la evacuó**, conforme se consigna a fs. 233 cit.

La Asesoría Letrada, por informe de 14 de agosto de 2015, ratificó lo informado y entendió que **el sumariado se encontraría incurso en la hipótesis prevista por el artículo 26 lit. B del Reglamento General de Disciplina- Ineptitud en el ejercicio del cargo, correspondiendo su cesantía o en su defecto la hipótesis prevista por el artículo 27, numeral 4° del mismo Reglamento, con las atenuantes que entiende aplicables, en cuyo caso sería pasible de una sanción de suspensión de 6 meses** (fs. 234-235 ib.).

Se le confirió nueva vista al Sr. FREGOSSI, el 21 de agosto de 2015 (fs. 237), la que esta vez fue evacuada a fs. 238-240 ib.

La defensa ensayada por el pretensor fincó, al igual que en oportunidad de ser interrogado, en que el procedimiento de concesión de

salidas -sin autorización del Juez- era una práctica de antaño, que respondía a favorecer la rehabilitación y que era una forma de premiar la buena conducta del recluso dentro del recinto carcelario. Asimismo, puntualizó que no se midió con la misma vara, situaciones similares, no siendo en esos casos, sometidos a sumario administrativo los funcionarios intervinientes, violando claramente el principio de igualdad previsto en la Carta.

La Asesoría Letrada se pronunció nuevamente por informe de 15 de setiembre de 2015, ratificando las aseveraciones realizadas en anterior dictamen; y en lo que refiere a las presuntas irregularidades en períodos anteriores, sugirió la realización de una investigación administrativa a fin de esclarecer tales extremos (fs. 243 ib.).

*III) Conforme viene de exponerse, **resulta acreditada y ampliamente reconocida por el actor la conducta irregular por él desplegada.***

Por otra parte, emerge del precedente relato de antecedentes, que los vicios procedimentales que el reclamante invoca, no supusieron una conculcación del Derecho de Defensa.

*En efecto, a lo largo del procedimiento sumarial **le fueron concedidas varias vistas, las que no evacuó,** formulando descargos únicamente al concederse la última, con fecha 21 de agosto de 2015 (fs. 237); sin mayores argumentos: **nuevamente reconoció la concesión de salidas a reclusos, sin autorización del Juez.***

De manera que los motivos alegados por el accionante como sustento de la violación de las reglas del debido proceso, carecen de trascendencia para provocar indefensión.

No existe, pues, un desconocimiento de garantías, pues el Sr. FREGOSSI tuvo sendas oportunidades de ejercitar sus defensas y no lo hizo. Tal actitud procesal desvirtúa el alegado vicio, a la vez que convalida toda actuación procesal, eventualmente viciada de nulidad.

Por lo demás, en este juicio, la prueba cuyo diligenciamiento fue solicitado se centró en tratar de acreditar que el proceder que diera lugar a la cesantía de marras era conocido por las jerarquías, que no se trataba de una “innovación del Sub Crio. FREGOSSI”; que se realizaban desde larga data y eran llamadas “salidas especiales”; y que ante situaciones similares no se actuó de la misma manera, etc.

¿Qué conducencia puede ostentar dicha probanza a la luz de la falta cometida por el pretensor?

La respuesta debe ser, ninguna.

El actor, en forma contundente, reconoció arrogarse una competencia que sabía o, al menos, debía conocer, no ostentaba.

El extremo invocado acerca de que los jerarcas estaban en conocimiento de la situación, como pseudo “causal de justificación”, no puede ser de recibo.

Como correctamente expresa la accionada, si ello era así, debió denunciarlo a las autoridades. Tampoco resulta conducente la prueba destinada a acreditar que ante situaciones análogas no se había actuado de la misma forma. En todo caso, las situaciones irregulares que denuncia, podrán ser objeto de otras investigaciones -como fue sugerido por la Asesoría Letrada por informe de 15 de setiembre de 2015, a fs. 243 AA-, pero en nada legitiman su obrar contra legem.

El actor era un funcionario con 20 años en el Instituto Policial.

Conforme emerge de su legajo funcional, agregado a fs. 130 y ss. AA, pieza I, ingresó a la Jefatura de Policía de Soriano el 15 de agosto de 1993, como Agente de 2ª.

Ascendió en el año 2001 a Oficial Ayudante; en el año 2006 a Oficial Principal; y el 1º de febrero de 2011, a Sub Comisario (fs. 131 ibídem), realizando, a tales efectos, los correspondientes cursos de Pasaje de Grado, según consta a fs. 131 vto. cit.

De modo que el funcionario policial (Oficial, no subalterno), debía conocer el DEBER impuesto por la normativa de denunciar cualquier tipo de conducta contraria a la debida, por lo tanto resulta absurdo que livianamente sostenga que “venía cumpliendo una tarea que se aplicaba de antaño”.

*En tal sentido, el **Decreto 500/991** en su **artículo 175** establece que “**Todo funcionario público está obligado a denunciar las irregularidades de que tuviera conocimiento por razón de sus funciones, de las que se cometieren en su repartición...**”; ello sin perjuicio de la denuncia policial o judicial de los delitos (artículo 178, numeral 10 de la Carta, art. 177 del Código Penal y art. 176 Decreto 500/991); previéndose que la omisión de denuncia administrativa y policial o judicial, configurará **falta grave**.*

***IV)** En definitiva, entiendo que nada cabe reprochar a lo actuado por la Administración. El comportamiento del pretensor, claramente inadmisibile, amerita el correspondiente reproche disciplinario por ineptitud para el ejercicio del cargo, revistiendo razonabilidad, la sanción expulsiva finalmente dispuesta.*

Como recalcó la ONSC en su dictamen, a fs. 289 AA, la conducta

negligente y apartada de los protocolos de actuación en la que incurrió el sumariado, afecta notoriamente la imagen y función garantista que debe ofrecer la Institución Policial.

Cabe recordar, que la misión policial, en sentido amplio, abarca preservación de tranquilidad, confianza, orden, decoro y seguridad pública; por tanto, hay un conjunto de normas, de reglas de vida que conforman ese status especial, que no admite ni justifica transgresiones, debiendo la Administración manejarse dentro de sus potestades, aplicando la sanción que estime adecuada.

*Recientemente, la Corporación, en **sentencia N° 752/2019**, en la que fui redactora, en conceptos que resultan reeditables subespecie, expresó:*

*“...con idéntico celo al que se han regulado los deberes reforzados que entraña el ejercicio de la función policial, la Constitución prevé respecto de los Magistrados: **“todos los jueces son responsables ante la ley de la más pequeña agresión contra los derechos de las personas, así como por separarse en el orden de proceder que en ella se establezca”** (El resaltado no pertenece al original).*

La disposición transcripta, entre muchas otras de similar carácter, concentra un sustrato idéntico al del Estatuto del Funcionario Policial, y que puede resumirse en el siguiente aforismo: del mismo modo en que los jueces no pueden incurrir en conductas que afecten los derechos fundamentales, los funcionarios policiales no pueden quebrantar aquello que están mandatados a proteger.

Esta ha sido la tendencia que la Corporación desde mucho tiempo ha seguido en sus pronunciamientos. Justamente, en un caso similar al de obrados, al referir al Estado Policial, el Colegiado dijo: “(...) en dicho

Estado, el funcionario debe guardar en todo momento un desempeño probo y ejemplar, que si bien resulta exigible a todo servidor del Estado, se impone con mayor énfasis al funcionario policial y judicial en atención a los “valores” ciudadanos por los que debe velar en todo momento” (Cfe. Sentencia N° 617/2011).

Del mismo modo, en otra Sentencia, se sostuvo en términos replicables al ocurrente: “...la responsabilidad del actor -en su condición de funcionario policial- y en un cargo de jerarquía, deriva del denominado “Estado Policial”. En ese sentido, se ha dicho que ese “Estado” se debe preservar dentro y fuera del servicio, en un sentido amplio, al punto que, los derechos, deberes y obligaciones que le son propias, se mantienen aún en situación de retiro” (Cfme. Sentencia N° 425/2008).”

En suma, por los fundamentos expuestos, corresponde desestimar los agravios esgrimidos por el actor.

TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

EN LOS AUTOS

SUCESORES DE FREGOSI ALVAREZ, ALEJANDRO
PODER EJECUTIVO
ACCIÓN de NULIDAD

Ficha Nro. 579 / 2017

SE HA DICTADO LA SENTENCIA
Se adjunta copia de la misma

No. 463/2020 CON FECHA 01/09/20

En la ciudad de Montevideo, el día 30 de OCTUBRE de 2020 a la hora 14:19 quedó disponible para FREGOSI ALVAREZ, ALEJANDRO AGUSTIN en el domicilio electrónico 39350606, el cedulón que antecede.