

**VISTOS:**

Para sentencia de 1era instancia estos autos caratulados: "S. N. I; J. E. S- Dos delitos de abuso de funciones en caso no previstos por la ley en reiteración real uno como autor y otro como co autor; J. E. C. M. D. O; N. R. S. D-Dos delitos de abuso de funciones en casos no previstos específicamente por la ley en reiteración real, a título de autor; F. C. B; N. U. M. G- Un delito de abuso de funciones en casos no previstos en la ley a título de autor" seguidos con intervención del Sr. Fiscal Letrado Nacional en lo Penal de 7mo turno, Dr. Eduardo Fernández Dovat y las defensas de particular confianza a cargo del Dr. S. G. por N, Dr R. F por C, Dr. G. A. por S, Dr A. O. por C y S y Dr A. M. por M.-

**RESULTANDO:**

1) De las actuaciones procesales cumplidas

Que por auto nro. 666 de fecha 15 de mayo del año 2008 se dispuso el inicio de proceso penal, respecto de los encausados por la tipificación que se informa en la carátula imponiéndosele a los imputados N y S, como medida alternativa la presentación semanal ante la seccional policial de sus domicilios respectivos por el lapso de seis meses.-

La providencia fue recurrida tanto por el M. P. como por las respectivas defensas de todos los encausados.

Por resolución de fecha 4 de noviembre de 2008, nro. 1784 (fs. 1234-1236) se resolvió el recurso de reposición

manteniéndose la providencia en todos sus términos y dando trámite al recurso de apelación en subsidio.

Por sentencia interlocutoria nro. 314 de fecha 17 de setiembre del año 2009 el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 2do turno se expidió respecto del recurso de apelación confirmando la sentencia de 1era instancia recurrida en todos sus términos.

Vueltos los autos a la sede la defensa de N. presentó recurso de inconstitucionalidad lo que fue desestimado por la SCJ conforme tramitaciones separadas que se llevaron con el IUE 88-315/2009.

A fs. 1214, 1215, 1216, 1217, 1218 y 1219 se agregaron las planillas de antecedentes judiciales de los encausados, expedidas por el Instituto Técnico Forense donde no se informa de causas anteriores respecto de ninguno de los enjuiciados.

En fecha 18 de noviembre del año 2010, y desestimada la excepción de inconstitucionalidad interpuesta, por auto nro. 3050 se pusieron estos autos de manifiesto. Se comunicó a la SCJ las razones en la demora conforme lo dispuesto por art. 136 del C.P.P. Las defensas no propusieron nuevas diligencias. En su oportunidad se confirió vista al Min. Pco. a iguales efectos de acuerdo a lo dispuesto por art. 165 del C.P.P no reclamando otras probanzas.

Por auto nro. 803 de fecha 14 de abril del pasado año 2011 se confirió traslado al Min. Pco. a fin de que dedujera demanda acusatoria o sobreseimiento -art. 233 C.P.P- presentando acusación a fs. 1290-1299.

Se confirió traslado de la misma a las defensas quienes lo contestaron a fs. 1308-1316 por N, de fs. 1319-1320 por C, de fs. 1324- 1330 por S, de fs. 1332 a 1341 por C, no evacuando el traslado la defensa de M.-

Por providencia nro. 3509 de fecha 14 de diciembre pasado se convocó a las partes para sentencia subiendo estos autos a tales efectos el día 21 del mismo mes.

2) De los hechos probados.-

Que en fecha 21 de noviembre de 2005, se presentó denuncia por parte de representante del Banco Hipotecario del Uruguay, respecto de los enjuiciados en virtud de actos irregulares como los que se relatan y algunos de los cuales constituyen el fundamento del posterior enjuiciamiento, actos que fueron de conocimiento del nuevo directorio que asumió en la institución bancaria a partir del cambio de gobierno operado en el país en el año 2005 y como resultado de una auditoría interna ordenada por las nuevas autoridades.

Se denunció que los ex directores del Banco Hipotecario del Uruguay ( en adelante BHU), I. S. N, el E y A. J. S, el E. J. C. M. de O. y eventualmente los demás integrantes del directorio, habrían cometido actos que podrían configurar ilícitos penales, De esta manera se indicó que, a través de la auditoría y de resultancias de expedientes administrativos que se mencionan, los prenombrados recibieron autorizaciones para viajes que luego realizaron sin cumplirse con los procedimientos reglamentarios que se prevé para este tipo de situaciones, así también dichas autorizaciones refieren a

viajes que no se revelaron como convenientes o pertinentes en cuanto a normas de buena administración de la institución bancaria. Se explicitó los destinos y temática de los eventos a los que concurría el directivo - y encausado- J. S y que fuera observado en la auditoría. Agregado a ello, algunos integrantes del directorio habrían percibido por viáticos sumas superiores a las permitidas. En otro orden, se señala en la denuncia que el I.S. N percibió con autorización del directorio, los gastos de traslado y estadía por catorce días en EEUU de él y de su médico personal, con motivo de su intervención quirúrgica que se efectuara en dicho país. Posteriormente a ello, se le reintegró el deducible que el seguro privado médico le detraía al hacer uso del seguro para la operación efectuada, este reintegro también contó con la anuencia del directorio. De igual manera procedió el directorio respecto de los gastos, totales (operación, traslado, estadía) en que incurrió el directivo y encausado J. S. por una intervención quirúrgica que se le efectuaba también en EEUU. Se constató que tales gastos fueron soportados por fondos de la institución bancaria que dirigían.

Por resolución del directorio entrante, de fecha 11 de noviembre del año 2005, y constatadas las irregularidades denunciadas, se dispuso poner en conocimiento de la justicia penal conforme lo dispuesto por art. 177 del C.P.

Del informe de auditoría adjunto de fs. 3 y sigtes, de fecha 13 de setiembre de 2005, emerge en detalle los

gastos y rubros por los se analiza el período comprendido entre el año 1995 y 2004. Surge del informe que, principalmente, entre los años 1998 y 2002 se verificaron los mayores gastos de viajes siendo principalmente los ex directores J. S, J. C y S. N. Estos encausados realizaron viajes que fueron objetados por la auditoría por diversas razones. Así, se cuestiona en el informe que J S. concurrió a eventos que no se evidenciaban como necesarios para el organismo tales como los viajes a Sudáfrica, Malasia, Maui - Hawaii, para participar en la Conferencia sobre la inversión en la explotación minera sudafricana, o el Congreso de Bancos del Pacífico Asiático, o la 5ta Conferencia Anual del Mortgage Bank Association. Se observó además que en algunos viajes efectuados por los ex directivos, se liquidó por concepto de viáticos mas días que los que correspondía conforme a los que efectivamente insumía el evento que motivaba la concurrencia, ello cuando el mismo se desarrollaba en países limítrofes donde no se prevé el incremento de un día más antes y otro después del evento cuando éste se desarrolla en lugares lejanos o de difícil acceso.

Se denunció también el pago de gastos de personas que no eran funcionarios del BHU y sin embargo conformaron una delegación que realizó un viaje donde el Banco asumió los gastos.

De igual manera, el BHU asumió el costo de los pasajes y estadía de una misión integrada por especialistas y directivos de una institución española que estableciera

los lineamientos básicos de un plan estratégico en materia informática para el BHU.

De todos estos hechos que se denuncian se adjuntó documentación obrante en el BHU y que analizara el equipo que realizara la auditoría.

Los enjuiciados negaron haber actuado en forma ilegítima exponiéndose a continuación sus alegaciones :

A) Sacchi explicó, en relación a los viajes a los que concurrió, que lo hizo por designación del directorio y respondía a criterios de financiamiento de programas de vivienda o de desarrollo urbanístico que llevaba adelante el Banco o motivado en la concurrencia a uniones internacionales de las que el BHU debía participar por ser miembro. Refirió que los demás integrantes del Directorio, por diversas razones, no pudieron o no quisieron viajar al exterior por lo que era él quien prácticamente representaba al Banco en el exterior así como el presidente, S. N. En lo que hace a los viajes específicamente que refiere la auditoría señaló que concurrió a Ciudad del Cabo en Sudáfrica para participar en la conferencia sobre temática de la minería africana, designado por el presidente del Banco no solo para ir a la conferencia sino para ver un reciclaje de similares características a las que se proponía para el Plan Fénix que se estaba realizando en Ciudad del Cabo. El viaje a Hawaii al que también concurrió tenía como temática la cooperación o participación del sector público con el privado. Finalmente, en lo que refiere al viaje hacia Kuala Lumpur- Malasia-, explicó que se trataba de una

conferencia de Bancos asiáticos para el financiamiento de todo tipo de emprendimientos y atento a que capitales malayos estaban interesados en realizar inversiones en Uruguay era inquietud del Banco presentar la necesidad de financiación de los programas que se estaban desarrollando. En cuanto a la operación quirúrgica que se realizó en Nueva York relató que padecía desde tiempo atrás una dolencia en una rodilla y consultó a médicos en uno de sus viajes a Nueva York quienes le recomendaron que se sometiera a una operación para colocarle una prótesis que no se conseguía en Uruguay lo que finalmente se hizo en el año 1997. Agregó que luego, cuando fue de su conocimiento que en anteriores oportunidades se había costado las operaciones de funcionarios en el exterior, solicitó al directorio se le reembolsara el gasto que la intervención quirúrgica había salido y cuyo pago había asumido el encausado en forma personal, lo que fue avalado por el Directorio y se le pagó en consecuencia la suma aproximada a US\$ 27.000, costo de la operación y gastos médicos. Este reembolso que finalmente fue avalado por el Directorio, reseñó que se hizo con cargo al fondo creado para pago de atención en salud, conforme reglamentación de larga data existente en el BHU.

B) El encausado S. N. relata en similares términos las decisiones adoptadas para la concurrencia a viajes y eventos en el exterior. En cuanto a la operación quirúrgica a la que él fuera sometido en Estados Unidos, explicó que la misma fue costada por su seguro médico personal y que el deducible y los gastos hospitalarios -

comidas, hotel, traslado y estadía del médico del BHU que lo acompañó durante todo el tiempo- fueron gastos que solicitó al Directorio que les fueran reintegrados lo que se aprobó y se le reembolsaron los mismos, unos US\$ 10.000 según sus estimaciones.

C) El encausado J. C. M. d. O, quien según la auditoría registró numerosos viajes, especialmente a Buenos Aires - Argentina- explicó que los mismos estaban motivados en realización de cursos de especialización y justificó sus viajes en motivos institucionales o profesionales. Tanto respecto de los viajes realizados por él como por los que fueran los demás directivos, afirma que al regreso se informaba de los mismos por los que participaban de dichos viajes pero que habitualmente no se hacía informes escritos ni se recogía en actas lo que éstos relataban como resultado de sus viajes. En cuanto a los gastos de reintegro de las operaciones médicas afirmó que previamente recibieron informes que daban cuenta de antecedentes de casos similares y atendiendo a un sistema de cobertura médica muy amplio que existía en el BHU desde larga data. No recordaba el contenido del reglamento que regía este sistema de salud y durante su permanencia en el directorio afirmó que solo se solicitaron los reintegros de las operaciones de S. y de N.

D) En su declaración judicial, el encausado N. M, coincidió en las valoraciones efectuadas por C. en el sentido de la existencia de una reglamentación respecto del servicio médico del Banco aunque no conocía el



alcance exacto de la misma. No realizó viajes al exterior.

E) El encausado F. C. realizó viajes, costeados por fondos del BHU, los cuales justificó por motivos institucionales y de formación. En relación al reintegro de los costos de operaciones en el exterior, señaló que mientras él estuvo en el Directorio solo participó de la votación del reembolso de dinero de la operación de N. y, al igual que los demás encausados, tenía conocimiento de una reglamentación que daba derechos tanto a los funcionarios como a los directivos en cobertura médica aunque ignora si esta reglamentación refería también a intervenciones en el exterior.

F) Por último, el directivo N. S, negó haber participado en evento alguno en el exterior en representación del BHU. En cuanto al reintegro de los gastos de operaciones practicadas a N y S. refirió que ello obedeció a que los mismos tenían derecho a prestación médica del BHU al igual que los demás funcionarios y que ello implicaba no solo la atención en el país sino también en el exterior. La pertinencia de la atención en el exterior, informó, la determinaban los médicos del servicio médico. Agregó que cuando los gastos excedían lo previsto por los servicios médicos y los asumía el funcionario, se solicitaba por parte del mismo funcionario el reintegro de los gastos al Banco, lo cual era decidido por el Directorio.

La prueba de lo expuesto emerge de actuaciones de autos, denuncia presentada, informe de auditoría, documentación adjunta por la entidad bancaria

denunciante, declaración de los denunciantes, auditores, testigos y encausados, éstas recibidas con asistencia letrada, documentación incorporada por las diversas defensas de los encartados, Reglamento de servicio Médico y modificativas así como orden de servicio relativa al tema, fotocopia de expedientes administrativos, fotocopia de convocatoria a congresos internacionales, consultas jurídicas adjuntas y demás resultancias de autos.

3) De la acusación y la defensa.

En función al soporte fáctico informado, el Min. P. dedujo acusación reclamando la condena de J. S y N. por dos delitos de abuso de funciones en casos no previstos especialmente por la ley, en reiteración real, el primero de los nombrados como co autor en el primer delito y como autor en el segundo en tanto que N. a la inversa, en lo que refiere a la autoría esto es, como autor en el primer delito y como co autor en el segundo. Esto en tanto refiere a la autorización otorgada por el Directorio para el reintegro de los gastos siendo el primer reintegro el otorgado a S. y en esa oportunidad en que se resolvió favorablemente a la solicitud que en ese sentido había formulado el encausado, éste no participó en la sesión del directorio donde se trató la misma.

Los demás integrantes del directorio, C. M. d. O, S, M. y C. responden exclusivamente por haber votado o dado su consentimiento en el seno del Directorio para que estos reembolsos reclamados se otorgaran. En tal hipótesis, y de acuerdo a los períodos en que permanecieron como directivos, el M. P. reclama que se les condene como

autores pero C y S. por dos delitos de abuso de funciones en casos no previstos por la ley y C y M. por un delito idéntico al mencionado para los demás co encausados.

Asimismo, y respecto de los viajes que desarrollara S, los cuales eran autorizados por S. N, el titular de la acción penal reclama, respecto del prenombrado, la condena como autor de tres delitos de abuso de funciones en casos no previstos especialmente por la ley, en reiteración real. De igual imputación y grado de participación reclama por el co encausado S. en tanto que aceptó viajar en representación del Banco por los mismos fundamentos.

Computa como agravante genérica la pluriparticipación en relación a la autorización otorgada al reembolso de dinero.

Como mitigatoria, la primariedad en relación a todos los enjuiciados, en vía analógica.

Las defensas particulares contestaron a su turno la demanda reiterando los argumentos por los cuales en su oportunidad se opusieron a la solicitud de procesamiento y que expusieron luego al interponer recurso de reposición y apelación en relación al auto de enjuiciamiento. En síntesis la defensa de N. negó que su defendido hubiera actuado con arbitrariedad o movido por fines espurios al reclamar el reintegro del costo del deducible de su seguro médico así como al autorizar el reembolso de los gastos de intervención de S. Afirmó que las resoluciones cuestionadas fueron precedidas de informes extendidos por el gerente general del BHU de

amplia experiencia jurídica y en el Banco no habiendo sido cuestionada por ninguno de los asesores del Directorio ni resultaron observadas por el Tribunal de Cuentas que contaba con un miembro auditor en el BHU. Refiere que existía en el Banco un servicio médico el que, por decreto asumió la atención médica integral de sus funcionarios existiendo antecedentes de atenciones médicas en el exterior. No surge tampoco que se haya abonado los reembolsos autorizados con dinero del banco. El servicio médico integra la esfera jurídica y patrimonial del BHU no estando determinado en autos con qué fondos se abonaron los reintegros. No se acreditó, agrega, que se haya producido un perjuicio a la administración. Concluye que no se ha reunido la prueba suficiente para condenar a su defendido por actos desplegados de los que N. ignoraba que eran ilícitos y por ende no existió dolo en su accionar.

En cuanto a los viajes, reclama se siga el razonamiento sustentado en el auto de procesamiento donde se desestimó tal requisitoria Fiscal.

Aboga por una sentencia absolutoria o, en su caso, se dicte sentencia concediéndose al encausado la suspensión condicional de la pena conforme lo previsto por art. 11 de ley 17.726.

La defensa de F. C reitera también los argumentos que en su momento sostuviera cuando se opuso a la requisitoria Fiscal de procesamiento, los que, en general, son los que plantearan las demás defensas en relación a los mismos puntos, esto es, que la aprobación del reintegro de los

gastos que en su momento efectuaron los encausados S y N. tienen como antecedentes situaciones similares que también fueron solventadas por el Banco, así como los informes de asesores del Directorio que estimaron correcta la decisión del Directorio y la observación del Tribunal de Cuentas del gasto dispuesto. Estima que los hechos en que se apoya la solicitud de condena y antes el procesamiento no son ilegítimos ni abusivos y nunca debieron haberse judicializado y, en todo caso, era competencia del Tribunal de Cuentas. Pide se desestime la pretensión deducida y en caso de recaer condena se otorgue el beneficio de suspensión condicional de la pena.

La defensa de S. consideró que la demanda Fiscal reclama la condena de una conducta que no es típica ni penalmente reprochable. Hace hincapié en las conclusiones del informe que efectuara el Prof. M Cairoli agregado en autos. Señala que la prueba tenida en cuenta para procesar es insuficiente para arribar a una sentencia de condena en tanto la misma es incompleta lo que se evidencia en la información dada por el BHU ante solicitud de la sede respecto del lugar desde donde se detrajeron los fondos para el pago de los reintegros. Reitera el concepto ya señalado por las anteriores defensas en cuanto a la licitud del accionar de su defendido y la existencia de un fondo previsto para solventar estos gastos médicos. Cuestiona asimismo la constitucionalidad de la norma penal que individualiza el Min Pco., el art. 162 del C.P. analizando los diversos

elementos que motivan esa conclusión. Refiere que su defendido no actuó en forma dolosa sino por el contrario, asesorado por funcionarios especializados en el tema. Reflexiona que para que se configure el tipo penal que se reclama por el Min Pco es solo imputable a título de dolo descartando la forma culposa por lo que debió acreditarse la conciencia y voluntad de S. de ocasionar un daño a la administración abusando de su cargo mediante actos arbitrarios, lo que considera que no se verifica en autos. Agregó que no es competencia del Directorio determinar con qué rubro se abonará los reintegros ordenados sino que esto es de competencia de la gerencia u oficina correspondiente. Cita los antecedentes que se tuvieron en cuenta para resolver sobre los reintegros votados por el Directorio y menciona también que el Tribunal de Cuentas no observó el gasto. En cuanto a los viajes al exterior, expresó que los mismos eran propios de la labor de un director del Banco y afirmó que los mismos fueron beneficiosos para el Banco por cuanto permitieron que se otorgara el préstamo del BID a los efectos de la concreción del plan Fènix, pero además eran lícitos y dentro de la esfera decisional del directorio competente.

Aboga por una sentencia absolutoria y, en su defecto, se le otorgue el beneficio de la suspensión condicional de la pena.

Finalmente, la defensa del encausado J. C. hizo un extenso análisis sobre la legalidad de la figura penal plasmada en art. 162 del C.P., citando doctrina que

acompaña esa tesitura y que reclaman la derogación de la norma en cuestión. Refiere que en el accionar de su defendido no existió dolo ni conciencia de que los actos que desplegara fueran arbitrarios o implicaran un abuso del cargo que desempeñaba. Hace hincapié en los informes que el Directorio tuviera presente para resolver el reintegro de las sumas a los directivos S y N. los que estima fueron decisivos para que el Directorio decidiera en el sentido que lo hizo. Asimismo, refiere que se ha enjuiciado y ahora se reclama la condena por el pago de los gastos médicos cuestionados en función a que se abonaron con fondos del BHU cuando tal extremo no ha quedado suficientemente despejado al punto que, solicitada por la sede actuante en ese momento que el Banco explicitara con qué dinero se abonaron las operaciones practicadas, el organismo no dio cabal cumplimiento a lo requerido, observando en suma que lo que sostiene la demanda acusatoria es la forma en que se realizó la imputación del gasto y no la pertinencia o no del reintegro dispuesto. Efectúa un detalle de los rubros presupuestales del Banco y concluye que las resoluciones cuestionadas adoptadas por el Banco no fueron ilegítimas. Reclama el dictado de sentencia que disponga la absolución de su defendido.

La defensa de N. G. no evacuó el traslado conferido como tampoco la del encausado N. S.

**CONSIDERANDO.**

1) Calificación delictual.-

La sede, de acuerdo a la prueba obrante en autos y a su valoración, comparte parcialmente la demanda Fiscal incoada y hará lugar a la misma en la condena de los encausados en lo que refiere al reintegro de los gastos asumidos por el directivo J. S y el Presidente del Directorio, S. N. por las operaciones a las que fueron sometidos en el exterior.

Conforme emerge incontrovertido de autos, en el año 1997, el Esc. J. S. se practicó dos operaciones quirúrgicas en su rodilla izquierda, en un centro asistencial de Estados Unidos, en Nueva York, donde estaba en virtud de haber concurrido en un viaje oficial, en representación del BHU. Dos años después de practicada la operación, en el año 1999, el prenombrado miembro del Directorio del BHU solicita a éste órgano el reintegro de los gastos en que incurriera para solventar la atención médica que recibiera, fundándose en que, en anteriores oportunidades el Instituto médico del Banco había solventado atenciones médicas de otros funcionarios en el exterior. El directorio del BHU, compuesto por los co encausados, N, C, S y M. G, aprobó por resolución el reintegro de los montos acreditados por S. en relación a la atención médica referida lo que ascendió a US\$ 27.634,40. En la resolución del Directorio, de fecha 24 de febrero de 1999, se resuelve acceder al reintegro de la suma reclamada no indiciándose con qué fondos se costeará la misma.



En el año 2000, el entonces Presidente del BHU, el encausado S. N. se practicó una intervención quirúrgica en St. L, M, Estados Unidos, de un adeoncarcinoma de próstata. El costo de la operación fue solventado por un seguro médico privado del que era titular N. El deducible generado, equivalente a US\$ 6.000 más los gastos de estadía del médico tratante del Banco, Dr. R. L, así como el pasaje aéreo del mismo y gastos de N. durante su permanencia en la ciudad de Estados Unidos - traslado y estadía- fue soportada por los fondos del BHU conforme resolución del Directorio del 25 de julio de 2000, abonándose por el Banco la suma de 12.140 en total por los conceptos antes referidos. Este reintegro fue también, al igual que J. S, solicitado por el funcionario, en este caso, por N, al Directorio, invocando a su turno los antecedentes existentes en el Banco ya señalados por S. En esa oportunidad, el directorio estuvo integrado por los encausados J. C, N. S, J. S. y F. C.

En marzo de 1944 se creó el servicio médico del BHU, para funcionarios de la institución y en noviembre de ese mismo año se reglamentó. Este servicio médico se brinda a los funcionarios del Banco así como a los que aspiren a ingresar al mismo. Se reglamenta la atención y servicio al que tienen derecho los usuarios. Se establece que todos los servicios que se brindan son absolutamente gratuitos.

En marzo de 1979 se dictó una resolución por el Directorio donde se establece que determinados servicios

médicos que se brindan habrán de tener un costo y en consecuencia se fijan los valores de tickets, número de medicamentos a retirar por paciente, etc, todo ello en atención a una política de contención del gasto y a fin de dar continuidad al servicio que se brinda.

Se creó además un fondo de previsión destinado a financiar total o parcialmente las erogaciones que demanden tanto los tratamientos en el C.T.I. como las intervenciones de cirugía de alto riesgo estableciéndose el porcentaje del sueldo nominal (3 %) de los funcionarios beneficiarios del servicio para integrar este fondo. Se establece los gastos que se abonarán cuando el funcionario debe ser internado en sanatorio, indicándose los lineamientos a tener presente por los médicos, los que se explicitan. Se limita también el tiempo de internación y se excluye el pago de gastos de acompañante como beneficio (fs. 493 a 495).

Posteriormente, en agosto de 1994, se aprueba el estatuto del funcionario del BHU. El art. 1ero indica que será considerado funcionario del BHU toda persona que, nombrada por el Directorio, conforme a la ley, ejerce funciones, sea como presupuestado o por contrato, en régimen de subordinación jerárquica. Entre los derechos que se enumeran se menciona el derecho a la asistencia médica integral derecho que el Banco propenderá a su implantación y sustento.

En ninguno de esos reglamentos ni resolución posterior del Directorio ni estatuto se hace mención a la posibilidad de internación en sanatorios del exterior.

Tampoco que se pudiera decidir por el paciente - funcionario- el lugar donde se realizará la operación y que luego esos costos sean soportados por el Banco. Mucho menos que se solventara los gastos de acompañantes - expresamente excluidos en la resolución referida supra- aún cuando ese acompañante fuera uno de los médicos del servicio médico del Banco. Y decididamente excluido de ese reintegro votado por Directorio compuesto por los encausados, los gastos correspondientes a deducible del seguro privado del Presidente del Directorio. No resulta justificable en forma alguna que los encausados hayan alegado que se basaron en las asesorías que asisten al Directorio para deslindar responsabilidad en lo resuelto. El conocimiento de la reglamentación sobre el tema a decidir no era inaccesible ni se precisaba conocimientos específicos, pero prefirieron asumir como única y definitiva solución la que le presentaban los asesores los que, de acuerdo a lo que surge de autos, no les brindaron un informe fundamentado en normas reglamentarias ni estatutarias sino exclusivamente en casuística anterior que, conforme lo que emerge, tampoco fueron resueltas conforme a las previsiones del Banco. Por lo dicho y de la lectura de las declaraciones dadas por los diversos encausados, se confirma que ninguno de ellos leyó la normativa interna respecto del procedimiento para que el servicio médico asistiera al funcionario que requería de atención y afirmaron que la reglamentación habilitaba a la atención médica en el exterior cuando, como se dijo, nada de ello surge de la

normativa. Por lo dicho, lo que solicitaron a su turno S. y luego N, esto es, el reintegro de las sumas abonadas por los rubros especificados, estaba claramente fuera de lo que habilitaba la normativa interna.

Se verifica entonces, como señalara el representante del Min Pco, un acto arbitrario conforme lo reclama el art. 162 del C.P. en la figura penal plasmada de abuso de funciones en casos no previstos especialmente por la ley. La citada norma refiere al funcionario público que con abuso de su cargo, cometiere u ordenare cualquier acto arbitrario en perjuicio de la Administración o de los particulares, que no se hallare especialmente previsto en las disposiciones del Código o de las leyes especiales.

Es entonces necesario determinar si la actuación de los encausados, al votar la autorización del reintegro unos, y solicitarla y recibirla otros, configura un acto arbitrario ejecutado con abuso del cargo que desempeñaron en su oportunidad.

El acto arbitrario es aquel contrario a la justicia, a la razón o a las leyes.

El acto arbitrario es un acto antijurídico, viciado de haberse verificado mediante abuso de los poderes del cargo. Es esencial en la figura la nota de arbitrariedad, entendida como un "proceder o dictaminar por capricho o contra las Leyes de la razón, y para calificar un acto de arbitrario, la nota de arbitrario con que la Ley acota el acto en el art. 162 del C.P., es de carácter necesariamente subjetivo" (Viana Reyes, "El abuso de

autoridad genérico", en "Revista del Instituto de Derecho penal", año II, nro 3, pág 88).

La referencia subjetiva del tipo -"en perjuicio de la Administración o de los particulares"- puede ser material o moral, no requiriéndose que se concrete para que el delito se ocasione. Se trata, pues, de un delito de peligro, debiendo la acción del agente ser hábil para producir un daño (Cairoli, "Curso de Derecho Penal Uruguayo", T. 4, 1995, pág. 223, Maggiore, Tratado, vol. 3, Bogotá, 1955 págs. 211 - 212)".

Señala Soler, "el interés teórico y práctico se concentra, por lo tanto, no ya a los casos en que la orden o la disposición es jurídicamente imposible, sino a los casos en que el hecho consiste realmente en un abuso, esto es, en el uso incorrecto, arbitrario e improcedente, de una facultad jurídica."... " el abuso de autoridad presenta, pues, la doble forma del ejercicio de una facultad que se sabe inexistente como tal y la del ejercicio de una facultad existente en condiciones conocidamente falsas" (Tratado T. 5 pag 136 y sigtes).

Carrara a su vez expresaba que "se abusa de una cosa aunque se la emplee según su destino si esto se hace de modo ilícito o por fines ilícitos" ( Programa T. V pag 57 y sigtes).

El Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 1er turno, en sentencia nro, 219/2003, analiza los elementos del delito descrito en el art. 162 del C.P. : "el acto irregular debe ser arbitrario. Y ejecutado con la convicción de actuar apartado de las obligaciones inherentes a su

cargo. Esta es la carga subjetiva que debe existir, para apreciar la antijuridicidad de la conducta."... "Y no es solo la motivación espuria la que lo califica, sino la finalidad diversa a la del interés general, o la desviación del destino regular de los bienes o efectos objeto de la decisión cuestionada. Es decir, no sólo se medirá el elemento subjetivo, sino la incidencia del acto en la variación del destino original de los efectos que lo conforman." Este acto abusivo deberá ser, entonces, arbitrario y traducirse en un perjuicio para la administración o ser potencialmente perjudicial para la administración o los particulares. El Tribunal expresa que si bien no hay una descripción de conductas concretas, sí debe constar, no solo la ocurrencia del abuso sino ese posible perjuicio de modo que la penalización no esté sujeta a un abuso genérico sino que se requiere el análisis de las conductas realizadas en el desborde funcional.

Las críticas que las defensas particulares efectúan a la legalidad de la norma en análisis no son compartibles. " La "ratio" del Codificador patrio, cuando plasma la cuestionada figura del art. 162 del C.P. consiste en no dejar impunes, aquellos actos de los funcionarios públicos que, cuando no se adecuan típicamente a una figura penal preestablecida, importen sí una inadmisibles arbitrariedad, que compromete la buena imagen de la Administración, que es en definitiva lo que la Ley quiere preservar cuando prevé tipos penales en el Título IV del C.P. y en leyes extra- Código, como ocurre con la ley

17.060, en otros términos, cuando se ejecutan actos arbitrarios, en perjuicio de la Administración o de los particulares, se ponen en peligro una de las finalidades perseguidas por el legislador al realizar las respectivas descripciones típicas: a) el recto y normal funcionamiento de la Administración Pública, b) la imagen de probidad y fidelidad que debe dar cada uno de los funcionarios que integran la Administración y que, con su buen desempeño, contribuyen a reafirmar la idea de prestigio y respetabilidad de aquélla, en todo momento debiera inspirar a cada uno de los ciudadanos." (TAP 2do turno S 63/2003 Rev de der Penal nro. 15 c. 4).

La misma SCJ descartó en su momento la excepción de inconstitucionalidad planteada por la defensa letrada de F. C. en sentencia nro. 18 del 12/2/2010 remitiendo a los fundamentos que la Corporación expresara en sentencia nro. 61/2005 respecto de igual cuestionamiento constitucional.

Al respecto el máximo órgano jerárquico estimó que el art. 162 del C.P. "no vulnera en forma alguna las disposiciones constitucionales mencionadas ... tal como lo exige el art. 1 del C.P. contiene el precepto o norma y la sanción, la descripción de la conducta típica, así como el efecto jurídico que se deriva de su realización, no pudiendo imputársele en modo alguno desajuste con la normativa constitucional invocada

Agregando luego que, "(E)n lo que refiere al art. 10 de la Carta, el mismo consagra el principio de legalidad que constituye la expresión de uno de los más importantes

finés de garantía individual asumidos por el Derecho Penal moderno, tan pronto como la legalidad se convierte en un dato preexistente, la misma pasa a ser teóricamente una barrera infranqueable, un instrumento protector del delincuente, una garantía de la libertad individual frente a las intervenciones del Estado (v. Sent. S.C.J. nro 426/03)

"La segunda parte del art. 10 de la Constitución Nacional permite sostener que la Ley es la única fuente de Derecho, desde que sólo ésta puede prohibir o imponer conductas (Cf. Jiménez de Aréchaga "La Constitución Nacional", Ed. Cámara de Senadores T. 1 pág. 239)"

"En cuanto a la alegada vulneración del principio democrático consagrado en el art. 72 de la Constitución, tampoco asiste razón al excepcionante, como se explicó, el principio de legalidad es una de las garantías esenciales que se derivan de la forma republicana de gobierno, por lo que al haberse actuado, como quedó demostrado, en consonancia con lo edictado por el art. 10 de la Constitución, de acuerdo a lo que establece la Ley (art. 162 del C.P.) se cumplió y no se vulneró, como sostiene el impugnante, con lo ordenado por el art. 72 de la Carta".

Si se analiza la disposición cuestionada, la misma cumple con los requisitos de haber sido previamente establecida por Ley, definiendo el tipo de delito alcanzado, resultando la aplicación de la pena la consecuencia de una manifestación externa de la conducta del agente, en función de lo cual no puede imputársele no haber cumplido



con el principio de legalidad tutelado constitucionalmente, y consagrado por los arts. 1 y 85 del Código Penal (v. sent S.C.J. nro 426/03)".

En suma, no se trata de norma ilegal la pretendida por el Min Pco a aplicarse en el caso concreto.

La conducta desplegada por los encausados es, pues, la descripta por la norma ya mencionada en tanto, con abuso del cargo de directivos que desempeñaban, los encausados dispusieron el pago de las sumas gastadas en las operaciones quirúrgicas practicadas, acto arbitrario en tanto carente en absoluto de respaldo legal, motivado solamente en el beneficio particular de quienes percibieron el dinero cuyo pago se dispusiera en las mentadas resoluciones del Directorio. Este acto, que las defensas cuestionan si configura el delito en tanto no surge claramente con qué dineros se pagó, no resulta, como se analizara supra, elemento relevante para la configuración desde que no se requiere la efectiva producción del perjuicio bastando que se ejecute el acto arbitrario, tratándose de un delito de peligro. No obstante lo antedicho, merece observar que en ninguna de las resoluciones se explicita con qué fondos se abonará el reintegro dispuesto. El presupuesto que maneja el BHU y donde se encuentra el servicio médico aludido, es único. El fondo común de previsión, se conforma con lo que se detrae de los sueldos de los funcionarios. No surge de lo informado por el BHU que lo abonado a N y a S. se haya detraído de ese fondo sino del primero mencionado.

La motivación de la conducta desplegada, de la que no puede invocarse ignorar la ausencia de legitimidad en tanto carecía de respaldo legal alguno como se señalara supra, resulta diverso entre los encausados concordándose con el Tribunal de Alzada en ocasión de dictar la sentencia interlocutoria confirmatoria del auto de procesamiento, siendo en los enjuiciados N. y S. el claro ánimo de lucro, y en los demás, al votar afirmativamente la solicitud de reintegro, el lamentable precepto de "hoy por ti mañana por mí" como parece haberse manejado esa administración del BHU.

Conforme lo señalara el Tribunal que actuó en autos, si los encausados abonaron con sus propios peculios las operaciones, era porque sabían que no tenían derecho a la atención gratuita que se reglamentaba cuando se creó el servicio médico ni a la que se subvenciona por el fondo de previsión. De lo contrario, habría sido lógico que transitaran por el procedimiento previsto por el reglamento para ser asistidos y amparados por el servicio médico del Banco.

En cambio, no habrá de ampararse la condena en lo que refiere a los viajes efectuados por S. a los llamados destinos exóticos. Es absolutamente compartible las conclusiones de la auditoría al respecto en cuanto a que tales viajes no evidencian relación alguna con las finalidades y funciones del BHU o al menos hay que hacer un esfuerzo para encontrar punto de contacto entre los temas programados en los eventos y las necesidades e intereses institucionales del BHU. De las declaraciones

de los directivos que efectuaron viajes, principalmente S, N y C, parece desprenderse que no evitaron la concurrencia a evento alguno para los que el Banco fuera invitado. Fundamentaron sus concurrencias en razones institucionales y de formación. En puridad, los directivos deberían procurar la formación de los funcionarios que deben ejecutar las políticas que el directorio decida por lo que los cursos formativos no estarían dirigidos a ellos sino a otros funcionarios jerárquicamente inferiores a los encausados. Si con cada cambio de autoridades las entidades públicas deben empezar a formar a sus directivos en los temas que hacen a la función del organismo sería una formación permanente, de comienzo continuo.

Es de toda evidencia que la concurrencia a un evento donde se analiza la inversión de la explotación minera africana poco o nada tiene que ver con las finalidades y proyectos que el BHU en ese momento proponía llevar a cabo. Justificar que se interesaba en observar cómo se desarrolló el proceso urbanístico en Ciudad del Cabo es admitir que nada tenía que ver el evento con la finalidad del viaje.

Tampoco tiene relación clara los eventos desarrollados en Malasia, donde participaban profesionales del sistema financiero, expertos en tecnología y proveedores de soluciones o el de Hawai, nuevamente con la concurrencia de proveedores de soluciones, con las actividades del BHU. Respecto de estos otros congresos se reitera la conexión con el "plan Fénix" resultando ser ese programa

necesitado de todos los temas imaginables que pudieran relacionarse para justificar la concurrencia a los diversos eventos.

No obstante la evidente falta de conexión de estos eventos con las finalidades propuestas por el Banco en ese tiempo, esta circunstancia no hace ilícita la concurrencia a tales conferencias. Puede compartirse y concluirse que la asistencia a los mismos denota una evidente falta de valoración de las necesidades específicas del Banco en cuanto a su presencia en los mismos, demostrando la mala administración que de los recursos humanos y dinerarios se hacía en ese tiempo en el BHU pero la mala administración no implica ilicitud. En este sentido, se comparte el análisis del catedrático Carlos Delpiazzo en cuanto se actuó de acuerdo a lo previsto en el art. 95 de la Carta Orgánica del ente, por el cual, corresponde al Presidente, como jefe de la administración, representar al Banco y al directorio en sus relaciones externas por sí o por medio de apoderado en forma. De manera que, no concurriendo personalmente N. pudo delegar - y de hecho así lo hizo en reiteradas oportunidades- la representación del Banco en los eventos en que la institución era invitada. La valoración de la conveniencia y oportunidad de enviar representación a cada evento es netamente discrecional.

Corresponde imputar a N, S, S. y C, la comisión del delito en examen en dos oportunidades, independientes entre sí, por lo que concurren los ilícitos en reiteración real- art. 54 del C.P.

2) Grado de participación de los imputados.

Los encausados C, C, S. y G, habrán de responder como autores en tanto ejecutaron las acciones típicas y principales de la conducta delictiva atribuida, actuando con dolo al ajustar sus acciones a la intención propuesta. Por su parte S y N. actuaron como autores en la oportunidad en que votaron las autorizaciones de reintegro, salvo cuando los reintegros referían a sus propias solicitudes donde no se imputa la calidad de autor sino de co autor, al haber contribuido por actos esenciales a la producción de la voluntad del órgano decisor pero sin intervenir directamente en la votación dado que se abstuvieron de participar en cada ocasión.- (art. 18, 60 y 61 del C.P.)

3) Circunstancias alteratorias.

Como agravante se computará la pluriparticipación respecto de todos los encausados -art 59 inc 3ero del C.P.

Como mitigatoria, la primariedad absoluta en vía analógica - art. 46 num 13 del C.P.

4) De la penalidad a recaer.

El Min. Pco. en su requisitoria, atento a la calificación delictual que formula, las características de los hechos y circunstancias alteratorias, solicita las penas que se especifican en la demanda acusatoria.

El delito imputado se castiga con pena que parte de tres meses de prisión pudiendo alcanzar hasta tres años de penitenciaría así como inhabilitación especial, dada la

calidad de funcionarios públicos, entre dos y cuatro años y multa de diez a tres mil unidades reajustables.

Atento a los hechos relacionados y por los que se condenará a los encausados, la sede habrá de abatir en algunos casos el monto punitivo reclamado por el Min. Pco. estimando que los guarismos a imponer son retribución punitiva ajustada a los límites legales fijados por las normas aplicadas atendiéndose además lo dispuesto por los arts. 50 y 86 del Código Penal.

Habiendo sido procesados sin prisión, todos los encausados, resulta preceptiva la concesión de la suspensión condicional de la pena, en aplicación del art. 11 de ley 17.726, beneficio que, de ser aceptado, les implicará la sujeción a vigilancia policial por el lapso de un año a contar, conforme posición adoptada por esta sede, desde la ejecutoriedad de la presente sentencia.

De acuerdo a lo expuesto y lo dispuesto por la normativa citada, fundamentos concurrentes de la requisitoria Fiscal y lo dispuesto por art. 15 y 27 de la Constitución, 1, 3, 18, 54, 60, 86 y 162 del C. Penal, y arts. 10, 133, 173, 174, 245, 249 y concordantes del C.P.P., ley 17.726, **FALLO: Condenando a S. N. I, como autor de un delito de abuso de funciones en casos no previstos por la ley y como co autor de otro delito de igual calificación, ambos ilícitos en reiteración real, a la pena de dieciocho meses de prisión, inhabilitación especial de tres años y multa de 1000 Unidades Reajustables. Condenando a J. E. S. P. como co autor de un delito de abuso de funciones en casos no previstos por**

la ley y como autor de otro de igual calificación, ambos ilícitos en reiteración real, a la pena de dieciocho meses de prisión, inhabilitación especial de tres años y multa de 1000 Unidades Reajustables.

Condenando a J. E. C. M. D. O y N. R. S. D como autores, cada uno, de dos delitos de abuso de funciones en casos no previstos especialmente por la ley, en reiteración real, a la pena de doce meses de prisión, inhabilitación especial de dos años y multa de 200 Unidades Reajustables.

Condenando a F. C. B y a N. U. M. G como autores, cada uno, de un delito de abuso de funciones en casos no previstos especialmente por la ley, a la pena de prisión de seis meses, inhabilitación especial de doce meses y multa de 100 Unidades Reajustables cada uno.

Suspéndese respecto de todos los encausados el cumplimiento de la pena, beneficio que deberá ser sometido a aceptación expresa de los encartados y que se entenderá que lo admiten si no manifiestan expresa voluntad en contrario dentro de los treinta días de notificada la presente. En tal caso, habrán de quedar sometidos al lapso de vigilancia policial que marca la ley, el que habrá de computarse desde la fecha de ejecutoriada la presente.

Vencido dicho plazo, agréguese las planillas actualizadas de antecedentes respectivas y vuelvan por eventual extinción de delito.-

Dra. Mariana Mota.

Jueza Letrada en lo Penal de 7º Turno.