

REPOSICIÓN, APELACIÓN EN SUBSIDIO Y NULIDAD CONTRA AUTO DE PROCESAMIENTO Y DE PRISIÓN.

LIBERTAD PROVISIONAL DEL DEFENDIDO.

La Defensa de Walter ZIMMER, en proceso que se le ha iniciado bajo imputación de un delito continuado de Abuso de Funciones en casos no previstos por la Ley, **ficha 222-138/2010**, dice:

Viene a interponer recursos de reposición, apelación en subsidio y nulidad contra la interlocutoria **Nº 370, de 28 de marzo de 2014**, por cuanto la misma, tanto en la disposición de iniciar **proceso** al defendido, como en la de hacerlo **con prisión**, causa los agravios que expondrá seguidamente.

Asimismo, como medida a disponer en primer lugar, en función de las consideraciones que fundan la impugnación del auto de procesamiento y de prisión, comparece a solicitar la **libertad provisional del defendido**.

I.-Consideraciones generales válidas para ambas impugnaciones.

Surge de los propios fundamentos de la recurrida que ésta no solamente ha reescrito la pretensión fiscal de enjuiciamiento, sino que la ha ampliado. Cualquiera de estas innovaciones, aisladamente considerada, es susceptible de provocar nulidad. Ni hablar, cuando, como ocurre en el caso, ambas se dan en conjunto.

Es cierto que los arts. 133 y 134 CPP, aisladamente considerados y, fundamentalmente, con referencia a la doctrina y legislación vigentes al tiempo de su promulgación, podrían dar razón al Juzgado, en la medida en que la intelección de ambos parece consagrar la soberanía del instructor respecto de la colecta de aquellos elementos de juicio obrantes en el expediente que presenten, aunque sea *prima facie*, relevancia penal.

Sin embargo, estas disposiciones aludidas pierden fuerza frente a la circunstancia de que el proceso penal se rige por el principio acusatorio, de modo que se reserva al Ministerio

Público la decisión tocante a la relevancia de los hechos a instruir: si, de conformidad al art. 235 CPP, el pedido de sobreseimiento del Fiscal obliga al Juzgado, no parece razonable que haya una suerte de desdoblamiento de potestades, de modo que, hasta el plenario, el Juzgado tuviera la competencia preeminente respecto de los hechos a incluir y, a partir del plenario, dicha competencia pasara a ser, de modo exclusivo, de la Fiscalía.

Parece razonable entender que, *ab initio*, la decisión de la Fiscalía debe respetarse, puesto que es coherente que quien debe acusar por determinados hechos sea el mismo que releve los mismos al momento de promover el enjuiciamiento.

El hecho generalizado, de que los Juzgados archiven los procesos cuando las Fiscalías manifiestan que no solicitarán enjuiciamiento, parece ser testimonio eficaz del reconocimiento de que el Oficio no puede actuar sin iniciativa del Ministerio Público. Y esto es concreción del principio según el cual compete a la Fiscalía el determinar, ya con respecto a la iniciación de un proceso, la base de hechos en relación a los cuales promoverá imputación.

Esta misma perspectiva es la que sostienen Santiago GARDERES y Gabriel VALENTÍN¹.

En comentario al art. 125 CPP, se lee:

“Otra cuestión vinculada con la requisitoria fiscal, refiere al contenido del auto de procesamiento; concretamente, nos referimos a la relación entre requisitoria y auto de procesamiento, o en términos más amplios, al principio de congruencia y su vigencia en esta fase inicial del proceso penal.

En ese sentido, y adelantando la conclusión sobre el tema propuesto, consideramos que rige en relación al auto de procesamiento, el principio de congruencia, y por lo tanto, el juez no debe apartarse del marco fáctico propuesto por el fiscal en su requisitoria, siendo ilegítimo el procesamiento por hechos ajenos a la requisitoria y la imputación de delitos diversos o más graves que los previstos por el fiscal al solicitar el procesamiento.

¹ Código del Proceso Penal – Comentado, con la colaboración de Soledad DÍAZ, LA LEY Uruguay, Montevideo, 2012, págs. 365 y ss.

Son varios los argumentos que permiten fundar esa conclusión. En primer término, esa es la única conclusión adecuada al principio acusatorio consagrado en el art. 22 de la Constitución de la República: si no es lícito procesar de oficio, sin pedido fiscal, tampoco lo es procesar por hechos que no fueron incluidos en la solicitud fiscal, puesto que en relación a esos hechos, el juez estaría procesando de oficio².

No alcanza, entonces, con la requisitoria fiscal para afirmar la vigencia del principio acusatorio en esta fase inicial; es preciso, además, que el juez limite su análisis y resolución a los hechos incluidos por el fiscal en su requisitoria o solicitud de procesamiento, pues, de lo contrario y respecto de los hechos ajenos a esa requisitoria, el juez estaría actuando de oficio, apartándose de la premisa constitucional ya mencionada.

De modo que, aun cuando el juez considere probados durante el presumario, con el grado de convicción exigido legalmente en esta etapa del proceso, otros hechos delictivos, no está habilitado para efectuar imputación penal alguna en relación a esos hechos si no fueron incluidos por el fiscal en su requisitoria, como fundamento de la solicitud de procesamiento; si de todos modos procesa por esos otros delitos, estará procesando de oficio en relación a esos hechos.

El principio de congruencia se concibe, generalmente, como un límite a la potestad jurisdiccional, fundado en las garantías del derecho de defensa (...) y caracterizado por la necesaria adecuación del fallo al marco fáctico propuesto por las partes. Lo que significa que la congruencia debe valorarse en relación a los hechos introducidos por las partes y no, en

² Párrafos antes, los autores mencionados fundan la prohibición del enjuiciamiento de oficio precisamente en el art. 22 de la Constitución: es cierto que el CPP no dice nada en cuanto a prohibición de enjuiciamiento de oficio, porque no dice que el mismo deba hacerse ante requisitoria fiscal. Pero, “desde una perspectiva o interpretación constitucional, ha de concluirse que el pedido o requisitoria fiscal es un requisito necesario del procesamiento. En ese sentido, el silencio legal no puede interpretarse a contrario sensu, como autorización para prescindir de un requisito que, claramente, resulta de la Constitución (art. 22)” (ob. cit., pág. 365).

*relación a la eventual calificación jurídica que de esos hechos hubieran efectuado las partes, que, como tal, no vincula necesariamente al juez (jura novit curia).*³

En el mismo sentido, Walter GUERRA PÉREZ desarrolla un argumento que parece irrefutable: cuando se admite la posibilidad del procesamiento de oficio: “*o se admite que hay ejercicio de función jurisdiccional sin acción; o se arriba a la conclusión, que no nos parece lógica, afirmada por el autor mencionado, en el sentido que hay determinado sector de acción pública, que la misma la ejerce el propio órgano jurisdiccional, cosa que también nos parece un error*”⁴.

Agrega más adelante el citado autor⁵:

“Cuando el Ministerio Público formula su requisitoria, además de pedir el procesamiento por existir elementos de convicción suficientes de la ocurrencia de hechos que configurarían determinado delito, debe establecer claramente cuáles son los hechos que motivan el pedido de procesamiento, y establecer la calificación delictual. Esos hechos, y no otros, son la razón o motivo del pedido fiscal. Esta petición limita los poderes del tribunal, debiendo existir congruencia entre lo solicitado por el Ministerio Público y lo que resuelva el juez”.

Basta comparar el marco fáctico presentado por el Ministerio Público, como base para pretender el enjuiciamiento, con el marco fáctico notoriamente excedido sobre el que se apoya el Juzgado para decretarlo, para advertir que se ha infringido severamente el principio de congruencia.

³ Ob. cit., págs. 365 y 366.

⁴ Walter GUERRA PÉREZ, ¿Puede el juez penal procesar de oficio?, en Revista Uruguaya de Derecho Procesal, 4/2001, pág. 459. La opinión que se cita y se controvierte es del Prof. MORETTI, con relación al CIC. GUERRA cita en su apoyo la opinión de José ARLAS, para quien la vista que confiere el Juzgado al Ministerio Público durante la etapa del presumario significa autolimitarse para decretar el procesamiento, pág. 460.

⁵ Ob. cit., pág. 460.

Lo que lleva directamente al planteamiento de nulidad que se interpone en esta comparecencia, porque una imputación corregida y desbordada por el Juzgado, respecto de la formulada por la Fiscalía, constituye específicamente la nulidad presentada por el N° 3 del art. 101 CPP: “***La infracción de las normas que rigen la intervención y la sujeción del imputado, si disminuye las garantías de éste***”. Parece que no requiere mayores desarrollos demostrar que se disminuyen las garantías del imputado si, convocada a analizar el conjunto de hechos y fundamentos expuestos por el Ministerio Público, la Defensa se encuentra, sorpresivamente, con un auto de procesamiento donde se reestructura el pedido de procesamiento y se lo amplía hacia hechos que la Fiscalía había desestimado como relevantes. Las garantías del contradictorio, de la prueba, la propia igualdad de las partes en el juicio desaparecen, si el Tribunal, obligado constitucionalmente a cuidar todas las garantías, se asocia al ejercicio de la acción fiscal, corrigiéndola, ampliándola y agravándola. Aunque esto pueda molestar, es éste el lugar de decir que un proceso judicial supone un defensor que contrapone sus razones frente a un fiscal (o viceversa, como se quiera), pero no parece sensato que el constituyente haya pensado en un proceso donde el defensor debiera enfrentar a dos fiscales. Y esto ocurrirá, y ocurre en el caso, cuando el juez, además de retener sus potestades como tal (potestades que son, nada menos, que las de decidir), agrega simultáneamente las competencias del fiscal.

Es muy claro que el constituyente (desde 1830 en adelante) nunca pensó en semejante situación.

Esta absorción de potestades por parte del Oficio no solamente vulnera en sí las garantías del debido proceso con relación al imputado, sino que, en el caso, las imputaciones ampliatorias se emplean en una suerte de construcción de gravedad, como una de las bases (defectuosa en sí misma, aunque por otras razones, como se verá oportunamente) sobre las que se edificará el procesamiento con prisión del defendido.

En razón de que el auto de procesamiento deberá anularse, en la medida en que corrige y excede el planteamiento fiscal, la controversia fundamental de sus razones versará sobre lo alegado y probado por la Fiscalía, sin perjuicio de que, subsidiariamente (y a los efectos de evitar toda indefensión), se controvertirán las imputaciones procesalmente inadmisibles.

II.-Los hechos relativos a los reempadronamientos.

La Fiscalía promovió el enjuiciamiento del defendido por el delito de “Abuso de Funciones en casos no previstos por la ley” (art. 162 CP), sobre la base de las siguientes conclusiones en cuanto al tema de este capítulo:

“El Contador Ahunchain ordenó la fecha de empadronar los vehículos fuera del 31 de diciembre de 2007, contrariamente a las fechas reales de empadronamiento o reempadronamiento, realizó un acto arbitrario. Ello cuando la fecha real de presentación a empadronar fue posterior. El funcionario público perjudicó a la administración con su actuar, la expuso a reclamaciones, como ocurrió que varios contribuyentes se presentaron reclamando la regularización ya que a su vez ellos fueron perjudicados en otras intendencias. Con su actuar alteró la verdad conscientemente (‘conciencia y voluntad’)”.

“Por otra parte, el intendente en conocimiento de este acto, consintió y toleró dicho acto, sin actuar consecuentemente. Si bien Ahunchain actuaba con facultades delegadas, puso en conocimiento a Zimmer y éste no lo relevó de estas facultades, dejó que con dicho acto el organismo que dirigía se vio expuesto a reclamaciones”.

La sentencia (Considerando 5, fs. 705 y ss.), por su parte, recibe la imputación en estos términos:

“En primer lugar, resulta probado primariamente que, aunque los reempadronamientos de vehículos se habría realizado en enero de 2008, se les declaró falsamente como un hecho ocurrido el 31 de diciembre de 2007, dando fe de un hecho real

(reempadronamiento) pero alterando las circunstancias temporales. La orden verbal la habría impartido el Cr. Ahunchain en su calidad de Director de Hacienda (...), registrada mediante un oficio, donde se establece que por orden telefónica del Cr. AHUNCHAIN hasta el 11 de enero de 2008 los reempadronamientos se ingresarían con fecha 31 de diciembre de 2007.

En el Considerando 10 (fs. 709) la sentencia establece:

"El Sr. Intendente ZIMMER declara a fs. 153 que el Director de Hacienda lo habría consultado o comunicado la extensión del plazo pues había más de 1.000 vehículos para reempadronar, dado que el mismo tiene la facultad de hacerlo. El motivo según sus dichos radicaría que a partir del 1 de enero de 2008 podía comenzar a regir un acuerdo del Congreso de Intendentes que impediría los re empadronamientos. Conforme Oficio N° 413/2010 del 20 de setiembre de 2010 el Sr. Intendente ZIMMER comunica a la Intendencia de Montevideo que el empadronamiento de cierto vehículo (fs. 229) se había realizado efectivamente el 21 de enero de 2008, dada la petición administrativa formulada por un contribuyente afectado (Griot). Posteriormente en enero de 2011 es archivado sin otro trámite sin perjuicio de constatar la existencia de una divergencia entre las fechas." Lo mismo, continúa el Juzgado, pasa respecto dos contribuyentes más (NOGUEIRA y GIMÉNEZ).

El Considerando 11 (fs. 710), se encabeza con la cita del art. 2 de la Ley 18.456, que establece que, a partir del 1 de enero de 2008, los trámites de empadronamiento o reempadronamiento sólo pueden efectuarse en las intendencias donde se domicilie su propietario.

El Juzgado, teniendo en cuenta esta normativa que entraría a regir al día siguiente del 31 de diciembre de 2007, establece:

"Parece en principio contrario a lo que normalmente acaece que miles de personas que tuvieran domicilio en el departamento de colonia esperasen el último día para

reempadronar vehículos considerando además que el Sr. Intendente ZIMMER refirió a que inclusive en pequeñas localidades la demanda fue intensa. Aunque el razonamiento efectuado por los indagados resulta ser que el incremento de la recaudación tributaria de Colonia explicaría admitir que lo que sucedió en enero figurara como en diciembre, cabe considerar que tal vez otras administraciones fueron perjudicadas por ese corrimiento de contribuyentes quienes probablemente no tuvieran todos domicilios en Colonia, sin perjuicio que ZIMMER declara además estar vinculado a un Convenio del Congreso de Intendentes".

Seguidamente (Considerando 12 de fs. 710), el Juzgado presenta como un hecho generalizado lo que sólo sucedió en tres casos oportunamente citados (GRIOT, NOGUEIRA y GIMÉNEZ): citando a la JUTEP, respecto de las discordancias de fechas: “...*las Intendencias de origen se negaron a dar la baja a los vehículos, hasta tanto Colonia no aclarara la irregularidad, generándose...vehículos que estaban al día en colonia, presentaban una deuda importante en la comuna de origen, la que no había dado de baja al vehículo...generándose perjuicios a los usuarios..."*

Y en el Considerando 13 (fs. 711), establece la siguiente conclusión:

“Si bien la preservación de un mal mayor parece haber impulsado a ambos indagados ante la existencia de contribuyentes al aguardo del reempadronamiento, no resulta aún evidente a esta proveyente qué impidió que existiera una resolución expresa que avalara lo actuado. Existió un mandato verbal telefónico de parte de AHUNCHAIN del cual ZIMMER estaba al tanto ‘sea como fecha valor’ sea como ‘prórroga’ pero no hubo luego ninguna actividad administrativa que validara lo actuado dándole el marco normativo del que carecía. Tampoco resulta de la prueba obrante en autos que luego de iniciada la investigación administrativa y sumario a AHUNCHAIN, el reelecto Intendente ZIMMER observara, sancionara, corrigiera, impidiera, regulara o requiriera aclaraciones respecto de la discordancia de fechas (vide los informes a la Intendencia de Montevideo. Entonces si

pudo haber perjuicios a otras administraciones, si pudo haber contribuyentes perjudicados y si pudo haber malas decisiones del jerarca AHUNCHAIN actuando en función delegada, puede considerarse probado que ZIMMER habría actuado arbitrariamente al permitir la pervivencia de actos presuntamente arbitrarios de su subalterno de confianza puestos de manifiesto por las denuncias del Lic. Martínez. El Intendente explica que no puede controlarlo todo, pero el máximo jerarca debería controlar a los controladores. La Constitución de la República en su artículo 275 n.al. 1º incluye como atribuciones de los Intendentes el cumplir y hacer cumplir la Constitución y las Leyes”.

Hasta aquí, en síntesis, la argumentación de la sentencia al respecto.

Ni la Fiscalía ni el Juzgado reprochan al Dr. ZIMMER conocimiento del detalle de la instrumentación de la expedición certificados de reempadronamiento, particularmente, a la cuestión de la fecha.

La Fiscalía (fs. 516v.) sí entiende que “*el Intendente en conocimiento de este acto, consintió y toleró dicho acto, sin actuar consecuentemente. Si bien Ahunchain actuaba con facultades delegadas, puso en conocimiento a Zimmer y éste no lo relevó de estas facultades, dejó que con dicho acto el organismo que dirigía se (vieran) expuesto a reclamaciones*”.

El Juzgado respalda la imputación, al considerar probado que ZIMMER “*habría actuado arbitrariamente al permitir la pervivencia de actos presuntamente arbitrarios de su subalterno*”. La conducta que el Juzgado reclama del defendido, cuya omisión reprocha como arbitraria, es divergente de la que considera la Fiscalía. Según el Juzgado, en lugar de “relevar de las facultades delegadas” al Cr. AHUNCHAIN, debería haberlo observado, sancionado, corregido, etc., pero, curiosamente, no respalda el relevo, en el cual la Fiscalía afincaba el consistir del acto arbitrario.

Esta divergencia puede parecer trivial (sobre todo, frente a otras circunstancias relevantes que, como se verá, descartan la existencia de acto arbitrario en la base), pero no lo es en absoluto: es que el concepto de “**acto arbitrario**”, que es el cerno del art. 162 CP, propicia necesariamente la interpretación arbitraria. El art. 162 CP es algo así como una plasticina jurídica que cada quien puede conformar a su valoración y manera. “Mire usted en esta mancha de tinta y dígame que ve”.

De esta manera, no sorprenden las cosas que se incluyen, como tampoco las que se excluyen del concepto mencionado. De esta manera, un juzgado (el caso es real) incluyó como acto arbitrario, por cumplirse fuera del ámbito de competencias del ente autónomo, la erección de un monumento al caballo, dispuesta por integrantes del Directorio de OSE. Pero ni ese Juzgado ni ninguno de los restantes de la Capital ha considerado que ese argumento pueda ser aplicable a la remodelación del Cilindro Municipal, que supondrá una erogación millonaria a ANTEL y que llevará el nombre de “Antel Arena”. El hecho de que el Tribunal de Cuentas haya observado el gasto por evadir notoriamente la esfera de competencia de ANTEL no parece haber conmovido a fiscal o juez alguno. Y no se dice esto como reproche o ánimo de propiciar cadalsos. Es simplemente eso: el criterio de la actuación fuera de la competencia, en los hechos, parece colar al mosquito y dejar pasar al elefante.

Y si faltaran ejemplos de lo esencialmente arbitrario que es el criterio de seleccionar, a su vez, actos arbitrarios, basta contemplar lo que pasa con la jurisprudencia del TCA: durante décadas dicho Tribunal ha tenido a su cargo el juzgamiento y anulación de los actos administrativos “contrarios a una regla de derecho o con desviación de poder”. En otras palabras: actos arbitrarios.

No vale la pena decir que, a lo largo de décadas durante las cuales el TCA ha pronunciado anulaciones por estas razones, nunca hubo derivación de la causa hacia la Justicia penal. También es inútil decir que ningún integrante del Ministerio Público o de la Judicatura

ha sentido la menor inquietud por conocer esos resultados anulatorios que serían, a la vez, la prueba de la comisión de un “acto arbitrario”. ¿Infracción permanente del TCA o de los fiscales y jueces al art. 177 CP o mero ejercicio de sensatez? Parece que la respuesta está inscripta en la pregunta.

Volviendo al caso, estas consideraciones son especialmente relevantes con respecto a la matriz del acto imputado como arbitrario, porque tanto la Fiscalía como el Juzgado parecen aceptar un hecho que aparece como indiscutiblemente acaecido, que es la presentación de una inmensa cantidad de contribuyentes a reempadronar el 31 de diciembre de 2007 y la imposibilidad fáctica de que se pudiera cumplir **ese día** el reempadronamiento.” A lo imposible nadie está obligado”, reza el aforismo. “Al justamente impedido no le corre término”, dicen los códigos (tanto el art. 97 CGP como su antecedente, el art. 321 CPC). Las expresiones del Cr. AHUNCHAIN en este sentido, en la audiencia ratificatoria, son contundentes: aunque, salteando todas las dificultades derivadas de la limitación del horario, de la disponibilidad de personal, etc., se hubiera decidido atender a todos los que se presentaron ese día, matemáticamente habría sido imposible hacerlo **ese día**.

Este reconocimiento es tácito pero inequívoco en el propio planteamiento de la Fiscalía, cuando (fs. 516v.) fundamenta el reproche sobre un hecho **inexacto**: “*Ello cuando la fecha real de presentación a empadronar fue posterior.*” (Subrayado agregado).

Puede sobreentenderse que, si la fecha de presentación del contribuyente hubiera sido **real** al 31 de diciembre de 2007, entonces el reproche no tendría lugar, porque cabría aplicar las disposiciones sobre justo impedimento.

Pero, véase: es que, precisamente, la **realidad fáctica puesta en conocimiento del defendido** era, precisamente, ésa: una multitud inmanejable de contribuyentes **que se había presentado el 31 de diciembre**. Entonces, la razonabilidad de la decisión parte de la base

contraria a la realidad fáctica que la Fiscalía no acepta: la “***fecha real de presentación del contribuyente***” fue, efectivamente, el **31 de diciembre de 2007**.

Y véase que la racionalidad esencial del acto de reconocer derechos al contribuyente que se presentó tempestivamente, aparece reconocida por el citado numeral 13 de los Considerando de la recurrida:

“Si bien la preservación de un mal mayor parece haber impulsado a ambos indagados ante la existencia de contribuyentes al aguardo del reempadronamiento, no resulta aún evidente a esta proveyente qué impidió que existiera una resolución expresa que avalara lo actuado”.

Si la Defensa ha entendido correctamente este pasaje, se reconoce esta realidad de contribuyentes al aguardo del reempadronamiento (luego, su presentación tempestiva al 31 de diciembre de 2007), pero el reproche parece variar – otra vez los matices – hacia una resolución expresa y formal que avalara lo actuado.

Todo esto sin desconocer que, en el numeral 11 de los Considerando (fs. 710), la sentencia había considerado como “contrario a lo que normalmente acaece” que miles de personas que tuvieren domicilio en Colonia esperasen al último día para reempadronar. Sin embargo, considerando la mentalidad nacional, lo que normalmente acaece es, precisamente, que los trámites se dejan para último momento. En cualquier caso, no hay controversia de la presencia de multitudes que se presentaron a reempadronar y carece de sentido la pregunta de si todos tenían domicilio en Colonia, porque este requisito no regía, precisamente, al tiempo de la presentación y pasó a ser exigible al día siguiente. Más allá de que parece presumible que quien se presenta, en tal fecha y afrontando las molestias del calor y del hacinamiento, es porque presumiblemente tiene derecho a realizar una gestión útil, cuando, de lo contrario, sería imaginable que ocupara su tiempo en cosas menos fastidiosas.

Cumplida la digresión del párrafo precedente, y volviendo a las interpretaciones de Juzgado y Fiscalía, es patente la perplejidad que se suscita en lo tocante a cuál es la figura que debe emerger de la mancha de tinta del art. 162 CP, en función de cuya conformación se confisca la libertad del indagado: ¿es la suposición errónea de la Fiscalía de que la fecha real de presentación del contribuyente fue posterior al empadronamiento? ¿Es la omisión de instrumentar actos obedientes a una situación de necesidad, como, en controversia con el Ministerio Público, requiere el Juzgado? ¿Es el no haber relevado al Cr. AHUNCHAIN, como requiere la Fiscalía? ¿Es el no haberlo observado, corregido, sancionado, como contrapone el Juzgado?

No hay respuestas para estas interrogantes. Al menos, no las hay en manera de que, al darlas, las garantías del principio de legalidad no queden por el camino. Porque, véase, si un acto arbitrario es el que contraviene las reglas que rigen su ejercicio, es imposible determinar que haya un acto arbitrario allí y cuando las propias reglas de su ejercicio son motivo de controversia.

Pero hay algo más: cuando el fundamento en virtud del cual se configura el acto arbitrario tiene la misma ubicuidad de la llama que se agita; cuando, por imperativo de coherencia, no pueden coexistir para fundarlo **todas** las razones expuestas por el Juzgado y la Fiscalía, dado que algunas de ellas se contradicen entre sí, entonces **esta propia indeterminación del reproche** trae anexa la **prohibición de adjudicarle la gravedad que la sentencia le otorga** para fundar, nada menos, que la prisión del defendido. Equivale a decir que no podemos aprehender exactamente una situación, pero que ésta, en términos absolutos, es muy grave.

Una disposición, como la del art. 162 CP, más allá del juicio constitucionalidad, es, ante todo, **inaplicable**, porque nadie puede alcanzar resultados demostrables intersubjetivamente, esto es, de un modo que sean evidentes para todos. Las divergencias entre el Juzgado y la

Fiscalía y, aun, las que aparecen al interior de ambas piezas argumentales parecen ser muestra suficiente de ello.

Es más: parecería que hay acuerdo con relación a que la situación de base (imposibilidad de atender a todos los contribuyentes **que se presentaron el 31 de diciembre de 2007**) generaba derechos legítimos de los contribuyentes frustrados y que esa situación debía remediararse. Porque, como ya se dijo, negar el derecho de atención ese día, más allá de las dificultades que el mismo, por su especialidad, representaba para rendirla, también habría significado **un perjuicio a todos** quienes se presentaron. ¿Sería, entonces, imposible que alguno de ellos (o todos) pudiera reclamar, como acto arbitrario de la administración, el no haber provisto a su solicitud cuando ésta fue tempestivamente deducida?

Tal negativa habría hecho surgir de la mancha de tinta, a su vez, un acto arbitrario y perjudicial para el gestionante del servicio.

La solución que se encontró no es, entonces, arbitraria, sino que va en un claro sentido de legitimidad: por una parte, acierta, reconoce, el hecho de que el administrado se presentó **tempestivamente** el 31 de diciembre de 2007. Por otra parte, se da coherencia al hecho de que, no pudiendo, por imposibilidad física, dar satisfacción al requerimiento tempestivamente interpuesto, la misma se produce en los días subsiguientes. Y véase igualmente que ella **no es ni significa una prórroga de un plazo, sino reconocimiento de que el administrado se presentó dentro de aquel plazo, concretamente, el 31 de diciembre de 2007**. Es éste el único sentido que puede verse en los reempadronamientos cumplidos en los días subsiguientes de enero.

El defendido desconoce los detalles de este reconocimiento. Como está perfectamente explicado y admitido – empezando por el Ministerio Público – tales detalles de procedimiento corrieron por cuenta del delegado. Pero conocía el problema y sus alcances posibles.

Como ya se dijo, la cuestión de la calificación (prórroga, fecha valor), no hace al problema, que era exactamente el de dar respuesta a la multitud que se había presentado en fecha a cumplir un trámite que resultaba imposible cumplir ese día.

El propio Ministerio Público (fs. 155) parece aceptar inequívocamente la necesidad de una solución, aunque sus dudas, en la pregunta que formula a fs. 155, quedan centradas en la validez del procedimiento para asegurarse la identidad de los gestionantes frustrados de ese día: ***“Cómo se aseguraron que los que efectivamente se presentaron en 2007 fuera a los que se les expidió con fecha 2008”***. La Fiscalía parte de la base de aceptar la imposibilidad de atención en 2007 y la duda se plantea respecto de si los reempadronamientos se expedieron exclusivamente a quienes se habían presentado en plazo.

En lo que se relaciona con el aspecto subjetivo, el hecho no puede imputarse, como se señaló en la comparecencia anterior.

CAIROLI⁶ explica: ***“El acto arbitrario es un acto antijurídico por haberse ordenado o cometido mediante abuso de poderes del cargo. Debe examinarse caso a caso, para determinar si la conducta constituye abuso porque la arbitrariedad se da tanto en sentido objetivo o formal (abusando de un poder) como en sentido subjetivo (por móvil de venganza o de odio)”***.

Pero, sin duda, es VIANA REYES quien más fundadamente y con mayor rigor ha extremado el acento sobre el sesgo subjetivo ilegítimo que debe animar la actuación irregular, para que ésta adquiera el carácter de acto arbitrario. El ya citado trabajo en anterior comparecencia⁷, tiene como punto de partida de sus reflexiones precisamente el caso de un juez que, necesitado de dinero para adquirir materiales

⁶ Milton CAIROLI MARTÍNEZ. Curso de Derecho Penal Uruguayo, tomo IV, pág. 223.

⁷ VIANA REYES, Enrique: “El abuso de autoridad genérico”, Revista INUDEP, Año 2, N°3, pág. 78.

indispensables para la tarea del Juzgado, dispuso la venta de armas confiscadas y depositadas en el mismo.

VIANA REYES, luego de señalar la falta de contornos de la disposición, objetivamente considerada, propicia una interpretación que salve la imprecisión de la norma, considerando que el concepto de "*abuso*" contiene, además, una componente subjetiva que le daría especificación a la figura: el abuso no sería solamente la infracción objetiva de la norma administrativa, sino que debería estar presidido por intención espuria, ajena por completo a la persecución, por parte del funcionario, de objetivos de bien común:

“Desde otro punto de vista, es menester convenir en que la llamada ‘arbitrariedad objetiva’ (solamente objetiva) se confunde conceptualmente con el abuso del cargo o, mejor dicho, de los poderes funcionales. Una repetición de esa naturaleza no puede lógicamente admitirse en la ley, en aplicación de los principios hermenéuticos de vigencia y de unidad sistemática”⁸.

El autor encuentra el contenido material de lo arbitrario en “*el plano de los móviles o motivos del hecho*”, los que tienen su respectivo lugar en el requisito de que la conducta de abuso debe ser “*en perjuicio de la Administración o de los particulares*”, lo que la constituye en un delito de tendencia subjetiva, orientada “*con una particular dirección de la voluntad del autor, que no se halla objetivamente expresada en forma completa*”. Los móviles o motivos que constituyen el acto arbitrario son “*aquellos espurios y contrarios al interés del Estado o de la Administración Pública en preservar la corrección teleológica de los actos de autoridad, proclives, por el ejercicio de poder que implican, a toda clase de desmanes*”.

⁸ Obra citada, pág. 86.

“En ese orden, el sectarismo, la prepotencia, la represalia, la venganza, el rencor, el despecho, el deseo de obtener ventajas sociales o políticas, el espíritu vejatorio o cualquier otro similar, es hábil para verificar la existencia del acto arbitrario”⁹.

Basta examinar el panorama de hechos relevados en este proceso para advertir que en todo momento el sentido de la actuación, lejos de propósitos espurios y contrarios al interés del Estado o de la Administración Pública, fue el de dar un proveimiento justo y adecuado a quien lo había solicitado tempestivamente. Vale la reiteración: el dejar sin servicio a quien se presentó a requerirlo en tiempo **sí** habría sido un acto arbitrario. Toda la actuación seguida debe verse, pues, en el sentido de propiciar lo justo. Lo cual, también en el plano subjetivo, exime de todo reproche posible.

III.-Procedimiento abreviado de inscripción de vehículos.

La Fiscalía, complementando la relación de hechos atribuidos al defendido, propuso los siguientes:

“La concesión a los gestores de empresas arrendadoras de vehículos sin chofer, la mayoría de ellas domiciliadas en Montevideo, gozaban del beneficio del 50% de patente anual, en perjuicio de la Administración, es decir, empresas de otro departamento se beneficiaban con una rebaja importante de patente, beneficio éste que era exclusivo para vehículos cuyo titular se domiciliara en el Departamento de Colonia. En este caso existió una Resolución del Intendente, por ende para este caso concreto, la figura delictiva fue cometida por Walter Zimmer”.

Como ya se dijo, el párrafo fiscal parece atribuir a la resolución mencionada la concesión de la rebaja de patente a los gestores no domiciliados en el Departamento, cosa que no aparece en parte alguna de la misma, porque no existe.

⁹ Idem, pág. 93.

Lo que sí existe es una resolución de 2006, aprobada por la Junta Departamental, que bonificaba con un 50% de la patente de la flota de vehículos de las arrendadoras de autos sin chofer, cuando el titular de dicha empresa se domiciliara en el Departamento de Colonia.

Existe sí en el informe de la JUTEP, a fs. 375 y ss., una duda que concierne a la efectiva radicación en Colonia de **dos** empresas de alquiler de vehículos sin chofer (no menciona “*a la mayoría de ellas*”, como dice la Fiscalía), pero no cuestiona lo que es materia de la resolución, tocante a la concesión del beneficio de rebaja a las empresas domiciliadas. En definitiva: la duda en el informe refiere a un seguimiento posiblemente defectuoso de la resolución (una función de contralor en cuya particular especificidad parece difícil involucrar personalmente al Intendente, como si no hubiera en el Gobierno Departamental órganos específicamente competentes para hacer efectivo el cumplimiento), en la medida en que habría beneficiado a dos empresas radicadas fuera de Colonia, pero no guarda relación con lo que parece decir la Fiscalía, esto es, con una resolución del Intendente que beneficia a una mayoría de empresas no radicadas en Colonia con beneficios propios de las radicadas en este Departamento. Una resolución que no existe.

Aquí podría y debería terminar la controversia de esta oscura relación de hechos, porque no es cierto que exista una resolución del Intendente en el sentido de conceder a gestores de arrendadoras de autos no domiciliados en el departamento de Colonia una rebaja del 50% de la patente.

Sin embargo, la sentencia recurrida reescribe la petición fiscal, aludiendo (Considerando 7, pág. 707) a la Resolución N° 1134/007 que creó un “Procedimiento Abreviado de Inscripción de Vehículos”, a efectos que empresas expresamente autorizadas por el Departamento de Hacienda y Administración pudieren empadronar unidades cero kilómetros. Se alude a las condiciones establecidas: “*Estas empresas dispondrían de un stock de matrículas y permisos de circulación válidos por diez días, estableciendo un sistema de*

controles, permisos y sanciones cometidos a la Dirección de Hacienda y Administración, Dirección de Recaudación y Oficina de Auditoría Interna, según el caso, incluyendo la obligación de confeccionar formularios de control”.

Y luego, alude a un defectuoso seguimiento, en el que no parece involucrarse al Intendente ZIMMER, pasando, a continuación a lo relativo a las empresas arrendadoras de autos, señalando que en la nómina de las registradas de fs. 451 existen “*algunas cuyo expediente de ingreso no resulta incorporado. Así parecería que Ancasud S.A. y Celmu S.A. no tendrían expedientes. No aparecen en dicha nómina ni Melysor S.A. ni Nezara S.A. El informe de JUTEP de fs. 375 releva que la primera referida tendría vehículos empadronados desde 2009 pero que no habría culminado el expediente (...) por falta de requisitos aunque habría sido habilitada a tales efectos por autorización del entonces Director de Hacienda, hoy fallecido (...) La segunda empresa y conforme el mismo informe, tendría vehículos empadronados desde enero de 2010 (...) aunque el expediente (...)”* no habría sido ubicado.

Y concluye: “*Parecería que por lo menos las empresas mencionadas se habrían beneficiado en forma legalmente inadmisible en perjuicio de las arcas municipales”.*

Pero véase que la sentencia ni atribuye, ni podría atribuir un involucramiento personal de la persona del Intendente.

Lo que, en definitiva, es correcto, porque no estuvo en los detalles de la ejecución de la decisión.

Porque, si bien el argumento constitucional en el sentido de que el Intendente debe hacer cumplir la Constitución y las Leyes es, sin duda, exacto, prueba, sin embargo, demasiado si se pretende extraer de él que la máxima autoridad administrativa del Gobierno Departamental deba involucrarse hasta en la más mínima de las tareas de inspección.

En toda Intendencia existen cientos, miles de resoluciones, cuya implementación no puede estar (por imposibilidad humana) a cargo del jerarca. Precisamente, para eso existen los

diferentes servicios. Si la resolución se aplica bien o mal, ello es competencia de cada administración especializada.

Y, en el caso, en la propia resolución aparecen designados los departamentos de la Intendencia que debían cumplirla.

IV.-Retiros de dinero de cuentas de Proyectos.

En este caso, la sentencia excede manifiestamente el inventario de hechos que el Ministerio Público tuvo en cuenta para fundar el pedido de enjuiciamiento: aquí ni siquiera valen las interpretaciones que podrían adjudicarse a una expresión oscura de la pretensión, porque, en el caso, los hechos inventariados por el Juzgado derechamente (y con buen criterio) **no fueron expresados por la Fiscalía**.

Al margen de toda requisitoria, el Juzgado construye una imputación en función de consideraciones que no parecen aceptables siquiera desde la perspectiva de extrema subjetivización de los hechos, que el art. 162 CP propicia.

En efecto.

En el numeral 14 de los Considerando, se lee:

"ZIMMER también admite a fs. 160 que los retiros de dinero conforme consta a fs. 99-104 de cuentas de Proyectos que según la Lic. Greising (fs. 148) ya estaban finalizados, lo habría hecho a solicitud de la persona referida, su concubina desde 2008 pues la misma se encontraría en uso de licencia médica y para pagar proveedores a los que se les debía desde hacía más de seis meses. Habrían ido juntos a cobrar el dinero y frente al Tesorero se lo habría entregado ZIMMER a la Lic. Greising. Esta última había declarado que se trataba de proyectos finalizados con saldos de dinero que habrían sido destinados a usos municipales y que una de esas

cuentas se habría utilizado para recibir dinero de aporte de Andalucía para ‘Proyecto ONG SUR’. Cabe preguntarse si cuando cualquier funcionario de la comuna está con licencia médica, el Intendente hace el trámite por él y luego le entrega el dinero a quien está indispuesto para que cumpla con sus funciones. Esta confianza sólo podría explicarse por la relación afectiva entre ambos. Por su parte la Lic. Greising no renunció luego que el Intendente ZIMMER lo hiciera para efectuar su campaña política, por lo que parecería posible aguardar a su reintegro para realizar en forma y con el nuevo Intendente los pagos pendientes de ejecución. Tampoco parece admisible contablemente efectuar depósitos de dineros de un convenio internacional en la cuenta abierta para otro ya culminado. Básicamente la transparencia pública implica establecer mecanismos de control internos que funcionen sin obstáculos y permitir la visibilidad externa de lo actuado”.

El pasaje transcritto en su integridad es absolutamente expresivo de los extremos absolutamente inadmisibles a que puede llegar a partir del art. 162 CP. Es más: podría ser un argumento definitivo para que se pronuncie, sin más, su derogación. Parece reprochársele al Intendente (¿estaría en esto el acto arbitrario?) el haber cobrado dinero para entregárselo a su compañera. Véase: no se dice, ni podría decirse, que el cobro haya sido indebido o existido apropiación o distracción del dinero. No, la supuesta arbitrariedad del acto parece estar en este acto de cobrar por su compañera, cuando al Juzgado le parece claro que el Intendente no lo haría respecto de cualquier otro funcionario. Una conclusión que, a la vez que irrelevante, podría ser falsa, porque nada impide considerar que el Intendente, a requerimiento de un funcionario cualquiera, por la razón que fuere, le cobrara igualmente su sueldo.

La tesitura de la sentencia es francamente inadmisible, aunque es absolutamente indicativa del carácter puramente subjetivo con que, a partir del art. 162 CP, se extraen las figuras de arbitrariedad. Parece que el símil de las posibilidades de la mancha de tinta de producir imágenes en el ámbito estrictamente subjetivo, es aquí especialmente adecuado.

En otras palabras: fuera del principio de congruencia, el Juzgado ha visto en el acto de cobrar para otro y entregarle el dinero, un acto arbitrario. Y, por cierto, por si faltara algo a la hipertrofia subjetiva de la interpretación, agrega sus resultados a la continuidad y gravedad que adjudica a los hechos, para decretar la prisión del enjuiciado.

V.-La improcedencia de la prisión preventiva.

Sin la existencia de un previo requerimiento fiscal al respecto, y desatendiendo también aquí el principio de congruencia, en el numeral 17 de los CONSIDERANDO, el Juzgado decreta la prisión preventiva en atención “**a la gravedad de los hechos reseñados**” y, en lo que atañe estrictamente al defendido, dada “**la continuidad reputada en las figuras delictivas referidas, tratándose de dos funcionarios de altísima jerarquía que no podrían ignorar las implicancias de las decisiones que toman – o de las que no toman debiendo hacerlo – en el desempeño de sus funciones, los procesamientos se dispondrán con prisión**”.

Confróntese esta argumentación con la exhibida en el CONSIDERANDO 1 (fs. 702), cuando se afirma que las variables políticas deben quedar fuera del pronunciamiento (lo cual es obviamente correcto): “(...) **todo ello debe quedar fuera de la valoración de esta proveyente. En primer lugar, porque esta resolución no**

implica más que someter a enjuiciamiento a dos habitantes de la República que por mandato constitucional son iguales al resto de las personas ante la Ley y ante los Tribunales. En segundo lugar, porque para poder arribar a la eventual sentencia de condena que defina sin hesitaciones la culpabilidad o no de los indagados y la calificación jurídica de los hechos resta aún un largo camino por recorrer partiendo desde la inocencia constitucional que hoy les ampara”.

Sin ánimo de sarcasmo, ese camino no ha sido muy largo para el Juzgado, puesto que ya al final de esta resolución, la inocencia constitucional reconocida inicialmente al indagado quedó retenida en el tamiz valorativo y los hechos pasaron a tener una gravedad que los hace incompatibles con la posibilidad de esperar esa “*eventual sentencia de condena que defina sin hesitaciones la culpabilidad*”. No se advierte qué espacio reconoce la sentencia para que opere el principio constitucional de inocencia, cuando ya, preliminarmente y sin hesitaciones, se adjudica a una persona de 69 años, sin antecedentes, una responsabilidad sin cortapisas, avalada por su calidad de funcionario de “*altísima categoría*”, que no podría ignorar las implicancias de las decisiones tomadas.

Es muy claro que el auto de procesamiento ha abreviado camino y se ha pronunciado, con prejuzgamiento, sobre una responsabilidad penal en relación a cuya existencia el Juzgado no abriga dudas ni hesitaciones de especie alguna. En consecuencia, como ya preliminarmente se han calificado los hechos, adjuntándolos ilegítimamente a los inventariados por la Fiscalía, el auto de procesamiento es, sustancialmente, una sentencia de condena, ejecutada de inmediato.

El Dr. Ramón DÍAZ, en sus inolvidables editoriales de Búsqueda, decía con nitidez:

"A una persona se la procesa, no porque sea culpable, sino para averiguar si lo es".

Pues, en el caso, expedida la pena de prisión bajo la toga de medida cautelar, es patente que la averiguación sobra, según el criterio implícito en la sentencia.

Frente a la impostación del Juzgado, parece sobreabundante hasta lo fastidioso aludir a que la prisión preventiva ni es ni puede ser una pena, sino de naturaleza de medida estrictamente cautelar de los tres riesgos que, desde CARRARA, se aceptan como adecuados para decretarla: riesgo de justicia (dado por el temor de que el imputado se sustraiga a la acción de la justicia); riesgo de la indagatoria (si fuere presumible que la libertad del detenido pueda obstaculizar la eficacia de la instrucción); riesgo de repetición del hecho (esto es, razones de seguridad pública). Dichos fundamentos cautelares se encuentran enunciados en el art. 72 CPP.

Puede advertirse que, al expedir la prisión preventiva, el Juzgado no funda, ni podría fundar, la medida de prisión en ninguna de estas circunstancias. El fundamento se hace consistir en esa pretendida gravedad que los hechos (los propios de la Fiscalía y los agregados y corregidos por el Juzgado) tendrían, a los efectos de esta condena anticipada.

Pero hay algo más, que resulta todavía más azorante: el Juzgado funda la prisión preventiva en una suerte de responsabilidad solidaria de naturaleza penal entre ambos indagados. Y si no se cree a la Defensa, deberá creerse la cita del respectivo pasaje de la resolución:

"Los artículos 119 y 121 del TOCAF establecen responsabilidades administrativas en materia financiero contable en forma mancomunada o solidaria. No resulta justo que el Director de Hacienda sea procesado con prisión por hechos que habría cometido con conocimiento y sin objeciones (previas, concomitantes y/o posteriores) de quien le colocó en posición de poder hacerlos".

En otras palabras: como el Cr. AHUNCHAIN resulta procesado con prisión (dicho sea de paso, pero dicho sea, por un delito de falsificación ideológica no imputado al defendido), al Juzgado le parece justo que el otro procesado, esto es el defendido, tome parte, si no en la imputación, sí en la prisión. Dentro de esta concepción de la responsabilidad penal hipertrofiada hasta el absurdo, la solidaridad administrativa se extiende y se transforma, sin ruidos ni fricciones, en responsabilidad penal.

En menos palabras: la sentencia entiende que el defendido **ya es culpable**, de un hecho grave y debe allegársele la prisión, no sólo por esta culpabilidad grave, sino porque su responsabilidad debe sufrir el gravamen solidario de acompañar la prisión del Cr. AHUNCHAIN.

No vale la pena decir que esta forma de razonar contraviene en forma frontal y distinguida todas las garantías procesales que un Juzgado debe brindarle a un justiciable: por vía de prisión preventiva se le allega de modo inmediato la condena, sin forma de juicio ni sentencia legal. Para ello, se prescinde del principio de congruencia y se reedifican y se extienden los hechos, calificándolos dentro de parámetros altamente subjetivos (cosa que, por otra parte, la propia redacción del art. 162 CP propicia). A esta altura, ya nada queda, sea mirando el camino recorrido,

sea mirando el camino por recorrer, del principio de inocencia (Constitución, art. 20)

que el Juzgado menciona y pretiere, dejándolo en el rango de norma programática.

Y, por si algo faltara, en una época ya largamente iniciada, en la que, en actos y en tendencia, el Derecho Administrativo ha pasado a incorporar las garantías mayores que surgen de la decantación penal, el Juzgado propicia el camino inverso, imponiéndole al Derecho Procesal Penal las soluciones (responsabilidad solidaria y mancomunada) menos garantistas del Derecho Administrativo.

A la Defensa no le queda duda alguna en el sentido de que el auto de prisión debe ser revocado.

VI.-Libertad provisional.

A los efectos de constituir la libertad del defendido en cuestión de previo y especial pronunciamiento, se solicitará, en razón de **todos los fundamentos expuestos en esta comparecencia**, la excarcelación provisional del mismo.

PIDE:

1.-Tenga por interpuestos los recursos de reposición, apelación en subsidio y nulidad contra el auto de procesamiento y de prisión.

2.-Se revoque y anule la interlocutoria impugnada, disponiéndose la clausura de estas actuaciones y la libertad definitiva del defendido.

3.-En subsidio, se eleven los autos al superior, a fin de que disponga lo solicitado en los petitorios precedentes.

4.-Sin perjuicio de lo expuesto, como cuestión de previo y especial pronunciamiento, teniéndose presente los fundamentos expresados en esta comparecencia,

se disponga la excarcelación provisional del defendido, bajo caución juratoria, a cuyos efectos se tendrá por planteado el incidente correspondiente.

5.-Se tenga presente que, a los efectos de la tramitación en alzada, se constituye domicilio en Montevideo en Juan Carlos Gómez 1445, esc. 301 y a todos los efectos se autoriza a la Dra. María Eugenia CHAVES.