

RESOLUCION N°:

Montevideo, 15 de mayo de 2008.-

VISTOS Y RESULTANDO:

l)Que de las actuaciones presumariales cumplidas en autos, surgen elementos de convicción suficientes acerca de la ocurrencia de los siguientes hechos:

1) Que los indagados: S. N. I. (oriental, casado, de 68 años de edad, Ingeniero) J. E. S. P. (oriental, casado, de 49 años de edad, Abogado y Escribano), J. E. C. M. de O., (oriental, casado, de 63 años de edad, Escribano jubilado), F. C. B. (oriental, divorciado, de 50 años de edad, Abogado), N. U. M. G. (oriental, casado, de 72 años de edad, jubilado) y N. R. S. D. (oriental, viudo, de 72 años de edad, jubilado) se desempeñaron todos como Directores del Banco Hipotecario del Uruguay.

2)En tal calidad, y según resulta de fs. 561, con fecha 24 de febrero de 1999, mediante acta número 13.598, los Sres. S. N., J. C., N. S. y N. M. G. resolvieron “Acceder a lo solicitado, aprobando el reintegro de la suma de U\$s 27.634,40 por los conceptos de que se trata” (fs. 562) (al momento de votarse dicha resolución no se encontraba en la Sala el Dr. S.).

Ello, en la medida que lo resuelto por el Directorio refiere al planteo del último nombrado efectuado en el expediente 693476, cuyo testimonio obra agregado a fs. 197 y siguientes, del que resulta que:

a- El Dr. S. fue sometido a dos operaciones de rodilla en el “The Hospital for Especial Surgery” de la ciudad de Nueva Cork, (USA) los días 29 de octubre y 10 de noviembre de 1997, en función de las cuales se le efectuó un reemplazo total de rodilla (fs. 198 a 200).

Citando como fundamento que “el Instituto se ha hecho cargo a través de su Clínica Médica de los gastos correspondientes a la internación de varios funcionarios y ex funcionarios sometidos a diferentes intervenciones quirúrgicas en el extranjero...” solicita el reintegro de las sumas abonadas por su parte, según liquidaciones y recibos de pago que agrega.

b- Con fecha 17 de febrero de 1999 se expidió el Dr. R. L. en su calidad de Encargado del Departamento de Servicio Médico expresando, en definitiva que: “si bien este tipo de cirugía se realiza en el País, el tipo de prótesis usado en este caso no se encuentra aquí, por lo que no quedaba otra solución que la intervención quirúrgica en el exterior”

c- En el mismo informe se fijan los gastos hospitalarios en la suma de U\$s 27.634 , 40.-

d) El Dr. R. C., Gerente General del B.H.U. informó con fecha 22 de febrero de 1999, citando tres antecedentes, que “corresponde a Directorio la resolución discrecional de las presentes actuaciones, teniendo en cuenta el informe del Encargado del Departamento de Servicio Médico que antecede”.

e)De acuerdo a todo ello, con fecha 24 de febrero de 1999 se dictó la resolución antes mencionada, por la que se autorizó el reintegro de gastos solicitados por el Dr. S., por la suma de U\$S 27.643,40, imputándose dicha erogación al renglón 39.9 (fs. 1071)

3)Con fecha 25 de julio de 2000, mediante Acta número 13.670 estando integrado el Directorio con los Sres. J. C., N. S., J. S. y F. C., se autorizó con cargo al Banco el reintegro al Sr. Presidente de la Institución, Ing. N., el monto del deducible del seguro médico, más gastos de traslado y estadía por 14 días en E.E.U.U. y los traslados y estadía correspondientes al Dr. L. por el término de 5 días (fs. 560 y 146 y siguientes), habiéndose luego extendido el pago de traslado y estadía del Dr. L. por el término de 16 días (fs. 157).

Dicha resolución fue dictada sin que estuviera presente en el directorio el interesado según resulta del acta ya citada de fs. 560.

Previo a la misma, el Ingeniero N. presentó la solicitud cuya copia obra a fs. 147 a 148, informe del Dr. E. R. C., Gerente General en el que hace referencia a antecedentes en los que la Institución ha considerado situaciones similares (fs. 149) e informe del Dr. R. L. en el que se pronuncia a favor de la opinión del Dr. Profesor R. C. en cuanto a que el Ing. N. fuera intervenido quirúrgicamente por el Dr. W. C. en St. Louis, Missouri, USA (fs. 151).

El costo del reintegro de deducible del seguro efectuado a favor de N. ascendió a un total a U\$S 6000, imputándose la erogación al rubro

39.9. (fs. 1071). Por su parte el monto por reintegro de gastos de estadía ascendió a U\$s 6140.

4)Que los antecedentes en que se fundan las resoluciones e informes antes relacionado consisten en:

* Resolución de Directorio de fecha 17 de enero de 1979, dictada en expediente 312. 328 por la que se asistió al ex funcionario J. C. P. con la suma de \$ 15.000 como complemento del costo de una operación quirúrgica a realizarse en el exterior. Dicha suma, según surge de la misma resolución equivale al costo que debería haber abonado el Servicio Médico del Banco, en caso de haberse efectuado la intervención en el Uruguay.

* Resolución de Directorio de fecha 7 de mayo de 1987 (fs. 211) por la que se dispuso que el Instituto se haría cargo “a través de su Clínica Médica de los gastos correspondientes a la intervención e internación de la funcionaria M. F. por un monto de U\$s 2.500”, habiendo a posteriori aprobado el pago de la suma de U\$S 518 que demandó en más dicha operación (fs. 212 y fs. 255 a 260).

Debe tenerse presente que en este caso, según se indica en el informe de R. S. de fs. 259 expresamente se sugirió que los gastos antes indicados fueran imputados al Fondo común para gastos por intervenciones de alto riesgo.

*Resolución de Directorio de fecha 9 de setiembre de 1998, dictada en el expediente 687. 107 por la dicho órgano se da por enterado de que

el Sr. Presidente del BHU, Sr. N. otorgó con fecha 7 de setiembre de 1998 una partida de U\$s 6.850 como contribución a los gastos médicos que insumiría la atención reparatoria a la que debía someterse la funcionaria G. D. (fs. 248 a 254).

5)Que obra a fs. 471 y siguientes el Reglamento del Servicio Medico del Banco Hipotecario del Uruguay, aprobado por resolución de Directorio de 9 de octubre de 1944 y modificado por resolución de fecha 21 de marzo de 1979 (ver fs. 495 y siguientes). Surge así mismo de fs. 494 que por dicha resolución modificativa se creó un “fondo común de previsión que se destinará 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, que se integrará con los aportes de todos los usuarios del Servicio Medico”. Por su parte, conforme al memorando de fs. 831 a los efectos del fondo de previsión indicado se abrió una cuenta 8CAR número A 4179536/1).

6)Así mismo, surge de las actuaciones cumplidas en autos que el ex Director del BHU Dr. Esc J. S., por resolución del Directorio, efectuó varios viajes en representación de la Institución, habiendo el Sr. Fiscal solicitado el inicio de proceso penal con relación a la eventual responsabilidad por tres de ellos, a saber:

a) Viaje a Kuala Lumpur, Malasia, para asistir al “The Asia Pacific Bankers Congress” entre el 23 al 25 de mayo de 2000. Los detalles de

este evento y los gastos que insumió la participación del Sr. S. surgen del expediente 707 623 cuyo testimonio obra a fs. 106 a 125v.

b) Viaje a Maui, Hawai (USA) para asistir a la "Mortgage Bankers Association Internacional Real Estate Conference, a realizarse en el lugar antes indicado entre el 15 al 18 de setiembre e 1998. Los detalles de este viaje y su costo obran en el expediente 686. 525 de fs. 126 a 145.

c) Viaje a Cape Town en Sudáfrica para participar en la "Fifth Annual Investing in Africa Mining Conference/ Indaba 200" la que tuvo lugar entre el 5 al 13 de febrero de 2000, (ver fs. 95 a 105).

II) Los elementos de convicción suficientes respecto de los hechos antes relacionados se integran con: actuaciones administrativas de fs. 2 a 270, 286 a 324, 275 a 278, 467 a 547, 558 a 563, declaraciones de M. P. (fs. 282 a 283), de N. M. (fs. 284 a 285), de N. S. (fs. 335 a 337), C. R. (fs. 338 a 340), de J. S. (fs. 380 a 390 y 902 a 909v), de S. N. (fs. 392 a 400, 604 a 622 y 1007 a 1010), prueba documental de fs. 403 a 421, declaraciones de J. C.- (fs. 422 a 428, 597 a 603 y 915 a 919), de E. P. (fs. 429 a 435), C. C. (fs. 439 a 442), N. M. (fs. 447 a 448 y 949 a 951), A. C. (fs. 453 a 454), recaudos de fs. 458 a 460, declaraciones de F. C. (fs. 463 a 466 y 940 a 945v), de A. L. (fs. 565), de N. S. (fs. 654 a 663, 943 a 945v), recaudos de fs. 831 a 890, 899 a 900v, 933 a 939, 992 a 1001, 1011 a 1067, 1071 a 1072, declaraciones de M. C. T. (fs. 973 a 976v) y demás emergencias útiles de la causa.

3)A fs. 882 a 889 el Ministerio Público solicitó el enjuiciamiento de S. N. I. y de J. E. S. P., imputados de cinco delitos de abuso de funciones en casos no previstos por la ley, en reiteración real, cuatro de ellos en calidad de autor y uno en calidad de coautor; el procesamiento de J. E. C. M. de O. y de y N. R. S. D. imputados de la autoría de dos delitos de abuso de funciones en casos no previstos especialmente en la ley en reiteración real y el procesamiento de F. C. y N. U. M. G. por un delito de abuso de funciones en casos no previstos en la ley.

CONSIDERANDO:

1)Que de acuerdo a los hechos historiadados, los que se consideran semiplenamente probados, y compartiéndose parcialmente el criterio fiscal, corresponde enjuiciar a:

- S. N. bajo la imputación, prima facie, de dos delitos de abuso de funciones en casos no previstos por la ley , en reiteración real, uno de ellos en calidad de autor y uno en calidad de coautor.

- J. E. S. P. bajo la imputación, prima facie, de dos delitos de abuso de funciones en casos no previstos por la ley , en reiteración real, uno de ellos en calidad de autor y uno en calidad de coautor

- J. E. C. M. de O. bajo la imputación prima facie de dos delitos de abuso de funciones en casos no previstos especialmente en la ley en reiteración real a título de autor.

- N. R. S. D. imputado prima facie de la autoría de dos delitos de abuso de funciones en casos no previstos especialmente en la ley en reiteración real.

- F. C. B. bajo la imputación, prima facie, de un delito de abuso de funciones en casos no previstos en la ley.

- y N. U. M. G. bajo la imputación prima facie de un delito de abuso de funciones en casos no previstos en la ley.

2) En efecto, surge de las actuaciones cumplidas hasta la fecha, sin perjuicio de las ulterioridades del proceso que el accionar de los indagados se adecua a lo previsto en el art. 162 del C.P.

En efecto, conforme a dicha norma, comete el delito imputado el 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.

Respecto de dicho delito, debe señalarse que, si bien los Sres Defensores alegaron la inconstitucionalidad de la norma que lo tipifica, lo cierto es que ninguno de ellos promovió en realidad su inconstitucionalidad, motivo por el cual no corresponde que la Sede proceda conforme a lo establecido en el art. 518 del C.G.P. en tanto la misma considera que no procede en el caso, deducir inconstitucionalidad alguna de oficio.

3) Ahora bien, tal como lo expresa Cairoli en la consulta agregada a fs. 342 y siguientes de estos autos, la parte objetiva del tipo penal previsto en el art. 162 del C.P. está formada por la calidad del sujeto activo, que debe ser un funcionario público, por el medio para cometer el delito que es el abuso del cargo, y los verbos nucleares que son: cometer u ordenar actos arbitrarios, que no estén comprendidos en otras normas del código o leyes especiales. La parte subjetiva está constituida por el dolo. Señala dicho autor que lo importante a examinar es el medio constituido por el “abuso del cargo” respecto de lo cual la doctrina ha entendido que lo que puede ser un abuso en la parte administrativa no ha de ser siempre una conducta penalmente relevante.

Así mismo, el acto cometido con abuso debe ser arbitrario y se entiende por tal, conforme al T.A.P. 2º T. en sentencia Nº 63/03 de fecha 13/III/03 (publicada en La Justicia Uruguay, Tomo 129 - Año 2004, caso 14818), que: *“Enseña el diccionario Durvan de la Real Academia Española, el significado de arbitrario: Que procede con arbitrariedad. ¿Y qué es arbitrariedad?*

Precisa el Diccionario que proviene de arbitrario. Se trata de un acto o proceder contrario a la Justicia, la razón o las leyes. ...

Justamente, la "ratio" del Codificador patrio, cuando plasma la cuestionada figura del art. 162 del CP, consiste en no dejar impunes, aquellos actos de los funcionarios públicos que, cuando no se adecuen típicamente a una figura penal preestablecida, importen sí una inadmisibile

arbitrariedad, que compromete la buena imagen de la Administración, que en definitiva, lo que la Ley quiere preservar cuando prevé tipos penales en el título IV del Código Penal y en leyes extra-Código, como ocurre en la ley Nº 17.060; en otros términos, cuando se ejecutan actos arbitrarios, en perjuicio de la Administración o de los particulares, se pone 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, que en todo momento debiera inspirar a cada uno de los ciudadanos.

Arbitrariedad cometida en perjuicio de la Administración o de los particulares, más allá de que la motivación del acto, no haya sido determinada por una finalidad espuria o egoísta del ejecutante....”

También refiriéndose a la “arbitrariedad” la Sala de Primer Turno ha expresado que:

“Ese elemento es una nota subjetiva integrante del tipo que no puede desecharse como tal. Es una clara referencia a los móviles -distinguidos del dolo- de esa conducta. Manzini habla de la transferencia “del elemento material al elemento psíquico”.

Soler estudiando el art. 248 del Código Penal Argentino que no tiñe con ese elemento subjetivo el accionar del agente (arbitrariedad) habla sin embargo de la conciencia de la falsedad del fundamento de ese accionar, por cuanto responde al "ejercicio de una facultad existente en condiciones conocidamente falsas".

El Código Italiano tampoco hace integrar el tipo con este elemento subjetivo y Maggiore refiere el tipo al abuso de poder "según las normas del derecho público, que definen la esfera de competencia del funcionario público" y debe realizarse caso por caso, traduciéndose entonces en "actuar más allá de las propias competencias".

Esto determinaría en nuestro país, el procesamiento de todos aquellos que dictaron resoluciones que luego son anuladas por exceso de competencia en el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Sin embargo, Maggiore distingue el abuso "en sentido objetivo y en sentido subjetivo. Se tiene el primero cuando el acto es sustancial o formalmente contrario a la norma que regula el campo de la actividad funcional, en que el funcionario se mueve para cometer el hecho acriminado, sea que exceda los límites de su propia competencia, sea que no observe las formalidades prescriptas por la ley. La arbitrariedad se presenta también en el acto discrecional, no sólo cuando se violan las

normas legales para el ejercicio de él, sino cuando se le realiza por un fin distinto de aquel para el cual ese poder fue conferido. Esto sucede cuando el móvil del acto discrecional es contrario al interés público, o cuando coincide con algún interés privado (de secta, de enemistad, de venganza, de prepotencia), en tal caso la arbitrariedad objetiva coincide con la subjetiva, que es la conciencia de violar las normas que regulan la propia actividad funcional" ("Derecho Penal", vol. III, págs. 210-211, edic. 1972).

Y en ese sentido, nuestra legislación complementa la arbitrariedad objetiva -abuso, extralimitación de funciones- con la arbitrariedad subjetiva. Mientras la primera determinará las responsabilidades administrativas correspondientes según los estatutos respectivos, la segunda entrará en la esfera del derecho penal.

Hay una clara referencia a los móviles espurios de esa conducta que lesiona la administración o a los particulares, dirigidos a ese fin.

No puede de ninguna forma concluirse que el legislador ha sido "redundante" al agregar, frente a textos influyentes en la redacción del mismo que no la incluían, la nota de "arbitrario". "Ello no parece sistemáticamente correcto"; dice Viana Reyes: "Si el contexto de la ley debe servir para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía (art. 20 del C.

Civil), es lógico concluir que una cosa es el abuso del cargo y otra diferente es la arbitrariedad del acto", INUDEP, No. 3, pág. 87.

Integrando ese elemento el tipo legal, su consideración es necesaria para determinar la esfera del derecho aplicable: el administrativo, o el penal.

Bayardo Bengoa, que parece inclinarse por el acto arbitrario resultando o "mediante abuso de poderes"; realiza sin embargo precisiones sobre la dificultad de aplicar esa posición a la actuación del funcionario por "exceso de celo": "En tal supuesto, dice, es menester -para admitir o excluir la configuración del delito- considerar no solamente la posibilidad de hacer recaer un perjuicio en particulares, sino que es preciso penetrar en la médula de la intención del agente".

Por tanto, el delito no se comete con el simple abuso de funciones sino con la ejecución o la orden del acto arbitrario, Conf.: Sent. 9/79, Trib. Penal 2o. Turno, Sent. 66/86, Trib. Penal 3er. Turno..." (La Justicia Uruguay, Caso 119459, Tomo 104, caso 1992).

4) Pues bien, en el caso de autos, todos los indagados revestían al momento de los hechos la calidad de Directores del Banco Hipotecario del

Uruguay, en cuyo mérito ostentan la calidad de funcionario público exigida por el art. 162 del C.P.

Así mismo, al aprobar las resoluciones de fecha 25 de julio de 2000 y de fecha 24 de febrero de 1999 por las cuales se autorizó el reintegro de gastos por operaciones en el exterior a los co indagados S. y N., conjugaron el verbo nuclear en tanto “cometieron” un hecho arbitrario, abusando de sus funciones y así incurriendo en el mismo delito los beneficiarios del reintegro pero a título de coautores (art. 61 C.P.).

En cuanto a la “arbitrariedad” legalmente exigida, a juicio de la Sede, la misma se ve configurada, sin perjuicio de lo que resulte del devenir del proceso. Ello, en la medida que la conducta considerada consistió en autorizar el pago de sumas importantes de dinero, a dos directores, por gastos de operaciones quirúrgicas en el exterior y con cargo al presupuesto del Banco Hipotecario del Uruguay sin fundamento legal alguno ocasionando con ello, además, un perjuicio económico a la Institución.

En efecto, debe recordarse que en dicha Institución y desde larga data existe un Servicio Médico que cubre las necesidades de atención médica de los funcionarios, incluidos los Directores, existiendo además un fondo común, conformado por aportes de los beneficiarios del Servicio

Médico destinado a cubrir, entre otros, intervenciones de Cirugía de Alto riesgo. Dicho fondo se conforma con aportes de todos los beneficiarios y a tales efectos se abrió una cuenta bancaria independiente del patrimonio del BHU.

Pese a ello, en el caso de autos, el pago de gastos efectuado lo fue con cargo al presupuesto del banco, lo que significa en los hechos que, sin norma alguna que los autorizara, los directores resolvieron invertir dineros del BHU cuyo destino se encuentra legalmente fijado, para un fin ajeno a éste, es decir, para cubrir los gastos en salud de dos de sus integrantes. Por ello, y más allá de que fueran necesarias las intervenciones a las que se sometieron, ello no autorizaba al Directorio a pagarlas con los dineros de la Institución, cuyo fin es por cierto otro bien distinto.

Tales consideraciones, por otra parte, a juicio de la Sede (y se reitera, a los efectos de esta resolución y sin perjuicio de las ulterioridades del proceso) no se ven enervadas por el hecho de que existiera un Servicio Médico, ya que no fue a éste a quien se le trasladó el costo de las intervenciones ni por la existencia del Decreto 353/94 agregado a fs. 933 y siguientes, en cuyos artículos 35 y 38 se prevé el derecho a la asistencia médica integral, lo que no significa que ello suponga la obligación, a cargo del Banco, de abonarle a sus directores, (y en puridad a los funcionarios en general), intervenciones quirúrgicas en el exterior,

pues el patrimonio de organismo tiene un destino diverso, fijado por Ley y que no puede ser alterado por decisión de los directores ni tampoco en base al decreto que alega el Sr. Defensor del co - indagado C.

Por otra parte, debe observarse que los antecedentes mencionados que los indagados señalan como fundamento de su decisión, carecen de la trascendencia que éstos pretenden asignarles y no resultan suficientes como para destruir la arbitrariedad del acto realizado. Ello en la medida que, debe observarse que se trata de situaciones distintas. Así, en el caso del Sr. P., la suma que se le reintegra equivale a la suma que debería cubrir el servicio médico. En el caso de la funcionaria F., la imputación se hizo a la Clínica Médica y por lo tanto ello no gravó patrimonio de la Institución mientras que el caso de la Funcionaria D., en la medida que fue autorizado por uno de los indagados, que luego fue a su vez destinatario del mismo beneficio, no resulta admisible pretender tomarlo como fundamento válido del accionar de aquel.

Siendo así, a juicio de la proveyente, los antecedentes antes relacionados carecen de la trascendencia que le atribuyen los indagados y el Dr. D. en la consulta agregada a fs. 977 y siguientes y no resultan suficientes como para considerar legítimo el accionar de aquellos, en función de la teoría del acto propio, y ello, en tanto los antecedentes de los funcionarios P. y F. no son iguales a los casos de N. y S. conforme ya se indicara mientras que el pago efectuado a D., fue dispuesto por el

indagado N., de donde mal puede invocarlo luego para validar su propio accionar.

5) En cuanto al dolo, cuya ausencia sostienen los Sres. Defensores y la consulta agregada efectuada por el Dr. Cairoli, a juicio de la Sede corresponde coincidirse con el criterio fiscal.

En efecto, conforme lo enseña Langón: “el dolo es la voluntad de cumplir la conducta prohibida o de omitir aquella que es ordenada por ley. Consiste por tanto en la voluntad de realización del hecho, de materializar a través de la acción, la materia de la prohibición. Es querer hacer lo prohibido o no hacer lo ordenado” (Código Penal Comentado, Sistematizado y Anotado”, año 2003, Tomo I, pág.92.)

Respecto de este elemento, en la medida que consiste en un elemento subjetivo su presencia en el caso debe ser desentrañada en función del análisis de todo el material probatorio, en tanto la intención no siempre surge declarada real o verosímilmente (CF. R. Derecho Penal, Tomo 15, caso 170).

Partiendo de este supuesto, más allá de que los indagados hayan expresado que no creyeron haber cometido delito alguno y que actuaron conforme a los antecedentes y los informes técnicos, lo cierto es que,

cabe sostener, en principio, que existen elementos de convicción suficientes que avalan la posición del Sr. Fiscal en cuanto a que aquellos no podían ignorar la arbitrariedad de su accionar. No se trata de funcionarios de rango menor sino de Directores de un Ente Público, tres de ellos, incluso, profesionales en el área del derecho. Por otra parte, el hecho de que hubieran existido antecedentes sin respaldo legal no los habilitaba a autorizar nuevos gastos por igual concepto, sin perjuicio de lo que ya se ha señalado en cuanto a que los antecedentes invocados no resultan idénticos al caso de N. y S.

Finalmente, tampoco resulta razonable pretender justificar la ausencia de dolo en la existencia de dictámenes técnicos pues ha de verse que, los informes del Dr. R. C., más allá de la autoridad que éste pudiera tener, carecen en realidad de una verdadera fundamentación y sólo mencionan que en algún caso anterior (los tres ya mencionados) se pagaron gastos médicos.

Por su parte, si bien el Sr. Fiscal no ha considerado en su dictamen la necesidad o no de las operaciones en el exterior, lo que por razones de congruencia no será examinado por la Sede, no puede sin embargo dejar de señalarse, a fin de valorar el accionar de los indagados que incluso en el caso de Sr. N., tampoco el informe médico que avaló la necesidad de operarse en el exterior tiene fuerza convictiva. Y ello, en tanto dicho

informe proviene del Dr. L., médico éste que también viajó con aquel a Estados Unidos, con todos sus gastos pagos, acompañando al Presidente del Directorio durante su intervención y convalecencia y beneficiándose por lo tanto con este viaje.

En mérito a todo lo expuesto, encartando la conducta de los encausados en las disposiciones del art. 162 del C.P. habrá de imputarse a los mismos el delito allí tipificado:

A título de autores a los indagados: C., S., S. y C. y a título de coautor N., con relación a la resolución de fecha 25 de julio de 2000 y con respecto a la resolución de fecha 24 de febrero de 1999, a título de autores a N., C., S. y M. y en calidad de coautor a S.

6) Por el contrario, la Sede desestimará la pretensión fiscal dirigida al procesamiento de los indagados por los viajes al exterior efectuados por S. a Maui, Kuala Lumpur y Sudáfrica.

Ello, en tanto a juicio de la suscrita, la prueba rendida hasta la fecha no permite sostener válidamente que tales viajes hayan tenido la nota de arbitrariedad legalmente requerida. En efecto, más allá de que se trata de destinos sumamente “tentadores” para cualquier viajero, la prueba allegada al proceso, que no era de cargo de los indagados, por cierto, no

permite sostener que los viajes de referencia no hayan sido motivados en los intereses del Banco. En todo caso, puede pensarse que quizás no existió un manejo prolijo del dinero del Ente al optarse por realizar viajes que pudieron no tener un beneficio directo o relevante para el Banco, pero de allí a sostener que existió un acto con la nota de arbitrariedad exigida por el art. 162 del CP existe una gran distancia.

En cuanto a este punto, se coincide con el Dr. D. cuando expresa que debe distinguirse la arbitrariedad de la discrecionalidad, la que consiste en “la posibilidad de apreciar libremente la oportunidad o conveniencia de la acción administrativa, dentro de ciertos límites. Quiere decir que hay discrecionalidad cuando la Administración puede decidir, según su leal saber y entender si debe o no actuar y en caso afirmativo que medida adoptará” (fs. 981)

En el caso de autos, tal como lo señala el consultante, los viajes de referencia obedecieron a invitaciones recibidas por el BHU, a los que el Directorio consideró oportuno concurrir, y efectivamente el Dr. S. fue a los eventos, sin que existan pruebas acerca de que tales viajes no respondieran a interés alguno de la Institución.

Descartada pues la arbitrariedad, debe concluirse que, al autorizar los viajes referidos en la requisitoria fiscal, el Directorio actuó en uso de

sus poderes discrecionales, y siendo así, no puede imputársele a sus integrantes el delito previsto en el art. 162 del C.P.

7)En cuanto a la prisión preventiva, debe señalarse que el Sr. Fiscal descartó la misma para los coindagados: C., M. y C., por lo que siendo el titular de la acción penal y parte actora del proceso, por estrictas razones de congruencia, corresponde que la Sede, sin otro fundamento, disponga su procesamiento sin prisión, en tanto el delito imputado así lo permite.

Por el contrario, el Sr. Fiscal sí solicitó el procesamiento y prisión de los co-indagados N. y S. los que revisten la calidad de primarios (véase que en cuanto a N. operó el instituto de la suspensión condicional de la ejecución de la pena).

Ahora bien, a efectos de examinarse si procede o no disponer su prisión preventiva debe recordarse que la misma la misma “es una medida cautelar de sujeción física cuya finalidad se agota en el propósito de precaver los riesgos de elusión o frustración procesal” (Dra. Raquel Landeira, en resolución 190/98, J.L.P 18vo Turno, en R.D.P. número 3/2005, pág 573.). Como lo afirma Langón, “la prisión preventiva, conculcadora de la libertad, del principio de inocencia y del sistema acusatorio solo se justifica cuando cumple funciones propias de su naturaleza cautelar, siendo la regla en nuestro derecho el procesamiento

sin prisión” (Curso de Derecho Penal y Procesal Penal, Tomo III, pág 226).

De acuerdo a la Dra. Minvielle “ Si la pena es consecuencia de la sentencia condenatoria dictada al tiempo de culminar el proceso seguido en legal forma (art. 12 Const), las restricciones a la libertad personal durante el proceso sólo pueden admitirse a título de cautela y en tanto se reúnan los requisitos propios de la misma: 1- “fumus bonis iuris”: constancia de un hecho que presente los caracteres de delito y juicio de probabilidad respecto de la autoría o participación en el mismo por el sujeto cuya libertad se limita. 2- “periculum in mora” peligro de que mediante abuso o desviación del derecho a la libertad personal se pretenda obstruir las investigaciones, eludir la sujeción al proceso o el cumplimiento de la pena... “(Dra. Bernadette Minvielle en “Convención Sobre Derechos Humanos”, Revista de Derecho Procesal número 2/87 pág 145). De acuerdo al T.A.P. de 1er Turno, en Sentencia número 180/2001 (publicada en La Justicia Uruguaya caso 14432): “CARRARA señala que la prisión preventiva responde a tres necesidades: a) una de “justicia” porque impide la fuga del culpable, y de este modo asegura la aplicación efectiva de la ley; b) otra de “verdad”, por cuanto impide que el procesado enturbie las investigaciones de la autoridad, destruya los vestigios del delito o intimide a los testigos; y c) una necesidad de “defensa pública”, pues impide que ciertos facinerosos, como expresa el autor,

continúen, mientras dura el proceso, en sus ataques al derecho ajeno (Cfm. Programa... Vol. II N° 897, Florencia 1925)”

Pues bien, descartado que la prisión preventiva pueda suponer el cumplimiento adelantado de la pena, lo que supondría una clara violación al art. 12 de la Constitución de la República, examinado el estado del proceso, las eventuales pruebas que pudieran diligenciarse en el futuro y la conducta procesal de los indagados, no se advierte que existan elementos que hagan presumir que habrán de sustraerse a la acción de la justicia, entorpecer el proceso, o volver a delinquir por lo que habrá de disponerse su procesamiento sin prisión (art. 72 CPP) y bajo caución juratoria, sin perjuicio de las medidas sustitutivas de la misma que se dispondrán a su respecto en el marco de la Ley 17726.

Por los fundamentos expuestos, normas citadas y lo establecido por los artículos 1, 3, 18 y 60 del Código Penal y artículo 1, 10 y 125 del Código del Proceso Penal:

RESUELVO:

1) Decrétase el procesamiento sin prisión y bajo caución juratoria:

- de **S. N. I.** bajo la imputación, prima facie, de dos delitos de abuso de funciones en casos no previstos por la ley, en reiteración real, uno de ellos en calidad de autor y uno en calidad de coautor.

- de **J. E. S. P.** bajo la imputación, prima facie, de dos delitos de abuso de funciones en casos no previstos por la ley, en reiteración real, uno de ellos en calidad de autor y uno en calidad de coautor.

- de **J. E. C. M. de O.** bajo la imputación prima facie de dos delitos de abuso de funciones en casos no previstos especialmente por la ley en reiteración real, a título de autor.

- de **N. R. S. D.** imputado prima facie de la autoría de dos delitos de abuso de funciones en casos no previstos especialmente en la ley en reiteración real.

- de **F. C. B.** bajo la imputación, prima facie, de un delito de abuso de funciones en casos no previstos en la ley a título de autor.

- y de **N. U. M. G.** bajo la imputación prima facie de un delito de abuso de funciones en casos no previstos en la ley.

2)Póngase constancia de encontrarse los procesados a disposición de esta Sede.

3)Impónese a los imputados N. y S., como medidas sustitutivas de la prisión, la obligación de presentarse en forma semanal ante la seccional de su domicilio, por el término de seis meses.

3)Téngaseles por designados Defensores a los respectivamente propuestos y aceptantes.

4)En forma urgente solicítese al I.T.F. sus antecedentes judiciales y requiérase los informes complementarios a que hubiere lugar.

Agregada la planilla, relaciónese a los efectos de la Acordada 7225 si correspondiere sin más trámite y sin necesidad de nuevo decreto, cometiéndose el cumplimiento de lo dispuesto a la Oficina Actuarial.

5) Téngase por ratificadas e incorporadas al sumario las actuaciones presumariales con noticia del Ministerio Público y de la Defensa.

6) Advirtiéndose errores, folíese los autos en debida forma desde su inicio.

Graciela Gatti -Juez Letrado