

//tencia No.867

MINISTRO REDACTOR:

DOCTOR RICARDO C. PÉREZ MANRIQUE

Montevideo, veinte de julio de dos mil quince

VISTOS:

Para sentencia interlocutoria, estos autos caratulados: "**C., F. - UN DELITO DE ABUSO DE FUNCIONES - CASACIÓN PENAL**", IUE: 475-73/2014, venidos a conocimiento de esta Corporación, por mérito al recurso de casación interpuesto por el Sr. Fiscal Letrado Nacional en lo Penal Especializado en Crimen Organizado de 2do. Turno contra la Sentencia Interlocutoria No. 353, dictada el 13 de octubre de 2014 en segunda instancia por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 1er. Turno.

RESULTANDO:

1º) Que por la referida decisión adoptada en mayoría con discordia del Sr. Ministro Dr. Sergio Torres Collazo se resolvió: "*Revócase la resolución impugnada y clausúrase el sumario respecto al encausado. Téngase por cancelada la caución...*" (fs. 853 a 881).

Por su parte, en el pronunciamiento de primer grado por Sentencia Interlocutoria No. 343/2014 dictada por el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal Especializado en Crimen Organizado de 2do. Turno, se resolvió: "1º.-

Decrétase el enjuiciamiento sin prisión y bajo caución juratoria de F. L. y de F. C. imputados de la comisión de UN DELITO DE ABUSO DE FUNCIONES (artículos 60 y 162 del Código Penal)...” (fs. 710 a 732).

2º) A fs. 886 y ss. el Sr. Fiscal Letrado Nacional en lo Penal Especializado en Crimen Organizado de 2do. Turno interpuso recurso de casación, y luego de fundar su procedencia, postuló la errónea aplicación del art. 22 de la Constitución, así como la infracción de los arts. 1º, 132 y 246 del C.P.P. (principio de congruencia); infracción o errónea aplicación de los arts. 12 y 14 de la Ley No. 18.716 (Carta Orgánica del BROU), e inobservancia de la regla de la sana crítica en la valoración de la prueba, violación del art. 174 del C.P.P., expresando en síntesis:

- En lo que dice relación con la errónea aplicación del art. 22 de la Constitución, e infracción de los arts. 1º, 132 y 246 del C.P.P. (principio de congruencia), la decisión del Tribunal supone una errónea aplicación del art. 22 de la Carta Magna.

- El proceso penal en el Uruguay actualmente se rige por las disposiciones del C.P.P., sancionado por el Decreto-Ley No. 15.032 que establece una etapa predominantemente inquisitiva, en el

presumario y sumario y otra con características del proceso acusatorio en la ampliación sumarial y plenario. En aplicación de los arts. 10 y 68 del C.P.P., corresponde al Fiscal el ejercicio de la acción penal, iniciándose el proceso de conocimiento, previo pedido de procesamiento de dicho titular.

- La primera infracción normativa radica en que no pueden hacerse extensivos al requerimiento fiscal de inicio de un proceso penal, las exigencias de la demanda acusatoria que naturalmente limita los poderes del juez, conforme a lo previsto en el art. 246 del C.P.P.

- Comparte, respetando las garantías de la persona enjuiciada y su defensa, que el requerimiento inicial, debe necesariamente ser formulado por un representante de la sociedad, previo al inicio del sumario penal.

- No se advierte incongruencia alguna cuando el compareciente pide el enjuiciamiento sin prisión del justiciable basados en hechos que el "a quo" recoge disponiendo exactamente como fuera requerido.

- La selección de hechos es esencialmente provisoria y nada obstaría, a la luz de los elementos de prueba reunidos y a los a recogerse en la etapa procesal oportuna, que tanto el Ministerio

Público como la propia Juez a quo pudieran modificar la plataforma sobre la que pretenderán y eventualmente se sentenciará por la comisión de un delito.

- El Ministerio Público se refirió a todo el proceso del otorgamiento del aval y no como se afirma en la sentencia, sólo al mentado favorecimiento, consecuencia lógica de otorgar un beneficio a quien no podría obtenerlo.

- Lo que se alega en la sentencia recurrida para justificar y pretender que la conducta de F. C. no merece reproche penal implica una errónea aplicación de lo dispuesto por los arts. 12 y 14 de la Carta Orgánica, por cuanto no habilitan al Presidente del BROU, aun en el pretendido interés nacional, a realizar actos contrarios a las leyes.

- En definitiva, fue tan apresurada e inusual la decisión tomada por el Economista C. que siendo el Banco un sujeto obligado por excelencia a cumplir con las disposiciones legales que buscan combatir el lavado de activos, las incumplió de tal forma que nunca se logró la información necesaria del cliente, ni aun luego de concederse el aval y como corolario, la misma Institución debió realizar el reporte de operación sospechosa.

- Existió también una inobservancia de la regla de la sana crítica en la

valoración de la prueba. La violación del art. 174 del C.P.P. se manifiesta en que es absurdo considerar que los hechos dados por probados en la recurrida no causan un perjuicio a la Administración y/o carecen de virtualidad para provocar dicho perjuicio.

- Solicita que se case la sentencia y se disponga la prosecución de la causa respecto de F. C., manteniéndose su enjuiciamiento conforme a lo dispuesto por la Sede de primera instancia (fs. 896).

3º) Por Auto No. 2059/2014, la Suprema Corte de Justicia resolvió dar ingreso al recurso de casación interpuesto, y conferir traslado del mismo por el término legal (fs. 904).

4º) La defensa del imputado evacuó el traslado conferido postulando por los fundamentos que expuso se desestime la casación incoada por el Ministerio Público, confirmando la correcta sentencia impugnada en el grado (fs. 909 a 920 vto.).

5º) Por Resolución No. 2180/2014, la Corte dispuso dar vista al Sr. Fiscal de Corte (fs. 922), quien, por Dictamen No. 0192 de fecha 10 de febrero de 2015, consideró que procede amparar la casación impetrada, salvo en lo que refiere al agravio relativo a la infracción o errónea aplicación de los arts. 2 y 14 de la Ley No. 18.716 (fs. 924 a 935 vto.).

6º) Por Providencia No. 83/2015, la Corte decretó: "Pasen a estudio y autos para sentencia, citadas las partes" (fs. 937).

CONSIDERANDO:

I) La Suprema Corte de Justicia, por mayoría legal hará lugar al recurso de casación planteado por el representante del Ministerio Público, revocando la recurrida y confirmando el procesamiento dispuesto por el órgano de primer grado.

II) Con carácter previo a criterio del redactor de la presente, corresponde destacar la etapa procesal en la que nos encontramos, lo que tiene directa relación con la aplicación al subexamine del art. 125 del Código de Proceso Penal.

Ello por cuanto la referida norma establece que: *"El auto de procesamiento será fundado; considerará los hechos atribuidos y establecerá su calificación delictual, con referencia expresa de las disposiciones legales.*

Para decretar el procesamiento es necesario:

A) *Que conste la existencia de un hecho delictivo;*

B) *Que haya elementos de convicción suficientes para juzgar que el imputado tuvo participación en el delito".*

Atento a los elementos que debió valorar el Tribunal en esta instancia procesal, es decir la decisión de si se sigue o no el procedimiento, se considera que existen elementos probatorios suficientes en esta etapa para mantener la investigación de los hechos y la sujeción procesal del indagado.

Como señala Cardinal al analizar el auto de procesamiento y el plenario: "*La primera cuestión a tratar es la relativa a determinadas consecuencias que son propias del auto de procesamiento, y que resultan relevantes en cuanto al análisis del caso*".

"*Así, ha de estudiarse cuál es la función o ratio del mismo, en un sistema democrático y respetuoso de los derechos inherentes a la persona humana, que ha elegido, por opción constitucionalmente expresa, el sistema acusatorio, en claro desarrollo del principio de 'nemo iudicatus sine actio'*" (Cfme. autor citado "*Reflexiones acerca de la función y utilidad del auto de procesamiento con respecto del objeto del proceso, su trascendencia en el principio "ne bis in idem", y la clausura del trámite por desaparición del ilícito penal que lo sustenta*" en Revista de Derecho Penal No. 20, págs. 446 y ss.).

En Pronunciamiento No. 1.170/2011 la Corte sostuvo: "*Como bien lo señaló el Sr.*

Fiscal de Corte, citando a Vélez Mariconde, '... cuando un juez dispone un procesamiento no emite más que un juicio de probabilidad acerca de los extremos fácticos y jurídicos de la misma impugnación, vale decir, de acuerdo a las previsiones de la moderna legislación declara que hay elementos de convicción suficientes para juzgar (en ese momento y provisoriamente) que se ha cometido un hecho delictuoso y que el imputado es culpable como partícipe del mismo'.

'El contenido lógico de esta declaración jurisdiccional, como decimos, no es más ni menos que un juicio de probabilidad donde los elementos afirmativos deben ser francamente superiores a los negativos, de modo que ya no baste una simple imputación, o sea, que puedan ser ciertos, ni es suficiente la duda acerca de la existencia de ello, como no es preciso tampoco que el juez haya adquirido certeza de que el delito existe y que el imputado es culpable, por abrigar creencia firme que está en posesión de la verdad'.

'La duda sobre cualquier extremo de la impugnación, pues, no autoriza el procesamiento sino que obliga a declarar la falta de mérito para dictarlo. No cabe pensar, por consiguiente, que el principio in dubio pro reo funciona también aquí desde que el procesamiento sólo puede dictarse cuando es

probable la existencia del hecho y la culpabilidad del imputado. La misma Ley excluye la duda...' (Derecho procesal Penal, T. II, págs. 438-439)".

Para concluir: "...De conformidad a lo señalado, la Corte considera errónea la premisa conceptual sustentada por el Tribunal en el pronunciamiento impugnado, dado que tiende a confundir la sujeción jurídica de los encausados derivada del auto de procesamiento, que no causa estado, con el proceso penal en sí, en cuyo devenir, aquella imputación inicial puede confirmarse, modificarse o descartarse por disponibilidad de la acción pública, atento a los elementos que surjan en el transcurso del proceso...".

La tipificación penal de los hechos que se atribuyen y el grado de participación delictual son propios de la etapa de conocimiento en este proceso penal.

En consecuencia, no corresponde en aplicación del art. 125 C.P.P., valorar la situación de autos como si se tratara de una sentencia de condena.

III) El Sr. Ministro Dr. Chediak en cuanto a que la Sala se equivocó al exigir plena prueba para disponer el procesamiento del indagado, considera que la frase que motivó el agravio del Sr. Fiscal fue la siguiente: "El debido proceso y el

principio de legalidad imponen decidir y motivar en mérito a la prueba de hechos con posibilidad de defensa y subsunción en conductas predeterminadas por la normativa penal vinculante. Con este sentido, el principio de inocencia impide modificar el umbral de la prueba cuando se trata de indagados con altas responsabilidades, o categorías de delitos cuyo esclarecimiento reviste cierta complejidad" (fs. 874 vto.).

A juicio del referido Sr. Ministro, si bien la expresión de la mayoría del Tribunal que concurrió a dictar la decisión revocatoria en análisis es un tanto abstrusa, entiende que, con ella, la Sala no dijo que se requería plena prueba para procesar al indagado, sino que, más bien, no le atribuyó relevancia penal a la conducta del enjuiciado, motivo que la llevó a dejar sin efecto el auto de procesamiento.

IV) Por su parte, el Sr. Ministro Dr. Larrieux señala que, sin ser necesario pronunciarse sobre una concreta posición doctrinaria respecto a la aplicabilidad del principio de congruencia en la etapa presumarial y, en especial, al auto de procesamiento, estima que aun en la posición más rigurosa, en la que sí se exige el referido ajuste del auto de enjuiciamiento a la requisitoria fiscal, en el

caso no se verifica un desajuste en ese sentido.

Para la posición del Tribunal, en la que la "imputatio facti" planteada por el Ministerio Público continenta la actuación del Juez, quien se vería limitado por la relación y aun por la selección de hechos que aquel da por primariamente acreditados (Cfme. Perciballe, Ricardo; Principio de Congruencia en Materia Penal, en XIII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, pág. 301), en autos no se verifica un actuar de la "a quo" por fuera de la mentada continencia de la causa.

V) Ingresando al mérito, el primer agravio que ejercita el recurrente se relaciona con la errónea aplicación del art. 22 de la Constitución, y la infracción de los arts. 1º, 132 y 246 del C.P.P., aspectos en los que le asiste razón al advertirse que el órgano de segundo grado de mérito incurrió en error al considerar que la Sede de primera instancia actuó vulnerando el principio de congruencia.

Al efecto, cabe recordar que *"El modelo contradictorio pretende que el conocimiento cierto que se exige al tribunal para poder decidir...la imposición de una pena, no sea fruto de su propia indagación (autorreflexión), sino que, por obra de la confrontación de los intereses del acusador y acusado, expresado en afirmaciones y refutaciones,*

pruebas y contrapruebas, argumentos y contra-argumentos...bajo la forma mental de la contradicción" (Cafferata, *Proceso penal y derechos humanos*, CELS, 2008, págs. 151-152).

*"Tal prescindencia ('incongruencia omisiva') excede el área de las meras discrepancias del juez con los puntos de vista de las partes (Sagües, cfm. Enderle, *La congruencia procesal*, Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 210)".*

"En un sistema controver-sial como el plenario, el juez debe seguir las hipótesis planteadas para construir la suya a partir de ellas. Su silencio respecto a lo argumentado por alguna...genera una no deseada denegación técnica de justicia causante de indefensión, en la medida en que no resuelve lo verdaderamente planteado en el proceso" (Malem Señá, *El error judicial y la formación de los jueces*, Gedisa, 2008, págs. 149, 179; Lorenzetti, *Teoría de la decisión judicial*, Depalma, 2006, págs. 264, 265; Percibale, "El principio de motivación del fallo en materia penal..." RUDP No. 4/03, págs. 515 ss.).

La Corte ha analizado su alcance en Sentencia No. 194/2007 en los siguientes términos: *"El principio de congruencia en materia penal debe entonces ser entendido como conformidad entre el contenido de las resoluciones judiciales y más aún la*

sentencia definitiva y el objeto de las peticiones, pretensiones y oposiciones que delimitan el 'thema decidendum' (en este sentido, Cf. op. cit., pág. 339, citando a Montero, J.).

En tal sentido se pronunciaba asimismo ARLAS, expresando en lo que atañe al agravio formulado que el Juez juzga más allá de lo que pide el accionante cuando se pronuncia sobre hechos a los que no se refirió la petición fiscal, excediendo los poderes que le son atribuidos (Cf. ARLAS, J., en 'Relaciones entre acusación y sentencia en materia penal', en R.D.J.A., T. 55, págs. 109, 120)...".

El art. 22 de la Constitución establece que "todo juicio criminal empezará por acusación de parte o del acusador público" lo que determina que el Juez se encuentra limitado por el alcance de la requisitoria fiscal al decidir sobre el enjuiciamiento penal en la etapa del presuntorio.

Garderes al efecto indica que: "...el procesamiento basado en hechos no incluidos en la requisitoria fiscal se aparta del principio enunciado en el art. 22 de la Constitución, puesto que en ese caso el enjuiciamiento penal no comienza con acusación del acusador público en relación a esos hechos. La argumentación desarrollada a partir del principio de defensa se proyecta en la situación del

Ministerio Público, e impone la adecuación del pedido de procesamiento a las pautas generales de la acusación...". Concluyendo: "...sólo así se asegura la vigencia del principio de defensa y del acusatorio en particular" (Cfme. "La congruencia en el proceso penal y la regla 'iura novit curia', con particular referencia al presumario" en XIII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, 2006 págs. 204 a 207).

En igual sentido, en obra conjunta con Valentín los citados autores al comentar el art. 125 del C.P.P. consideran que *"...rige en relación al autor 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" (Cfme. Código del Proceso Penal comentado, págs. 365 y ss.).*

VI) Trasladando tales conceptos al subexamine, el órgano *ad quem* revocó el pronunciamiento de primer grado por cuanto entendió que la Magistrado falló sobre hechos que no se encontraban contenidos en la requisitoria fiscal.

De esta forma, la Sala en mayoría a fs. 866 vto. señala que el Ministerio Público

hizo hincapié en el favorecimiento como elemento calificador del ilícito penal de autos, como surge del texto de su dictamen, entendiendo que la *a-quo* no podía desinteresarse del tema, y menos aún discrepar en que el delito quedaría configurado "de todos modos" por otras consideraciones ajenas al análisis de si se pretendía o no beneficiar a COSMO, en perjuicio de otros interesados.

En forma contraria a lo sostenido por el Tribunal en mayoría, no puede entenderse que la decisión del grado antecedente hubiere vulnerado el referido principio, sino que resulta una decisión que se ajustó al mandato del Constituyente.

Así es como en el requerimiento fiscal emerge en forma nítida que en él la Fiscalía no se limita a cuestionar penalmente el supuesto beneficio, ventaja o privilegio concedido a COSMO, sino que en el reproche incluye toda la mecánica previa cumplida por el imputado para hacer viable el otorgamiento del aval, lo que ciertamente conduce al descarte del agravio de orden formal (Cfme. discordia extendida de fs. 876 vto.).

En definitiva, la Magistrado *a quo* se encontraba facultada para considerar esos hechos como fundamento del auto de procesamiento al haber existido pedido expreso del acusador público al

respecto.

Como se consigna a fs. 722: "...no se requiere que se haya favorecido a una empresa por sobre otra u otras a la o las que se pudo haber perjudicado ni la cantidad de gestionantes del aval ante el BROU sino que lo que sí importa es la gestión realizada por el Ministro de Economía y Finanzas de la época Ec. L. ante el Presidente del Banco de la República Oriental del Uruguay Ec. C. para el otorgamiento del aval como garantía del mantenimiento de oferta, y la gestión realizada por este último instruyendo a sus subordinados para la concesión del mismo, existiendo perjuicio para la Administración".

En cuanto a la mecánica desarrollada para el otorgamiento del aval, como se releva a fs. 723: "...el aval como garantía de mantenimiento de la oferta...fue otorgado el 1º de octubre de 2012 mismo día de la subasta, en un plazo comprendido entre próximo al mediodía... y la hora 15:00 del día 1º de octubre de 2012...sin exigir simultáneamente la presentación de contragarantía máxime cuando la empresa 'COSMO S.L.' no era cliente del BROU y era absolutamente desconocida en el mercado regional (aunque fuera referenciada por el cliente del BROU Sr. L. M.), sin contar con la información y documentación mínimas necesarias de la empresa avalada...".

Irregularidad de la operación que fue corroborada cuando a fs. 724 se puntualiza: "El informe elaborado por el Banco Central el 15 de noviembre de 2012, en respuesta al pedido de informes del Dr. Jorge Larrañaga (art. 118 de la Constitución), especifica que aun al momento de aprobarse el otorgamiento del aval por parte del Directorio del Banco de la República Oriental del Uruguay...la información y documentación con que se contaba a esa fecha también era insuficiente".

En efecto. De acuerdo a lo expuesto, corresponde desestimar el vicio de incongruencia alegado, compartiendo la solución de la "a quo" y en la discordia referida.

Como correctamente lo puso de relieve el citado Sr. Ministro discorde, el Sr. Fiscal actuante hizo hincapié en que: el encausado contribuyó de manera decisiva para que el BROU le otorgara un aval de mantenimiento de oferta a una empresa extranjera, totalmente desconocida en nuestro medio, sin cumplir las condiciones exigidas a tal efecto; el otorgamiento del aval se hizo sin contar con información mínima acerca de la empresa avalada; y también destacó que el imputado, aceptando esa situación irregular, instruyó a personal subordinado para que se concediera, indebidamente, el aval cuestionado.

En plena coincidencia con el Sr. Ministro discorde, la Corte considera que, rectamente leído e interpretado el dictamen fiscal (y no en forma artificiosamente seccionada), emerge que el representante del Ministerio Público no se limitó a cuestionar penalmente el supuesto beneficio o privilegio que se le concedió a COSMO S.L. por sobre otros posibles interesados en la subasta de los aviones, sino que el reproche punitivo incluyó a toda la mecánica previa que cumplió el indagado para hacer viable el otorgamiento del aval, lo cual conduce a hacer lugar a este agravio invocado por el Sr. Fiscal en la presente etapa.

En esta misma línea de pensamiento y en posición con la que se concuerda, el Sr. Fiscal de Corte fue muy claro cuando sostuvo que, con su decisión, la proveyente de primer grado no violentó ni el principio de congruencia, ni el acusatorio, ni el de contradicción ni el derecho a la debida defensa del encausado.

Sin entrar a considerar la existencia de un único oferente o varios, lo cierto es que el Ec. L. llama al Ec. C. con urgencia porque llegaba el fin de semana y ninguna empresa se había presentado. Todo exponía al Gobierno frente a un nuevo fracaso en la solución del caso PLUNA, el mensaje fue que en cualquier circunstancia la empresa que L. M.

sugería obtuviera el aval para concurrir y poder pujar en la subasta.

La "recomendación" estaba enderezada a esa empresa, más allá de que el Ministro había sido informado por Ec. C. dos días antes de que había otra interesada. El Ec. C., Presidente del BROU, recibe el encargo e instruye a su subordinado el Sr. G..

Adviértase que como surge de fs. 712 el Gerente Ejecutivo de División Empresas del BROU, Sr. R. G., le informó al Ec. C. las condiciones planteadas por el solicitante del aval y que al ser una firma extranjera sin antecedentes en el Banco, de la que se contaba con muy poca información, y sin ofrecer ninguna garantía, no podía ser considerada. No obstante ello, el Ec. C. le indicó que era de interés nacional y que además de su consentimiento contaba con el de los Directores del BROU necesarios para el otorgamiento del aval.

En este contexto, y considerando el presente estadio procesal existen elementos de convicción suficientes acerca del abuso de funciones: C. S. entra el BROU a las 13 hrs. y a las 15 hrs. estaba en la Rural con el documento que le otorgaba un aval por más de trece millones de dólares (U\$S13.000.000). Actuación abusiva e irregular suficiente para poner en riesgo el patrimonio del BROU.

En síntesis: la Corte entiende que no hubo incongruencia por parte de la Magistrado de primera instancia por cuanto el procesamiento apunta esencialmente al abuso de funciones por la forma cómo se otorgó el aval. Lo que determina que corresponda mantener el auto de procesamiento dispuesto en primera instancia, como lo postula el Sr. Ministro discordante.

Como se señala a fs. 879 vto.: "El natural álea que impregna este tipo de actividad, ciertamente no otorga licencia para que la autoridad de una Institución bancaria pública (como es el BROU), haga o apruebe cualquier cosa, y de cualquier manera. Al contrario: ese margen es lo que precisamente obliga a ser más escrupuloso y meticoloso en su consideración y tratamiento, para poder manejar con criterio y racionalidad esa incertidumbre: "...no podíamos considerar la garantía de mantenimiento de oferta. A lo que el Ec. C. me indica que se trataba de un tema de interés nacional...que él tenía el consentimiento de los directores del banco necesarios para la aprobación del aval'".

VII) Con respecto a la calificación de la conducta del indagado, el agravio es de recibo.

A diferencia de lo que

entendió el Sr. Fiscal de Corte en este punto, el Sr. Fiscal en lo Penal Especializado en Crimen Organizado no pretendió una revaloración de la prueba en sede de casación, sino que a lo que apuntó es a la correcta subsunción del comportamiento del Ec. C. en el delito atribuido.

Se concuerda con el relato y la descripción que formuló el Sr. Fiscal de todas las irregularidades que se apreciaron en la actuación del enjuiciado, las que, *prima facie* y con la provisoriedad propia de esta etapa del proceso, hacen presumir la comisión del delito que se le imputó en la primera instancia.

Se discrepa con la ponderación que el Tribunal realizó de la conducta del encausado, puesto que, haciendo caudal de la excepcionalidad de la situación que dio lugar o que rodeó al otorgamiento del aval, le restó importancia al rigor y a la transparencia con la que debe actuar el funcionario público que se desempeña en un cargo de la envergadura del que tenía el enjuiciado.

De la indagatoria realizada, a la que ya se hiciera referencia *ut supra*, emergen probados los hechos que se detallan a continuación.

Teniendo en cuenta que la subasta de los 7 aviones de PLUNA se llevaría a cabo el

1º de octubre de 2012, el entonces Ministro de Economía y Finanzas, Ec. F. L., se comunicó telefónicamente con el presidente del BROU, Ec. F. C., el 28 de setiembre de 2012. En esa conversación, el Ec. L. le preguntó al Ec. C. si había interesados en el otorgamiento de avales por parte del Banco República a fin de presentarse en el remate, consulta a la cual el Ec. C. respondió que había dos empresas gestionándolos (una de ellas era la firma española COSMO S.L.).

En el mediodía del mismo día de la subasta (el remate se realizaría a las 15 hrs.), el Ec. L. le transmitió al Ec. C. que el Sr. L. M. le había manifestado que presentaría a una empresa (COSMO S.L.), por lo que, de ocurrir, el Ministro de Economía le solicitó al Ec. C., en su calidad de presidente del BROU, que hiciera los máximos esfuerzos que tuviera a su alcance para emitir ese aval en particular.

Ante esas llamadas, el Ec. C. instruyó a personal subordinado a fin de que, efectivamente, se concediera ese aval, sin la información necesaria, permitiendo, de ese modo, que COSMO S.L. estuviera habilitada para presentarse en la subasta.

El Sr. R. G., Gerente Ejecutivo de División Empresas del BROU, le informó al

Ec. C. que no se podía otorgar dicho aval, puesto que se trataba de una firma extranjera sin antecedentes en el Banco, respecto de la cual se contaba con muy poca información y que no ofrecía ninguna garantía.

No obstante ello, el Ec. C. le indicó que la concesión del aval resultaba de interés nacional y que, además de su consentimiento, contaba con la aprobación de los directores del BROU necesarios para la aprobación del aval (los Sres. V. y P.).

Próximo a las 13 hrs. del día del remate, el Sr. A. H. C. S., en representación de COSMO S.L., concurrió a la sede del Banco República sita en la Ciudad Vieja y, en función de la directiva impartida por el Ec. C., se le otorgó un aval de mantenimiento de oferta por la suma de U\$S13.885.156, pese a no cumplir con los requisitos necesarios para obtener, regularmente, esa garantía.

Plataforma fáctica que encarta en el delito previsto en el art. 162 del C. Penal.

Así, en anteriores oportunidades, la Suprema Corte de Justicia ha sostenido que el bien jurídico tutelado por dicha norma es el normal funcionamiento de la Administración, que se ve amenazado cuando sus funcionarios no actúan moderadamente en el

ejercicio de sus funciones, causándole un perjuicio a la Administración o a los particulares (Cairolí, Milton, *Curso de Derecho Penal Uruguayo*, Tomo IV, 1995, pág. 222).

El ilícito se refiere a abusos genéricos, sin un fin específico o nominado, por lo que, a diferencia de lo que ocurre con las conductas descriptas en otros tipos penales, la criminalidad se centra en el abuso propiamente dicho.

El medio típico para cometer el delito examinado es el abuso del cargo, lo que significa el uso ilegítimo de las facultades, poderes y medios inherentes al cargo público que se ejerce, comprendiendo todas las posibilidades de conductas ilegítimas.

El acto arbitrario es un acto antijurídico, viciado por haberse verificado mediante abuso de los poderes del cargo. Y para calificar un acto como arbitrario, la nota con que la ley acota al acto en el art. 162 del C. Penal es de carácter netamente subjetivo (cf. Sentencias Nos. 552/2000, 61/2005 y 400/2009 de este Alto Cuerpo).

Debido a la adecuación típica entre la conducta desarrollada por el enjuiciado y el delito previsto en el art. 162 del C. Penal, corresponde casar la sentencia interlocutoria impugnada

y, en su lugar, confirmar el auto de procesamiento dictado en primera instancia.

VIII) En función de la solución postulada, no corresponde ingresar al análisis de las causales casatorias con fundamento en la vulneración de las normas de la Carta Orgánica del BROU.

IX) Las costas, de oficio.

Por estos fundamentos, la Suprema Corte de Justicia, por mayoría legal,

RESUELVE:

ANÚLASE LA RECURRIDA, Y EN SU LUGAR CONFÍRMASE EL AUTO DE PROCESAMIENTO DICTADO EN PRIMERA INSTANCIA, DECLARANDO DE OFICIO LAS COSTAS CAUSADAS.

OPORTUNAMENTE, DEVUÉLVASE.

DR. JORGE O. CHEDIAK GONZÁLEZ
PRESIDENTE DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. JORGE T. LARRIEUX RODRÍGUEZ
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. RICARDO C. PÉREZ MANRIQUE
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. FELIPE HOUNIE
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DISCORDE: porque entiendo que corresponde desestimar el recurso de casación.

I) Tres son las causales en las cuales el Ministerio Público fundó el recurso de casación contra la sentencia interlocutoria N° 353/2014, dictada a fs. 853/881 por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de Primer Turno:

1) Infracción o errónea aplicación del art. 22 de la Constitución, así como de los arts. 1, 132 y 246 del C.P.P. (principio de congruencia).

2) Infracción o errónea aplicación de los arts. 2 y 14 de la ley 18.176 (Carta Orgánica del BROU).

3) Inobservancia de la regla de la sana crítica en la valoración de la prueba (violación del art. 174 del C.P.P.).

Ello surge de los propios términos del recurso de casación (fs. 884/896), en especial, de la suma de fs. 888.

II) En cuanto al primero de los agravios formulados, basado en la infracción o errónea aplicación del art. 22 de la Constitución y de

los artículos 1, 132 y 246 del C.P.P.

En lo medular, el recurrente sostuvo que: *"El Ministerio Público se refirió a todo el proceso del otorgamiento del aval y no como se afirma en la sentencia, sólo al mentado favorecimiento consecuencia lógica de otorgar un beneficio a quien no podía obtenerlo"* (fs. 893).

Al respecto, considero que no le asiste razón al impugnante.

Véase que, como bien señala la Defensa a fs. 911, el Ministerio Público relacionó, en forma prolija y detallada, los hechos por los cuales consideraba que había de imputar a F. C. (fs. 528). Y, claro está, la plataforma fáctica sobre la que se funda un pedido de procesamiento no puede ser alterada por el juez, ya que ello implicaría violentar el principio de congruencia.

Concretamente, con relación a F. C., el Ministerio Público expresó que: *"(...) instruyó a personal subordinado a efectos de conceder indebidamente el cuestionado aval, sin la información necesaria, permitiendo que en definitiva COSMO S.L. fuera el único mejor postor (...) y que (...) dichas actuaciones exceden la mera irregularidad administrativa, determinando una clara desigualdad con respecto a las restantes empresas interesadas en*

participar en la subasta. Se trata de verdaderos actos arbitrarios cometidos con abuso del poder funcional que ostentan los indagados, en virtud de sus respectivos cargos públicos" (fs. 528).

Como bien señaló la Defensa a fs. 913 vto., el hecho sobre el cual reposó el pedido de procesamiento no fue la concesión del aval sino *"la interferencia propiciando una preferencia totalmente inaceptable e ilegítima en relación a uno de los interesados en la subasta"*, tal como así fue consignado en el dictamen fiscal (fs. 528).

Así, pues, se comparten las afirmaciones de la Sala cuando expresó que: *"Si para el Ministerio Público el favorecimiento es lo que califica y contamina de ilicitud penal (...) al punto que la Defensa argumentó y se esforzó en probar lo contrario, la 'a-quo' no podía desinteresarse del tema (...). Menos podía discrepar en que el delito quedaría configurado 'de todos modos' por otras consideraciones ajenas al análisis de si pretendía o no beneficiar a COSMO, en perjuicio de otros interesados" (considerando 4, fs. 866 vto.)*.

En efecto, la "a-quo" expresamente sostuvo que, a su juicio, resultaba *"(...) totalmente indiferente la existencia o inexistencia de otros interesados en gestionar el aval ante el BROU*

(...)” y que no compartía “(...) el criterio seguido por el Representante del Ministerio Público y Fiscal en cuanto a que se concedió el respaldo orgánico a tan sólo una de las cuatro interesadas en participar del remate (...), en detrimento y clara desigualdad con las restantes interesadas (...)”, sino que lo que sí importaba era la gestión realizada por F. C. “(...) instruyendo a sus subordinados para la concesión (...)” del aval, en perjuicio de la Administración (fs. 722).

Sin embargo, la imputación fáctica deducida por el Ministerio Público fue otra, ya que le imputó a F. C. un delito de abuso innominado de funciones por haber interferido a favor de COSMO S.L. en perjuicio de terceros y no por haber emitido el aval, como surge claramente de los términos de su dictamen (fs. 528).

Consecuentemente, asiste razón a la Defensa cuando a fs. 914 vto. dijo que la jueza “a quo” descartó esa supuesta interferencia favorecedora y dispuso el procesamiento por otro hecho: la emisión misma del aval, cuando no se contaba con elementos suficientes para otorgarlo, lo cual configura una infracción al principio de congruencia.

Esta postura fue, en mi opinión, acertadamente recogida por la Sala al haber requerido que los hechos por los que se procesó fueran

contestes con los que relacionó el Sr. Fiscal en su pedido de procesamiento.

Comparto con la Defensa que el hecho de que el auto de procesamiento sea "provisional" o que -en los términos del artículo 132 del C.P.P.- no cause estado y sea reformable de oficio no enerva la aplicabilidad del principio de congruencia.

Como sostuvo Santiago Garderes, según el relato de Margarita de Hegedus en las XIII Jornadas de Derecho Procesal: *"la pretensión de enjuiciamiento penal formulada por el M.P. durante el presumario (o la ausencia de tal pretensión) limita los poderes del tribunal. No admite el procesamiento fundado en hechos no alegados por el M.P. al requerir el enjuiciamiento porque es resorte exclusivo de las partes la introducción de los hechos que conforman el objeto del proceso (aun el objeto del proceso preliminar o presumario). Más aún, si los hechos resultan de otras actuaciones presumariales pero no han sido incluidos como fundamento del pedido fiscal, no puede el juez invoC. como fundamento del procesamiento porque supone introducir un elemento sorpresivo sobre el cual el imputado y su defensor no se pudieron expedir.*

"Resalta la importancia de la extensión de la vigencia del principio de congruencia al auto de procesamiento puesto que desde una

perspectiva práctica, en la generalidad de los casos, el resultado del proceso penal se define en el presumario, con lo que el centro gravitacional real del principio de defensa se ubica en esta etapa ("Principio de congruencia. Su aplicación en las distintas instancias de los procesos civiles y penales. Relato General. XIII Jornadas de Derecho Procesal, Maldonado, 2006", en Revista Uruguaya de Derecho Procesal, año 2006, N° 1, pág. 36).

Entonces, comparto las afirmaciones de la Defensa cuando señala que si bien el auto de procesamiento no establece en forma definitiva una condena ni mucho menos agota el conocimiento del juez a su respecto, no implica que éste se encuentre facultado para apartarse o desentenderse de los hechos aportados por el Fiscal a la causa.

Tanto es así que el propio recurrente en casación intentó justificar su postura (esto es, el hecho de haber centrado su requisitoria respecto a F. C. en la desigualdad que supuso para las restantes empresas la conducta arbitraria del Presidente del BROU, que no tuvo otro fin que favorecer a COSMO S.L.) argumentando que no podían "(...) hacerse extensivas al requerimiento fiscal de inicio de un proceso penal las exigencias de la demanda acusatoria, que naturalmente limita los poderes del juez, conforme a

lo previsto en el art. 246 del C.P.P." (fs. 890).

Ello, porque, no era "(...) procedente descalificar actuaciones como las objeto de análisis, cuando el Representante Fiscal describe una plataforma fáctica para obtener un pronunciamiento provisorio, de naturaleza revocable, aun de oficio (art. 132 del C.P.P.), sin contar con la posibilidad de utilizar los mecanismos previstos en el conjunto de normas que regulan el proceso en virtud de que, sólo una vez agotados éstos, el suscrito Representante de la causa pública podrá legítimamente ratificar, ampliar o modificar su pretensión inicial en la etapa del plenario, cuando está obligado a relacionar los hechos definitivos en los que se erige el reproche penal, los calificará, invocará atenuantes y agravantes y requerirá la imposición de una pena, cumpliendo con el multicitado artículo constitucional" (fs. 890 vto.).

Y en apoyo de su posición convocó, incluso, el principio de inocencia, "(...) que no es más que el juego armónico de una serie de reglas de aplicación para la consagración del denominado 'estado de inocencia' (...)", señalando que "(...) permanece incambiado aun con el dictado del procesamiento y es recién con el pronunciamiento sobre el fallo de culpabilidad que habrá de cuestionarse su vigencia" (fs. 889 vto.).

Y más adelante sostuvo:
"El estado de inocencia permanece incambiado y desde allí comienza el derrotero del juicio procesal penal que no tiene otro objeto que el de reafirmar o cuestionar la presunción creada por el auto de procesamiento. Y ello precisamente a través del diligenciamiento de la prueba y la realización de los actos procesales inter partes, que permitirán realizar ese juicio de verosimilitud (...)", (fs. 889 vto./890).

En suma, los propios argumentos del recurrente en casación nos están demostrando que la violación del principio de congruencia fue correctamente relevada por la Sala, habida cuenta de que con esos argumentos no puede, como vimos, defenderse jurídicamente una postura de tal naturaleza.

Son, entonces, los propios argumentos del Ministerio Público los que enervan el fundamento de la discordia del Dr. Sergio Torres, quien, haciendo una interpretación del dictamen que el recurrente en casación no hizo, concluyó, erróneamente, que el reproche de la Fiscalía incluía toda la mecánica previa cumplida por el imputado para hacer viable el otorgamiento del aval (fs. 876 vto.).

Finalmente, cabe señalar que, como bien indicó la Sala, la referencia en el auto

de procesamiento a las "pérdidas millonarias" que no fueron mencionadas en el dictamen fiscal y respecto de las cuales nada se dijo con relación al imputado (considerando 4, fs. 867) supuso otra muestra de la vulneración del principio de congruencia.

III) En cuanto al segundo de los agravios formulados, basado en la infracción a los artículos 2 y 14 de la Carta Orgánica del BROU (ley 18.716), tampoco lo considero de recibo.

Sostuvo el recurrente que era evidente que con la directiva de otorgar el aval, sin contar con los datos necesarios al efecto, no se cumplió con lo que establecen los mencionados artículos. Y que tal acto se efectuó, por parte de F. C., "*con abuso de poder que su posición de Presidente del BROU le confería*" (fs. 894 vto.). Concluyó el impugnante que, a tal punto ello era así, que el propio Banco fue sancionado con una multa por dicha conducta.

Véase que, como señala el Fiscal de Corte a fs. 929 vto./930, no se incumplió con los preceptos indicados por varias razones. Por un lado, el artículo 2 se encarga de regular aspectos formales con relación al Banco y ninguno de estos fue incumplido en oportunidad de otorgar el aval a COSMO S.L. Por otro lado, el art. 14 tampoco fue infringido en la medida en que, como señala la Sala, el aval conferido a COSMO S.L.

superaba el 1% del capital y reservas del Banco, lo que motivó que F. C. lo otorgara con el consentimiento de la mayoría de los directivos y que, posteriormente, recabara su ratificación (fs. 871).

"Efectivamente, como surge de la fotocopia de la resolución incorporada a fs. 1619, el 8 de octubre de 2012 el Directorio del BROU –salvo su integrante I.– aprobó ‘...lo actuado por los servicios de acuerdo a las instrucciones recibidas, a otorgar un aval a COSMO LÍNEAS AÉREAS S.L. a favor del Ministerio de Economía y Finanzas y con destino a afianzar ante dicho Organismo la garantía de mantenimiento de oferta en el remate de aviones de PLUNA S.A. efectuado el día 1.10.2012’ (...)", (fs. 872).

Si bien en su esquema relativo a las causales de casación el impugnante no lo menciona, en los fundamentos de su recurrencia invoca la errónea aplicación de lo dispuesto por el art. 37 de la Ley Orgánica del Banco (fs. 894). A su juicio, F. C. también habría incumplido lo dispuesto por esta norma. Sostuvo que tan apresurada e inusual fue la decisión adoptada por el entonces Presidente del Banco, que no cumplió con las disposiciones legales que buscan combatir el lavado de activos. No logró recabar la información del cliente, ni siquiera luego de otorgado el aval.

Ahora bien. Como acertadamente indican el Fiscal de Corte (fs. 930) y la Defensa (fs. 917 vto.), dicha disposición postula exigencias de orden administrativo -de control, supervisión y punición- cuyo incumplimiento sólo podría conducir a un ilícito penal si se tratara de una investigación relativa a lavado de activos. Pero, en el caso, no estamos ante esta hipótesis y, por lo tanto, la invocada infracción normativa -de haberse verificado- no conduciría a tipificar el delito por el que se solicitó el procesamiento de F. C..

IV) En cuanto al tercero de los agravios formulados, basado en la inobservancia, por parte de la Sala, de las reglas de la sana crítica al valorar la prueba de autos (art. 174 del C.P.P.).

Es absurdo considerar -dijo el recurrente- que los hechos dados por probados en la sentencia recurrida no causen un perjuicio a la Administración o que carezcan de virtualidad para provocar dicho perjuicio.

Este último agravio tampoco es de recibo.

Efectivamente, es criterio firme de esta Corporación que en sede de casación penal: *"Los hechos son intangibles y debe estarse a los dados por probados por el tribunal de mérito, siendo*

únicamente posible apreciar si medió o no error en la aplicación de las normas jurídicas o en la subsunción de los hechos al derecho que los regula (sentencias Nos. 12/1990, 42/1992, 93/1993, 75, 788 y 934/1994, 796, 820, 890, 144/1996, entre otras)".

"La función de la Corte (...) es tomar el hecho narrado por el tribunal o tenido por probado, como tal, para reexaminar, eso sí, si la calificación jurídica es o no apropiada al hecho así narrado" (sentencia N° 202/2010, entre otras).

Al respecto, adhiero a la opinión de la mayoría de la Corporación que sostiene que no es aplicable a las causas penales lo dispuesto por el art. 270 del C.G.P. (art. 6 del C.P.P.). Ello porque, desde que el art. 270 inc. 2 del C.P.P. establece que: *"No podrán discutirse los hechos dados por probados en la sentencia, los que se tendrán por verdaderos"*, no cabe más que concluir que la integración con la norma adjetiva civil resulta expresamente vedada en esta materia.

La categórica proclama del texto legal impide toda flexibilidad de interpretación o integración por las que se deslice la posibilidad de invocar la infracción a las reglas de valoración de la prueba prevista como causal de casación en el art. 270 inc. 1 del C.G.P. Ello, porque parece claro que la

solución de la ley procesal civil se opone de manera terminante al precepto de la ley procesal penal (sentencia N° 454/2013 de la Suprema Corte de Justicia).

En la misma línea de pensamiento se han expresado calificados estudios específicos sobre el tema.

Así, Enrique Véscovi, en su clásica obra sobre el recurso de casación, señaló: *"Nuestro régimen legal de la casación penal ha excluido el error en la apreciación de la prueba como juzgable en casación, diciendo que no se podrá discutir 'acerca de los hechos que la sentencia considere comprobados' (...)"*, ("El recurso de casación. Segunda edición del libro: La casación civil", Ediciones Idea, 1996, pág. 83).

Más recientemente se pronunció en tal sentido el Prof. Jorge Veiras, quien afirmó *"(...) la existencia de una previsión legal específica sobre el punto en el C.P.P. (art. 270 inc. 2), contraria a la solución genérica establecida en el C.G.P. (art. 270 inc. 1) -y salvo la excepción que se mencionará-, impide trasladar analógicamente esta última por vía de integración normativa"* ("Casación Penal. Integración de sus normas con las del Código General del Proceso", en las XIV Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, FCU, 2009, pág. 347).

Cabe señalar que la excepción que menciona el Prof. Veiras no se aplica al caso de autos.

Tal excepción refiere a la infracción de las reglas legales de valoración de la prueba cuando no se otorga a un determinado medio probatorio documental el valor que la ley le atribuye o cuando no se asigna eficacia probatoria a un cierto medio de prueba en casos en los que tal eficacia está impuesta legalmente.

En este marco, cabe, sin embargo, reivindicar la creación pretoriana del "absurdo evidente", que, precisamente, surgió como medio de ampliar el campo del recurso de casación ante las limitaciones de la ley frente a casos de notoria injusticia; al decir de Colombo, *"como el último y excepcional remedio que se agrega al derecho como 'válvula de escape' frente a la iniquidad de los procedimientos judiciales sobre cuestiones de hecho excluidas por su propia naturaleza de casación"*. De ahí que *"(...) la revalorización de la prueba resulte excepcional, a interpretación estricta y cuando la desviación de la sentencia fuese grave y manifiesta"*.

Es así –dice Colombo– que, partiendo de la premisa de que nuestra ley no admite otros hechos que los dados por probados por el tribunal

de mérito, "(...) se requiere para la tipificación del absurdo que medie un error notorio, lo que equivale a manifiesto, patente, evidente, palmario, claro, ostensible, por lo que es también indiscutible (...) que no es posible casar cuando la valoración es discutible, o poco convincente y aun equivocada, o se trata de un mero error que no alcance aquellas características, pues en dichos casos queda excluido el absurdo evidente y la Corte tiene que ajustarse a la base fáctica dada por el fallo, intangible para ella (...)", (Erik Colombo, "Casación: Teoría del absurdo evidente", en Revista Uruguaya de Derecho Procesal, año 1983, N° 1, p. 57), (cf. dictamen N° 3525/2014 de la Fiscalía de Corte).

Cabe, entonces, partir de los hechos tenidos por probados por la Sala en los considerandos 5 a 8 de su decisión (fs. 868 vto./873 vto.), que los podemos resumir de la siguiente forma:

1) Como Presidente del Banco, F. C. podía conceder autorizaciones hasta el 1% y para las que superaran esa cantidad se requería el consentimiento de los demás directivos, que fue lo que C. hizo (fs. 868 vto.).

2) Existía urgencia en la realización del remate de los aviones de PLUNA en función del plazo máximo de sesenta días para concretarlo (fs. 869).

Ese requisito de sesenta días para que un eventual interesado pudiese evaluar los aviones, estudiar la viabilidad del negocio y presentarse ante una institución financiera local para solicitar un aval era tan exiguo que se debió recurrir a procedimientos de excepción, máxime teniendo en cuenta que los eventuales oferentes eran en su totalidad empresas no residentes, que no tenían antecedentes crediticios en el sistema local (fs. 869).

Es así que el Directorio del BROU tenía dos alternativas: procesar rutinariamente la solicitud del aval y por lo tanto frustrar el remate por ausencia del oferentes, o viabilizar esas solicitudes con la información mínima básica y con una garantía que respaldara al Banco ante un incumplimiento (fs. 869).

3) En este contexto, el 28/9/12, F. C. recibió del entonces Ministro de Economía, F. L., una comunicación telefónica a efectos de conocer si existían interesados en obtener avales por el BROU (fs. 869).

4) El 1º/10/12, F. C. recibió otra comunicación telefónica de F. L., quien le solicitó los máximos esfuerzos para emitir el aval para el remate a la empresa que se acercara a solicitarlo (fs. 869 vto.).

5) Hubo negociaciones entre la empresa COSMO y el Poder Ejecutivo para su participación en el remate. A partir de ellas, el Ministro de Economía le informó a F. C. que esa operación contaba con el respaldo de su Cartera, razón por la cual, a pesar de la insuficiencia de las garantías solicitadas pero aún no recibidas por el Banco al momento de la concesión del aval, se entendió que era una operación absolutamente segura. Inmediatamente después se recibió garantía de la empresa COSMO a satisfacción del Banco (fs. 869/869 vto.).

6) A pesar de la falta de información reconocida respecto de COSMO, F. C. contaba con dos razones de peso para instruir que se le otorgara el aval. La primera, el respaldo a la operación por parte del Ministerio de Economía y Finanzas; la segunda, que el cliente que tramitó el aval a favor de la empresa COSMO fue J. C. L. M., cliente de larga data del BROU y de cumplimiento intachable, por lo cual se entendió que era una operación perfectamente garantizada por la palabra de los intervinientes y por el respaldo de L. M. (fs. 870 vto.).

7) El Presidente del BROU estaba, como se dijo, facultado para otorgar avales y si superaban cierto monto, necesitaba el consentimiento del Directorio, anuencia que podía ser concedida a

posteriori, como no era la primera vez que sucedía (fs. 870 vto.).

F. C., antes de dar el aval, habló con dos directores del BROU, quienes asintieron en su concesión (fs. 871).

La realización de operaciones por el monto de la de autos es frecuente en la operativa del BROU, como también lo es la aprobación posterior por el Organismo de operaciones otorgadas en forma urgente (fs. 871 vto.).

Este era, además, un caso especial, porque había una urgencia que trascendía al BROU; había una urgencia del Gobierno, porque si no se hacía la subasta ese día, se perdía todo (fs. 871 vto.).

Es así que el 8 de octubre de 2012, el Directorio del BROU, con excepción de su integrante I., aprobó lo actuado por los servicios en cuanto al otorgamiento de un aval a COSMO S.L. a favor del Ministerio de Economía y Finanzas, con destino a afianzar ante dicho Organismo la garantía de mantenimiento de oferta en el remate de los aviones de PLUNA efectuado el 1º de octubre de 2012 (fs. 872).

8) El aval fue autorizado a la única empresa en condiciones de presentarse al remate y resultar adjudicataria.

Hubo otra empresa

extranjera que se interesó en obtener el aval, pero de ella el Banco no tenía referencias ni había culminado los trámites necesarios (fs. 872 vto.).

Ahora bien, en este marco y en función de los hechos que la Sala dio por probados, la conclusión a la que llegó no podía ser otra que la de disponer la clausura del sumario, ya que el análisis de las probanzas allegadas a la causa demostró que la conducta de F. C. no se apartó de la que correspondía a su cargo como Presidente del BROU (fs. 868 vto. y 873 vto.).

En tal sentido, el Tribunal concluyó que no podía presumirse que F. C. hubiese impartido directivas sin importarle que COSMO tuviera o no capacidad financiera para adquirir los aviones, así como tampoco se probó la intención de favorecer, que constituía la piedra angular del pedido de procesamiento, y cuyo examen fue indebidamente soslayado en la recurrida (fs. 873 vto.).

La reticencia o las contradicciones que se le atribuyen al imputado no alcanzan a desvirtuar esa conclusión objetiva y razonable, ni lo hacen "per se" culpable de delito alguno (fs. 873 vto.).

Consecuentemente, de acuerdo con los parámetros expuestos en cuanto a cuál es

el criterio a seguir sobre la valoración probatoria en sede de casación penal, no puedo menos que concluir que la valoración de la prueba realizada por la Sala no fue ni arbitraria ni absurda, lo cual nos indica que no es susceptible de revisión en el grado.

De entenderse que, a lo sumo, el imputado obró por error -ante la situación de urgencia puesta de relieve por el propio Ministro de Economía de la época-, ello enervaría el dolo. Y sabido es que el delito de abuso de funciones se incrimina a título de dolo directo: voluntad de ordenar o cometer un acto y conciencia de que éste implica un abuso del cargo y que se dirige en perjuicio de particulares o de la propia Administración (cf. Bayardo Bengoa, *Derecho Penal Uruguayo*, T. IV, Parte especial, Vol. 1, 3a edición, p. 181).

En tal sentido, nuestra jurisprudencia ha sostenido que para apreciar la antijuridicidad de la conducta del agente en el marco de esta figura es necesario verificar que aquel haya tenido la voluntad de actuar arbitrariamente.

No alcanza, entonces, con que la acción imputada represente un formal apartamiento de los deberes del funcionario, sino que se requiere que dicho acto responda a la voluntad consciente del funcionario de violentar sus deberes, requiriéndose,

además, que su conducta esté dirigida a ocasionar un perjuicio a los particulares o a la Administración Pública (*Revista de Derecho Penal*, N° 12, c. 5, ps. 233/234).

Por consiguiente, dado que el art. 162 del Código Penal carece de forma culposa, la imputación del indiciado –a la luz de lo dispuesto por dicha norma– deviene improcedente y corresponde la clausura del proceso, tal y como lo resolvió el Tribunal “ad quem”.

V) Tan claras y terminantes son las conclusiones a las que arribó la Sala en función de los hechos que tuvo por probados que, aun cuando se coincidiera con el recurrente en que no hubo una infracción al principio de congruencia, igualmente el recurso de casación, en cuanto al fondo, no podría prosperar.

Ello, porque si la Sala llegó a la conclusión de que la conducta de F. C. no se apartó de la que correspondía a su cargo como Presidente del BROU, parece claro que jamás pudo encartar en el delito de abuso innominado de funciones, salvo que se entendiera que al valorar la prueba, el “ad quem” incurrió en un error tal que lo llevó a configurar un absurdo evidente, un razonamiento ilógico o aberrante, hipótesis que, a la luz de las consideraciones expuestas

en el numeral IV de esta discordia, resulta totalmente ajena al caso de autos.

DR. FERNANDO TOVAGLIARE ROMERO
SECRETARIO LETRADO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA