

# SOBRE LA DEROGACIÓN DEL DELITO DE ABUSO DE FUNCIONES <sup>1</sup>

Germán Aller <sup>2</sup>

## SUMARIO

1. Aclaración previa. 2. Antecedentes. 3. Régimen uruguayo. 4. Derecho penal y Derecho administrativo. 5. Indefinición del abuso. 6. Punibilidad. 7. Inconstitucionalidad del delito. 8. Conclusiones.

### 1. ACLARACIÓN PREVIA

En el período legislativo correspondiente al ejercicio parlamentario 2000-2005 se planteó en el Senado de la República un proyecto para derogar el artículo 162 del Código Penal (CP) que contiene el delito de *Abuso de funciones en casos no previstos especialmente por la ley*. Posteriormente, en otra legislatura, hubo otro proyecto tendiente a derogarlo, así como repetidas veces se dialogó sobre la conveniencia de eliminar esta figura de la nomenclatura jurídica uruguaya. Otros países poseen el delito de abuso de poder, que no es similar al art. 162 del CP ni, por lo tanto, comparable.

A modo de valoración preliminar, corresponde señalar que en tiempo de vaivenes político-criminales que pasan desde la implementación de nuevos delitos, más penas y mayor rigidez para otorgar libertades, es positivo que el Poder Legislativo debata limitar el inmenso umbral de, cuando menos, algunos tipos penales laxos e inasequibles que han dado históricamente serios dolores de cabeza a los operadores del sistema penal al momento de su aplicación

---

<sup>1</sup> Informe presentado ante la Comisión de Constitución y Legislación del Senado, Montevideo, 25 de abril de 2017.

<sup>2</sup> Catedrático de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Educación a Distancia de Madrid (UNED), Presidente de la Comisión de Derecho Penal del Colegio de Abogados del Uruguay, integrante del Instituto Uruguayo de Derecho Penal (UDELAR) y Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid.

mesurada. Obviamente, un tipo penal grande, residual e indefinido (como el que nos convoca), resulta de sencilla aplicación para el operador desatento o meramente represor, pero para el cuidadoso y garantista se transforma en un obstáculo duro de sortear, dado que no sólo deberá visualizar la dimensión del *reato*, sino también la extensión del alcance que de él se derive. De ello trata el presente estudio, así como de la idea fuerza relativa a reconducir el paso legislativo hacia un Derecho penal ciertamente antropocéntrico y, en definitiva, tutelar de bienes jurídicos penalmente relevantes, de modo de orientarse por la función metafísica del Derecho penal como potencial realizador de un ideal de justicia <sup>3</sup>.

## 2. ANTECEDENTES

Nuestro primer cuerpo penal orgánico data de 1889, cuando la Comisión presidida por Joaquín REQUENA llevó a cabo el que habría de ser el Código Penal uruguayo. En su Sección 5ª se preveía el abuso de autoridad y la violación de los deberes inherentes a los empleos u oficios públicos (arts. 180 a 182). Este provino del modelo proyectado por ZANARDELLI y SAVELLI y luego así aprobado en Italia. A su vez, ZANARDELLI lo tomó del Código de 1819 para las Dos Sicilias, donde se sancionaba la conducta del oficial público o empleado que ordenara o cometiera un acto arbitrario contra la libertad individual o los derechos civiles de uno o varios ciudadanos. El aprobado Código italiano de ZANARDELLI fue ecléctico en cuanto contempló postulados de la Escuela clásica y, parcialmente, del pujante positivismo entonces imperante de LOMBROSO, GAROFALO, FERRI y FIORETTI <sup>4</sup>. Este cuerpo legal preveía en su artículo 175 el

---

<sup>3</sup> BACIGALUPO, Enrique, *Principios de Derecho penal. Parte General*, 5ª ed., Akal, Madrid, 1998, p. 7.

<sup>4</sup> LOMBROSO, Cesare, *Troppo presto. Appunti al nuovo Progetto di Codice Penale*, Fratelli Bocca, Roma, 1888. Al momento de su presentación al Parlamento italiano, el proyecto de Código Penal de Zanardelli y Savelli le fue entregado al médico de prisiones Cesare Lombroso para que corroborase como efectivamente se habían tomado en consideración sus ideas y hallazgos. No bien revisó el texto, con premura Lombroso se puso a escribir una severa crítica al proyectado Código, puesto que estimó que sus posturas no habían sido fielmente recogidas ni

abuso de la autoridad y la violación a los deberes inherentes al oficio público. En dicho artículo se sancionaba al oficial público (*publico ufficiale*) que, mediando abuso de su oficio, ordenara o cometiera un acto arbitrario contrario a derecho y no previsto como delito (*reato*) por otra disposición especial de la ley.

PINCHERLI, comentando el Código Penal italiano de 1889 (mismo año que el uruguayo de entonces), destacaba que el tipo penal de referencia se constreñía a aquellos abusos *innominados*, dado que los *nominados* constituían delitos específicos, tales como el peculado, la concusión y corrupción. Por contrario, el carácter de *innominado* resultaba abarcativo de aquellas conductas no especialmente indicadas en ningún artículo de la ley penal, imitando así al modelo del Código toscano en su artículo 196 que, a su vez, reproducía la disposición genérica del artículo 63 de la ley leopoldina de fecha 30 de noviembre de 1786 <sup>5</sup>.

### 3. RÉGIMEN URUGUAYO

Como se ha señalado, el primer Código Penal uruguayo consagró en su artículo 180 la figura delictiva del funcionario público que, mediante el abuso de su empleo u oficio, cometiere u ordenare contra un tercero un acto arbitrario no previsto especialmente en el Código. La pena era de tres a seis meses de prisión, mientras que la actual puede llegar hasta tres años de penitenciaría (art. 162 CP).

---

suficientemente adoptadas en el proyecto y que la Escuela positiva había sido entonces dejada de lado. Por tal motivo, de inmediato publicó un libro de noventa y seis páginas (*Troppo presto*) con apéndices de A. Berenini, X. ed Y. y V. Rossi. De lo dicho, surge claramente que el proyecto de Zanardelli y Savelli tuvo vocación ecléctica, aunque principalmente volcado hacia los denominados “clásicos”.

<sup>5</sup> PINCHERLI, Eugenio, *Il Codice Penal italiano annotato*, Fratelli Bocca, Torino, 1890, pp. 263-264.

Obsérvese que, ante la multiplicidad de posibles manifestaciones del abuso de poder, el legislador optó por establecer un castigo para aquellas conductas que se considerasen genéricamente abusivas. Por eso –ante la imposibilidad de prever todas las hipótesis de abuso por parte del oficial o funcionario público y con el objeto de que nada escapase a la represión– se creó un tipo penal de alcance tan amplio como difuso. Así lo explicaba VÁZQUEZ ACEVEDO al comentar el Código Penal uruguayo de 1889 citando al antes mencionado PINCHERLI <sup>6</sup>. Ya entonces podía avizorarse el problema que significaba no contener disposiciones específicas para sancionar los excesos funcionariales (prevención especial negativa) y, asimismo, disuadir a los empleados públicos de no cometerlos (prevención general negativa).

Sin embargo, a un fin seguramente altruista le siguió una infeliz respuesta penal elaborada en clave de castigo no menos abusivo. En efecto, si se toma en cuenta la expresión del prestigioso penalista y criminólogo español (exiliado en México de la dictadura franquista) BERNALDO DE QUIRÓS al definir a la pena como *...la reacción social, cierta, contra las ofensas a los sentimientos colectivos o representativos, ciega, vehemente, muy parecida al delito y tendiendo a excederle* <sup>7</sup>, se percibirá entonces que hemos de valorar la pena a imponer tanto o más que la conducta disvalorada, de manera de no generar más daño con la respuesta penal que el efectuado por la acción desaprobada.

La creación de un tipo penal residual, como el abuso de funciones no especialmente previsto por la ley penal (art. 162 del CP), es una forma de extender al aparato punitivo una carta de crédito en blanco, pronta a ser llenada según el momento, circunstancia y valoración de los operadores penales. Hay que distinguir si se trata de una “ley penal parcialmente en blanco” o un “tipo penal abierto”. Ambos conceptos difieren en que la ley penal en blanco es una categoría de norma imperfecta, puesto que contiene un precepto genérico e indeterminado (parcial) que debe ser complementado por otra ley que le dé

---

<sup>6</sup> VÁZQUEZ ACEVEDO, Alfredo, *Concordancias y anotaciones del Código Penal de la República Oriental del Uruguay*, Sierra y Antuña, Montevideo, 1893, pp. 174-175.

<sup>7</sup> BERNALDO DE QUIRÓS, Constancio, *La Picota*, Victoriano Suárez, Madrid, 1907, p. 53.

sentido y especificidad. En cambio, los tipos penales abiertos son aquellos en que, a pesar de tener un precepto determinado, el juez dispone de una amplia posibilidad de interpretación para establecer el contenido de la prohibición. CAIROLI rechaza enfáticamente que el precepto genérico de la ley en blanco pueda ser integrado con disposiciones de menor jerarquía que la ley penal, afirmando incluso que puede llegar a ser inconstitucional<sup>8</sup>. Y esto ocurre en los casos que se tipifica el mentado art. 162 del actual Código uruguayo. La mayoría absoluta de las leyes en blanco –por no decir su totalidad– son cumplimentadas por normas de menor jerarquía, cumpliéndose así el augurio de su inconstitucionalidad. Por su parte, el catedrático CURY distingue a unos y otros en virtud del reenvío a otra norma en las leyes en blanco y que, en cambio, los tipos abiertos o indeterminados: *vulneran las exigencias de certeza más profundamente que las leyes en blanco, pues, a fin de cuentas, respecto de estas últimas siempre es posible que estén bien configuradas y que la disposición complementaria precise el hecho punible con propiedad, cosa que respecto de aquellos no puede ocurrir*. El mencionado autor chileno sostiene que los tipos abiertos quebrantan francamente el principio de legalidad<sup>9</sup>. Queda pues en evidencia que ambas leyes penales –tanto las en blanco como los tipos abiertos– merecen insalvables reparos en materia de inconstitucionalidad y propiamente en lo atinente a la Ciencia penal.

Al crear BINDING (1872) el concepto de ley penal en blanco (*Blankettstrafgesetze*), puso al descubierto que las leyes *plenas* o *completas* lo son porque tienen tanto el precepto como la sanción totalmente determinados, mientras otras requieren que la sanción y el precepto se encuentra parcialmente descrito, llevándolas a ser complementadas por otro texto legal preexistente o futuro<sup>10</sup>. Allí radica la apuntada diferencia con los tipos abiertos, en los que

---

<sup>8</sup> CAIROLI, Milton, *El Derecho Penal uruguayo y las nuevas tendencias dogmático penales*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2000, pp. 75-74.

<sup>9</sup> CURY, Enrique, *La ley penal en blanco*, Temis, Bogotá, 1988, p. 49.

<sup>10</sup> BINDING, Karl, *Die Normen und ihre übertretung*, 24, I, 2 [1922], Scientia Verlag Aalen, Hamburg, 1991, pp. 161-167 y *Grundriss des deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 18, II [1913],

decae la legalidad por la falta de criterio interpretativo y la mayor imprecisión del bien jurídico objeto de tutela penal. El catedrático de Leipzig diferenciaba entre normas y leyes, siendo que en las leyes en blanco no se repite la definición del comportamiento prohibido por la norma. Por el contrario, existe un *Blankett* cuyo contenido se halla en la norma y que es completado mediante diversas disposiciones, las cuales pueden cambiar sin alterar la norma, logrando ésta aún así sobrevivir. BINDING utilizó indistintamente la expresión “leyes penales abiertas” (*offene Strafgesetze*)<sup>11</sup>, a pesar de que, en realidad, no son lo mismo que la leyes penales en blanco, aunque sí ambas plantean dificultades y cuestionamientos para el Derecho penal liberal y el Estado constitucional.

SANTANA VEGA, refiriéndose a la ley penal en blanco, expresa que ésta es empleada —precisamente— como instrumento necesario para superar el nivel del Derecho penal de corte exclusivamente liberal de bienes jurídicos de tipo individual, puesto que al crearse bienes jurídicos complejos, la estructura liberal (individualista) no resulta suficiente para abarcar bienes colectivos o difusos<sup>12</sup>. Cuando se habla de bienes jurídicos difusos, en realidad se está dejando de lado el concepto de bien jurídico para pasarse a categorías ajenas al ámbito de protección penal. Por ello, extenderle al Derecho penal su tutela equivale a perder el control sobre el umbral que la definición de delito ha de mantener en una sociedad democrática amparada por un Estado Constitucional de Derecho. Por ende, es pertinente discutir la existencia y alcance de las leyes penales en blanco y, más aún, de los tipos penales abiertos, que conllevan —estos últimos— un mayor daño a la Ciencia penal.

En síntesis, conforme a la doctrina citada, el abuso de funciones previsto en el artículo 162 del CP es un tipo penal abierto, siendo esto más grave y

---

Scientia Verlag Aalen, Hamburg, 1975, p. 65.

<sup>11</sup> BINDING, Karl, *Handbuch des Strafrechts*, t. 1 [1885], Scientia Verlag Aalen, Neudruck der Ausgabe Leipzig, 1991, pp. 179-181.

<sup>12</sup> SANTANA VEGA, Dulce María, *El concepto de ley penal en blanco*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pp. 18-19.

rechazable todavía que las leyes en blanco, ya que depende del criterio del intérprete establecer si se ha llevado a cabo la conducta establecida en el tipo penal. En consecuencia, esta figura resulta residual, subsidiaria, abierta y, por esto, inconstitucional, además de violentar principios fundamentales del Derecho penal, como los de legalidad, tipicidad, culpabilidad, significancia, relevancia y última *ratio legis*. Con la descripción del art. 162 el ciudadano no puede motivarse debidamente en una norma laxa, ambigua, inasequible y abierta. Por ende, tampoco le es exigible otra conducta ajustada a Derecho y se ve restringido en su autodeterminación, aparejando con ello la disminución de su capacidad para reconocer el carácter de ilicitud de su obrar (conciencia de antijuridicidad), no pudiéndosele atribuir responsabilidad penal, dado que no le es imputable el tipo ni ha de ser responsable, tampoco penalmente reprochable, en virtud de carecer de culpabilidad. Esto redundaría en que no hay delito, puesto que la acción no puede ser típica en cuanto a que no se describe la conducta reprochable ni es posible de imputación penal por decaer los elementos constitutivos de la culpabilidad. Aun existiendo abuso en el desempeño del cargo, esto no implica que haya de ser delito, sino una falta administrativa que pueda ser grave y eventualmente ameritar el sumario y destitución del funcionario infractor, pero todo ello ajeno al Derecho penal.

De todos modos, el alcance de la comisión de actos arbitrarios con abuso del cargo hace referencia a la intromisión de otra disciplina, ajena al Derecho Penal, que domina a éste definiendo la punición de una conducta que, por sí, sería penalmente irrelevante, pero que cobra dimensión por la interacción de la valoración —en este caso— de orden puramente administrativo y de menor jerarquía que la valoración penal. Además, siendo así, el bien jurídico objeto de tutela penal se desdibuja, puesto que no todo acto abusivo es delictivo ni todo delito contra la Administración Pública implica un abuso de la función u oficio. El bien jurídico tutelado se vuelve difuso, intangible, impredecible e incluso imprevisible para el funcionario posible de cometer la conducta analizada. Empero, también se observa que el alcance del abuso y de la arbitrariedad quedan librados a un amplio espectro interpretativo por parte del juez, lo que da cuenta también de las características del tipo penal abierto.

#### 4. DERECHO PENAL Y DERECHO ADMINISTRATIVO

¿Cómo distinguir al abuso de funciones de una trasgresión disciplinaria o de la violación a los deberes inherentes al funcionario? Si el desborde a la función pública, en tanto no esté especialmente previsto en una norma penal específica, ha de ser valorado únicamente en cuanto a la arbitrariedad, entonces resulta ostensible que la norma penal está vacía de contenido y, en conclusión, es un instrumento pronto a ser utilizado con el fin de sancionar penalmente a aquella persona sobre la que pese una sombra de duda que no se ha podido despejar, y ante la cual se opta por la imputación de un delito “cajón de sastre” o residual a donde va a parar todo aquello que no se sabe dónde ubicar pero se desea guardar. En otras palabras, es la evidente consagración del tipo penal de autor, así referido por VON LISZT (*Tätertyp*), quien afirmaba: *lo que debe castigarse no es el acto, sino el actor (nicht die Act, sonder der Täter ist zu bestrafen)*<sup>13</sup>, agregando el catedrático de Marburgo que la punición debe adaptarse *no al crimen, sino al criminal; a quien se aprisiona no por lo que hizo, por lo que es*<sup>14</sup>. Tal sistema represivo es la expresión contraria por antonomasia al Derecho penal liberal y democrático, tan caro a la Ciencia penal y la dogmática jurídica prevalente. Por tanto, en la actual redacción del artículo 162 de nuestro Código no hay manera fehaciente de distinguir a la infracción administrativa de la penal, puesto que –mediante el Derecho penal de autor– se administrativiza al Derecho penal y se penaliza al Derecho administrativo. Las dos situaciones recién enunciadas son igualmente inadecuadas e insostenibles.

Corresponde efectuar la aclaración acerca que ambas disciplinas se nutren de principios no necesariamente contrarios, pero sí diferentes, y que, por ende, lo que constituya un abuso en lo administrativo no ha de ser siempre una conducta penalmente relevante, aún cuando hubiere un móvil espurio. Valga el ejemplo del funcionario público que efectúa una conducta indolente adrede,

---

<sup>13</sup> VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho penal*, t. 2, Hijos de Reus, Madrid, 1916, p. 55

<sup>14</sup> *Ídem*, p. 265.

omisa de la tarea funcional, el mal deseo y el trabajo a desgano por resentimiento, la falta de decoro en la función, sin con ello transgredir la ley penal, aunque sí ameritando la sanción administrativa. Pero al elevar a la categoría de delito todo aquello que sea administrativamente un abuso de la función (aún cuando sea con intencionalidad y arbitrariedad), se dejan de lado los cardinales principios penales de significancia, legalidad, tipicidad, lesividad, especificidad, proporcionalidad, *ultima ratio* y humanidad.

No se establece en el tipo penal la entidad ni qué ha de abarcar el abuso. CRIVELLARI, en referencia a la precitada norma penal italiana de 1889, distinguía dos aspectos: el positivo, en cuanto a que el delito fuere cometido por un oficial público mediante un abuso grave al extremo de merecer ser reprimido como *reato*; el negativo, en cuanto a que el abuso no fuere hecho por el oficial público con el fin de procurarse para sí un beneficio justo, ya que la criminalización de la conducta proviene del abuso de los poderes conferidos al funcionario y que produzca un daño indebido <sup>15</sup>. Aún con la precisión acotada por el citado autor, no surge un método claro para distinguir al abuso penalmente relevante respecto del administrativo.

## 5. INDEFINICIÓN DEL ABUSO

Cabe destacar que el tipo penal de referencia encuentra su modelo en el similar del actual Código Penal italiano ideado por ROCCO, quien en el artículo 323 pretendió abarcar aquellas conductas sectaristas, prepotentes, vengativas, la enemistad, la adulonería y el celo excesivo del funcionario u oficial público, mediante un tipo penal no acumulativo, dado que no puede concurrir con ningún otro delito del Título en cuestión. Es esta una nítida expresión fascista.

Nótese que el abuso específico, como el que asimilan el peculado, la concusión, el cohecho, el fraude, la conjunción del interés personal y del

---

<sup>15</sup> CRIVELLARI, Giulio, *Il Codice Penale per il Regno d'Italia*, vol. VI, Unione Tipografico, Torino, 1895, p. 4.

público, recaban su gravedad en el fin de lucro, la venalidad y el daño a la Administración, pero –en definitiva– al ciudadano, que es el destinatario del servicio que aquélla brinda, ya que es al administrado a quien debe servirse. Comentando la figura penal italiana, MAGGIORE reconoce que el abuso genérico o *innominado* de funciones es inasequible <sup>16</sup>, motivo por el cual son escasos (y cada vez menos) los ordenamientos penales en los que se haya legislado al respecto.

A modo de ejemplo, Francia, Brasil y España no contemplan esta figura delictual. En el caso de España, el Capítulo IX del Código Penal (arts. 439 a 445) se refiere a las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y a los abusos en el ejercicio de su función; sin embargo, éstos quedan atrapados por los tipos penales específicos sin recurrir a crear una figura residual. Por su parte, Paraguay, en su Código vigente desde 1997 <sup>17</sup>, emulando al artículo 191 del Código Penal alemán, establece en su artículo 318 el delito de *Inducción a un subordinado a un hecho punible*; tal figura, tanto en Alemania como en Paraguay, si bien es amplia, no llega al extremo de la uruguayo e incluso puede afirmarse que es un tipo penal diverso al nuestro, ya que se refiere al superior que induzca a su subordinado a un hecho ilícito en el servicio o permita que ocurra.

Cabe destacar que muy distinta es la norma contenida en la legislación argentina, donde el abuso se acota al ámbito de la autoridad del agente, en tanto el tipo penal se ejecuta por el exceso funcional del funcionario que se constituye en la usurpación de autoridad (art. 246 CP argentino). SOLER indicó que el abuso se configura entorno al uso incorrecto, arbitrario e improcedente de una autoridad jurídica <sup>18</sup>. Ello lo diferencia nítidamente del tipo penal uruguayo, en cuanto a que éste no requiere una autoridad jurídica, sino ordenar o cometer un acto arbitrario. Sin duda, la figura delictual consagrada en el país

---

<sup>16</sup> MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho penal. Parte Especial*, vol. III, Temis, Bogotá, 1955, p. 209.

<sup>17</sup> El actual Código Penal de Paraguay fue redactado por el penalista alemán Wolfgang Schöne.

<sup>18</sup> SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, t. 5, Tea, Buenos Aires, 1953, p. 155.

vecino es más acotada y plantea menos inconvenientes que la adoptada en nuestro régimen jurídico-penal.

El proyecto italiano preveía formas de acotar el abuso en cuanto a la usurpación de un poder no conferido al funcionario público por la ley, exceso en los límites de la competencia, obrar fuera de los casos establecidos por la ley y no observar las formalidades legales prescritas. Ello no fue recogido en el texto definitivo ahora vigente y, en honor a la verdad, tampoco hubiera resuelto los inconvenientes ya apuntados *supra*, pero no cabe duda respecto a que, cuando menos, habría establecido un cierto coto de caza delimitando relativamente la descripción delictual.

También CARRARA admitió que, desde el punto de vista de los elementos materiales y los efectos, a este delito no pueden fijarse límites mejor determinados y, por eso, es indefinido e indefinible <sup>19</sup>. En la Relación Ministerial del Código Penal italiano de ROCCO se expresó: *sin este título 'genérico suplementario', de delito, quedarían impunes aquellos abusos de los oficiales públicos que no se pudieron hacer entrar en algunos de los títulos específicos de delito con que se reprimen los abusos 'nominados de autoridad'* <sup>20</sup>. Queda entonces en evidencia que se recurre al Derecho penal no como última barrera de contención, sino como *prima ratio* (Derecho penal de máxima expresión), debido a que dichos abusos son adecuadamente sancionables mediante la utilización de la vía Administrativa que puede incluso cesar al funcionario infractor que abusa de su función mediante actos arbitrarios.

MANZINI consideró que la reserva relativa a que el hecho abusivo no estuviere previsto en una disposición especial de la ley es superflua y

---

<sup>19</sup> CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho criminal*, t. 7, vol. 5, n° 2513, Temis, Bogotá, 1961, p. 54.

<sup>20</sup> RELAZIONE DEL CODICE PENAL ITALIANO, II, p. 132.

deficiente, ya que la condición de funcionario público <sup>21</sup> y el abuso de autoridad <sup>22</sup> —al igual que en nuestro ordenamiento jurídico— es una circunstancia agravante (artículo 47, nales. 8º y 14º del CP) <sup>23</sup>.

SALTELLI y ROMANO-DI FALCO destacaron que el tipo penal italiano (similar al nuestro) debe contener en el elemento moral al dolo, es decir, la voluntad de cometer el hecho en que consiste el abuso con el fin de hacer recaer en otro un daño o procurarse una ventaja. Según los referidos comentaristas del Código italiano, la figura requiere un dolo específico, dejando de lado las hipótesis de errónea interpretación de la ley, la irregularidad y la negligencia <sup>24</sup>. Si bien el dolo puede ser específico, el abuso no lo es, y el acto arbitrario queda subsumido a variantes de tipo administrativo que inhiben de apreciar el carácter de ilicitud penal de la acción. Tanto el abuso como el acto arbitrario referidos en el art. 162 del CP carecen de sustrato normativo, siendo interpretables libremente por parte del intérprete. Extremo este inadmisibles en un sistema orgánico que pretenda ser representativo de un Estado Constitucional de Derecho.

BAYARDO ha señalado que el abuso incluido en el delito de marras refiere al exceso en el uso de los poderes inherentes a la función que el empleado lleva a cabo, ya que debe ser en el ejercicio de las tareas propias de su cargo y únicamente de aquel poder que le fuera conferido por la función pública. Con ello se amplifica y potencia indebidamente el tipo penal hasta el punto de

---

<sup>21</sup> El numeral 8º del art. 47 del CP establece como circunstancia agravante genérica: *Prevalecerse del carácter público que tenga el culpable, en especial su calidad de funcionario policial.*

<sup>22</sup> En similar sentido, el numeral 14º del art. 47 del CP agrava la pena cuando existe abuso: *Haber cometido el hecho con abuso de autoridad, o de las relaciones domésticas o de la cohabitación, o con violación de los deberes inherentes al estado, cargo, oficio o profesión.*

<sup>23</sup> MANZINI, Vincenzo, *Tratado de Derecho penal*, t. 8, vol. III, Ediar, Buenos Aires, 1961, p. 299.

<sup>24</sup> SALTELLI, Carlo y ROMANO-DI FALCO, Enrico, *Commento teorico - pratico del nouvo Codice Penal*, vol. II, Parte prima, Regia Tipo-Litografia delle Mantellate, Roma, 1930, p. 245.

abarcar toda forma que pudiere asumir cualquier entidad de abuso <sup>25</sup>. Esto no encuentra fundamento en un anhelado Derecho penal democrático y, más bien, se inscribe en un indeseable modelo autoritario de Derecho, al que nos aproximaremos en la medida que se toleren los tipos penales abiertos, viciados de inconstitucionalidad —como el de marras—, además de otras manifestaciones de un Derecho penal de emergencia contrario al garantismo.

CAMAÑO ROSA destacó que el acto arbitrario requerido por el tipo debe concretarse objetiva y subjetivamente, de manera de excluir lo erróneo o irregular <sup>26</sup>. A pesar de ello, la praxis exhibe que la figura suele aplicarse a personas de la política que han sido culpabilizadas *a priori* por algunos *mass media*, llevándose así a cabo el consabido espectáculo de los denominados *juicios paralelos*, en los cuales la prensa juega el rol de juez y fiscal, adelantándose largamente a la Justicia y, a fin de cuentas, juzgando no sólo al indagado, sino a la misma Justicia según lo que ésta falle <sup>27</sup>. Ello quizás no llegue a condicionar a nuestros magistrados, pero es factible que les ejerza presión al momento de realizar el juicio de tipicidad y, no en vano, recurrirse a la imputación de este delito residual. Si bien no cabe duda acerca de la independencia de nuestros jueces y fiscales, no se puede dejar de lado que cada vez más estos *juicios paralelos* inciden en la valoración social sobre el ciudadano indagado y sobre los operadores penales intervinientes.

RETA afirmaba que el objeto de tutela penal, además de la protección de los particulares contra el abuso de poder de parte de quienes lo detentan, es la función misma y, en suma, se protege a la propia Administración, dado que el

---

<sup>25</sup> BAYARDO BENGOA, Fernando, *Derecho penal uruguayo*, t. 4, vol. I, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1971, p. 213.

<sup>26</sup> CAMAÑO ROSA, Antonio, *Tratado de los delitos*, Amalio Fernández, Montevideo, 1967, p. 126.

<sup>27</sup> JAÉN VALLEJO, Manuel, *Principios constitucionales y Derecho penal moderno*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, pp. 130-132. *Con no poca frecuencia, y con una clara tendencia "in crescendo", los "mass media" realizan publicaciones durante los procedimientos penales, evidentemente en el legítimo ejercicio de su derecho de información, que ponen muchas veces en duda la imprescindible imparcialidad del juez o tribunal que ha de dictar una resolución. Son los llamados juicios paralelos...*

abuso genérico constituiría una lesión efectiva a la dignidad que debe conllevar el ámbito de la actividad administrativa <sup>28</sup>. La autora compatriota puso de manifiesto las dificultades que plantea la noción de abuso del cargo, que —a diferencia de la norma italiana que se refiere expresamente al abuso de poder— se delimita entonces a través del Derecho administrativo para concluir que abuso del cargo y abuso de poder son lo mismo <sup>29</sup>. En definitiva, en este punto la fórmula uruguaya deja que desear en relación a dos aspectos cruciales: 1º) no debería referirse al abuso del cargo, sino al de poder; y 2º) se nutre del Derecho administrativo sin recurrir a las indispensables garantías correspondientes al Derecho penal.

CAIROLI siguiendo a CARRARA ha sostenido: *son tantos los ejemplos y no puede ponérseles límite, solo tener presente que el hecho es criminoso por el solo abuso de la autoridad de la función pública y nada más* <sup>30</sup>. Con lo dicho queda en evidencia la laxitud de la conducta aludida en el abuso de funciones, al punto tal que varios autores reconocen la imposibilidad de describir acabadamente, y en forma estricta, el ámbito del injusto reprochable. Si la parte objetiva del tipo no puede ser adecuadamente descrita, entonces sólo resta abocarse a la subjetiva, en la que obviamente se requiere la representación de un fin ilícito, pero priorizando la presunción de culpabilidad que no ha podido ser imputada a un tipo penal específico y se le carga a la cuenta del agente una presunción genérica de culpabilidad dejando entonces al descubierto que, en efecto, se trata de un rechazable tipo penal de autor. A mayor abundamiento, es una figura de peligro <sup>31</sup>, con las consabidas objeciones que esto plantea, ya que en estos casos se amuralla el bien jurídico de manera de evitarse cualquier aproximación a él

---

<sup>28</sup> RETA, Adela, *Derecho penal. Segundo curso*, t. 1, Oficina de Apuntes del CED, Montevideo, 1958, p. 180.

<sup>29</sup> *Ídem*, pp. 182-183.

<sup>30</sup> CAIROLI, Milton, *Curso de Derecho penal uruguayo. Parte Especial*, t. IV, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1989, p. 221.

<sup>31</sup> *Ídem*, p. 223.

<sup>32</sup>, hasta el punto de perderse la referencia acerca de cuál es éste en realidad. Y así se difumina el ámbito de tutela penal hasta llegar a la abstracción, como en el delito de marras, donde lo *innominado* más que el abuso termina siendo propiamente el delito. En este sentido, el *nomen iuris* contiene lo que sería lo más próximo a la supuesta descripción del tipo penal, dado que ésta se agota en la mera enunciación de aquél: *abuso de funciones en casos no previstos especialmente por la ley*.

El proyecto de Código Penal actualmente sometido a estudio del Poder Legislativo, que fuera elaborado por la Comisión presidida por Milton CAIROLI e integrada por destacados representantes de jueces, fiscales, defensores públicos, docentes y funcionarios, excluye el tipo penal del abuso de funciones, con lo que se percibe la directa intención de eliminar esta figura penal por todo lo expresado en este trabajo y otras consideraciones que han seguramente ponderado los juristas que integraron dicha Comisión.

## 6. PUNIBILIDAD

La norma penal vigente en nuestro país, si bien es básicamente similar a la precedente del Código de 1889, en su texto modificado por ley 17.060, llamativamente establece una punibilidad aún mayor, dado que –en la actualidad– va de tres meses de prisión hasta un máximo de tres años de penitenciaría, además de la inhabilitación especial y multa. Con ello, lo precedentemente argumentado cobra mayor trascendencia aún, puesto que, además de tratarse de una norma residual (lo no previsto por otro delito), abierta (sujeta a amplia interpretación del Juez) o en blanco (pronta a ser llenada por otra norma y con bien jurídico difuso) y de Derecho penal de autor (*Tätertyp*), establece una pena que puede superar el límite de los veinticuatro meses de prisión y, en consecuencia, no admitir excarcelación, puesto que

---

<sup>32</sup> MORÁS MOM, Jorge R., *Toxicomanía y delito*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975, p. 24. Refiriéndose a la protección respecto al peligro de un bien jurídico dice: *Se amuralla no sólo el bien mismo, sino el campo que lo rodea. Es decir, se prevé también el peligro.*

llegaría a ser de penitenciaría, sin perjuicio de la ley 17.726, ya que esta norma pauta la potestad del juez en aplicar medidas alternativas o sustitutivas<sup>33</sup>.

Esto supera cualquier pronóstico de lógica y hermenéutica jurídica saludable, porque desproporciona la punición de los demás tipos penales ubicados en el Título IV del Código Penal patrio. En efecto, una conducta supuestamente reprochable, pero sobre la cual no se ha podido tipificar ninguna de las otras abundantes descripciones típicas contenidas en el Código, denota el fracaso de los operadores del sistema penal, sea en lo probatorio o la desazón de no poder imputar ningún otro delito. Ante tal contrariedad, se define al sujeto como criminal en consonancia con una valoración de dudosa certeza respecto de un acto arbitrario con el eventual propósito de exhibir una *victoria a lo Pirro*, en vez de ofrecer a la ciudadanía un detallado, exhaustivo y eficaz juicio de tipicidad, ajustado a un tipo penal cerrado integrante del elenco prolífico de los tipos contenidos en el Título sobre los delitos contra la Administración Pública. A saber: concusión, peculado, cohecho, fraude, etc.

Nuestro actual Código Penal, proveniente del modelo de ROCCO y MASSARI, como ya se ha dicho *supra*, también consagró el tipo penal del abuso de funciones en casos no previstos especialmente por la ley. Así, su artículo 162, en la redacción dada por el precitado artículo 8 de ley 17.060 de fecha 23 de diciembre de 1998 (ley Anticorrupción), incrementó el *quantum* de la pena, elevándolo a los referidos tres años de penitenciaría. En la actualidad, mientras en muchos países innecesariamente se aumentan las penas y se crean nuevos delitos, falazmente suponiendo quizás que con ello se abatirán los altos índices de criminalidad, cuando aparece en nuestro país un proyecto tendiente a derogar un controvertido tipo penal, resulta recomendable acompañar esta línea político-criminal reduccionista, precisamente porque –siguiendo a VON

---

<sup>33</sup> Conforme al régimen impuesto por el art. 10 de la ley 17.726 de Prisión Preventiva, ante una pena que no supere los tres años de penitenciaría, el juez podrá (facultativamente) aplicar las medidas sustitutivas de la privativa de libertad previstas en dicha ley. Para lo cual, obviamente y en consecuencia, deberá en forma previa otorgar la excarcelación.

LISZT y GÖPPINGER – la Política criminal es una instancia de crítica, propuesta y reforma del Derecho penal.

## 7. INCONSTITUCIONALIDAD DEL DELITO

Este tópico ya ha sido parcialmente abordado *supra* al concluir que se trata de un tipo penal abierto y, por ende, inconstitucional, aunque no lo haya reconocido así la Suprema Corte de Justicia en las casaciones sobre el punto. Sin perjuicio de lo cual, corresponde efectuar alguna precisión más.

En efecto, cuando la norma que ha de integrar el tipo penal proviene de una jerarquía menor o de otro Poder estatal (por ejemplo, del Ejecutivo), en virtud del artículo 7 de la Constitución de la República, las leyes penales en blanco y los tipos abiertos devienen en flagrante inconstitucionalidad debido a que el referido artículo establece que sólo la ley puede, por razones de interés general, privar o limitar los derechos fundamentales del ciudadano. Este es un principio de reserva de la ley en cuanto que establece la excepción a la norma.

El artículo 162 del Código Penal uruguayo violenta también lo dispuesto por el artículo 10 de nuestra Carta Magna, en tanto que la prohibición contenida en el tipo penal de marras no resulta identificable por el ciudadano que se desempeña en la actividad funcional pública. Mal puede entonces motivar la norma a que se cumpla su precepto, es decir, el deber primario de actuación ajustada a Derecho por parte del ciudadano. Ante un bien jurídico no delimitado apropiadamente y la elevación de disposiciones administrativas al rango de ley penal, resulta ostensible que el ciudadano no ha de motivarse en la norma, por ser ésta difusa e innominada, y sin límites ni previsibilidad. La motivación no será posible en los términos planteados; sin embargo, por la misma argumentación resulta paradójicamente mayor la exigibilidad de la conducta esperada. Es decir que indebidamente se incrementa la exigibilidad a pesar de la imposibilidad de motivación en la norma.

En la actualidad, autores como FERRAJOLI, MOCCIA, MARINUCCI, LUISI y BACIGALUPO, entre otros, bregan por la constitucionalización del Derecho penal. Esto es, legislar en materia penal desde la norma constitucional como referente, de manera de así salvaguardar los principios y garantías en ella consagrados.

## 8. CONCLUSIONES

De lo estudiado, se extraen las siguientes conclusiones:

1. Asistimos a una magnífica oportunidad legislativa para derogar el tipo penal de *abuso de funciones en casos no previstos especialmente por la ley*, ya que la conducta descrita en el tipo estudiado no es ontológicamente un delito y, por ende, no debería integrar el elenco de las conductas penalmente reprochables.
2. No obstante, todo abuso —de la naturaleza que fuere— es una actitud social, moral y éticamente desvalorada que amerita su severa sanción en el ámbito apropiado, vale decir, en sede administrativa.
3. La figura penal analizada resulta un resabio o atavismo de un sistema penal pensado para reprimir a la persona por lo que es y no por lo que ha hecho. Esto no debe encontrar resguardo normativo en nuestro sistema penal.