

## **El delito de abuso innominado de funciones –**

**Dr. Claudio Rodríguez La Cruz**

El presente trabajo tiene por finalidad realizar un análisis desde el Derecho Penal del delito de Abuso Innominado de Funciones o Abuso de Funciones en los casos no previstos expresamente por ley.

El mismo se encuentra regulado en el Código Penal en su artículo 162, con la modificación introducida por el Artículo 8 de la ley 17.060, la llamada ley de Corrupción Pública, de 23 de diciembre de 1998.

**El análisis del delito en cuestión se encuentra estructurado de la siguiente manera:** Primera Parte – Análisis de la figura delictiva. 1) Ubicación de la figura en el C.P. vigente. 2) Bien jurídico tutelado. 3) Sujeto activo. 4) Sujeto pasivo. 5) Conductas típicas. 6) Nexos causales. 7) Ejecución. 8) Culpabilidad. 9) Penalidad. Segunda Parte – La figura delictiva en el contexto nacional e internacional. 10) Análisis del Proyecto Modificativo presentado por el entonces diputado Ronald Pais. 11) Comparación de la figura en cuestión con su similar en el Código Penal de 1889. 12) El delito de abuso innominado de funciones en el derecho comparado. 13) Conclusiones.

### **1) Ubicación de la figura en el C.P. vigente.**

Se encuentra regulada en el Título IV, Delitos contra la Administración Pública, Capítulo II, Abuso de autoridad y violación de los deberes inherentes a una función pública, Artículo 162, Abuso de funciones en casos no previstos especialmente por la ley. El precepto legal establece textualmente:

*"Artículo 162. (Abuso de funciones en casos no previstos especialmente por la ley). - El funcionario público que con abuso de su cargo, cometiere u ordenare cualquier acto arbitrario en perjuicio de la Administración o de los particulares, que no se hallare especialmente previsto en las disposiciones del Código o de las leyes especiales, será castigado con tres meses de prisión a tres años de penitenciaría, inhabilitación especial de dos a cuatro años y multa de 10 UR (diez*

*unidades reajustables) a 3.000 UR (tres mil unidades reajustables)".*

Esta redacción fue dada por la ya citada ley N° 17.060. La redacción original establecía:

*"Artículo 162. (Abuso de funciones en casos no previstos especialmente por la ley). - "El funcionario público que con abuso de su cargo, cometiere u ordenare cualquier acto arbitrario en perjuicio de la Administración o de los particulares, que no se hallare especialmente previsto en las disposiciones del Código, será castigado con prisión de tres a veinticuatro meses, e inhabilitación especial de dos a seis años."*

## **2) Bien jurídico tutelado**

Del propio precepto surge que el bien jurídico tutelado es la Administración Pública, y/o los particulares, en su caso.

Corresponde definir que se entiende por Administración Pública a los efectos de delimitar el alcance de la tutela de este bien jurídico, y establecer de que forma, o en que aspectos la Administración Pública puede ser tutelada.

La doctrina ha manejado dos conceptos de Administración Pública. Por un lado está el concepto aportado por el derecho administrativo, y por otro, el aportado por el derecho penal.

### **Concepto administrativo de Administración Pública**

Algunos conceptos recurren a la potestad del Estado para la consecución de sus fines. Otros entendían a la Administración Pública como actividades de Gobierno, limitadas al Poder Ejecutivo.

Posteriormente se incluyen las actividades de los otros poderes: Legislativo y Judicial.<sup>1</sup> Conceptos más amplios llegan a considerar a la Administración Pública como una actividad funcional del Estado.<sup>2</sup>

### **Concepto penal de Administración Pública**

---

<sup>1</sup> Cairoli Martínez, Milton. Curso de Derecho Penal Uruguayo. Parte Especial. Tomo IV. 2da Edición. FCU, 1995. Pág. 199.

<sup>2</sup> Bayardo Bengoa, Fernando. Derecho Penal Uruguayo. Tomo IV, Vol. 1. Pág. 160. Citando a su vez a Diez. El acto administrativo. Buenos Aires. 1956. Pág. 21.

El derecho penal utiliza un concepto amplio de Administración Pública, pudiéndose sostener que la Administración Pública es la actividad funcional del Estado que no tenga carácter de político.<sup>3</sup>

Como menciona Preza en criterio que se comparte: *"Hay función pública, toda vez que se desempeña una función, en cumplimiento de los fines del Estado"*.<sup>4</sup>

Si bien la forma más notoria de tutelar a la Administración Pública o a los particulares es la tutela en el aspecto patrimonial del bien jurídico –entendiéndose como patrimonio al conjunto de relaciones jurídicas susceptibles de valuación económica-, no es el único aspecto digno de tutela. En efecto, se puede configurar el reato toda vez que la conducta atente contra –por ejemplo- la buena imagen de la Administración Pública, la libertad de los particulares; en cuanto se le hace perder tiempo innecesario, etc.

Los aspectos dignos de tutela sobre este bien jurídico no están limitados taxativamente, sino que por el contrario, los mismos son los más variados; pues estando ante un tipo penal abierto, son infinitas las conductas posibles de ser incriminadas por la norma. (ver infra nº 5 Conductas típicas, infra nº 13, Conclusiones).

Sin embargo por cuestiones de política criminal y a los efectos de “cerrar el tipo penal” realizando una interpretación restringida de la norma se podría limitar la represión sólo a aquellas conductas que tengan como consecuencia un perjuicio patrimonial para la Administración Pública o para el particular, según el caso.

### **3) Sujeto activo**

De la propia descripción del tipo surge que el sujeto activo es un funcionario público. Sin perjuicio del concepto de funcionario público desarrollado por la doctrina en las diferentes ramas del derecho, es necesario en el caso que nos ocupa ceñirse estrictamente al concepto aportado por el Código Penal.

El precepto establece: *"Artículo 175. (Concepto de funcionario público). - A*

---

<sup>3</sup> Bayardo, ob cit. Pág. 161.

<sup>4</sup> Preza Restuccia, Dardo. Delitos Económicos. Editorial Julio César Faira. 2004. Pág. 320.

*los efectos de este Código, se reputan funcionarios a todos los que ejercen un cargo o desempeñan una función retribuida o gratuita, permanente o temporaria, de carácter legislativo, administrativo o judicial, en el Estado, en el Municipio o en cualquier ente público o persona pública no estatal".* Esta definición fue dada también por el Art. 8, de la ya citada Ley N° 17.060. La redacción original establecía: *"Artículo 175. (Concepto del funcionario). - A los efectos de este Código, se reputan funcionarios a todos los que ejercen un cargo o desempeñan una función retribuida o gratuita, permanente o temporaria, de carácter legislativo, administrativo o judicial, en el Estado, en el Municipio o en cualquier ente público".* Con esta modificación se amplía el concepto de funcionario público, abarcando ahora también a las personas públicas no estatales, y aumentando en consecuencia el espectro punitivo de la norma.

**Situación en que el sujeto activo ya haya dejado de ser funcionario al momento de cometerse el reato.**

El Art. 176 del C.P. establece: *"(Influencia de la cesación de la calidad de funcionario). Cuando la ley considera la calidad de funcionario público, como elemento constitutivo o como circunstancia agravante de un delito, no influye en el hecho la inexistencia de esas calidad, en el momento en que se cometa el delito, cuando éste reconoce dicha circunstancia como causa".*

En mi opinión es irrelevante si el agente ya dejó de ser funcionario público. Sostener lo contrario vulneraría la finalidad de la tutela de la Administración, o de los particulares, en su caso. Lo que importa es que el agente haya actuado motivándose en su anterior situación de funcionario público.

Establecido que el sujeto activo debe ser un funcionario público, es importante destacar que siguiendo las reglas de la coparticipación pueden ser punibles aquellos sujetos que no son funcionarios públicos; pero siempre por lo menos uno de los agentes debe serlo.

No es un aspecto menor mencionar que no es admisible que el autor o coautor sea un sujeto no funcionario público, y el cómplice sí lo sea. De ocurrir tal hipótesis no estaríamos ante el delito en cuestión, sin perjuicio que la conducta pudiera ser abarcada por otra figura. Ello se desprende de la propia definición que

el C.P. hace del cómplice, en su Art. 62. El mismo establece: *“Son cómplices lo que, no hallándose comprendidos en los artículos precedentes (refiere a la autoría y coautoría), cooperan moral o materialmente al delito por hechos anteriores o simultáneos a la ejecución, pero extraños y previos a la consumación”*. Por lo tanto, debe entenderse que cómplice es el sujeto que coopera de forma material o moral, pero que no realiza la conducta típica. Al respecto decía Dr. José Hurtado Pozo sobre los diversos tipos de autoría: *“A diferencia del autor que ejecuta totalmente el tipo legal, de los coautores que toman parte en la ejecución y del instigador que determina al autor, el cómplice contribuye a la realización del delito mediante actos que no caen dentro del tipo legal, y que tomados independientemente podrían ser, generalmente, calificados de actos preparatorios (en ROU los actos preparatorios sólo son punibles en los casos determinados por ley. Art. 7 C.P.). La realización de un acto ejecutivo perteneciente al tipo legal excluye la complicidad”*.<sup>5</sup> Sin ánimo de profundizar en el tema de la pluriparticipación pues desbordaría el propósito del presente trabajo me remito a los que los manuales de derecho penal establecen al respecto.

#### **4) Sujeto pasivo**

El sujeto pasivo es sobre el cual recaen los efectos (perjuicios directos) de la ejecución del delito.

Sin desconocer que para nuestra legislación siempre es el Estado sujeto pasivo, en cuanto titular de la acción penal –sin perjuicio de los delitos perseguibles a instancia de parte-, lo será también en este delito el particular o la Administración Pública, según el caso.

Conviene diferenciar entre sujeto pasivo y objeto material u objeto material personal. Sujeto pasivo, como ya se dijo, es sobre el cual recae el perjuicio del delito. El sujeto pasivo siempre es el soporte del bien jurídico tutelado. Con respecto al objeto material o material personal, es sobre el cual se realiza la

---

<sup>5</sup> Hurtado Pozo, José. Manual de Derecho Penal (Lima, Perú). Publicado en Internet: <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obras/mdp.htm>. Cuarta Parte, Participación delictiva. Citando a su vez a Maurach, Strafrecht, A.T., p. 692.

conducta típica; pudiendo o no coincidir con el sujeto pasivo.

## **5) Conductas típicas**

El precepto legal establece: *"El funcionario público que con abuso de su cargo, cometiere u ordenare cualquier acto arbitrario en perjuicio de la Administración o de los particulares..."* Por lo pronto, las conductas típicas son cometer y/o ordenar cualquier acto en perjuicio de la Administración o de los particulares; y que a su vez la conducta cometida u ordenada no se hallare especialmente prevista en las disposiciones del Código o de las leyes especiales. Conviene sobremanera detenerse en este aspecto.

### **El verbo cometer**

El verbo cometer se puede entender como realizar o actuar. Es fácil concluir que la expresión en cuestión es abarcativa de otras conductas. Cometer, realizar o actuar son conductas totalmente equívocas, por lo que se puede cometer de diversas formas. (Ver infra nº 7, Ejecución). Por lo pronto, cometer es una expresión genérica que abarca las conductas específicas comprendidas en ella.

Entonces, para determinar si corresponde incriminar la tentativa, esto es la posibilidad de fraccionar la conducta en cuestión (cometer) habría que estar al caso concreto, y determinar en cada uno de ellos si esa conducta específica puede ser fraccionada.

No es descartable en este caso que el reato se realice mediante la forma de comisión por omisión, porque el Art. 3 del CP establece *"...No impedir un resultado que se tiene la obligación de evitar, equivale a producirlo."* Claro está, que para que se configure la hipótesis en cuestión el funcionario público tiene que tener la obligación de impedir el resultado, otorgada en este caso por el contrato o por la ley. De lo contrario podría entenderse como inconstitucional el precepto en cuanto viola los Arts. 7 y 10 de la Carta.

Como conclusión sobre el verbo nuclear en cuestión se puede sostener que se puede cometer a través de cualquier conducta idónea para la realización del fin. Si la misma no es idónea nos podríamos enfrentar ante un caso de delito

imposible (Art 5 C.P.).

### **El verbo ordenar**

La Real Academia Española define el citado verbo como mandar que se haga algo.<sup>6</sup>

Por lo pronto, la sanción punitiva no se limita exclusivamente a quien cometiere sino que también quedan incluidos en el precepto quien ordenare.

Si bien el precepto establece quien cometiere u ordenare cualquier acto arbitrario en perjuicio de la Administración o de los particulares no menciona que conducta debe ordenar para vulnerar la norma se debe concluir que se refiere a ordenar cometer; lo contrario no sería una interpretación armónica con el otro verbo antes descrito. Esto es, ordenar realizar una o varias conductas comprendidas en la expresión cometer.

En efecto, el delito se consuma -además de otros requisitos- con la ejecución de la conducta ordenar, no requiriéndose entonces que quien recibe la orden cometa la conducta ordenada.

Sobre la posibilidad de ejecutar el reato en la forma omisiva del verbo ordenar, es decir, que el delito se realice mediante un "no ordenar", hay que atenerse a lo mencionado sobre el tipo omisivo en el verbo cometer.

Lo mismo ocurre con la idoneidad de la conducta o la imposibilidad de la realización del fin, Arts. 5 C.P.

Sobre la posibilidad de admitir la tentativa, tanto en el verbo cometer, como en ordenar, ver infra nº 7 Ejecución.

La distinción práctica entre los verbos cometer y ordenar puede parecer irrelevante, máxime si se considera que se comete toda vez que se ordena. En este caso el verbo ordenar sería redundante. Esta diferencia es un resabio del C.P. de 1889 (ver infra nº 11, Comparación de la figura en cuestión con su similar en el Código Penal de 1889 ), no existiendo en el Código Rocco.

### **El funcionario público debe actuar "con abuso" o "en abuso" de su cargo.**

#### **Concepto de abuso.**

---

<sup>6</sup> Diccionario de la Real Academia Española en Internet: [www.rae.es](http://www.rae.es)

El diccionario de la Real Academia española define al verbo abusar como: *"Usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente de algo o de alguien"*.<sup>7</sup> Por lo pronto, se podría entender al abuso de cargo como un uso excesivo de las facultades otorgadas para el ejercicio del mismo, causando ese exceso un perjuicio a la Administración y/o particulares. En este caso el exceso es la diferencia entre lo permitido (por Constitución, ley, reglamento, disposición, etc.) y la conducta realmente realizada. También hay abuso cuando sin excederse en el resultado final de la conducta el agente la realiza de forma impropia, o sea, no autorizada o prohibida por alguna norma. En este caso, el abuso no está en "el que" sino en "el como".

### **Causas de error**

Si el agente realiza una conducta que cree está permitida, o por lo menos no prohibida, causando la misma un perjuicio a la Administración y/o a los particulares, se podría dar una de las hipótesis de error previstas expresamente en el derecho positivo.

Aquí aparecen los conceptos de error de hecho, error de derecho, y aplicación del reglamento ilegal. Se desarrollará brevemente cada caso.

### **Error de hecho**

El C.P en su Art. 22 establece acerca del concepto de error de hecho: *"El error de hecho que versare sobre las circunstancias constitutivas del delito exime de pena, salvo que tratándose de ese delito, la ley castigare la simple culpa"*.

Sin excederse del propósito de este trabajo, se puede definir al error de hecho como un conocimiento falso o juicio equivocado sobre una situación de hecho.<sup>8</sup>

Si bien son conceptos diferentes, la doctrina penalista vernácula equipara error con ignorancia, pues en la práctica este distingo es irrelevante, siendo la

---

<sup>7</sup> Diccionario de la Real Academia Española en Internet: [www.rae.es](http://www.rae.es)

<sup>8</sup> Cairolí. Curso de Derecho Penal Uruguayo. Fundación de Cultura Universitaria. Tomo I. Pág 330.



ignorancia sobre la situación de hecho un error de hecho.<sup>9 10</sup> En efecto, existe error de hecho toda vez que estando ante un evento delictuoso según la ley penal el agente se forma un falso juicio sobre por lo menos uno de los elementos objetivos esenciales del tipo penal, diferenciándose el tipo a través de estos elementos, de otro delito.<sup>11</sup>

El error debe ser esencial, pues debe recaer sobre algunas de las circunstancias descritas en el tipo. Debe ser, además invencible. Será invencible cuando aún empleando toda la diligencia debida del caso no hubiera sido posible evitarlo. Por último, el error debe ser decisivo. El error debe ser la causa determinante de la conducta del agente. Si no lo fue estamos ante el caso del final del precepto: *"... salvo que tratándose de ese delito, la ley castigare la simple culpa"*. No es pertinente detenerse más en este aspecto, pues como se menciona infra nº 8 (Culpabilidad) no se puede incriminar la culpa en este delito.

### **El error de derecho**

Sobre el caso que nos ocupa sólo interesa el segundo inciso del Art. 24 C.P., el cual establece: *"El error de derecho que emane del desconocimiento de una ley que no fuera penal, exime de pena sólo cuando hubiere generado un error de hecho, acerca de alguno de los elementos constitutivos del delito"*. Al respecto me remito a lo que los manuales de derecho penal establecen sobre el error de derecho.

### **Aplicación del reglamento ilegal**

Sobre el punto sólo me voy a referir someramente a las dos posturas doctrinarias al respecto, pues es un aspecto más de derecho administrativo que penal. Una postura entiende que ante un reglamento ilegal (con conocimiento de la ilegalidad del mismo, de lo contrario podríamos estar ante un caso de error) la Administración debe aplicarlo. Sostienen que el mismo debe aplicarse hasta su derogación por el órgano que lo dictó. También entienden que cuando quien tiene

---

<sup>9</sup> Cairoli. Idem.

<sup>10</sup> Bayardo. Derecho Penal Uruguayo. Fundación de Cultura Universitaria. Tomo II. Segunda Edición. Pág. 147.

<sup>11</sup> Bayardo. Idem. Pág. 153.

que aplicar el reglamento está sometido a jerarquía su no aplicación implica una subversión de la misma, trayendo como consecuencia una anarquía administrativa.<sup>12</sup> Durán Martínez, en criterio que se comparte discrepa con esta posición, esgrimiendo los siguientes argumentos: *“No existe tal anarquía administrativa, en cuanto si existiera, el mismo riesgo se daría toda vez que existan varios órganos competentes para aplicar una misma norma, o cuando cambian los titulares de un mismo órgano. ¿Qué es más perjudicial para la Administración? ¿La no aplicación de un reglamento por ilegal, o su anulación jurisdiccional y una eventual condena en daños y perjuicios?”* Con respecto al argumento por el cual los reglamentos deben ser aplicados hasta no ser derogados, Durán dice al respecto: *“Ocurre que el ordenamiento jurídico comprende normas de diversa naturaleza y de distinto valor y fuerza. Y el principio de legalidad no sólo impone la inderogabilidad del acto jurídico general, sino también la sumisión de las normas de menor valor a las de mayor valor”*.<sup>13</sup>

En efecto, ante un reglamento ilegal contradictorio con una norma superior, debe primar ésta última. Concluye Durán Martínez que *“la Administración debe abstenerse de aplicar el reglamento ilegal aun cuando éste no haya sido derogado. Y ello con mayor razón tratándose del Poder Ejecutivo, cuya misión tradicional (que es recogida en el artículo 168 numeral 4º de la Constitución) es la de ejecutar y hacer ejecutar las leyes. Si se dicta un acto ilegal, además de violar la ley, infringe la Constitución”*.<sup>14</sup>

**El acto arbitrario no puede estar especialmente previsto en las disposiciones del Código o de las leyes especiales.**

### **Acto arbitrario.**

Acto arbitrario es la conducta cometida desbordando la esfera de

---

<sup>12</sup> Augusto Durán Martínez, Estudios de Derecho Administrativo. Parte general. Montevideo, 1999. Págs. 241 y ss.

<sup>13</sup> Durán Martínez, Ob. cit. pág. 243.

<sup>14</sup> Durán Martínez, Ob. cit. pág. 244.

competencia del funcionario público, habiendo ésta sido otorgada por una norma de Derecho Público.

La arbitrariedad puede ser objetiva o subjetiva. Habrá arbitrariedad objetiva toda vez que la conducta contraríe una norma que regula la esfera de competencia del funcionario público. La arbitrariedad subjetiva ocurre cuando el funcionario aún actuando dentro de la esfera de su competencia ordena o comete un acto, con un fin diverso del otorgado por la norma que regula el poder discrecional.<sup>15</sup>

### **No determinación expresa de la conducta prohibida.**

#### **Nos encontramos ante un tipo penal abierto. He aquí el nudo de la cuestión.**

El tipo penal en cuestión reprime conductas genéricas, las que se traducen en "cualquier acto". Por lo tanto es imposible determinar a priori que conductas son las prohibidas.

En efecto, en el tipo penal abierto la conducta es indeterminada, esto es demasiado amplia, de forma que para el agente sea imposible determinar a priori que conducta va a ser punible, pudiendo vulnerar el principio de máxima taxatividad de la ley penal.

Al respecto dice Langón en criterio que se comparte: *"En el tipo abierto, en definitiva, no hay una descripción claramente establecida de una conducta, el supuesto de hecho en que se funda la penalidad es incierto, dudoso, y requiere una determinación por parte del juez respecto de su alcance".*<sup>16</sup>

Para profundizar lo mencionado conviene determinar cuál es la función del tipo penal. El tipo penal selecciona cuales son los comportamientos penalmente relevantes. Por otra parte tiene a su vez una función de garantía, y otra de limitar el ejercicio del ius puniendi por parte del Estado. La función de garantía tiene rango constitucional, en cuanto el Art. 10 de la Carta establece:

---

<sup>15</sup> Bayardo. Derecho Penal Uruguayo. Fundación de Cultura Universitaria. Tomo IV. Vol. 1. Pág. 218.

<sup>16</sup> Langón, Miguel. Curso de Derecho Penal y Procesal Penal, Tomo 2 Pág 153. Asimismo cita al delito objeto de este trabajo, como uno de los ejemplos más claros de tipo penal abierto.

*“Artículo 10.- Las acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados.*

*Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.”*

Por lo pronto, la garantía está dada por el hecho que ninguna persona puede ser privada de lo que la ley no prohíba, ni obligada a hacer lo que ella no obliga.

Con respecto al límite de ius puniendi por parte de Estado éste solo puede actuar cuando las acciones atacan al orden público, perjudican a un tercero, un habitante viola una norma prohibitiva, o no cumple con una norma imperativa.

Ahora bien, conviene también analizar la función de garantía del tipo penal desde la perspectiva del Código Penal. En efecto, el Art. 1 C.P. establece: *“Es delito toda acción u omisión expresamente prevista por la ley penal. Para que ésta se considere tal, debe contener una norma y una sanción”*. Se concluye fácilmente que la conducta (acción u omisión) debe estar expresamente prevista por la ley penal.

Por otra parte el tipo penal abierto genera una situación de incertidumbre sobre quién debe aplicar el derecho, en este caso el Juez. El Juez debe decidir sobre la ilicitud de la conducta en base a cuestiones que de ningún modo integran el tipo penal. Es la misma incertidumbre que se le genera al funcionario público en el ejercicio de sus funciones. Al respecto conviene recordar que la proliferación de tipos penales abiertos nos aleja un paso más de un Estado democrático de Derecho.

**Que no se hallare (el acto arbitrario) especialmente previsto en las disposiciones del Código o de leyes especiales.**

La conducta reprimida, esto es el acto que el Juez considera arbitrario, y que según él queda atrapado por la figura en cuestión, no puede estar especialmente prevista en las disposiciones de este Código o en leyes especiales. Estamos en este caso ante una norma subsidiaria. Ésta opera cuando la conducta realizada por el agente no se encuentra prevista por ningún otro delito.

Ahora bien, relacionando lo mencionado con el tipo penal abierto se puede decir que son infinitas la cantidad de conductas que se pueden realizar. De ese universo infinito de conductas el legislador eligió algunas -no importa ahora determinar el criterio utilizado, pues es una cuestión de política criminal que desborda el propósito de este trabajo- y le asignó una sanción de naturaleza penal en caso de cometerla. Para los tipos omisivos la sanción opera cuando no se cumple con la conducta debida y existe la posibilidad de cumplirla. La selección de conductas se realiza a través del tipo penal. El problema del tipo penal abierto es que nunca se puede saber a priori cual es la conducta prohibida pues la misma no se encuentra descrita dentro del mismo.

Volviendo a la subsidiariedad del delito en cuestión, si el funcionario público con abuso de su cargo comete u ordena cualquier acto arbitrario en perjuicio de la Administración o de los particulares, el Magistrado actuante primero debe determinar si ese acto se encuentra previsto en alguna disposición del Código o en alguna ley especial. Si no se encuentra prevista opera la subsidiariedad del artículo 162, entonces debe decidir si la conducta queda atrapada dentro del tipo penal abierto. Esa decisión, como ya se mencionó, se basa en cuestiones que no integran el tipo penal. Se le otorga un mayor poder discrecional al juez para decidir en cada caso concreto, si la conducta realizada fue cometida con abuso, si el acto fue arbitrario.

## **6)Nexo**

**causal.**

Para la configuración del reato se requiere que el daño haya sido causado por la conducta del agente. Pero aún no produciéndose el daño el delito se puede configurar, según lo dispuesto en Ejecución (infra nº 7).

No es el propósito de este trabajo detenerse en la posibilidad que la conducta aumente el daño existente, desproteja aún más la tutela jurídico-penal del bien, etc. Al respecto me remito a lo que los manuales de derecho penal en su parte general establecen, y a lo dispuesto en el Art 4 del C.P. (De las concausas).

## **7) Ejecución**

El delito se consuma toda vez que el agente cometa u ordene cualquier

acto arbitrario en perjuicio de la Administración o de los particulares.

Por lo pronto, no se requiere que efectivamente se produzca un daño. Claro está, que si el daño se produce, el reato se consuma; sin perjuicio de lo dispuesto en el nexa causal (supra nº 6, Nexa Causal). Al respecto cabe mencionar que existe jurisprudencia de la S.C.J., la cual exige el daño efectivo para que exista responsabilidad penal. (Sentencia N° 248 / 2006, Suprema Corte de Justicia).

Sobre la posibilidad de incriminar la tentativa hay que estar a la posibilidad de fraccionar cada verbo en particular.

### **Tentativa en el verbo cometer**

Como se mencionó al describir las conductas típicas (supra nº 5, Conductas típicas) el verbo cometer es abarcativo de las conductas comprendidas dentro de él. Es decir que se puede cometer mediante cualquier conducta idónea para la realización del fin propuesto. La "fraccionabilidad" de la conducta depende de cada caso, y en consecuencia la posibilidad de incriminar la tentativa. Con respecto a la tentativa en la modalidad omisiva del verbo cometer es admisible cuando el funcionario público omite actuar en la última oportunidad en la que se enfrentó para apartar el peligro inminente sobre el bien jurídico (Administración Pública o particulares), y el daño no llega a producirse por la intervención de una circunstancia ajena a la voluntad del agente; estando el agente obligado a evitarlo y que le sea posible evitarlo.

### **Tentativa en el verbo ordenar**

A priori parecería no admisible la tentativa en el caso del verbo ordenar. Esto no así, si se tiene en cuenta que se puede ordenar de muchas formas. Con el actual desarrollo de los medios de comunicación las posibilidades de comunicar una orden crecen día a día. Podemos citar como ejemplos: fax, e-mail, teléfono, mensaje de texto a través del celular, etc.

Por lo pronto, la "fraccionabilidad de la orden" depende del caso concreto. Es perfectamente posible que se "trunque" el envío de un e-mail con una orden de cometer un acto arbitrario. Mayor dificultad puede plantearse cuando la orden es verbal.

La tentativa en la modalidad omisiva de este verbo también es admisible. Al respecto sólo basta remitirse a lo dispuesto sobre el verbo cometer.

### **Circunstancias comunes a ambos verbos.**

El agente puede –dentro de su psiquis- tener la intención de realizar el fin propuesto mediante la comisión de una serie de conductas, ejecutadas ellas en forma cronológica, y siguiendo una lógica idónea para el fin.

Sin embargo puede ocurrir que el resultado se produzca aún antes de haber finalizado la serie de conductas propuestas por el agente. En este caso no hay tentativa. Existe delito consumado por la consecución del fin. Lo mencionado es sin perjuicio a lo dispuesto sobre el nexo causal.

Por otra parte si se realizan todas las conductas propuestas y el resultado no se produce también nos encontramos ante un delito consumado, pues no se requiere la efectiva producción del daño para la punición de la conducta; bastando solamente con la realización de la conducta. Estamos ante un delito de peligro.

Por último, si el fin propuesto se trunca por la intervención de una causa extraña a la voluntad del agente cuando las conductas se estaban ejecutando, estamos frente a una hipótesis de tentativa.

### **8) Culpabilidad**

El delito se castiga a título de dolo, directo por supuesto, pero no descartándose la posibilidad de incriminar el dolo eventual.

El dolo eventual es admisible, por lo que surge del Art. 18 C.P. *“El resultado que no se quiso pero que se previó se considera intencional”*.

Puede ocurrir que se prevea el perjuicio del que puede ser víctima la Administración o el particular, y aún no deseándolo, pero aceptando esta posibilidad, el agente no desista en su proceder.

No se admite la culpa ni la ultraintención, no sólo por la estructura ontológica del delito, sino porque para admitir tales grados de culpabilidad se requiere norma expresa habilitante. (Arts. 18 y 19 C.P.)

Por otra parte la llamada Ley de Seguridad Ciudadana, ley N° 16.707 incorporó un cuarto inciso al Art. 18 del C.P. El mismo establece: *“En ningún caso podrá castigarse por un resultado antijurídico, distinto o más grave que el querido, que no haya podido ser previsto por el agente.”*

Por lo tanto, en el caso que nos ocupa no se puede castigar por un resultado distinto o más grave que el agente haya podido prever, producto del acto u orden.

Someramente conviene establecer la diferencia entre “resultado que no haya podido ser previsto”, del “resultado no previsto”.

La principal diferencia es que un resultado no previsto, pudo o no pudo ser previsto; según las circunstancias del caso. En efecto, para configurar el delito no se requiere que el resultado (perjuicio a la Administración o a los particulares) haya sido previsto, sino que basta con haya podido ser previsto.

## **9) Penalidad**

Comparando la redacción actual con la original, la modificación introdujo un incremento en los guarismos punitivos. Se elevó el máximo de privación de libertad, de veinticuatro meses a tres años.

Con respecto a las penas accesorias se disminuyó el máximo de la inhabilitación especial, de seis a cuatro años; pero conservando el mínimo en dos años. Con respecto a la otra pena accesoria, la multa, la redacción original no la preveía; ahora la misma va de 10 a 3.000 UR.

## **Segunda Parte**

### **10) Análisis del Proyecto Modificativo presentado por el diputado Ronald Pais.<sup>17</sup>**

El proyecto presentado por el entonces diputado Ronald Pais establece:  
*“Artículo Único.- Sustituyese el artículo 162 del Código Penal, con la redacción*

---

<sup>17</sup> Proyecto de ley presentado por el entonces diputado Ronald Pais. Poder Legislativo en Internet:  
<http://www.parlamento.gub.uy/repartidos/AccesoRepartidos.asp?Url=/repartidos/camara/d2003091396-00.htm>



*dada por la Ley N° 17.060, de 23 de diciembre de 1998, el que quedará redactado de la siguiente forma:*

*ARTÍCULO 162. (Abuso de funciones en casos no previstos especialmente por la ley).*

*El funcionario público que con abuso de su cargo y con el fin de lograr para sí o para un tercero un provecho económico, cometiere u ordenare cualquier acto arbitrario en perjuicio de la Administración o de los particulares, que no se hallare especialmente previsto en las disposiciones del Código o de las leyes especiales, será castigado con tres meses de prisión a tres años de penitenciaría, inhabilitación especial de dos a cuatro años y multa de 10 a 3.000 UR (diez a tres mil unidades reajustables)”.*

Comparando la figura vigente con la propuesta por el entonces diputado se concluye que su intención era "cerrar el tipo penal abierto", circunscribiendo el reproche sólo a aquellas conductas que sean cometidas con la finalidad de lograr para sí o para un tercero un provecho económico. Se introduce entonces el dolo específico dentro del tipo penal. Si el funcionario público con abuso de su cargo comete u ordena un acto arbitrario en perjuicio de la Administración o de los particulares, no actuando con la finalidad de lograr para sí o para un tercero un provecho económico, estamos ante un caso de atipicidad, por faltar el dolo específico requerido en este proyecto.

Es decir, que aun causando un perjuicio a la Administración o a los particulares, si el mismo no fue causado con la finalidad de lograr un provecho económico para sí o para un tercero la conducta no puede ser reprimida penalmente.

Considero bastante acertado este proyecto, pues se pretende "cerrar" el tipo penal, limitando en consecuencia la acción punitiva del Estado sólo a aquellos casos en que exista dolo específico (finalidad de lograr un provecho económico, para sí o para un tercero).

Lo que todavía queda por verse (ver Conclusiones) es si precisamos de este delito, aun con esta redacción que mejora bastante a la actual; o si por el contrario debiese ser derogado, quedando su sanción en la órbita del derecho administrativo.

Si bien busca cerrarse el tipo se mantiene el carácter subsidiario de la figura (que no se hallare especialmente previsto en las disposiciones del Código o de las leyes especiales). De igual forma también se mantienen los conceptos equívocos de abuso y acto arbitrario. La valoración de ambos sólo queda determinada por el magistrado actuante en el caso concreto.

### **11) Comparación de la figura en cuestión con su similar en el Código Penal de 1889.**

Se ha dicho que el delito en cuestión es una creación basada en su similar del Código Rocco de Italia, sancionado en plena época mussoliniana. La figura en cuestión ya se encontraba en nuestro código de 1889, pero con una redacción diferente. La redacción actual fue tomada del Código Rocco, pero mantiene del C.P. de 1889 la expresión "ordenare"; cual no lo hace el C.P. italiano.

El C.P. de 1889 decía: "*Libro III. Título III. Delitos contra la Administración. Sección V. Del abuso de autoridad y de la violación de los deberes inherentes a los empleos u oficios públicos. Art. 180. El funcionario público que con abuso de su empleo o de su oficio, cometiere u ordenare contra los derechos de un tercero, cualquier acto arbitrario no previsto de una manera especial es las disposiciones de este Código, será castigado con pena de prisión de tres a seis meses; y si el culpable ha obrado por fines personales, la pena será agravada con doce a diez y ocho meses de suspensión*".

Como ya se mencionó la actual redacción mantiene las expresiones "ordenare" y "cometiere". También se requería actuar en una situación de abuso (empleo, oficio). Asimismo el acto debía ser arbitrario y no encontrarse previsto en el C.P. Estamos ante el caso de la norma subsidiaria y tipo penal abierto.

En cuanto a la pena, lo más significativo es que en caso de haber obrado por fines personales, la misma es agravada con suspensión de 10 a 18 meses. El haber obrado con fines personales encuadra en lo que la doctrina denomina el dolo específico, para diferenciarlo del dolo genérico. Se podría decir que el dolo específico es el "para que" de la conducta, mientras que el genérico es la voluntad puesta al servicio de la realización del tipo objetivo. El dolo específico si bien

integra el tipo, no es parte de la conducta; pues es un elemento psicológico, es la finalidad por la cual el agente realiza la conducta.

En nuestro Código actual tenemos un ejemplo de dolo específico en el delito de raptó, en cuanto se refiere a la realización de la conducta motivada para satisfacer una pasión carnal o contraer matrimonio. (Art. 266 C.P.)

El codificador de 1889 le asignó un "disvalor" a la realización del tipo objetivo, con la finalidad de obtener un fin personal. Ese fin personal es el dolo específico, el cual se pena con la agravante de 10 a 18 meses de suspensión.

El actual Art. 162 no contiene en su disposición una previsión especial sobre el dolo específico.

Por lo pronto, cualquiera sea el móvil del agente, con la actual redacción, la conducta quedará atrapada dentro del tipo objetivo.

## **12) El delito de abuso innominado de funciones en el Derecho Comparado**

A continuación se mencionan algunas figuras similares en el Derecho Comparado.

El C.P. ecuatoriano establece: *“Art. 254.- El empleado público que dictare reglamentos o disposiciones, excediéndose de sus atribuciones, será reprimido con multa de cincuenta a doscientos sucres.”*

La disposición transcrita tiene similitud con la figura objeto del presente trabajo, en cuando ambas son ejecutadas por un funcionario público, estando éste en una situación de abuso o exceso. Sin embargo la respuesta punitiva sólo queda circunscrita a los actos de dictar reglamentos o disposiciones.

El C.P. de Costa Rica establece: *“Art 331 Abuso de autoridad.- Será reprimido con prisión de tres meses a dos años, el funcionario público, que, abusando de su cargo, ordenare o cometiere cualquier acto arbitrario en perjuicio de los derechos de alguien.”*

La similitud con nuestra disposición está en que las conductas prohibidas son ordenar o cometer cualquier acto arbitrario en perjuicio de alguien. No se dice

ordenar ni cometer que conductas, sólo refiere a que el funcionario público debe actuar en abuso de su cargo. Se tutela al individuo y no a la Administración.

El C.P. de Guatemala establece: *“Art. 418- Abuso de autoridad. El funcionario o empleado público que, abusando de su cargo o de su función, ordenare o cometiere cualquier acto arbitrario o ilegal en perjuicio de la administración o de los particulares, que no se hallare especialmente previsto en las disposiciones de este Código, será sancionado con prisión de uno a tres años. Igual sanción se impondrá al funcionario o empleado público que usare de apremios ilegítimos o innecesarios.”*

Esta disposición tiene mucha similitud con la de nuestro código, reprimiendo tanto una conducta ilegal, como aquella que no está expresamente prohibida (“cualquier acto arbitrario”). Estamos al igual que el Art. 162 de nuestro C.P., ante un tipo penal abierto.

El C.P panameño establece: *“Artículo 351. El servidor público que, abusando de su cargo, ordene o cometa en perjuicio de alguna persona un hecho arbitrario no calificado específicamente en la ley penal será sancionado con prisión de uno a dos años o su equivalente en días-multa o arresto de fines de semana”.*

Esta disposición se asemeja bastante a la nuestra, con la salvedad que en este caso sólo se tutela al individuo y no a la Administración. También es un tipo abierto.

El C.P. venezolano establece: *“Artículo 203. Todo funcionario público que abusando de sus funciones, ordene o ejecute en daño de alguna persona cualquier acto arbitrario que no este especialmente previsto como delito o falta por una disposición de la ley, será castigado con prisión de quince días a un año y si obra por un interés privado, la pena se aumentará en una sexta parte. Con la misma pena se castigará al funcionario público que en ejercicio de sus funciones, excite a alguna persona a desobedecer las leyes o las medidas tomadas por la autoridad.”*

Esta disposición es similar a la nuestra, con la diferencia que el guarismo

punitivo se eleva un sexto si el funcionario actúa por interés propio. El tipo es abierto. Similar dolo específico exigía el delito de abuso innominado de funciones en nuestro C.P. de 1889.

El C.P. colombiano establece: *“Artículo 416. Abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto. El Servidor público que fuera de los casos especialmente previstos como conductas punibles, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas, cometa acto arbitrario e injusto, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público”*.

Esta disposición también es una norma subsidiaria (“fuera de los casos previstos como conductas punibles”). La principal diferencia con nuestra disposición, es en cuanto a la pena; en este caso la misma es la pérdida del empleo y multa, no se prevé la privación de libertad.

El C.P. cubano establece: *“Sección tercera- Abuso de Autoridad. Artículo 133. El funcionario público que, con el propósito de perjudicar a una persona o de obtener un beneficio ilícito, ejerza las funciones inherentes a su cargo de modo manifiestamente contrario a las leyes, o se exceda arbitrariamente de los límites legales de su competencia, incurre en sanción de privación de libertad de uno a tres años o multa de trescientas a mil cuotas, siempre que el hecho no constituya un delito de mayor entidad”*.

La disposición cubana contiene un tipo cerrado. Es bastante precisa la definición de la conducta prohibida. Incluso el nexo causal está bastante claro; la conducta tiene que estar motivada en el propósito de perjudicar a una persona u obtener un beneficio ilícito. Requiere dolo específico.

El Código Penal peruano establece: *“Artículo 376.- Abuso de autoridad. El funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena, en perjuicio de alguien, un acto arbitrario cualquiera, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años”*.

Esta disposición si bien es similar a la nuestra, es aun más imprecisa. Sólo menciona que el acto arbitrario debe ser en perjuicio de alguien. No se establece

que el acto no se encuentre tipificado en el C.P. o en otra ley. Los verbos nucleares son los mismos que en nuestra legislación (cometer u ordenar).

El C.P. de Portugal establece: *“Artigo 382º. Abuso de poder. O funcionário que, fora dos casos previstos nos artigos anteriores, abusar de poderes ou violar deveres inerentes às suas funções, com intenção de obter, para si ou para terceiro, benefício ilegítimo ou causar prejuízo a outra pessoa, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal”*.

Esta disposición, al igual que la nuestra, opera en forma subsidiaria, cuando la conducta no se encuentra atrapada en otras figuras (*“fora dos casos previstos nos artigos anteriores”*). A diferencia de nuestra norma, acá se exige la intención de obtener, para sí o para un tercero, un beneficio ilegítimo, o causar perjuicio a otra persona. Lo mencionado nos refleja que si bien el tipo sigue siendo abierto, la punición del reato está limitada por la intención del agente.

### **13) Conclusiones**

A lo largo del presente trabajo se analizó el delito previsto en el artículo 162 de nuestro Código Penal. El mismo –dadas las características propias que posee– hizo fuerte hincapié en el tipo penal abierto, y en la subsidiariedad de la figura.

Con respecto a lo primero, si bien ya fue analizado en lo sustancial, conviene reflexionar someramente sobre la inconveniencia de crear estos tipos penales. Al respecto mencionaba el entonces diputado Ronald Pais, refiriéndose a los tipos penales abiertos, en la exposición de motivos de su proyecto de ley, citando a su vez a Montesquieu: *“basta la indefinición del delito de lesa majestad, para que un gobierno degenera en tiranía”*.<sup>18</sup>

La proliferación de tipos penales abiertos atentan contra el principio de seguridad jurídica, generando en consecuencia incertidumbre tanto para el

---

<sup>18</sup> Ronald Pais, Proyecto de Ley, exposición de motivos, citando a su vez a jurisprudencia uruguaya, L.J.U., Tomo LXVI, pág. 250, N° 7891.

magistrado que debe aplicar la norma, como para el funcionario que ya no se siente seguro en cuanto a su proceder cotidiano, en el ejercicio de la función pública.

La seguridad jurídica se encuentra expresamente tutelada en nuestro ordenamiento jurídico por medio del Art. 7 de la Constitución, en cuanto establece: *“Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecen por razones de interés general.”*

La seguridad jurídica es un caso particular del concepto amplio de seguridad. En efecto, existe seguridad nacional, individual, social, jurídica, etc.

Con respecto a la seguridad jurídica puede decirse que la misma alude a la certeza, al orden, la firmeza y la confianza en el ordenamiento<sup>19</sup>.

Esgrimiendo argumentos en contra de los tipos penales abiertos y la inseguridad jurídica que su aplicación acarrea coincidimos con Muñoz Conde, en cuanto establece: *“Debe aceptarse el riesgo de que por una mala elaboración de la ley o por la enorme astucia de un delincuente, queden sin sanción acciones gravemente perturbadoras de la convivencia social. Pero este riesgo es, por otra parte, bastante pequeño; en todo caso, es el precio que hay que pagar por la seguridad jurídica, requisito indispensable en una comunidad organizada”*.<sup>20</sup>

La represión del abuso de funciones mediante un tipo penal abierto obstaculiza el buen desarrollo de la función pública en cuanto el funcionario, en su quehacer cotidiano debe considerar si su conducta quedará atrapada por el tipo penal en cuestión.

Con respecto a la subsidiariedad de la figura, esto es su aplicación en caso que la conducta cometida no quede atrapada en alguna otra prevista, opera como “delimitador” de las conductas reprimidas por la figura. En efecto, el delito se aplica siempre que la conducta no estuviera prevista en el C.P. o en otra ley penal.

Podemos catalogar a este delito como un “delito embudo”. Se podría

---

<sup>19</sup> Federico A. Castillo Blanco. “El principio de la seguridad jurídica: especial referencia a la certeza en la creación del Derecho”, en Documentación Administrativa (INAP, Madrid, 2002), N° 263-264, pág. 33. Citado a su vez por Delpiazco, Carlos. Anuario de Derecho Informático. Tomo VII. Pág. 26.

<sup>20</sup> Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, Derecho Penal, Parte General. 3ra edición. Valencia, 1998. Pág. 95.

imputar esta figura si no se reúnen elementos suficientes para imputar otra. Acá se ve claramente la subsidiariedad de la misma.

Cabe entonces preguntarnos si precisamos de estos tipos de delitos (tipos penales abiertos actuando en forma subsidiaria).

Ya se cuestionó la conveniencia de crear tipos penales abiertos. Ahora estimamos pertinente analizar el delito en cuestión y la posible lesión del principio de non bis in idem.

En efecto, realizada la conducta, el agente será pasible de una sanción penal; pena de prisión de tres meses a tres años de penitenciaría, inhabilitación especial de dos a cuatro años, y multa de 10 UR (diez unidades reajustables) a 3.000 UR (tres mil unidades reajustables). Todas ellas son sanciones de naturaleza penal. Concomitantemente con ellas, el agente será pasible de la correspondiente sanción administrativa, consecuencia de un sumario, según lo dispuesto por el Decreto 500 del 27 de setiembre de 1991.

Por lo pronto, realizada una única conducta, el agente será sometido a dos procesos de naturaleza diferente, uno de naturaleza penal, regulado por la legislación penal y procesal penal; el otro de naturaleza administrativa, regulado por el derecho administrativo.

Podría objetarse, atendiendo a la independencia de las vías (penal y administrativa), que son procesos de naturaleza diferentes, regulados por diferentes ramas del Derecho, cada una con sus propios principios; pero la cuestión se complica cuando la sanción penal y la extrapenal no sólo coinciden en el mismo hecho, sino que cumplen funciones muy parecidas.<sup>21</sup> Podríamos considerar innecesario o inconveniente este “doble proceso” para una misma finalidad, ello atendiendo a lo que a continuación se analizará.

La sanción penal debe operar cuando las demás ramas del Derecho se vuelven inoperantes para tutelar el bien en cuestión. Esto es el derecho penal que actúa en subsidio a las soluciones aportadas por otras ramas del Derecho. Cito a continuación al Dr. Adriasola<sup>22</sup>, quien lo expone con meridiana claridad. Decía así: *“El postular que el sistema penal actúe a modo de último ratio, de manera*

---

<sup>21</sup> Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán. Ob cit. Pág. 82.

<sup>22</sup> Adriasola, Gabriel. El delito tributario, la cooperación penal internacional y la extradición.



*subsidiaria a otras soluciones del conflicto y cuando éstas ya no pueden abordarlo, no es más que una consecuencia lógica del carácter fragmentario que presenta esta rama del derecho. En efecto, el derecho penal, como ya lo resaltara Binding, está lejos de ser un sistema exhaustivo de protección a los bienes jurídicos y sí es precisamente un sistema discontinuo de tutela a esos mismos bienes. Esa discontinuidad de tutela es lo mismo que señalar que el derecho penal opera sólo en caso de lesiones o riesgos relevantes a los bienes jurídicos, y a la vez opera como remedio último, esto es cuando las demás ramas del derecho se revelan incapaces de brindar la debida tutela a bienes jurídicos de relevancia para la propia existencia del hombre y de la sociedad”.*

Como sostiene el citado autor en criterio que se comparte: *“hay que aclarar que postular la exclusión del sistema penal de la llamada criminalidad de bagatela es uno, y sólo uno, de los mecanismos propuestos para llegar a la meta de una contracción de dicho sistema, lo que no implica confundir el objetivo con el mecanismo”.*<sup>23</sup>

Podemos decir entonces sin temor a equívoco que la represión penal no debe utilizarse cuando puedan operar otras ramas del derecho para tutelar los bienes jurídicos y obtener los mismos resultados.

Con respecto al delito en cuestión podría decirse que muchas de las conductas atrapadas por el tipo penal abierto, deberían quedar en la órbita de la sanción administrativa, y no ser penalmente sancionadas. Y ello por lo siguiente: muchas de las conductas pueden ser catalogadas como lo que la doctrina llama delincuencia enana. En ella se encuentran conductas poco lesivas a los bienes jurídicos.

Va de suyo, que tratándose de la delincuencia enana, y en caso de duda sobre el merecimiento de una pena sobre una conducta, debe elegirse la vía de la impunidad (penal) o la despenalización.<sup>24</sup> Es lo que la doctrina denomina principio de *in dubio pro libertate*.

Siguiendo en la tesitura de un derecho penal minimalista o subsidiario, podemos decir junto con Muñoz Conde que los bienes jurídicos no sólo deben ser

---

<sup>23</sup> Adriasola, Gabriel. Ob cit.

<sup>24</sup> Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán. Ob cit. Pág. 89.

protegidos por el derecho penal, sino ante el derecho penal.<sup>25</sup>

Por otra parte, la proliferación de tipos penales abiertos conspiran contra el derecho penal de mínima intervención, y promueven la criminalización de la delincuencia de bagatela. Asimismo, estos tipos penales también fomentan la doble imposición de sanciones; por un lado la penal, y por el otro, la administrativa.

Podemos decir que la Administración Pública es digna de tutela por parte de Estado, en cuanto ella es indispensable para la realización de los fines de éste. Esta tutela puede ejercerse por varios mecanismos, incluido el derecho penal. Pero éste sólo debe actuar en subsidio de las otras ramas del derecho.

Con respecto a los tipos penales abiertos, deberían adaptar su redacción de forma tal de “cerrar el tipo”, trayendo como consecuencia la certidumbre, tanto para el agente, como para el operador de la justicia. En el mismo sentido, “cerrar el tipo” nos acercaría un paso más a un derecho penal de mínima intervención o subsidiario.

---

<sup>25</sup> Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán. Ob cit. Pág. 88.