

DECRETERO DE SENTENCIAS

//tencia No. 61

MINISTRO REDACTOR:

DOCTOR HIPÓLITO RODRÍGUEZ CAORSI

Montevideo, primero de abril de dos mil cinco.

VISTOS:

Para sentencia estos autos caratulados: "P. B., M.; G. F., C.; F. O., M.; T. G., E. - ABUSO INNOMINADO DE FUNCIONES - EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD ART. 162 CÓDIGO PENAL", Ficha N° 1-567/03.

RESULTANDO:

I) En los autos que se le siguen a M. P. B., C. G. F., M. F. O. y E. T. G. por abuso innominado de funciones, Fa. S No. 208/99, sustanciados ante el Juzgado Letrado de Primera Instancia de la Ciudad de la Costa de 3er. Turno, el defensor del encausado M. F. O., al evacuar el traslado de la acusación (fs. 248) interpuso excepción de inconstitucionalidad contra el art. 162 del Código Penal, por considerar que colide con lo dispuesto por los arts. 10 y 72 de la Carta y en síntesis expresó: Que el art. 162 del Código Penal es una norma de carácter residual, sin contenido preciso, que no sanciona una conducta concreta, definida con precisión, sino que opera "por descarte"; su función sería una

especie de red que aprisiona todo obrar arbitrario u ordenado con abuso de las atribuciones del cargo.

Entiende que se vulneraría lo dispuesto por el art. 10 de la Constitución que en su segundo inciso dispone: "Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe".

Señala que el principio general que allí se consagra es también principio rector del Derecho Penal y se encuentra expresado en el art. 1 del C.P. que establece: "Es delito toda acción u omisión expresamente prevista por la ley penal".

Agrega que la norma impugnada también vulneraría lo dispuesto por el art. 72 de la Carta ya que por su imprecisión resulta inadecuada al sistema democrático republicano de gobierno.

II) A fs. 258 por providencia 1591/03 la Corporación dio ingreso a la pretensión de inconstitucionalidad promovida y confirió traslado de la misma.

El co-imputado M. P. [REDACTED] presentó escrito (fs. 265/266) evacuando el traslado que le fuera conferido y adhiriendo a la excepción de inconstitucionalidad promovida.

Por su parte el Sr. Fiscal de Corte a fs. 287 y ss. en oportunidad de evacuar la

DECRETERO DE SENTENCIAS

vista de precepto, consideró que corresponde desestimar la pretensión de inconstitucionalidad en examen.

CONSIDERANDO:

I) La Suprema Corte de Justicia por decisión unánime de sus integrantes naturales desestimaré el excepcionamiento de inconstitucionalidad introducido.

II) Del análisis de la norma impugnada, así como de las disposiciones constitucionales con las que se plantea su colisión, no resultan elementos que permitan desvirtuar la presunción de regularidad de que gozan las leyes de entenderlas ajustadas a la normativa constitucional, siendo de excepción su ilegitimidad, por cuanto sólo procede apartarse de tal solución en caso de demostrar, de modo acabado y claro que existe una real e inequívoca inconciliabilidad entre el texto impugnado y las normas o principios constitucionales invocados, lo que no ha acontecido en el subexamine (Cfme. Sent. 21/95 y 211/98).

El art. 162 del Código Penal 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, 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 penitenciaria, inhabilitación especial de dos a cuatro años y multa de diez a tres mil U.R."

La argumentación del excepcionante se basa en sostener que la referida norma no es clara al ser vagamente incriminatoria de conductas que no se especifican con la suficiente nitidez, por lo que entiende que vulnera los arts. 10 y 72 de la Constitución en tanto según el principio de culpabilidad nadie puede ser castigado por aquello que no conoce y el de legalidad según el cual las limitaciones de los derechos deben nacer de la ley e indicar qué hechos específicos deben ser castigados.

Dicha fundamentación no resulta recepcionable. Es cierto que en el tipo penal previsto en el art. 162 del C.P. el abuso innominado es genérico, en tanto la ley emplea una fórmula suficientemente amplia como para contener todas las formas que pueda asumir el abuso de poder (V. Bayardo, "Derecho Penal Uruguayo", Tomo IV, Vol. I, pág. 213; Cairoli, "Curso de Derecho Penal Uruguayo", Tomo IV, pág. 221) (Cf. S. No. 517/000), lo cual no implica que la disposición invocada vulnere el art. 10 de la Carta que establece: "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

DECRETERO DE SENTENCIAS

MA CORTE
USTICIA

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

Como se expresara en sentencia No. 552/00: "El bien jurídico tutelado por el art. 162 C.P. es el normal funcionamiento de la Administración, que se ve amenazado cuando sus funcionarios no actúan moderadamente en el ejercicio de sus funciones causando un perjuicio a la misma Administración o a los particulares (Cairolí, "Curso de Derecho Penal Uruguayo", T. IV, 1995, pág. 222).

Como correctamente indica la recurrente (fs. 175), el ilícito se refiere a abusos genéricos, sin fin específico o nominado, por lo que -a diferencia de las conductas descriptas en otros tipos legales- la criminalidad se centra en el abuso... La fórmula empleada por el legislador es amplia, quedando comprendidas en ella las múltiples conductas que no se adecuen a previsiones legales especiales que reprimen el abuso, siempre que concurren otros requisitos de quebrantamiento del deber funcional legalmente exigidos (Cf. Cairolí, *idem.*, pág. 221).

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

comprendiendo todas las posibilidades de conductas ilegítimas, que -según indicara la casación italiana- pueden ser: la usurpación de un poder no conferido por la ley, el exceso en los límites de la propia competencia, el abuso del propio poder, el obrar fuera de los casos establecidos por la ley y la inobservancia de las formalidades legales prescriptas (Maggiore, Tratado, Vol. III, Bogotá, 1955, pág. 209 y especialmente nota 114).

El acto arbitrario es un acto antijurídico, viciado de haberse verificado mediante abuso de los poderes del cargo. Es esencial en la figura la nota de arbitrariedad, entendida como un "proceder o dictaminar por capricho o contra las leyes de la razón, y para calificar un acto de arbitrario, la nota de arbitrario con que la ley acota el acto en el art. 162 del C.P., es de carácter necesariamente subjetivo" (Viana Reyes, "El abuso de autoridad genérico", en "Revista del Instituto de Derecho penal", año II, No. 3, pág. 88).

La referencia subjetiva del tipo -"en perjuicio de la Administración o de los particulares"- puede ser material o moral, no requiriéndose que se concrete para que el delito se ocasione. Se trata, pues, de un delito de peligro, debiendo la acción del agente ser hábil para producir un



DECRETERO DE SENTENCIAS

LA CORTE
JUSTICIA

daño (Cairolí, *ibid.*, pág. 223, Maggiore, *id.*, págs. 211-212)".

Se considera que no asiste razón al impugnante por cuanto la disposición cuestionada no vulnera en forma alguna las disposiciones constitucionales mencionadas y en tanto como lo plantea el Sr. Fiscal de Corte a fs. 227 vto. tal como lo exige el art. 1 del C.P. contiene el precepto o norma y la sanción, la descripción de la conducta típica, así como el efecto jurídico que se deriva de su realización, no pudiendo imputársele en modo alguno desajuste con la normativa constitucional invocada.

En lo que refiere al art. 10 de la Carta, el mismo consagra el principio de legalidad que constituye la expresión de uno de los más importantes fines de garantía individual asumidos por el Derecho Penal moderno, tan pronto como la legalidad se convierte en un dato preexistente, la misma pasa a ser teóricamente una barrera infranqueable, un instrumento protector del delincuente, una garantía de la libertad individual frente a las intervenciones del Estado (v. Sent. S.C.J. 426/03).

La segunda parte del art. 10 de la Constitución Nacional permite sostener que la ley es la única fuente de Derecho, desde que sólo ésta puede prohibir o imponer conductas (Cf. Jiménez de

Aréchaga "La Constitución Nacional", ed. Cámara de Senadores, T. I, pág. 239).

Si se analiza la disposición cuestionada, la misma cumple con los requisitos de haber sido previamente establecida por ley, definiendo el tipo de delito alcanzado, resultando la aplicación de la pena la consecuencia de una manifestación externa de la conducta del agente, en función de lo cual no puede imputársele no haber cumplido con el principio de legalidad tutelado constitucionalmente, y consagrado por los arts. 1 y 85 del Código Penal (v. Sent. S.C.J. 426/03).

Como acertadamente sostiene el Fiscal de Corte a fs. 288, el art. 162 del C.P. es una ley en sentido genérico (disposición emanada de la autoridad del Estado, Poder Legislativo, que conforme a la Constitución ejerce esa función) y en sentido específico (ley penal que prevé un acto como delito y lo sanciona con una pena).

En cuanto a la alegada vulneración del principio democrático consagrado en el art. 72 de la Constitución, tampoco asiste razón al excepcionante, como se explicó, el principio de legalidad es una de las garantías esenciales que se derivan de la forma republicana de gobierno, por lo que al haberse actuado, como quedó demostrado, en

DECRETERO DE SENTENCIAS

MA CORTE
USTICIA

consonancia con lo edictado por el art. 10 de la Constitución, de acuerdo a lo que establece la ley (art. 162 del C.P.) se cumplió y no se vulneró, como sostiene el impugnante, con lo ordenado por el art. 72 de la Carta.

Cabe concluir por tanto, que no se ha logrado desvirtuar la presunción de regularidad constitucional que existe respecto de la ley, lo que lleva, en consecuencia a postular la solución desestimatoria del excepcionamiento promovido.

III) Que por lo expuesto corresponde desestimar la recurrencia introducida por la parte accionante.

IV) Por estos fundamentos y lo dispuesto por los arts. 508 y ss. del C.G.P., la Suprema Corte de Justicia,

FALLA:

DESESTÍMASE EL EXCEPCIONAMIENTO DE INCONSTITUCIONALIDAD DEDUCIDO, CON COSTAS.

OPORTUNAMENTE DEVUÉLVASE.



DR. ROBERTO J. PARGA LISTA
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA



DR. DANIEL GUTIÉRREZ PROTO
PRESIDENTE DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA



DR. LESLIE A. VAN ROMPAEY
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA



DR. HIPÓLITO RODRÍGUEZ CAORSI
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA



DR. PABLO TROISE ROSSI
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA



DRA. MARTHA B. CHAO DE INCHAUSTI
SECRETARIA LETRADA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA