

IUE 222-138/2010

Sentencia definitiva N°

Colonia, 18 de marzo de 2016.-

VISTO:

Para sentencia definitiva de primera instancia, esta causa seguida a **W. Z. G**, por la autoría de **un (1) delito continuado de abuso de funciones en casos no previstos por la ley**, y contra **J. M. A. E**, por la autoría de **un (1) delito continuado de abuso de funciones y un delito continuado de falsificación ideológica por funcionario público**, de ficha IUE 222-138/2010, iniciados el 26 de mayo de 2010, con la intervención de la Sra. Fiscal Letrado Departamental, Dra. Darviña Viera y la participación de las distinguidas Defensas de particular confianza a cargo de los Dres. Gustavo Bordes Leone y Gastón Chaves Hontou (W. Z.) y los Dres. Amadeo Otatti Folle y Mario Spangenberg Bolívar (J. A.).

RESULTANDO:

1) Actuaciones incorporadas a la causa.

1.1) La Sra. Fiscal solicitó el enjuiciamiento de W. Z y J. M. A por los delitos referidos (fs. 510 a 517 vto.).

1.2) Las Defensas de J. A. y W. Z., opusieron la excepción de inconstitucionalidad respecto al art. 162 del Código Penal. Por auto N° 1833, de fecha 30 de julio de 2013, se dispuso que los autos fueran elevados ante la Suprema Corte de Justicia, la cual en Sentencia N° 15, de fecha 19 de febrero de 2014, desestimó excepción de inconstitucionalidad promovida.

1.3) **W. Z. G. y J. M. A.**, fueron enjuiciados con prisión, el día 28 de marzo de 2014, bajo la imputación de ser autores de un (1) delito continuado de abuso de funciones en casos no previstos especialmente por la ley y para el segundo de ellos además por un delito continuado de falsificación ideológica por funcionario público (Sentencia Interlocutoria N° 370, dictada de fs. 695 a 715). Enjuiciamiento contra el cual fueron interpuestos por ambas Defensas, los recursos de reposición, apelación en subsidio y nulidad, por lo que los autos fueron elevados ante el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 3er Turno, el cual en Sentencia Interlocutoria de Segunda Instancia N° 325, de fecha 1 de agosto de 2014, confirmó la Resolución N° 370, de 28 de Marzo de 2014 salvo en cuanto se revocó el procesamiento de J. M. A. E. por los delitos continuados de Abuso de funciones en casos no previstos por la Ley y Falsificación ideológica

por funcionario público; imputándosele la autoría de un delito continuado de Certificación falsa por un funcionario público.

1.4) De las Planillas de Antecedentes Judiciales del Instituto Técnico Forense, agregadas surge que los encausados no poseen antecedentes penales.

1.5) Conferido traslado al Ministerio Público conforme a lo edictado por el art. 233 del citado cuerpo de normas, su representante dedujo acusación por entender que el enjuiciado **W. Z. G.**, debe responder como autor penalmente responsable de un delito continuado de abuso de funciones en los casos no previstos en la ley, solicitando una pena de 20 meses de prisión y la inhabilitación de dos años y multa de 400 UR, con descuento de la preventiva sufrida y siendo de su cargo las accesorias legales.

Asimismo, dedujo acusación contra el enjuiciado **J. M. A.**, solicitando que debe responder como autor penalmente responsable de un delito continuado de abuso de funciones en los casos no previstos en la ley y un delito continuado de certificación falsa por un funcionario público en concurrencia fuera de la reiteración, solicitando una pena de 24 meses de prisión y la inhabilitación de dos años y multa de

500 UR, con descuento de la preventiva sufrida y siendo de su cargo las accesorias legales

1.6) Conferido traslado de la requisitoria a las Defensas:

La Defensa de W. Z. evacuó el traslado ésta solicitó la apertura de la causa a prueba y en definitiva se dictara sentencia absolutoria de su defendido o en subsidio se le confiriera la suspensión condicional de la pena.

En tanto la Defensa del coencausado J. M. A., opuso la excepción de prescripción del delito imputado y en su merito se clausure el proceso.

1.7) Habiendo alegado las partes de bien probado y conferido traslado a la Fiscalía, de la prescripción opuesta, se citó a las partes para sentencia, subiendo los autos al despacho para el dictado de la misma el día 24 de noviembre de 2015.

2) Prescripción opuesta por la Defensa del coencausado J. M. A.

2.1.- De la prescripción el general.

Como cuestión previa y por corresponder a Derecho, se ingresará al estudio de la prescripción opuesta de la acción penal respecto al delito imputado al coencausado J. M. A.

La prescripción desde una óptica general es la institución jurídica mediante la cual, por el transcurso del tiempo, una persona adquiere

derechos o se libera de las obligaciones. Y desde la óptica penal, es una causa de extinción de la responsabilidad criminal, fundada en el transcurso o acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos o en la renuncia del Estado al *iuspunendi*, bajo el supuesto de que el tiempo transcurrido borra los efectos del delito. Esto es, una norma fundamental que inspirada en el principio *pro hómine*, la ley penal material otorga a la acción penal una función preventiva y resocializadora, en la cual el Estado autolimita su potestad punitiva, basado en que por el devenir del tiempo, se elimina toda incertidumbre jurídica y se abandona el castigo de quién lleva tiempo viviendo conforme a lo que las leyes exigen, lo que se consagra con el principio de seguridad jurídica.

2.2.- Nuestro ordenamiento jurídico y su interpretación pacífica.

El art. 119 del Código Penal, establece bajo el nomen iuris "***Punto de partida para la computación de los delitos***", que el término "**empieza a correr... para los delitos cuya existencia o modalidad requiere diversos actos o diversas acciones -delitos colectivos y continuados- desde el día en que se ejecuta el último hecho o se realiza la última acción.**"

Asimismo, el art. 120 eiusdem, dispone que "**El término de la acción penal se interrumpe por la**

orden judicial de arresto, empezando a correr de nuevo, desde que el proceso se paraliza. En los delitos en que no procede el arresto, el término se interrumpe por la simple interposición de la denuncia.”

Esta ultima norma citada, es parte de la *quidita* del caso de autos, pues el legislador hace la distinción entre delitos que son perseguibles de oficio (orden de arresto dispuesta por el juez competente) y delitos en los que debe instar la parte (presentación de la denuncia), extremos pacíficamente admitidos por la jurisprudencia nacional.

En autos los tipos penales que se encuentran en estudio son todos perseguibles de oficio, pues no existe un sub caso especial donde se requiera la instancia de persona ofendida penalmente (art. 18 del Código del Proceso Penal). A claras luces está que es el propio Gobierno Municipal que procedió a denunciar los hechos que involucraban funcionalmente a las autoridades de ese momento.

Ergo, la interrupción de la prescripción para los delitos que se investigan en autos, es por actos de procedimiento esto es por la orden de arresto o por el dictado del auto de procesamiento (art. 233 de la Constitución de la República y

arts. 125, 127 y 128 del Código del Proceso Penal) o por la comisión de un nuevo delito.

Saluto señalaba que, existían tres doctrinas sobre la interrupción de la prescripción, la primera es la que hace interrumpir la prescripción por cualquier acto de procedimiento, segunda, la que sostiene que sólo se interrumpe por la sentencia de condena, y tercera la que sostiene que no se interrumpe jamás, doctrina seguida en la antigüedad.

En el mismo sentido, es que el Dr. Irureta Goyena, en los comentarios al art. 120 del Código Penal ya enseñaba que para que operara la interrupción de la prescripción no era suficiente cualquier acto de instrucción sino que lo era con la orden judicial de arresto o con la interposición de la denuncia.

En otro orden, el art. 117 del Código Penal establece los términos para que prescriban las faltas y los delitos, que según lo requerido en autos para el delito de abuso de funciones cuya pena es de un mínimo de tres meses y un máximo de tres años de penitenciaría, prescribe a los diez años. En tanto el delito de certificación falsa por funcionario público, tiene una pena máxima de 24 meses de prisión por lo que encuadraría en un término de prescripción de cuatro años (art. 117, 162 y 241 del Código Penal).

2.3.-Hechos de autos, exclusivamente en lo que refiere al desarrollo de la prescripción.

Por razones basadas en principios fundamentales y procesales, es de orden establecer el objeto del proceso.

Así las cosas, el auto de procesamiento quedó firme por sentencia interlocutoria de segunda instancia la cual revocó la resolución inicial, donde el delito imputado al coencausado A. quedó circunscripto en la certificación falsa por funcionario público.

Luego de transitar por el sumario y el plenario, la Sra. Fiscal en su requisitoria solicitó contra J. M. A. sea condenado por un delito continuado de abuso de funciones en casos no previstos en la ley y un delito continuado de certificación falsa por funcionario público (arts. 162 y 241 del Código Penal).

Ahora bien, sin perjuicio que es jurídicamente válido requerir un delito diverso al solicitado inicialmente en la petición de enjuiciamiento, pues el auto de procesamiento no causa estado y porque resta instruir etapas extremadamente activas en materia de prueba, tal como aconteció en autos, no es menos cierto que entre el enjuiciamiento y la acusación la plataforma fáctica y su prueba ha permanecido inmutable. De la lectura de la acusación, la contestación de la

misma y sus alegatos, se desprende que versan respecto a los mismos hechos.

Ergo, manteniéndose inmodificable los hechos que se pretenden imputar y no existiendo prueba que pueda ampliar los mismos a encuadrar en otros tipos penales y a esta altura de la presente sentencia, ya se puede dilucidar que el delito que eventualmente se le puede atribuir a J. M. A., es el de certificación falsa por funcionario público y no otro.

En la misma línea de pensamiento, el acto de instrucción válido para interrumpir la prescripción de la acción penal fue el auto de procesamiento dictado el día 28 de marzo de 2014, esto retrotrayéndose cuatro años atrás conduce a tan solo dos meses antes de presentar la denuncia que dio el inicio a los presentes obrados.

Sin perjuicio, que oportunamente se analizaran en la forma correspondiente los hechos y su prueba, sigue siendo la última fecha cierta en que se configuró el delito continuado en el año 2008 (9/4/2008, fs. 1014), y de la prueba obrante en los presentes no existe ningún hecho o acto que pueda ingresar en la continuidad delictual que nos traslade hasta mayo del año 2010.

Por lo tanto, casi silogísticamente no puede concluirse más que ha operado la prescripción para

el delito de certificación falsa por funcionario público, imputado a J. M. A..

3) Hechos aceptados y su prueba.

3.1) Este tribunal reputa plena y legalmente probado que:

1- Con fecha 26 de mayo de 2010, O. L. en representación de la Intendencia Municipal de Colonia, denunció a W. Z. en su calidad de Intendente y J. M. A. en su calidad de Director de Hacienda y Administración, presentando ampliaciones a la denuncia el 28 de junio y el 9 de setiembre del mismo año.

Los hechos denunciados refieren al re empadronamiento de vehículos, en el marco de la denominada guerra de patentes, así como sobresueldos que se abonaron a funcionarios municipales que gestionaban el proyecto Ur-bal (Unión Europea).

La génesis de los hechos denunciados se plantea por la situación denunciada por el Ing. N. G., quien compró un vehículo marca Peugeot, matrícula del Departamento de Montevideo SAS 5803, el día 11 de enero de 2008, el cual fue re-empadronado el día 21 de enero del mismo año en la Intendencia Municipal de Colonia, al cual le asignaron la matrícula LAA 6447.

El Ing. G. se presentó ante la Intendencia de Colonia, el día 7 de noviembre de 2009, planteando

que el anterior propietario del vehículo (D. A.), le había manifestado que le seguían llegando facturas de la Intendencia de Montevideo, por no haberle dado de baja a la matrícula del vehículo en Montevideo, lo cual debía suceder por la comunicación de la Intendencia de Colonia, atento al re-empadronamiento realizado. Generando doble facturación, con los problemas naturales que esto podría conducir.

De la Intendencia de Montevideo, le solicitaron a G. que la Intendencia de Colonia, debía expedir un documento donde declararan que el re-empadronamiento se realizó luego del 17 de enero de 2008.

Atento a ello, le fue expedido por la Intendencia de Colonia, un documento fechado el día 23 de diciembre de 2009, dirigido al Intendente de Montevideo, donde se comunicaba el re-empadronamiento del vehículo Peugeot, había sido realizado el día 31 de diciembre de 2007 (documento suscrito por el Intendente Dr. Z.), (fs. 77 Anexo II).

Surge asimismo, una impresión de pantalla correspondiente al sistema de la Intendencia de Colonia (fs. 89, Anexo II), donde surge que la fecha de reempadronamiento con la que fue ingresado, corresponde al 31 de diciembre de 2007, lo cual claramente es falso. Siendo que en la

libreta de circulación del vehículo (N° 56759) luce la misma fecha (31/12/2007).

De la Intendencia de Montevideo, se comunicó que no se podía dar de baja el vehículo, por la discordancia de fechas (fs. 94, Anexo II).

A fojas 72 del Anexo II (prueba documental), luce el oficio N° 342/D.R./007, donde con fecha 31 de diciembre de 2007, se expresa *"Por orden telefónica emanada en el día de la fecha por el Sr. Director del Departamento de Hacienda y Administración, Cr. J. M. A., se establece a partir del 02/01/2008 la operativa en empadronamientos y reempadronamientos que será la siguiente:*

...

2) *Hasta el 11 de enero de 2008 los reempadronamientos procedentes de otros departamentos se ingresarán al sistema con fecha de empadronamiento 31/12/2007..."*

De las declaraciones del Cr. A., preguntado por quién era su jerarca mientras ocupó el cargo de Director de Hacienda, respondió que "el Intendente". Asimismo, declaró respecto a los hechos denunciados *"los reempadronamientos hubo veinte días de enero en los cuales se les dio fecha valor 31 de diciembre de 2007... eso fue porque la demanda al ser la quinta parte del valor por ejemplo en Montevideo, fue muy inusual,*

cuadras de colas de contribuyentes que venían a reempadronar, por lo que las Oficinas Municipales colapsaron en la atención al público, y hubo que dar plazo extra...".

Respecto al reempadronamiento del Ing. G., manifestó y otros casos, declaró que el sistema de bajas recién fue instalado el 26 abril de 2008 y hasta esa fecha no se controlaban los requisitos para reempadronar, donde no era necesario siquiera acreditar el domicilio, bastaba solo con la declaración del contribuyente, y que hasta ese entonces podía pasar que hubiese doble imposición.

Del informe del la Intendencia de Colonia N° 403/010, en su capítulo III) se indica:

"Mantenimiento de fecha valor 31/12/2007 para empadronamientos realizados con posterioridad.

En la 49ª Sesión Ordinaria del Congreso de Intendentes del día 06 de diciembre de 2007, se resolvió que a partir del año 2008 se unificaría el pago de patente de vehículos, otorgándosele al departamento de Colonia, 90 días de plazo para incorporarse a dicho régimen.

...

A raíz de esa situación, se genera sobre fines de 2007 una sobredemanda difícil de absorber por parte de las oficinas de la Intendencia."

Señalando lo establecido y comunicado por oficio 342/D.R./007, ya referenciado.

Continúa el informe: "Como consecuencia de esta orden, tenemos que habiéndose efectivamente empadronado o reempadronado ..., ...

Debemos indicar que a través de esta práctica se estarían alterando hechos reales que podrían dar lugar a que la Intendencia se viera expuesta a reclamaciones y sus funcionarios a responsabilidades en otros ámbitos..."

La sub directora de la Dirección de Hacienda, G. B., declaró que "sucedió que por esa época había una gran aglomeración de público, a fines de 2007, venía mucha gente a reempadronar. El 31/12 vimos que no íbamos a dar abasto. Estábamos en comunicación con el Cr. A., nos dijo que siguiéramos empadronando en enero esa gente, que no teníamos un detalle, pero era mucha gente. A la gente se le comunicó que vinieran en enero porque el horario era reducido y no podíamos satisfacer a todos... Así que no sé hasta que fecha se siguió reempadronando en enero con fecha 31 de diciembre".

Lo que fue ratificado por los demás funcionarios que declararon como testigos en autos.

El intendente W. Z., declaró respecto al reempadronamiento a principios del año 2008, que "había una solicitud de Hacienda de que había más de mil vehículos haciendo cola para empadronar, y

había vencido el tiempo, y Hacienda planteó de prorrogar el período como hacen BPS o DGI...

el Director de Hacienda tiene la facultad de hacerlo, me consultó como intendente para prorrogar la fecha, la resolución se hizo en Hacienda...

...

... puede haber pasado en algún reempadronamiento, que no le hayan dado la baja, se haya reempadronado igual y hasta que no le den la baja esté generando deuda en los dos lados, las dos intendencias..."

M. del C. E. (asesora legal de la Intendencia de Colonia), declaró "el 31 de diciembre de 2007 no se pudieron haber empadronado vehículos, como mil vehículos, la libreta de circulación decía empadronado en esa fecha, pero no era posible, dado el trabajo acotado que se hubieran empadronado tantos, las libretas decían empadronados el 31-12-2007, y emitida no recuerdo si en otra fecha.

También se inició expediente respecto de la petición administrativa realizada por Omar Nogueira, quién por la fecha que lucía en la libreta de circulación (31-12-2007), no podía concretar la venta de su vehículo que lo había reempadronado realmente el 22 de enero de 2008.

Asimismo, el informe de la Junta de Transparencia y Ética Pública, surge que "... un número importantísimo de vehículos, no inferior a mil, se re-empadronaron a fines de 2007 y comienzos del año 2008; muchos de ellos -habiendo concurrido en enero a realizar el trámite- fueron registrados como si éste hubiese sido hecho el 31/2/2007.

En las actuaciones constan denuncias de dos contribuyentes...

...

Claro que en el caso del Cr. A., por su jerarquía y facultades delegadas por el Intendente en la resolución que dispone el procedimiento, debió extremar los procedimientos de control sobre un sistema que, sin ellos, pudo perfectamente derivar en abusos como los que ocurrieron.

...

Son aplicables en la especie las normas constitucionales ut supra mencionadas (arts. 58, 59 y 311 inc. 2°), principios contenidos en la Ley 17.060 y Decreto 30/003, así como las normas del art. 119 y concordantes del TOCAF..."

Ergo, fueron falseadas las libretas de circulación de los vehículos reempadronados en la Intendencia de Colonia, en los primeros meses del año 2008, a las cuales se les ponía como fecha el día 31 de diciembre de 2007, esto es falsificación

ideológica. Los certificados, fueron falsificados expresamente, tanto que existe resolución y comunicaciones al respecto, y es indiscutible que la conducta estuvo dirigida a dañar la fe pública.

Asimismo, de las declaraciones de ambos encausados, es claro que el Intendente (autoridad máxima), estaba en pleno conocimiento y autorizó el plan de reempadronamientos abreviados, falsificando la fecha de tramitación, la cual se consignaba en la libreta de circulación de los vehículos afectados, que fueron cientos, atento a la diferencia 1/5 por debajo, respecto de otras intendencias, configurando actos arbitrarios, en perjuicio de la Administración.

3.2) La prueba de los hechos reseñados es plena y se integra con:

Documental, Anexo I (formado con 29 fojas), Anexo II (formado con 438 fojas), anexo III (formado con 140 fojas), Anexo IV (formado con 11 fojas), testimonio de la investigación y sumario administrativo llevado por la IMC contra el conecausado A., en pieza separada, caratulado "prueba correspondiente al 222-138/2010 (formado con 259 fojas). Poder para pleitos (fs. 1), informe de parte elaborado por el Dr. Langon (fs. 2 a 11), artículos periodísticos (fs. 46, 105 y 106), documentación de la IMC en testimonio, copias, informes y oficios (fs. 12 a 18, 47 a 64,

93 a 104, 176 a 344, 396 a 477, 518 a 538, 894 a 972 y 994 a 1015 vto.), revocación de poder para pleitos (fs. 345 y 346), informe de la Junta de Transparencia y Ética Pública (fs. 360 a 388), copia simple de documentos agregados por el testigo Griot (fs. 484 y 485), oficio remitido del Tribunal de Cuentas a la Suprema Corte de Justicia, donde se concluye respecto a los proyectos de Cooperación Internacional suscriptos por la IMC (fs. 812 a 823), informe de parte practicado por el Estudio Roque Molla y Carlos Groisman (fs. 826 a 847), Planillas de antecedentes judiciales (fs. 798 y 802);

Testimonial, denunciantes y declaraciones encausados.

Declaración de O. A. L. B (fs. 34 a 36), W. A. M. I. (fs. 113 a 122), V. J. W (fs. 123 a 128), G. E. B. A (fs. 129 a 132), M. T. B. B. (fs. 133 a 135), R. R. P. S (fs. 136 a 138), G. G. P. P. (fs. 141 y 142), M. A. G. O (fs. 143 a 152), M. del C. E. O. (fs. 172 a 175), N. A. G. R. (fs. 486 y 487), O. F. N. C. (fs. 488 y 489), E. J. R. M. (fs. 490 a 493), G. D. L. Y (fs. 851 a 855), G. G. P. A. (fs. 856 a 859), M. G. (fs. 886 a 893), del coencausado J. M. A. (fs. 33, 37 a 40, 689 a 692), del coencausado W. Z. (fs. 139, 153 a 164, 668 a 673); y demás resultancias y actuaciones administrativas útiles a la causa, que han sido valoradas

atendiendo a los principios de la lógica y la experiencia rectoras de la sana crítica, y de acuerdo a lo dispuesto por el art. 174 del Código del Proceso Penal.

CONSIDERANDO:

1) Imputación Jurídica.

1.1.- En función de los hechos tenidos por probados y expresados "*ut supra*", el enjuiciado **W. Z. G.** debe responder penalmente por la autoría de **un (1) delito continuado de abuso de funciones en casos no previstos especialmente por la ley**, por lo que se acogerá en la presente la tipificación delictual formulada por el Ministerio Público en su demanda acusatoria (arts. 60, y 162 del Código Penal).

En efecto, el objeto del proceso de autos, respecto al coencausado Dr. Z., entendiendo por tal un sector de la vida asumido como problema y tendiente a su satisfacción jurídica, ha quedado circunscripto a la elucidación de la procedencia o no de la pretensión del Ministerio Público de que se le imponga a éste una pena de veinte (20) meses de prisión, inhabilitación de dos (2) años y multa de 400 UR, por considerarlo autor de un delito continuado de abuso de funciones en los casos no previstos en la ley.

Dicha pretensión fue controvertida por la Defensa del encausado, solicitando la absolución

del mismo y en subsidio de no hacerse lugar se le conceda la suspensión condicional de la pena.

Sin perjuicio de lo expuesto, al ser el proceso penal de naturaleza constitutiva y necesaria, corresponde un pronunciamiento del tribunal sobre la pretensión fiscal.

Como se dijo, en la opinión del proveyente es aplicable al caso de autos lo previsto en el artículo 162 del Código Penal, que tipifica el reato de abuso de funciones en casos no previstos especialmente por la ley (texto dado por el art. 8 de la ley 17.060).

El artículo establece que: *"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 10 UR (diez unidades reajustables) a 3.000 UR (tres mil unidades reajustables)".*

Funcionario público, para Sayagués Laso, es *"todo individuo que ejerce funciones públicas en una entidad estatal, incorporado mediante la designación u otro procedimiento legal"* (Tratado de Derecho Administrativo, T.I, pág. 263).

Sin perjuicio, de la distinguida doctrina administrativista, el art. 175 del Código Penal patrio, conceptualiza que funcionarios públicos, *"son 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"*

Respecto a la administración pública, Soler indica que lo que se está protegiendo *"... es el normal, ordenado y legal desenvolvimiento de los órganos del Estado..."* (Derecho Penal Argentino, T. 5, pág. 88).

Bayardo *"...presupone conceptualmente la existencia de un funcionario con atribuciones legítimas para el ejercicio de sus poderes, cuyas atribuciones desborda excediéndose en la finalidad jurídica de la función que ejerce; es por eso que se ha puesto especial énfasis al definir el mencionado abuso, tildándolo como el "exceso" en el ejercicio de su cargo"* (Derecho Penal Uruguayo, DGEU, 1979. T. IV, pág. 175).-

El abuso realizado por el funcionario público debe ser en el ejercicio de sus funciones.- Cairoli (Curso de Derecho Penal Uruguayo, FCU, 1989, T. IV, pág. 223) afirmó *"...El acto arbitrario*

es un acto antijurídico por haberse ordenado o cometido mediante abuso de poderes del cargo”.

Y el acto debe ser cometido en el ejercicio de sus funciones. *“...El abuso debe concretarse en un acto “arbitrario”, objetiva y subjetivamente; no erróneo o simplemente irregular.- En sentido objetivo, se tiene cuando el acto es sustancial o formalmente contrario a la norma que regula el ámbito de la actividad funcional, tanto excediendo los límites de la propia competencia, como no observando las formalidades prescritas por la ley.- En sentido subjetivo, puede tener lugar en los actos discrecionales, por desviación de poder, cuando el móvil es contrario al interés público o coincide con algún interés privado (Camaño Rosas- “Tratado de los Delitos” , pág. 126).-*

Enrique Viana Reyes, indica: *“móviles o motivos tipificantes del delito previsto por el art. 162 Código Penal, son aquéllos espurios y contrarios al interés del Estado o la Administración Pública en preservar la corrección teleológica de los actos de autoridad, proclives, por el ejercicio de poder que implican, a toda clase de desmanes.*

En ese orden, ... el deseo de obtener ventajas sociales o políticas, el espíritu vejatorio o cualquier otro similar, es hábil para verificar la existencia del acto arbitrario” (“El Abuso de

Autoridad Genérico", Rev. INUDEP, año II, n°3 p. 93).

En sentencia definitiva, de fecha 9-9-15, la Suprema Corte de Justicia, pronuncia "En definitiva, lo resuelto por la Sala resulta acertado, en la medida en que la conducta desplegada por el encausado infringió disposiciones que delimitaban su ámbito de competencia funcional, así como las formalidades y garantías que impone la normativa, actuando con desviación de poder por móviles contrarios al interés público...".

Es que, como sostiene un destacado penalista al analizar el delito de abuso funciones en casos no previstos especialmente por la Ley, el "(...) alcance etimológico de la expresión utilizada en el nomen iuris, el «abuso», es amplísimo, pues significa demasía, exceso o mal uso de una cosa, pudiendo concretarse en el aprovechamiento de una situación, en el uso de un poder, facultad o derecho en perjuicio de alguien. Abusar es ir más allá de lo lícito y permitido, consistente en el caso en sobrepasar los límites de las funciones que le competen según la Ley" [Miguel Langón Cuñarro, "Código Penal (y Leyes penales complementarias de la República Oriental del Uruguay)", T. II, Universidad de Montevideo, 5a. edición, 2014, pág. 201)"

En autos el encausado Dr. Z., quien ostentaba el cargo de Intendente, en abuso del mismo ordenó actos arbitrarios en perjuicio de la administración.

Siendo que la intención se ajustó al resultado por lo que cabe imputar el reato a título de dolo directo.

2) Prueba.

Es plena y se integra con los elementos corroborantes relacionados en el numeral 3.2 de los Resultandos.

3) Circunstancias Alteratorias.

Mitigan la responsabilidad penal del encausado W. Z. **la buena conducta anterior** y la **confesión**, en función de lo edictado en los numerales 7° y 12° del art. 46 del Código Penal. Y se ve agravado por la continuidad (art. 58 "*in fine*" eiusdem).

Respecto a las agravantes especiales el numeral 1° del art. 163 Ter. del Código Penal, establece que agrava especialmente el delito que el sujeto activo sea una de las personas comprendidas en los artículos 10 y 11 de la ley de prevención y lucha contra la corrupción (redacción dada por el art. 9 de la ley 17.060), encontrándose en la nómina del art. 10 los Intendentes Municipales.

No se observan otras circunstancias alteratorias de la responsabilidad penal.

4) Individualización de la Pena.

Valoradas las circunstancias del delito así como las del delincuente, en función de las pautas previstas en el art. 86 del Código Penal, el tribunal entiende que la pena solicitada por el Ministerio Público, es ajustada a Derecho.

En efecto, el legislador estableció para cada uno de los diferentes delitos, una pena mínima y una máxima, que constituye un "espacio de juego" en el cual el juez debe moverse en forma fundada, atendiendo a los criterios legalmente preestablecidos, para determinar el quantum punitivo en el caso concreto, atendiendo a necesidades de prevención general y especial (Cf. Mir Puig, Santiago - Derecho Penal Parte General - pág. 755).

De una atenta lectura del código vernáculo surge que los parámetros a ser tenidos en cuenta a la hora de determinar la pena concreta son la culpabilidad, la gravedad del injusto, la peligrosidad y las alteratorias (Cf. Pesce Lavaggi, Eduardo - La individualización de la pena - págs. 57 y siguientes).

Si bien hay acuerdo en la doctrina nacional sobre el extremo de que estos son los elementos a tomar en cuenta a la hora de fijar la pena

concreta, no existe un estudio serio sobre como inciden (Cf. Langón - Derecho Penal y Procesal Penal - Tomo III - pág. 195). En efecto, salvo respecto de la peligrosidad, sobre la que parece existir acuerdo en que debe evaluarse a la luz de las circunstancias alteratorias y funcionar como correctivo en menos en la pena concreta, pues ésta debe topearse por la culpabilidad y la gravedad del injusto, no hay mayores desarrollos al respecto.

Así las cosas, parece ser que la posición que sostiene que las circunstancias alteratorias son las que modifican la gravedad del delito y la culpabilidad del autor y en definitiva modulan la pena a aplicar, es la correcta. Las circunstancias alteratorias son en definitiva, las que gradúan, delimitan, modulan a los demás elementos que deben ser tenidos en cuenta para la determinación de la pena en concreto y por ende las que la determinan (Cf. Muñoz Conde y García Arán - Derecho Penal - Parte General - págs. 544 y 545; Pesce Lavaggi - Ob. cit. - pág. 91).

En la especie se le imputa al encausado un delito continuado de abuso de funciones en casos no previstos en la ley, cuyo guarismo punitivo oscila de los tres meses de prisión a los tres años de penitenciaría, inhabilitación especial de dos a cuatro años y multa de 10 a 10000 UR.

Se computan como atenuantes la buena conducta anterior y la confesión. Frente a ellas se erige la agravante específica, por el cargo que ostentaba el Dr. Z. y la continuidad.

Al haber sido el encausado W. Z. procesado con prisión, no es preceptiva la suspensión condicional de la pena, según lo previsto en el art. 126 del Código Penal y por el art. 11 de la ley 17.726.

Por los expresados fundamentos, los concordantes del dictamen inculpativo, las disposiciones legales citadas y lo edictado por los arts. 15 de la Constitución de la República; 1, 2, 18, 46, 47, 48, 52, 58, 60, 66, 68, 71, 80, 86, 162, 163 ter del Código Penal, ley 17.060; 1, 2, 10, 173, 174, 186, 216, 217 y siguientes, 233, 239 y 240 del Código del Proceso Penal; y demás normas concordantes y complementarias, **FALLO:**

Declarando prescripto el delito de certificación falsa por un funcionario público atribuido a J. M. A. y en su mérito, declarando definitiva la libertad de que goza, cancelada la caución juratoria y de oficio los gastos causados.

Condenando a W. Z. G. como autor penalmente responsable de un (1) delito continuado de abuso de funciones en casos no previstos especialmente por la ley, especialmente agravado, a la pena de dieciséis (16) meses de prisión, con descuento de

la preventiva sufrida, de trescientas (300) U.R. (Unidades Reajustables) e inhabilitación especial de dos (2) años.

Notifíquese en legal forma.

Consentida o ejecutoriada, cúmplase y ejecútese conforme a derecho.

*Dr. Fernando Islas Preyones.
Juez Letrado.*