

GALAIN PALERMO, Pablo: “Los problemas de una política criminal de lucha contra la corrupción política mediante el castigo del abuso de la función. ¿Una estrategia exclusivamente uruguaya?”.

Polít. Crim. Vol. 16 N° 32 (Diciembre 2021), Art. 9, pp. 745-773
[<http://politcrim.com/wp-content/uploads/2021/12/Vol16N32A9.pdf>]

Los problemas de una política criminal de lucha contra la corrupción política mediante el castigo del abuso de la función. ¿Una estrategia exclusivamente uruguaya?

The problems of a criminal policy of fighting political corruption by punishing abuse of authority. An Exclusively Uruguayan Strategy?

Pablo Galain Palermo
Doctor en Derecho, Investigador-Docente
Universidad Andrés Bello, Santiago de Chile
pablo.galain@unab.cl

Fecha de recepción: 23/09/2020.
Fecha de aceptación: 16/04/2021.

Resumen

La corrupción es un problema transversal que incide en la vida cotidiana de los ciudadanos, en la relación de estos con las instituciones públicas y en la calidad del Estado de Derecho. El derecho como herramienta de control formal está obligado a intervenir desde lo normativo y desde lo operativo para la solución de los problemas sociales. En lo que refiere al sistema jurídico uruguayo, este artículo ofrece una visión de política criminal, con sustento en revisión de literatura y casos prácticos sobre el tema, e identifica dos inconvenientes relacionados con la función preventiva de la corrupción. Por un lado, el Derecho Penal uruguayo se limita a prohibir únicamente la corrupción de los funcionarios públicos y, por otro lado, la administración de justicia se concentra en la persecución de los funcionarios en el desempeño de su función. En esta contribución se sostiene que esta lógica político criminal es deficiente porque los hechos con apariencia delictiva relacionados con el problema de la corrupción política demandarían indagaciones más profundas para conocer las causas, las relaciones, los intervinientes, las conexiones, las modalidades de conducta y las consecuencias de tales maniobras corruptas.

Palabras Clave: Política Criminal, corrupción, delito de abuso de funciones, prevención.

Abstract

Corruption is a cross-cutting problem that affects the daily life of citizens, their relationship with public institutions and the quality of the rule of law. The law as a tool of formal control is obliged intervenes from a normative an operational perspective social problem. Regarding the Uruguayan legal system, this article identifies two problems related to the preventive function of corruption. On one hand, Uruguayan criminal law is limited to prohibiting only the corruption of public officials and, on the other hand, the administration of justice focuses on the prosecution of public servants in the performance of their duties. We argue that this criminal policy is deficient because the apparently criminal acts related to the problem of

GALAIN PALERMO, Pablo: “Los problemas de una política criminal de lucha contra la corrupción política mediante el castigo del abuso de la función. ¿Una estrategia exclusivamente uruguaya?”.

corruption would allow deeper inquiries to get to know the causes, relationships, intervening parties, connections, modes of conduct and consequences of such corrupt activities.

Keywords: Criminal Policy, Corruption, Crime of Abuse of Authority, deterrence

Introducción

La corrupción impacta negativamente en distintas esferas de la vida pública y privada, incide en la economía, en el funcionamiento de las instituciones y en la calidad del Estado de Derecho. La corrupción no solo es una mácula en el funcionamiento de lo público, sino que provoca desconfianza en las vinculaciones sociales y de los ciudadanos con la administración e, incluso, con el sistema político y de gobierno.¹ En América Latina la corrupción es un problema grave, al punto que en el imaginario colectivo solo el 24% demuestra satisfacción con la democracia y la gran mayoría considera que es un sistema que sirve para beneficiar a unos pocos.² Aquí solo interesa referenciar que en uno de los países con mejor índice de desarrollo democrático³ y de percepción de la corrupción a lo largo del tiempo, no se aplican las estrategias político-criminales más efectivas para la prevención y comprensión de la misma.

A nivel *normativo* la política criminal uruguaya deja fuera a toda la corrupción en el ámbito privado (nivel legislativo) y, a nivel *práctico*, en los casos más complejos relacionados con el poder político, se concreta en la investigación y persecución de los actos arbitrarios o abusivos de los funcionarios públicos (nivel judicial).⁴ Esta estrategia político criminal arroja los siguientes resultados. Por un lado, es positiva porque da la sensación de que existe un alto grado de independencia del Poder Judicial en la lucha contra la corrupción, pues, a pesar del riesgo de judicialización de la política (y/o de politización de la justicia), no distingue jerarquías y, por tanto, es implacable. Por otro lado, es una estrategia negativa que deja dudas de constitucionalidad porque utiliza un tipo penal abierto y residual que — debido a su laxitud— no cumple con las exigencias del principio de legalidad. Finalmente, no cumple satisfactoriamente con la función preventiva y comunicativa del Derecho penal porque se concentra en la investigación de elementos típicos del derecho administrativo sancionador.⁵ De este modo, los aspectos que acontecen al margen del acto arbitrario o abusivo en el ejercicio de la función permanecen fuera de la atención del sistema penal, ocultos para la sociedad en general y ajenos al reproche penal (ámbito preventivo-comunicativo).

¹ OLÁSOLO (2021), *passim*.

² Informe Latinobarómetro (2018), pp. 58 y ss. Este no es el lugar adecuado para interpretar estos índices ni las actitudes de la población relacionadas con las prácticas corruptas, claramente influenciadas por las definiciones normativas y su aplicación práctica, así como por la tolerancia y la aceptación social.

³ Disponible en: <https://tinyurl.com/ydvfq8dw> [Visitado el 15/11/2021].

⁴ Sobre la diferencia entre un acto abusivo y uno arbitrario, VIANA REYES (1981), *passim*.

⁵ De similar opinión VIANA REYES (1981), *passim*; ACOSTA y CAVANNA (2014), *passim*. Hay quien sostiene que no hay manera de distinguir la infracción administrativa de la penal y con ello se violan varios principios penales, entre ellos, el de legalidad, tipicidad, lesividad, especificidad y última ratio. Ver ALLER (2018), *passim*.

La doctrina mayoritaria considera que el Derecho penal debe cumplir con una función de protección de bienes jurídicos, esto es, una función político criminal de prevención del delito.⁶ Pero, además, el Derecho penal a través de la pena y de otras herramientas de reacción cumple con una función comunicativa.⁷ Una política criminal concentrada en el abuso o la arbitrariedad del funcionario público envía un mensaje de eficacia, eficiencia e intolerancia frente a las conductas inapropiadas relacionadas con lo público, cuya funcionalidad en el sentido preventivo y comunicativo de “lucha contra la corrupción”, es, sin embargo, aparente. La corrupción es un fenómeno mucho más complejo y abarcador de conductas desleales que las identificadas por el legislador y los administradores de la justicia penal uruguaya. No obstante, debe quedar claro que no se trata de un problema de impunidad de los (funcionarios) poderosos, sino de una reacción anodina, incompleta o desenfocada en relación con la función preventiva y comunicativa del sistema penal.

En Uruguay se aplica una política criminal anodina y deficiente para la lucha contra la corrupción en los casos que vinculan o refieren a las altas esferas del poder, porque no abarca al problema en toda su dimensión y manifestaciones. Se trata de una estrategia sencilla y poco onerosa para la administración de justicia, que se concreta mediante la aplicación de un tipo penal abierto y residual de “abuso innominado de la función”.⁸ Mediante esta estrategia se aumenta la posibilidad de una imputación penal del funcionario infiel de manera proporcional a la disminución de los efectos preventivos y comunicativos esperados en una política criminal de lucha contra la corrupción como fenómeno complejo.

1. La corrupción como problema jurídico y los problemas de su prevención

Como punto de partida considero que tenemos que determinar con la mayor precisión posible, de qué hablamos cuando nos referimos al problema de la corrupción. En el ámbito normativo, encontrar una única definición o concepto jurídico de corrupción con alcance universal, no es tarea fácil. La corrupción influye en la calidad de un sistema jurídico, social, político y económico, pues ella no solo tiene que ver con el incumplimiento de deberes funcionariales o el abuso del cargo, sino también con la relación entre el ciudadano y el funcionario que debería estar ceñida por la imparcialidad u objetividad.⁹ Un sistema institucional que tolera la corrupción estructuralmente, no solo viola las bases de las relaciones jurídicas, sociales, políticas y económicas, sino que transgrede principios constitucionales como el de igualdad o legalidad en dichas interacciones, deteriorando la calidad del Estado de Derecho en menor o mayor medida según que la corrupción pueda verse como un problema incidental o sistémico (estructural).¹⁰

⁶ Por todos, ROXIN y GRECO (2020), *passim*; ROXIN (2000), *passim*.

⁷ FEIJOO (2014), *passim*; GÜNTHER (2002), *passim*; GÜNTHER (2005), *passim*; HASSEMER (2004), *passim*.

⁸ En esta contribución no se ingresa al problema que ocasiona una política criminal de tipo “derecho penal de autor” en detrimento de un “derecho penal de actos”, donde el sistema penal se ocupa de la investigación de todos los partícipes de los hechos con apariencia delictiva y no exclusivamente del funcionario público.

⁹ Por todos, VALEIJE (1995), pp. 27 y 35.

¹⁰ ROSE-ACKERMAN (2001), pp. 46 y s.

GALAIN PALERMO, Pablo: “Los problemas de una política criminal de lucha contra la corrupción política mediante el castigo del abuso de la función. ¿Una estrategia exclusivamente uruguaya?”.

La corrupción no es solo un problema local sino que su injerencia es transnacional.¹¹ Ella distorsiona las relaciones sociales, económicas, legales y políticas (oportunidades, circunstancias, interacciones, negociaciones, contrataciones, designaciones, etc.) que no estarán basadas en normas (reglas, usos sociales) claras y transparentes, sino que serán determinadas por la discrecionalidad (abusiva, arbitraria, desviada, ilegítima) del funcionario o de la persona encargada de aportar el servicio o el bien (en el ámbito privado).¹² La corrupción rompe con la transparencia, el bien común, la igualdad de oportunidades, la libre competencia y crea un daño al bienestar y el desarrollo humano.¹³ La corrupción no solo desvía recursos públicos a manos privadas (mediante el pago de sobornos), sino que priva a las personas del acceso a derechos fundamentales que tienen que ser garantizados por el Estado de Derecho, al tiempo que encarece los bienes y servicios públicos.¹⁴ De forma directa o indirecta incide en la generación de pobreza, desigualdad, inseguridad, rentabilidad social y el nivel de inversión en el país, como si fuera una forma de violencia estructural.¹⁵ De allí su consideración como un fenómeno complejo y como un problema, contra el que la política debe adoptar una lógica de lucha.

La doctrina penal, incluso la de ordenamientos jurídicos muy desarrollados como el alemán, no tiene absoluta claridad conceptual sobre aquello que se considera como “corrupción”, ni sobre los delitos que sistémicamente pertenecen o deberían pertenecer a dicho concepto.¹⁶ En distintos trabajos sobre la materia el concepto de corrupción se relaciona a una gran variedad de delitos, abarcando a bienes jurídicos de muy diversa naturaleza y gravedad, que van desde la estafa, los derechos de autor en el plagio en tesis doctorales hasta el crimen de tortura.¹⁷ A

¹¹ “Convencidos de que la corrupción ha dejado de ser un problema local para convertirse en un fenómeno transnacional que afecta a todas las sociedades y economías, lo que hace esencial la cooperación internacional para prevenirla y luchar contra ella”, disponible en: <https://tinyurl.com/ygpfqedt> [visitado el 17/10/2021].

¹² Muchos son los temas que aún quedan pendientes, por ejemplo, la transparencia en el financiamiento de los partidos políticos y el correcto funcionamiento del propio sistema de partidos de acuerdo con los principios constitucionales, para garantizar la transparencia en la financiación; la igualdad de oportunidades, la confianza de los ciudadanos en el sistema democrático, para que no se produzcan injerencias dirigidas a favorecer intereses particulares. En los sistemas jurídicos que ya cuentan con leyes en la materia, también se crean problemas cuando los vacíos legales se quieren llenar recurriendo a delitos preexistentes a efectos de evitar lagunas de punibilidad. En relación a la utilización en Chile de la figura del cohecho para castigar el ofrecimiento o aceptación de financiamiento a legisladores a cambio de una actitud favorable al negocio del financista, así como la denominada “corrupción de los parlamentarios” (la “compra del voto” del sistema penal alemán, § 108e StGB), aplicando la tesis que el delito de cohecho se basa en la mera infracción a deberes de probidad administrativa, ver GARCÍA PALOMINOS (2019), pp. 122 y ss. Para el caso español, Ley Orgánica 1/2015 introdujo el delito de financiación ilegal de los partidos políticos (Art. 304 bis), que fue relacionado con el de pertenencia a una organización destinada a financiar ilegalmente a aquéllos (Art. 304 ter). Ver ALAPONT (2018). A nivel comparado, ver JAVATO (2017).

¹³ ROSE-ACKERMAN (2004).

¹⁴ Los gastos de corrupción son como impuestos que en lugar de ir a parar al Estado se desvían a patrimonios privados, de modo que el ciudadano paga el doble en materia “impositiva”. WAGNER (1994), *passim*.

¹⁵ Sirve para entender los casos de corrupción estructural la propuesta de Johan Galtung de “violencia estructural” que permite la comprensión de los daños que se cometen a largo plazo como una violencia indirecta contra las personas, debido a las deficientes estructuras de control y a la complicidad de los funcionarios públicos con los responsables de los daños. Ver GALTUNG (1969), pp. 167 y ss. Una adaptación a la criminología de este concepto en la propuesta de BÖHM (2019), *passim*, sobre el crimen de maldesarrollo.

¹⁶ ZIMMERMANN (2018), p. 56; BANNENBERG (2002), pp. 11 y ss; GRIEGER (2012), p. 4.

¹⁷ ZIMMERMANN (2018), p. 57

nivel comparado, “el elemento sistematizador común es la vinculación con la función y la violación de disposiciones que deben ser respetadas en el ejercicio de la función”.¹⁸ A nivel internacional solo contamos con la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción como documento marco de la “lucha anticorrupción”,¹⁹ que se concentra en el uso indebido del poder de decisión, o a la alteración de la esencia de un proceso, para beneficio propio o de un tercero.²⁰

El daño social se manifiesta en aspectos vinculados con estratagemas, mecanismos, herramientas y canales por los cuales discurren relaciones y vínculos entre grupos organizados de interés (económico, financiero, industrial, empresarial, político, social, internacional, etc.) con funcionarios públicos ubicados en posiciones jerárquicas o de poder con facultades de tomar decisiones relevantes. Ello sugiere que el injusto penal abarca algo más que un “abuso” o “arbitrariedad” en el ejercicio de la función pública con la intención de causar un perjuicio, y que se debe explorar la corrupción también en las relaciones entre sujetos del ámbito privado que cumplen con determinados roles u ocupan cargos de poder y toma de decisión en el mundo económico-empresarial,²¹ cuando ellos actúan contrariamente a los deberes inherentes o a la fidelidad con los intereses que representan (por ejemplo, mediante el pago de sobornos para beneficiar otros intereses).²² Esta posibilidad aún no ha sido considerada por el legislador uruguayo, sin embargo, la decisión de no tipificar como delito a las conductas corruptas del ámbito privado incide directamente en la prevención del fenómeno y puede constituir un déficit del Estado de Derecho.

En su defecto, la política criminal uruguaya se concentra en la prevención y represión de las conductas corruptas de sus funcionarios públicos;²³ en particular, aquellas referidas al ejercicio arbitrario de la función, sin que el criterio de gravedad (del acto y del resultado) pueda jugar un papel definidor de la tipicidad. A estos déficits hay que añadir que la represión del abuso de la función sitúa a un problema de naturaleza administrativa como si fuera una cuestión penal,²⁴ de modo que podemos decir que el problema de la corrupción no está siendo correctamente dimensionado y, por ello, se envía un mensaje distorsionado a la población, que se auto percibe como la menos corrupta del continente.

En lo que refiere a los tipos penales vinculados con el fenómeno de la corrupción hay argumentos para sostener que la corrupción entendida como un problema²⁵ se circunscribe a

¹⁸ ÜBERHOFEN (1997), p. 71.

¹⁹ PÉREZ CEPEDA y BENITO SÁNCHEZ (2012), *passim*.

²⁰ OLÁSULO (2021), *passim*.

²¹ Sobre el tema de la criminalidad económica y los delitos de los poderosos, HEFENDEHL y GALAIN PALERMO (2021), *passim*; BÖHM (2020), *passim*.

²² Sobre el tema, GALAIN PALERMO (en prensa), *passim, passim*.

²³ A esta problemática hay que sumarle el alto índice de casos que son desconocidos por las autoridades encargadas de la prevención y represión de los delitos. La cifra negra es una de las principales características de un tipo de criminalidad que se fundamenta en el ocultamiento y la falta de transparencia. MANOZZI (2009), pp. 931y ss.

²⁴ En sentido similar, Viana Reyes, para quien este delito se encuentra “en el límite de esa zona gris y borrosa que separa el derecho penal criminal del derecho (penal) disciplinario de los funcionarios públicos”. VIANA REYES (1981), p. 78. También ALLER (2018), *passim*; ACOSTA y CAVANNA (2014), *passim*.

²⁵ Art. 3: “A los efectos del Capítulo II de la presente ley se entiende por corrupción el uso indebido del poder público o de la función pública, para obtener un provecho económico para sí o para otro, se haya consumado o

GALAIN PALERMO, Pablo: “Los problemas de una política criminal de lucha contra la corrupción política mediante el castigo del abuso de la función. ¿Una estrategia exclusivamente uruguaya?”.

los delitos contra la administración pública del Código Penal de 1934 reagrupados por la Ley 17.060 de fines de los noventa,²⁶ cuyo núcleo duro se compone de los delitos tipificados en los Arts. 153, 155, 156, 157, 158, 158 bis, 160, 161, 162, 163 y 163 bis del Código Penal. Como se aprecia, la corrupción está sistematizada como un problema exclusivamente relacionado con el ejercicio de la función pública.²⁷ El sistema penal define de modo taxativo quienes son los posibles sujetos activos de las conductas delictivas relacionadas con la corrupción. Esto es, *corruptos* solo pueden ser determinados sujetos que revisten la calidad de funcionarios según una política criminal que liga al concepto con la función y construye un sistema de delitos especiales o un Derecho penal de autor. La definición de funcionario público se encuentra en el Art. 175 del CP,²⁸ cuyos elementos centrales son el ejercicio de un cargo o el desempeño de una función, por tanto, se trata de un concepto amplísimo dentro del área pública. Además de la previsión penal, los lineamientos de actuación de los funcionarios se encuentran previstos en el Art. 58.1 de la Constitución.²⁹ El ejercicio del cargo es la actividad del funcionario propia de la competencia del puesto que ocupa en los cuadros de la administración pública; la función pública refiere a toda actividad que suponga cumplir los fines del estado.³⁰ La parte especial del Código Penal permite que personas que no revisten la condición formal de funcionario público, actúen materialmente como tales (funcionario de hecho), en lo que sería una ampliación del término que ofrece este cuerpo normativo.³¹ Como se ha dicho, esta es una visión sesgada de la corrupción, limitada a la función pública.

2. Deficiencias y riesgos de una estrategia político criminal oblicua o anodina

A partir de Von Liszt se acepta que la política criminal contiene principios que se plasman en la investigación científica de las causas del delito y de la eficacia de la pena, y que sirven

no un daño al Estado”. Disponible en: <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/17060-1998> [visitado el 15/11/2021].

²⁶ Esta ley sistematizó los delitos que pueden ser cometidos por funcionarios públicos como un grupo de delitos especiales referidos a la función pública: concusión (Art. 156), cohecho simple (Art. 157) y calificado (Art. 158), soborno (Art. 159), fraude (Art. 160), conjunción del interés personal y del público (Art. 161), abuso de funciones en casos no previstos especialmente por la ley (Art. 162) y la revelación de secretos (Art. 163).

²⁷ En la literatura uruguaya: VIANA REYES (1981), *passim*; ADRIASOLA (1999), *passim*; MALET (1999), *passim*; MALET (2008), *passim*; OTTATI (2000), *passim*; SPANGENBERG (2013), *passim*; MONTANO (2009), *passim*; CHAVES (2015), *passim*; ALLER (2018), *passim*; ACOSTA y CAVANNA (2014), *passim*; BASÁISTEGUI (2017), *passim*; CAMAÑO VIERA (2008), *passim*.

²⁸ (Concepto de funcionario público): “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 o persona pública no estatal”.

²⁹ “Los funcionarios están al servicio de la Nación y no de una fracción política. En los lugares y las horas de trabajo queda prohibida toda actividad ajena a la función, reputándose ilícita la dirigida a fines de proselitismo de cualquier especie”.

³⁰ Los Arts. 2 y 3 del Decreto 30/003 de 23.01.2003 incluyeron en el concepto de funcionario público a los funcionarios de los entes autónomos y en general, de todos los organismos, servicios o entidades estatales y a las personas públicas no estatales.

³¹ Esta condición es exigida, por ejemplo, para la comisión de determinados delitos y crímenes como la desaparición forzada de personas (Art. 19 Ley 18.026).

para que el Estado dirija la lucha contra el delito.³² A la política criminal surgida con el positivismo ya se le exigía la doble tarea de prevenir el delito y criticar la ley con el objetivo de proponer su reforma.³³ La política criminal moderna (sociológica)³⁴ es “un puente entre los enfoques sociológicos y jurídicos del fenómeno delictivo”;³⁵ pero además es una nueva forma de entender la gobernanza y el papel del Estado en cuestiones de seguridad ciudadana y control social.³⁶ Para ello la política criminal tiene que tomar en cuenta cuestiones sociales, culturales y económicas que influyen a la hora de definir qué objetivos sociales quieren lograrse a través de cuáles herramientas jurídico-penales.³⁷

Hoy desde el mundo anglosajón se exige un enfoque orientado a la solución de problemas, principalmente: que se evite la comisión de delitos mediante estrategias eficaces que tiendan a reducir la delincuencia (más prevención en lugar de penas más severas) y que se atienda mejor a las víctimas.³⁸ El Estado ejerce el monopolio del uso de la fuerza a través de los procesos de criminalización y penalización para cumplir con las funciones de prevención, protección y motivación de los ciudadanos. Ahora bien, desde su origen, y debido a su vinculación con la finalidad preventiva de la pena, a la política criminal se le exige que realice una lucha eficaz contra el delito, dentro del marco que imponen la Constitución y el Derecho. Para ello, las estrategias deben ser las adecuadas dentro de los límites del Estado de Derecho, deben tener objetivos claros y la autocrítica necesaria para “cambiar el rumbo”, como sucede con cualquier otra política del Estado. La política criminal es la que indica al sistema penal cuándo y cómo ejercer el control social formal, qué bienes jurídicos debe proteger y de qué forma.³⁹

Detrás de la estrategia política criminal para la lucha contra la corrupción hay una decisión política. El legislador uruguayo tiene una visión estrecha del problema de la corrupción, no solo porque lo concentra en la función pública, sino porque ha determinado que solo en algunos casos el *pactum sceleris* forme parte del injusto. Es verdad que en varios tipos penales se presenta como elemento clave del accionar corrupto el abuso en el ejercicio de la función, pero, por lo general, detrás del abuso existe una promesa de ganancia ilícita para quien actúa dentro de su repartición, cuyo autor no puede quedar fuera del reproche penal.

³² Ella “tiene un punto de partida antropológico-sociológico: las “causas del delito”; a través de otro axioma político: la “defensa social”, en una de sus fórmulas: la “lucha contra el delito” [...] así entra la Política criminal en la ciencia del Derecho penal”. VON LISZT (1999), p. 64.

³³ RIVERA BEIRAS (2005), *passim*. En ese sentido, para los positivistas se trataba de un nexo entre la Criminología, el Derecho Penal y la Penología, “que permite, una vez conocidas las causas de la criminalidad, que se produzcan normas jurídicas que la combatan”. RIVERA BEIRAS (2005), p. 28. Según Jiménez de Asúa es el “arte de legislar en cada momento, según las necesidades del pueblo”. RIVERA BEIRAS (2005), p. 27.

³⁴ SCHÜLER-SPRINGORUM (1998), *passim*. Este autor advierte del problema que la investigación aplicada quede en manos de las propias instituciones que las financian en una especie de “investigación estatal”. SCHÜLER-SPRINGORUM (1998), p. 14.

³⁵ DE SOLA DUEÑAS (1983), p. 245.

³⁶ CRAWFORD (2002).

³⁷ ZIPF (1980), p. 6. Como superación del positivismo, se exige una política criminal alternativa que no se reduzca a la política penal y que permita “la reconstrucción de los problemas sociales”. BARATTA (1998), p. 232.

³⁸ WALLER (2008), *passim*.

³⁹ “La tarea de la política criminal es, por tanto, lograr un equilibrio entre la tolerancia social y el control de la delincuencia”. KAISER (1971), p. 154.

GALAIN PALERMO, Pablo: “Los problemas de una política criminal de lucha contra la corrupción política mediante el castigo del abuso de la función. ¿Una estrategia exclusivamente uruguaya?”.

En algunos casos, como sucede en el Art. 163ter, el legislador crea una modalidad agravada cuando el funcionario obtiene “un enriquecimiento patrimonial”.⁴⁰ Ello refuerza la idea de que detrás del abuso en la función existe una finalidad de enriquecimiento que permite explicar racionalmente la conducta ilícita de quien actúa arbitrariamente motivado por la expectativa o la certeza de un pago indebido (*pactum sceleris*). Por lo tanto, es legítima y conveniente una investigación en profundidad para conocer las formas de concreción del pago de las promesas que compran deslealtades, porque no estamos ante un detalle o una cuestión marginal, sino frente al motor de todo el fenómeno de la corrupción.

Según las directrices generales de la Fiscalía el interés público en la persecución penal debe concentrarse en determinados delitos, entre los que se encuentran los “delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de su función” y los “delitos de corrupción pública”. La Fiscalía determina que dentro de los criterios de priorización y selectividad corresponde escoger aquellos casos según la perspectiva de la víctima (número de afectados y grado de afectación de derechos) y del autor (pertenencia a “grupos organizados” o delitos donde participan funcionarios públicos).⁴¹ Los delitos vinculados con la corrupción cumplen con estos criterios de selectividad tanto desde la perspectiva de las víctimas como de los autores, de modo que a un sistema de Derecho penal preventivo eficiente se le tiene que exigir que las investigaciones no se concentren en la persecución de meras “arbitrariedades” o “abusos” en el cumplimiento de las tareas o funciones individuales.⁴² Los criterios para la selección de la persecución exigen poner la mira en el descubrimiento de todos los casos en los que se pueden lesionar una gran cantidad de víctimas, pues la prevención efectiva exige reducir el riesgo de nuevas conductas corruptas cometidas en aprovechamiento de las fallas del sistema. No se trata de aplicar una política criminal contra “enemigos”⁴³ o contra “los otros”⁴⁴ sino una política criminal racional basada en datos que permita conocer las causas y consecuencias de la corrupción (el origen del daño) y las formas de criminalidad de los poderosos,⁴⁵ para prevenir eficazmente futuros daños y reparar los ocasionados.⁴⁶

⁴⁰ En relación al funcionario público que hubiera realizado el tipo penal de los artículos 153, 155, 156, 157, 158, 158 bis, 160, 161, 162, 163 y 163 bis.

⁴¹ Disponible en: <https://tinyurl.com/ygo5dt4f> [visitado el 16/09/2020].

⁴² Según reconoció en el Parlamento el Fiscal de Corte Jorge Díaz durante la discusión para derogar el Art. 162 CP: “Creo que Uruguay, en estos momentos, tiene problemas con su diseño de combate y, sobre todo, de prevención contra la corrupción; no tengo ningún prurito en decirlo y en reconocerlo. A mi juicio, el sistema actual de prevención de la corrupción en Uruguay tiene dificultades importantes, sobre todo, porque no tenemos un sistema armónico que permita, de forma preventiva, establecer mecanismos o anticuerpos para que los hechos de corrupción no se produzcan. ¿Eso significa que, por sí solo, haya corrupción o no? No, lo que significa es que no contamos con un sistema global que contemple todas las partes”. Disponible: <https://tinyurl.com/ygsr8t6o> [visitado el 28/03/2021].

⁴³ Una aproximación política criminal según la lógica amigo/enemigo para el lavado de dinero en HEFENDEHL y GALAIN PALERMO (2021), pp. 73 y ss.

⁴⁴ GARLAND (1996), pp. 445 y ss.

⁴⁵ ALBRECHTALBRECHT (2001), pp. 87 y ss. En relación a las insuficientes respuestas del derecho penal a las “economías de violencia” vinculadas con la corrupción y las violaciones a los derechos humanos, ALBRECHTALBRECHT (2007), pp. 153 y ss.

⁴⁶ GALAIN PALERMO (2018), pp. 53 y ss; GALAIN PALERMO (en prensa), *passim*.

Cuando se trata de conductas que pueden causar daños graves y con efectos permanentes, la política criminal tiene que disminuir la fascinación retributiva por el concepto de delito y el castigo de la culpabilidad de sujetos intercambiables en estructuras que continúan activas y aumentar el interés en la prevención y reparación del daño social.⁴⁷ Concentrar la potestad de la selectividad penal en la conducta individual de funcionarios que abusan de la función es aplicar una “política criminal oblicua” que crea una apariencia preventiva de protección del bien jurídico y de reparación de las víctimas. Por otra parte, ofrece indirectamente un blindaje a las formas, herramientas y canales tecnológicos, empresariales y humanos a través de los cuales los “corruptos” participan (de) y cometen (los) delitos.⁴⁸ El diseño de la política criminal tiene que tener en cuenta la resistencia a la criminalización de los poderosos organizados formalmente para ejercer “control”, cuando sientan que alguna acción del sistema pueda afectarlos.⁴⁹

El sistema penal tiene que cumplir con una función de protección de los bienes jurídicos que se legitime en el éxito preventivo de nuevos daños, máxime cuando las violencias pueden ser estructurales y de difícil comprensión.⁵⁰ El éxito del sistema no puede medirse únicamente en la administración eficiente de los fondos destinados a la “justicia” penal para el logro de formalizaciones e imputaciones individuales cuando se trata de problemas complejos. Ante fenómenos complejos y graves (que cuando son sistémicos ponen en peligro derechos fundamentales) vinculados con el poder y las instituciones, los sistemas penales tienen que concentrar el interés público en la investigación profunda de todos los mecanismos a través de los cuales tienen lugar conductas de corrupción que causan grave daño social. El combate a la corrupción exige disponer de estrategias de prevención del delito que permitan conocer “the root causes of crime”.⁵¹ Frente a la corrupción, la contribución de estas investigaciones selectivas al escenario de éxito del sistema penal en clave preventiva no se debe medir únicamente en imputaciones por abuso innominado de funciones y en penas de cárcel, sino en el aporte que el uso monopólico de la fuerza pueda hacer para el descubrimiento del modus operandi, de las fallas del sistema institucional y de los autores y partícipes de los casos “organizados” y estructurales de corrupción.

En mi opinión, la estrategia desplegada en Uruguay para la lucha contra la corrupción es equivocada por varias razones. Primero, concentra la protección de bienes jurídicos únicamente en la administración pública. Segundo, utiliza al Derecho penal para cuestiones ajenas a su finalidad, vulnerando el principio de última ratio y obligando a utilizar la lógica del derecho administrativo sancionador. Tercero, una política criminal de combate efectivo de la corrupción debe evitar la llamada “persecución oblicua”,⁵² para no llevar adelante

⁴⁷ HILLYARD y TOMBS (2015), p. 239; GALAIN PALERMO (en prensa), *passim*. Incluso la doctrina comienza a exigir la aplicación de estrategias de la justicia restaurativa. NIETO MARTIN (en prensa), *passim*.

⁴⁸ TOMBS y HILLYARD (2004), pp. 30 y ss.

⁴⁹ SUTHERLAND (1999), p. 264

⁵⁰ GALTUNG (1969).

⁵¹ TONRYTONRY y FARRINGTON (1995), p. 4.

⁵² “En los casos de persecución oblicua, los persecutores se concentran en determinados individuos, a quienes pretenden someter a procesamiento y castigo penal por un título determinado pero que se asume como débil en el foro. Por la dispersión normativa que caracteriza a las sociedades modernas, en estos casos no es difícil encontrarse con otros títulos que sí pueden tener mayores posibilidades de éxito”. WILENMANN (2020), pp. 322 y s.

GALAIN PALERMO, Pablo: “Los problemas de una política criminal de lucha contra la corrupción política mediante el castigo del abuso de la función. ¿Una estrategia exclusivamente uruguaya?”.

investigaciones parciales o anodinas. Una estrategia como esta hace que el sistema penal pierda eficacia comunicativa en el combate de la corrupción “por concentrarse en personas antes que en clases de acciones”,⁵³ y, con ello, la confirmación del valor de las normas que prohíben la corrupción pierde fuerza comunicativa y motivacional. Como se trata de un tipo penal residual, se aplica subsidiariamente cuando ninguna otra imputación ha sido posible. De este modo, como si se tratara de una política criminal errante o errática, se persigue el “abuso en la función” cuando no se han podido probar las sospechas de pactos ilegítimos o similares conductas ilícitas contra la administración pública.

En la era de la acumulación de datos (del capitalismo de datos liderado por las grandes empresas multinacionales) y de la prevención a través de la gestión de los riesgos,⁵⁴ la política criminal uruguaya de lucha contra la corrupción despliega estrategias propias del comienzo de la era industrial. Una investigación penal que pretenda contribuir al efecto preventivo del Derecho penal y a la función comunicativa de la pena tiene que arrojar luz (y generar datos) sobre todo el entramado de la corrupción (generalmente a buen resguardo con técnicas de impunidad y neutralización) y no limitarse a la exclusiva función retributiva de la imputación del autor individual, por la realización de actos arbitrarios o abusos en el ejercicio del cargo.⁵⁵ La calidad democrática de un Estado de Derecho depende no solo de que no exista tolerancia hacia la corrupción de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, sino que se pueda saber quiénes, cómo, cuándo, para qué, en beneficio de quiénes, con qué asiduidad y desde cuándo (ellos) cometen o participan (junto a otros) en actos de corrupción.

En la corrupción el daño social va mucho más allá de la probidad de los funcionarios públicos individualmente considerados y esto se tiene que ver reflejado en la política criminal para cumplir con la función preventiva del sistema penal. La construcción de los tipos penales como delitos especiales es la “barrera infranqueable” de la imputación, pero la función de protección de bienes jurídicos no impide a la política criminal la investigación de todos los vericuetos y partícipes de los pactos corruptos. Si la corrupción como fenómeno sistémico (violencia estructural) puede llegar a poner en peligro a los derechos humanos (como surge de la jurisprudencia de la CIDH),⁵⁶ entonces, los principios de verdad, reparación y no repetición tienen que ser tenidos en cuenta cuando se habla de justicia (penal), pues ellos ya han sido *pacíficamente* aceptados para las violaciones más graves con un objetivo de *pacificación jurídica* y de *pacificación social*.⁵⁷ En ese sentido, no siempre el castigo de un infractor (por sí solo) puede “reparar” o “compensar” el daño sufrido por las víctimas.⁵⁸ Hay quien sostiene que solo desde una concepción metafísica o religiosa se puede sostener que se necesita imputar responsabilidad a determinados autores para la “satisfacción de la víctima” o de la sociedad.⁵⁹ A veces, el castigo de “algunos” autores de poca relevancia en estructuras

⁵³ Ibidem, p. 323.

⁵⁴ HILLYARD y TOMBS (2017); TONRY (1995); Medina Ariza (2011).

⁵⁵ Es la arbitrariedad subjetiva derivada de la intención del funcionario lo que se considera que distingue la borrosa frontera entre la infracción administrativa y el delito. Por todos, VIANA REYES (1981), p. 88. Los motivos del autor deben ser considerados como un elemento subjetivo del tipo. VIANA REYES (1981), p. 92.

⁵⁶ OLÁSULO (2021), *passim*; OLÁSULO (en prensa), *passim*.

⁵⁷ GALAIN PALERMO (en prensa), *passim*.

⁵⁸ GALAIN PALERMO (2016), pp. 399 y ss.

⁵⁹ Neumann (2018), pp. 105 y s.

criminales opera según la lógica del chivo expiatorio⁶⁰ y no tiene efectos preventivos generales.⁶¹ De lo que se trata es que la administración de justicia cumpla con un papel fundamental en un sistema democrático en cuanto al conocimiento de la verdad para la protección futura de bienes jurídicos (no repetición), la reparación de las víctimas y el cumplimiento de las funciones (preventivas y retributivas) de la justicia, que no siempre culminan en una condena. La condena de algunos funcionarios individualmente considerados no garantiza el efecto preventivo del Derecho penal frente al fenómeno de la corrupción. Si en la lucha contra la corrupción la “justicia” se concentra en la imputación individual de un abuso de funciones, la tarea de averiguación y conocimiento de los hechos (estructurales, sistemáticos, etc.) y del descubrimiento de los individuos y grupos participantes de los mismos con una finalidad preventiva quedará en manos de la prensa, los historiadores y/o los artistas.

3. Deficiencias constitucionales del tipo penal aplicado para la lucha contra la corrupción política

El Art. 162 CP uruguayo tipifica el abuso innominado de funciones de la siguiente manera:

“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)”.

Este es un artículo que presenta graves problemas en relación a normas contenidas en la Constitución, relacionadas con los principios fundamentales del Derecho penal. Aquí apenas quiero mencionar tres deficiencias en forma resumida y sin mayor profundidad de análisis dogmático, pues se trata de una argumentación de política criminal. En primer lugar, es un tipo penal objetivo incompleto y abierto, donde el intérprete tiene la potestad de establecer *ex post* el contenido de la prohibición y donde el autor no conoce *ex ante* la materia concreta de prohibición.⁶² En segundo lugar, es un delito de peligro abstracto que no exige la constatación de un daño en concreto sino la hipotética capacidad del acto para causar un perjuicio. Y, en tercer lugar, se trata de un tipo penal residual.⁶³

Estamos ante un tipo penal objetivo que tanto la doctrina como la jurisprudencia interpretan que se concreta o completa con la intención o móvil del autor de realizar un acto arbitrario,

⁶⁰ “Por el contrario, algunos autores principales todavía conservan posiciones relevantes o disponen de recursos que los hace peligrosos y -en cierto modo- intocables. Esto puede conducir a la persecución de determinados chivos expiatorios respecto de los cuales mal se puede lograr que lleguen a una aceptación de la reacción”. FABRICIUS (2016), p. 225.

⁶¹ “Especialmente la mayoría de la población reacciona ante lo injusto, no ante el injusto imputado al individuo, lo cual solo a una mayor o menor parte le interesa”. FABRICIUS (2016), p. 223.

⁶² CHAVES (2016), *passim*; ALLER (2018), *passim*; CAMAÑO VIERA (2008), *passim*.

⁶³ Es residual porque el abuso de la función es “innominado”, esto es, se aplica cuando “actos de la naturaleza como los descriptos, no se adecuan típicamente a una figura específica de las previstas en el C.P., se torna aplicable la previsión residual que contiene el art. 162 C.P.”. Ver Sentencia 32/97 del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 2° Turno, Revista de Derecho Penal (2000), pp. 143 y s.

GALAIN PALERMO, Pablo: “Los problemas de una política criminal de lucha contra la corrupción política mediante el castigo del abuso de la función. ¿Una estrategia exclusivamente uruguaya?”.

entendida como un elemento subjetivo del tipo. Este delito es funcional al sistema político (y también a una buena parte de la doctrina) que lo interpreta como el contralor judicial más incisivo que puede ejercer la justicia a la función pública, y por ello, quizás, la propia Suprema Corte de Justicia (SCJ) asume que no hay una falta de taxatividad o concreción *ex ante* en la formulación de la conducta prohibida. Aquí se dan dos problemas que están estrechamente conectados. En primer lugar, la infracción del principio de legalidad en cuanto a la taxatividad de la conducta prohibida que debe estar claramente determinada en forma previa a la conducta. En segundo lugar, la imposibilidad del autor de motivarse de forma debida en una norma abstracta que le quita toda legitimidad a la aplicación de una pena.

La jurisprudencia uruguaya parte del supuesto de que todos los funcionarios deben saber que no pueden abusar de la función, sin necesidad de ligar el abuso con una norma en concreto. La administración de justicia tiene la potestad de amoldar la materia de prohibición (*ex post*), porque “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 con que la Ley acota el acto en el art. 162 del C.P., es de carácter necesariamente subjetivo”.⁶⁴ Para la SCJ no hay una lesión al principio de legalidad ni a la finalidad de la pena porque la concreción del tipo objetivo surge de la intención del autor de llevar a cabo un acto arbitrario con abuso de su cargo en perjuicio de la administración o de particulares, sin importar que la concreción del abuso sea determinada a posteriori por un juez en aplicación de normas administrativas. La condena no tiene por qué demostrar en relación a qué norma concreta se ha abusado de la función, porque el dolo se fundamenta en la intención y el conocimiento de realizar un comportamiento simplemente arbitrario, que podría ser cualquier acto con potencialidad de causar un perjuicio a la administración o a terceros (según la razón del magistrado).

Como se puede apreciar, ni siquiera se necesita que el funcionario tenga la intención de incumplir leyes o normas administrativas concretas, sino que actúe a sabiendas de que potencialmente puede llegar a causar un perjuicio (¿Reputacional?, ¿Económico?) a la administración o a terceros. En el caso del Art. 162 la dirección de la acción final para la realización del tipo es ambigua y no queda claro desde una perspectiva *ex ante* todo lo que abarca el dolo en este delito. Está claro que el elemento volitivo solo puede ser deducido una vez probado el conocimiento de lo que se hace, porque “nadie puede querer realizar algo que no conoce”;⁶⁵ pero en estos casos parece que el dolo no está en la cabeza (conciencia y voluntad, según el Art. 18 CP) de quien actúa sino en la cabeza del que imputa la responsabilidad (adecuación típica a las leyes de la razón). Nada más peligroso para un Estado de Derecho basado en el principio de legalidad y en las garantías de todos los justiciables (incluyendo a los funcionarios) que un tipo penal de estas características. La expresión “en perjuicio de la Administración o de los particulares” contenida en el Art. 162 del CP no forma parte del dolo del autor, y es considerada como una referencia subjetiva del tipo penal, esto es, como si fuera un elemento subjetivo que cumple con una función

⁶⁴ Sentencia 400/09, SCJ. Ver Revista de Derecho Penal (2016), p. 288.

⁶⁵ MÚÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN (2015), p. 285.

constitutiva del tipo penal para contribuir a la precisión del injusto (principio de certeza del tipo penal).⁶⁶

En lo que podría decirse que es doctrina mayoritaria, Langón asume una posición crítica (incluso ante la existencia de este delito), y exige que haya “abuso, arbitrariedad y finalidad perjudicial, y la conducta no encaje en ningún tipo penal”,⁶⁷ pero no aclara los límites del dolo ni hace referencia a cómo se determina la intención y la voluntad de “sobrepasar los límites de las funciones que le competen, según la ley”.⁶⁸ Por su parte, en una posición que ya debería abandonarse en un Estado de Derecho (pero que es constantemente citada por la jurisprudencia), Bayardo se contenta para la imputación con cualquier tipo de abuso “pero junto a otros supuestos de quebrantamiento del deber funcional”,⁶⁹ como si se tratara de un delito de omisión donde no hace falta determinar *ex ante* cual es la posición de garante y a qué límites se sujeta la misma. Pero, además, sin ningún tipo de consideración crítica (en realidad, su postura es avaladora) sobre la imputación de un delito de estas características, sostiene que habrá dolo directo en la “voluntad de ordenar o cometer un acto y conciencia de que el mismo implica un abuso del cargo y se dirige al perjuicio de particulares o de la propia administración”.⁷⁰

Como puede verse, esta es una figura penal que dice mucho sobre las características de un sistema penal más o menos respetuoso del principio de legalidad (certeza) y del Derecho penal como *ultima ratio*, cuya inobservancia — en lugar de su continua utilización— hablaría bien de los aplicadores de la norma y cuya derogación hablaría mejor del sistema político. La doctrina, sin embargo, comienza a alzar la voz porque la norma viola la exigencia de determinación de la ley cuando “a pretexto de su interpretación, se incorporen a su sentido los propios, personales y subjetivos criterios de valoración del juzgador, que desvirtuarían la competencia exclusiva del legislador y la trasladarían por vía indirecta, pero de todos modos claramente inconstitucional, a quien no lo es”.⁷¹ La aplicación de este delito es constante porque cuenta con el aval de la SCJ en cuanto a su constitucionalidad,⁷² a pesar de que con ello se lesiona el principio de legalidad en la exigencia de certeza.⁷³

⁶⁶ A favor de la derogación del delito de abuso de funciones, sostuvo Gastón Chaves en el Parlamento: “[...] lo que hacemos es trasladar las incertidumbres del objetivo hacia lo subjetivo. [...] lo objetivo es demasiado amplio y lo subjetivo también, porque el sectarismo, la prepotencia, la venganza y el rencor a veces son inverificables”. Disponible en: <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/ficha-asunto/134340> [visitado el 30/03/2021].

⁶⁷ LANGÓN (2007), p. 186.

⁶⁸ LANGÓN (2007), p. 186.

⁶⁹ BAYARDO (1979), p. 176.

⁷⁰ BAYARDO (1979), p. 181.

⁷¹ CHAVES (2015) p. 115. Según este autor, la violación del Art. 10 de la Constitución es manifiesta, pues “nadie será obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe, al mismo tiempo que afirma la competencia exclusiva del legislador de restringir la libertad en razón de hechos lesivos, prohíbe que ella se traslade a otro magistrado, ya sea de modo directo o indirecto”. CHAVES (2015) p. 115.

⁷² Sentencia 61 de 1° de Abril de 2005, donde confirma la constitucionalidad en base a argumentos formales como que el tipo penal contiene el precepto (norma) y la sanción, además de describir una conducta típica y haber sido sancionada según los requisitos que exige la ley. Como se ve, la SCJ se afilia a una visión positivista extrema para la interpretación del derecho que no se compasa con los tiempos y las teorías actuales.

⁷³ A diferencia de los concretos delitos de cohecho, fraude y demás tipos penales vinculados con la corrupción, el Art. 162 “crea un continuo de ilicitudes, según el cual, toda infracción a los deberes funcionales, en ausencia

GALAIN PALERMO, Pablo: “Los problemas de una política criminal de lucha contra la corrupción política mediante el castigo del abuso de la función. ¿Una estrategia exclusivamente uruguaya?”.

En segundo lugar, decíamos que se trata de un delito de peligro abstracto en relación al bien jurídico administración pública, de modo que para la jurisprudencia y gran parte de la doctrina, basta para realizar el tipo penal la “potencialidad efectiva del acto para producir ese daño”.⁷⁴ La jurisprudencia de la SCJ en forma constante avala esta interpretación funcional a la imputación penal. Solo una vez modificó su criterio en la sentencia 248 de 2006, cuando exigió para la interpretación del tipo objetivo que se haya causado un daño concreto,⁷⁵ limitando de esta forma la laxitud del tipo penal y los amplios criterios de interpretación judicial.⁷⁶

En tercer lugar, referíamos a que el tipo penal del Art. 162 es una figura residual que se aplica allí cuando no se ha podido demostrar otro delito en concreto (principio de especificidad). En la praxis es una “carta segura” para una intervención exitosa de la administración de justicia, que cumple con el objetivo de una imputación de responsabilidad penal como reacción en casos complejos relacionados con las políticas de gobierno. La praxis uruguaya muestra que el tipo penal del Art. 162 CP es funcional a la persecución de todo tipo de abusos, que de no aplicar este tipo residual quedarían impunes o dentro de la cifra negra del delito.⁷⁷ Esos abusos son innominados, no solo porque el delito se imputa a falta de adecuación típica de los hechos en otra figura de la misma sección del código penal, sino también porque es el juez quien determina la arbitrariedad del acto según reglas de la razón.⁷⁸ En realidad, la utilización de este tipo penal que permite una segura imputación de todo aquello que no se pueda probar que “encaja” en un tipo penal relacionado con ilegalidades en el desempeño de la función pública, puede ser un arma de doble filo debido a la falta de precisión del tipo que repercute en la prueba del injusto según parámetros de certeza y claridad de la imputación, que influyen negativamente en el mensaje preventivo general de toda intervención del Derecho penal.

4. Deficiencias de la estrategia contra la corrupción política como problema comunicativo y de percepción

En las estadísticas del Poder Judicial entre 2003 y 2013 el 9.2% de los casos de corrupción se resolvieron con la imputación de abuso innominado de funciones.⁷⁹ Desde la época del noventa del siglo pasado en adelante, en casos emblemáticos desde un punto de vista político —como en los casos del “Banco Pan de Azúcar”, “PLUNA” o “ANCAP”— la imputación penal fue de “abuso innominado de funciones”. Esto deja cuestiones abiertas en relación al

de otra incriminación específica, constituiría el delito innominado que llena automáticamente ese vacío de especificidad”. CHAVES (2015), p. 120.

⁷⁴ BASAISTEGUI (2014), p. 159.

⁷⁵ BASAISTEGUI (2014), p. 160.

⁷⁶ Esta sentencia había ofrecido esperanzas a la doctrina, pues el daño concreto era un elemento objetivo que limitaba los amplios criterios de interpretación judicial del abuso. CAMAÑO VIERA (2008).

⁷⁷ BASAISTEGUI (2014), *passim*; BASAISTEGUI (2017), *passim*; ACOSTA y CAVANNA (2014), *passim*.

⁷⁸ El legislador italiano puso fin al carácter de “innominado” del delito exigiendo que el abuso se cometa respecto a específicas reglas de conducta previstas en la ley que no permitan margen alguno de discrecionalidad al juez. PERIN (2020), *passim*.

⁷⁹ Según datos confeccionados por Marcelo Brito del Registro Nacional de Antecedentes Judiciales del Instituto Técnico Forense, 24.06.2014.

foco de interés de la investigación, que parece mucho más orientado a perseguir el *uso cattivo del potere*⁸⁰ (esto es, llevar adelante indagaciones de tipo administrativo para proteger el buen nombre de la función pública o la falta de fidelidad hacia la función),⁸¹ que de lucha contra la corrupción mediante uso de las herramientas materiales y procesales del Derecho penal. Concentrar la investigación en la actuación de los funcionarios públicos con el objetivo de reprochar sus conductas abusivas y desleales para con la función, es una renuncia a “descubrir” todo el marco corrupto en el que el acto abusivo ha tenido lugar.

En otro orden de cosas, la jurisprudencia apegada al positivismo y al tecnicismo jurídico,⁸² esto es, alejada de cualquier interpretación teleológica que incluya a la Constitución y a la normativa supranacional, recurre en materia comparada a doctrina italiana pretérita, vinculada no solo a tiempos difíciles para el Estado de Derecho en aquel país sino al tipo penal original del Art. 323 del Código Rocco. De esta forma desconoce no solo toda la discusión de la doctrina italiana “moderna”, que interpreta al código penal según la Constitución, sino también ignora las modificaciones que ese tipo penal ha tenido a lo largo del tiempo para disminuir su amplitud y todos los reparos constitucionales de un tipo penal abierto y de peligro abstracto,⁸³ donde el juez determinaba *ex post* la materia de prohibición.⁸⁴

En Uruguay existe una idea asentada de que la corrupción no es un problema grave o, al menos, que no se trata de algo que preocupe a la población uruguaya, que se considera como la “menos corrupta” de la región. Este imaginario colectivo se refuerza, desde lo normativo o abstracto, con la inexistencia de tipos penales que prohíben la corrupción entre privados y, desde la política criminal, con la praxis judicial que resuelve los casos de corrupción más complejos y mediáticos mediante una imputación penal de conductas ya atrapadas por el derecho administrativo sancionador. Esta orientación político criminal envía el mensaje equivocado de que la corrupción es un problema vinculado a la deshonestidad o falta de fidelidad de algunos malos funcionarios que puede ser solucionado por el Derecho penal. En los hechos, el delito de abuso innominado de funciones es un tipo penal abierto y residual que permite imputar al autor cuando no se puede “probar” que ha cometido cualquier otro delito contra la administración pública.

La estrategia político criminal uruguaya, por un lado, es expansiva porque permite una imputación residual en investigaciones en las que no se han obtenido pruebas concretas de algún tipo penal más específico y, por otro lado, es minimalista o reduccionista porque renuncia a investigar la corrupción en un sentido estructural o sistémico. Concentrar la lucha contra la corrupción en las conductas aisladas de funcionarios ímprobos (que es tarea del derecho administrativo sancionador) no solo reduce las funciones comunicativas y

⁸⁰ BRICOLA (1966), *passim*.

⁸¹ El hecho de construir el tipo penal como una figura de peligro donde solo importa que el funcionario persiga una ventaja sin que fuera relevante el daño concreto, condujo a la doctrina italiana a pensar que se castiga un deber de fidelidad en lugar de la lesión de un bien jurídico. FIANDACA y MUSSO (1991), *passim*.

⁸² Incluso la doctrina penal dominante, “que ha sustituido un positivismo sociológico o naturalista por un positivismo jurídico, devoto de la omnipotencia del legislador, es decir, del poder público”. VIANA REYES (1981), p. 96.

⁸³ Luego de la reforma de 1997 el tipo del abuso ya no es innominado sino “nominato e típico”. ROMANO (2006), p. 262.

⁸⁴ Ver recientemente con amplia cita bibliográfica, PERIN (2020), *passim*; BOSI (2017), *passim*.

GALAIN PALERMO, Pablo: “Los problemas de una política criminal de lucha contra la corrupción política mediante el castigo del abuso de la función. ¿Una estrategia exclusivamente uruguaya?”.

preventivas del Derecho penal sino también la percepción ciudadana en cuanto a la visibilización y comprensión de un problema complejo que afecta a las instituciones y al propio Estado de Derecho. Este enfoque de lo corrupto como un abuso en el ejercicio de lo “público” sirve como variable explicativa de la estrecha visión del ciudadano uruguayo, que se considera ajeno al problema y piensa que vive en un país “libre” de corrupción o con un nivel de corrupción “tolerable”.⁸⁵ Este imaginario colectivo inducido por la norma penal y la política criminal nacional no está alejado de la realidad y es refrendado por la calificación de organismos⁸⁶ y de medios de comunicación internacionales.⁸⁷ En el mismo sentido se pronuncian organizaciones dedicadas a medir los índices de corrupción, si bien cabe recordar que tales índices se confeccionan considerando la opinión de empresarios y ciudadanos del país involucrado. En el informe de Transparency International de 2018⁸⁸ Uruguay ocupaba el puesto número 23 a nivel mundial y en 2019 ascendió al puesto 21,⁸⁹ lo que lo posiciona como el país más “transparente” de América Latina, claro está, según índices que se construyen considerando la opinión y la percepción de los ciudadanos que allí habitan.

Además de la percepción subjetiva de la corrupción existe una corrupción objetiva que se tendría que medir con indicadores que permitan comparar en el tiempo y espacio informes policiales, sentencias judiciales, casos de corrupción que tomaron público conocimiento, aunque no recibieron tratamiento penal, volumen del fraude fiscal, etc.⁹⁰ Lamentablemente hay un grave problema de producción (y acceso) de datos que dificulta la comprensión total del fenómeno. La conjunción de la autopercepción de la sociedad, de la consideración internacional y el difícil acceso a datos objetivos, coadyuvan a crear la idea de ajenez del Uruguay con la corrupción y con la noción de ésta como un problema. Todo ello puede servir de variable para explicar la estrategia política criminal empleada para los casos de corrupción que involucran a las altas esferas de poder, que he denominado de anodina y deficiente según la función preventiva y comunicativa del Derecho penal.

⁸⁵ “La corrupción es un fenómeno borroso, difícil de registrar por su opacidad e ilegalidad. Hasta ahora han predominado las encuestas y entrevistas de opinión o de victimización al momento de estudiarla, lo que conlleva los aspectos relativos a la construcción de ese fenómeno social desde las percepciones de las personas”. HERNÁIZ *et al.* (2014), p. 136.

⁸⁶ Disponible en: <https://tinyurl.com/yfkw47g> [visitado el 15/11/2021]. Según el sitio web del Banco Mundial actualizado en octubre 2019: “En términos relativos, su clase media es la más grande de América, y representa más del 60% de su población. Uruguay se ubica entre los primeros lugares de la región en relación con diversas medidas de bienestar, como el Índice de Desarrollo Humano, el Índice de Oportunidad Humana y el Índice de Libertad Económica. La estabilidad de las instituciones y los bajos niveles de corrupción se reflejan en el alto grado de confianza que tienen los ciudadanos en el Gobierno”. Disponible en: <https://www.bancomundial.org/es/country/uruguay/overview> [visitado el 15/11/2021].

⁸⁷ Dice el Diario El País de Madrid: “La estabilidad política y jurídica, los bajos niveles de criminalidad, de corrupción y de pobreza han convertido a Uruguay en una isla dentro de Latinoamérica. Las empresas multinacionales se instalan en Montevideo y en las zonas libres de impuestos; las potencias mundiales también se disputan el territorio, muchas veces ante la indiferencia de los propios uruguayos.” Disponible en: https://elpais.com/economia/2019/04/10/actualidad/1554921124_678155.html [visitados el 16/10/2019].

⁸⁸ Disponible en: <https://www.transparency.org/cpi2018> [visitado el 07/10/2019].

⁸⁹ Disponible en: <https://www.transparency.org/en/cpi/2019/results/ury> [visitado el 14/09/2020].

⁹⁰ JUAN DIEZ (2013), p. 225.

No debería llamar la atención que en Uruguay las reacciones sociales frente a la corrupción sean ambivalentes. Al mismo tiempo que la población considera que la corrupción no es un problema relevante, se la percibe en constante aumento y, en opinión de la mayoría, ella no puede ser tolerada.⁹¹ De esta manera se podría decir que para la mayoría de los ciudadanos la corrupción está en aumento, aunque no sea considerada como un problema o riesgo del país, porque la justicia penal es implacable en la represión de los corruptos. En los tiempos en los que se gobierna a través del delito,⁹² la eficiencia y la eficacia del sistema en la administración de los casos penales requiere de una rápida imputación de responsabilidad individual, pues ello alimenta de modo más satisfactorio las estadísticas oficiales que una engorrosa y costosa investigación sobre las causas profundas, las vías de comunicación nacional e internacional y los partícipes de complicados casos de corrupción.⁹³ En ese sentido, cuando se pone el foco de la lucha contra la corrupción en la persona del funcionario público, para evitar actos arbitrarios o de abuso de poder en perjuicio (daño potencial o abstracto) de la administración o de terceros, los objetivos del legislador y del aplicador del Derecho penal se conectan y se ensamblan perfectamente.

El problema de la corrupción tiene ribetes jurídicos y de percepción social que deben ser considerados al momento de analizar la política criminal que se utiliza para su control. De algún modo, con independencia del nivel de tolerancia social con la corrupción, el sistema republicano (político [legislativo], de gobierno [ejecutivo] y jurídico [judicial]) ha enviado a la población una señal de “ausencia” de gran corrupción en la administración pública y, en una sociedad que no se auto percibe como corrupta, se refuerza la idea de no inmiscuir al Derecho penal en la prevención y represión de la corrupción en las relaciones privadas. De esta forma, se confirma o construye a “escala país” una imagen auto perceptiva de “honestidad” tanto en las relaciones privadas como en la escena política a gran escala. Sin embargo, la “inflexibilidad” frente a la corrupción solo se concentra y manifiesta en la conducta abusiva o arbitraria de los funcionarios públicos, según una estrategia político-criminal que “deja fuera” toda una serie de comportamientos corruptos que, de ser considerados delictivos (ámbito privado) o perseguidos en toda su dimensión y complejidad (ámbito público), podrían llegar a modificar la percepción del problema. En mi opinión, esta es una política criminal oblicua, no solo porque distorsiona la percepción ciudadana sino porque se muestra como implacable, cuando en los hechos de forma indirecta ofrece un manto de protección o de impunidad para todo el entramado sobre el que la corrupción se planifica y concreta.⁹⁴

5. El uso del Derecho penal como terreno de disputas políticas

⁹¹ Según Latinobarómetro solo el 1% de la población considera que la corrupción es un problema, pero el 59% la considera en constante aumento y el 65% manifiesta que ella no puede ser tolerada. Para el 80% la corrupción no puede ser “moneda de cambio” para solucionar problemas o lograr objetivos individuales. En este índice se encuentra una diferencia con la percepción del ciudadano chileno, que en un 26% estaría dispuesto a aceptar algún tipo de práctica corrupta siempre que se consiga algún beneficio concreto. Este aspecto llama la atención pues Chile es históricamente junto a Uruguay uno de los países con menos percepción de la corrupción.

⁹² SIMON (2011), *passim*.

⁹³ Disponible en: <https://tinyurl.com/yjmtdw12> [visitado el 15/11/2021].

⁹⁴ GALAIN PALERMO (2021).

GALAIN PALERMO, Pablo: “Los problemas de una política criminal de lucha contra la corrupción política mediante el castigo del abuso de la función. ¿Una estrategia exclusivamente uruguaya?”.

5.1. En la praxis, por lo general, el abuso de funciones es un tipo penal que se utiliza en casos relacionados con la corrupción política y que genera reacciones políticas que ponen en cuestionamiento la utilización del Derecho penal en el caso concreto. Las investigaciones penales sobre este delito caen bajo la sospecha de que su “utilización” tiene un objetivo distinto a la lucha contra la corrupción. Por un lado, se sospecha que se utiliza para perseguir a opositores políticos que ya han abandonado sus cargos y, por otro lado, para realizar denuncias penales desde la oposición política contra los funcionarios en actividad identificados con partido de gobierno. Lo dicho quizás explique el fracaso de los proyectos de derogación presentados por los senadores Sanguinetti (Partido Colorado) y Michelini (Frente Amplio) en 2007 y en 2017.⁹⁵

5.2. El fenómeno de la lucha contra la corrupción no es solo una cuestión de la administración de la justicia, sino que es un terreno de disputas políticas, donde el Derecho penal es utilizado para cumplir con funciones ajenas a sus cometidos. El Art. 162 CP es funcional para medir (también políticamente) el correcto desempeño de los funcionarios, una tarea “impropia” del sistema penal, que este delito le permite a fiscales y jueces porque tiene el aval de todo el sistema político.⁹⁶

5.3. Este delito, que convierte al aplicador del derecho en legislador, pese a las sospechas de inconstitucionalidad por contradecir la separación de poderes,⁹⁷ aún sigue vigente porque se ha considerado como un objeto de disputa del campo político, respecto del cual ningún gobierno en ejercicio quiere ser responsable de su derogación.⁹⁸ Este es un delito que se ha “amoldado” al “campo de batalla” de la política, motivo por el cual la política criminal, por un lado, tiene que prestar atención para no cruzar los límites insuperables que coloca la dogmática penal,⁹⁹ y por otro lado, para no traspasar determinadas fronteras del campo de la política que tienen que ser evaluadas por instituciones de contralor y, en último término, por la ciudadanía.¹⁰⁰ Este delito, de constante aplicación en la praxis, puede ser identificado como aquel que mejor muestra la delicada situación que se vive en muchos países en cuanto a lo

⁹⁵ Durante la última discusión parlamentaria dijo el Senador Alberto Heber: “El sistema político uruguayo ha convivido con este delito y nunca hay una buena ocasión como para que, en una circunstancia determinada, podamos mirarlo sin nombre y apellido. Esto es lo que nos ha pasado. Por eso cuando el doctor Sanguinetti presentó la propuesta de derogararlo, no reunió los votos”. Disponible en: <https://tinyurl.com/ygsr8t6o> [visitado el 29/03/2021].

⁹⁶ Según el ex Presidente José Mujica (2005-2010): "Hace años que hay que eliminarlo porque sirve para un barrido y un fregado... hay que sustituirlo por algo... cambiarlo ahora porque tenemos una acusación no te la llevo. Aguantamos todo lo que haya que aguantar y después en todo caso lo cambiamos, pero no antes", Disponible en: <https://www.montevideo.com.uy/Noticias/Mujica-sobre-abuso-de-funciones-uc222774> [visitado el 15/11/2021]

⁹⁷ Por todos, CHAVES (2016), *passim*; ALLER (2018), *passim*.

⁹⁸ También hay quienes sostienen que este tipo penal subsidiario “cumple un rol fundamental, en tanto atrapa determinadas conductas que quedarían sin reproche penal”, en apoyo de una lógica punitivista basada en la necesidad de la administración de lograr imputaciones penales. BASAISTEGUI (2014), p. 163.

⁹⁹ VON LISZT (1999), p. 71.

¹⁰⁰ BUSTOS GISBERT (2012), *passim*. Para este autor el juicio penal no puede sustituir al juicio político democrático, tampoco se puede confundir la sanción política con la penal ni la inocencia política con la penal, porque todo ello en definitiva termina afectando la calidad del sistema político y la credibilidad del sistema penal. BUSTOS GISBERT (2012), pp. 328 y ss.

que se ha denominado “politización de la justicia” o “judicialización de la política”,¹⁰¹ donde poco importa el menoscabo al principio de legalidad pues lo que está en juego es algo distinto a una imputación de responsabilidad penal.¹⁰² Judicializar la política es una decisión de política (criminal) y su consecuencia más peligrosa, para la independencia del poder judicial y la legitimidad de las decisiones en la lucha contra la corrupción, es la politización de la justicia,¹⁰³ porque ello atenta contra la legitimidad de todo el sistema jurídico.

6. La aplicación práctica del abuso de funciones para la lucha contra la corrupción política

Un rápido repaso de los casos más importantes de corrupción del Uruguay de las últimas cuatro décadas, según el criterio de la jerarquía de los funcionarios y del interés mediático, permite sostener que el abuso de funciones es la figura que la administración de justicia penal ha utilizado en modo preferente para la lucha contra la corrupción en las altas esferas del poder. Sirvan como ejemplos el caso de la venta del Banco Pan de Azúcar (BPA) en los noventa y los recientes casos de ANCAP y de PLUNA, que pueden ser considerados procesos paradigmáticos, pues, aunque potencialmente podían poner en cuestionamiento decisiones puntuales de gobierno y el funcionamiento general de políticas institucionales,¹⁰⁴ concluyeron con condenas individuales de abuso innominado de la función pública.

La dictadura cívico-militar (1973-1984) dejó un grave problema financiero,¹⁰⁵ que tuvo como consecuencia la quiebra de cuatro de los bancos privados más importantes durante el primer mandato de Julio María Sanguinetti (1984-89). En 1985 el BPA es intervenido y el estado adquiere el paquete accionario a través del Banco de la República (BROU) y la Corporación Nacional para el Desarrollo.¹⁰⁶ Con la llegada del Presidente Luis Alberto Lacalle (1990-1995) el BPA se vendió a un consorcio extranjero liderado por el empresario franco marroquí Stephan Benhamou en cinco millones de dólares, cuando se habían recibido ofertas superiores.¹⁰⁷ Previamente el Estado había utilizado recursos propios y créditos

¹⁰¹ DIEZ-PICAZO (2000), *passim*.

¹⁰² Para algunos esto se debe a que la responsabilidad política que mide el respeto a las normas jurídicas ha sido sustituida por la responsabilidad judicial. BUSTOS GISBERT (2012), *passim*.

¹⁰³ Según el ex vicepresidente DANILO ASTORI (2005), *passim*; DANILO ASTORI-(2010), *passim*, hay que evitar que la necesaria derogación del delito de abuso innominado de funciones “se tome como un beneficio o un oportunismo político para quienes están siendo juzgados”. <https://www.lr21.com.uy/politica/1151912-mujica-y-astori-coinciden-en-mantener-por-el-momento-el-delito-de-abuso-de-funciones>

¹⁰⁴ En cuanto a las fallas desconocidas o conocidas y toleradas en los controles del gasto público; en cuanto a legitimar la discusión sobre la necesidad de mantener en funcionamiento a determinadas empresas en la órbita del Estado; en cuanto al régimen monopólico de algunas actividades; en cuanto a la participación de “grupos organizados de poder” en negocios con estas empresas; en cuanto a las vías de lavado del dinero; etc.

¹⁰⁵ Disponible en: <https://tinyurl.com/ygturma4> [visitado el 20/11/2019].

¹⁰⁶ “El Gobierno buscó que los bancos en dificultades, a través de un plan de reestructuración y rehabilitación financiera y administrativa, aseguraran su viabilidad para luego ser reprivatizados. De esta manera, para evitar el cierre de estas instituciones, el Estado se hizo cargo de ellas, comprando sus carteras a un costo de aproximadamente USD 400.000.000”. PRATS (2008), p. 67.

¹⁰⁷ “La oferta aceptada fue de cinco millones de dólares, cuando poco antes se habían rechazado ofertas de quince y hasta treinta millones de dólares, provenientes de entidades financieras más reconocidas internacionalmente que la que se lo adjudicó, en definitiva. El argumento más fuerte esgrimido por el BCU fue que los adquirentes aseguraban la fuente de trabajo de los cuatrocientos empleados del banco y el compromiso “tácito” de “promover el desarrollo nacional”. PRATS (2008), p. 67.

GALAIN PALERMO, Pablo: “Los problemas de una política criminal de lucha contra la corrupción política mediante el castigo del abuso de la función. ¿Una estrategia exclusivamente uruguaya?”.

internacionales para la compra del BPA (una suma estimada entre 90 y 95 millones de dólares). De esta forma, el estado adquiría el banco y asumía las deudas a un alto precio y luego lo vendía a uno casi irrisorio, en lo que constituía un pésimo negocio con dinero público y un posible favorecimiento de intereses privados. El BCU era garante del control de todo el proceso de compra de los paquetes accionarios de los bancos durante el proceso de reprivatización.

El resultado final arrojó la única condena por el delito de “Abuso innominado de funciones” de Enrique Braga, ex Ministro de Economía y ex Presidente del Banco Central del Uruguay (BCU), en tanto existían dudas sobre la titularidad del paquete accionario, entre otras irregularidades. Es verdad que también hubo imputaciones de altos jefes cercanos al gobierno por el delito de “conjunción del interés personal con el público”, pero el foco de atención y del reproche se centró en el abuso innominado de funciones, que es la figura preferida para los casos de corrupción de extrema complejidad política. En particular, como no se pudo constatar un enriquecimiento personal de Braga, se prefirió imputar la conducta de “abuso de la función” en lugar de indagar sobre la posibilidad de un “engaño en los actos o en los contratos en que debía intervenir por razón de su cargo”, que causaran un daño “a la Administración en beneficio propio o ajeno”, que hubiera constituido una conducta concreta de fraude. La imputación de una figura residual cuyo injusto se compone de “comportamientos innominados” del funcionario, que a juicio del juzgador signifiquen un “abuso en el ejercicio de la función”, no es una buena noticia para la seguridad jurídica en un Estado de Derecho. Este caso puso en evidencia que la justicia penal no estaba preparada para la investigación de complejas tramas financieras propias de la criminalidad organizada transnacional y, además, permitió constatar la ausencia de debidos controles estatales en las actividades financieras (*compliance*).¹⁰⁸ Entre otras consecuencias políticas, la oposición exigió una nueva legislación en materia de delitos económicos, pues la realidad estaba mostrando que ellos tienen estrechos vínculos con la corrupción de los funcionarios públicos

El siguiente caso sirve para mostrar los problemas en la aplicación de este tipo penal, según las mismas reglas de la razón a las que somete la conducta de los funcionarios en el ejercicio del cargo. En el año 2012 PLUNA¹⁰⁹ suspendió las operaciones por su situación económica y el Poder Ejecutivo envió al parlamento un proyecto de ley para su liquidación. Se creó un fideicomiso para la transferencia de los bienes y a finales del año se realizó la subasta pública. Como no hubo oferentes ni interesados, el gobierno buscó una solución de emergencia. En ese contexto, el gobierno de José Mujica solicitó al BROU hacer el mayor esfuerzo para solucionar un problema de “interés nacional” mediante el otorgamiento de un aval a una empresa extranjera interesada en adquirir los bienes subastados. El aval bancario fue otorgado aun cuando la empresa no ofrecía las garantías necesarias. En la subasta pública no hubo competidores, sin embargo, el 4 de abril de 2014 se dispuso el procesamiento sin prisión del ex Ministro de Economía Fernando Lorenzo y del ex Presidente del BROU, Fernando Calloia, por el Art. 162 CP dadas las irregularidades en el otorgamiento del aval bancario a

¹⁰⁸PRATS (2008), pp. 63 y ss.

¹⁰⁹ PLUNA era una aerolínea de bandera uruguaya, subsidiada por el Estado (Ley 9.940 de 1940) que funcionaba como Ente Autónomo, hasta que la Ley 16.211 de 1991 le permitió asociarse con capitales privados y en 1995 se asoció con la empresa VARIG de Brasil, convirtiéndose en PLUNA S.A.

la empresa adquirente (COSMO).¹¹⁰ En realidad, la justicia no pudo probar que hubo perjuicio para la administración ni para particulares (concretos competidores), de modo que se concentró en el mero hecho del abuso de función en todo lo concerniente al trámite arbitrario del aval bancario.¹¹¹ El injusto reside en la discreción del funcionario contraria a las leyes de la razón, sin que se haya considerado que el acto arbitrario era motivado por la intención de ser funcional a una “urgencia del gobierno” para evitar pérdidas millonarias en contra del erario público. En el caso hubo una intención de favorecer a una empresa, pero no fue en detrimento de la administración o de empresas competidoras. En todo caso, los funcionarios actuaron en miras del interés público, pues ninguno de los imputados penalmente recibió algún tipo de beneficio concreto (más allá de “cumplir” con una solicitud de la jerarquía más alta del gobierno). A pesar de la solicitud fiscal, en 2017 la Jueza de Crimen Organizado absolvió a Lorenzo por considerar que no fue garante de la operación; sin embargo, el Tribunal de Apelaciones de 1° turno confirmó la condena por abuso de funciones de Calloia y revocó la absolución de Lorenzo. Este tipo penal que resulta implacable desnaturaliza los fines del Derecho penal y cumple una función selectiva de reproche contra algunas decisiones del sistema político y de gobierno, aunque para ello, aplique la estrategia del sacrificio de “chivos expiatorios” y de una política criminal oblicua o anodina en la lucha contra la corrupción.

En 2016 se investigaron presuntos hechos de corrupción del ex Presidente de ANCAP,¹¹² Raúl Sendic, que desembocaron en su renuncia cuando ya estaba en funciones como Vicepresidente de la República (2015-2020), debido al inicio de juicio penal en su contra por su periodo al frente del ente autónomo.¹¹³ La Fiscalía para el Crimen Organizado solicitó el enjuiciamiento sin prisión de algunos directores de ANCAP y de algunos gerentes de empresas vinculadas al ente (subsidiarias) que operan en el ámbito del derecho privado. Las conductas por las que se solicitaba la imputación penal a Sendic incluían reiterados delitos de peculado (Art. 153 CP) y dos delitos de abuso de funciones (Art. 162 CP).¹¹⁴ Esta investigación tuvo que discernir las normas del Derecho penal de las normas del derecho administrativo, para determinar qué violación de las reglas que rigen la administración pública y de los principios que rigen la actuación de los funcionarios públicos (ética, probidad) implican una trasgresión de la norma penal. Aquí la juez asume que no cualquier

¹¹⁰ Ver Sentencia 400/09, SCJ, Revista de Derecho Penal (2016), pp. 287 y ss.

¹¹¹ “Lo que se reprocha al procesado -como bien dice el Sr. Fiscal- es un actuar voluntario que reflejó un proceder individual, en el que impartió ordenes concretas y directas a sus subordinados “para la facilitación del otorgamiento del aval a C.S.L., en acto abusivo por excelencia, apto para causar perjuicio tanto a un particular, como a la Administración”, con clara conciencia de su disvalor. (...) Si esa actividad -a todas luces arbitraria- irrogó o no un perjuicio efectivo a la administración o a los particulares, en sustancia no es relevante”. Sentencia 400/09, SCJ, Revista de Derecho Penal (2016), p. 289.

¹¹² Esta es una empresa pública (Ente Autónomo) encargada de explotar y administrar el monopolio del alcohol y carburante nacional, el cemento portland, y tiene potestades de importar, refinar y vender derivados de petróleo. En 2016 se inició juicio penal por las eventuales responsabilidades penales que pudieran recaer sobre sus directores y funcionarios.

¹¹³ La renuncia de un Vicepresidente de la República en ejercicio por un acto de corrupción del pasado, sirve como muestra de la poca tolerancia que existe en relación a los hechos de corrupción en el ámbito público.

¹¹⁴ También se investigó a otros directores por el delito de abuso de funciones y a un gerente de empresa subsidiaria por un delito de estafa (Art. 347 CP). Caso individualizado como IUE 2-13757/2016, Juzgado Letrado Penal Especializado en Crimen Organizado de Primer Turno. En los hechos investigados por negocios de trading o intermediación, no se pudo probar la comisión de abuso de funciones.

GALAIN PALERMO, Pablo: “Los problemas de una política criminal de lucha contra la corrupción política mediante el castigo del abuso de la función. ¿Una estrategia exclusivamente uruguaya?”.

infracción que amerite responsabilidad administrativa constituye delito y delimita el concepto de funcionario público a quienes cumplen con una función pública, entendiendo por tal a toda aquella que implica el cumplimiento de los fines del estado. En lo que refiere a las responsabilidades de directores y gerentes de empresas vinculadas a ANCAP que operan en el ámbito del derecho privado, la justicia penal analizó algunos casos que culminaron en pérdidas de dinero para las arcas públicas, pero que fueron investigados únicamente en el marco del Art. 162 CP.¹¹⁵

Finalmente, el proceso penal en el caso ANCAP fue habilitado para las conductas de Sendic vinculadas con el uso indebido de las tarjetas de crédito para uso corporativo, utilizadas para la compra de efectos personales. El perjuicio total de estas maniobras para la administración pública fue de aproximadamente \$ 550.000 (quinientos cincuenta mil pesos uruguayos, lo que a la fecha serían unos U\$S 14.800, dólares americanos catorce mil ochocientos) y U\$S 38.000 (treinta y ocho mil dólares), de los cuales apenas hizo un reembolso durante todo su ejercicio como presidente de la empresa estatal de U\$S 130 (ciento treinta dólares).¹¹⁶ La fiscalía solicitó el enjuiciamiento de Raúl Sendic bajo la imputación de reiterados delitos de peculado (Art. 153 CP),¹¹⁷ solicitud acogida por la juez, porque la ausencia de control y las omisiones de la empresa no eximen al Presidente que no pudo justificar los gastos personales realizados con dicho medio de pago.¹¹⁸ Se entiende que en lugar de gastos debido a la función (incluso aquellos imprevistos) hubo una apropiación indebida de fondos públicos para gastos personales que estaban en su posesión por razón del cargo. De esta forma, la extensa investigación por hechos de corrupción ocurridos en ANCAP condujo apenas a una imputación penal del otrora presidente Sendic, por reiteradas conductas de peculado por la utilización indebida de la tarjeta corporativa (apropiación de fondos públicos) en concurso con un delito de abuso de funciones en casos no previstos por la ley.

Conclusión

Las instituciones y organismos que se dedican al análisis de la corrupción indican que Uruguay es uno de los países con menores índices de corrupción del continente americano,

¹¹⁵ En lo que refiere a los cargos de responsabilidad en las empresas vinculadas a empresas públicas pero que operan en el ámbito privado, no se puede hablar de actos de corrupción en el sentido de que los delitos que puedan llegar a ser cometidos (piénsese en una apropiación indebida, por ejemplo, que sería el símil del peculado de un autor que es sujeto privado) no forman parte del elenco de delitos que forman parte del fenómeno “corrupción”.

¹¹⁶ Dice la sentencia: “El indagado no aclaró las compras realizadas, ni en la nota presentada a la Junta de Transparencia y Ética Pública (JUTEP) ni en su comparecencia ante esta sede. Tampoco presentó las facturas correspondientes a los gastos ni comprobantes de haber procedido al reembolso a A.N.C.A.P. en caso de gastos personales (fs. 1941-1942 y 2606-2634)”.

¹¹⁷ “De acuerdo a los informes remitidos por ANCAP y las conclusiones de la JUTEP, la empresa estatal no llevaba a cabo el debido contralor del uso de las tarjetas corporativas, conforme estaba regulado en el reglamento de uso del año 2011”.

¹¹⁸ Estos gastos significan una desviación del objeto de tales tarjetas que solo pueden ser utilizadas en estrecho vínculo con la función desempeñada y en determinadas ocasiones (gastos imprevistos), máxime cuando algunos de ellos fueron realizados -incluso- durante periodo de licencia. “Esta conducta es violatoria de las normas de conducta exigibles a los funcionarios públicos en relación a la administración de fondos públicos, establecidas en los arts. 20 a 23 de la denominada Ley Anticorrupción n° 17.060 y del decreto n° 30/2003”.

lo que se condice con la autopercepción de los ciudadanos y con un sistema penal que reacciona en los casos vinculados con las altas esferas del poder.

La estrategia político criminal, sin embargo, es deficiente por varios motivos. En primer lugar, Uruguay ha decidido limitar el problema de la corrupción al ámbito público, sin considerar que hay otras formas de comprensión de dicho fenómeno que armonizan de mejor modo con los tiempos actuales y que deberían ser analizadas con mayor detenimiento, en cuanto a la necesidad de prevención mediante el Derecho penal en el contexto de lucha contra la corrupción, en un sentido amplio.

Segundo, en los grandes escándalos de corrupción vinculados con el poder político, el sistema penal no brinda demasiadas expectativas preventivo-comunicativas para la lucha eficiente contra la corrupción, como problema estructural o sistémico. El delito de abuso de funciones poco aporta para dimensionar el grave daño causado por la corrupción a las personas, a las instituciones y a la democracia; así como no visibiliza los caminos ocultos por los que transitan los involucrados en los casos más complejos de corrupción.

Tercero, el sistema penal se muestra implacable, pero su estrategia político criminal solo brinda una ilusoria o aparente sensación de control preventivo del ejercicio de la función pública.

Cuarto, la política criminal centrada en la imputación del abuso de funciones adolece de deficiencias desde el punto de vista constitucional. El tipo penal del Art. 162 CP es abierto y cumple una función residual, pues se aplica ante la insuficiencia de pruebas concretas para el reproche de cualquiera de las figuras penales que protegen bienes jurídicos relacionados con la administración pública. Esas pruebas insuficientes para imputar delitos con tipos objetivos concretos cumplen con los requisitos vagos y abstractos del abuso de funciones. Para ello basta con vincular el peligro abstracto para el bien jurídico tutelado con la arbitrariedad del acto (como elemento subjetivo que completa al tipo), según reglas de desempeño de la función identificadas *ex post* por el juez. La motivación del autor en la norma se torna un hecho imposible y la pena pierde legitimidad como la reacción proporcional, cuando todo indica que la reacción adecuada vendría de la mano del derecho administrativo sancionador.

Quinto, la estrategia político criminal seguida en Uruguay ingresa en el terreno resbaladizo y de fronteras difusas entre la política y la justicia penal, lo que trae como consecuencia un riesgo latente de *judicialización de la política* y *politización de la justicia*. Ello trae como consecuencia, que los políticos rindan cuentas de sus decisiones en el desempeño de la función (únicamente) ante los jueces penales y que el sistema político (con la connivencia del Poder Judicial) no se atreva a su derogación.

Sexto, considerar los problemas de la alta política como abusos o arbitrariedades en la función pública en perjuicio de la propia administración o de terceros, es una estrategia deficiente. Ello se explica porque desconoce que la corrupción es un fenómeno complejo donde no siempre están claramente delimitadas las funciones y los roles de todos los partícipes. Por ello, las investigaciones tienen que ir mucho más allá de las arbitrariedades

GALAIN PALERMO, Pablo: “Los problemas de una política criminal de lucha contra la corrupción política mediante el castigo del abuso de la función. ¿Una estrategia exclusivamente uruguaya?”.

individuales en el ámbito de la función. Solo así se pueden abarcar los elementos y defectos estructurales contaminantes de la calidad de la institucionalidad de un Estado de Derecho, incluyendo a todas las relaciones basadas en promesas de remuneración indebidas que puedan darse producto de la globalización, de las oportunidades de los mercados económicos-financieros y del ejercicio del poder.

Finalmente, la política criminal diseñada para la lucha contra la corrupción en casos relacionados con las más altas jerarquías no cumple satisfactoriamente con las funciones preventivas y comunicativas del sistema penal, porque se concentra en la persecución de los actos arbitrarios de los funcionarios públicos (tarea administrativo-sancionadora), sin considerar el contexto en el que aquellos actúan (tarea política criminal).

Bibliografía citada

- ACOSTA, Lucia; CAVANNA, Ignacio (2014): “El abuso innominado de funciones; un delito de peligro...en extinción”, en: Revista de Derecho y Tribunales (N° 25), pp. 93-106.
- ADRIASOLA, Gabriel (1999): Delitos de corrupción pública (Montevideo, Del Foro).
- ALAPONT, José (2018): “El delito de financiación ilegal de los partidos políticos desde la perspectiva de la responsabilidad penal de éstos como personas jurídicas”. Disponible en: <https://tinyurl.com/yhnn8ag9> [visitado el 21/10/2019].
- ALBRECHT, Hans-Jörg (2001): “La delincuencia organizada transnacional y los instrumentos internacionales de control” en Revista Catalana de Seguretat Pública (N°8), pp. 87-105.
- ALBRECHT, Hans-Jörg (2007): “International Kriminalität, Gewaltökonomie und Menschenrechtsverbrechen: Antworten des Strafrechts”, Internationale Politik und Gesellschaft, (2), pp. 153-169.
- ALLER, Germán (2018): “Derogación del delito de abuso de funciones (Art. 162 del Código Penal)”, Revista Cade: doctrina y jurisprudencia, (Vol. 45 N° 10), pp. 31-38.
- ARTAZA, Osvaldo (2019): “Corrupción entre particulares: lesividad de la conducta y consecuencias en sede de tipificación de acuerdo al análisis comparado”, en: Revista de derecho de Coquimbo (Vol. 26). Disponible en: <https://tinyurl.com/yfen6afn> [visitado el 10/09/2020].
- BANNENBERG, Britta (2002): Korruption in Deutschland und ihre strafrechtliche Kontrolle. Eine kriminologisch-strafrechtliche Analyse, (Germany, Luchterhand).
- BARATTA, Alessandro (1998): Criminología crítica y crítica del Derecho penal, 5ª ed., (México, Siglo Veintiuno).
- BAYARDO, Fernando (1979): Derecho Penal Uruguayo, Tomo IV, Parte Especial, I, (Montevideo, Dirección General de Extensión Universitaria).
- BOSI, Marinella (2017): La rilevanza penale dell’abuso del diritto, Università degli Studi di Macerata. Disponible en: <https://tinyurl.com/ygkppmhd> [visitado el 22/03/2021].
- BÖHM, Maria Laura (2019): The Crime of Maldevelopment. Economic Deregulation and Violence in the Global South (London, Routledge).
- BÖHM, Maria Laura (2020): “Criminal Business Relationships Between Commodity Regions and Industrialized Countries: The Hard Road From Raw Material to New Technology”, en: Journal of White Collar and Corporate Crime (N° 1), pp. 34-49.
- BRICOLA, Franco (1966): “In tema di legittimità costituzionale dell’art. 323 C.P.” en: Rivista Italiana Diritto Penale.
- BUSTOS GISBERT, Rafael (2012): “Corrupción política y Derecho”, en: FABIÁN Eduardo; ONTIVEROS, Miguel; RODRÍGUEZ, Nicolás (Coords.), El Derecho Penal y la política criminal frente a la corrupción (México, Ubijus), pp. 317-336.
- CAMAÑO VIERA, Diego (2008): “El delito de abuso de funciones en la nueva jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia”, en: Revista de Derecho Penal 17 (Montevideo, FCU) (N°17), pp. 157-167.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, (2019): Cuadernillo de jurisprudencia, N° 23: Corrupción y Derechos Humanos. Disponible en: <https://tinyurl.com/ye6p7qza> [visitado el 19/10/2019].

- GALAIN PALERMO, Pablo: “Los problemas de una política criminal de lucha contra la corrupción política mediante el castigo del abuso de la función. ¿Una estrategia exclusivamente uruguaya?”.
- CHAVES, Gastón (2015): *El Derecho Penal según la Constitución* (Montevideo, Universidad Católica del Uruguay).
- CRAWFORD, Adam (2002): “The growth of crime prevention in France as contrasted with the English experience: some thoughts on the politics of insecurity”, en: HUGHES, Gordon; MCLAUGHLIN, Eugene; MUNCIE, John (Eds.), *Crime prevention and community safety: new directions* (London, Sage), pp. 214-239.
- DIEZ-PICAZO, Luis (2000): *La criminalidad de los gobernantes* (Barcelona, Crítica).
- FABRICIUS, Dirk (2016): “Uruguay just desert: ¿Hay una obligación de castigar simplemente por haberlo merecido?”, en: GALAIN PALERMO, Pablo (Ed.), *¿Justicia de Transición? Mecanismos políticos y jurídicos para la elaboración del pasado* (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 205-232.
- FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo (1991): *Diritto penale. Parte speciale, Appendice: La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione* (Bologna, Zanichelli).
- GALAIN PALERMO, Pablo (2016): “A modo de conclusión”, en: GALAIN PALERMO, Pablo (Ed.), *¿Justicia de Transición? Mecanismos políticos y jurídicos para la elaboración del pasado* (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 399-415.
- GALAIN PALERMO, Pablo (2018): “Ámbito corporativo y ¿violación de los derechos humanos? En américa latina”, en: Saad-Diniz, Eduardo, Vitti, Victoria (Coords.), *Corrupção, direitos humanos e empresa* (Belo Horizonte, D’Plácido), pp. 53-82.
- GALAIN PALERMO, Pablo (2021): “Uruguay”, en: OLÁSULO, Héctor; BUITRAGO, Esperanza; MANÉ, Carmen; SÁNCHEZ, Andrés (Coords.), *Respuestas nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción. Particular atención al ámbito iberoamericano* (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 383-442.
- GALAIN PALERMO, Pablo (en prensa): “Empresas, Derecho Penal y Derechos Humanos: la necesidad de un concepto amplio de sanción”, en: Galain Palermo, Pablo; Saad-Diniz, Eduardo (Eds.), *Responsabilidad empresarial, Derechos Humanos y la agenda del Derecho penal corporativo* (Santiago, Tirant lo Blanch).
- GALTUNG, Johan (1969): “Violence, peace, and peace research”, en: *Journal of Peace Research* (Vol 6, N°3), pp. 167-191.
- GARCIA, Alfredo (2009): *Pepe. Coloquios* (Uruguay, Fin de Siglo).
- GARCIA PALOMINOS, Gonzalo (2019): “(In)compatibilidad del financiamiento ilegal de la actividad parlamentaria con el delito de cohecho (art. 248 y ss. CP)”, *Política Criminal* (Vol.14 N°27), pp. 122-172.
- GARLAND, David (1996): “The Limits of the Sovereign State: Strategies of Crime Control in Contemporary Society”, *British Journal of Criminology* (Vol. 36, N° 4), pp. 445-472.
- GRIEGER, Jürgen (2012): „Einleitung: Korruption, Korruptionsbegriffe und Korruptionsforschung“, en: GRAEFF, Peter; GRIEGER, Tanja (Hrsgs.), *Was ist Korruption? Begriffe, Grundlagen und Perspektiven gesellschaftswissenschaftlicher Korruptionsforschung* (Baden-Baden, Nomos), pp. 3-11.
- GÜNTHER, Klaus (2002): «Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe», en: PRITTWITZ, Cornelius; BAURMANN, Michael; GÜNTHER, Klaus; KUHLEN, Lothar; MERKEL, Reinhard; NESTLER, Cornelius; SCHULZ, Lorenz (Hrsgs.), *Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag* (Baden-Baden, Nomos).

- GÜNTHER, Klaus (2005): *Schuld und kommunikative Freiheit* (Frankfurt, Klostermann).
- HASSEMER, Winfried (2004): “Prevención general y aplicación de la pena”, en: *Principales problemas de la prevención general* (Montevideo, Bdef).
- HEFENDEHL, Roland; GALAIN PALERMO, Pablo (2020): *El Derecho penal económico en su dimensión global. Dogmática, criminología y política criminal* (Montevideo, Bdef)
- HERNAIZ, Carlos; PHELAN, Mauricio; CAMACHO, Jonathan (2014): “Sobre las mediciones de corrupción y su relación con el desarrollo y el bienestar en América Latina”, *Paradigmas* (Vol. 6, N° 2), pp. 131-177.
- HILLYARD, Paddy y TOMBS, Steve (2015): “From ‘Crime’ to Social Harm?”, en: CHAMBLIS, William; MOLONEY, Christopher (Eds.) *State Crime. Critical Concepts in Criminology* (London, Routledge), pp. 229-247.
- JAVATO, Antonio (2017): “El delito de financiación ilegal de los partidos políticos (arts. 304 bis y 304 ter CP) Aspectos dogmáticos, político criminales y de derecho comparado”, en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (núm. 19-26), pp. 1-41. <http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-26.pdf> [visitado el 21/10/2019].
- JUAN DIEZ, Nicolás (2013): “Actitudes hacia la corrupción”, en: Fernández Steinko (Ed.), *Delincuencia, finanzas y globalización* (Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas), pp. 211-244.
- KAISER, Günther (1971): *Kriminologie. Eine Einführung in die Grundlagen* (Karlsruhe, Müller).
- KINDHÄUSER, Urs (2007): “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán”. *Política Criminal* (N°3), pp. 1-18.
- LANGON, Miguel (2007): *Código Penal*, (Montevideo, UM), t. II
- LANGON, Miguel (2017): *Código Penal Uruguayo y Leyes Complementarias Comentados* (Montevideo, UM).
- MALET, Mariana (1999): *La corrupción en la Administración Pública* (Montevideo, Carlos Álvarez Editor).
- MALET, Mariana (2008): *Derecho penal, Hacienda y Administración pública* (Montevideo, FCU).
- MANNOZI, Grazia (2009): “Combatir la corrupción. Un recorrido entre criminología y Derecho penal”, *Boletín Mexicano Derecho Comparado* (vol. 42, N° 125), pp. 931-955.
- MELCHIONDA, Alessandro (2020): “La “corrupción entre particulares”. Análisis crítico de la regulación italiana”, en: *Revista Penal*, Julio (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 127-140.
- MONTANO, Pedro (2009): “Delitos de corrupción”, UY/DOC/447/2009.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes (2015): *Derecho Penal. Parte General* (México, Tirant lo Blanch).
- NEUMANN, Ulfrid (2018): “Problemas jurídico-penales fundamentales de la justicia de transición”, en: Reyes, Yesid (Ed.), *¿Es justa la Justicia Transicional?* (Bogotá, Universidad del Externado).
- NIETO MARTIN, Adán (en prensa): *Justicia empresarial restaurativa y víctimas corporativas*, en: GALAIN PALERMO, Pablo; SAAD-DINIZ, Eduardo (Eds.),

GALAIN PALERMO, Pablo: “Los problemas de una política criminal de lucha contra la corrupción política mediante el castigo del abuso de la función. ¿Una estrategia exclusivamente uruguaya?”.

- Responsabilidad empresarial, Derechos Humanos y la agenda del Derecho penal corporativo (Santiago, Tirant lo Blanch).
- OLASOLO, Héctor (2021): “Conclusiones”, en: OLÁSULO, Héctor; BUITRAGO, Esperanza; MANÉ, Carmen; SÁNCHEZ, Andrés (Coords.), Respuestas nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción. Particular atención al ámbito iberoamericano (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 827-884.
- OLASOLO, Héctor (en prensa): “Las respuestas a la corrupción estructural en las Américas y a su dimensión transnacional desde los instrumentos internacionales anticorrupción, el derecho internacional penal y el enfoque de derechos humanos”, en: GALAIN PALERMO, Pablo; SAAD-DINIZ, Eduardo (Eds.) Responsabilidad empresarial, Derechos Humanos y la agenda del Derecho penal corporativo (Santiago, Tirant lo Blanch).
- OTTATI, Amadeo (2000): “Aspectos penales de la Ley Anticorrupción”, en: Revista de Derecho (Montevideo, Universidad Católica del Uruguay), pp. 275-314.
- PEREZ CEPEDA, Ana y BENITO SANCHEZ, Demelsa (2012): “La política criminal internacional contra la corrupción”, en: FABIAN, Eduardo; ONTIVEROS, Miguel; RODRÍGUEZ, Nicolás (Coords.), El Derecho Penal y la política criminal frente a la corrupción (México, Ubijus), pp. 197-250.
- PERIN, Andrea (2020): “L’Imputazione per abuso d’ufficio: Riscrittura della tipicità e giudizio di colpevolezza”, La legislazione penale. Disponible en: <https://tinyurl.com/yeol53sb> [visitado 17/03/2021].
- PRATS, Martin (2008): Venta del Banco Pan de Azúcar en Uruguay: un caso de corrupción en las altas esferas, en Transparencia y probidad pública. Estudios de caso de América Latina. Chile: Universidad de Chile. Disponible en: <https://tinyurl.com/3uxwybh> [visitado el 18/11/2019].
- QUERALT, Joan (2007): “La corrupción en los negocios: algunas cuestiones penales”, en: MIR PUIG, Santiago; CORCOY, Mirentxu (Dirs.), Política criminal y reforma penal (España, Edisofer), pp. 401-439.
- RIVERA BEIRAS, Iñaki (2005): “Elementos para una aproximación epistemológica”, en: RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.), Política Criminal y Sistema Penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas (Barcelona, Anthropos), pp. 15-44.
- ROMANO, Mario (2006): “Abuso d’ufficio”, Commentario sistematico. I delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali, Milano.
- ROSE-ACKERMAN, Susan (2001): La Corrupción y los Gobiernos. Causas, consecuencias y reformas (Madrid, Siglo Veintiuno).
- ROSE-ACKERMAN, Susan (2004): “The challenge of poor governance and corruption”. Disponible en: <https://tinyurl.com/ygfx9ck2> [visitado el 17/10/2019].
- ROXIN, Claus; GRECO, Julio (2020): Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 5., vollständig neu bearbeitete Auflage (München, C.H. Beck).
- ROXIN, Claus (2000): Política criminal y sistema del Derecho penal, 2ª ed. (Argentina, Hammurabi).
- SCHÜLER-SPRINGGURUM, Horst (1989): Cuestiones básicas y estrategias de la Política Criminal (Buenos Aires, Depalma).

- SPANGENBERG, Mario (2013): “Los deberes subyacentes a los delitos contra la Administración Pública”. Disponible en: <https://tinyurl.com/yjytpa7f> [visitado el 15/09/2019].
- SIMON, Jonathan (2011): *Gobernar a través del delito* (Barcelona, Gedisa).
- SUTHERLAND, Edwin (1999): *El delito de cuello blanco* (Madrid, La Piqueta).
- TOMBS, Steve y HILLYARD, Paddy (2004): “Towards a Political Economy of Harm: States, Corporations and the Production of Inequality”, en: Hillyard *et al.* (Eds.), *Beyond Criminology: Taking Harm Seriously* (London, Pluto Press), pp. 30-54.
- TONRY, Michael; FARRINGTON, David (1995): “Strategic Approaches to Crime Prevention”, *Crime & Just.* (Vol. 19 N°1), pp. 1-20.
- ÜBERHOFEN, Michael (1997): *La corrupción en el derecho comparado* (Argentina, Konrad Adenauer/CIEDLA).
- VALEIJE, Inma (1995): *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho* (Madrid, EDERSA).
- VIANA REYES, Enrique (1981): “El abuso de autoridad genérico”, *Revista del Instituto Uruguayo de Derecho Penal* (Vol. II N°3) (Montevideo, Amalio Fernández), pp. 75-98.
- WAGNER, Gert (1994): “Corrupción y Modernización del Estado”. Documento de Trabajo N° 174, Instituto de Economía, Pontificia Universidad Católica de Chile. Disponible en: http://economia.uc.cl/docs/dt_174.pdf [visitado el 15/11/2021],
- WALLER, Irvin (2008): *Menos represión. Más seguridad. Verdades y mentiras acerca de la lucha contra la delincuencia* (México, Ubijus).
- WILENMANN, Javier (2020): “El derecho frente a la resistencia a la criminalización bajo el ejemplo de los delitos de corrupción”, *Política Criminal* (Vol. 15, N° 29), pp. 310-330.
- ZIMMERMANN, Till (2018): *Das Unrecht der Korruption. Eine strafrechtliche Theorie.* (Baden-Baden, Nomos).
- ZIPF, Heinz (1980): *Kriminalpolitik. Ein Lehrbuc* (Karlsruhe, Müller).

Jurisprudencia citada

- Uruguay: Tribunal de Apelaciones en lo penal, sentencia N°: 32, de 1997
Jurisprudencia Sistematizada. Tribunal de apelaciones en lo Penal (1994-1997), *Revista de Derecho Penal* (2000), N° 11, Montevideo. (FCU), pp. 142-144.
- Uruguay: Suprema Corte de Justicia, sentencia N°: 61, 1 de abril de 2005
- Uruguay: Suprema Corte de Justicia, sentencia N° 248, de 2006
- Uruguay: Suprema Corte de Justicia, sentencia N°40, de 2009
- Uruguay: Tribunal de Apelaciones en lo penal, sentencia N°: 436, de 2014
Jurisprudencia Sistematizada. Tribunal de apelaciones en lo Penal (2014), *Revista de Derecho Penal* (2016), N° 24, Montevideo. (FCU), pp. 287-294.