

la columna DE RAMON DIAZ

SOBRE ESTO Y AQUELLO

Una norma de nuestro Código Penal sobre abuso de funciones, de clara inspiración fascista, concede a los jueces una enorme discrecionalidad

Tomar la Constitución en serio

Hoy no escribiré sobre economía. Reconozco que debo a los lectores un artículo en profundidad sobre el nuevo régimen cambiario, pero les pido que me excusen si antes de dejar que mi pluma vaya en pos de un tema que la atrae irresistiblemente.

Es el tema de la libertad en nuestro país. Es el tema de la Constitución agredida, y agredida reiteradamente, precisamente allí donde el valor supremo de la libertad está en juego. Y no demoro más en ir a lo concreto.

No conozco personalmente a Benito Stern, pero me preocupa sobremanera que un fiscal haya solicitado su procesamiento por el delito al que nuestro Código Penal adjudica el extenso nombre de "Abuso de funciones en casos no previstos especialmente por la ley." Es el mismo delito por el cual Enrique Braga fue procesado, sufrió prisión y fue condenado en primera instancia, antes de que su muerte pusiera fin al proceso. Se trata, según creo, de un delito que sólo se esgrime contra figuras políticas, por motivos presuntamente políticos. Y ello encuentra su explicación en la letra del artículo 162 del Código Penal, que lo configura, y que a continuación transcribo:

"El funcionario público que, con abuso de su cargo, cometiere u ordenare cualquier acto arbitrario en perjuicio de la administración o de los particulares, que no se hallare especialmente previsto en las disposiciones del Código, será castigado con prisión de 3 a 24 meses, e inhabilitación especial de 2 a 6 años."

Las disposiciones penales se refieren a determinadas conductas que el derecho evalúa negativamente y conceptúa merecedoras de sanciones. Las disposiciones de ese género describen esas conductas; por ejemplo, la disposición sobre homicidio intencional dice: "El que, con intención de matar, diere muerte a una persona será castigado...". Así describe la ley la conducta penada. Y, de manera semejante, describe el hurto, la rapiña, la estafa, las lesiones, la falsificación, el soborno, la violación, etc. Estas descripciones se llaman "tipos". De manera que un magistrado, a fin de determinar si alguien ha delinquido, tie-



ne que examinar si su conducta cuestionada cabe o no dentro de uno de los tipos delineados en el Código. Cuanto más precisamente descritos estén los tipos, menor será el riesgo de que se procese, o condene, a alguien que no ha incurrido realmente en delito alguno.

Noten, desde ese punto de vista, la absoluta vaguedad del tipo a que se refiere el artículo 162, más arriba reproducido. ¿Qué significa "acto arbitrario"? Según el diccionario de la Real Academia, significa "acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho." Observen que "contrario a las leyes" queda excluido, porque este tipo expresamente sólo trata de conductas no comprendidas en las leyes. O sea que se castigan actos "contrarios a la justicia o a la razón", conceptos cuya subjetividad es notoria. Lo que es la encarnación de la justicia y la razón para un observador bien puede ser el colmo de la injusticia y la sinrazón para otro. ¿Vale para al-

go la condición de "dictado el acto por la pura voluntad o el capricho del funcionario? Claro que no, pues ¿en virtud de qué se lo habría dictado, si ni la justicia ni la razón tuvieron nada que ver con su génesis?

Y, regresando del diccionario al código, ¿agrega acaso algo de precisión la exigencia de que el acto sea en perjuicio de la administración o de los particulares? Evidentemente, quienquiera haya llegado a la conclusión de que el acto de un funcionario es contrario a la justicia o a la razón, tiene que haberlo visto al mismo tiempo como perjudicial. ¿Y a quién más que a la administración y a los particulares podría haber perjudicado? Finalmente, tampoco agrega nada que el funcionario haya actuado "con abuso de su cargo", puesto que nadie podría dedicarse a agredir a la razón y a la justicia, y a causar perjuicios a diestra y siniestra, dentro del ámbito válido de su cargo. De modo que sólo se necesita que el magistrado esté "en contra" de una medida de un

funcionario para que pueda meterlo en la cárcel.

¿Qué tiene que ver la Constitución con todo esto? Pues mucho, y muy claramente. El artículo 10, inciso 2º, de la Carta, establece uno de los principios básicos de la libertad personal: Dice así: "(Nadie) será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe." Es lo que los juristas en todo el mundo han dado en llamar "principio de reserva". Elimínelo usted del orden jurídico de un país y lo habrá convertido en un territorio de esclavos. La vigencia del valor libertad en un país depende crucialmente en que el poder del Estado sólo pueda ejercerse contra alguien cuya conducta caiga dentro de un tipo penado por la ley. De no ser así, a los de determinada raza, o religión, o partido político, o por cualquier razón odiosos a los tiranos de turno, podrán éstos castigarlos por la supuesta violación de una supuesta norma salida enteramente de su voluntad o su capri-

cho. Y ésa es exactamente la consecuencia de mantener el tipo de "abuso de funciones..." en nuestro Código Penal.

Es por eso que el artículo se usa sólo contra políticos, a veces también ostensiblemente por políticos (en el caso Braga la denuncia fue firmada por toda la bancada del Frente Amplio en Diputados), a veces menos ostensiblemente; pero, en cualquier caso, sólo el deseo de venganza o de intimidación, u otro semejante, entre gente que manipula el poder, puede dar lugar a que esa disposición siniestra sea invocada y aplicada. La Fuente de nuestro Código Penal, de 1934, fue el Código Rocco, de la Italia fascista, sometido por José Irureta Goyena a una depuración que, como suele ser todo lo humano, resultó imperfecta. Pero mucho más grave que el haberse escapado a aquel gran jurista una norma que denunciaba el

Sólo se necesita que el magistrado esté "en contra" de una medida de un funcionario para que pueda meterlo en la cárcel

origen fascista del código es que nuestra República posteriormente haya omitido su derogación por más de dos tercios de siglo.

En cuanto al caso que incidentalmente provocó este artículo, aparentemente Stern sacó dinero de un rubro del presupuesto donde sobraba para aplicarlo a otro donde faltaba. Conducta, en lo formal, objetable; en su sustancia, en cambio, probablemente compartida por la mayoría. Pero lo importante no es eso. Lo que hay que preguntar es: la transposición de rubros como tal ¿está penada, expresa, o al menos sin ambigüedades, por la ley? Si la respuesta es negativa, como es el caso que nos ha puesto el tema por delante, toda acción penal debe cesar. Ojalá que, como anuncia la prensa, los abogados de Stern estén a punto de plantear una defensa de inconstitucionalidad. Ello permitirá a la Suprema Corte demostrar que los uruguayos no nos tomamos la Constitución a chacota.