

Radio El Espectador

Proyecto de ley para derogar el delito de abuso de funciones

Publicado el martes 15 de mayo del 2007 a las 18:11 hs

Presentado por el senador Julio María Sanguinetti.

"PROYECTO DE LEY

Artículo Único.- Derogase el artículo 162 del Código Penal (Abuso de funciones en casos no previstos especialmente por la ley).

Montevideo, 24 de abril de 2007

JULIO MARÍA SANGUINETTI

Senador

EXPOSICION DE MOTIVOS

Más allá de los Estados totalitarios, el Derecho Penal se apoya sobre un principio básico que desborda ese ámbito jurídico y se convierte en garantía del libre ejercicio de los Derechos Humanos.

Este principio cardinal señala que ningún crimen, ni ninguna pena, existe o puede aplicarse sin una previa ley penal que lo determine. Es la expresión, en un terreno especialmente delicado porque lo que está en juego es la libertad y el honor de las personas del principio de rango constitucional que determina que nadie está obligado a hacer lo que la Ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe.

En la legislación uruguaya ese principio es reconocido en el artículo primero del Código Penal, según el cual es delito toda acción u omisión expresamente prevista por la ley penal. Para que ésta se considere tal, debe contener una norma y una sanción.

La elaboración doctrinaria en materia penal incluso determina pacíficamente que debe existir una adecuación típica entre las conductas enunciadas en la Ley penal y el obrar de un acusado, descartándose la posibilidad de que una norma penal haga una definición genérica o laxa de una conducta.

Lo que la haría susceptible de ser objeto de interpretación y aplicable a una gran variedad de acciones, según una apreciación subjetiva del magistrado.

Es obvio que una norma penal genérica importa la amenaza de la arbitrariedad, entraña una grave inseguridad jurídica, abre las puertas para distintas valoraciones sobre una conducta idéntica y está en franca oposición con el principio general que exige una norma penal previa para señalar que una conducta es delictiva y que le cabe una sanción penal.

Basta la indefinición del delito de lesa majestad aseguró Montesquieu para que un gobierno degenera en tiranía (Citado por Sebastián Soler, en L.J.U. N° 7891, pág. 250).

Nuestro sistema penal es tributario del llamado Codice Rocco, por el nombre de quien impulsó la reforma penal italiana que el gobierno fascista impuso en 1930. El Código elaborado por Alfredo Rocco que luego estamparía su firma en el cúmplase como Guardasigili (ministro de justicia) junto a la de Mussolini, jefe del gobierno buscó aunar las posiciones doctrinarias de la escuela clásica con los de la escuela positiva, estableciendo a la vez penas y medidas de seguridad, estas últimas orientadas a la defensa de la sociedad e independientes del precepto clásico de castigo.

El Código Rocco era particularmente severo, estableciendo una cantidad de delitos muy superior a la que luego recogería el Código uruguayo. La tradición oral asegura que nuestro legislador, el Dr. José Irureta Goyena, redactó su texto en un viaje de Melo a Montevideo en ferrocarril, consultando a la vez el Código Italiano y la legislación vigente en nuestro país. Su borrador de propuesta, pensado como una base para el posterior análisis legislativo, terminó convirtiéndose en la Ley 9.414, de 29 de junio de 1934.

El trabajo de Irureta Goyena suavizó buena parte de las disposiciones del Código fascista. Y en algunos casos buscó aproximarlas al Código uruguayo de 1889. En lo que tiene que ver con el artículo cuya derogación se propone el codificador recogió esa doble influencia en a través del artículo 180 del código precedente y del 323 del código italiano (Abuso d ufficio). Ambas normas tenían un carácter genérico y subsidiario, en cuanto a referir a conductas no determinadas y que no estuvieran contempladas en otras disposiciones penales.

Es ilustrativo en la materia el tener en cuenta que el artículo 323 del código italiano fue modificado en dos ocasiones, siempre en el

sentido de establecer una definición más precisa de la conducta que se calificaba como delictiva.

En 1990 la modificación fue paralela a la derogación de otros delitos, que se entendieron como abarcados por la nueva norma. Posteriormente, en 1997, y ya en la convicción de que incluso con su nueva definición el delito significaba una grave amenaza para los administradores públicos y dificultaba pesadamente la adopción de decisiones, se buscó una nueva fórmula cuya finalidad declarada ya era el de limitar el control penal de la actividad de los administradores públicos dentro de límites compatibles con el principio constitucional de la separación de poderes según lo señala una sentencia de la corte de casación.

En Italia, por otra parte, existía ya una jurisprudencia que señalaba que para que se configurara este delito debía mediar la violación grave de normas administrativas vigentes, lo que limitaba los efectos de la indefinición legal de una conducta criminal inequívoca.

En el caso uruguayo consideramos más apropiada la derogación lisa y llana de una norma que limita severamente la actividad de los administradores y que promueve la consideración por la justicia penal de temas que son estrictamente políticos y que merecen el tratamiento de tales.

Los actos realizados por administradores políticos en aplicación de sus facultades están en primer lugar sometidos al escrutinio de la gente, que habrá de valorarlos al decidir su voto.

Judicializar su consideración somete a los magistrados a situaciones que escapan a su área habitual de trabajo e incluso a juzgar el carácter arbitrario de una acción administrativa lejos de las condicionantes del momento en que se adoptaron y del entorno en que se pusieron en práctica, e incluso con una perspectiva poco clara de cuáles pudieron ser sus motivaciones. Por otra parte, existen argumentos de peso en el sentido de que el artículo 162 es inconstitucional.

En tal sentido, es especialmente fuerte la argumentación que señala que la Constitución atribuye al legislador la competencia exclusiva en disposiciones que lícitamente pueden restringir la libertad,

competencia que no puede trasladarse directa ni indirectamente a un magistrado.

Esto es, los magistrados actúan en esta materia orientados solamente por una norma penal que, lejos de señalar una conducta determinada, formula un esbozo en el que caben, a su criterio, variados contenidos, abarcando incluso casos en que no existe una intención dolosa o un efectivo perjuicio contra la administración.

En la historia de su aplicación, el delito inespecífico señalado por el artículo 162 ya ha dado lugar a una cantidad importante de procesamientos polémicos. Por citar un solo caso, recordaremos el planteado por un alto funcionario de la administración que pagó deudas laborales legítimas apelando a rubros que tenían otro destino. Procesado en primera instancia, por más que quedaba claro que la decisión no significó un beneficio ilegítimo para nadie, el funcionario sufrió varios meses de cárcel para ser finalmente sobreseído en casación. El daño moral causado a ese funcionario y a su familia no podrá ser fácilmente reparado.

Resulta entonces claro que el juzgamiento de tales conductas, ajenas a las claras definiciones penales que el código incluye en su capítulo sobre los delitos contra la administración pública, debe ser materia exclusiva de análisis y de juicio político.

El mantener una suerte de delito comodín, en el que se puede incurrir sin saberlo, es un agravio a un ordenamiento jurídico inspirado en los grandes principios liberales y también una amenaza contra la separación de poderes.

Y constituye asimismo una indebida demanda a un sistema judicial que no debe resolver problemas que le son ajenos y que por este mismo ejercicio se contamina con consideraciones ajenas a las estrictamente jurídicas.