CAMPO ELIAS MUÑOZ R.

AURA E. GUERRA DE VILLALAZ

DERECHO PENAL PANAMEÑO

(Parte General)

www.penjurpanama.com

EDICIONES PANAMÁ VIEJO

Campo Elías Muñoz R.
Aura E. Guerra de Villalaz

Apartado Postal 4792
Panamá 5, Rep. de Panamá

DERECHOS RESERVADOS

QUEDA HECHO EL DEPÓSITO
QUE ORDENA LA LEY.

www.penjurpanama.com

Ediciones Panamá Viejo
Primera Edición, 1977
Segunda Edición Corregida, 1980
Panamá.

DEDICATORIA

A nuestro profesor, Don Víctor De León,
en testimonio de gratitud y reverencia
por su alto magisterio.

www.penjurpanama.com

www.penjurpanama.com

PROLOGO

Quizás el acontecimiento más significativo en el desarrollo científico del Derecho Penal se deba a la obra de Lombroso que, apartándose .del concepto tradicional del delito, consideró a este como el resultado de una enfermedad y desde entonces esa idea, a pesar de la oposición a las teorías lombrosianas, ha sido elemento importante en el desenvolvimiento de la ciencia penal y en la actividad legislativa.

Sin embargo, nuestro Código Penal, que instituye la pena como castigo, parece receptar la idea de que si somos libres de escoger entre el bien y el mal, debemos soportar el castigo, si nos decidimos por elegir este último comportamiento.

Y en un medio como el nuestro, donde ha sido tradicional el desdén por el estudio del derecho penal, con una perezosa y reprochable inercia, hemos aceptado el delito como un mal al que hay que combatir, sin consideración al delincuente.

Es ahora, en un mundo que parece ir perdiendo fe en el derecho como fórmula de lograr la paz, la justicia y la seguridad jurídica, cuando se inicia una reacción contra esa errónea y deleznable idea sobre lo que es y significa el estudio del Derecho Penal, justamente, con esta obra que nace como el resultado de una seria vocación de dos juristas que, tras haber obtenido su especialización en Derecho Penal, han dedicado su tiempo y sus esfuerzos a la investigación y a la enseñanza de esta rama de la ciencia jurídica.

Por ello, hemos de calificar de feliz este acontecimiento, tan largamente postergado; pero felizmente iniciado con esta obra de Derecho Penal que aborda, por primera vez, en nuestro país, los temas fundamentales que integran la parte general del Derecho Penal.

Pero la importancia de la obra no está dada, únicamente, por el hecho de constituir la primera de Derecho Penal que, con evidente rigor científico, se imprime en Panamá avalada por el prestigio y la seriedad que distingue a sus autores; ni por ser el acontecimiento que marca el despertar de una conciencia jurídico-penal en nuestro país.

www.esturnpanama.com

Es, también, muestra innegable de su valor, la técnica, la profundidad y claridad utilizada en el desarrollo de las cuestiones planteadas, distribuidas en cuatro secciones dedicadas, en su orden, a los conceptos generales del Derecho Penal, la teoría de la Ley penal, la teoría del delito y a la teoría de la pena y las medidas de seguridad.

De allí que esta obra concebida para servir de texto a los estudiantes de Derecho de nuestro país, supere en mucho tales propósitos y constituya, además, una publicación de obligada consulta para jueces y abogados.

En ella se concibe la acción como la actividad o "actitud" que modifica la realidad, y que adquiere relevancia para el derecho penal y, particularmente, para el concepto de delito en cuanto se adecua a la descripción normativa de la Ley penal. Así se integra el concepto de tipicidad que con notoria destreza tratan los autores, proyectando la acción, así concebida desde momentos anteriores a su captación estática por la ley y llevándola más allá de ese momento, hasta su acontecer final, con el propósito de encontrarle solución al problema de las consecuencias penales y de su vinculación a un sujeto determinado, a quien pueda atribuírsele como suya.

En el examen de los elementos del delito, se alude, desde luego, a la tipicidad y a su primaria función, equivalente al principio de estricta legalidad, como garantía de seguridad jurídica. Se niega la originaria concepción de Beling, para afirmar que la tipicidad es algo más que mera descripción, y reclama un examen previo del comportamiento humano para determinar si su encuadramiento coincide con la antijuridicidad tenida en cuenta en el momento en que la ley crea el tipo. Finalmente, se examina la culpabilidad como elemento del delito, que requiere de la existencia previa de la tipicidad y de la antijuridicidad, sin que ello signifique que la presencia de elementos subjetivos del tipo convierta necesariamente la acción en delito.

Igual profundidad, la misma técnica y paciente investigación se advierte en el examen de los demás temas que forman el contenido integral de la obra. En lo relativo a la evolución del Derecho Penal en Panamá, por ejemplo, que se trata con el nombre de "Historia del Derecho Penal panameño", se remonta a los primeros pobladores de la península ibérica y sin descuidar las manifestaciones jurídicas de los habitantes indios de América, destaca la enorme influencia española en el desarrollo del Derecho Penal nuestro, para concluir, en la era republicana, con la actividad codificadora, sus fuentes de inspiración doctrinaria y legislativa, cuya última manifestación la constituye el proyecto Royo, actualmente en discusión.

www.penalpanama.com

Los autores, profesores Aura Guerra de Villalaz y Campo Elías Muñoz Rubio, son destacados abogados de nuestro mundo forense, egresados de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá, que continuaron luego sus estudios en universidades extranjeras, en donde obtuvieron especialización en Derecho Penal. Su aguda inteligencia y vocación de juristas, advertidas ya en las aulas universitarias, han dado por resultado esta obra y la promesa de una nueva que complete el estudio integral del Derecho Penal panameño.

Con ambos compartí las inquietudes de estudiante y sin dudas, esta sola circunstancia, les movió para confiarme el honor de presentar su obra, encargo que cumplo con especial satisfacción. Pero sin otros méritos que justifiquen el escogimiento, creo, sin afectada modestia; que pudo y debió ser presentada por persona más calificada. Debo, entonces, agradecer la bondad y gentileza de los autores que me permiten la oportunidad de vincularme, inmerecidamente, a esta publicación de extraordinaria importancia, que está llamada a ocupar, permanentemente, un destacado lugar en la cultura jurídica de nuestro país y en la vida intelectual de los hombres estudiosos del Derecho.

Panamá, agosto de 1977.

AMERICO RIVERA L.
Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Catedrático de Derecho Procesal Penal de la Universidad Santa María La Antigua.

.

www.penjurpanama.com

INTRODUCCION A LA SEGUNDA EDICION

DERECHO PENAL PANAMEÑO, Parte General, apareció por primera vez en agosto de 1977, en un tiraje de mil ejemplares, de los cuales, un tercio de esa producción fue distribuida gratuitamente entre las bibliotecas de las universidades y centros de investigación de diversos países del continente americano y europeo. La casa editorial Marcial Pons, España, lo incluyó en su catálogo de 1978. Los autores de esta obra, confiábamos que su segunda edición estaría precedida de la aprobación del proyecto de Código Penal que e actual Presidente de la República, cuando fungía como Profesor de la cátedra de Derecho Penal, Parte General, en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá, elaboró en 1970, como; miembro de la Comisión Codificadora Nacional. Por otra faz, la reforma de los planes de estudios de la Facultad y la revisión de los programas de esta asignatura todavía no han sido aprobados, limitándose así las posibilidades de una reestructuración de la materia y menos aún, la de adición de algunos temas que dentro de la teoría del delito y de la pena han sido superados y sustancialmente innovados, a nivel doctrinal y del Derecho comparado.

La carencia de una bibliografía nacional sobre la parte especial del, Derecho Penal, nos compromete igualmente a ofrecer un trabajo que llene ese vacío, pero cualquier intento en ese sentido encuentra la amenaza de una aprobación a corto plazo del nuevo Código Penal, lo que nos obliga a postergar una vez más esa tarea. Se advierte una marcada resistencia a una revisión integral de la legislación penal y, hay quienes se aferran a un Código que ya cumple un siglo de existencia, que fue calcado del Código italiano de 1889; se pretende todavía impulsar la vieja política de paliativos o de parches y así, después de la elaboración a el anteproyecto de Leyes para regular las drogas, la expedición de cheques sin fondo, la eutanasia, el aborto provocado y los trasplantes de órganos, poniendo de relieve la ausencia de una política criminal.

En esta segunda edición, al corregir los errores de imprenta, solo pretendemos ofrecer a los estudiosos de esta disciplina, un material básico de referencia que les permita orientarse y seleccionar, con mejor criterio, una buena bibliografía para profundizar en las instituciones fundamentales del Derecho Penal.

Panamá, mayo de 1980.

Los Autores.

www.portalpanama.com

PREFACIO

La carencia de obras penales que enfocaran los esfuerzos legislativos y las interpretaciones judiciales de nuestro país, en forma tal que analizaran sistemáticamente su contenido, tanto en su parte general como en la especial, planteaba a todos los que se agitan en el estudio, la práctica o la enseñanza de esta rama del Derecho, la urgencia de llenar ese vacío. Esta apremiante necesidad que ya advertíamos, con mayor notoriedad desde las aulas universitarias, nos impulsa a asumir la responsabilidad de ofrecer un Manual de Derecho Penal panameño, Parte General, plenamente convencidos de que nuestro esfuerzo abrirá el camino: otras aportaciones en el proceso vitalizador del pensamiento jurídico-penal panameño.

En América Latina, las obras de los penalistas argentinos, chilenos, mexicanos y colombianos, conjuntamente con la producción europea procedente de Italia y España, orientaron sustancialmente toda nuestra legislación penal y marcaron, en el campo doctrinal, las pautas en la adopción de los programas de contenido de los cursos de Derecho Penal que, desde 1919 con la Escuela Nacional de Derecho y en 1935 con la creación de la Universidad de Panamá, han conformado los planes de estudios de la enseñanza superior de esta disciplina. No hemos perdido de vista que la escuela penal alemana, desde VON LlSZT, pasando por SAUER, GRAF ZU DOHNA, MEZGER y ahora con WELZEL, MAURACH, ROXIN y otros destacados penalistas, ha creado nuevas corrientes en el pensamiento jurídico-penal que enmiendan las fallas advertidas en el manejo normativo y fáctico de algunas instituciones, especialmente de toda la teoría del delito, y que a esas corrientes innovadoras se suman ya algunos autores latinoamericanos, resultando por ello obligante la revisión, mención y crítica de todas estas ideas en la parte correspondiente de esta obra. Sin embargo, por razones didácticas y de adecuación, necesarias a las exigencias programáticas más que por convicción particular, desarrollamos una estructura causalista, que se aprecia claramente en la parte dedicada a la teoría del delito.

Desde el punto de vista formal, utilizamos tres tipos de letras: redondas corrientes, de once (11) puntos, para el texto propiamente tal, que enuncia, define o describe la materia o tema de tamaño medio, ocho (8) puntos redonda, para el examen de las teorías, los comentarios o transcripciones y las negritas, de siete (7) puntos, para las citas o notas a pie de página. De esta manera, ofrecemos al estudiante y al lector ciertos niveles de lectura selectiva que han de contribuir a un mayor esclarecimiento del tema.

En cuanto al contenido, esta obra comprende cuatro secciones, a saber:

a) La primera, se destina a los conceptos generales del Derecho Penal Y a un examen de su evolución histórica, en la cual destacamos el capítulo atinente a la historia

del Derecho Penal panameño, que si bien constituye un tema fuera del programa, reviste una singular importancia en nuestro país y en el Derecho comparado, al recoger, en un esfuerzo de investigación, los datos históricos que permiten seguir la evolución y formación de nuestro Derecho Penal. Cabe señalar, empero, que el acopio de información que fundamenta ese capítulo es susceptible de mejoras, en la medida en que aparezcan otras fuentes directas e indirectas que den cuenta, con mas precisión, del desenvolvimiento de las instituciones jurídico-penales de nuestra República.

b) La segunda, contiene la teoría de la ley penal, en ella se pone de relieve el valor que alcanza la norma penal como respuesta material al principio de estricta legalidad, principio éste, que en el Derecho occidental de origen romanista, cimenta todo nuestro ordenamiento jurídico-penal. En esta parte, ocupan también nuestra atención, las reglas de interpretación, el concurso aparente de leyes y los ámbitos de validez de la ley penal en cuanto al tiempo, el espacio y las personas.

c) La tercera, comprende la teoría del delito y en esta, con toda la importancia que la materia tiene, se analiza la acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, tanto en su forma positiva como en la negativa, de exclusión. Así mismo se trata, con igual deferencia, las formas de aparición del delito, la participación delictiva Y el concurso de delitos, para completar así los temas centrales de esta parte, que continúa siendo, a nivel doctrinal, legislativo y jurisprudencial, el núcleo o esencia de todo el Derecho Penal.

d) Finalmente, en la cuarta se estudia la teoría de la pena y las medidas de seguridad, incluyendo como subtemas la ejecución penal, en lo referente a las penas privativas de libertad, para incorporar, de esta manera, conceptos de la Penología y del Derecho Penitenciario, al igual que una evaluación crítica de las leyes que regulan los centros penitenciarios en el país. En esta sección, valga anotar, hemos reservado una alusión particular a algunas de las disposiciones legales vigentes, en comparación con las contenidas en el último proyecto de Código Penal que se discute actualmente en la Comisión de Legislación.

Dada la naturaleza, propia de un manual, si de la lectura del presente logramos ofrecer una visión general de las instituciones primarias que integran el Derecho Penal, a la luz de la doctrina y de la legislación patria, entonces habremos logrado alcanzar las metas propuestas al publicar la presente obra.

LOS AUTORES

www.derechopanameno.com

SECCIÓN PRIMERA

CONCEPTO GENERAL DEL DERECHO PENAL

CAPITULO I: Generalidades

CAPITULO II: Evolución histórica del derecho penal.

CAPITULO III: Las Escuelas penales.

CAPITULO IV: Historia del derecho penal panameño.

www.peritumania.com

CAPITU LO I

GENERALIDADES

I. NOCION DE DERECHO PENAL

A. Denominaciones.

B. Algunas definiciones.

C. *Derecho penal objetivo* y *subjetivo.*

D. La *ciencia del Derecho penal.*

E. Caracteres del Derecho penal.

F. Destinatarios de las normas penales.

G. Clasificaciones.

II. DELIMITACION DEL CONCEPTO DE DERECHO PENAL

A. Derecho penal disciplinario.

B. Derecho penal administrativo.

C. Derecho penal fiscal.

III. EXTENSION DEL DERECHO PENAL

A *Derecho penal* y *derecho procesal penal.*

B. Derecho ejecutivo penal.

IV. RELACIONES DEL DERECHO PENAL CON LA MORAL Y OTRAS CIENCIAS

A. Relaciones del Derecho penal con la Moral.

B. Relaciones del Derecho penal con algunas ramas de las ciencias jurídicas.

1 C. *Relaciones del Derecho penal con las ciencias criminológicas.*

D. Relaciones del Derecho penal con las llamadas ciencias auxiliares.

www.penjurpanama.com

I. NOCION DEL DERECHO PENAL

A. Denominaciones

Actualmente para referirse a la rama de las ciencias jurídicas que trata de los delitos, de las penas y de las medidas de seguridad, se usa la expresión "Derecho Penal", si bien la misma ha tenido otras denominaciones a través del tiempo.

Los latinos hablaron de ius criminales o ius poenale; los alemanes de Krimi. nalrecht o peinliche recht. Modernamente hay completa unanimidad y todos los autores germanos adoptan la denominación Strafrecht (Derecho penal).

En Italia predomina igualmente la expresión Diritto penale. Y lo mismo acontece en España e Hispanoamérica, puesto que el nombre de Derecho penal se usa casi sin contradicciones. En cambio en Francia parecen equilibrados los partidarios de denominarle Droit pénal y los que prefieren decirle Droit Criminel.

No faltan autores, sin embargo, que tienden a readoptar la denominación de "Derecho criminal", que es la más antigua y la que responde a la mejor tradición de la ciencia jurídica italiana. Basta recordar que la obra máxima de la ciencia italiana debida al genio de FRANCESCO CARRARA, lleva el título de Programma di diritto criminale. "Si la pena es lo característico de las normas penales, razona ANTOLISEI seguidor de esta nueva tendencia, lo que realmente se encuentra en el centro de nuestra disciplina es el delito. La finalidad del Derecho penal es impedir la, comisión de delitos, o en otros términos, combatir el triste fenómeno que es la delincuencia o criminalidad. Este es el fin directo y exclusivo de las normas penales.[1]

Se alega que esta denominación sería preferible porque también pertenecen al Derecho penal algunas normas que no tienen por consecuencia la pena, sino otras consecuencias jurídicas de las que cabe destacar las medidas

1 ANTOLISEI, Francesco. Manual de Derecho Penal. Parte General, UTEHA, Buenos Aires, 1960, pág. 8

www.derjurpanama.com

de seguridad, que son instrumentos destinados de manera inmediata a la readaptación social de los delincuentes.

Cabe reconocer que MEZGER en su notable Tratado de Derecho Penal, cuya primera edición vio la luz en 1931, reconocía que la expresión "Derecho penal" no reflejaba el verdadero contenido de esta ciencia toda vez que "el fin perseguido, la lucha contra la criminalidad, aparece en primer plano como característica propia de nuestra disciplina, mientras que la pena, uno de los medios en esta lucha queda en lugar más secundario". Y agregaba: "Hay, pues, más de un motivo para volver al antiguo nombre de Derecho criminal"[2].

Tradicionalmente el Derecho penal -se limitaba a regular la potestad de castigar determinando lo que era punible y sus consecuencias. Estas, sin embargo, modernamente no se agotan en las penas, como sucedía en las leyes antiguas y en las legislaciones clásicas, cuyo único objetivo era el castigo de los delincuentes. Uno de los aportes fundamentales de la escuela positiva de derecho criminal, fue su valor como incentivo para ampliar los medios jurídicos utilizables por el Estado para luchar contra la delincuencia, agregando a las **penas,** las **medidas de seguridad,** también como un medio regulable por el legislador penal y cuya aplicación presupone la comisión de un delito y un debido proceso judicial[3].

De esta manera el Derecho penal como tarea legislativa, ya no se limita a asociar al delito consecuencias esencialmente represivas, sino, también consecuencias exclusivamente preventivas.

Esta posición doctrinal, no obstante, es adversada por algunos autores. Así tenemos que SOLER, estima equívoca la referencia a las medidas de seguridad, en primer lugar, porque en todas las ramas del Derecho existen medidas asegurativas (p. ej. el embargo); en segundo lugar, porque las medidas de seguridad que penalmente interesan a la teoría son aquellas .que funcionan en conexión con una norma penal propiamente dicha. Esa conexión puede ser

2 MEZGER, Edmundo. Tratado de Derecho Penal. Editorial Revista de Derecho Privado. Tomo I. Madrid, 1955, pág. 6.

3 NUÑEZ, Ricardo C. Manual de Derecho Penal. Parte General, Buenos Aires, 1972, pág. 6

más o menos inmediata, pero es inevitable: la internación de un menor díscolo o retardado, pero que no ha cometido delito alguno, no es penal. Y, luego, agrega: "Una norma es penal cuando contiene la amenaza de una retribución. Sólo a través de ella se llega eventualmente a medidas de otro carácter"[4].

Consecuentes con la corriente que incluye las medidas de seguridad al lado de las penas, algunos autores abandonan el término "Derecho penal" y escogen otros títulos más o menos exactos. Así vemos que en 1927 ENRIQUE FERRI ti- tula su obra Principios de Derecho Criminal. CAVALLO prefiere hablar de un Derecho Criminal que se divide en "derecho criminal penal" {delitos y penas", "derecho criminal administrativo" (peligrosidad y medidas de seguridad) y "derecho criminal civil" (sanciones civiles)[5].

Otros autores utilizan distintas denominaciones: FRANCISCO DE LUCA intituló su obra Principios de Criminología; PEDRO DORADO MONTERO denomina su obra Derecho protector de los criminales y THOMSEN en Alemania la designó Derecho de lucha contra el crimen. De la misma manera en Hispanoamérica se sugirieron nuevos nombres: así, JOSE AGUSTIN MARTINEZ denominó el Código cubano, "Código de defensa social". Sobre este aspecto, cabe anotar que en Chile el profesor RAIMUNDO DEL RIO, acogiendo esta última denominación, identifica Derecho penal y Derecho de defensa social[6].

Preferimos utilizar la denominación "Derecho Penal" por las siguientes razones:

www.penalpanama.com

4 SOLE R, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Tomo I. Tipografía Editora Argentina. Buenos Aires, 1967. pág. 25. En este mismo sentido, expresa MAGGIORE: "Hay que hacer, más bien las más amplias reservas cuando se dice que hoy, después de la Introducción de las medidas de seguridad, la denominación "derecho penal" se ha vuelto insuficiente y menos apropiada, pues excluye al derecho penal preventivo constituido por el sector de las medidas de seguridad. Notemos que estas medidas, aunque se Incorporen al código penal, son y siguen siendo disposiciones administrativas, y por lo mismo, están fuera del derecho penal verdadero y propio" (MAGGIORE, Giuseppe. Derecho Penal. Vol. I. Editorial Temis. Bogotá, 1954. pág. 3).

5 Citado por BETTIOL, Giuseppe. Derecho Penal. Parte General. Editorial Temis. Bogotá, 1965, pág. 35.

6 Citado por JIMENEZ DE ASUA, Luis. Tratado de Derecho Penal, Editorial Losada, S.A., Tomo I, Buenos Aires, 1956, pág. 28.

a) El término "pena", por su larga tradición en el lenguaje común y en el lenguaje jurídico, es suficientemente apto para distinguir las sanciones establecidas para los **delitos,** de otro tipo de sanciones previstas para otras formas de ilícitos (administrativos, disciplinarios).

b) La mayoría de los códigos represivos, y en particular los códigos penales español e italiano Que sirvieron de inspiración al código patrio, se denominan Códigos Penales.

c) El Código panameño utiliza esta denominación.

d) El término "crimen", que resalta en la denominación "Derecho criminal", es sumamente vago a impreciso y está íntimamente vinculado a la clasificación tripartita de infracciones (crímenes, delitos y contravenciones), hoy abandonada en la mayoría de los países.

e) En el derecho penal moderno, la pena pierde paulatinamente su carácter retributivo para adquirir un carácter resocializador y curativo.

www.penalpanama.com

B. Algunas definiciones

El Derecho penal es una parte del ordenamiento jurídico del Estado que se caracteriza por la naturaleza de la consecuencia que deriva de la trasgresión de sus preceptos: la pena.

Conscientes de la poca utilidad que proporciona un concepto apriorístico de una materia jurídica, no nos parece censurable el criterio de los que, como AUGUSTO KOHLER[7], se abstienen de toda fórmula definidora del Derecho penal.

Por otra parte, los autores en su mayoría tienen sus propias definiciones, en las que se reflejan puntos de vista personales, posiciones filosóficas, tendencias o direcciones de escuela, etc.

A los fines eminentemente prácticos de este estudio, sin embargo, resulta imprescindible examinar algunas definiciones, para lo cual las

7 Citado por JIMENEZ DE ASUA, I, pág. 30.

dividiremos en grupos, sin que pretendamos formular una clasificación de las mismas.

Hay definiciones subjetivas, en que se alude al fundamento del derecho de castigar; así BRUSA dice que "es la ciencia que funda y determina el ejercicio del poder punitivo del Estado"[8].

Otras ostentan un sentido marcadamente objetivo, y lo definen como conjunto de normas que regulan el Derecho punitivo. Así WELZEL, estima que el Derecho penal es "la parte del ordenamiento jurídico que determina las acciones de naturaleza criminal y las vincula con una pena o una medida de seguridad"[9].

Algunas definiciones presentan un carácter descriptivo, como la dada por LUIS CARLOS PEREZ: el Derecho penal es "la rama de las ciencias jurídicas que tiene por objeto el delito entendido como garantía de la libertad (y el ejercicio de los .derechos e intereses que la presuponen) en la medida en que este bien ha sido conquistado por el hombre en una sociedad determinada; garantía que funciona mediante ciertas medidas (penas) aplicadas por el ordenamiento estatal a fin de que, al modificar sus condiciones, el infractor supla el déficit de libertad que reveló en su conducta"[10].

También pueden distinguirse las definiciones que hacen referencia exclusiva a la pena, de las que consideran al lado de las penas las medidas de seguridad. Como ejemplo del primer grupo de definiciones, citaremos las siguientes:

ANTOLISEI define el Derecho penal como "el grupo de normas jurídicas con que el Estado prohíbe, mediante la amenaza de una pena, ciertos comportamientos humanos (acciones u omisiones). En otros

8 BRUSA, Emilio. Prolegómenos de Derecho Penal, Hijos de Reus, Editores. Madrid, 1897, pág. 11.

9 WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán. Parte General.11a. edición. Editorial Jurídica de Chile, Trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago, 1970, pág. 1.

10 PEREZ, Luis Carlos. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Editorial Temis, Bogotá, 1967, pág. 78.

términos, es el conjunto de preceptos cuya inobservancia tiene por consecuencia la imposición de una pena al autor del delito"[11]l.

BETTIOL entiende por Derecho penal el conjunto de las normas positivas que regulan la materia de los delitos y las penas.[12].

En opinión de MAGGIORE, "Derecho penal es el sistema de hormas jurídicas en fuerza de las cuales el autor de un delito (el reo) es sometido a una pérdida o disminución de sus derechos personales"[13].

Para SOLER "es el conjunto de normas dotadas de sanción retributiva"[14].

El común denominador de estas definiciones es la referencia exclusiva a la pena y la exclusión de las medidas de seguridad.

JIMENEZ DE ASUA define el Derecho penal como "el conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora"[15]

MEZGER considera que el Derecho penal es "el conjunto de normas jurídicas que regulan el ejercicio del poder punitivo del Estado, asociando al delito como presupuesto la pena como consecuencia jurídica. "Y, agrega:" Pero también ha de considerarse como Derecho Penal el conjunto de aquellas normas jurídicas que en conexión con el propio Derecho Penal asocian al delito como presupuesto otras consecuencias

www.cenjurbanana.com

11 ANTOLISEI, Manual, pág. 7

12 BETTIOL, Derecho, pág. 36

13 MAGGIORE, I, pág. 25.

14 SOLER, I, pág. 25.

15 JIMENEZ DE ASUA, I, pág. 31

jurídicas de índole diversa que la pena, sobre todo medidas que tienen por objeto la prevención de los delitos"[16].

Nuestro insigne profesor JUAN D EL ROSAL ha formulado una definición en la que anuncia la materia que regula el Derecho penal y además confiere elementos ordenadores del sistema seguido por el Código Penal español. Esta definición se concreta del modo siguiente: "El Derecho penal es aquella parte del ordenamiento jurídico positivo que regula el ejercicio del poder punitivo del Estado y anuda, a causa del hecho cometido, penas y otras medidas afines, ante y post-delictuales, y según la personalidad del autor"[17].

La diferencia entre estos dos tipos de definiciones, por tanto, se relaciona directamente con la exclusión o inclusión de las llamadas medidas de seguridad.

C. Derecho penal objetivo y subjetivo

La mayoría de las definiciones que hemos dejado transcritas enfocan el Derecho penal como un conjunto de normas penales, es decir, como ordenamiento jurídico penal. Es lo que la doctrina denomina **derecho penal objetivo,** que es sinónimo de legislación penal.

Pero debe tenerse presente que cuando se habla de Derecho penal puede, además entenderse en un sentido subjetivo, "como el derecho del estado a conminar la realización de ciertos hechos (delitos) con penas, y, en el caso de su comisión, a imponerlas y ejecutarlas"[18].

El Derecho penal objetivo es, por tanto, el conjunto de normas que delimitan la facultad estatal (el **ius puniendi)** estableciendo cuáles son los delitos y las penas y medidas afines aplicables.

www.derechopanama.com

16 MEZGER. I. págs. 3-4.

17 DEL ROSAL, Juan. Tratado de Derecho Penal Español. Parte General. Vol. I. Imprenta Aguirre, Madrid, 1968, pág. 2.

18 CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal. Tomo 1, Bosch. Barcelona, 1947, pág. 8.

El subjetivo es la facultad correspondiente al Estado de definir los delitos y de imponer penas y medidas de seguridad. Esta potestad es, en realidad, un deber del Estado para que las personas y la vida comunitaria puedan cumplir sus fines propios.

Estos modos de expresión han sido generalmente aceptados por los penalistas, siendo BINDING[19] quien dotó al Derecho penal subjetivo del Estado de un alto valor dogmático y de sistema. Sin embargo, no siempre se ha opinado de esta manera, pues la literatura jurídico-penal brinda un número de partidarios que sostienen que el Derecho subjetivo deriva del objetivo, mientras que los menos manifiestan el juicio contrario, o sea, que el Derecho subjetivo no se deduce de ninguna norma lo cual, a juicio de DEL ROSAL, "metodológicamente, es más absurdo"[20].

Lo cierto es que ambas expresiones forman parte de una correcta definición "del Derecho penal. La fundamentación filosófica de estos dos aspectos de nuestra disciplina, como más adelante tendremos oportunidad de examinar será objeto de discusión por las diferentes escuelas penales. Por ahora sólo nos interesará señalar que el derecho de punir corresponde al Estado, como un atributo de su soberanía, limitándola por medio de las normas objetivas punitivas.

D. La ciencia del Derecho penal

Desde otro punto de vista y dentro de las concepciones modernas, puede entenderse el Derecho penal como la disciplina que estudia las normas penales. Se habla entonces de ciencia del derecho penal, o de dogmática penal, que como conjunto de principios sistemáticos "es el fruto necesario del desarrollo de una actividad lógica-racional que une y separa conceptos .individuales, en torno a otros más generales"[21]. En base a esta concepción puede definirse el Derecho penal como el

www.derechopenalmx.com

19 Citado por DEL. ROSAL., I, pág. 35

20 DEL. ROSAL., I, pág. 35

21 BETTIOL, Derecho, pág. 48.

conjunto de principios que informan y rigen la multiplicidad de las normas positivas que regulan la materia de los delitos, las penas y las medidas de seguridad.

El objeto de estudio de la ciencia del derecho penal únicamente lo constituye la legislación penal vigente: el examen del derecho penal positivo[22]. No se trata, sin embargo, del estudio de las normas singulares como tales; ni de aprender de memoria los artículos del Código ni de conocer las palabras de que están constituidas las reglas, sino de desentrañar su significado sustancial y de establecer los nexos que unen a unas con otras. Si ciencia es sinónimo de saber "ordenado", el derecho penal, en cuanto a ciencia, no puede estar integrado por un hacinamiento de conocimientos, sino por una disposición ordenada de ellos. Se trata, en otras palabras, de sistematizar el saber penal.

La dogmática supone, pues, la distinción entre el derecho que es (de lege lata) y el derecho posible (de lege ferenda) y se ocupa del primero.

www.derjurpanama.com

E. Caracteres del Derecho penal

El Derecho penal, como ordenamiento jurídico, está constituido por un conjunto de normas o reglas que presentan determinadas características que las identifican y a su vez se diferencian de otras ramas del Derecho.

1. Derecho penal es una rama del derecho público

El Derecho penal es derecho público por excelencia, porque los objetos de la tutela se refieren a la colectividad organizada como Estado, o porque la sanción penal se reserva a órganos estatales que tienen la obligación de aplicarla cada vez que se den los presupuestos necesarios.

22 A este respecto RODRIGUEZ DEVESA, en su magistral Derecho Penal Español, sostiene que: "Cualquier indagación teorética ha de tener presente esa naturaleza concreta, individualizada, existencial, contingente y relativa del objeto de nuestra disciplina. Hay que abandonar la desdichada pretensión de ver en todo ordenamiento jurídico-penal la versión de una justicia absoluta". (Derecho Penal Español. Parte General. 5a. edición, Gráficas Carasa, Madrid, 1976, pág. 7)

Se ha llegado a afirmar que en los orígenes, cuando la autoridad del Estado no existía o no se había afianzado bastante, el Derecho penal era de carácter privado y que sólo habría pasado, en forma gradual de delictum privatum a los delicta pública. Para algunos autores esto no es cierto puesto que no se ha demostrado que la autoridad familiar a la que estaba confiada en los primeros tiempos, la persecución y castigo de los delitos, perteneciese a un sistema privatista, ya que aún hoy se sostiene que la patria potestad tenía marcadas semejanzas con la soberanía estatal y así sostienen que aún en los tiempos modernos se encuentran trazas de la facultad que competía al pater familia, en los poderes correccionales del padre sobre los hijos, en donde se admite, en interés de la buena marcha de la familia, que se pueda recurrir aun a medios coercitivos respecto de las personas que le están subordinadas, siempre que no exceda ciertos límites impuestos por el derecho y la costumbre. Pero en estos casos mal podría hablarse de un derecho penal privado que subsistiría al margen del derecho penal público. Se está en presencia de un poder disciplinario cuya justificación se encuentra en la ley positiva, es decir, en la voluntad del Estado que reconoce a un sujeto cierta posición de preeminencia sobre otras personas, derivada de la naturaleza de las relaciones que los vinculan, pero cuya explicación histórica debe buscarse en los poderes soberanos que tenía el pater familias.

Por otra parte, la facultad de crear normas que definan delitos e impongan sanciones, únicamente compete al Estado, según el principio de legalidad criminal. Las reglas disciplinarias de los entes privados no son Derecho penal.

El Derecho penal no regula las relaciones de los individuos entre sí, sino las de estos con el Estado: la sanción es impuesta en nombre del interés público y el delincuente es juzgado en nombre del Estado.

"En su función específica, el juicio penal -advierte FONT AN BALESTRA- no decide los derechos de las partes entre sí o con relación a terceros, sino la existencia o inexistencia de las circunstancias que justifiquen el ejercicio de la

www.tonyquintanilla.com

potestad del Estado, a través de su facultad más excepcional: la aplicación de sanciones del Derecho criminal"[23].

Este carácter público del Derecho penal no desaparece, ni aún frente a aquellos delitos denominados de acción privada, como el adulterio. Si bien en estos casos se deja al particular ofendido el derecho de ejercer la acción penal, es siempre el Estado quien impone la sanción penal.

2. El Derecho penal es normativo

La naturaleza normativa del Derecho penal se desprende de la esencia misma de su objeto: las normas de derecho, que como tales regulan la conducta de los hombres en sociedad. La especificidad de estas conductas y la finalidad de su regulación, le proporcionan su carácter propio y contenido a nuestra disciplina.

3. El Derecho penal es imperativo

El Derecho penal -como todo derecho- es imperativo. La disposición legal que califica un hecho como delito, contiene una orden dirigida a la voluntad individual, que le impone a ésta la obligación de abstenerse a hacer algo o de observar una determinada conducta. La culpabilidad -que es uno de los elementos del delito- es desobediencia del querer del individuo respecto de la voluntad de la norma dotada de sanción penal.

4. El Derecho penal es valorativo

El Derecho penal es valorativo porque se funda en una valoración de las conductas humanas con base en cánones (acciones u omisiones prohibidas, mandadas o esperadas). Con fundamento en dichos cánones se determina si la conducta es o no antijurídica.

www.nacionalpanama.com

23 FONTAN BALESTRA. Carlos. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Segunda edición, Tomo II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970, pág. 47.

En este sentido manifiesta WELZEL que: "El Derecho penal cumple su misión de amparo de los bienes jurídicos, prohibiendo o imponiendo acciones de determinada índole. Por detrás de esas prohibiciones y órdenes están los elementales deberes ético-sociales (valores del acto), cuya vigencia asegura, amenazando con una pena, un amparo amplio y duradero de los bienes, y por la otra lo limita las formas de agresión ético-socialmente reprochables"[24].

La acción humana es prohibida o impuesta por el Derecho penal, sobre la base de la valoración, contenida en la norma misma, de la disconformidad o no disconformidad de las acciones con las exigencias de la vida social y por lo tanto, con las de la tutela del derecho penal. Para el análisis de las distintas conductas que lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos, existe, por tanto una escala de valores, y al mismo tiempo una adecuada valoración de tales bienes que deben ser protegidos con esa mayor intensidad que la amenaza de sanción penal proporciona.

Como tales bienes jurídicos, no obstante, son de desigual jerarquía, la ley que los protege con la previsión de la pena, gradúa la misma, **individualizándola** legislativamente, en concordancia con el valor que asigna a cada uno de ellos, valoración que realiza de acuerdo a las necesidades del momento histórico, cultural y político-social de la comunidad donde la ley deberá regir.

www.derjurpanama.com

5. El Derecho penal es sancionatorio y autónomo

Se dice que el Derecho penal no es **autónomo,** sino **accesorio o complementario** de otras ramas jurídicas. Su única misión sería la de sancionar la violación de intereses reconocidos por otras ramas del derecho.

24 WELZEL, Derecho, Pág. 6

Para los autores que niegan la naturaleza autónoma o constitutiva del Derecho penal, éste tendría esencialmente un carácter **meramente sancionatorio,** en el sentido de que contendría solamente las sanciones de lo preceptuado por otras ramas del derecho, público o privado. "La enunciación de esta idea -explica SOLER- se encuentra claramente en ROUSSEAU: Las leyes criminales en el fondo, más bien que una especie particular de leyes son la sanción de todas las otras"[25].

Quienes sostienen esta postura doctrinaria estiman que el Derecho penal no crea ilicitudes propias, y que, por consiguiente, la ilicitud penal no adquiere una forma autónoma sino general para todo el ordenamiento jurídico, aunque sancionada especialmente en el penal.

Para BINDING el más ardiente partidario del carácter sancionatorio y no autónomo del Derecho penal, la acción del reo no viola la ley penal, sino que antes bien sigue su contenido y actúa sobre la base de la previsión hipotética de la misma ley[26].

Dentro de este pensamiento, si tomamos por ejemplo, el tipo que define el homicidio (artículo 311 del C.P.) "el que con intención de matar cause la muerte de otro..." vemos que el legislador se limita a enunciar, en forma hipotética, una conducta que, una vez realizada, importa la aplicación de una sanción penal. De tal manera que el reo que mate a otro no violaría la ley penal sino que realizaría, por el contrario, el hecho típico concreto obrando según aquella y no contra ella. Lo que el reo viola es otra cosa: es la norma cuyo origen y ubicación son otros, y en particular la norma general del artículo 974, del Código Civil, por imperio de la cual todo hecho del hombre que ocasione un daño a otro, obliga al culpable a reparar el daño causado.

Al considerar la fundamentación lógica de este planteamiento, notaremos que incurre en el error de no separar, dentro de la norma, el

25 SOLER, I, Pág. 33

26 Citado por BETTIOL, pág. 69.

www.penalpanama.com

precepto y la sanción. Las normas penales se hallan integradas normalmente por dos elementos: el precepto (praeceptum legis) y la sanción (sanctio legis). El precepto es la prescripción de observar una cierta conducta, de hacer una determinada cosa o de no hacerla; la sanción es la consecuencia jurídica que debe seguir a la infracción del precepto. Este último, normalmente, no está establecido de forma explícita, sino implícita. El Código no dice, por ejemplo, "no matar", sino como hemos visto anteriormente "el que con intención de matar cause la muerte de otro...". En tal forma que de la disposición que directamente fija la sanción, se obtiene el precepto, esto es, la regla de conducta que la misma establece.

Así la norma penal se compone de dos etapas: en la de la orden o del Imperativo -por ejemplo, no matar- y en la de la sanción -si matas serás condenado a reclusión por cinco a quince años-. El precepto, o como la denomina ROCCO[27] "la orden jurídica principal", es idéntica en todos los sectores del ordenamiento jurídico. Por ello no existiría ninguna diferencia fundamental entre la orden de no matar -derecho penal-, la orden de cumplir las obligaciones -derecho civil- y la orden de cumplir fielmente los deberes del cargo -derecho administrativo o disciplinario-, en tanto que la diferencia si estaría en la distinta sanción que se sigue dentro del ordenamiento jurídico, en caso de trasgresión: la pena, el resarcimiento del daño y la sanci6n disciplinaria. Es la pena, por tanto, la que proporciona tono y autonomía al precepto penal.

Lo anteriormente expuesto, permite concluir que el ordenamiento jurídico penal tiene siempre valor sancionatorio, porque sus normas, se adhieran o no a preceptos dados por otras ramas del derecho, obran mediante aquella sanción particular que es la pena. Y con esto no se disminuye la autonomía del Derecho penal, pues en cada caso la sanción

www.derjuris.com

27

imprime una nueva forma al precepto, aunque éste pertenezca a otro ordenamiento jurídico.

Resulta evidente, por tanto, que proporcionamos al término sancionatorio un alcance diferente del que le asignan quienes quieren significar con el la naturaleza secundaria, accesoria o complementaria del Derecho penal.

De otra parte, la autonomía del Derecho penal resalta con sólo repasar algunos de los conceptos empleados en la teoría de los delitos en particular, esto es, en los libros segundos de los Códigos penales. Valgan de ejemplo, entre otros muchos, que los vocablos de "funcionario público", "propiedad", "persona", etc., pierden su significado tradicional y adquieren uno diverso en el estamento penal.

6. El Derecho penal es finalista

El Derecho penal es finalista: persigue la tranquilidad y la seguridad social mediante la protección de los individuos y de la sociedad.

"Al defender la libertad -sostiene PEREZ- se defienden igualmente todos los bienes jurídicos, se facilita una auténtica defensa social referida a todas las clases y se niegan los conceptos tradicionales de intimidación, aflicción, infamia, así como los que se fundan en la caridad y en el favor paternalista"[28].

Como una consecuencia del finalismo jurídico penal, es preciso reconocer que la "norma" y los "bienes jurídicos" son nociones esenciales en Derecho penal. Toda la teoría del bien jurídico se vincula al concepto finalista de la ciencia jurídica.

La noción de bien jurídico -como oportunamente veremos- es indispensable en la interpretación teleológica, y reviste extraordinaria importancia para indicar el fin de un determinado precepto y de todo el ordenamiento jurídico.

www.portalderecho.com

28

F. Los destinatarios del ordenamiento penal

Si el Derecho penal es un conjunto de imperativos, se dirige, sin duda, a sujetos jurídicos, creando en ellos el deber de comportarse de una cierta manera. Pero cabra preguntarse: ¿a quién se dirigen realmente las prescripciones de la ley penal?

La opinión tradicional enseña que las normas se dirigen a todos los asociados, es decir, a aquellos que tienen relaciones de sujeción con la autoridad de quien proceda la norma. IHERING se apartó de esta doctrina y sostuvo que los verdaderos destinatarios de los preceptos penales son los órganos del Estado, llamados a hacer- los respetar, al poder judicial, especialmente[29]

Otros autores estiman que la norma penal se dirige en primer lugar (en cuanto es precepto) a los ciudadanos, y en segundo lugar (en cuanto es sanción), a los órganos del Estado.

No cabe duda que esta discusión carece de valor práctico. Siguiendo la doctrina dominante, entendemos que la norma penal, en su conjunto se destina a los ciudadanos como a los órganos del Estado encargados de hacerla cumplir. La posición del ciudadano y la del juez son, sin embargo, distintas: el primero debe obedecer el precepto, mientras el segundo debe aplicar la sanción cuando éste es violado.

G. Clasificaciones

A pesar de la brevedad que nos hemos propuesto, resulta indispensable hacer las siguientes distinciones respecto de las normas penales:

1. Derecho penal fundamental y Derecho penal complementario. El primero está constituido por normas esenciales, que son la base de todas las otras, recogidas generalmente en los códigos. El conjunto de las demás normas, que integran o modifican el contenido del Derecho penal fundamental, constituye el Derecho penal complementario.

29 Citado por MAGGIORE, I, pág. 41.

www.derechopanama.com

2. Derecho penal común y Derecho penal especial. El primero vale para todos los ciudadanos y para todas las relaciones; el segundo impera sobre una categoría o clase de personas por razón de su cualidad, o por la situación jurídica especial en que se hallan. Constituyen derecho penal especial, por ejemplo, los códigos penales militares. El Derecho penal especial no constituye una excepción al Derecho penal común, sino una especificación, un complemento.

3. Derecho penal regular y Derecho penal singular o excepcional. El primero es el derecho que vale normalmente; el segundo, el derecho que vale para situaciones singulares y constituye una excepción a los principios El Derecho penal excepcional no debe confundirse con el Derecho penal especial, que no tiene nada de excepcional, sino que constituye sólo un complemento y una integración del derecho común.

4. Derecho penal general y Derecho penal particular o local. La diferencia entre estos dos sistemas de normas consiste en que las primeras valen para todo el territorio del Estado y las otras, sólo para una parte de él.

5. Puede mencionarse, por último, el Derecho penal temporal, como aquel cuya eficacia está predeterminada por la ley misma para un período; se contrapone al derecho destinado a regir por tiempo indeterminado[30].

II. DELIMITACION DEL CONCEPTO DE DERECHO PENAL

Conforme a la opinión dominante, la función del ordenamiento jurídico-penal consiste exclusivamente en asegurar la existencia de la sociedad y en garantizar las condiciones fundamentales e indispensables de la vida comunitaria.

Existen, no obstante, otros ordenamientos jurídicos cuyas normas van acompañadas de sanciones penales, sin que por ello la doctrina los

30 Sobre este particular, cabe señalar que hemos seguido las distinciones que el ordenamiento penal proporciona G. MAGGIORE (Ver: I, pág. 39-40). Tales distinciones atienden a la naturaleza, función, duración y colocación de las normas penales.

www.penalpanama.com

estime derecho penal verdadero y propio; y en algunos casos la propia doctrina no ha logrado un acuerdo unánime al respecto.

Vamos a referirnos a continuación a algunos de esos ordenamientos:

A. Derecho penal disciplinario

Derecho disciplinario es el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones de orden jerárquico y de sujeción. Este tipo de normas pueden ser de carácter privado o público.

Las primeras comprenden las relaciones de subordinación de los miembros de la familia, la iglesia, de los cuerpos morales, sociedades, colectividades, colegios profesionales, etc., a las autoridades encargadas de dirigirlos.

El derecho disciplinario que constituye un ordenamiento jurídico con el que el penal tiene relaciones de carácter general, es el público, es decir, el concerniente al poder público de supremacía de algunas personas sobre otras, por motivos de interés público.

No puede negarse que el Derecho penal disciplinario es un conjunto de normas que asocian a las infracciones de naturaleza administrativa en que interviene la potestad jerárquica, con una sanción que reviste el carácter de pena. Pero sí se afirma que ese ordenamiento disciplinario debe separarse claramente del Derecho penal propiamente dicho[31]

El ilícito disciplinario, por tanto, constituye una lesión a los deberes de lealtad debida al Estado que ha depositado su confianza en el funcionario.

Al referirse a las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho penal disciplinario, manifiesta JIMENEZ DE ASUA: "En primer término, son radicalmente distintos los principios en que se fundan. El Derecho penal se propone previa acuñación de tipos, reprimir y prevenir la delincuencia mediante penas de finalidad múltiple. El Derecho penal

31 JIMENEZ DE ASUA. I. pág. 42-43.

www.pdfbarcelona.com

disciplinario se limita a mantener a los funcionarios en su dependencia jerárquica, mediante sanciones, que si bien asumen la índole de las penas, tienen mero carácter correctivo. Max Ernesto Mayer ha dicho exactamente "que el ejercicio de la potestad disciplinaria, es administración y el de la potestad criminal, es justicia[32].

Cabe advertir, además, que mientras en el Derecho penal domina el principio nullum crimen nulla po,.. sine lega, el Derecho penal disciplinario no está sujeto a tal reserva de la ley, reemplazando las figuras legales por preceptos generales en los cuales existe una amplia facultad decisoria.

B. Derecho penal administrativo

Derecho administrativo es el sistema de normas que regulan las relaciones entre la administración pública, al obrar por finalidades propias, y sus sujetos subordinados[33].

Si estas normas van acompañadas de sanciones penales, se tiene el llamado Derecho penal administrativo. Ahora bien: no siempre las normas administrativas son sancionadas penalmente. Con frecuencia el precepto es reforzado con sanciones no penales, como el resarcimiento, las restituciones, multas civiles, incapacidades, caducidades, etc. Únicamente cuando las sanciones asumen el carácter de penas, surge el problema del derecho penal administrativo y de sus relaciones con el derecho penal en sentido estricto.

El Derecho penal administrativo es, por tanto, el conjunto de disposiciones que garantiza bajo la amenaza penal el cumplimiento de un deber de los particulares frente a la administración[34].

Aunque existe cierta similitud entre el Derecho penal administrativo y el Derecho penal disciplinario, no cabe duda que existe una diferencia fundamental entre ellos. En tanto que éste último supone una relación de

www.penalcolombiana.com

32 Citado por JIMENEZ DE ASUA, " pág. 48.

33 MAGGIORE, I, Pág.45.

34 SOLER, I, Pág. 48

dependencia de carácter jerárquico, en aquel se tutela con la amenaza de una pena, la observancia de ciertos deberes por parte de los particulares frente al Estado, en sus relaciones de carácter administrativo.

Aún cuando la doctrina se ha mostrado favorable a la sustantividad propia de un derecho penal administrativo, no cabe duda que los argumentos de quienes proclaman la "unidad fundamental de todo el derecho represivo" son dignas de consideración. En este sentido AFTALION "niega que las peculiaridades que pueda ofrecer autoricen a construir un Derecho penal independiente, ya que no es posible advertir en el mismo rasgos originales en cuanto a la estructura lógica de su conocimiento o en cuanto a la esencia de los entes constitutivos de esos sectores"[35].

RANIERI, por su parte, si bien rechaza la autonomía del Derecho penal administrativo, comprendiéndolo dentro de la amplia esfera del Derecho penal, acepta como factible hacer una distinción en el sentido de que "como el límite entre las dos ramas jurídicas es susceptible de desplazamiento, la línea limítrofe no puede establecerse sino haciendo referencia, no tanto a la naturaleza de la sanción, como a su *función* y al órgano que la aplica"[36].

Por lo que respecta *a* nuestro Derecho positivo, puede afirmarse que el llamado "delito de policía" (faltas o contravenciones) no es regulado por el Código penal, sino que éste dispone expresamente en su artículo 1°. párrafo segundo, que las faltas las define *y* sanciona el Código Administrativo.

C. Derecho penal fiscal

El Derecho penal fiscal es el ordenamiento jurídico que regula la actividad del Estado *y* de los organismos descentralizados, destinada a la obtención de los recursos económicos necesarios para suplir las necesidades públicas.

Resulta oportuno indicar que los autores italianos al referirse a este ordenamiento jurídico utilizan la expresión "Derecho penal financiero" *y* lo

35 Citado por JIMENEZ DE ASUA, 1, pág. 47

36 RANIERI, Silvio. Manual de Derecho Penal. Vol. 1, Editorial Temis, Botogá, 1975, pág. 7.

www.penalpanama.com

tratan, al igual que el Derecho penal disciplinario, como una división del Derecho penal administrativo.

Por lo que a nuestro derecho vigente concierne los delitos fiscales están determinados en el Código Fiscal, que señala las penas aplicables y el procedimiento a seguir en su juzgamiento, si bien se remite en este último aspecto al Código Judicial, en forma supletoria, en cuanto sea compatible con la naturaleza de la respectiva actuación. Si bien se denomina delitos al contrabando y demás defraudaciones fiscales, en realidad se trata de ilícitos de carácter administrativo.

Siguiendo la recusable práctica de fraccionar el Derecho penal y fundándose en la mera especialidad de ciertas leyes penales, que pueden sin inconveniente ser englobadas en los preceptos del Código penal, se habla además, de ciertos Derechos penales especializados: Derecho penal del trabajo, Derecho penal financiero, Derecho penal económico, Derecho penal militar.

Como quiera que somos partidarios de la unidad del Derecho penal general, en el que se refunden los llamados Derechos penales especiales, que no por estar disgregados en leyes distintas del Código penal, han de estimarse diferentes del Derecho penal común, negamos la pretendida autonomía de tales ordenamientos Jurídicos.

III. EXTENSION DEL DERECHO PENAL

A. Derecho penal y Derecho procesal penal

Las definiciones del Derecho penal que anteriormente hemos proporcionado, como conjunto de normas establecidas por el Estado que determinan los delitos, las penas y medidas de seguridad, se refieren al denominado Derecho **sustantivo,** llamado también **sustancial o material.** En efecto, esas definiciones miran la sustancia misma del Derecho penal, que es el sometimiento del reo a la pena como consecuencia del delito cometido. En esta parte del derecho entran, por tanto, la doctrina del delito, la doctrina de las penas (y de las medidas de

www.penalpanama.com

seguridad), del delincuente, y la de las causas de extinción del delito y de las penas.

Al lado de este ordenamiento existe otro, que se refiere mas a la **forma** que a la sustancia del Derecho penal, es decir que dicta las normas con que el derecho sustantivo se actualiza, de modo que la sanción prescrita en la ley pueda alcanzar efectivamente al trasgresor. Este ordenamiento constituye el Derecho penal procesal, que ANTOLISEI define como: "la rama jurídica que disciplina el proceso, o mejor aún, la actividad de los órganos del Estado dirigida a establecer si la ley penal ha sido violada y la pena que debe imponerse al autor de la trasgresión, fijando las formas, modos, plazos, etc., de la actividad misma"[37].

En un tiempo aparecían hermanados los preceptos penales y los procesales. Actualmente el Derecho procesal penal, que tiene indiscutible personalidad y contenido propio, no puede ni debe considerarse como elemento integrante del Derecho penal sensu stricto.

En términos generales, puede afirmarse, que la diferencia entre estos ordenamientos jurídicos reside en estas preguntas: en tanto que el Derecho penal formula cuáles son los hechos delictivos y las penas o medidas de seguridad aplicables, el Derecho penal procesal nos indica cuáles son las normas para su aplicación, con vistas a hacer efectiva la responsabilidad y aplicar la pena o medida de seguridad.

Para establecer si una norma es de Derecho sustantivo o de Derecho procesal, carece de valor su ubicación en el Código penal o en el procedimiento penal. A veces ocurre que disposiciones de derecho sustancial se hallen en el Código de procedimiento penal y viceversa.

B. Derecho ejecutivo penal o penitenciario

Según NOVELLI, el Derecho penitenciario es el conjunto de normas jurídicas que regulan la ejecución de las penas y de las medidas de

37 ANTOLISEI, Manual. pág. 14.

www.derechopanama.com

seguridad, desde el momento en que es ejecutivo el título que legitima su ejecución"[38].

Desde el momento en que el Derecho penal ha dejado de ser una rama del Derecho Público encasillada en los conceptos de delito, delincuente y pena y ha comenzado por preocuparse de una manera especial por la rehabilitación y readaptación social del delincuente, se va ubicando dentro del campo del Derecho social. Dentro de esta concepción, el Derecho Penitenciario es una prolongación o etapa del Derecho penal que tiene a su cargo la individualización administrativa de las sanciones.

Quienes optan por la autonomía del Derecho Penitenciario consideran que esta rama del Derecho se rige por normas especiales que le son propias, es totalmente independiente del Derecho penal y determina la individualización de la sanción, constituyéndose en el instrumento viable y único para lograr la readaptación social del delincuente.

No han faltado procesalistas que ubiquen al Derecho Penitenciario como una etapa del proceso penal, al ocuparse de la ejecución de la pena.

SOLIS QUIROGA, catedrático de Derecho Penitenciario en la Universidad Autónoma de México considera que todavía no puede hablarse de la autonomía del Derecho Penitenciario, ya que éste sólo adquiere importancia como consecuencia de la aplicación del Derecho penal, al limitarse a la ejecución de las penas privativas o restrictivas de la libertad, y citando a STANILOW PLAWSKI lo define así: "El Derecho Penitenciario constituye una rama especial del Derecho penal y es un conjunto de normas jurídicas que definen los métodos sobre los cuales la aplicación de la pena realiza el fin de la reeducación y la resocialización del hombre que ha cometido un crimen"[39].

Lo que si no se puede negar es que independientemente de que todavía no esté maduro el contenido del Derecho Penitenciario, como para reconocerle autonomía, se requiere de una sistematización jurídica

38 Citado por JIMENEZ DE ASUA, I, pág. 66.

39 PLAWSKI, citado por Héctor SOLIS QUIROGA, Derecho Penitenciario, UNAM, México, 1974

de las disposiciones ejecutivas penales, que se preocupe no sólo de las condiciones de la ejecución, sino de la tutela de los derechos y de los intereses de los sentenciados, de la finalidad de la ejecución y de las modalidades para realizarlas.

IV. RELACIONES DEL DERECHO PENAL CON LA MORAL Y OTRAS CIENCIAS

A. Relaciones del Derecho penal con la Moral

El Derecho penal conserva una íntima relación con la Moral, acaso mayor que la de los demás Derechos. Con sobrada razón se dijo que el Código penal es, en verdad, "el código moral de un pueblo". "Ya que si para los demás Derechos el criterio moral se considera, por algunos, como simple medio de valoración, en el nuestro, el contenido sustancial del delito, la más de las veces, es de orden moral"[40].

No cabe duda, en términos generales, que los hechos prohibidos por las leyes penales contrastan normalmente con los preceptos morales, y que a la hora de elaborar los preceptos penales, el legislador es guiado por consideraciones morales muy especialmente las dominantes en la época de la elaboración de los mismos.

En ocasiones sucede, sin embargo, que no siempre los delitos constituyen una acción Inmoral, sino que están fundados en consideraciones oportunísticamente establecidas por el legislador, no por un sentimiento universal permanente de reprobación, sino por contingencias políticas, económicas, sociales, administrativas. Ello ha llevado a ANTOLISEI a manifestar: "entendemos que la doctrina que encuentra un ligamen indisoluble entre el Derecho y la moral no resiste un sereno examen crítico. Aún prescindiendo de las objeciones que filósofos y tratadistas de Derecho público han dirigido, en general, a la

www.penumbra.com

40 En este sentido: DEL ROSAL. Tratado, I, pág. 28. No faltan autores, sin embargo que como JIMENEZ DE ASUA, se niegan a ocuparse de la. Relación del Derecho penal con la Moral, porque estiman que constituye un tema estrictamente filosófico, y recomienda dejar a los filósofos decidir esas cuestiones de su propia competencia. I. pág. 188-189.

teoría mencionada, es decisiva para nosotros la consideración de que su principal consecuencia respecto al Derecho penal choca con la realidad. Un examen completo y desapasionado de las normas del Derecho positivo demuestra, en efecto, que el delito no es siempre una acción inmoral: demuestra, en otros términos, que se sancionan con la pena hechos que no contrastan con los postulados de la ética". Así, cita como ejemplos, los delitos culposos, que la conciencia social no los considera generalmente deshonestos; las contravenciones, que en su mayoría, consisten en la infracción de normas establecidas con el fin de regular servicios públicos o de procurar un mejoramiento de la vida común, siendo moralmente indiferentes; y los delitos políticos, que comprenden algunos hechos que no pueden considerarse inmorales como, el espionaje realizado por el extranjero en interés de su patria[41].

Se puede afirmar, por tanto, que el Derecho penal descansa sobre la moral, sin confundirse con ella. Así como no todo lo inmoral es penal, tampoco todo lo penal es inmoral.

De tal manera que puede concluirse que el Derecho no es la Moral, pero tampoco puede divorciarse de ella; a lo inmoral jamás hay derecho[42].

De otro lado, la ley penal castiga los actos antisociales por el desorden social que causan: mientras que la moral busca el perfeccionamiento del hombre, el Derecho penal busca el mantenimiento del orden externo y la organización pacífica entre los hombres; la moral encuadra su sanción en la conciencia individual; el Derecho penal en la fuerza pública; para la moral el móvil del individuo es fundamental; para el Derecho penal el móvil únicamente importa a la hora de fijar la pena, no a la hora de determinar la existencia de la infracción.

www.benjumanamo.com

41 ANTOLISEI, Manual,

42 TRENDELENBURG. citado por DEL ROSAL. I. pág.. 28

B. Relaciones del Derecho penal con algunas ramas de las ciencias jurídicas.

1. Con el Derecho Constitucional

El Derecho penal guarda estrecha relación con el Derecho Constitucional: los conceptos de Estado, derechos individuales, políticos y sociales, etc. les son comunes. Pero sobre todo, la aproximación es aún mayor en la extensa categoría de delitos que atacan al Estado y a sus órganos. "El delito político -expresa JIMENEZ DE ASUA- depende, sin duda, de la construcción estatal. A nadie extraña que en los regímenes liberales las infracciones políticas sean dignas del más benigno trato, en tanto que en los regímenes autoritarios se estiman como las más graves. El Código penal soviético es, al respecto, buena prueba y también el Código penal italiano de 1930"[43].

Ahora bien, si la característica de toda constitución democrática es la tutela y salvaguardia de las libertades individuales frente a los eventuales atropellos del poder estatal, es evidente que la constitución debe contener normas relativas a las relaciones penales entre el Estado y el individuo para eliminar la arbitrariedad, la falta de seguridad y las zonas de peligro para la libertad del individuo. Es, pues, en el campo penal donde se manifiesta en forma más ostensible el carácter democrático o antidemocrático de una constitución[44].

La Constitución contiene una serie de normas penales que consagran, entre otros, los siguientes principios:

a) **El principio de legalidad** (art. 30), por el cual: "Sólo serán penados los hechos declarados punibles por ley anterior a su perpetración y exactamente aplicable al acto imputado".

Dicho principio fue precisado debidamente en el artículo primero del Código penal, y del mismo se desprenden las siguientes e importantes consecuencias:

---

43 JIMENEZ DE ASUA, I, Pág. 191.

44 BETTIOL, Pág. 28

www.lecturalaw.com

1) Un hecho no puede considerarse delito ni sometido a pena, si una disposición legal no lo ha previsto como tal.
2) Al hecho previsto en la ley como delito sólo pueden aplicársele las penas por ella fijadas en cada caso particular.
3) El hecho que da lugar a la aplicación de una pena debe hallarse previsto por la ley de un modo expreso y, por ello, no puede deducirse analógicamente de normas relativas a hechos distintos.

b) **La prohibición de la pena de muerte, de la expatriación y de la confiscación de bienes** (art. 29).

c) **El principio de la humanización de las penas** (art. 27). Se pretende salvaguardar la dignidad y derechos de libertad del ciudadano. Una pena que en su enunciación conceptual o en su ejecución no respetase la dignidad física o moral del ciudadano, sería contraria a la Constitución.

Este principio no significa, sin embargo, coartar la función punitiva, como si fuese obligatoria una mitigación gradual de la ejecución penal tendiente a hacer desaparecer toda diferencia entre la vida dentro o fuera de la cárcel, tal como se ha pretendido. Humanizar las penas supone no adoptar modalidades de ejecución que obstaculicen o impidan el proceso de arrepentimiento del condenado[45].

d) **El principio de la irretroactividad de la ley penal**, que se desprende del mismo artículo 30 de la Constitución, en cuanto exige que la ley haya entrado en vigor antes de la comisión del hecho. Se trata de un corolario del principio de legalidad.

2. Con el Derecho Administrativo

Las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho administrativo se dan a diferentes niveles. Muchos de los conceptos utilizados por el Derecho penal en la definición de los tipos, provienen del Derecho

45 BETTIOL, Pág. 33

www.cenunal.com

administrativo (funcionario público, ejercicio de funciones, servicio público, etc.). El Derecho penal tutela numerosas actividades de la Administración del Estado, de las corporaciones menores, como los municipios y otras organizaciones descentralizadas (entidades autónomas). Además, ambos ordenamientos tienen una amplia esfera común: la de la pena, sobre todo en aquellos países como el nuestro, en que la ejecución de las penas o de las medidas de seguridad está confiada al Órgano Ejecutivo.

Las relaciones del Derecho penal y el Derecho administrativo han cobrado mayor trascendencia, especialmente ahora que se propugna por la autonomía de los Derechos penales administrativos, disciplinario y fiscales, a que hicimos referencia al tratar la delimitación del concepto del Derecho penal.

3. Con el Derecho Internacional

La relación del Derecho penal y el Derecho internacional es evidente, ya que la mayor parte de los problemas referentes a la esfera de validez de la ley penal en el espacio tienen su origen en este último, hasta tal punto que algunos autores han denominado a esta parte Derecho **penal internacional**.

Cabe resaltar en este aspecto las innumerables relaciones que entre los Estados plantea una eficaz lucha internacional contra la delincuencia, lo que exige elaboración de acuerdos de carácter Internacional, como se ha visto en los Congresos penales Internacionales, en los problemas de terrorismo, extradición y más recientemente cobra actualidad dramática los de "piratería aérea" y tráfico de drogas.

4. Con el Derecho Civil

El delito apareja responsabilidad penal y civil, al lesionar no tan sólo las bases .de la existencia de la comunidad política, sino los intereses de una determinada persona.

Son numerosos los conceptos privados que gozan de especial relieve en el penal. Así, por' ejemplo; los conceptos de "propiedad", "posesión", "cosa mueble", "matrimonio", "hijo", etc., aunque a veces, la

www.derjurama.com

realidad jurídico penal considere estos conceptos con una significación un tanto distinta de la privada.

5. Con el Derecho Mercantil

El Derecho penal moderno reglamenta cada vez más la materia comercial. Algunos conceptos, como los de "comerciante", "insolvencia", "quiebra", etc., integran las definiciones de ciertos tipos penales. No obstante, el carácter autónomo del Derecho penal y más aún, su carácter individualizante, hace que en no pocas ocasiones abandone algunas de las definiciones propias del Derecho comercial, en atención a sus propias finalidades.

Por otra parte, el estamento penal protege, en diversas formas, instituciones de naturaleza mercantil, como las diferentes sociedades mercantiles, ciertos abusos en la contratación etc., todo lo cual ha motivado que se hable de un Derecho penal financiero, y sobre todo, del llamado Derecho penal económico, objeto de meditación de algunos congresos internacionales (Roma: 1953).

C. Relación del Derecho penal con las Ciencias Criminológicas.

La determinación del contenido y objeto de la Criminología es tema todavía abierto a discusión y son numerosos los autores que como SOLER le niegan el carácter de ciencia unitaria por estimar que carece de un objeto específico y único de operar. "En síntesis -indica el ilustre profesor- la designación Criminología no corresponde propiamente a una entidad científica, autónoma: es una hipótesis o de trabajo, por cuanto en su esfera pueden coincidir y coinciden intereses de ciertas ramas especiales derivadas de la antropología, de la psicología, de la sociología y del derecho. No existe un método unitario correspondiente a ese campo común de interés, sino que los aportes Se operan bajo las condiciones técnicas y metódicas propias de cada una de las ciencias de que proviene"[46].

46 SOLER, I, pág. 33.

La mayoría de los autores modernos, no obstante, reconocen a la Criminología el carácter de ciencia y no ha faltado quien como JIMENEZ DE ASUA, vaticinara que "llegará un momento en que la Criminología se tragará al Derecho penal", si bien reconociera a su vez que por múltiples causas, entre las que descuella justamente la hibridez del positivismo que mezcló a Criminología y el Derecho penal, tienen aún escaso contenido de problemas auténticos[47].

Ahora bien, si los elementos que dan a una disciplina el carácter de ciencia es la posesión de un objeto y la adopción de un método peculiar, es preciso reconocer a la Criminología tal naturaleza ya que posee un objeto (el aspecto real del delito), y un método adecuado al objeto, brindándonos la posibilidad de construir una elaboración sistemática[48].

Los criminólogos al sostener que la Criminología es ciencia, se refieren al concepto aristotélico de ciencia con sus características de orden en búsqueda de leyes generales. Se trata de una ciencia sintética e integral que resume los conceptos tomados de la antropología criminológica, la sociología criminológica, la psicología criminológica, la sociología criminológica, la penología y la victimología. Además, es una ciencia causal explicativa porque busca en la descripción de los fenómenos la explicación de la cadena causal. Es una ciencia del mundo del ser que se ocupa de las conductas antisociales, o sea de aquellos comportamientos humanos que van contra el bien común o se dirigen a la destrucción de la sociedad.

Hay que reconocer, por tanto, que la Criminología también es ciencia del delito, si bien se diferencia del Derecho penal tanto por su objeto como por su método. El Derecho penal tiene por objeto de conocimiento las normas jurídicas que prevén el delito y determinan sus consecuencias jurídicas, en tanto que la Criminología estudia los hechos que son previstos por aquellas normas, no desde el punto de vista jurídico, sino en cuanto sucesos en la vida humana y social. Esencialmente la Criminología se ocupa del estudio integral de la

47 JIMENEZ DE ASUA, I, pág. 107.

48 SAINZ CANTERO, José Antonio. Derecho Penal y Criminología. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1968, pág. 12.

personalidad del delincuente considerando los factores endógenos y exógenos que integran o dan lugar comportamiento antisocial.

De la Criminología se han dado las más diversas nociones. Para MEZGER es .la ciencia que estudia el delito como un suceso natural en la vida real. Es, en consecuencia, una ciencia experimental que considera al delito no desde puntos de vista jurídicos valorativos, sino descriptivos y causales. El delito antes que nada es un hecho social que está determinado jurídico penalmente[49].

DEL ROSAL, por su parte, la define como la "teoría que estudia el delito en su origen, exponiéndonos las causas motivadoras del mismo tanto en su expresión personal como social"[50].

Entre las ciencias criminológicas debemos destacar la Antropología, la Psicología y la Sociología criminales.

1. La **antropología criminal** estudia al hombre delincuente investigando las características físicas. Se relaciona con la Biología criminal que se ocupa del estudio del hombre como ser vivo.

Según los autores italianos la Antropología Criminal se divide en **Somatología criminal y Psicología criminal,** ya sea que se trate de los caracteres físicos o de los psíquicos. Otros, como DEL ROSAL, estiman que el estudio anímico del delincuente no forma parte de la Antropología criminal y, por ello, consideran que es una rama independiente[51].

BENIGNO DI TULLIO en su monumental Tratado de Antropología Criminal, sostiene que la Antropología Criminal es una disciplina que abarca la suma de investigaciones biológicas, morfológicas, funcionales, neurológicas, psicológicas y patológicas, que son necesarias para el estudio del delincuente, cualquiera sea la naturaleza y gravedad del oolito cometido, y cualquiera que sea el grado de peligrosidad y corrección que él presente; y alcanza a su vez el estudio de todos los sujetos que, aún

www.derechopanama.com

49 MEZGER. citado por SAINZ CANTERO, pág. 11.

50 DEL ROSAL, I, págs. 44-52.

51 IDEM, pág. 26.

fuera de las leyes penales, se revelan más o menos peligrosos como contraventores de las normas de convivencia[52].

2. La **Psicología criminal** investiga los caracteres psicológicos de los delincuentes y las causas de este orden que concurren a las deformaciones criminológicas y a la consecuente producción del delito.

3. La **Sociología criminal** estudia el delito como aparición social en la vida de la comunidad. Se ocupa del crimen y del criminal en su contexto social. Puede ser concebida en sentido amplio y en sentido estricto. En el primero, fue planeada por FERRI, como ciencia general de la criminalidad, incluyendo en ella el Derecho penal. En el segundo aspecto considera el delito como fenómeno social en el origen, evolución, significación y su relación con los más caracterizados fenómenos sociales.

D. Relación del Derecho penal con las llamadas Ciencias Auxiliares

Dada la enorme extensión de la ciencia penal moderna, existen una serie de disciplinas que cooperan en el campo criminológico y jurídico penal en el esclarecimiento del hecho delictivo y en el estudio de la personalidad del delincuente.

Como prueba de la importancia de estas ciencias auxiliares podemos citar las siguientes:

1. La **Criminalística** que aplica principios científicos a las investigaciones encaminadas a la averiguación del delito y de la persona del delincuente. SANDOVAL SMART considera que la Criminalística es una disciplina auxiliar del Derecho penal que se ocupa del descubrimiento y verificación científica del delito y del delincuente", ya que se ocupa del examen de los elementos materiales que se encuentran en el lugar de los hechos con la ayuda de las ciencias naturales y de esta manera contribuye a la determinación del delito y del o los delincuentes. La Criminalística con el uso del método científico trata de resolver las

52 DI TULLIO, Benigno. Tratado de Antropología Criminal. Buenos Aires, pág. 17

www.cenjurpanama.com

siete interrogantes de toda investigación criminal: ¿qué, cómo, quién, dónde, cuándo, por qué y con qué?

2. La **Medicina Legal** insustituible en la determinación de ciertas pruebas del hecho criminal, sobre todo en los casos de homicidio, lesiones personales, aborto, delitos contra las buenas costumbres y el orden de la familia.

3. La **Psiquiatría Forense** considerada por algunos como una rama de la anterior, que estudia la enfermedad psíquica en cuanto puede interesar en la aplicación de la norma penal.

La psiquiatría forense tiene como objeto el estudio del fenómeno vital psíquico en sus manifestaciones morbosas o anormales que son motivo de relación legal en vía de protección jurídica o como sujetos que contrarían las leyes[53].

4. La Estadística Criminal disciplina auxiliar de sobresaliente importancia, especialmente para la Sociología criminal, puesto que nos informa la expresión cuantitativa del delito en la vida social, en su acontecer cronológico, demográfico y geográfico.

www.penjurpanama.com

53 WYRSCH, Jacob. Psiquiatría Forense. Espasa Calpe, S. A. Madrid, 1949, pág. 22.

CAPITULO II EVOLUCIÓN HISTORICA DEL DERECHO PENAL

I. TIEMPOS PRIMITIVOS

A. Origen mágico y *religioso*

B. El carácter social de las penas primitivas

C. *Privación de la paz* y *la venganza de sangre*

II. FORMAS HISTORICAS DE PENAR

A. El talión

B. La composición

III. EL DERECHO PENAL PÚBLICO

IV. LA EPOCA DE LAS LUCES

A. Las tendencias humanitarias y *humanistas*

B. Los filósofos y *el Derecho penal*

C. Beccaria

D. John Howard

E. El Derecho penal revolucionario

V. PERIODO CIENTÍFICO y MOMENTO ACTUAL

A. La *construcción del Derecho penal liberal*

B. En la actualidad

www.penjurpanama.com

En el estudio de toda disciplina científica o de las diferentes ramas del Derecho, adquiere señalada importancia la revisión del desarrollo de la misma a lo largo de los tiempos a fin de conocer su origen y evolución al igual que los esfuerzos y aportes que se hicieron en otras épocas y en esta forma comprender mejor las instituciones que hoy nos rigen.

No han faltado autores que consideran que el Derecho penal no está ligado al movimiento general de la civilización, que su aparición es reciente, vinculado a movimientos filosóficos totalmente independientes del pasado. Estimamos, sin embargo, que este criterio no puede ser compartido, ya que si existe una rama del derecho que ha sufrido profundas transformaciones con el devenir de los siglos y el desarrollo de la civilización, es precisamente la rama penal.

"Ninguna de las ciencias del derecho ha sufrido más reformas -advierte ARGIBAY MDLINA- que la que es motivo de nuestro estudio, quizás porque es la más antigua, la que ha existido desde el primer momento en que el hombre -ser inteligente y libre- comenzó a habitar este planeta"[1].

De otra parte, siempre será necesario hacer un breve recorrido sobre las distintas etapas del desarrollo de la penalidad, si pretendemos lograr una noción más clara y exacta del Derecho penal en la actualidad.

Siguiendo los lineamientos de JIMENEZ DE ASUA, examinaremos las distintas etapas evolutivas de la progresión de la "justicia penal", más que la de los preceptos jurídicos, para lo cual las reduciremos a las siguientes: I. Tiempos primitivos. II. Formas históricas de penar. III. El Derecho penal público IV. Época de las luces. V. Período científico y momento actual[2].

www.centurpanama.com

1 ARGIBAY MOLINA, DAMIANOVICH, MORAS MOM y VERGARA. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Edier. Buenos Aires, 1972. pág. 41.

2 Otros autores establecen los siguientes. Períodos: FERRI: 1. Fase natural o primitiva; 2. Fase religiosa; 3. Fase ética, 4. Fase Jurídica; Fase Social. PRINS: 1. Primitivo, consuetudinario o de reparación, que llega hasta la Edad Media; 2. De expiación o intimidación; 3. Período humanitario, 4. Período científico contemporáneo, VIDAL: 1. Venganza privada; 2. teológico-político de venganza divina y pública y de intimidación; 3. Humanitario; 4. Científico contemporáneo. GARRAUD: 1.

I. TIEMPOS PRIMITIVOS

A. Origen mágico y religioso

Los estudios etnológicos y sociológicos han demostrado que el hombre primitivo no rigió su conducta conforme a los principios de causalidad y de conciencia del yo. La retribución y la magia, de una parte, y la psicología colectiva de otra, configuran la cosmovisión del alma primitiva[3].

La mentalidad primitiva, tal como lo han comprobado las concepciones logradas por la moderna sociología, no comprendía la relación de causalidad: una determinada conducta produce un determinado resultado; sino que una vez sobrevenido éste, cuando era dañino o perjudicial, lo justificaba como castigo divino por haber violado una prohibición (tabú).

En gran medida la mayoría de los fenómenos que se presentaban se explicaban exclusivamente dentro de un concepto amplio de magia primitiva, con acentuado carácter religioso.

Esta serie de prohibiciones (tabúes) o sea, las leyes de los dioses que no debían ser infringidas, tenían pues origen eminentemente mágico y religioso, y constituían el principio de retribución en vida. La penalidad por la desobediencia de esos mandatos tácitos, es el retiro del poder protector de la divinidad. "El carácter distintivo del tabú -explica VAN HENTING- consiste en que la prohibición no es razonada y la sanción prevista en caso de violación no es una pena inflingida por la ley civil, sino una calamidad, como la muerte o la ceguera, que alcanza al culpable [4]".

Cuando un miembro de la tribu o **gens** violaba una de las tantas prohibiciones o **tabúes,** se hacía necesario aplicarle una sanción con la

www.lasnuevaalma.com

Concepción bárbara; 2. Concepción teocrática; 3. Concepción Política. CUELLO CALON 1. Venganza privada; 2. Venganza divina; 3. Venganza pública; 4. Período humanitario.

3 JIMENEZ ASUA, I, pág. 235.

4

finalidad de garantizar el favor dispensado por la divinidad que protegía al grupo **(totem).**

Del pensamiento mágico, contradictorio, **totem y tabú,** van a derivarse toda clase de formas retributivas: el aspecto positivo, el **hechizo,** que consiste en ejecutar un acto para que se produzca el resultado que se ansía (como pintar el animal que quiere calarse), y el aspecto negativo del **tabú** que estriba en acarrear desgracias si se realiza las cosa prohibida[5].

B. El carácter social de las penas primitivas

De lo expuesto en el apartado anterior se deducen las siguientes conclusiones:

1. La primitiva **reacción** es eminentemente **colectiva.** Este carácter se aprecia hasta en la forma de ejecución: lapidar es una de las más antiguas y características maneras de manifestarse la reacción punitiva, colectivamente ejercida.

2. Esta reacción social es en su origen eminentemente **religiosa,** y sólo de modo paulatino se hace civil. Aún no se distingue el mandato de Dios, del estatuto de los hombres, el crimen es el atentado contra la divinidad, y la pena la expulsión de los que atentan al orden social existente, pero como **sacrificio a la divinidad, en** primer término.

3. Existe una conexión indisoluble entre la violación del **tabú** y la retribución. El sujeto es responsable por el daño causado y no importa que haya infringido las prohibiciones consciente o inconscientemente. Este tipo de reacción social primitiva tenía pues un carácter puramente objetivo.

4. Del carácter **social** y de la **responsabilidad objetiva** a que hicimos referencia, se concluye que la reacción retributiva contra el actor del maleficio o daño, podía ser ejercida por cualquier individuo que perteneciese al mismo **totem.** Así mismo, la infracción cometida por un

www.derechopanama.com

5

miembro de un determinado **totem** podía ser vengada contra cualquier integrante del mismo **totem.**

Este carácter social de las penas primitivas es tan acentuado y evidente que lleva a LISZT a manifestar que "Hasta el más remoto período, accesible a la indagación histórica, entre las razas más duras y degeneradas, hallamos la reacción social, aunque oscuramente presentida, contra el miembro de la sociedad que ha transgredido las normas de la convivencia y, por lo tanto, ha vulnerado o puesto en peligro los intereses de la comunidad"[6].

C. Privación de la paz y la venganza de sangre

Con la necesaria asociación de tribus, que conviven unidas por vínculos de sangre, sobre un mismo territorio, varían las formas de reacción social contra las acciones antisociales, apareciendo dos géneros de pena igualmente primitivas: la privación de la paz y la venganza de sangre.

1. La privación de la paz consiste en el castigo que se le impone a un miembro de la tribu, que en el seno de la misma ha cometido una violación contra ésta o alguno de sus integrantes. Este tipo de penalidad primitiva se presentaba como una exclusión de la comunidad de la paz, constituida por la tribu. Suponía, por tanto, la separación del individuo del grupo social a que pertenecía, y toda vez que el poder colectivo de la tribu o gens le retiraba su protección, ello equivalía a ser sometido a la esclavitud por parte de otra tribu o a la muerte segura.

2. La venganza de sangre era el castigo que se aplicaba cuando un individuo no perteneciente a la tribu perturbaba la actividad o voluntad de aquella o lesionaba a uno o varios de sus miembros. La pena aparece en este segundo caso, como un combate contra el extranjero y contra su gens, como una venganza de sangre que se ejerce de tribu a tribu, como venganza colectiva, que termina con la desaparición de una de las dos partes contendientes o por el agotamiento de ambas.

www.derechopanama.com

6 LIZT. FRANZ VON. Tratado de Derecho Penal. T. I. Tercera Edición. Instituto Editorial Reus, Madrid, s/f. pág. 19.

La privación de la paz, así como la venganza de sangre, por tanto, no son una reacción de la asociación de tribus, como representante del orden, de la paz, y por consiguiente del derecho. Y por ello, las acciones contra las que se dirige la reacción colectiva, como perturbadoras de los intereses vitales de la comunidad, como atentatorias de la paz de la comunidad, y por tanto, del ordenamiento jurídico que protege la normal convivencia de los asociados. Basado en ello, LISZT advierte la necesidad de rectificar "la opinión, muy extendida, que ve la raíz de la pena en el instinto de venganza, manifestándose a través del instinto de conservación de los individuos"[7].

II. FORMAS HISTORICAS DE PENAR

El posterior desenvolvimiento de la justicia penal presenta dos formas más avanzadas de penalidad: la composición y el talión, instituciones estas que aparecen entre los más diversos pueblos.

A. El Talión.

Con la aceptación de domicilio fijo y consiguiente relajamiento de la asociación de tribus, se hace necesaria una cierta humanización de la reacción social, que como hemos dejado expuesto, era exageradamente violenta y desproporcionada.

La idea eclesiástico-religiosa del talión surge cuando la gravedad de la pena empieza a graduarse conforme a la gravedad de la lesión jurídica (ojo por ojo, diente por diente). No cabe duda, por tanto, que el talión de al instinto de venganza una medida y un objeto.

Según explica PEREZ, "el talión consagra principios de dosimetría penal. Representa, por eso mismo, un avance al instaurar la reparación del mal sufrido, con crueldades ejecutadas sobre la persona del infractor, buscando una equivalencia con el mal producido por este. También representa un avance, pues, por regla general, no es la mano del propio

www.derechocanario.com

7

individuo herido o perjudicado quien aplica la "justicia", sino un poder superior; el jefe del clan o de la tribu, el sacerdote, el rey"[8].

Resulta evidente, por tanto, como lo ha señalado en forma por demás acertada SOLER, que el sistema talional "supone la existencia de un poder moderado y, en consecuencia, envuelve ya un desarrollo social considerable"[9].

La práctica del talión se encuentra muy desarrollada en las legislaciones antiguas. El más antiguo de los Códigos de Oriente, el Código del Rey Hammurabi, que reinó en Babilonia aproximadamente 2,500 años antes de la Era Cristiana, contempla las siguientes previsiones: si un arquitecto construye mal una casa y ésta se hunde, el hijo debe morir; también se da muerte a la hija del que hubiese golpeado a una mujer libre si le hubiera causado la muerte o el hecho de abortar. Cabe citar que los más grandes legisladores consagraron el talión: Moisés en Palestina, Pitágoras en Grecia, Solón en Atenas. Kant lo reputó la medida más justa de la pena[10].

B. La Composición

Esta forma de penar consistía en que la víctima recibía del autor una suma de dinero en compensación o resarcimiento del daño causado por el delito. Se trataba de una sanción patrimonial derivada del "wergeld" del Derecho Germánico, un lejano antecedente de la pena pecuniaria y de la indemnización de daños y perjuicios que reconocen las legislaciones modernas. La composición, al igual que el sistema anterior, tiende a limitar objetivamente la gravedad de las sanciones.

La expulsión de la comunidad de la paz se atenúa; la pena de muerte y las corporales mutiladoras se conmutan por el destierro temporal y las penas pecuniarias. Al perturbador de la paz pública y los suyos, a pesar de la violación del derecho se le otorga la paz legal, al

www.derechopenal.com

8 LISZT, I, pág. 20.

9 PEREZ, I, pág. 99

10

menos en los casos graves, mediante una prestación en metálico para la comunidad (dinero de la paz)[11]

La venganza de la sangre se concilia: la reconciliación tiene como base la inspiración en metálico a la tribu ofendida, negociada primero, se convierte después en obligatoria. Así nace el sistema de composición (de componerse, arreglar, conciliar). Este sistema es utilizado por los germanos y otros pueblos con monedas corrientes.

HEGEL considera que la composición no fue un avance, sino un retroceso, expresa: "El hecho de que el asesinato de un hombre sea considerado nada más que como una ofensa y menoscabo a la comunidad, demuestra que falta aquí profundidad a la sensación, en la indiferenciación del sentimiento. Esto no es bondad, sino embotamiento y se explica porque para los germanos lo más importante era la existencia positiva del individuo"[12].

III. EL DERECHO PENAL PÚBLICO

Cuando la organización estatal adquiere mayor solidez, a través de largas evoluciones, se percata que las formas de represión primitivas atentan contra su propia integridad y naturaleza, acaba con las guerras entre familias, facilitando las composiciones.

Posteriormente, el Estado que regula las composiciones para limitar la venganza, termina prohibiéndolas y "establece un nuevo sistema represivo, penando él mismo los delitos con penas aflictivas, intimidantes y ejemplares, y cuando este desarrollo se completa, el Estado aparece en plena posesión del derecho de penar"[13]. Es entonces cuando propiamente aparecen las penas y el derecho subjetivo del Estado a castigar los delitos.

Con la objetivación de la pena como pena pública se transforma el poder ilimitado del Estado en materia penal, en Derecho penal público.

www.derechopanama.com

11

12

13

"La ley penal -observa JIMENEZ DE ASUA - determina, no sólo el contenido de la pena, sino también las exteriorizaciones de su principio, y de aquí que, demarcado ya el concepto del crimen, el arbitrio sea imposible, una vez puesto el caso concreto bajo la regla firme que obliga. Podemos, pues, decir con MOMMSEN, que el Derecho penal ilimitado en su origen mismo, está limitado legalmente por el poder coercitivo de los Magistrados. Y por eso podemos concluir afirmando, con VON LISZT, que así como ante todo "el Derecho es la política del poder", así el Derecho público para castigar es el poder público jurídicamente limitado"[14].

No habría inconveniente alguno en afirmar que el origen de la pena se halla en los períodos que hemos reseñado anteriormente, pero no debe desconocerse que la pena sólo es tal desde que adquiere rango de pena pública. Antes sería venganza colectiva, guerras, y para algunos, a nuestro juicio erradamente, venganza privada.

IV. LA EPOCA DE LAS LUCES

A. Las tendencias humanitarias y humanistas

La vieja aspiración de la humanización de las sanciones penales no logra concretarse en ideas debidamente organizadas hasta el Renacimiento, por obra del movimiento renovador que dio nombre a la época y que también hace sus incursiones en el Derecho penal.

En el período comprendido entre el Siglo XV y finales del Siglo XVIII aparecen las utopías. "Es la época de los grandes descubrimientos, del avance científico, del progreso de "las luces", del dominio de la razón y de la ética"[15].

Las utopías no constituyeron ataques directos a la organización existente, pero si implicaron serias críticas a la misma al parangonarlas

14 Citado por PEREZ, 1, pág. 102.

15

con instituciones idealmente construidas (repúblicas), en las cuales regían situaciones menos exasperantes para los subordinados.

En 1516, TOMAS MORO, en su obra Utopía, advierte que antes de aplicar la pena de muerte es necesario indagar las causas que influyen en el delito, y concluye que la mayoría de los hechos ilícitos obedecen a la enorme desigualdad entre pobres y ricos.

"Al lado de la interpretación genética del acto delictivo, MORO expuso cuestiones jurídico-penales y penitenciarias. Examinó los distintos factores, partiendo el económico, y pidió corrección para la enorme desigualdad entre pobres y ricos.

Los temas jurídicos abordados por él fueron: la ley penal en el espacio; el delito independientemente del grado de perfeccionamiento alcanzado en su ejecución; la proporcionalidad entre las infracciones y penas; el fin de éstas, discriminándolas según la aflicción corporal y el tiempo de libertad que quitan. No se le escapó inquirir sobre la sentencia indeterminada, la tolerancia religiosa y la eutanasia"[16].

En la Ciudad del Sol, editada en 1623, el italiano TOMASO CAMPANELLA, inspirándose en la República de Platón y en la Ciudad de Dios, de San Agustín, afirma que el factor económico es la causa de todos los males humanos, y por ello, en su república ideal todos los bienes son comunes y el trabajo se distribuye correcta y ordenadamente.

Entre las utopías también merece citarse la de FRANCISCO BACON, Nueva Atlántida, que vio la luz pública en 1627.

B. Los filósofos y el Derecho penal

Ya a principios .del Siglo XVII los políticos y pensadores se preocuparía cada vez con mayor interés por el estudio del Derecho penal, surgiendo nuevas ideas tendientes a impedir la excesiva crueldad de las sanciones penales y la arbitrariedad de los encargados de la administración de justicia.

16 PEREZ, l. pág. 116

Estas nuevas concepciones, sustentadas fundamentalmente en la razón y en el derecho natural, colocan al hombre frente al Estado. Se advierte entonces que el Derecho penal es una consecuencia necesaria de la naturaleza humana y del hecho de vivir el hombre en sociedad.

HUGO GROCIO, en Holanda (De jure belli ac pacis, 1625), fortalece la lucha en favor del Derecho penal público, al proclamar la exaltación del Derecho Natural al rango de ciencia autónoma.

HOBBES (1679), SPINOZA (1677) y LOCKE (1704), arriban al concepto de la pena como retribución jurídica por mandato divino, sosteniendo que su fin no puede ser otro que la corrección o eliminación de los delincuentes y la intimidación de los ciudadanos, en cuanto sirve para refrenar a los hombres para que no cometan delitos.

PUFFENDORF (1694), desecha la idea meramente retributiva de la pena, si bien declara que el Derecho penal no se origina en la cesión a la sociedad de un derecho por parte de los asociados, sino que es producto de la misma.

En Francia se destacan MONTESQUIEU y ROUSSEAU. El primero, señala que la pena ante todo debe tener la finalidad de defender a la sociedad, pero estima más importante prevenir los delitos que castigar a los delincuentes. El segundo, por su parte, afirma la existencia de un contrato social, de manera que todo hombre al ingresar a la sociedad adquiere el derecho a que ésta lo defienda, comprometiéndose a su vez a no violar las normas de conducta impuestas por la sociedad.

www.derechopenalonline.com

C. Beccaria

En 1764, Cesare Bonesana, Marqués de BECCARIA publica su pequeña obra de los delitos y de las penas y su contenido produce un estremecimiento violento en las estructuras ideológicas que prevalecían hasta esa fecha en cuanto a la legislación penal. Ninguno de los autores que habían escrito contra la lamentable situación del derecho y la aplicación de la justicia, había logrado atraer la atención del público, ni de las autoridades sobre la necesidad que existía de reformar la legislación

penal y humanizar la aplicación de la justicia; fue la coyuntura histórico-cultural tan propicia y la forma tan coherente de su lenguaje, lo que explica el sorprendente éxito alcanzado por su obra y la fama que proporcionó al autor".

Vale recordar que el castigo de los delincuentes era tan bárbaro, y se aplicaba con extrema severidad, consistente en galeras, mutilaciones, pena de muerte, tortura ordinaria y extraordinaria que aún hoy a través de la distancia que opera con los tiempos la sola lectura descriptiva de esos castigos conmueve a la persona más fría y equilibrada, tales como los comentarios de VOLTAIRE relacionados con el proceso que se le siguió al *caballero* DE LA BARRE, de 19 años de edad: por haber pasado a treinta pasos de una procesión sin quitarse el sombrero y que aparece en la parte introductiva de la obra de Marqués de BECCARIA que motiva esta cita[17].

El pensamiento de BECCARIA se concreta en una fórmula jurídica, inspirada en el Contrato Social de ROUSSEA: el principio de la legalidad de los delitos y de las penas. De acuerdo con este principio nadie podrá ser castigado por hechos que no hayan sido anteriormente previstos por una ley, y a nadie podrá serle impuesta una pena que no esté previamente establecida en la ley.

Estos postulados serán la piedra angular de la filosofía penal liberal, *termina*ron acabando con la arbitrariedad de los jueces, y pasaron al Derecho penal del Siglo XIX enunciados, como un apotegma, en lengua latina, a fin de destacar su universidalidad: nullum crimen, nulla poena sine lege.

Además de la estricta legalidad en la determinación de los delitos y las penas, BECCARIA propugnaba por un Derecho penal en el que imperaban los siguientes principios:

1. La justicia penal debía ser pública e impartida con prontitud.
2. Igualdad de todas las personas ante la ley penal.

17 BECCARIA. Cesare de. De los Delitos y de las penas. Alianza Editorial,S. A. Madrid, 1968, Pág. 7-17.

www.derechoteca.com

3. El daño social producido por el delito, como único criterio válido para medir la gravedad del mismo.

4. Moderación de las penas, tomando en consideración su utilidad y la justicia.

5. La pena no debe tener por finalidad exclusiva la retribución, sino además debe lograr la prevención de futuros delitos.

6. Proporcionalidad entre el delito cometido y la pena aplicable al delincuente.

7. Eliminación en la mayoría de los casos de la pena de muerte, por considerarla no sólo injusta, sino también innecesaria.

8. Es preferible prevenir el delito que castigar al que delinque.

El pequeño libro de BECCARIA fue comentado con entusiasmo por VOLTAIRE y DIDEROT, se multiplicaron sus ediciones y fue traducido bien pronto a todas las lenguas cultas.

La necesidad de humanizar las leyes penales propugnada por BECCARIA, influyó de manera decisiva en el ánimo de varios monarcas europeos, a tal punto que introdujeron reformas en las leyes penales de sus pueblos.

www.penjurparama.com

D. John Howard

Otra gran figura reformadora fue JOHN HOWARD, contemporáneo de BECCARIA, nació en Enfield, cerca de Londres, en 1726. En su libro "State of prisons", critica el inmundo y cruel estado de las prisiones europeas, sin luz, sin aire, con su población penal enferma, mal alimentada y maltratada, y propone las siguientes bases para remediar tal estado: 1. Higiene y alimentación; 2. Disciplina distinta para los detenidos y los encarcelados; 3. Educación moral y religiosa de los reclusos; 4. Trabajo; 5. Sistema celular dulcificado.

Puede afirmarse, por tanto, que con JOHN HOWARD se inicia la reforma penitenciaria encaminada a humanizar los antiguos sistemas de ejecución de las penas.

La conmovedora denuncia del filántropo inglés fue atendida por varios países que emprendieron la reforma de las instituciones carcelarias, como Gran Bretaña, Estados Unidos, Italia, Países Bajos, Prusia, etc.

E. El Derecho penal revolucionario

La Revolución Francesa vino a favorecer de manera decisiva el movimiento de reforma penal. La Declaración de los Derechos del Hombre y de los Ciudadanos, de 26 de agosto de 1789, inspirada en el Contrato Social de Rousseau, consagra los siguientes principios: "Las leyes no tienen el derecho de prohibir nada más que las acciones nocivas a la sociedad". (art. 5º.); como quiera que todos nacen libres e iguales (art. 1º.), "la ley debe ser igual para todos, lo mismo cuando protege que cuando castiga (6º.); no deben establecerse sino las penas estrictamente necesarias, de donde resulta que "nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley promulgada con anterioridad al delito y aplicada legalmente" (art. 80.), y que "nadie puede ser acusado, arrestado o puesto en prisión sino en los casos determinados por la ley y con arreglo a las formas prescritas en ella" (art. 7o.).

Posteriormente, la ley del 24 de enero de 1790, abolió toda diferencia en las penas "por razón del rango social del culpable", estableciendo que la sanción debía ir personal y no extenderse a la familia del acusado.

Es evidente, pues, que a partir de la Declaración de los derechos del hombre, leyes punitivas toman un nuevo rumbo. Si bien durante el siglo XVIII, aparecieron algunos cuerpos de leyes penales, que se han denominado Código, la época codicadora empieza realmente con la Revolución Francesa. Los principios penales procesales, por ella adoptados, en garantía de los derechos individuales del hombre, pasan todos los Códigos penales y procesales del mundo. Los primeros Códigos revolucionarios de Francia fueron el de 25 el septiembre de octubre de 1791, el de octubre de 1795, más procesal que punitivo, y el

www.penumpanama.com

código penal de 1810, llamado Código de Napoleón -cuyo proyecto fue hecho en 1804- que tiene fuerza obligatoria desde ello de enero de 1811, y que rige aún en Francia.

V. PERIODO CIENTIFICO V MOMENTO ACTUAL

A. La construcción del Derecho penal liberal

El Derecho penal se construye por los científicos con acento liberal. Descuellan tres nombres: G. D. ROMAGNOSI, en Italia; JEREMIAS BENTHAM en Inglaterra y ANSELMO VAN FEUERBACH, en Alemania. Se inicia así la escuela del Derecho penal liberal, que más tarde había de denominarse clásica. "Sus tesis dominantes -indica JIMENEZ DE ASUA- del restablecimiento del orden jurídico y de la tutela jurídica señalan una de las etapas evolutivas de este período"[18].

El más genuino representante de esta escuela es FRANCESCO CARRARA, discípulo de CARMIGNANI, al que siguieron TOLOMEI, BUCELLATI, ELLERO, ZUPETTA, PAOLI, PESSINA, BRUSA, etc.

Contemporáneo de FEUERBACH fue GROLMAN, y penalistas alemanes del clasicismo; KLEINSCHROD, KLEIN, MITTERMAIER, WACHTER, TITTMANN, WIRHT, MARTIN, BAUER, HENCKE, etc.

En Francia, entre tanto, predomina el eclecticismo con ROSSI, RAUTER, BERTAULD, LE SEYLLER, MOLINIER, BOITARD, TREBUNTIEN, CHAUVEAU y HELIE, ORTOLAN, BLANCHE, etc.

En 1878 el Derecho penal sufre otro embate revolucionario tan relevante como el de BECCARIA: ha nacido la escuela positivista, con su principio de defensa social biológica, fundada por CESAR LOMBROSO, ENRIQUE FERRI y RAFAEL GAROFALO.

Luego aparece el positivismo crítico, con MANUEL CARNEVALE y BERNARDINO ALIMENA en Italia y MAURICIO LIEPMAN en Alemania, y la escuela sociológica de la política criminal, de FRANZ VAN LISZT, que

18

procura actuar la prevención general y la especial con el dualismo de las penas y las medidas de seguridad. No nos detendremos aquí en el examen de las distintas escuelas, ya que sobre este tema tratará el próximo capítulo de esta obra.

B. En la actualidad

En la actualidad prácticamente ha terminado la batalla de las escuelas. La lucha se centra ahora, ya no en el terreno científico, sino en el político. Como consecuencia de nuevas concepciones autoritarias- anota CUELLO CALON- aparece el llamado Derecho penal autoritario, "con rasgos netamente peculiares, que por su espíritu y orientación presentaba un vivo contraste con el Derecho penal liberal individualista proveniente de las ideas del siglo de las luces y de Revolución francesa". "Su principal característica –agrega el autor- estaba en aspirar, sobre todo, a la protección del Estado, por lo cual los delitos cometidos contra éste, los delitos de carácter político, que bajo regímenes democráticos tuvieron trato benévolo en grado sumo, fueron reputados como infracciones de especial gravedad y, con frecuencia castigados más severamente[19]

Legislaciones de este tipo son el Código italiano de 1930 (ROCCO), el Código Penal Ruso de 1926 y las leyes que reformaron el sistema punitivo alemán para ponerlo a tono con el "nuevo orden" implantado por el Tercer Reich.

En América Latina, al margen de las discusiones doctrinales sobre las escuelas penales, también se han realizado algunos esfuerzos tendientes a unificar la legislación penal; entre ellos, amerita mencionar la elaboración del Proyecto del Código Penal Tipo para Latinoamérica, en la que han participado los más destacados penalistas Latinoamericanos, como SEBASTIAN SOLER, FRANCISCO LA PLAZA, NELSON

19 CUELLO CALON, I, Pág. 57

www.derechopenal.com

HUNGRIA, EDUARDO NOVOA MONREAL, ARNULFO MARTÍNEZ LAVALLE, y el insigne tratadista español LUIS JIMENEZ DE ASUA.

La iniciativa sobre la convocatoria de una reunión internacional de penalistas con el propósito de elaborar un Código Penal Tipo para Latinoamérica se concretó en el Directorio del Instituto de Ciencias Penales de Chile, en su reunión de 8 de octubre de 1962. Entre los aspectos que se señalaron para adoptar esa decisión, se pusieron de manifiesto los siguientes:

"La comunidad de origen, de territorio, de cultura, de lengua, de tradiciones y aspiraciones, hace que entre los países iberoamericanos, se vaya produciendo un acelerado estrechamiento de vínculos que van de lo económico hasta lo cultural y lo político".

"Dentro de diversas ramas jurídicas, no puede dudarse que es en lo penal donde esa unificación es más urgente y posible. Urgente, porque la defensa social en contra de los más grandes atentados que lesionan o ponen en peligro valores jurídicos primordiales para la vida pacífica de las naciones y de los individuos, ha de ser mirada como una tarea de apremiante interés común por los países del continente; especialmente en época como la actual, en que la facilidad de comunicaciones hace posible que los delincuentes extienden la esfera de su ilícita actividad a más de un país. Posible, porque precisamente la gravedad de los hechos antijurídicos que las leyes penales reprimen y la entidad de los valores culturales y jurídicos que las leyes penales reprimen y la entidad de los valores culturales y jurídicos protegidos por ellas, conducen a que haya una innegable similitud entre los tipos delictivos y preceptos generales vigentes en los diversos países latinoamericanos, que simplifican el proceso de una unificación de ellos"[20].

Cuando se propuso el plan de trabajo, después de consultar a varios penalistas, se arribó a la conclusión de que no era posible no deseable

20 Documentos preparatorios sobre el Código Tipo para Latinoamérica, Revista Criminalia, No. 3 Año XXXI Marzo de 1965, pág. 206.

proponerse un Código Penal completo y único para todos los países de Iberoamérica, por ello en dicho Código sólo se dejaron aquellas normas penales básicas que puedan ser aplicadas uniformemente en la actualidad de todos los países (parte general y algunos tipos delictivos). Este esfuerzo tiene importancia como labor regional y como pauta referencial en la revisión de las legislaciones penales que se adelantan en la actualidad en algunos países de América Latina.

El Salvador, Costa Rica y Colombia, entre otros países de Latinoamérica, que han cumplido un proceso de codificación o revisión de sus legislaciones penales, recogen en la parte general muchas de las recomendaciones contenido en el Código Penal Tipo. El proyecto Royo (1970) que se discute actualmente en la Comisión de Legislación también toma en cuenta algunas de las innovaciones que ese Código contiene.

www.penjurpanama.com

CAPITULO III

LAS ESCUELAS PENALES

I. LA ESCUELA CLÁSICA
   A. Origen y contenido
   B. Caracteres comunes
II. LA ESCUELA POSITIVA
   A. Antecedentes y fundadores de la escuela positiva
   B. Postulados de la escuela positiva
III. CUADRO SINOPTICO COMPARATIVO DE LOS POSTULADOS DE LAS ESCUELAS CLASICA Y POSITIVA
IV. LAS ESCUELAS INTERMEDIAS O ECLECTICAS.
   A. La “Terza Scuola” italiana
   B. Escuela de la política criminal
V. ESCUEKA TECNICO-JURÍDICA
VI. OTRAS TENDENCIAS PENALES
   A. El subjetivismo de Filippo Gramática.
   B. La nueva defensa social de Marc Ancel
VII. LO QUE QUEDA DE LA LUCHA DE LAS ESCUELAS Y EL PROBLEMA DEL MÉTODO.

www.monografias.com

Las escuelas penales son el cuerpo orgánico de concepciones contrapropuestas sobre la legitimidad del derecho de penar, sobre la naturaleza del delito y sobre el fin de las sanciones[1]. Concepciones que delinearon un nuevo enfoque sobre la problemática penal, lograron un crecido número de seguidores, defensores y detractores a nivel internacional, configurando toda una ideología penal, que enriqueció la doctrina.

El estudio de las escuelas penales constituyó el tema más atractivo de la bibliografía jurídica durante muchos años; cientos de volúmenes han circulado por el mundo dedicados exclusivamente a polemizar o exaltar las bondades o fallas de una concepción clásica o positivista, ya sea, sobre la naturaleza del delito o el fin de la pena.

Entre las escuelas penales más importantes, cabe mencionar las siguientes:

I. LA ESCUELA CLASICA

A. Origen y contenido

A consecuencia de las ideas renovadoras de BECCARIA y del impacto que producen los postulados liberales de la Revolución Francesa, a finales del Siglo XVIII y mediados del Siglo XIX, se inicia la formación de una corriente científica encaminada a la construcción sistemática del Derecho penal.

Y como quiera que las ideas penales obtienen sus postulados generales del resto de la cultura humana y en especial de sus ramas en boga o de sus exigencias actuales más caracterizadas, la escuela clásica[2] refleja los principios racionalistas del Derecho Natural, se vale

www.derjurpanama.com

1 Así: JIMENEZ DE ASUA, II, pág. 31

2 Fue FERRI quien bautizo el movimiento que deseaba combatir con el nombre de Escuela Clásica, en el discurso sobre "los nuevos horizontes del derecho y procedimiento penal", pronunciado en 1880 en la Universidad de Bolonia, en la Cátedra de su maestro Pietro Eliero, que -por haber pasado a la Corte de Casación de Roma- lo había designado como sucesor suyo (FERRI, Enrique, Principios de Derecho Criminal. Editorial Reus, Madrid, 1933, pág. 40).

para su estudio y análisis del método deductivo (lógico- abstracto) en aquel entonces imperante, y se caracteriza por su sentido liberal y humanitario, como una reacción a la excesiva rigurosidad de las sanciones penales ya la arbitrariedad de los encargados de aplicarlas.

La escuela clásica tuvo como fundamento el desarrollo del aspecto jurídico del problema penal, considerando al delito como una entidad jurídica transgresora de la ley, cuya existencia hacía necesaria la pena, la cual a su vez estaba destinada a anular el delito, restableciendo de esta manera el orden jurídico violado[3].

El primero que sistematiza tales principios fue CARMIGNANI (1768-1847), autor del primer tratado completo de Derecho penal aparecido en Italia, si bien es preciso reconocer que el desarrollo de la escuela clásica culmina con el Programa de FRANCESCO CARRARA, su máximo exponente.

El contenido de la escuela clásica es variadísimo, y podría afirmarse que sólo existe por contradicción con la tendencia enemiga positiva, que, al nacer, con la finalidad de agrupar en forma compacta a sus adversarios, fundió las tendencias morales, utilitarias y eclécticas, constitutivas de las escuelas absolutas, relativas y mixtas, en una sola entidad caracterizada por su método racionalista.

En la designación que los positivistas le aplican, se incluyen, por tanto, tendencias diferentes ya veces opuestas, como las teorías absolutas de retribución y las numerosas doctrinas de tipo relativo. Cabe advertir, además, que estas tendencias se desarrollaron en diversos países, espontáneamente y sin que sus más caracterizados exponentes se conocieran unos a otros y en consecuencia, -como bien afirma JIMENEZ DE ASUA- "con anárquica autonomía y típico color nacional en muchos casos[4].

www.centuriama.com

3 GRAMATICA, Filippo. **Principio de Derecho Penal Subjetivo**. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1942, pág. 91.

4 JIMENEZ DE ASUA, II, pág. 33.

B. Caracteres comunes

Si bien examinadas en sí mismas las tendencias clásicas presentan diversas e incluso antagónicas direcciones, desde el punto de vista del positivismo penal, revelan una serie de notas comunes, que podemos resumir así:

1. Método esencialmente racionalista. Los clásicos basan sus concepciones sobre el razonamiento, y como para ellos no había más ciencia que el derecho punitivo, lo estudiaban con el método lógico abstracto {deductivo}. "El Derecho penal es, por tanto, un sistema dogmático, basado sobre concepciones esencialmente racionalistas"[5].

2. El delito como ente jurídico, Según el gran definidor de la escuela clásica, CARRARA, el delito no es un ente de hecho, sino un ente jurídico, resultante de una relación de contradicción entre la conducta y la ley que la sanciona[6]. Por ello, se afirma que la escuela clásica no mira el delito como un fenómeno natural y social, sino como un hecho jurídico.

Al definir el delito como un ente jurídico, se eliminaba -a juicio de CARRARA- el peligro que fuera utilizado como un instrumento de ascetismo religioso o moral y de la veleidad política, y se le otorgaba un carácter perenne que permitió distinguir entre los códigos penales de la tiranía y los códigos penales de la justicia.

Con tal fórmula sacramental se lograba, por tanto, limitar el poder discrecional de los jueces, y para ello se recurrió a las ficciones y a las presunciones jurídicas. La más criticada de estas ficciones fue el llamado "algebrismo jurídico", o sea, la división de las sanciones en grados y escalas numerosas con el objeto de tasar legislativamente la responsabilidad del culpable y limitar la discrecionalidad del juzgador.

Así entendido el delito, venía a ser la conjunción de dos fuerzas: una moral representada por la voluntad inteligente y libre del que obra, y otra material, representada por el acto que vulnera el derecho o que lo sitúa

5 JIMENEZ DE ASUA, II, pág. 34.

6 CARRARA, Francesco. Programa de Derecho Criminal, Parte General. Vol. I. Editorial Temis, Bogotá, 1956, parágrafo 53..

en peligro de ser vulnerado. Si no existía esta concurrencia de fuerzas, no existía delito.

3. Imputabilidad basada en el libre albedrío y culpabilidad moral. La escuela clásica elevó a la categoría de dogma el libre albedrío y la naturaleza moral de la responsabilidad.

El libre albedrío es la doctrina de la autonomía de la voluntad, según la cual, .el hombre posee la facultad de escoger entre el bien y el mal.

Los supuestos en que descansa la imputabilidad (fuerza moral del delito), para CARRARA *son: 1º.* conocimiento de la ley: *2º.* Previsión de los efectos; *3º.* Libertad de elegir; y 4º. Voluntad de obrar[7].

La Imputabilidad y la responsabilidad se basan en los conceptos de dolo y culpa. El dolo se define como la intención más o menos perfecta de ejecutar un acto que se sabe contrario a la ley. En tanto que es culpa la voluntaria omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho[8].

4. La pena como un mal y como medio de tutela jurídica. En opinión de CARRARA, la pena tenía una sola justificación: la tutela jurídica[9].

Para la escuela clásica la pena tiene como finalidad restaurar el orden jurídico, conmovido por el desorden del delito, y al igual que éste, es un ente jurídico. La pena, por consiguiente, no se aplica con la finalidad de remediar el mal material el delito, lo cual es ordinariamente imposible, sino para restaurar en los ciudadanos el daño moral causado a su tranquilidad. El delito ofende a cada uno de los asociados en cuanto hace perder la opinión de la propia seguridad, y crea el peligro, del mal ejemplo. La pena, por tanto, debe reparar ese daño de tres maneras: *co*giendo al culpable, estimulando a los buenos y advirtiendo a los mal inclinados.

7 CARRARA. I, parágrafo 59.

8 CARRARA. I, parágrafo 69 y 80

9 CARRARA. I, parágrafo 623

www.benjumarame.com

De esta manera se llega al fin de la pena: el bien social, representado por el en que se procura mediante la tutela de la ley jurídica. Por ello, para la escuela clásica las penas eran medidas individuales, aflictivas, determinadas, ciertas, ejemplares y proporcionadas a la entidad del daño causado por el culpable.

La influencia que ejerció la escuela clásica en las legislaciones del siglo X IX, patente en el Código penal italiano de 1889, en el español de 1870, que sirvió de inspiración al Código panameño de 1916; en el Código penal alemán de 1871 (para todo el imperio) y en el Código argentino de 1886.

II. LA ESCUELA POSITIVA

A. Antecedentes y fundadores de la escuela positiva

El positivismo, en el campo filosófico, tuvo sus mayores exponentes en LAMARCK (1744-1828) y DARWIN (1809-1882) y aparece con diversas formas en los diferentes países. Como sociologismo, con AUGUSTO COMTE (1798-1857), en Francia; como empirismo, con STUART MILL (1806-1873), y especialmente como evolucionismo, con HERBERT SPENCER (1820), en Inglaterra.

En Italia, fue introducido por ROBERTO ARDIGO (1828-1920) de quien se dice fue discípulo ENRIQUE FERRI.

Al extenderse el método inductivo (de observación y experimentación) de las ciencias naturales a los estudios filosóficos, que tuvo lugar a finales del Siglo XIX (1876-1880) surge en Italia la escuela positiva.

A pesar de que el propio FERRI[10] lo niega, la escuela positiva toma su orientación de las ideas filosóficas en boga, del sociologismo imperante, de las concepciones biológicas de aquel tiempo, de las tendencias transindividualistas, en fin, que se acentúan frente a las

10 FERRI, Págs. 46- 41.

www.monografias.com

exageraciones del individualismo político[11]. El sistema evolucionista, determinista experimental no podía dejar de encontrar campo propicio en la ciencia del Derecho penal.

La escuela positiva, a diferencia de la dirección clásica, tiene un carácter unitario y cosmopolita. Aparecen como sus máximos exponentes: LOMBROSO, FERRI y GAROFALO. El Uomo delincuente, de CESAR LOMBROSO; la Sociología Criminal, de ENRIQUE FERRI, y la Criminología de RAFAEL GAROFALO, son los evangelios de esta escuela.

Para el positivismo italiano, el delito es fundamentalmente un hecho del hombre que realiza en el seno de la sociedad, es decir, un fenómeno natural y social a la vez. El conocimiento profundo del fenómeno delictivo requiere, por tanto, el estudio del hombre delincuente y del medio físico y social en que el delito se produce, estudio que debe emprenderse con criterio subjetivo y naturalístico.

CESARE LOMBROSO, nacido en Verona, Italia (1836-1909) médico destacado, escritor brillante, investigador científico, dedicado a medicina legal, al pabellón de enfermos mentales y como médico de prisiones, logra estudiar varios casos como el de VILELLA (5a. foseta occipital) VERZENI (estrangulador vampiroide) MISDEA (epiléptico), PASSANANTE (paranoico) QUADI (delincuente pasional); con lo que sustenta su teoría- del criminal nato y su clasificación antropológica definitiva del delincuente (nato, matto, mattoide, habitual, pasional y ocasional).

"Paul Nake sintetizo así la explicación lombrosiana del criminal genuino: El delincuente -dijo el notorio criminólogo alemán- es idéntico al loco-moral, con base epiléptica, explicable por atavismo y con un tipo somático y psíquico especial"[12].

www.derechopanama.com

11 Ver FRIAS CABALLERO, Jorge. Temas de Derecho Penal. La Ley, Buenos Aires, 1970. pág.12.

12 NAKE, citado por JIMENEZ DE ASUA, Luis. Lombroso. Editorial Perrot. Buenos Aires, 1960. pág. 42

El criminal nato fue considerado como un ser predispuesto al crimen con manifestaciones atávicas de tipo infantil, salvaje y de animal involucionado (VILELLA tenía un cráneo de 5 fosetas occipitales, mandíbulas fuertes, nariz chata, hundidos ojos y la frente protuberante) con dolencias morbosas (malfatore, no malattia) incurables que permitieron calificarlo como locura moral y manifestaciones de epilepsia larvada producida por lagunas mentales consecuentes de lesión cerebral que dan una condición psicológica y fisiológica agresiva, de angustia e inseguridad.

El aporte bibliográfico de LOMBROSO es extraordinario. Entre sus obras más destacadas cabe mencionar: El genio y la locura (1871), Tratado antropológico experimental del hombre delincuente (1876), la cuarta edición de El hombre del delincuente (1889) evidentemente influenciada por FERRI y GAROFALO y La mujer delincuente (1893). En 1866 funda la primera revista sobre enfermedades mentales. Posteriormente, junto a FERRI y GAROFALO edita el Archivo de Criminología y Ciencia Penal, que constituyó la revista del combate de la escuela positiva.

Es FERRI (1859-1929), no obstante, el verdadero formulador del positivismo penal. Reúne los datos antropológicos, sociológicos y jurídicos con la finalidad de indagar las causas del delito, y advierte la génesis del mismo en una triple serie de factores; individuales (antropológicos), físicos y sociales[13]. Toda vez que estos tres órdenes de factores influyen de manera diversa en los distintos individuos, concluye clasificando los delincuentes en cinco categorías: natos, locos, habituales, ocasionales y pasionales[14].

En el pensamiento de FERRI, por tanto, lo que interesa no es el delito sino el delincuente, *o* sea, "el protagonista de la justicia penal

13 FERRI, principio... pág. 46.

14 IDEM.

práctica" y por ello no sorprende que dentro de su concepción la disciplina jurídica termine por ser una rama de la "sociología Criminal".

RAFAEL GAROFALO, el jurista de la escuela positiva, se preocupó por dar una sistematización jurídica a las doctrinas criminológicas de la nueva escuela. Con tal finalidad, formula su teoría del "delito natural", según la cual el delito es "la violación de los sentimientos de piedad y probidad en la medida media indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad"[15].

Sostiene, además, que el criterio para graduar la sanción debe ser el de la temibilidad del delincuente. Por temibilidad entiende la cantidad de peligro efectivo que representa cada delincuente para la sociedad.

Dentro de esta concepción, el delincuente se caracteriza "por la anomalía moral, por la ausencia *o* desviación del sentido moral y con frecuencia por sus anomalías somáticas". Por tanto, la pena tiene como finalidad la "defensa social realizada mediante la eliminación de los inadaptables al medio social y la constricción a la reparación de los daños del delito"[16]. Garófalo se presenta así, como acérrimo defensor de la pena de muerte.

www.derjurisprudencia.com

B. Postulados de la escuela positivista

A pesar de las divergencias que se suscitaron dentro de la escuela positivista, podemos destacar los siguientes postulados comunes, que nos permitirán delinear su perfil:

1. En cuanto al método empleado. Teniendo como base el criterio de que el .delincuente es "el protagonista de la justicia penal práctica", y, por tanto, debe ser el objeto esencial de la ciencia penal, FERRI propugna por la adopción del método experimental en el estudio del delito y del delincuente. Por ello, sostenía que "la diferencia profunda

15 CUELLO CALON. I, pág. 45.

16 IDEM.

y decisiva entre las dos escuelas se halla, ante todo, en el método: deductivo de lógica abstracta, para la Escuela Clásica; inductivo y de observación de los hechos, para la Escuela Positiva; aquella teniendo por objeto el "delito", como entidad jurídica; ésta en cambio, el "delincuente", como persona que se revela más o menos socialmente peligrosa en el delito cometido"[17].

Según FERRI la escuela positiva hizo la síntesis de concepciones anteriores en relación con el delito y el delincuente. La Edad Media había considerado sólo al delincuente y la escuela clásica se había preocupado por considerar el hombre, la escuela positiva puso su énfasis en el hombre delincuente[18].

2. En lo atinente al delito. La escuela positiva proclama que la acción punible es un hecho natural y social, un acto del hombre, que surge en la sociedad, a la que produce un daño, motivado por tres órdenes de factores: a) Antropológicos: que influyen en el psíquico del agente: la herencia, el sexo, la edad, el estado civil, la profesión, el grado de instrucción, etc.; b) físicos: que se refieren al medio dentro del cual el agente se desenvuelve, como la temperatura, la presión, las estaciones, la conformación, altitud y latitud de los terrenos, etc. y c) sociales: que hacen referencia a la constitución de la familia, el alcoholismo, a la riqueza o la miseria, la religión, etc.

Por lo tanto, el delito es un fenómeno individual y al mismo tiempo un fenómeno social. Pero como no pasa de ser un acontecimiento en la vida del Individuo o de la sociedad, lo que Interesa al positivista, por consiguiente, no es el hecho en si, sino el hombre de donde ha partido ese hecho o el medio social en que se ha producido. Esta especial consideración lleva a DEL ROSAL a señalar que "la mirada mental del positivista va a fijarse, de ahora en adelante, en el individuo delincuente

17 FERRI. Principios…pág. 48.

18 IDEM.

www.centrumjuris.com

desde un punto de vista empírico y no pasará de ser una explicación o descripción causal, escapándose la comprensión Interior tanto de la personalidad del delincuente cuanto de la estructura y constitución de la sociedad"[19].

3. En lo que se refiere al fundamento de la responsabilidad criminal. Desde sus inicios los positivistas atacaron la responsabilidad criminal fundada por los clásicos en el libre albedrío, y en sustitución de esa teoría proclamaron la tesis de la responsabilidad social, deducida del determinismo y valorada por la temibilidad del delincuente. Por ello, en opinión de FERRI el Individuo es responsable por el simple hecho de vivir en sociedad y como está fatalmente determinado a cometer delitos, la sociedad tiene el derecho a defenderse contra los actos que amenazan las condiciones de su existencia, siendo el único criterio válido para graduar la pena e Incluso para en algunos casos renunciar a ella, el grado de mayor o menor peligrosidad social del sujeto, en que se concretaba la famosa fórmula de la "temibilidad" ideada por GAROFALO, o sea, "la perversidad constante y activa del delincuente".

4. En lo que respecta al fin de la pena. El fin de la pena, para los positivistas, no es la intimidación, ni la expiación, ni la retribución moral o jurídica, sino la defensa de la sociedad.

Esa defensa debe ejercerse preventiva y represivamente. Pero antes que la represión el Estado debe preocuparse por la prevención de la delincuencia, FERRI afirmó con insistencia la distinción entre prevención indirecta o remota (eliminación de las causas de la delincuencia) Y prevenci6n directa o próxima (policía de seguridad): la primera, indudablemente, más eficaz y útil que la segunda. Por ello, la escuela positiva combate la idea de la escuela clásica de que el remedio más eficaz contra el delito fuere la pena, y sostuvo en cambio que más

19 DEL ROSAL, I, Pág. 232

www.derjurpanama.com

eficaz que la represión, que ataca el efecto, es la prevención por medio de los sustitutivos penales, que atacan a las causas[20].

5. El lo que se refiere al delincuente. La escuela positiva afirma que el delincuente es un anormal y por ello exige como requisito indispensable que la sanción se adapte a las condiciones personales y ambientales de cada delincuente, es decir, su individualización. Propugna por tanto, por la pena indeterminada, hasta que el reo logre ser readaptado, o sea, cuando cese su peligrosidad; y las medidas asegurativas (de seguridad), especialmente para los delincuentes moralmente irresponsables (inimputables, delincuentes locos, delincuentes menores).

6. Desde el punto de vista político-social. La escuela positiva destacó la "necesidad de restablecer el equilibrio entre los derechos del individuo y los del Estado", de tal manera que, sin desconocer las garantías individuales, no se desconozcan tampoco las necesidades de la defensa social contra los delincuentes. A consecuencia de ello la escuela positiva rechaza el principio "pro-reo", que inspira la justicia penal clásica[21].

La escuela positiva se difundió rápidamente. Su decidida influencia en la legislación penal se advierte en el Código penal de Noruega de 1902, en el Proyecto de Código Penal italiano de 1921, en el Código ruso de 1922, en el peruano de 1924, en los Proyectos de Peco y

www.penumbrama.com

20 Entre los sustitutos penales podemos citar: en el orden educativo, la eliminación de espectáculos y publicaciones inmorales, supresión de las casas de juego, mejoramiento de educación; en el orden familiar, admitir el divorcio, prohibir el matrimonio en ciertas personas, reglamentar la prostitución; en el orden político, plena libertad de opinión, buen sistema electoral; en el orden social, restringir la producción y venta de alcohol, construir calles espaciosas con buen alumbrado público, establecimiento de seguros nocturnos y protección de ancianos e inválidos; en el orden religioso, prohibir las procesiones, suprimir los conventos y abolir el celibato eclesiástico; en el orden administrativo y civil, recoger las armas, mantener buenas instituciones notariales y de registro, establecer la gratuidad de la justicia; en el orden científico, mecanismo contra los ladrones, perfeccionamiento de los medios para descubrir delitos, etc.

21 (21) FERRI. Principios, pág. 48

de Coll y Gómez en Argentina, y en el Código colombiano de 1936, para señalar algunos cuerpos de leyes hispanoamericanos.

No había de transcurrir un largo período, sin embargo, para que las fundadas críticas que contra ella surgieron, determinaran un proceso de franco ocaso de la escuela positiva.

Cabe señalar, no obstante, que independientemente de las críticas que se le formularon, fue un acierto del positivismo penal -posiblemente sería correcto afirmar que de LOMBROSO más que de los positivistas- haber desplazado la atención del jurista hacia el estudio del delincuente, creando una ciencia -inédita hasta entonces- causal-explicativa del fenómeno de la criminalidad: la Criminología.

III. CUADRO SINOPTICO COMPARATIVO OE IOS POSTULADOS DE LAS ESCUELAS CLASICA y POSITIVA

	Clásica	Positiva
1. Método empleado	Deductivo o apriorístico (racionalista)	Inductivo (de observación y experimentación)
2. Fundamento de la responsabilidad criminal.	Libre albedrío y culpabilidad moral.	Responsabilidad social.
3. Naturaleza del delito.	Ente jurídico	Hecho natural y social (producto de factores: antropológicos, físicos y sociales)
4. Fin de la pena	Retribución y medio de tutela jurídica.	Defensa social (prevención y represión)
5. Considera al delincuente	Persona normal	Ser anormal
6. Caracteres de la pena	Igual para todos sin distinción.	Adaptada a las condiciones personales y ambientales de cada delincuente (individualización). Pena indeterminada y adopción de medidas de seguridad.
7. Enfoque político social	Garantí política liberal.	Equilibrio entre los derechos del individuo y la sociedad.

www.peruanista.com

IV. LAS ESCUELAS INTERMEDIAS O ECLECTICAS

La reacción contra la pretendida universalidad de la Sociología, que atentaba contra la autonomía del Derecho penal, la quiebra del positivismo filosófico, de los postulados biológicos que inspiraron la escuela positiva, así como las nuevas exigencias jurídico-políticas, determinaron el origen de las tendencias eclécticas.

Estas tendencias eclécticas o intermedias, defendieron la autonomía del Derecho punitivo, mantuvieron el postulado de la imputabilidad, si bien negaron el libre albedrío, rechazaron la concepción del tipo delincuente, adoptaron del positivismo el método y el sentido defensista, y trataron de explicar la responsabilidad penal -como afirma JIMENEZ DE ASUA- "sobre bases menos toscas que la del simple hecho de vivir en sociedad o la mecánica retorsión de que el si el hombre va determinado al delito, la sociedad está determinada a defenderse"[22].

Para referirse a estas direcciones se utilizó la denominación común de positivismo crítico o positivismo jurídico.

Así surge en Italia la terza scuola y en los países germánicos la orientación político-criminal.

A. La "Terza Scuola" italiana.

Con el propósito de conciliar el conflicto existente entre la escuela clásica y la positiva se inicia en Italia una tercera escuela de Derecho penal, siendo sus más destacados exponentes CARNEVALE, ALIMENA E IMPALLOMENI.

Fue EMANUELE CARNEVALE quien sienta las bases de esta nueva dirección en un artículo que tituló Una terza scuola de diritto penale in Italia, publicado en junio de 1891 en la "Revista delle discipline carcerarie".

www.venezuelana.com

22 JIMENEZ DE ASUA, ", pág. 86

Los planteamientos fundamentales de esta escuela pueden sintetizarse así:

1. El Derecho penal es una ciencia autónoma que hay que distinguir de la sociología Criminal. En tanto que esta última, que comprende en sentido amplio la Antropología Criminal, estudia el delito y el delincuente como fenómenos naturales y sociales; el Derecho penal estudia el delito como *fenómeno* jurídico y el delincuente como su sujeto activo, y, por tanto, las relaciones que derivan del delito como violación del orden jurídico y de la pena como reintegración de este orden[23].

2. Niega el libre albedrío (de la escuela clásica) y fundamenta la razón de ser de la culpabilidad y de la pena en el determinismo psicológico, según el cual las acciones son psíquicamente causadas por los motivos determinante o predominante. Ha de hablarse, por tanto, de determinismo y no de fatalismo. "El fatalismo presupone motivos que deben arrastrar todas las conciencias; el determinismo por el contrario, considera los motivos más fuertes en un determinado estado de conciencia"[24].

3. De la escuela clásica adopta el principio de la responsabilidad moral y diferencia entre personas dirigibles (imputables) y no dirigibles (inimputables).

La dirigibilidad es, por consiguiente, la aptitud para sentir la eficacia de la amenaza de la pena, y, por ello solamente son responsables las personas dirigibles (imputables).

4. El delito es un fenómeno complejo, determinado por una serie de factores entre los que se destacan los de carácter social, y por ello, proclama que debe procurarse la reforma social, como primer deber del Estado en la lucha contra la delincuencia.

www.penalpanama.com

23 ALIMENA, Bernardino. Principios de Derecho Penal. Vol. I, Madrid, Librería General de Victoriano Juárez. 1915, págs. 20 y 21.

24 IBIDEM, pág. 197. IBIDEM, pág. 213.

5. La penalidad es una forma de "defensa social", actuada mediante la coacción psicológica y sentida por los coasociados como sanción"[25]. La pena debe ser necesaria y suficiente: si no es necesaria es superflua, y si es insuficiente es inútil. Por consiguiente, debe alcanzar el maximun de defensa social con el minimum de sufrimiento individual.

B. Escuela de la política criminal

La escuela de la Política Criminal nació en los países germanos y en sus inicios fue designada con el nombre de escuela sociológica o joven escuela.

Por obra de LIST, VAN HAMEL y PAINS en 1888 se organiza la Unión Internacional de Derecho penal, que declara no pertenecer a escuela alguna y de ser una tregua en la pugna de las variadas tendencias, y que, según afirmación de JIMENEZ DE ASUA, constituye "la más componedora de todas las eclécticas y la más eficaz de las direcciones del positivismo crítico"[26].

La escuela de la Política Criminal rechaza del positivismo la construcción del **tipo delincuente,** pero reconoce la naturaleza biológica del delito, que estima como resultado de la "cooperación de dos grupos de condiciones: de una parte, de la propia naturaleza individual del delincuente; de otra parte, de las condiciones exteriores, físicas, y sociales, sobre todo económicas, que le rodean"[27].

Los postulados principales de esta escuela son los siguientes:

1. El Derecho penal es independiente de la Criminología. Para LISZT el gran definidor de la escuela político-criminal el Derecho penal es ciencia independiente que se ocupa de la exposición dogmática del derecho vigente, y emplea el método lógico abstracto; pero en las demás ciencias penales (Criminología, Penología y la Política Criminal) el método aplicable es el experimental. Por ello, señala que la pena no puede llegar a ser un medio eficaz en la lucha contra el delito, si se

25 IBIDEM, pág. 213.

26 JIMENEZ DE ASUA, 1, pág. 91

27 LISZT, II, págs. 14-15.

www.derjurisnacional.com

prescinde del "examen científico del crimen en su aspecto real y exterior y en sus causas interiores que se deducen en los hechos. Esta teoría del crimen, causal y explicativa, puede ser llamada Criminología (etiología de la criminalidad)"[28].

Resulta necesario observar a este respecto que LISZT define la Política Criminal como el "contenido sistemático de principios - garantizados por la investigación científica de las causas del delito y de la eficacia de la pena, según los cuales el Estado dirige la lucha contra el delito, por medio de la pena y de sus formas de ejecución". En este orden de ideas no cabe duda, que la Política Criminal se apoya, como exigencia metódica, en una investigación causal del delito y de la pena, es decir, en la Criminología, y en la Penología[29].

2. Mantenimiento simultáneo de la culpabilidad y el estado peligroso. Esta nueva tendencia admite de la escuela clásica la imputabilidad como fundamento de la responsabilidad penal, y declara imputables a los que tienen capacidad de conducirse socialmente.

Dentro de este orden de ideas, LISZT manifiesta que "la pena no debe de ningún modo aceptar para su fundamentación un determinismo sin causa, como tampoco un libre albedrío que escaparía a la ley de la causalidad; basta más bien el supuesto, por nadie puesto en duda, de que toda acción está causada psíquicamente (no mecánicamente) y, por tanto, decidida, determinada, motivada por las representaciones[30].

Acepta, sin embargo, que para ciertas categorías de delincuentes (reincidentes, vagos, mendigos, alcohólicos, etc.) el criterio para establecer las medidas aplicables residirá en su estado de peligrosidad social.

3. El delito como fenómeno natural y como ente jurídico. Los seguidores de esta dirección consideran el delito como un concepto

28 IBIDEM, II, pág. 12.

29 IBIDEM, 1, pág. 7

30 LISZT, II, pág. 36-37.

www.derechopenalparama.com

jurídico que debe ser construido y definido por el Derecho penal y como un fenómeno natural cuyo estudio corresponde a la Biología Criminal (o Antropología) y la Sociología Criminal, como dos grandes ramas de la Criminología.

4. El fin de la pena es el mantenimiento del orden jurídico. Conforme a la opinión de LISZT el Derecho penal tiene como misión primordial la tutela del orden jurídico, y tal fin se logra de dos maneras:

a) Mediante la **amenaza de la pena** que obra advirtiendo e intimidando a todos los ciudadanos y realizando de este modo una función de **prevención general;** y,

b) mediante la ejecución de la pena, que produce el efecto:

1) Sobre todos los ciudadanos reprimiendo, por medio de su fuerza intimidativa, las inclinaciones al delito **(prevención general);**

2) Obra así mismo sobre el perjudicado con la acción delictiva, proporcionándole la satisfacción de ver que el delito no queda impune; y,

3) Actúa especialmente sobre el delincuente, realizando así una función de **prevención especial**[31].

5. La pena y las medidas de seguridad como doble medio de lucha contra el delito. LISZT sienta la premisa de que ambas instituciones jurídicas son como dos círculos secantes: la pena puramente retributiva y la pura medida de seguridad están en oposición, pero dentro de la esfera que le es común, puede entrar la medida de seguridad en lugar de la pena viceversa.

A pesar de las numerosas críticas que suscitó la escuela de la Política Criminal, especialmente en su aspecto teórico por su falta de firme criterio unitario, lo cierto es que inspira gran número de códigos penales modernos aún vigentes en Europa y América.

www.derechopenalonline.com

31 IBIDEM, II. pág. 8-10.

V. ESCUELA TECNICO-JURÍDICA

Hay que distinguir la escuela técnico-jurídica de la llamada Dogmática Jurídica con la que ha sido frecuentemente confundida. Esta última como ciencia normativa, valorativa y finalista, cuyo objeto es el estudio de la ley penal, del delito, del delincuente y de la sanción penal, no tiene nada que ver con escuelas y métodos, sino que constituye la auténtica Ciencia del Derecho Penal.

El tecnicismo jurídico asume el carácter de escuela en Italia, siendo sus principales inspiradores MANZINI y ROCCO[32].

Para la escuela técnico-jurídica lo esencial es el método. Descarta el puramente racional de la investigación filosófica, el método del derecho natural que utilizaron los clásicos y lo reemplaza por el rigurosamente positivo. Dentro de este orden de ideas advierte MANZIN que: "Cuando se habla de método positivo en las ciencias jurídicas, no se puede entender correctamente más que un método jurídico, "cuya característica abstracta sea eliminada por una amplia y sólida noción sociológica (histórica y actual) de los hechos y las relaciones jurídicas; noción que no es solamente una condición deseable, sino un presupuesto indispensable, y que distingue este método no sólo de las elucubraciones del llamado derecho natural, sino también del método jurídico clásico, el cual excede con la abstracción de la abstracción y se imagina en la norma una entidad completamente aislada e independiente de los hechos a los cuales se refiere"[33].

El objeto de la ciencia penal, según la concepción de los seguidores de esta tendencia, es la elaboración dogmática, la exégesis y crítica del derecho positivo, el estudio del delito y de las penas en su aspecto eminentemente jurídico, como hecho o fenómenos regulados por la ley; en otras palabras, el contenido de los textos legales vigentes. Por ello, MANZINI se preocupa por indicar que "la ciencia del derecho penal, no

www.derechopenalonline.com

32 Algunos autor estimen, sin embargo, que la "orientación técnico jurídica" inicia con penalistas alemanes de fin del siglo pasado y principios del presente siglo (Ver: DEL ROSAL, Tratado, pág. 80 y CUELLO CALON, I pág. 49)

33 MANZINI, VIncenzo. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Edier. Buenos Aires, 1948. pág. 7

debe, por un lado, desarrollarse en espacios que excedan la atmósfera social que envuelve al Estado; y no debe, por otra, penetrar en el campo de las ciencias que analizan concretamente aquellos hechos que a la misma se presentan en síntesis abstractas, ni culpar el método propio de tales disciplinas"[34].

Esta dirección concibe el Derecho penal, por tanto, en su aspecto taxativamente técnico, como exposición sistemática de los principios que regulan los conceptos de delito y pena, y de la consiguiente responsabilidad, desde el punto de puramente jurídico. "La dogmática y la técnica jurídicas -señala GRAMATICA- son los criterios en los cuales se inspira, sus elementos constitutivos"[35].

Por lo que se refiere a la responsabilidad penal, esta escuela, critica la tesis positivista de la "responsabilidad legal", según la cual la aplicación de la sanción penal se deriva de la circunstancia de que toda persona, por el sólo hecho de vivir en sociedad, era considerada responsable de aquellas acciones socialmente nocivas, surgidas de su estado peligroso, porque conducía a la responsabilidad objetiva o sin culpa[36]).

Dentro del mismo orden de ideas, otorga a la pena el carácter de reacción jurídica contra el delito, y encuentra su justificación en la necesidad de determinar a los asociados a la obediencia del precepto penal y de estar dirigida fundamentalmente al mantenimiento y reintegración del orden jurídico en general. Y toda vez que el Derecho penal persigue la tutela y restablecimiento del orden jurídico en general, también se reconoce que el mismo es un medio de defensa social, pero en un sentido distinto al proclamado por los positivistas, aproximándose al criterio de la tutela jurídica, a que aludía la escuela clásica.

www.derjurpanama.com

34 MANZINI, I, pág. 7

35 GRAMATICA, Principio pág. 178

36 JIMENEZ DE ASUA, II pág. 126

La pena, finalmente, se reserva para los imputables, pues, para los inimputables se destinan las medidas de seguridad. que para los seguidores de esta escuela, pertenecen al Derecho administrativo.

El tecnicismo jurídico tuvo su máxima expresión en el Código penal italiano de 1930 (de ROCCO), elaborado por una selecta comisión de juristas en su mayoría afiliados a esta escuela, y que para aquella época fue considerado como modelo de estricta juridicidad.

Las críticas que se formularon a esta posición doctrinal fueron numerosas. Así, ANTOLISEI, entre otros reparos, le recrimina "un exceso en el procedimiento analítico, que ha llegado al despedazamiento y trituración de los conceptos, a muchas pedanterías escolásticas ya inconcluyentes minuciosidades", y más adelante, agrega: "Ha abusado exclusivamente de la lógica abstracta, con una tendencia exagerada a la formación de categorías generales y sistemas y una constante preocupación por la arquitectura lógica, mientras las reales existencias de la vida han sido frecuentemente descuidadas"[37].

La mayoría de los autores estiman, sin embargo, que superada la concepción original del tecnicismo jurídico, en virtud de la cual el objeto del Derecho penal lo constituye exclusivamente el derecho positivo vigente, esta tendencia ha significado un notable progreso al concentrar su atención en los aspectos estrictamente jurídicos de los problemas del Derecho penal, estableciendo de esta manera los límites reales de nuestra disciplina y evitando el confusionismo metodológico en que se había incurrido por la exagerada importancia que se le atribuyó a las investigaciones criminológicas (antropológicas y sociológicas), que también tienen por finalidad la lucha contra la delincuencia.

VI. OTRAS TENDENCIAS PENALES

Resultaría inadecuado, dada la brevedad que nos hemos impuesto en este trabajo, realizar una minuciosa exposición de las distintas

37 ANTOLISEI, pág, 24

www.derechopenal.com

tendencias o posiciones doctrinales elaboradas con la finalidad de fundamentar las teorías sobre los delitos y las penas, que no llegaron a constituir propiamente escuelas, a pesar de que algunas de ellas se autodenominaron como tales.

JIMENEZ DE ASUA, para citar sólo un ejemplo, hace referencia a las siguientes: Dualista (BIRKMEYER), la Escuela Penal Humanista (LANZA), el intuicionismo e idealismo actualista (PEREGO), el Pragmatismo (JAMES, SCHILLER y SIMMELL), el Empirismo (MONTALBANO), el Subjetivismo (GRAMATICA), y la Nueva Defensa Social (ANCEL, GRAVEN y PINATEL), el Escepticismo Crítico (PABLO ROSSI) y la tendencia cristiana[38].

Consideramos ineludible, no obstante, hacer una breve referencia a las, concepciones de GRAMATICA (el subjetivismo) y de ANCEL (la Nueva Defensa Social) sin cuya mención estaríamos omitiendo las tendencias doctrinales más recientes.

A. El subjetivismo de Filippo Gramática

En opinión de GRAMATICA, el Derecho penal se ha desarrollado desde el punto de vista dogmático, sobre una base absolutamente objetiva, descuidando el factor que debería particularmente interesarle, esto es, el sujeto[39].

Por ello, para oponerse a esa dirección y "atraer el Derecho penal a su verdadera función" preconiza el subjetivismo penal, según el cual "El problema de la imputabilidad y la responsabilidad debe depender cardinalmente de la intención del autor y, por consiguiente, radicar en la conciencia antijurídica y antisocial del sujeto. Solo de esta guisa -agrega este autor- la punibilidad responderá realmente a los presupuestos teóricos y a los fines prácticos del Derecho, porque solamente de este modo la pena se referirá efectivamente a la intencionalidad real del sujeto y, por tanto, a su personalidad y antisocialidad"[40].

www.penalpanama.com

38 JIMENEZ DE ASUA, II, Pág. 95 y ss.

39

40

Queda sentado, pues, que para el subjetivismo no interesan las consecuencias de la acción ni la materialidad de la lesión producida por el delito, sino que aprecia únicamente la conciencia y la mayor o menor intencionalidad demostrada por el sujeto activo del hecho ilícito.

En términos generales los planteamientos de la teoría subjetiva de GRAMATICA, pueden resumirse así:

1) El Derecho penal constituye una ciencia autónoma.

2) Esta ciencia extrae de las otras ciencias aquellos principios ciertos que constituyen sus presupuestos soclol6gicos, antropológicos, políticos, filosóficos, morales, etc.

3) El problema del "fundamento del derecho de penal" es extraño al Derecho penal y pertenece a la Filosófico del Derecho Penal, disciplina, a su vez, autónoma.

4) La "tutela jurídica", la "defensa social", etc., llegan a ser así fines abstractos e Indirectos de la pena y no pueden dominar el sistema penal.

5) Fin específico de la pena es el de actuar sobre la personalidad psíquica del sujeto; y tal fin, deducido de la observación histórica y del examen de las diversas teoría, constituye el presupuesto subjetivo de la penalidad.

6) Problema fundamental del Derecho penal es, pues, la culpabilidad del sujeto.

7) La culpabilidad consiste en la conciencia versante en lo ilícito jurídico.

8) Donde ésta no exista no puede haber delito ni tiene razón de ser la pena.

9) Se prescinde del problema del libre albedrío y del determinismo para dar vida a la noción de la responsabilidad jurídica.

www.derechopanama.com

10) La pena, por consiguiente, debe siempre medirse por el grado de culpabilidad, subjetivamente considerado, y no por las consecuencias no queridas[41].

Más recientemente, GRAMATICA abandona el titulo de "Derecho Subjetivo" y lo reemplaza por el de "Defensa Social" por estimarlo más coherente con las Ideas que expone[42]. Las, directrices de esta nueva teoría son enunciadas por el propio autor, como sigue:

> "El Estado debe orientar su función hacia la eliminación de las causas del malestar del Individuo en la sociedad.
>
> Para afirmar el orden querido por la Ley, el Estado no tiene derecho de castigar, sino el deber de socializar.
>
> La obra de socialización debe adaptarse al sujeto en concreto, en relación a su personalidad -antisocialidad subjetiva- y no en relación -responsabilidad- al daño causado -delito-.
>
> El proceso de defensa social empieza por la determinación de la naturaleza y grado de antisocialidad del individuo y se completa, siempre judicialmente, con el agotamiento de la necesidad de aplicación de la medida, al igual que el tratamiento del enfermo concluye con su curación".

La crítica más seria que se formula a esta teoría consiste en que no es sino una "simple adaptación de fórmulas positivistas" y como ejemplo de ello, se menciona su "antisocialidad subjetiva" que no es otra cosa que la temibilidad o peligrosidad de los fundadores del positivismo o de la escuela sociológica alemana y de la auténticamente defensiva de PRINS[43].

www.derechopenalonline.com

41 GRAMATICA, pág- 237

42 GRAMATICA, Filippo. Principios de Defensa Social, Maribel Artes Gráficas, Madrid, 1974, pág. 31, que corresponde a la traducción al español de la edición italiana publicada en 1881.

43

B. La nueva defensa social de Marc Ancel

MARC ANCEL presenta un nuevo enfoque de la defensa social en su obra La **Nueva Defensa Social,** que lleva por subtítulo "Un movimiento de política criminal humanista".

Luego de citar algunas de las diversas interpretaciones de que es susceptible el término "defensa social", ANCEL, para precisar su concepto, presenta de manera esquemática, las siguientes ideas:

1. La Defensa social supone ante todo una concepción general del derecho penal, que tiende no a penar una culpa y sancionar con un castigo la violación consciente de una regla legal, sino a proteger la sociedad contra las empresas criminales;

2. La Defensa social piensa realizar del modo más natural tal protección social mediante un conjunto de medidas generalmente extrapenales en el estricto sentido de la palabra, destinadas a neutralizar al delincuente, ya sea por eliminación o por segregación, y por la aplicación de métodos curativos o educativos;

3. La Defensa social llega así a promover una Política criminal que propugna naturalmente la prevención individual antes que la prevención colectiva y se esfuerza en asegurar, según la fórmula aceptada por la Organización de las Naciones Unidas, la prevención del crimen y el tratamiento de los delincuentes;

4. Esta acción de resocialización no puede desenvolverse sin embargo más que por medio de una humanización siempre creciente del nuevo derecho penal, que deberá apelar a todos los recursos del individuo, buscará devolverle la confianza en sí mismo y darle de nuevo el sentido de los valores humanos; concepción que, por otra parte, se esforzará en asegurar, tanto si se tratare de delincuente presunto o del condenado, el respeto de los derechos inherentes a su calidad de hombre;

5. Esta humanización del derecho y del proceso penal no será únicamente el efecto de un movimiento humanitario o sentimental, sino que, por el contrario, se apoyará, tan sólidamente como sea posible, en el

www.derechopenalonline.com

conocimiento científico del acto criminal y de la personalidad del delincuente; ella supone, por otra parte, una filosofía humanista y un ideal moral que la hacen superar amplia y naturalmente los marcos del determinismo materialista. En este sentido, y sólo en este sentido, puede decirse que la Defensa social roza el problema esencial de las relaciones entre el individuo y el Estado. En este sentido también ella se diferencia fundamentalmente del totalitarismo en cuanto considera que la sociedad no existe sino por el hombre y para el hombre. Se apoya pues, en definitiva, en una filosofía política que culmina en lo que puede llamarse un individualismo social[44].

Se ha criticado a esta concepción doctrinal que tiende a reemplazar el Derecho penal por la Defensa Social, sin percatarse que ésta última en cuanto tiene de jurídica es Derecho penal y en cuanto se preocupa por la lucha contra la delincuencia, es Criminología.

VII. LO QUE QUEDA DE LA LUCHA DE LAS ESCUELAS Y EL PROBLEMA DEL MÉTODO.

En la primera parte de este siglo, en términos generales, la lucha de las escuelas se atenúa; se debate cada vez menos el fundamento del delito y hay un menor interés por establecer las bases filosóficas del ius puniendi.

La preocupación de los juristas se circunscribe a determinar la naturaleza de la pena ya la teoría de las medidas de seguridad.

Se replantea, por otra parte, la necesidad de adoptar un método adecuado para el estudio de la ciencia punitiva, tanto en su aspecto científico como en lo relativo a la aplicación de sus preceptos. En el fondo las divergencias de las escuelas se originaron en los distintos enfoques que cada una de ellas pretendió darle a la teoría del método, en su aplicación al Derecho penal.

La urgente necesidad de defender la conquista de la libertad, obligó a los clásicos a estructurar técnicamente el delito como el fin supremo de

44 ANCEL, Marc. La Nueva Defensa social. La ley, Buenos Aires, 1961, pág. 290

www.portalderecho.com

un derecho penal eminentemente individualista, -que como acertadamente observa FRÍAS CABALLERO- paradójicamente, olvidó al delincuente[45].

La circunstancia de construir el Derecho penar sobre un sistema rigurosamente jurídico no impidió, sin embargo, que la escuela clásica incurriera en serias contradicciones a que hicimos referencia, y que teorías posteriores han logrado superar.

De otra parte, la imperiosa necesidad de defender a la sociedad, indujo a los positivistas a preocuparse por el "protagonista del drama penal", según la feliz expresión de FERRI.

Al confundir el Derecho penal con las ciencias criminológicas, dentro de las cuales aquel venía a ser una simple rama, los positivistas postularon la adopción del método experimental inductivo.

El correcto enfoque del problema, no obstante, obliga a distinguir el Derecho penal, disciplina "normativa valorativa", de las ciencias causal-explicativas, como la sociología criminal, la antropología criminal, etc. El método experimental inductivo es aplicable únicamente a este último grupo de disciplinas, lo que no impide -como lo advierte AFTALION- que los datos que proporcionan estas ciencias "entren en el campo jurídico, en la medida en que el Derecho los valora, haciendo de ellos uno de los términos de una relación normativa"[46].

De otra parte, el estudio del Derecho penal, como disciplina jurídica, tiene que ser encarado, con un método de esta índole.

Por ello, es evidente que el examen del delincuente y del delito como fenómenos naturales y sociales corresponde a la Criminología, en un sentido amplio; en .tanto, que el delito en su aspecto jurídico pertenece a la ciencia del Derecho penal.

Cabe preguntarse, sin embargo: ¿Cuál debe ser el método jurídico apropiado para el estudio de la ciencia del Derecho penal?

---

45 FRIAS CABALLERO, Jorge. Temas, pág. 14.

46 AFTALION, Enrique. La Escuela Penal Técnico jurídico y otros estudios penales. Librería Jurídico, Buenos Aires, 1952, pág. 42

El tecnicismo jurídico propugnó por un método lógico-abstracto, sin percatarse que si bien el Derecho penal es una ciencia normativa, no puede prescindir por ser finalista de la realidad de conducta contenida en esas normas, realidad esta que no puede ser comprendida cabalmente mediante un método puramente lógico-abstracto.

Como una reacción al formalismo excesivo y en abierta contracción al método lógico abstracto, se ha propugnado en Alemania por el método teleológico, que se apoya en la formación teleológica de los conceptos[47].

Se ha destacado así que el jurista no puede limitarse a considerar las normas jurídicas en su superficialidad exterior, y que debe, por tanto, profundizar en la realidad social que palpita de vida en las normas mismas[48].

Mediante el método teleológico se averigua el fin para que fue creada la norma penal, fin que se establece a través de la determinación del bien jurídico, o sea de los valores sociales que la norma tutela.

Mas llegados aquí, nos adentramos en el examen de los diferentes medios de interpretación, que trataremos en el apartado correspondiente, cuando emprendamos el estudio de la teoría de la ley.

www.penjurnarano.com

47 JIMENEZ DE ASUA, II, pág. 204

48 Así, ANTOLISEI, págs. 24-28

CAPÍTULO IV

HISTORIA DEL DERECHO PENAL PANAMEÑO

I. ORÍGENES

A. Derecho español

B. Derecho indígena

II. PERÍODO COLONIAL

III. PERIODO DE UNIÓN A COLOMBIA

IV. ERA REPUBLICANA

A. Antecedentes de la codificación

B. El Código de 1916

C. El Código de 1922

D. El proyecto Royo

www.penjurpanama.com

A fin de tener una idea aproximada de todos los elementos socio-culturales, que a través de los tiempos han ido integrando el Derecho Penal panameño, es necesario referirse a cuatro grandes etapas de nuestra historia, a saber:

1. Orígenes (del derecho español y del derecho indígena).

2. Período colonial.

3. Período de unión a Colombia.
4. Era republicana.

I. ORIGENES

A. Derecho español

Debido a la influencia determinante que marcó el pueblo español en el descubrimiento y conquista de América, se hace necesario estudiar, aunque sea a grandes rasgos, las raíces del Derecho Español, a fin de conocer la calidad el legado cultural que los colonizadores trajeron consigo al nuevo mundo y de igual manera, señalar el contexto del Derecho indígena que aquellos encontraron en América.

Cuatro *períodos* de significativa importancia integran el Derecho español: 1. *Período* pre-romano; 2. Período romano; 3. *Período* visigótico; 4. Período de reconquista.

1. Periodo pre-romano. En la prehistoria, el período paleolítico se extiende en la península Ibérica hasta el año 1000 a.C., luego pasa al

www.benjurpanama.com

neolítico hasta la edad de los metales, época que se caracteriza por el uso y manejo del bronce y el hierro.

En los primeros tiempos el pueblo ibero se caracterizó por las continuas invasiones. Sus pueblos carecían de lazos estatales, los grupos se aglutinaban alrededor del núcleo familiar.

La península ibérica fue invadida por los celtas, los fenicios, los griegos y los cartagineses, recibiendo en esta forma la influencia del eje oriental y occidental. Los fenicios además de sus conocimientos en la navegación y el comercio, aportaron el alfabeto. Mientras las invasiones fenicias y griegas fueron de tipo mercantil, la cartaginesa fue de tipo militar. De esta manera el sustratum ibérico se ve fortalecido, a su condición de pueblo guerrero, agresivo, adiciona un mayor desarrollo de las armas, mayor predisposición para recibir los avances de la técnica; diferencia de los grupos pacíficos que sólo logran alcanzar la suma y la resta, éstos llegan a la multiplicación y la división.

2. Período romano. En el año 206 a.C. Roma invade España y le permite el tatum personae respetando el derecho vigente. La romanización de España comienza con el lenguaje y luego con el cristianismo se asegura este proceso debido que Galicia -que era el grupo rudo y rebelde- acepta plenamente el cristianismo y se convierte en portaestandarte de esa religión.

Se considera a España heredera del occidentalismo.

'"Alrededor del Municipio estaba la curia que organizaba los concilios, de cuyas conclusiones se fue formando el Derecho Penal de la época. Así, en vías de ejemplo, tenemos que en las conclusiones éticas del Concilio Iliberis se sancionaban adulterio y la bigamia con penas muy graves para la mujer. Como consecuencia el cristianismo en España surgió la tendencia conservadora, ya que el cristianismo logró amoldarse totalmente al individualismo español.

3. Periodo visigótico. Los visigodos que invadieron España durante los siglos IV y V d.C. eran germanos y con su influencia crece la

occidentalidad española. Cuando ATILA invade Roma, se distribuyen al norte de Italia y entran a España.

El pueblo godo que invadió a España, era un pueblo pastoril, guerrero, con un derecho costumbrista, no conocían la propiedad territorial, sino una propiedad inmobiliaria familiar, la producción y el consumo se desarrolla a nivel familiar. El dominio del hombre era absoluto, los contratos son reales, no se admiten las naciones, no había sucesión legítima, ni había testamento. En el aspecto penal se daba la castidad germánica, eran monogámicos, no admitían las relaciones extramatrimoniales. Eran, por excelencia, un pueblo guerrero, no político, para ellos predominaba el aspecto militar de defensa y combate. En materia penal, predominaba la venganza privada, la composición o "wermald" y las pruebas ordálicas. El Derecho penal visigótico viene a ser fuerte de obligaciones porque de la comisión del delito nace la obligación de reparar el daño causado (100 sueldos un villano y 200 sueldos un hispano).

El sistema de pena de la composición se mantuvo en España por mucho tiempo hasta la avanzada Edad Media.

ENRICO recoge las normas del Derecho antiguo godo y ALARICO en su "Breviario" divulga la producción jurídica visigótica. ALFONSO X en el siglo XIII traduce estas compilaciones al español y recibe el nombre de Fuero Juzgo, que es el Liber Judiciorum[1].

La Lex romana visigothorum se adiciona con algunas disposiciones de los concilios y en esta forma se fue dulcificando el derecho bárbaro, especialmente con los Concilios de Toledo.

4. Período de reconquista. El reinado de los visigodos termina con la invasión de los sarracenos. En el año 800 tiene lugar la invasión del Islam y desde esa misma fecha hasta el siglo XV se inicia una etapa de reconquista a nombre de los reyes cristianos.

www.derechopenal.com

1 GARCIA GALLO. Alfonso. Historia del Derecho Español. Nacionalidad y territorialidad del Derecho en la época Visigoda, Madrid, 1936. Pág. 168.

Con esta invasión el Derecho español acrecienta sus líneas germánicas. El Derecho de esta época emerge de los Fueros, que eran capitulaciones celebradas entre el Rey y las ciudades. Este tipo de pacto surge por la necesidad que tenían los reyes de ganarse a las ciudades ante el inminente peligro de la reconquista. Toda España se ve invadida por una producción de Fueros, lo que se explicaba ante el mosaico de costumbres diversas que se registraban en cada ciudad.

A partir del siglo XII en vez de los antiguos Concilios nacen las cortes españolas. Cuando el Rey respeta las costumbres, celebra Fueros (capitulaciones) con las ciudades; cuando legisla con las Cortes, expide ordenamientos y cuando dicta disposiciones por su cuenta, individualmente, emite las **pragmáticas**. Estas disposiciones tienen importancia porque algunos de estos Fueros se aplicaron plenamente en América. Las Siete Partidas (Fuero de Leyes) y el Fuero Real (que fue un Fuero romanista, supletorio de los fueros locales) se aplicaron en nuestro continente por los españoles[2] .

El período de reconquista duró ocho siglos en su ciclo de avances y retrocesos. Por eso, cuando los españoles llegan a América tienen una experiencia guerrera extraordinaria y una actitud mental que tendía a resolver sus problemas socio-políticos mediante pactos económicos.

B. Derecho indígena

Examinaremos a continuación el status en que encontraba el derecho indígena en el momento histórico del descubrimiento de América.

A diferencia de los grupos aztecas, mayas e incas que han sido estudiados con mayor profundad, el grupo de los pobladores de Centro América mantiene un status gris, difuso, de poco atractivo para los arqueólogos e historiadores. Los datos sobre su origen son inciertos, por lo que cabría aplicar el criterio cauteloso de HERRING cuando expresaba en su Historia de América Latina que "la historia del indio en la América

2

debe escribirse con tiza para que sea fácil corregirla a la luz de los nuevos hallazgos que constantemente se presentan"[3].

Las fuentes para el estudio del Derecho indígena son:

a) Los Códices

b) las lenguas

c) los monumentos arqueológicos

d) el relato de los historiadores

El estudio del Derecho Indígena se puede dividir en tres etapas: a) proceso de poblamiento; b) clasicismo y c) post-clasicismo.

En la etapa paleolítica inferior y superior el hombre americano utiliza lascas, nódulos y puntas de flechas; a diferencia del europeo primitivo, individualista, sin vínculos estatales, el americano se hunde en un subjetivismo a través de la unidad sociológica de la tribu, en la que se distinguían dos clases: la sacerdotal y los caciques. La tribu necesitaba del grupo en el que depositaba el misterio de la religión, los sacerdotes eran depositarios de los mitos y los caciques eran los dirigentes, los que indicaban el camino a seguir a los grupos en sus movimientos de traslación. En América no se pasó al pastoreo como característica del nomadismo, debido a que no había animales.

Comparativamente, advertimos que mientras en Europa la cultura de la azada surge por el uso del bronce y del hierro hasta llegar a la agricultura mecanizada, en América no se pasó de la era de la "coa", del tejido y de la cerámica. El pastoreo en Europa crea su tipo de agricultura y genera el patriarcado; en América el tipo de agricultura desarrollado general al patriarcado; crea una mayor sujeción tribal[4].

El período del clasicismo abarca la expresión floresciente del matriarcado y el apogeo de las grandes civilizaciones: olmecas, mayas, incas, toltecas, teotihuacanas, con una producción artística y arquitectónica extraordinaria. Su religión e interpretaciones simbólicas

3 HERRING, Hubert. A History of Latin America. 3a. ed. New York 1968. pág. 25.

4 LOPEZ MONROY, José de Jesús. Historia del Delito Mexicano. México, 1974.

denotan una gran profundidad filosófica, en un afán de auto perfección que configuró una situación cultural incomprensible para los españoles a su llegada a nuestro continente. Sus horizontes sociológicos eran opuestos.

El post-clasicismo se caracteriza por las Invasiones Internas y un afán expansionista para obtener tributos y tierras, la finalidad no es de tipo cultural, debido a que el *período* del clasicismo como etapa evolutiva, es superior en el campo cultural.

Tal como lo señala el arqueólogo panameño, DE LA GUARDIA, el período de la primera ocupación del istmo está muy pobremente documentado: los restos consisten en puntas de arpón encontrados en el Lago Madden y en La Boca del canal y por conjuntos de artefactos de núcleo de piedra hallados en Cerro Mangote (Aguadulce) y Sitio Hidalgo (San Carlos). Los estudios realizados demuestran que la punta del arpón data de 8,000 años a.C. y los núcleos de piedra encontrados en Cerro Mangote son de 4,800 a.C.

Se ha podido constatar también que a partir del año 2,000 a.C. los istmeños se transformaron lentamente en agricultores, aldeanos, manteniendo un sistema económico en forma invariable. De ello dan cuenta los centros de población, documentados arqueológicamente por los períodos de Monagrillo, Sarigua y Concepción y que corresponden al Neolítico de Europa[5].

Los pueblos que ocuparon el territorio de nuestro país eran derivaciones de los grupos nahuas, mayas, caribes y chibchas, que poblaron los sectores del pacífico, el atlántico y la parte sur de Panamá.

A partir de la era cristiana los habitantes del istmo presentan grandes transformaciones. De ellas da prueba la "Cultura de Barriles" que es totalmente diferente a cualesquiera otra de las que se desarrollaron en nuestro país. Los monolitos en piedra y las estatuas halladas en 1947 en

www.lenguapanama.com

5 DE. LA GUARDIA, Roberto. Los habitantes del Istmo: Los panameños. Revista La Antigua, Año II, No. 3, Dic. 1969, págs.71-84.

Barriles, Hato de Volcán, demuestran una influencia maya contemporánea.

Entre los siglos XII y XIV d.C. se perfecciona la fase -clásica en Chiriquí, Veraguas, Coclé, Herrera, Darién y Bocas del Toro en las que se advierte claramente la penetración de capas poblacionales nuevas. El desarrollo de los Sigua y las invasiones de los Chocoes por el Oriente y la de los Aztecas por el occidente se interrumpe con la llegada de los españoles y los grupos de negros que le acompañaban.

A diferencia de otros pueblos que cedieron fácilmente a la presión española o quedaron abismados ante su poderío, las tribus del istmo se opusieron abiertamente a la conquista y resistieron el primer empuje de ésta. Entre las tribus más conocidas cabe mencionar las de: Urracá, Perqué, Natá, Chirú, Penonomé, París, Cébaco, Dolega, Bugaba, Doracás, Burica y Chiriquí[6].

El Derecho penal indígena era severo. Las penas conocidas entre ellos eran la .pena capital, la lapidación, repudio y expulsión de la comunidad. Se sancionaba el homicidio, el robo, el incendio y el adulterio.

Al siglo XV cuando se produce en 1492 el descubrimiento de América, tal era el contexto socio-jurídico de los indígenas que trajo -como era de esperarse- un choque de dos culturas antagónicas en el que el grupo fuerte logró dominar al más débil.

II. PERIODO COLONIAL

Se extiende del siglo XV hasta el Siglo XIX. Durante esta época se pueden distinguir 3 etapas: a) período antillano (1493 a 1517); b) período de los austrias (siglos XVI y XVII) y c) período de los Borbones (siglo XVIII).

El primer período denominado antillano contempla la Factoría de Colón, el gobierno de Nicolás de Ovando, el Gobierno de Diego Colón y el Gobierno de los Jerónimos, los cuales se distinguen por un proceso de colonización y explotación exagerada de los indios hasta el extremo de

6 CORREA, Noris. Apuntes de historia patria Panamá. 1968, pág. 74.

www.derechopanama.com

provocar la expedición de las leyes de Burgos para proteger a los indígenas, solución que fue insuficiente para evitar el exterminio de los grupos autóctonos y la inmigración de negros del África para poblar las Antillas.

Durante el período austriaco España trata de enmendar los errores cometidos en las Antillas creando una centralización política y expide las Leyes Nuevas (1542) que no tuvieron mayor aceptación entre los españoles porque lesionaban sus derechos económicos.

Bajo el gobierno de Felipe II se ordena la elaboración de una colección de disposiciones para gobernar a las Indias: los Cedularios de Puga (1560), en el que se contienen ordenanzas sobre descubrimiento, pacificación y población de las Indias.

Entre las producciones particulares de esa época cabe mencionar el Cedulario de ENCINAS (1582); la producción de RODRIGO DE AGUINAR (1624) y la recopilación de LEON PINELO (1642-1645) quien reúne Las Leyes de Ind1as que fueran publicadas en 1680 después de su muerte[7].

En el período de los Borbones, matizado con el predominio marítimo de Inglaterra, los grandes movimientos europeos, la gestación de la revolución Francesa y los grandes adelantos científicos, dan paso a un deterioro de la centralización mantenida por España en las colonias y comienza a incubarse el ideal independentistas que hace eclosión desde la segunda década del siglo XIX hasta la emancipación de Cuba que es la última de las colonias españolas en América que logra su separaci6n de la Madre Patria.

Durante el período colonial surge el Derecho Indiano expedido por las autoridades españolas peninsulares o sus delegados para hacerlo valer en los territorios de ultramar. Este Derecho se complementó con las normas indígenas que no contrariaban los intereses de la Corona.

www.tenurparaire.com

7 FLORIS MARGADANT S., Guillermo. Historia del Derecho Mexicano. Imprenta Univestaria, México, 1971, pág. 36

El orden de aplicación de las fuentes del Derecho castellano aplicable subsidiaria mente a los territorios de las colonias se encuentra en las Leyes de Toro (1505) y señala: a) Ordenamiento de Alcalá; b) Los fueros Municipales y el Fuero Real; c) Las Partidas; d) Posteriormente, la Nueva Recopilación (1567) y la Novísima Recopilación (1801). El fundamento de la legislación indiana era la Corona cuya ratificación era necesaria para toda medida emanada de los virreyes, audiencias, gobernadores, etc. De esa fuente surgió un sinnúmero de Reales Cédulas, provisiones, instrucciones, autos acordados, pragmáticas, Reglamentos, Decretos, etc., difíciles de manejar, que dieron origen a las recopilaciones[8].

La recopilación de Leyes de las Indias iniciado por LEON PINELO y revisado por el jurista peruano JUAN DE SO LORZANO, dio base para nueve libros subdivididos en títulos; de los cuales nos interesa el Libro VII porque contiene el derecho penal y cuestiones morales. En ese libro se castigaba a los herejes, apostatas y se reglamentaba el trato a los judíos y musulmanes.

Las autoridades en la Metrópoli, en su orden, eran:

a) Rey (máxima autoridad),
b) Consejo de Indias y,
c) Casa de Contratación de Sevilla.

Las autoridades instaladas en las colonias, eran:

a) Virreinato
b) Audiencia y
c) Municipio.

La justicia estaba sujeta a un régimen de múltiples fueros, con tribunales especiales según la materia o las partes en litigio. Casos de poca importancia entre colonos podía ser decidida por un alcalde ordinario con apelación ante el cabildo. Si la controversia surgía entre

8 PALLARES, Jacinto. Biltoria del derecho Mexicano. Edit. Porrúa, S. A., México, 1904, pág. 616.

indios, un alcalde del pueblo indio podrá pronunciar la sentencia de primera instancia que podía ser apelada.

En cada Audiencia, a partir de 1531 la Corona dispuso que se adscribiera un "Protector de Indios". En asuntos de mayor importancia, el Consejo de Indias tuvo la última palabra.

En materia penal, como ya vimos, se aplicó durante el período colonial las "Leyes de Indias, especialmente el Libro VII que contenía el **"Inter. alia"** una excepcional regulación sobre las penas pecuniarias que preveía que éstas al ser aplicadas en las Indias, debían ser el doble de las que se aplicaban en la península. En forma supletoria se aplicó el Derecho penal castellano constituido entre otras fuentes por las Siete Partidas, cuya Partida VII regulaba l*os* asuntos penales combinando la materia probatoria penal con la civil. El derecho canónico ten (a su propia regulación penal e insistía en el privilegio de tratar ciertos casos en *sus* propios tribunales no obstante: el poder sancionador de la iglesia y del Estado mantuvo su equilibrio a base del recurso de fuerza utilizado por el Estado y de la censura eclesiástica y la excomunión utilizada por la Iglesia. Además, algunos delitos contra la fe fueron considerados como delitos del orden común[9].

Panamá fue descubierta por RODRIGO DE BASTIDAS en 1501 quien recorrió la costa atlántica de Colombia y toda la región de San Blas hasta la punta de Manzanillo, quedando así comprendida dentro de la provincia de Veraguas, una de las partes en que fue dividido el sector conocido como Tierra Firme. Después de fundada Santa María La Antigua del Darién en 1510, BALBOA fue nombrado gobernador y con el descubrimiento del mar del Sur en 1513 se le asignó el cargo de Adelantado del mar del Sur y gobernador de Coiba y Panamá, asumiendo las facultades que tales cargos le imponían incluyendo las referentes a materia criminal.

www.derechopanameno.com

9 FLORIS MARGADANT, pág. 51

El15 de agosto de 1519 se fundó la ciudad de Panamá por PEDRO ARIAS DAVILA, que pasa a ser la capital de Castilla del Oro y en ella tienen su asiento las autoridades civiles y eclesiásticas. Panamá llegó a ser una de las poblaciones más importantes en el Pacífico, al convertirse en el punto de partida de las grandes expediciones españolas hacia el Centro y Sur América en un afán expansionista de la Corona, en busca de nuevos tesoros. De esta ciudad salió la expedición de FRANCISCO PIZARRO y DIEGO DE ALMAGRO que conquistó el imperio inca en Perú.

A partir de 1510, con la fundación de Santa María la Antigua, se empieza a regir el istmo por las leyes constitutivas del Derecho indiano a que ya nos hemos referido antes. En 1538, CARLOS V crea la Real Audiencia de Panamá, la Que comienza a operar en 1539 bajo la presidencia del Dr. FRANCISCO PEREZ DE ROBLES. Las audiencias eran Tribunales de Justicia encargados de decidir, en última instancia, los juicios civiles, criminales y eclesiásticos de las colonias, sus fallos eran apelables ante el Consejo de Indias. Estaban formados por Magistrados llamados Oidores. Se estima que la institución de las Reales Audiencias constituyó una nueva forma de gobierno colonial, en las que el Presidente reemplazaba a los Gobernadores.

La Audiencia de Panamá fue la tercera que se creó en América, después de la de Santo Domingo y México. La Real Audiencia de Panamá tuvo jurisdicción en las provincias del Río de la Plata, Chile, Perú, Cartagena y Nicaragua[10].

Con relación a la jurisdicción eclesiástica, vale recordar que el Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición que opero en Lima por 1569, extendió su jurisdicción hasta Panamá.

Esta legislación con sus tribunales se mantuvo vigente en el Istmo hasta 1821 cuando tiene lugar la independencia de Panamá de España.

www.derechopanama.com

10 CASTILLERO P., Ernesto J. Historia de Panamá. s.p.i. pág. 37.

III. PERIODO DE UNION A COLOMBIA

Según la "Declaración de la Academia Panameña de la Historia acerca de la Independencia del Istmo", los pueblos del Istmo obtuvieron su independencia de España mediante un proceso espontáneo que se inicia con el Grito de la Villa de Los Santos el 10 de noviembre de 1821, se confirma y robustece con la acción de los Ayuntamientos y pueblos de Natá, San Francisco de la Montaña y Panamá y concluye con la adhesión de las ciudades de Santiago de Veraguas y Portobelo, según consta en las Actas levantadas con motivo de aquellos sucesos. Una vez proclamada la independencia de España en Junta General celebrada en la ciudad de Panamá el 28 de noviembre de 1821, los pueblos del istmo, en ejercicio de su libre, determinación, se incorporaron al sistema republicano implantado por Bolívar, en sustitución de régimen colonial imperante en el país"[11]. A su vez, el Acta de Independencia de 1821 redactada por Manuel José Hurtado, en sus artículos 1, 2 y 9 establece: "Panamá se declara espontáneamente soberana del gobierno español (art. 1). El territorio del Istmo se une voluntariamente a la Gran Colombia (art. 2). Las leyes vigentes pueden ser aplicadas hasta tanto se acuerden los nuevos reglamentos económicos del país" (art. 9).

Panamá al independizarse de España en 1821 se unió a la Gran Colombia, impulsada por la necesidad de buscar respaldo a su acción, por el sentimiento de unidad continental que privaba en ese momento y por el gran prestigio de que gozaba el libertador SIMON BOLIVAR. Esta unión fue un error, lo que se demuestra a través de las separaciones que se sucedieron posteriormente en los años de 1830, 1831 y 1840 y la creación del Estado Federal del istmo por JUSTO AROSEMENA. Durante los 72 años de esta unión se aplicaron al istmo las leyes colombianas y en cuanto a materia penal se refiere, cabe citar el Código Penal de Nueva Granada en 1837, que se distingue "por su tendencia humanitaria en la fijación de las penas, corrigiendo las atrocidades de la legislación

11 Declaración de la Academia Panameña de la Historia. 21 de diciembre de 1961.

www.derechopanama.com

española e implantando la igualdad en el tratamiento de los sujetos penales"[12]. Ese código fue reformado en 1851 al establecerse el juicio por jurados en los procesos por delitos comunes y abolirse la pena de vergüenza pública. También se aplicó durante nuestra reunión a Colombia el Código penal de los Estados Unidos de Colombia de 1873, inspirado en la Constitución de Río negro de 1863 y en principios liberales que obligaron a respetar la inviolabilidad de la vida humana, la libertad de imprenta, locomoción, religión, profesión, etc.

Otra de las compilaciones penales que rigió en el istmo fue el Código penal de *1890,* cuyo anteproyecto elaboró el *Dr.* DEMETRIO PORRAS, el cual lamentablemente fue desechado para acoger el proyecto de JUAN PABLO RESTREPO, con menos rigor científico, pero más realista, inspirado en las doctrinas clásicas[13]. Este Código rigió en nuestro país hasta 1916, cuando se aprobó el primer Código penal panameño.

IV. ERA REPUBLICANA

A. Antecedentes de la codificación

Una vez obtenida la independencia del istmo en Noviembre de 1903, la Junta de Gobierno Provisional expidió el Decreto No. 4 de 4 de noviembre de 1903, "Sobre organización provisional de la República", en virtud del cual dispuso: "Regirán en la República de Panamá las leyes que han estado rigiendo hasta hoy, con las modificaciones y alteraciones que requiera el cambio político efectuado y con las que la Junta acuerde en decretos posteriores"[14]. Esta disposición permitió con la Constitución Política de 1904, al establecer en su artículo 147: "Todas las leyes, decretos, reglamentos, órdenes y demás disposiciones que estuvieren en vigor al promulgarse esta Constitución, continuarán observándose en

www.centurpanama.com

12 ROMERO SOTO, Enrique. Derecho penal, Parte General. Edit. Temis, Vol. I, Bogotá, 1969, pág. 169.

13 PEREZ, I, pág. 230.

14 Gaceta Oficial de 14 de noviembre de 1903, No. 1, pág

cuanto no se opongan a ella, ni a las leyes de la República de Panamá"[15].

En nuestro país, desde los comienzos de la era republicana, se ha registrado un gran interés por el proceso de codificación. De ello da cuenta el gran número de disposiciones que se han dictado desde 1903 hasta la fecha, sobre esta materia. Diez y siete días después de la declaración de independencia de Panamá de Colombia, el Ministerio de Justicia expidió el Decreto No. 4 de 21 de noviembre, en virtud del cual se crearon dos comisiones de abogados presididas por el Ministro de Justicia, la una encargada de formar los proyectos de Código Civil y Judicial y la otra para los Códigos de Comercio marítimo y terrestre, de Minas y Penal. Esa labor debería estar completada el 15 de enero de 1904, nombrándose por el mismo decreto a los señores INOCENCIO GALINDO, ABRAHAM JESURIN y JUAN A. HENRIQUEZ en la comisión redactora del Código Penal.

Como esta primera comisión no pudo llevar a cabo la misión encomendada, la Ley 37 de 4 de Mayo de 1904 "sobre adopción de códigos y reformatoria de una disposición del Código Civil", aprobada por la Convención Nacional, autorizó al Presidente de la República para que nombrara una comisión permanente compuesta por tres ciudadanos competentes e idóneos Que se encargaran de la redacción de los proyectos de Códigos que debían regir la Nación. En cumplimiento de esa disposición, el Decreto 114 de 7 de septiembre de 1904, designó al Doctor BELISARIO PORRAS para que redactara los Códigos Judicial y Penal, y se le concedió el plazo de un año para terminar esa tarea.

Como el tiempo transcurría sin que se adelantara en la labor de codificación, mediante Decreto 136 de 12 de noviembre de 1907, se fijó el 15 de noviembre de 1907 como término para que los proyectos fueran entregados al Ejecutivo. Todo parece indicar, sin embargo, que tales previsiones legales no tuvieron mayor efectividad, ya que el 26 de

15 Constitución de la República de Panamá, Edición Oficial, Imprenta Nacional, Panamá, 1940, pág, 78.

www.cenunpanama.com

septiembre de 1913 se expidió el Decreto No. 127 por el cual se crea una comisión codificadora y en la que su parte motiva explica que "la codificación nacional es una obra de imperiosa necesidad según el parecer de la mayoría de los juristas del país, por lo que debe acometerse su ejecución sin retardo alguno, por cuanto será un gran beneficio para todos los habitantes de la República presentarles ordenadas, claras y accesibles a todas las inteligencias, las leyes permanentes que en ésta deben observarse"[16] y se designa a los señores "FACUNDO MUTIS DURAN, JULIO J. FABREGA, JUAN A. HENRIQUEZ, CARLOS A. MENDOZA, SANTIAGO DE LA GUARDIA, ANGEL UGARTE, RICARDO J. ALFARO, LUIS ANDERSON y OSCAR TERAN y como secretario de la Comisión codificadora a GREGORIO MIRO. Este Decreto 127 reglamentaba el trabajo de la comisión y le asignaba a la Corte Suprema de Justicia y al Ejecutivo la función revisora de los proyectos.

Como puede observarse, entre los miembros de la comisión codificadora se encontraba ANGEL UGARTE, Magistrado de la Corte Suprema de Honduras, contratado especialmente para la elaboración del Código Penal, quien se encargó de .redactar parte de la Ley 49 de 29 de diciembre de 1914, en virtud de la cual se dictaron las bases de los diferentes códigos. Las bases del Código Penal son del siguiente tenor:

"1. Inviolabilidad de la vida humana.
2. Prescripción de penas perpetuas, infamantes, de confiscación y las que impliquen incapacidad civil permanente, lo mismo que prohibición de aplicarlas antes del fallo definitivo.
3. Retroactividad de las disposiciones penales en cuanto favorecen al reo, sin perjuicio de las responsabilidades civiles correspondientes.

16 Gaceta Oflc181 de 3 de octubre de 1913, No. 1985, pág. 4583

4. Imposición de penas solo por actos u omisiones calificadas de delitos por ley o anteriores a su perpetración"[17].

B. El Código 1916.

Doce años de esfuerzos interrumpidos con miras a elaborar una codificación nacional encuentran al fin su culminación con la expedición de la Ley 2a. de 22 de agosto de 1916, "por la cual se aprueban los código Penal, de Comercio, de Minas, fiscal, Civil y Judicial". Apartándose un poco de las exigencias legislativas en esta materia, el texto de los Códigos no aparece incorporado a la Ley aprobatoria, sino que la misma dispone que su edición oficial, como texto auténtico, debe hacerse por separado con las firmas autógrafas del Presidente de la República y del secretario de Gobierno y Justicia. Estos códigos comenzaron a regir ello de julio de1917.

El Código Penal de 1916 siguió los lineamientos generales del Código Penal hondureño de 1906, que "responde, con bastante fidelidad", al modelo español de 1870[18].

Conviene advertir que el Código español de 1870, constituía en términos generales el Código de 1822, que había sufrido sucesivamente reformas en los años de 1848 y 1850. Al referirse a los antecedentes legales de este cuerpo de leyes, JOAQUIN FRANCISCO PACHECO, los concretó de la siguiente manera: "hay en él algo del Fuero Juzgo y de las Partidas, envuelto con el Código Napoleón". No obstante, tal como consta en el Diario de Sesiones de los días 23 y 24 de noviembre y 12 y 17 de diciembre de 1821, la Comisión redactora del Proyecto, en el Preámbulo y en las intervenciones parlamentarias, manifestó que, en su desconfianza de hallar grandes auxilios en las obras legales españolas, se vio precisada a utilizar "los Códigos de mayor crédito y reputación en

17 Gaceta Oficial de 28 de enero de 1915, No. 2168.

18 Sobre el particular, resulta de Interés examinar el estudio del Dr. RUBEN AROSEMENA GUARDIA, titulado "Notas y documentos sobre el Código Penal Panameño", en Anuario de Derecho No. 6, Universidad de Panamá, 1962. pág. 260 y siguientes.

www.derechopanama.com

Europa" y confesó haber tomado muchos de los principios contenidos en el Código Francés[19].

El Código Penal de 1916 constaba de 570 artículos, distribuidos en 88 capítulos y 21 Títulos, dividido en los dos libros que constituían el texto completo de este cuerpo legal. Se consideró en esa época que ese código tenía algunas ventajas sobre el Código Penal colombiano de 1890 que rigió hasta ese año. La exposición de motivos publicada en la Gaceta Oficial No. 2413 de 1º de septiembre de 1916, resume las ideas que prevalecieron para justificar su expedición y éstas son las que se copian a continuación:

> "A la legislación penal se concede hoy en los países más adelantados, excepcional importancia. Y el fenómeno se explica perfectamente; es que las sociedades modernas no ven ya las leyes penales como instrumento de tortura y castigo, sino como medio de defensa de los intereses individuales y colectivos. Los pueblos de más intensa civilización no pretenden ya castigar a los que atacan a los Intereses sociales, sino defenderse de ellos en forma adecuada y conveniente. Cambio tan radical que ha variado el concepto de la función penal ennobleciéndola al mismo tiempo, ha tratado consigo donde quiera la necesidad de revisar los viejos códigos y de dictar nuevas leyes basadas, no ya en el empirismo medieval, sino en fundamentos perfectamente científicos.
>
> Siguiendo la ley fatal del progreso, a la cual no pueden sustraerse ni hombres ni pueblos, hemos sentido nosotros también la necesidad de revisar nuestras instituciones penales; y de ahí que aunque en ellas no existiera la dispersión y confusión que en las leyes civiles procesales porque, a diferencia de estas teníamos en un solo cuerpo, considera el poder ejecutivo indispensable encomendar también a la Honorable Comisión

19 JIMENEZ DE ASUA, I, págs. 707-708

Codificadora la preparación de un nuevo código penal que venga a sustituir al que hoy rige.

Desgraciadamente las condiciones del país no han permitido hacer un código absolutamente moderno, para aplicar el cual nos habría faltado personal conveniente preparado; pero con todo, el proyecto viene a mejorar un estado de cosas contra el cual ha venido clamando de tiempo atrás la conciencia pública.

Adolece el Código Colombiano hasta hoy vigente, entre otros efectos, de exceso de rigor, en muchos casos, contra particulares delincuentes y extremada lenidad para con los funcionarios públicos infieles en una u otra forma al mandato recibido del pueblo. En el nuevo código no existe esta injustificable diferencia.

También ha desaparecido la sutil distinción entre la tentativa y el delito frustrado. Tal distinción, sin alcance práctico alguno no tiene más valor que el puramente académico, y ha parecido por tanto conveniente eliminarla para evitar lamentables y enojosas confusiones entre los encargados de aplicar la ley.

La pena máxima que ahora se fija para un sólo delito, alcanza únicamente a veinte años de presidio, en tanto que el código colombiano consignaba la pena de muerte y fijaba el máximo de la pena temporal en veinticinco años. Los países que más han estudiado estas cuestiones ello es sabido- mantienen todos la separación absoluta de los antisociales natos e incorregibles difiriendo únicamente en la manera de practicarla: unos la cumplen por medio de eliminación y otros por la segregación definitiva que en principio la sustituyen; pero como no debe legislarse contra la conciencia de los pueblos, únicos soberanos de las democracias, y como aquí repugnan al sentimiento público tanto las ejecuciones capitales *como* la prisión perpetua la Honorable Comisión Codificadora ha estado indudablemente en lo justo fijando el límite justo de la pena, tal como lo ha hecho.

www.derechopanama.com

Sustituye el nuevo Código la rebaja de pena por la libertad condicional y establece también el aumento de pena para los delincuentes que observan mala conducta en la prisión. Ambas innovaciones que guardan entre sí íntimas relaciones y que se fundan en un mismo principio son recomendables.

Considerando en conjunto el proyecto, puede decirse que es un cuerpo de leyes metódico, claro y sencillo, superior con mucho, al Código penal vigente"[20].

El 1º. de julio de 1917 entraron en vigencia los códigos aprobados por la ley 2 de 1916 y casi de inmediato suscitaron una serie de comentarios adversos, especialmente el Código Penal, al punto de obligar al Ejecutivo a expedir el Decreto 25 de 7 de marzo de 1918, mediante el cual se creó una "comisión Revisora de la codificación Nacional", integrada por los abogados Francisco A. Filós, Ricardo J. Alfaro, Julio J. Fábrega y Héctor Valdés, y se les señaló como funciones específicas las siguientes:

"1. El estudio comparativo de los diversos códigos nacionales.

2. Preparar proyectos de leyes para aclarar dudas, llenar vacíos, suprimir contradicciones y reformar las disposiciones inconvenientes o defectuosas que se observan en los Códigos"[21].

C. El Código de 1922

El Código penal de 1916 fue de corta duración, su factura española no tuvo simpatía en la sociedad panameña, por lo que se encomendó al Doctor JUAN LOMBARDI la redacción de un nuevo Código, proyecto que fue aprobado mediante la Ley 6a. de 17 de noviembre de 1922.

Este código -aún vigente- trascribe, con muy pocos cambios, el Código penal italiano de 1889, más conocido como "Código Zanardelli", aprobado durante el reinado de HUMBERTO I, del cual era Ministro de

20 Gaceta Oficial de 10. de septiembre de 1916, No. 2413. pág. 6315

21 Gaceta Oficial de 7 de marzo de 1918. No. f:866.

www.penumanama.com

Justicia GIUSEPPE ZANARDELLI. A pesar de que a la fecha en que fue aprobado el Código penal italiano, estaba en pleno apogeo la escuela positiva, tal compilación está impregnada de la doctrina clásica, con ignorancia de los postulados positivistas difundidos por FERRI, LOMBROSO y GAROFALO. Es altamente represivo, excluye de su competencia a los delitos electorales, de contrabando, defraudación fiscal y mediante la ley 39 de 1964 se derogaron las normas que incriminaban el delito de falsificación de papel sellado, timbres y estampillas, atribuyéndose su competencia a las autoridades administrativas, como ilícitos fiscales. Deja en manos del Código Administrativo la descripción y sanción de las contravenciones a la ley penal conocidas como faltas.

El Código Penal vigente se divide en dos libros, el primero se refiere a la ley penal en general y contiene nueve títulos que regulan las siguientes materias:

Título I De la vigencia y aplicación de la ley Penal.
Título II De las penas.
Título III De la ejecución de las penas y de sus consecuencias.
Título IV De la responsabilidad penal y de las causas de justificación, de excusa y de atenuación.
Título V De las tentativas y del delito frustrado.
Título VI De la cooperación de varios Individuos en la comisión tie un mismo hecho punible.
Título VII De la concurrencia de hechos punibles ejecutados por un mismo individuo.
Título VIII De la reincidencia.
Título IX De la extinción de la acción y de la condena penales.

El libro segundo trata de las diferentes especies de delitos, distribuyendo sus títulos en la siguiente forma:

Título I De los delitos contra la patria.
Título II De los delitos contra los poderes de la nación.
Título III De los delitos contra las naciones extranjeras y los jefes *y* Representante de ellas.

www.derechopanama.com

Título IV Disposiciones comunes a los títulos anteriores.
Título V De los delitos contra la libertad.
Título VI De los delitos contra la cosa pública.
Título VII De los delitos contra la Administración de Justicia.
Título VIII De los delitos contra el orden público.
Titulo IX De los delitos contra la fe pública.
Título X De los delitos contra la seguridad pública.
Título XI De los delitos contra las buenas costumbres y el orden de la familia
Título XII De los delitos contra las personas.
Título XIII De los delitos contra la propiedad.
Título XIV De la Duplicación y vigencia del Código Penal y de la

Este Código como el de 1916 tampoco tuvo la aceptación de los miembros del foro y del Órgano Judicial, debido a que fue aprobado sin haber sido ampliamente consultado y sin darse la oportunidad de que se debatiera pormenorizadamente en el seno de la Asamblea Nacional. Ante tales críticas, el Ejecutivo, mediante Decreto No. 17 de 2 de febrero de 1923, designó una comisión Revisora del Código Penal de 1922 y luego, por la ley 5a. de 2 de octubre de 1926, creó una Comisión Codificadora la que se integró mediante Decreto 212 de 16 de noviembre de 1926, con los juristas ANTONIO PAPI AIZPURU, HONORIO GONZALEZ GILL y HECTOR VALDES, a fin de que elaboraran un proyecto de Código Penal y otro de procedimiento criminal y se les concedía un plazo de 9 meses para la presentación de estos proyectos, previa consulta a los magistrados de la Corte, Agentes del Ministerio Público, abogados en ejercicio y hombres notables del país[22]. Como resultado de esta comisión, el doctor HECTOR VALDES elaboró un proyecto, el cual fue pasado a la Corte para que le hiciera la revisión correspondiente.

www.derechopanama.com

22 AROSEMENA GUARDIA. "Notas y Documentos..". Anuario.1962. pág. 261.

Las ideas reformistas sobre la legislación penal del 22 continúan a través de diferentes generaciones y así tenemos que la Ley 2a. de 1941 crea una Comisión Codificadora, designándose por decreto 141 de 9 de agosto de 1941, al doctor JUAN LOMBARDI para que elaborara el Código Penal y de Minas, en el plazo de un año.

En 1943 se designa a los juristas EMILIO GONZALEZ LOPEZ, en esa época Profesor de la Universidad de Panamá, RICARDO A. MORALES y ALEJANDRO TAPIA para que revisaran un proyecto presentado con anterioridad al Gobierno Nacional, cuyo informe final fue presentado a la Asamblea Nacional para su aprobación; sin embargo, la legislatura correspondiente no llegó a discutirlo.

El clima político de la época no era el más halagador y los proyectos presentados no llegan a ser considerados. El Estado había invertido considerables sumas de dinero sin resultados positivos.

Por tal motivo, mediante Decreto Ley 51 de 1944 se creó una nueva Comisión Codificadora en la que debía participar personal calificado al servicio del Estado a fin de ahorrar las partidas correspondientes. Esta comisión fue reorganizada por Decreto Ley 41 de 21 de julio de 1947 y se le otorgó un plazo hasta el 31 de diciembre de ese año, para concluir su labor.

En un nuevo intento de codificación, el 7 de febrero de 1950 se dicta la Ley 11 de ese año, por la cual se crea una nueva Comisión Codificadora compuesta, en esta ocasión, por nueve miembros, cuyo resultado final fue la elaboración de un Proyecto de Código Penal, presentado a finales de 1952, del que son autores MANUEL ANTONIO HERRERA LARA, DAMASO A. CERVERA, JOSE DOLORES MOSCOTE, BENITO REYES TESTA y MANUEL A. GRIMALDO.

Los propósitos de todas estas leyes, decretos leyes y decretos aludidos hasta ahora no se logran, pese a todos los esfuerzos realizados en ese sentido.

Más de tres lustros transcurren hasta que se dicta el Decreto de Gabinete 121 de 8 de mayo de 1969, en virtud del cual el nuevo gobierno

www.penumaria.com

crea una Comisión Codificadora para la elaboración de los Códigos nacionales (civil penal, judicial y administrativo), compuesta de cinco (5) personas, con un salario mensual de MIL QUINIENTOS BALBOAS (B/.l,500.00), quienes comenzaron su labor el 16 de mayo de 1969 con diferentes plazos que fueron prorrogados hasta el 31 de octubre de 1970.

Con relación al Decreto de Gabinete 121, cabe agregar que en el mismo se le concedía a la Comisión Codificadora treinta (30) días para que redactara el proyecto de la ley de bases para cada uno de los Códigos; proyectos de ley que en ningún momento fue dado a conocer a la luz pública, ya que los proyectos de Código Civil, Penal y Judicial fueron entregados a la Comisión de Legislación sin la expedición de una ley de Bases, como es lo usual en un proceso serio de codificación. En este Decreto, además, se le asignó a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y el Procurador General de la Nación una adición de B/.300.00 a sus sueldos, para que colaboraran en la revisión y elaboración de esta legislación. En cuanto al proyecto de Código Penal, cabe señalar que fue elaborado por el Profesor Arístides Royo, catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Panamá y por tratarse del más reciente intento de modificación de la legislación penal vigente, nos referimos al mismo posteriormente.

Las deficiencias o contradicciones que a través de 54 años de vigencia del Código Penal se han presentado, han sido subsanadas mediante una legislación especial que complementa el ordenamiento jurídico penal. También se le han hecho algunas reformas, la mayoría de ellas referentes al **quantum** de la pena. Las figuras delictivas que más se han reformado en este sentido, han sido los delitos contra la propiedad, especialmente el hurto y el robo, al igual que los delitos contra las buenas costumbres y el orden de la familia, específicamente la violación carnal.

D. El Proyecto Royo

En marzo de 1970, el Profesor ARISTIDES ROYO, encargado de la redacción del Código Penal, según mandato contenido en el Decreto de

www.derechopanama.com

Gabinete 121 de 8 de mayo de 1969, presentó el fruto de su trabajo consistente en un anteproyecto de 476 artículos, dividido en dos libros, el cual fue sometido a consulta popular por la Corte Suprema de Justicia en Junio de 1974 y por la Comisión de Legislación en Febrero de 1975.

Atendiendo el contenido de la exposición de motivos, se considera que el trabajo del profesor Royo se inspiró en algunos aspectos, en el Código Penal Tipo para Latinoamérica, y en otros en los Códigos Penales de Costa Rica, El Salvador y Cuba. Según el autor, en el proceso de codificación se trató de adecuar las normas penas "mediante un criterio positivo, real y propio", sin ubicarse de manera concreta en la Escueta Positiva, ni en la de Política Criminal, ya que el anteproyecto puede calificarse como "democrático, amplio, flexible y humanitario"[23].

Entre las innovaciones que trae, se pueden anotar a grandes rasgos, las siguientes:

1. Trae un sistema de regulación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal que comprende: a) circunstancias especialmente atenuantes, b) circunstancias atenuantes ordinarias, c) circunstancias agravantes y d) circunstancias ambivalentes.
2. Regula la habitualidad, el profesionalismo y la peligrosidad.
3. Establece "el extrañamiento" entre las penas principales.
4. Incorpora a la legislación penal el sistema de días-multa.
5. Trae como sustitutivos de las penas cortas privativas de libertad, las siguientes: a) prisión en d ras y horas no laborales, b) trabajo forzoso sin prisión y c) prisión domiciliaria.
6. Regula la suspensión condicional de la ejecución de la pena.
7. Introduce como causas de extinción de la acción penal y de la pena, el perdón del ofendido en los casos de delitos de acción privada.
8. Regula el perdón judicial como causa extintiva de la pena.

23 ROYO, Arístides. Proyecto de Código penal. Edición mimeografiada. Panamá, 1970, pág. 6

www.derechopenal.com

9. Propone un sistema de medidas de seguridad.
10. Introduce la responsabilidad civil derivada del delito dentro del proceso de aplicación de la pena por el juzgador.
11. Aumenta la pena máxima privativa de libertad a 25 años.
12. Introduce los delitos contra el Derecho Internacional y un título que regula los delitos contra la economía nacional, la agricultura, a ganadería y el comercio.

Somos de opinión que el anteproyecto debe ser ampliamente debatido, ya que cada día se hace más evidente la necesidad de modificar nuestra legislación penal y el trabajo del Dr. ROYO presenta la coyuntura favorable del material básico para moldear las instituciones penales dentro del ordenamiento jurídico que nuestra sociedad con sus valores, intereses y necesidades económicas, políticas y éticas demanda.

Un estudio del Proyecto ROYO, nos permite afirmar que el mismo supera en gran medida el contenido del Código Penal vigente. Los intentos de reforma penal ya alcanzan medio siglo, sin que hasta la fecha se logran cristalizar en algo positivo. De allí que a esta generación corresponda la insoslayable tarea de elaborar un Código con todo el empeño, seriedad e idoneidad indispensable[24].

El recorrido histórico realizado desde la prehistoria hasta nuestros días, nos permite llegar a conclusiones muy claras sobre las influencias y aportaciones que hemos recibido de otras legislaciones y otros pueblos sin que hasta hoy se haya conformado una plena conciencia de la necesidad de construir nuestras propias leyes, delinear nuestras instituciones de acuerdo con sus características que presenta la personalidad demográfica de Panamá, especialmente en el campo de la criminalidad.

www.derechopanameno.com

24 Como lectura complementaria, consúltese: MUÑOZ A., Campo Elías y VILLALAZ, Aura E. G. de. Observaciones al Anteproyecto de Código Penal elaborado por el Dr. Aristides Royo. Imprenta Universitaria. Universidad de Panamá. Panamá, 1975.

SECCIÓN SEGUNDA

TEORÍA DE LA LEY

CAPITULO V: Las fuentes del Derecho Penal

CAPITULO VI: Interpretación de la ley penal

CAPITULO VII: Ámbito de validez de la ley penal

www.penjurpanama.com

CAPITULO V

LAS FUENTES DEL DERECHO PENAL

I. CONCEPTO Y DISTINTAS CLASIFICACIONES

II. FUENTES DE PRODUCCIÓN Y FUENTES DE CONOCIMIENTO

- A. Fuentes de producción
- B. Fuentes de conocimiento

III. LA LEY PENAL

- A. Concepto
- B. El principio de legalidad o de reserva
- C. Caracteres de la ley penal
- D. Estructura de la ley penal
- E. Las leyes penales en blanco

IV. LA COSTUMBRE

V. LA JURISPRUDENCIA

VI. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

VII. LA DOCTRINA CIENTIFICA

www.portalpanama.com

I. CONCEPTO Y DISTINTAS CLASIFICACIONES

La expresión "fuentes del derecho" tiene diversas acepciones. Etimológicamente, fuente significa el lugar de donde brota, surte o emana un líquido de la tierra. En este sentido, DU PASQUIER, anota que el término "crea una metáfora bastante exacta, pues remontarse a la fuente de un río es buscar el sitio donde sus aguas salen de la tierra. Del mismo modo, inquirir sobre la fuente de una regla jurídica es buscar el punto por el cual ha salido de las profundidades de la vida social para aparecer en la superficie del Derecho"[1]. Por ello, lleva razón JIMENEZ DE ASUA, cuando señala que el término fuente del Derecho es utilizado por los juristas en sentido figurado, como equivalente a origen del Derecho[2].

Desde un punto de vista científico se habla de fuentes sustanciales o reales y fuentes formales. Las primeras son aquellas de donde se extrae el contenido del precepto jurídico, y las formales son los medios de expresión de la norma jurídica positiva. En otras palabras, de las sustanciales o materiales se deriva o puede derivarse el contenido de la legislación positiva, mientras que de las formales nace el Derecho positivo. De manera tal que, la fuente formal por antonomasia es la ley en tanto que la sustancial la forma las expresiones humanas que surgen de la convivencia humana en la realidad social[3].

www.penumalarma.com

1 DU PASQUIER, citado por DIFERNAN, Bonifacio. Curso de Introducción al estudio de Derecho y Sistemas Jurídicos. Universidad Santa María La Antigua. Panamá, 1972, págs. 208-209.

2 JIMENEZ DE ASUA, 11, pág. 230

3 Ver: DEL ROSAL. I, pág. 255

ANTOLISEI, sin embargo, sostiene que "el último manantial del derecho es la conciencia popular[4] y BETTIOL, por su parte, identifica las fuentes sustanciales con la moral[5].

Al estudiar las fuentes materiales generalmente se distingue entre las históricas y las racionales, para incorporar entre ellas todos los factores socio-políticos, económicos, morales y religiosos que puedan converger en un momento histórico determinado para provocar la aparición de una norma e integrar su contenido. En ese sentido, se ha repetido muchas veces que el Derecho positivo es aquel que recoge una norma de cultura que responde a las necesidades y aspiraciones de un conglomerado social y por eso, cuando el derecho se aleja de esa realidad social y se impone la arbitrariedad o el criterio restringido de intereses personalísimos, podemos tener un derecho vigente porque así lo ordena la ley, pero no es positivo porque es inadaptado a esa norma de cultura que está latente en la conciencia colectiva.

Al concepto de fuentes del Derecho penal en sentido formal se le atribuye comúnmente un doble significado: en primer término, el de fuente de producción, para referirse a los sujetos que dictan o del cual emanan las normas jurídicas; y en segundo lugar, el de fuente de cognición o de conocimiento, aludiendo a la "manifestación concreta que pueden tener esas normas"[6] o "el modo o medio por el le se manifiesta la voluntad jurídica, es decir, la forma como el derecho objetivo cristaliza en la vida social[7].

www.LeyParaTodos.com

4 ANTOLISEI, Manual, pág. 49.

5 BETTIOL, Derecho, pág. 84. "Cuando le habla de moral -precisa este autor- como fuente sustancial del derecho penal, le entiende hacer referencia al tan discutido derecho natural. Este no debe concebirse ciertamente como un conjunto de normal jurídicas "natural.", superpuestas a la del derecho "positivo", como lo afirmaba al iusnaturalismo del siglo XVIII. No 18 trata de una mera idealidad o de un impulso del derecho positivo hacia un mejor "deber ser". No es la eterna exigencia del espíritu humano de criticar la ley positiva en busca de un esquema más perfecto. No es otra cosa que la idea de justicia que constituye el alma de la moral social y por ende del derecho positivo, en cuanto éste es la expresión de la exigencia de aquella".

6 RANIERI, I, pág. 53

7 FONTAN BALESTRA, I, pág. 221

Refiriéndose a las fuentes de conocimiento se matizan una serie de subdivisiones y se habla de fuentes inmediatas (la ley), y de fuentes mediatas (la costumbre, jurisprudencia y la doctrina científica), según que lleven en sí mismas la fuerza obligatoria propia del derecho objetivo, o cobren obligatoriedad derivadamente, en tanto la fuente inmediata las reconoce como elementos subsidiarios del mismo derecho objetivo[8]. Por su forma de aparición: escritas (la ley) y no escritas (la costumbre). Por su expresión legislativa: **directas o indirectas**, según que hagan referencia a mandatos cuyos contenidos provengan directamente de las normas o tengan relación con preceptos de otras materias jurídicas,

II. FUENTES DE PRODUCCIÓN Y FUENTES DE CONOCIMIENTO

A. Fuentes de producción

Superada aquella etapa en que el Derecho punitivo emanaba de la Iglesia, las sociedades privadas, o del pater familiae, cabe reconocer que la única fuente productora del Derecho penal es el Estado[9].

Esta afirmación es perfectamente válida, independientemente de que la facultad de dictar las normas de derecho penal se asigne por regla general al Órgano Legislativo.

"La verdadera y propia norma penal -observa ANTOLISEI- es siempre manifestación del poder soberano del Estado, aunque provenga de otros sujetos jurídicos, puesto que en todo caso es el Estado quien confiere a los sujetos mismos las facultades correspondientes"[10].

En Panamá, la Constitución Nacional reconoce como fuente de producción de la Ley al Órgano Legislativo, y más específicamente, al Consejo Nacional de legislación. Ello se desprende del contenido del artículo 148, número 1º, que señala entre las distintas atribuciones del

www.lenjurpanama.com

8 JIMENEZ DE ASUA, II, pág. 232.

9 En contra: RODRIGUEZ DEVESA, quien Incluye dentro de las fuentes inmediatas o de nacimiento del Derecho penal, además de la ley, la analogía y la costumbre. "Cada una de ellas -indica- presenta en el derecho punitivo particulares modalidades, especialmente sobre su alcance y limitaciones". Derecho, pág. 127.

10 Manual, pág. 49.

Consejo Nacional de Legislación: "Expedir, poner en vigor, reformar o derogar los códigos nacionales".

En la Constitución de 1946 la actividad productora de la ley suponía una labor conjunta de los órganos legislativo y ejecutivo: el órgano legislativo aprobaba la ley y el ejecutivo la sancionaba y promulgaba (art. 128). Por ello, se incluía en el numeral 1o. del artículo 144, como facultad expresa del Presidente de la República, que debía ejercer con la cooperación del Ministro respectivo, "sancionar y promulgar las leyes".

En la actualidad todo parece indicar que dentro del proceso de elaboración de las leyes ha desaparecido la etapa de la "sanción", que consistía en la ratificación posterior de las mismas por parte del Órgano Ejecutivo, lo que indudablemente obedece al hecho de que el Presidente de la República es miembro del Consejo Nacional de Legislación.

La promulgación de las leyes, de otra parte, permanece como facultad del Presidente de la República, atribución ésta que debe ejercer por sí solo, de conformidad con lo normado en el numeral 10 del artículo 163 de la Constitución Nacional.

La ley debe ser promulgada dentro de los seis días hábiles siguientes a su expedición, y una vez promulgada entra en vigencia, salvo que en ella se indique un término distinto (párrafo último del artículo 145 de la Constitución Nacional).

El intervalo entre la publicación de la ley en la "Gaceta Oficial" y su entrada en vigencia, se denomina "vacatio legis".

Promulgada la ley penal se entiende conocida por todos y su ignorancia no excusa, aunque alguno pueda no tener conocimiento efectivo de ella (art. 42 del Código Penal).

B. Fuentes de conocimiento

El derecho en general reconoce como fuentes de conocimiento a la ley, la costumbre la jurisprudencia y la doctrina científica.

En materia penal, sin embargo, **las leyes la única fuente de derecho** y este principio es expresado en los dogmas penales, **nullum**

www.centurpanama.com

crimen sine, **nulla puena sine lege,** y se desprende del contenido del artículo 30 de la Constitución Nacional, al que más adelante nos referiremos.

No cabe duda que tanto la costumbre, como la jurisprudencia y la doctrina científica tienen influencia en la elaboración y modificación de la ley penal, más no son **fuentes** del derecho penal.

III. LA LEY PENAL

A. Concepto

JIMENEZ DE ASUA, luego de rechazar que en nuestra disciplina la costumbre *y* los principios generales "del derecho puedan constituir fuente de conocimiento, define la ley, en sentido formal, como "la manifestación de la voluntad colectiva expresada mediante los órganos constitucionales, *y* publicada conforme a los preceptos vigentes. Y si de materia punitiva se trata -añade- en ella se definen delitos y se establecen o aplican penas o medidas de seguridad"[11].

La afirmación de que sólo la ley es fuente de Derecho penal no debe interpretarse en el sentido de identificar la ley penal con el Código penal, el cual sin duda alguna, constituye la más importante *y* más rica ley penal, pero no la única. Al lado del Código penal existen múltiples disposiciones penales en otros cuerpos legislativos.

Como ejemplo de leyes penales contenidas en ordenamientos diversos al Código penal, vigente, pueden citarse, entre otras el artículo 1o. de la Ley 5 de 1958 que, erige en delito la expedición de cheques sin provisión de fondos.

B. El principio de legalidad o de reserva

La unánime aceptación de la ley como la única fuente de Derecho penal ha l*legado* a convertirse en un principio cardinal en fa doctrina *y* un

[11] Tratado, II. pág. 334.

dogma legal en la técnica penal, el cual ha *sido concretado* en estos *cuatro aforismos:*

1. nullum crimen sine praevia lege (garantía criminal); es decir, no puede considerarse delito el hecho que no ha sido expresa *y* previamente declarado como tal por la ley;

2. nulla poena sine praevia lege (garantía penal); o sea, no puede aplicarse pena alguna Que no esté conminada por ley anterior e indicada en ella;

3. nemo iudex sine lege (garantía judicial); esto es, que la ley penal sólo puede ser aplicada por los órganos y jueces instituidos por la ley para esa función, y

4. nemo damnetur nisi per legale iudicum (garantía judicial); es decir, que nadie puede ser sancionado sino en virtud de juicio legal.

A pesar de su formulación en latín el principio legalista en materia penal no tiene origen romano.

Para la mayoría de los autores modernos los orígenes de este principio se remontan al siglo XIII, en Inglaterra, cuando impelido por la presión de la nobleza, el Rey Juan sin tierra se vio obligado a incorporar en la Carta Magna, una disposición que garantizaba a los nobles que sólo serían juzgados legalmente por sus iguales. Sobre esta conquista, se ha discutido si en verdad emergió de ella una garantía individual de orden procesal, cuando más bien se creaba una distinción de clases, ya que lo que se garantizaba a la nobleza era que no serían detenidos o desterrados, sino mediante un juicio legal de sus pares (iguales) y de acuerdo con las leyes de la tierra (del país)[12].

Ante la imprecisión del principio de legalidad con base al antecedente histórico aludido, podemos afirmar con mayor exactitud que el nullum crimen, nulla poena sine lege solo se conforma, como instrumento encaminado a oponerse a los privilegios y arbitrariedades, en

www.derechopenalpanama.com

12 A pesar de sus antiguos antecedentes, el principio legalista fue afirmado por vez primera, con carácter científico en nuestra disciplina, en el Lehrbuch (Tratado) de ANSELMO VAN FEUERBACH.

el período de la ilustración y adquiere universalidad y definitivo imperio a partir de su consagración en la Declaración de los Derechos del Hombre, de Filadelfia (1774) y de su adopción en la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 26 de agosto de 1789. En ellas las garantías procesales aparecen amparadas por el artículo 7o.: "Ningún hombre puede ser acusado ni detenido i sino en los casos determinados por la ley y de acuerdo con las formalidades prescritas por ella". Las garantías penales están reconocidas en los artículos 8o. y 9o. El artículo 8o. dice: "La ley no debe establecer más que penas estrictas y debidamente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida con anterioridad al delito y legalmente aplicada". A su vez, el articulo 9o. consigna: "todo hombre se presume inocente hasta que haya sido declarado culpable; si se juzga indispensable detenerlo, todo rigor que no sea obligado para asegurar su persona debe ser necesariamente reprimido por la ley"[13].

La actual Constitución de la República de Panamá, puesta en vigor el once de octubre de 1972, reafirma el principio con la siguiente fórmula (artículo 30): "Sólo serán penados los hechos declarados punibles por ley anterior a su perpetración y exactamente aplicable al acto imputado", y el mismo se encuentra precisado en el artículo 1o. del Código penal, en los siguientes términos: "En ningún tiempo se podrá juzgar a nadie, sino de conformidad con la ley promulgada y vigente a tiempo de ejecutarse el hecho que motiva el juicio, que defina tal hecho como punible y le señale pena".

Del artículo 1o. del Código penal se desprenden las siguientes e importantes consecuencias:

a) Un hecho no puede considerarse delito ni ser sometido a pena, si una ley no lo prevé como tal.

b) Al hecho previsto en la ley como delito sólo pueden aplicársele las penas por ella fijadas en cada caso particular.

www.derechopanama.com

13 Ver: JIMENEZ DE ASUA, II, pág. 387.

c) El hecho que da lugar a la aplicación de una pena debe hallarse previsto por la ley de un modo expreso y, por ello, no puede deducirse analógicamente de normas relativas a hechos diversos.

El alcance práctico del principio de legalidad consiste, por tanto, en la prohibición de que el juez extienda las normas que sancionan la aplicabilidad de penas por la vía de la analogía; de imponer sanciones más allá dé los casos expresamente previstos por el legislador. En consecuencia, el juez carece del poder de inflingir las sanciones aludidas a casos que la ley no considera taxativamente y de aplicar penas distintas a las contempladas en ella, aunque considere que ello sería lógico, justo y oportuno, basándose en exigencias racionales o idealismos éticos o sociales[14].

No cabe duda, por tanto, que cualquier actividad tendiente a la creación de delitos por conducto distinto a la ley, constituye una evidente negación del Derecho penal y es contraria a nuestra Constitución Nacional.

No han faltado, sin embargo, modernas tendencias que pretendieron desconocer el principio de legalidad.

Así ocurrió con una serie de leyes dictadas en la Alemania nacional socialista (1935) y en el Proyecto ruso (1930) elaborado por KRYLENKO.

Estimamos, no obstante, que estas desviaciones pueden ser explicadas en base a consideraciones oportunistas que trataron de dar apoyo a necesidades políticas momentáneas, y por tanto, ajenas a la teoría de la ley penal, más que en criterios estrictamente jurídicos.

Por ello, afirmamos con SOLER que el principio de legalidad "es algo más que un mero accidente histórico o una garantía que hoy puede o no acordarse", sino que "asume el carácter de un verdadero principio necesario para la construcción de toda actividad punitiva que pueda hoy ser calificada como jurídica y no como un puro régimen de fuerza"[15]

www.cenuramanta.com

14 ANTOLISEI, Manual, pág. 51

15 SOLER, I, pág. 107

C. Caracteres de la ley penal.

Habida consideración de que la leyes la única fuente de Derecho penal, procederemos a continuación a fijar los caracteres y estructura de la ley penal.

Siguiendo a JIMENEZ DE ASUA, podemos resumir los caracteres de la ley penal así:

1. Es **exclusiva**: Se afirma que la ley presenta como característica su exclusividad, en cuanto solo ella crea figuras delictivas y señala las sanciones. En otro tenor, únicamente la ley puede señalar sanciones para las conductas expresamente declaradas delictivas.

2. Es **obligatoria**: La ley una vez promulgada, obliga a todos y por tanto, debe ser acatada por sus destinatarios (particular, funcionario, órganos del Estado), sin que pueda afirmarse siquiera su ignorancia (art. 42 del C.P.).

3. Es ineludible: Ya que solo puede ser derogada por la ley, y mientras dure su vigencia, se hace ineludible su aplicación y cumplimiento.

4. Es igualitaria: Este es uno de los legados del siglo XVIII, afianzado por el liberalismo y consiste en que la ley penal se aplica sin fueros o privilegios de índole personal.

El artículo 19 de nuestra Constitución Nacional declara que "no habrá fueros " o privilegios personales ni discriminación por razón de raza, nacimiento, clase social, sexo, religión o ideas políticas". Ello en forma alguna significa sin embargo, que *este* carácter se oponga a la moderna tendencia encaminada a la **individualización** de la norma penal, que pretende adaptar las penas conforme a las circunstancias del caso concreto y a la peligrosidad del autor.

5. Es **constitucional:** Por razón de su jerarquía normativa, la ley tiene que ser expedida de acuerdo con el procedimiento y por la autoridad que señala la Constitución. En otro sentido, diríamos que la ley está subordinada a la Constitución y es una en que ésta se desarrolla, ya que sólo contiene pautas generales. La ley tiene un marco constitucional

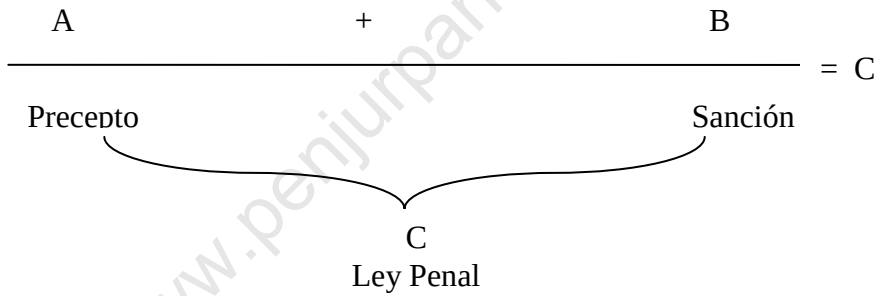
www.derechopanama.com

que determina *su* contenido y el procedimiento que debe seguirse en su elaboración.

D. Estructura de la ley penal.

La ley penal consta de dos partes: el precepto **(praeceptum legis)** y la sanción **(sanctio legis).** El precepto contiene un mandato o una prohibición; es por tanto, la prescripción de observar una determinada conducta, de hacer una determinada cosa o de no hacerla (no matar, dar cuenta a la autoridad de la ejecución de un hecho punible). La sanción establece las consecuencias jurídicas derivadas de la infracción del precepto (el que mata, el que omita dar cuenta a la autoridad.., será castigado...).

Para aclarar la estructura de la ley penal, véase el diagrama que sigue:



A + B = C

A= Precepto (contenido de un mandato o prohibición).
B= Sanción (establece la consecuencia de la infracción del precepto).
C= Ley penal

www.penjurpanama.com

Atendiendo la semántica del Derecho Penal, al precepto se le denomina Tipo y a la sanción punibilidad, los términos precepto y sanción corresponden toda norma jurídica dentro del universo que abarca el campo del Derecho.

La ley penal no es, sin embargo, ni simplemente precepto ni simplemente sanción, sino que es la unidad de precepto y de sanción, o como indica MAGGIORE, "precepto sancionado"[16]

Algunos autores utilizan la expresión "precepto primario" para referirse al precepto propiamente dicho, y "precepto secundario" para indicar la sanción, con lo que se pretende recalcar que ésta última produce sus efectos de modo subordinado a la infracción del primero[17].

RODRIGUEZ DEVESA, por su parte, sostiene que los términos preceptum legis y sanctio legis son extraños a la ley penal y que, por tanto, su uso no es recomendable porque induce a pensar que el "precepto" es una parte de la ley penal, cuando, en realidad "forma un todo inescindible con su consecuencia: el precepto carece de valor y sentido sin la sanción, pues la leyes una unidad". Por ello el ilustre profesor de Madrid, con sobrada razón, prefiere emplear los términos "presupuesto" y "consecuencia", que "mantienen idiomáticamente esa estrecha vinculación que se da entre los dos componentes de la ley [18]. Así entendidas las cosas la ley penal consta de dos partes: un presupuesto, que consiste en la descripción de una conducta humana, y una consecuencia imperativa, la de que si esa conducta se realiza hay que imponer una pena[19].

Consecuente con estas ideas, el propio autor advierte, que "desde un punto de vista estático, la ley penal es un imperativo que se dirige al juez para que si se da el presupuesto (delito) aplique la pena. Desde un punto de vista dinámico, la ley contiene una prohibición que alcanza a

16 MAGGIORE, I, pág. 142.

17 IDEM.

18 RODRIGUEZ DEVESA, Derecho, pág. 141

19 IDEM.

www.derechopenal.com

todos aquellos que están sujetos a ella"[20]. Con lo dicho queda resuelto de paso el problema del destinatario de la ley penal, variable según el aspecto de la ley que se considere.

E. Las leyes penales en blanco

A pesar de que los elementos que estructuran la ley penal (precepto y sanción) forman una unidad, y por ello deben coexistir, sucede con alguna frecuencia que pueden estar separados. Esta circunstancia ha motivado que la doctrina alemana creara toda una teoría acerca de las denominadas "leyes penales en blanco" (o leyes necesitadas de complemento), según la cual la ley penal se limita a disponer la sanción, mientras que la determinación de precepto se remita a otra fuente del derecho mismo o de distinto rango.

Podemos definir la ley penal en blanco como aquella disposición penal en la que únicamente se ha señalado con toda precisión la sanción, no así el precepto que, por tanto, es incompleto, siendo necesario para su determinación recurrir a otra disposición legal o de carácter administrativo.

En estos casos para establecer la descripción de conducta humana cuya realización dará lugar a la imposición de la sanción penal, es menester localizarla en otra ley o en una disposición reglamentaria, por lo que estas disposiciones penales vierten a constituir una especie de letra firmada en blanco, cuyo contenido variable es susceptible de ser llenado con otras normas.

Aún cuando la doctrina no se ha puesto de acuerdo en esta materia, cabe señalar tres formas diferentes de leyes penales en blanco:

1. El complemento de la ley penal en blanco señala contenido en la misma ley. Así ocurre, por ejemplo, en el supuesto previsto en el artículo 355 del Código penal (robo con amenaza contra la vida, a mano armada o por varias personas), en el que para la determinación de la conducta punible se remite a los artículos 353 y 354 del mismo cuerpo de leyes.

---

[20] IBIDEM. pág. 144.

www.centrupanama.com

Opinamos, no obstante, que en estos casos no estamos propiamente ante una hipótesis de ley penal en blanco, sino más bien ante un problema de Jurídica técnica legislativa, que obedece a la necesidad de evitar repeticiones innecesarias de ciertos elementos comunes a un número plural de delitos.

2. El complemento de la ley penal en blanco se halla contenido en la otra ley de la misma instancia legislativa. A este grupo pertenecen todos aquellos casos en los que el complemento de la ley penal está dado en otra ley.

Así tenemos, la hipótesis prevista en el artículo 363 del Código penal, en el que la determinación de lo que constituye "quiebra" no está precisado en la ley penal siendo necesario por ello, recurrir al Código de Comercio para la complementación del tipo delictivo.

3. El complemento de la ley penal en blanco se halla atribuido a una autoridad distinta a la facilitada para legislar. En este tercer grupo el precepto debe ser llenado por disposiciones o medidas dictadas por autoridades administrativas (Decretos o Reglamentos), siendo en realidad el que la mayoría de los autores consideran como auténticas leyes penales en blanco y el que le dio nacimiento a la teoría en Alemania.

Como ejemplo de este tercer grupo podemos indicar el caso previsto en el artículo 138 del Código penal, en el que la concreción de la conducta antijurídica se subordina a las normas establecidas en los Reglamentos.

Son estos reglamentos los que en definitiva van a establecer cuál es la conducta punible, ya que en la ley penal la misma aparece determinada de una manera genérica.

No en vano señala SOLER, que mediante este género de leyes penales en blanco "se da reconocimiento como fuentes mediatas de

www.penalparana.com

derecho penal a otros actos que pueden no ser leyes en sentido estricto o técnico"[21].

Para justificar la existencia de estas normas penales en blanco, se aduce que su necesidad surge en los casos en que las características de determinación son numerosas y se encuentran enumeradas detalladamente en un acto normativo no penal, por lo cual no hay necesidad de repetirlas en el precepto del artículo de la ley penal.

JESCHECK, por su parte. indica -en forma por demás acertada- que para que sea admisible este procedimiento es necesario que la ley penal que hace la remisión establezca con toda precisión los presupuestos de la punibilidad, así como el tipo de pena y su extensión, so pena de infringir el principio de legalidad[22]

IV. LA COSTUMBRE

RANIERI define la costumbre como "una norma que se deriva de una práctica general, constante y permanente, observada con la convicción de que es jurídicamente obligatoria[23].

La costumbre para que merezca el calificativo de tal debe reunir ciertos requisitos y estos son:

a) debe tratarse de una repetición espontánea, de un comportamiento por cierto número de personas;
b) ser una repetición uniforme, constante e ininterrumpida;
c) tal comportamiento debe prolongarse en el tiempo;
d) es necesario, además, la existencia de un elemento interno, representado por la convicción de su obligatoriedad.

Es evidente que la costumbre como práctica social ha sido uno de los medios más antiguos de generar Derecho, en calidad de fuente sustancial. Hay quienes la han calificado como la forma más democrática de legislar, porque es precisamente el consenso que se realiza en una comunidad la que produce la norma jurídica. Pero es necesario reconocer

21 SOLER, I, pág. 22.

22 Citado por RODRIGUEZ DEVESA, Derecho, pág. 145.

23 RANIERI, I, pág. 60.

www.derjurpanama.com

que la costumbre es sólo un ordenamiento de hecho, "una norma que si bien tiene carácter social, no es jurídica estatal y sólo se transforma en derecho estatal cuando de una observación espontánea se pasa a la imposición de su obligatoriedad por parte del Estado"[24] .

Teniendo plena vigencia en el Derecho penal el principio de legalidad, es fácil comprender porqué el derecho consuetudinario (la costumbre) no puede tener en ella eficacia que se le reconoce en otros ordenamientos jurídicos.

La doctrina moderna niega unánimemente a la costumbre la facultad de crear normas incriminatorias nuevas, es decir, de dar vida a nuevas figuras delictivas. Se opone a ello tanto la norma constitucional, como el artículo 1o del Código penal, antes citado, que al establecer la imposibilidad de que alguien pueda ser penado por un delito que no esté expresamente previsto en la ley como delito, reserva al legislador la facultad de determinar los hechos sancionables con la pena.

También se deduce del artículo 1o del Código penal que no pueden surgir nuevas penas por la costumbre, o sea, penas distintas cualitativa y cuantitativamente de las establecidas por la ley. De tal manera que la costumbre que conformara un tipo de pena en contraste con lo establecido por la ley, sería, por ello, inválida.

Menos aún, podría reconocerse a la costumbre la eficacia de derogar una disposición legal, puesto que es un principio general de nuestro ordenamiento jurídico que la facultad de hacer cesar la obligatoriedad de las leyes corresponde únicamente al mismo órgano de que la ley misma proviene.

Existen, sin embargo, corrientes doctrinales, a las que no tenemos nada que objetar, que reconocen a la costumbre eficacia jurídica cuando surge para interpretar los preceptos de la ley (costumbre interpretativa secundum legem) cuando no se resuelva en un perjuicio para el imputado o no conduzcan a consecuencias que contrasten con el principio

24 Así: FONTAN BALESTRA, I, pág. 233.

www.penumanama.com

contenido en el artículo 1o. del Código penal. En estos casos la costumbre sólo sirve para interpretar la norma penal, sin que pueda afirmarse válidamente que asuma el valor de fuente de tipos y sanciones penales, ya que es preciso reconocer que cuando de interpretación de la ley se trata, la costumbre sigue teniendo el valor de **optima legum interpres**, antiguamente expresado en el Digesto, ya que "mediante ella la norma es adaptada a las exigencias de la realidad social"[25]. Sobre todo con relación a los hechos que se valoran de manera diversa según los diversos ambientes sociales y que se encuentran descritos en la ley con expresiones clásticas, tales como cuando ésta alude al honor, la moralidad pública, el pudor, las buenas costumbres, etc.[26].

Analizando hipótesis similares, SOLER reconoce a la costumbre un valor de fuente mediata de segundo grado, en relación al derecho penal[27].

V. LA JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia es la doctrina formada por las sentencias reiteradas y contestes sobre una materia, que proceden de los Tribunales de Casación[28].

La jurisprudencia no es fuente de Derecho penal, porque en nuestro ordenamiento jurídico los pronunciamientos de los tribunales de justicia carecen de eficacia obligatoria en cuanto excedan el caso concreto que juzgan, y, por ello, no pueden crear imperativos jurídicos de carácter general.

Esta es precisamente una de las características que diferencian nuestro sistema codificado del sistema inglés del CONMON LAW, en el cual el derecho se va formando por medio de las decisiones de los tribunales.

www.derjurpanama.com

---

25 ANTOLISEI, pág. 57.

26 IDEM.

27 SOLER, I, pág. 123

28 JIMENEZ DE ASUA, II. pág. 251.

Si bien el artículo *30* de la ley 86 de *1º* de julio de 1941 (sobre Recursos de Casación y Revisión), señala como objetivo principal del Recurso de Casación uniformar la jurisprudencia nacional" y, en consecuencia, tres decisiones uniformes de la Corte Suprema, como tribunal de Casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, es preciso reconocer que esa doctrina legal no obliga a los tribunales inferiores, y menos aún, al propio tribunal de casación en el caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores. Cabe aclarar que cuando decimos que la doctrina probable de la Corte de Casación no obligan a los Tribunales inferiores, no queremos negar en lo absoluto la subordinación jerárquica que en materia de fallos judiciales obliga al acatamiento de las resoluciones dictadas en un caso concreto, en virtud de la interposición del recurso extraordinario de casación o de los recursos legales correspondientes.

VI. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Los principios generales del Derecho no son fuente de nuestra rama jurídica aunque lo sean de Derecho civil, conforme al artículo 130 del Código civil, en el que expresa taxativamente que en caso de no existir ley "exactamente aplicable al punto controvertido" y en defecto de leyes que regulen casos o materias semejantes, que en primer término se invoca como fuente supletoria, se aplicarán "las reglas generales de derecho".

VII. LA DOCTRINA CIENTIFICA

La doctrina no es fuente de Derecho y por tanto, tampoco de Derecho penal.

Los legisladores cuando redactan o reforman un Código penal, tienen en cuenta lo que la doctrina de los autores ha expuesto al respecto y muy especialmente sobre las necesidades del futuro. Pero ello, en forma alguna significa reconocer valor de fuente de Derecho a la opinión de los científicos.

www.derechopanama.com

CAPITULO VI

INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL

www.penuroriana.com

I. CONCEPTO Y NATURALEZA DE LA INTERPRETACIÓN
   A. Concepto y necesidad de la interpretación
   B. Naturaleza de la interpretación
II. CLASES DE INTERPRETACIÓN
   A. Conforme al sujeto que la hace
   B. En cuanto a los medios de interpretación
   C. En cuanto a los resultados de interpretación
III. LA ANALOGIA EN EL DERECHO PENAL
IV. CONCURSO APARENTE DE LEYES
   A. Principio de especialidad
   B. Principio de subsidiaridad
   C. Principio de consumación o de absorción

I. CONCEPTO Y NATURALEZA DE LA INTERPRETACION

A. Concepto y necesidad de la interpretación.

"La interpretación consiste en poner de manifiesto el contenido y alcance de la ley"[1]. Interpretar la ley es, por tanto, descubrir y determinar su propio sentido a objeto de aplicarla a los casos concretos de la vida real.

Mediante la interpretación se trata de poner de acuerdo la norma penal, abstracta y genérica por naturaleza, con lo concreto y variable del caso particular. Es evidente, que sin este proceso de individualización o actualización no sería posible aplicar las normas a los supuestos que ellas regulan.

La necesidad de la interpretación para el mejor conocimiento de los preceptos positivos ha sido reconocida por la doctrina moderna de una manera reiterada, puesto que sólo por medio de la labor interpretativa se puede dar con el contenido y significación de la ley que va a ser objeto de aplicación.

Dentro de este mismo orden de ideas, ZDRAVOMISLOV, en el derecho penal soviético, manifiesta que la interpretación de la ley penal es una de las etapas necesarias en su aplicación y tiene por finalidad establecer el auténtico sentido y contenido de la ley penal, "lo que es necesario para su aplicación en correspondencia exacta con la voluntad del legislador"[2].

Hoy no se discute la necesidad de que el juez interprete la ley penal antes de aplicarla, pero no siempre fue así. Como una reacción contra el sistema de completo arbitrio judicial en que vivió la humanidad por largos siglos, los primeros defensores de la legalidad de los delitos y de las penas, se opusieron a la interpretación de la ley penal.

www.derechopenalpanama.com

1 RODRIGUEZ DEVESA, Derecho, pág, 154.

2 ZDRAVOMISLOV, SCHNEIDEA, KELINA y RASHKOVSKAIA. Derecho Penal Soviético. Penal General. Edltorial Temis. Bogotá, 1970, pág. 48 y 49.

Es el intento de prevenir los abusos que se originaron en el libre arbitrio judicial y la desmedida aplicación de la analogía, lo que hace manifestar a BECCARIA: "Tampoco la autoridad de interpretar las leyes penales puede residir en los jueces de lo criminal, por la misma razón de que no son legisladores". Y luego, agrega: "En todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto: la premisa mayor debe ser la ley general; la menor, la acción conforme o no con la ley; la consecuencia, la libertad o pena. Cuando el juez sea constreñido, o cuando quiera hacer aunque sea solo dos silogismos, se abre la puerta a la incertidumbre"[3].

La afirmación de la no interpretabilidad de la ley penal puede explicarse en razones de carácter histórico y político, mas no podría sustentarse doctrinalmente. Negar la necesidad de interpretar las leyes es tanto como reconocer que la ley se individualiza o actualiza por si misma, o que el juez es una especie de autómata: absuelve o condena según los resultados a que lo conducen la "geometría conceptual[4].

La solución al problema, por tanto, debe buscarse más que negando la necesidad de la interpretación, determinando las reglas de validez de esa interpretación, de acuerdo con las particularidades que presente el Derecho penal.

Si bien cada disciplina jurídica presenta especiales características en orden a la interpretación de sus normas, no cabe duda, que tales características se encuentran revestidas de una mayor significación en el Derecho penal, frente al valor que representa la **seguridad** o la **certeza** jurídica por obra de la vigencia del principio de legalidad.

Las razones de la especialidad de nuestra disciplina en orden a la teoría de la interpretación, radica -a juicio de DEL ROSAL-, entre otros extremos, en los siguientes:

www.derjurpanama.com

3 BECCARIA, De los delitos... pág. 31.

4 Así: BETTIOL, Derecho, pág. 97.

"a) En la necesidad de conjugar del mejor modo posible la seguridad con la inseguridad que pudiera acarrear la interpretación.

b) La precisión de los conceptos indeterminados, normativos, de libre determinación, y las cláusulas generales, amén del uso de vocablos extrajurídicos que son de imprescindible empleo por el legislador.

c) La vinculación del intérprete a la regla objetiva y el juego siempre discutido del binomio objetivo-subjetivo instrumento de sumo provecho en la interpretación penal.

ch) La presencia viva de la imagen del delincuente que en buena parte está expresamente tocado por el precepto.

d) La ecuación "abstracto-concreto", de cuyo despliegue hiciera un admirable estudio ENGISCH (año de 1953) y que tiene una inmediata aplicación en referencia con la interpretación penal, sobre todo, la idea de lo concreto tanto en el delito y más en la pena.

e) Los aforismos in dubio pro reo y favorabilia sunt amplianda, odiosa sunt restringenda, que forman parte del proceso de aplicación del precepto penal.

f) Tampoco debe ignorarse que en la aplicación del orden penal el juzgador, en fin de cuentas, está llamado a "formular valoraciones independientes, y de esta manera a decidir o actuar como si fueran legisladores". Díganlo, si no, verbigracia, la estimación efectuada de si hubo o no animus offendendi en los delitos de injuria; el animus lucrandi de los delitos contra la propiedad; el animus necandi en los delitos contra las personas, etc.

g) De ninguna manera se cree hoy que la ley pueda dar claridad tan absoluta de su contenido que huelgue toda interpretación.

www.derechopenal.com

> Pero ni tampoco que prevalezca la seguridad a costa de una pésima aplicación del Derecho[5].

Por otra parte, todas las leyes requieren ser interpretadas, no sólo las imprecisas y oscuras; por ello, carece hoy de sentido la máxima in claris non fit interpretatio (lo claro no se interpreta).

Lo que se interpreta no es la voluntad del legislador sino la voluntad de la ley. La interpretación se nos presenta así, como la búsqueda de la voluntad objetiva de la ley, no la del legislador y, como acertadamente indica SOLER "consiste en buscar no cualquier voluntad que la ley puede contener, sino la verdara"[6].

B. Naturaleza de la interpretación

En cuanto a la **naturaleza** de la interpretación se ha manifestado que es esencialmente cognoscitiva; debe atenerse a los propósitos que la ley persigue. En su labor interpretativa el juez no puede pretender reemplazar el propósito objetivado en la ley penal, por el suyo propio, sino que debe orientarse en una dirección finalista hacia los valores que la ley tutela. Y para desentrañar esos valores será necesario utilizar, como indica BETTIOL, una lógica finalista una teleológica[7].

La doctrina se pregunta, no obstante, si debe reconocerse a la interpretación una labor creadora. ANTOLISEI entiende, a este respecto, que la actividad del intérprete no puede ser considerada como meramente cognoscitiva. "El intérprete -afirma- no crea el derecho, porque su creación es misión de la ley, pero concurre a su creación, integrando donde sea preciso los preceptos legislativos"[8].

RANIERI, por su parte, advierte que "toda interpretación es necesariamente creativa, ya que las normas jurídicas no pueden suministrar sino criterios orientadores, que el intérprete, teniendo en

www.derechoenlinea.com

5 DEL ROSAL, I, Págs. 276-277.

6 SOLER, I, pág. 147

7 BETTIOL, Derecho, pág. 99.

8 ANTOLISEI, pág. 67.

cuenta la finalidad de las normas, debe adaptar a los casos concretos, creando nuevos valores y llenando inevitables vacíos"[9].

Por nuestra parte, reconocemos a la interpretación una cierta función creadora encaminada fundamentalmente a establecer la "finalidad" del precepto jurídico penal en el momento de su aplicación"[10], potencia creadora ésta que se encuentra de terminada por ciertos límites establecidos por la propia ley.

Si bien es cierto que el juzgador al interpretar la ley crea una norma individualizada (la sentencia), no puede hacerlo a su antojo, sino dentro de un determinado radio de acción delimitado por la norma general: la ley, que por cierto le permite tan solo un número restringido de posibilidades.

AFATALION, al referirse a este tema, señaló con su acostumbrada claridad que la ley define al juez una valoración jurídica y aunque éste tiene un cierto margen para cuantificar esa valoración, a tenor de las circunstancias del caso, no puede salirse de sus marcos, no puede alterar su calidad"[11].

Por ello, en el complejo proceso de la interpretación de disposiciones penales el juez debe seguir una serie de pautas (arts. 9, 10 y 11 del Código civil) que le señalan el camino que debe seguir para individualizar la voluntad de la ley al caso concreta que juzga.

Se ha aducido, por otra parte, que la labor interpretativa por regla general está impregnada de cierto subjetivismo, y que en ocasiones lo que se aplica no es la ley, sino la apreciación que de ella hace el juzgador.

Con la finalidad de evitar las graves consecuencias que este proceder puede acarrear, se han propuesto diversos sistemas tendientes a eliminar la "libre interpretación de la ley". Se ha recomendado, entre

www.derechopanama.com

9 RANIERI, I, pág. 73.

10 MAURACH, Reinhart. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Trad. de Juan Córdoba Roda. Ediciones Ariel, S.A. Barcelona, 1962. pág. 107,

11 AFTALION. pág. 48.

otros sistemas, la creación de un Consejo Superior que, con carácter oficial, interprete auténticamente la ley; la existencia de un **Comentario** Oficial; o al menos, hacer obligatorias las sentencias del Tribunal de Casación, para los demás tribunales inferiores.

En el sistema penal soviético, para citar un ejemplo, existen las "explicaciones directrices" del pleno del Tribunal Supremo, dadas en virtud de lo dispuesto por el párrafo b) del artículo 9o. del Reglamento sobre el Tribunal Supremo de la URSS, adoptado el 12 de febrero de 1957. Según este Reglamento el pleno del Tribunal Supremo de la URSS "estudiará los materiales de generalización de la práctica judicial y dará explicaciones directrices a los tribunales en cuanto a la aplicación de la legislación al estudiar asuntos judiciales"[12].

No se requieren mayores esfuerzos, sin embargo, para advertir que estos sistemas ofrecen mayores inconvenientes que los que pretenden evitar. Bástenos con señalar en el caso de las "explicaciones directrices" del régimen soviético, la diversidad de criterios interpretativos que se presentarían al variar los miembros del Tribunal Supremo.

II. CLASES DE INTERPRETACIÓN

La interpretación se distingue conforme al sujeto que la hace, a los medios que se emplean y al resultado que se llega. Conforme al **sujeto,** puede ser **auténtica, judicial y doctrinal.** Según los medios usados será **gramatical y teleológica** y de acuerdo con los **resultados,** podemos considerarla **declarativa, extensiva, restrictiva y progresiva.**

A. Conforme al sujeto que la hace

1. Interpretación auténtica. Consiste en la explicación del contenido de una ley o de un precepto legal, realizada por el propio legislador. Puede, a su vez, ser de dos clases: **contextual y posterior.**

---

[12] Ver: ZDRAVOMISLOV. pág. 50.

Interpretación **contextual** es la que hace el legislador en el propio texto de la ley. En nuestro Código penal podemos citar como ejemplos de este tipo de interpretación los artículos 140 y 183, en donde el propio legislador se ha preocupado por el explicar los conceptos de "armas" y "funcionario público", a efectos penales.

> **"Artículo 140.** Siempre que no haya disposición especial en contrario, se entenderá por **armas** para los efectos penales, además de las que tienen propiamente el nombre de tales todo instrumento que se pueda emplear para causar lesiones a alguien siempre que se presente de manera que intimide".
>
> **"Artículo 183.** Se considera como funcionario público, para los efectos de la ley penal, a todo individuo investido de funciones públicas, aún transitorias, ya sean remuneradas o gratuitas, que tengan por objeto el servicio de la Nación o del Municipio.
>
> Se asimilan a funcionarios públicos para los mismos efectos, a los jurados, peritos y testigos durante el tiempo en que deben ejercer sus funciones".

La interpretación auténtica **posterior,** es la que hace el legislador después de dictada la ley para en casos de excepcional trascendencia, aclararla fijando su sentido y alcance.

Para algunos autores esta última no es propiamente una interpretación, sino que consiste en el establecimiento de una nueva norma jurídica, y por tanto obligatoria por si misma, aunque no corresponda a las palabras y al contenido de la norma aclarada.

La doctrina discute, sin embargo, los efectos que se acuerdan a la ley posterior que se dicta con la finalidad de aclarar una anterior.

RANIERI le reconoce **eficacia retroactiva,** o sea, que rige desde el momento en que se dictó la norma interpretada, "puesto que forma con ésta una sola ley"[13].

www.derpanama.com

13 RANIERI, I, pág. 75.

En principio, la dilucidación de esta cuestión no debiera presentar mayores dificultades. Si se trata de una ley que contiene tan solo normas interpretativas, éstas deben tener vigencia con efectos retroactivos. Si, por el contrario, la ley Posterior lo que hace es introducir **nuevas Posibilidades represivas** más severas, entonces no se le puede acordar efectos retroactivos, porque a ello se pondría el principio contenido en el artículo 42 del Código penal.

2. Interpretación judicial. Es la verificada por los órganos jurisdiccionales, con el fin de aplicar las leyes según la verdadera voluntad en ellas contenida. A diferencia de la auténtica, no es obligatoria para todos y sólo ejercita su fuerza para el caso que en concreto se juzga[14].

Hay una forma de interpretación judicial privilegiada, que constituye doctrina: la jurisprudencia; y con anterioridad hemos precisado el alcance de las sentencias dictadas por la Honorable Corte Suprema de Justicia, cuando actúa como Tribunal de Casación (Ver: artículo 3o. de la Ley 86 de 1941).

3. Interpretación doctrinal. Consiste en la aclaración del precepto legal a través de la teoría científica (ciencia jurídico-penal). La opinión de los tratadistas reviste especial importancia en orden a la realización del Derecho, y aún cuando pasó la época en que el criterio doctrinal vinculaba al juez, sin embargo, aun hoy conserva su valor; dependiente, en todo caso, de la autoridad de la opinión invocada.

Cuando la interpretación doctrinal de la norma penal se hace en relación con el texto vigente, se habla de un análisis de lege lata; cuando se realiza con la finalidad de obtener la reforma del texto legal, la interpretación es de lege ferenda.

www.penalpartner.com

14 JIMENEZ DE ASUA, II, pág. 434.

B. En cuanto a los medios de interpretación

1. Interpretación gramatical. Mediante la interpretación gramatical se trata de investigar la voluntad de la ley atendiendo al significado propio de las palabras con que está expresada.

Es indudable, por tanto, que la fijación de las palabras del texto legal, su alcance y significado, el valor de los términos jurídicos y extrajurídicos, son procedimientos previos para penetrar el contenido de la voluntad de la ley.

Por ello, SOLER advierte que: "Para interpretar correctamente la ley, el examen o interpretación gramatical debe preceder a los demás medios interpretativos", y luego añade: "Cuando el análisis gramatical y sintáctico de la ley revela de ella un sentido claro con relación al caso, ese sentido prevalece y la interpretación concluye allí. Los demás procedimientos solamente son de verificación en este caso"[15].

MAURACH niega la importancia que se le atribuye a la interpretación gramatical, y observa "que el idioma del derecho, al incluir determinados términos, alude a conceptos distintos a los propios de estos términos, en el idioma diario. Conceptos jurídicos aparentemente inalterables, de "general vigencia", pueden tener un contenido diferente en cada rama del ordenamiento jurídico. No existe, pues, -concluye el autor- un lenguaje jurídico uniforme. Cada rama está obligada a elaborar y mantener determinadas interpretaciones para aquellos términos a los que se refieren sus específicos presupuestos y cometidos"[16].

Es nuestra opinión, sin embargo, que toda labor interpretativa debe iniciarse otorgando a las palabras de la ley su sentido gramatical.

Ahora bien, el pensamiento del legislador se puede traducir por medio de palabras de uso común o del lenguaje técnico. A las primeras habrá que darle el significado que habitualmente tienen en el idioma del país. Puede suceder, sin embargo, que el legislador utilice un término o

15 SOLER, I, págs. 152-153.

16 MAURACH. I, pág. 108.

una expresión de uso corriente, en forma aislada o en conexión con otra, otorgándole un significado especial, el que necesariamente habrá de ser tomado en consideración por el intérprete con la finalidad de establecer la voluntad de la ley (voluntas legis).

En aquellos casos en que la ley emplee términos técnicos, estos deben ser interpretados con la significación o sentido que tienen en el propio Código o en otra parte del sistema legal, dada la unidad e interdependencia del ordenamiento jurídico, salvo que conste de modo indubitable que en una determinada disposición se ha utilizado el término con un sentido distinto[17].

Las reglas que hemos dejado expuestas en términos generales se encuentran determinadas en los artículos 9, 10 y 11 del Código Civil, que a la letra expresan:

> "**Artículo 9.** Cuando el sentido de la leyes claro, no se desantederá su tenor, literal a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento".
>
> "**Artículo 10.** Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en estos casos su significado legal".
>
> "**Artículo 11.** Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso".

Ocurre, sin embargo, y es lo más frecuente que, ante las dudas que aparecen en el uso de las palabras, la interpretación gramatical no

17 JIMENEZ DE ASUA. II, pág. 447.

www.derjurpanama.com

permita establecer la verdadera voluntad de la ley. Lo que nos obliga a acudir a la interpretación teleológica; es decir, que el valor expresivo de una palabra o de un término sólo se consigue fijar traspasando el propio límite gramatical. La simple interpretación gramatical, ese tomar contacto sumario con los elementos de la norma, es indispensable para individualizar el fin, pero la verdadera interpretación adviene sólo después de esa individualización, después de determinado el bien jurídico o el valor tutelado por la norma. Es sólo en ese momento cuando todos los elementos de la tipicidad se iluminan con luz propia y adquieren un significado definitivo.

2. Interpretación teleológica. La interpretación teleológica tiene por finalidad indagar la íntima significación de los preceptos, la verdadera voluntad de la ley, deduciéndola no sólo de las palabras, sino de los múltiples elementos que contribuyen a formar las disposiciones legislativas[18]

En opinión de MAURACH, el método teleológico persigue "la averiguación del sentido del derecho penal en general, y del fin del respectivo precepto jurídico-penal en especial". De manera tal que para este autor el instrumento decisivo en la interpretación del derecho, debe consistir en la búsqueda de la "finalidad del precepto jurídico penal en el momento de su aplicación"[19]

Para obtener un conocimiento más profundo del sentido objetivo y subjetivo de la norma, el intérprete no debe limitarse a examinar el contenido gramatical del precepto sino que deberá utilizar otros elementos, como son, por ejemplo:

a) El **elemento sistemático,** ya que para comprender el sentido de una norma jurídica es preciso relacionar en conexión con otras, examinarla conforme a la situación que ocupa dentro del sistema general del Derecho positivo.

18 JIMENEZ DE ASUA, II, pág. 450.

19 MAURACH. I, pág. 107-109.

www.lenuhanamc.com

b) La **ratio legis** o fin práctico de la norma, denominado también elemento racional o teleológico, ya que con ello se intenta dar con la finalidad para que fue creada la norma, el fin o razón de ser del precepto, que se revela en el bien o interés jurídico protegido y a veces en la pena impuesta.

En su mayor parte los tipos legales se construyen para proteger un bien jurídico determinado. Concretar el objeto de protección suele ser el paso inicial para aplicar la ley en su verdadero sentido y obtener de esta forma la recta interpretación de su texto.

c) El **elemento histórico,** ya que el estado actual de la ciencia jurídico penal es el producto de un largo proceso histórico. Si bien sostenemos que el estudio del Derecho penal no siempre es de gran utilidad para la comprensión del Derecho penal positivo, porque lo que interesa es el significado de la norma en un momento determinado, no las modalidades de sus formas precedentes ni el modo como aparece; no dejamos de reconocer que cuando la investigación de las transformaciones formales que ha sufrido la norma en períodos sucesivos, puede alcanzar su contenido sustancial, desde el punto de vista de los valores que actualmente tutela, dicha investigación debe realizarse y se adecua perfectamente con las exigencias de una interpretación teleológica.

d) El elemento comparativo extranjero, que opera mediante la confrontación entre las disposiciones del Derecho positivo con las análogas de otros países, y que tendrá verdadero valor en la medida que las leyes extranjeras hayan influido en la formación de la propia.

e) Elementos de índole extrajurídica, que confluyen en la conformación de la norma penal, entre los cuales pueden mencionarse, los sociológicos, culturales y psicológicos.

Puede concluirse de lo expuesto, que existen diversos medios interpretativos, pero la interpretación debe ser siempre única, y el juez debe valerse armónicamente, tanto del medio gramatical como del teleológico. Y que no existe contradicción entre dichos sistemas, de tal

www.penunpanama.com

manera que lo que importa no es la letra o el espíritu de la ley, ni siquiera que predomine la una sobre el otro, o viceversa, sino que del espíritu y de la letra obtengamos la voluntad de la ley[20].

C. En cuanto a los resultados de la interpretación

1. Interpretación declarativa. La interpretación de la ley penal siempre es declarativa, por cuanto su objeto es el de declarar la voluntad de la ley. No obstante, los autores utilizan las expresiones "meramente declarativa" o "declarativa en sentido estricto" para referirse a aquella en que se consigna una interpretación del texto simplemente conforme al significado del mismo, sin ampliarlo ni restringirlo. Es decir, cuando el intérprete llega a establecer una perfecta coincidencia entre el contenido y la manifestación de la voluntad de la ley.

2. Interpretación restrictiva. La interpretación es restrictiva cuando se reduce al alcance de las palabras de la ley por entender que su pensamiento y voluntad no consienten atribuir a su letra todo el significado que en ella podría contenerse.

Antiguamente imperaba como criterio seguro para interpretar restrictivamente o extensivamente las normas penales, su naturaleza favorable o perjudicial para el reo. De allí los aforismos: favorabilla sunt amplianda y odiosa sunt restringen da según los cuales, en caso de duda, la ley penal debe interpretarse siempre en el sentido más favorable para el acusado: in dublo pro reo.

La tendencia moderna estima sin embargo, inaceptable el principio pro reo, como regla general interpretativa. Así, por ejemplo, GRISPIGNI proclama que "el principio in dubio pro reo nada tiene que ver con la Interpretación sino que se refiere a la prueba del hecho y afirma que entre varios significados de la ley no debe escogerse el más favorable al reo, sino que se debe buscar la voluntad de ésta, que puede eventualmente coincidir con el significado más riguroso"[21].

www.derechopenal.com

20 JIMENEZ DE ASUA. II. pág.451.

21 Citado por JIMENEZ DE ASUA, II, pág. 468.

Este autor, no obstante, acepta que el mencionado principio mantiene su imperio absoluto en materia procesal, es decir, cuando no están totalmente probados los hechos que se imputan al acusado.

3. Interpretación extensiva. Se requiere una interpretación extensiva cuando el legislador utiliza palabras que no reflejan el contenido de la voluntad de la ley, siendo por ello necesario darle a aquellas un significado más extenso del que en apariencia dejan traslucir. En ella el intérprete entiende que debe ampliar el alcance del texto para que corresponda con el espíritu del mismo.

Existe en la actualidad un criterio uniforme en el sentido de admitir la interpretación extensiva en materia penal. Y en lo que se relaciona al debatido asunto de la extensión interpretativa y el principio in dubio pro reo, a que hicimos referencia al tratar la interpretación restrictiva, pueden afirmarse como válidas, en términos generales, las siguientes reglas:

Primera: Si la interpretación gramatical y teleológica llega a un resultado armónico y terminante, conforme a él deben interpretarse las leyes penales, sea ese resultado restrictivo o extensivo, puesto que con esos medios se ha logrado hallar el pensamiento y la voluntad de la ley.

Segunda: Si a pesar de la cuidadosa pesquisa literal y finalista, no se llega a un resultado concluyente y la duda sobre la voluntad y pensamiento de la ley persiste, ésta debe interpretarse restrictivamente cuando es perjudicial para el reo y extensivamente cuando le es favorable[22].

4. Interpretación progresiva. Consiste no sólo en indagar la voluntad de la ley, sino en adaptar su texto a las modificaciones que haya podido experimentar con motivo de las transformaciones sociales, aunque los nuevos aspectos estuvieran lejos de la razón originaria con que los preceptos legales fueron promulgados, siempre que los nuevos motivos sean capaces de entrar adecuadamente en la fórmula general de la ley.

22 JIMENEZ DE ASUA, 11, pág. 474.

En nuestra opinión, la clasificación de la interpretación en relación a los resultados a que se llega no tiene mayor trascendencia, e incluso, puede ser desechada. En *efecto,* si lo que se logra a través de la interpretación de las disposiciones penales es la voluntad de la ley, el resultado sólo puede ser uno: el verdadero, independientemente de que en relación con el texto legal éste pueda aparecer como restrictivo o extensivo. No debe perderse de vista bajo ningún concepto que lo decisivo en la interpretación es precisar la voluntad, es decir, la finalidad de la ley.

De otra parte, cabe señalar que la interpretación progresiva, como regla general es extensiva, y la misma es aceptada en el Derecho penal moderno, ya que no pugna con el principio de legalidad, habida consideración de que a través de ella se llega a la indagación de la voluntad de la ley, debiendo interesar más la exactitud de la conclusión interpretativa, que señalar limites rigurosos al resultado de la misma[23].

III. LA ANALOGIA EN EL DERECHO PENAL

Analogía es la aplicación de un principio jurídico que establece la ley para un hecho determinado, a otro hecho no regulado, pero jurídicamente semejante al primero[24]. El procedimiento analógico, es por tanto, un método de integración del derecho, y supone: a) que falte una disposición precisa en el caso que va a decidirse; b) que haya igualdad de esencia entre el caso que se va a decidir y el caso ya regulado por la ley.

No debe confundirse la analogía con la interpretación extensiva. En presencia de un caso concreto no regulado por la ley, pueden darse dos situaciones: que haya sido contemplado por la ley de manera incompleta o dudosa, o que no haya sido previsto en la ley, ni siquiera en forma incompleta. En el primer supuesto, no cabe duda, que será posible aplicar la ley realizando una interpretación extensiva, es decir, ampliando el alcance del texto para que se corresponda con el espíritu mismo o

23 En este sentido: FONTAN BALESTAA, I, Pág. 244.

24 MAGGIORE, I, pág. 176-177.

usando la expresión de RANIERI "mediante la reconstrucción de la voluntad legislativa existente, que comprende ese caso, aunque aparentemente pueda estimarse excluido por la formulación inexacta de la norma"[25]). En el segundo caso, al no existir una norma precisa que regule el caso concreto, se aplicaría una regla que el legislador tuvo presente para normar un caso semejante o una materia análoga. En este último supuesto estaríamos frente a un caso de aplicación analógica de un precepto legal, que tendría *como* fundamento la idea de que la ley lo habría regulado como el caso semejante, si lo hubiese previsto.

El método analógico está permitido en otros ordenamientos jurídicos distintos al penal. Así tenemos, por ejemplo, que el artículo 13 del Código civil, expresamente dispone que: "cuando no hay ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional, las reglas generales del derecho, y la costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana".

Resulta así evidente, que ante una laguna de la ley, el juez civil no puede eximirse de decidir un caso, alegando la falta de normas aplicables, sino que habrá de decidirlo mediante el procedimiento analógico previsto por el propio legislador en el artículo antes trascrito.

Queda ahora por determinar el valor de la analogía en el Derecho penal. El problema -quizás resulta innecesario advertirlo- tiene relevancia en aquellos ordenamientos en que tiene alcance absoluto el principio nullum crimen, nulla poena sine lege (art. 30 de la C.N.).

Por razón de la vigencia de este principio es preciso advertir que en el ámbito de las leyes penales está prohibido el procedimiento analógico. Ello se deduce no solamente de la disposición constitucional antes aludida, sino también de la norma fundamental que sanciona el artículo 1 del Código penal; puesto que aceptar la aplicación analógica de las normas penales, sería tanto como traspasar los límites del principio de

25 RANIERI, I, pág. 78.

www.derechopenalonline.com

estricta legalidad en orden a la determinación de los delitos, como de las penas.

No faltan autores, sin embargo, que si bien aceptan que la analogía no es utilizable para ampliar el alcance de leyes que acriminan o agravan, es aplicable cuando se trata de leyes que desacriminan los hechos o atenúan la pena[26]. Se habla entonces de la aplicabilidad de la analogía in bonan partem, o sea, referida a las normas que regulan las eximentes, atenuantes de la responsabilidad a las causas de exención de pena o de extinción del delito o de la pena, etc. Mientras que sería inadmisible in malam partem, es decir, cuando se trate de disposiciones que determinen los delitos, establezcan penas, o bien, de aquellas que restrinjan el libre ejercicio de derechos.

Siguiendo en este sentido a JIMENEZ DE ASUA, rechazamos todo género de aplicaciones analógicas en materia penal, aunque se amparen en la benignidad, in bonam Portem, ya que las eximentes, atenuantes, etc., son leyes penales con igual título que las que definen los tipos delictivos y establecen penas[27].

Lo que si nos parece de suma importancia es diferenciar la analogía de la interpretación analógica, que como veremos es perfectamente admisible en el Derecho penal.

Hemos visto que la analogía tiende a integrar el derecho, mediante la aplicación de un precepto legal, en condiciones tales que no están previstas por el legislador, ni se deduce de la voluntad ni del pensamiento de la ley. Puede suceder, sin embargo, que la propia ley quiera que sus preceptos se complementen analógicamente. El legislador ha entendido que la fórmula casuística utilizada para redactar el precepto penal no permite prever todos los casos que en la vida real puedan presentarse, e indica expresamente que las normas del mismo serán aplicables a otras situaciones análogas a las ya expuestas, o que deben admitirse como

www.derpanama.com

26 MAGGIORE, I, pág. 182.

27 JIMENEZ DE ASUA, II, pág. 627.

idóneos otros **medios** a los específicamente señalados en el texto legislativo, etc.

Como quiera que en todos estos supuestos, esta en la voluntad de la ley que ella se aplique a situaciones análogas a las previstas, no se trata de una verdadera **analogía,** sino de **interpretación analógica,** que lejos de estar prohibida está aceptada por la propia ley.

Podemos citar como ejemplos de interpretación analógica, en el Código penal patrio, entre otros, las expresiones ”o ejecute cualquier otro acto que tienda a esos fines" y "provisiones u otros medios que puedan emplearse", contenidas en los artículos 100 y 107, relativos a los "Delitos contra la Patria".

De lo expuesto podemos concluir que en el Derecho penal la analogía no sólo es inadmisible, ya que es contraria a una estricta aplicación del principio de legalidad, sino innecesaria, existiendo la facultad para interpretar las leyes penales extensivas y progresivamente. Siempre será obligatorio para el juzgador, no obstante, aplicar la interpretación analógica, cuando así lo exija la voluntad expresa de la ley.

IV. CONCURSO APARENTE DE LEYES

Además de las nociones generales que hemos expuesto en orden a la interpretación de las leyes penales, existen en el ordenamiento jurídico otras reglas que, en forma taxativa o implícita, conciernen a la aplicabilidad del Derecho penal. Las mismas tienden a establecer una serie de principios que regulan las relaciones entre distintas disposiciones penales, coordinándolas de tal manera que la aplicabilidad de unas se condicionan a la aplicabilidad o no aplicabilidad de otras.

Sabemos que el ordenamiento jurídico a pesar de ser uno, está formado por distintas disposiciones, algunas de las cuales son independientes entre sí, mientras que otras se integran o se excluyen recíprocamente. Normalmente resulta de suma facilidad determinar cuál de dos normas concurrentes es la aplicable a un caso concreto. Pero a veces se presentan dificultades, y ello ha obligado a trazar una serie de

www.derjurpanama.com

reglas para establecer cuando una disposición consiente o excluye la contemporánea o sucesiva aplicación de otra, respecto de una misma situación de hecho. A esta concurrencia de normas se ha denominado "concurso aparente de leyes" si bien tal denominación no es tan exacta, porque en la práctica no se trata propiamente de un caso de concurrencia de leyes, sino de la exclusión de una ley por otra.

Lo primero que debemos resolver es la cuestión referente al lugar sistemático donde debe tratarse este tema. Algunos autores lo abordan en el estudio del concurso de delitos, por estimar que el concurso aparente de leyes es tan solo una especie de aquél.

Es nuestra opinión, sin embargo, y en ello compartimos el criterio de JIMENEZ DE ASUA y FONTAN BALESTRA, que el concurso aparente de leyes debe ser tratado dentro del examen de la teoría de la interpretación de la ley, toda vez que el problema de la subordinación de las normas penales no es sino uno de los diversos aspectos que deben ser resueltos al momento de interpretar y aplicar la ley.

Cabe observar además que los Códigos en su mayoría no con tienen reglas que indiquen como deben resolverse los problemas que presenta este conflicto aparente de leyes, por lo que en esta materia habrá que remitirse a la doctrina, cuyos, criterios están muy lejos de adoptar soluciones más o menos satisfactorias o seguras, al respecto.

Los criterios que se han formulado para resolver la cuestión, se reducen a los siguientes: relación de **especialidad, de subsidiaridad** y de **consunción.**

A. Principio de especialidad

En el caso de que una misma materia sea regulada por dos leyes o disposiciones legales, la ley o la disposición especial será la aplicable: **lex specialis derogat legi generali.**

Hay relación de género a especie entre dos disposiciones legales, cuando los requisitos del tipo genérico están todos contenidos en el específico, en el que figuran además otras condiciones calificativas en

www.derechopenalparaelpueblo.com

virtud de las cuales la ley especial tiene preferencias en su aplicación sobre la general.

Por lo que respecta al principio de especialidad, tenemos abundantes ejemplos en nuestro Código al igual que en los demás textos punitivos extranjeros. Es corriente que el legislador establezca algunos tipos o figuras de delitos básicos, en torno a los cuales giran las especies. Así, el tipo de homicidio previsto en el artículo 311, es un tipo genérico, en tanto que las figuras contempladas en los artículos 312 y 313, constituyen especies agravadas y el infanticidio (art. 316) una especie privilegiada.

B. Principio de subsidiaridad

Cuando una ley o disposición legal tiene carácter subsidiario respecto de otra, la aplicabilidad de ésta excluye la aplicabilidad de aquella: lex primaria derogat legi subsidiariae.

GRISPIGNI explica que una norma tiene carácter subsidiario respecto a otra, cuando ambas describen grados o estados diversos de ofensa de un mismo bien, de tal manera que el descrito por la disposición subsidiaria, siendo menos grave que el descrito por la disposición principal, queda absorbido por ésta[28].

Los preceptos relativos a los grados del delito son claros ejemplos del principio de subsidiaridad. Así, la tentativa es sancionada siempre que no quede englobada en la consumación. Y la complicidad será castigada si el sujeto activo no es autor principal del hecho delictivo.

C. Principio de consunción o de absorción

Cuando el hecho previsto por una norma está comprendido en el hecho previsto por otra, por tener ésta un mayor alcance, se aplica sólo la última norma: Lex consumens derogat legi consumptae. Se trata de un fenómeno de absorción de una norma por otra, basado en criterios valorativos y según el cual la aplicación del precepto absorbente realiza

28 Citado por ANTOLISEI. Manual, pág. 115.

www.derechopenalparaelcom

de modo completo, por la mayor importancia del tipo y de la pena, la misión sancionadora que se efectúa en nombre de las dos disposiciones: la que consume y la consumida.

Así, por ejemplo, el delito de homicidio absorbe el delito de lesiones. Lo mismo ocurre con los delitos previstos en los artículos 216 y 217 del Código penal, que absorben el tipo de delito de fabricación o tenencia de instrumentos destinados a la falsificación de moneda, previsto en el artículo 220 del mismo cuerpo de leyes.

Resulta de interés anotar que, en opinión de ANTOLISEI todos los problemas que se presentan respecto al concurso aparente de "disposiciones coexistentes", como él las denomina, se dilucidan por medio del **principio de especialidad,** siendo el único que a su juicio tiene plena autonomía[29] y la doctrina alemana más reciente, reduce los casos de concurso de leyes a las relaciones de especialidad y subsidiaridad.

www.penjurpanama.com

29 ANTOLISEI, Manual, pág. 118.

CAPITULO VII

AMBITO DE VALIDEZ DE LA LEY PENAL

I. VALIDEZ TEMPORAL DE LA LEY PENAL
   A. Nacimiento y derogación de la ley penal
   B. La retroactividad en materia penal
   C. ¿Qué debe entenderse por “ley más favorable al reo”?
   D. La ley intermedia
   E. Leyes temporales y excepcionales
   F. Retroactividad y prescripción

II. VALIDEZ ESPACIAL DE LA LEY PENAL
   A. Principios generales
   B. Aceptación del principio de la territorialidad de la ley
   C. Concepto de territorio
   D. La extradición

III. EFICACIA DE LA LEY PENAL RESPECTO DE LAS PERSONAS

www.penuroanama.com

I. VALIDEZ TEMPORAL DE LA LEY PENAL

A. Nacimiento *y* derogación de la ley penal

Las leyes penales, al igual que todas las normas jurídicas, son de obligatoria aplicación en un período que se extiende entre dos momentos: el instante en que empieza a obligar por su **promulgación,** y el en que deja de ser obligatoria por su **derogación.**

Una vez elaborada la norma penal conforme a la mecánica legislativa propia de cada país, requiere para su entrada en vigor, el cumplimiento de determinados requisitos formales. De entre estos requisitos, la doctrina destaca por su notoria eficacia obligatoria: la promulgación y publicación. En este sentido se afirma que la promulgación es el acto mediante el cual el Órgano Ejecutivo declara la existencia de la ley y ordena que sea ejecutada. Mientras que la publicación consiste en aquellos medios de difusión que hacen posible a los ciudadanos el conocimiento de las leyes[1].

Aunque la promulgación y la publicación son actos diferentes, es preciso reconocer que en nuestro ordenamiento jurídico aparecen identificados, ya que la Constitución (art. 145) y el Código Civil (art. 10.) únicamente hacen referencia a la promulgación de las leyes.

Por otra parte, la vigencia de la ley penal termina con su derogación, que puede ocurrir por declaración expresa del legislador o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores (derogatoria tácita), o por existir una ley nueva que regula íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería (art. 36 del Código Civil).

Los limites de eficacia de la ley penal en cuanto al "tiempo", por tanto, transcurren entre los términos de promulgación y derogación, y ambos marcan los criterios legislativos para conocimiento de la esfera de validez temporal.

www.derechopenal.com

1 JIMENEZ DE ASUA, I, pág.605.

B. La retroactividad en materia penal

El problema de la eficacia temporal de las normas penales surge en la hipótesis de una sucesión de leyes penales. Es decir, cuando una norma se extingue y es sustituida por otra, o cuando se prohíbe un hecho que antes no lo estaba, ya que toda conducta no prohibida debe considerarse jurídicamente lícita. Como regla general la sucesión de las normas jurídicas se regula por los principios de la **no retroactividad de la ley,** que supone que la norma jurídica no se aplique a hechos o relaciones que se originaron antes de que la misma entrase en vigor, y el principio de la **no ultractividad de la ley,** conforme la cual, la norma jurídica no debe aplicarse a hechos verificados después de su extinción. La conjunción de estos principios permite concluir que la eficacia de la ley se halla circunscrita al tiempo que dure su vigencia: **tempus regit actum.**

El artículo 30 de nuestra Constitución sanciona implícitamente el principio de la no retroactividad de la ley penal, cuando declara: "Sólo serán penados los hechos declarados punibles por ley anterior a su perpetración y exactamente aplicable al acto imputado". O sea, el principio de la no retroactividad de la ley penal se deduce a su vez del principio **"nullum crimen, nulla poena sine lege".**

De tal manera que nadie podría ser castigado por un hecho que no constituyera delito según la ley vigente a la época en que se cometió.

A los principios de la no retroactividad y de la no ultractividad, sin embargo, se impone una excepción: la **retroactividad de la ley más favorable al reo:** que supone una derogación de la máxima **tempus regit actum,** por cuanto se extiende la eficacia de la ley a hechos o relaciones que se originaron antes de que la misma entrase en vigencia.

El artículo 42 de la Constitución consagra el principio de la retroactividad de la ley más favorable al reo, en los siguientes términos:

> "Artículo 42. Las leyes no tienen efecto retroactivo, excepto las de orden público o de interés social cuando en ellas así exprese. En materia criminal la ley favorable al reo tiene

www.derechopenalonline.com

siempre preferencia y retroactividad, aún cuando hubiese sentencia ejecutoriada".

Conviene señalar que en nuestro ordenamiento jurídico la retroactividad de la ley favorable opera aunque se haya pronunciado sentencia y el reo se halle cumpliendo su condena, y que el artículo 4o. del Código penal señala el procedimiento que debe seguirse para obtener la aplicación de la ley favorable en estos casos.

La sucesión de leyes penales en el tiempo permite plantear los siguientes supuestos: a) la nueva ley establece un tipo de delito que antes no existe; b) la nueva ley suprime un tipo de delito que antes existía; c) la nueva ley, manteniendo el tipo, introduce, en cuanto le concierne, modificaciones que agravan o atenúan sus consecuencias.

a) **Creación de un nuevo tipo delictivo**. Cuando la nueva ley crea un tipo delictivo no regulado anteriormente, el acto perpetrado durante la vigencia de la ley anterior no es punible. La nueva ley es irretroactiva.

b) **Eliminación de tipos delictivos**. Cuando la nueva ley no regula conductas que anteriormente eran delictivas y sancionadas por la ley derogada, los hechos cometidos bajo el imperio de la ley anterior se estiman como si ya no estuvieran penados, es decir, se reconoce la retroactividad de la *ley* más favorable.

c) **Nuevas disposiciones meramente modificativas**. En este caso hay que discutir dos hipótesis, según que la nueva disposici6n sea menos favorable al reo que la anterior, o bien que sea más favorable. En el primer caso se aplica la ley precedente, es decir que es ultractiva ya que el hecho ejecutado bajo la ley derogada, debe juzgarse conforme a ella. En el segundo caso, por el contrario, se aplica la ley posterior por ser más favorable, haciendo uso de la excepción de retroactividad.

C. ¿Qué debe entenderse por "Ley más favorable al reo"?

En primer lugar cabe destacar que la determinación de la ley más favorable no puede obtenerse mediante la combinación de la ley vieja y la

www.centrumpanama.com

ley nueva. Es decir, que no será factible tomar algunos elementos de la primera y otros de la segunda amalgamándolos para formar una tercera combinación normativa. Una vez establecida cual es la ley más favorable al reo, deberá aplicarse en su totalidad.

Por otra parte, la valoración de las dos leyes no debe hacerse en abstracto, o *i* sea, examinando norma por norma, sino en relación con el caso concreto que se juzga, en forma tal que permita establecer cuál deba ser aplicada por ocasionar resultados más favorables o beneficiosos al acusado.

A juicio de JIMENEZ DE ASUA, debe "estimarse como ley más benigna la que haga imposible la penalidad del acusado o dé lugar a una pena menos grave, ya porque modifique los elementos constitutivos del tipo de delito, las circunstancias calificativas o las condiciones objetivas de punibilidad, o porque introduzca nuevas causas eximentes y atenuantes o suprima algunas agravantes, o porque modifique favorablemente la definición de tentativa o los grados de codelincuencia, o porque aumente el número de las causas extintivas de la responsabilidad criminal o acorte los plazos de prescripción, o altere, en sentido más benigno la graduación de las penas, su número, su entidad o su duración o el número y la naturaleza de las penas accesorias; ya porque señale a un concreto delito un género de pena más benigna o de duración más breve, o bien, en caso de leyes penales-procesales, cuando éstas hagan imposible por ejemplo la punición del acusado o aumenten las garantías de su defensa[2].

En opinión de RANIERI, la ley penal más favorable "es aquella cuya aplicación, **en el** caso concreto, produce para el reo un efecto más benigno y para de terminar cuál es la ley penal cuya aplicación conduce a ese efecto, -agrega- es preciso tener en cuenta, no solo la parte de la norma que contiene la sanción sino también la parte que contiene su precepto, y, por lo mismo, los elementos constitutivos de cada una de las

[2] JIMENEZ DE ASUA, II, pág. 633.

figuras criminosas, así como las condiciones a que está subordinada la punibilidad del hecho o la procedibilidad, las circunstancias, las causas de exclusión y de extinción del delito y de la pena, etc.[3].

Resulta evidente, por tanto, que la determinación de cuál es la ley más favorable es tarea que debe realizarla el juez a quien corresponde aplicar la ley.

D. La ley intermedia

Puede ocurrir que entre el momento de la comisión del delito y aquel en que se dicta la sentencia definitiva haya estado en vigor una ley "intermedia" que nació después de perpetrado el hecho ilícito y fue derogada antes de dictarse la sentencia.

Aún cuando la doctrina no es unánime en cuanto a la aplicabilidad de la ley intermedia, estimamos que también se extienden a ella los principios de ultractividad y retroactividad de la ley más favorable y, por tanto, será aplicable la ley intermedia si es más favorable que las otras dos.

E. Leyes temporales *y* excepcionales

Son leyes **temporales** aquellas cuyo período de vigencia está determinado en ellas, desde el momento de su expedición, es decir, que rigen por un cierto tiempo por ellas mismas preestablecido.

Son leyes **excepcionales** las que se dictan para satisfacer exigencias extraordinarias de la vida del Estado, a consecuencia de una situación anormal (guerra, calamidades, terremotos, inundaciones, incendio, epidemias, bandolerismo, etc.).

Como puede observarse las leyes penales excepcionales, por su propia naturaleza tienen, aunque no expresamente determinado, el límite de su vigencia. Su duración está supeditada a la existencia de las condiciones excepcionales que motivaron su dictación. Una vez desaparecidas éstas, termina su vigencia.

www.derpanama.com

3 RANIERI, I, pág.88.

La doctrina generalmente aceptada es la de que el principio de la retroactividad de la ley penal más favorable sufre una excepción con respecto a las leyes temporales y las leyes excepcionales, y se aduce que la excepción se justifica porque estas leyes resultarían ineficaces para el fin perseguido, si una vez cumplido el término de su validez o desaparecidas las condiciones excepcionales que motivaron su adopción, la ley común más benigna se aplicase con efecto retroactivo.

En este sentido se manifiesta RANIERI, cuando señala que "la excepción referente a su aplicabilidad se justifica si se advierte que si no tuvieran eficacia ultractiva, podrían ser burladas con facilidad, particularmente en relación con aquellos hechos que fueron cometidos al terminar el período excepcional o el tiempo para el cual fueron dictadas[4].

Estimamos, no obstante, con respecto a la ley excepcional, que si la misma ha sido derogada o ha quedado sin aplicación porque cesaron las razones excepcionales que motivaron su dictación, lo más justo y equitativo es la aplicación de los principios beneficiantes para el acusado, contenidas en el artículo 42 del Código penal, al que tantas veces nos hemos referido.

F. Retroactividad y prescripción

La potestad punitiva del Estado puede extinguirse por el transcurso del tiempo. Este instituto liberador se denomina prescripción penal, y opera en dos formas: **prescripción de la acción penal** (art. 86 del Código Penal) y **prescripción de la pena** (art. 90 del Código Penal).

El problema que se suscita es el de establecer, una vez expedida una nueva ley que modifique la duración o las condiciones de la prescripción de la acción penal o de la pena, si esta ley se aplica a las infracciones cometidas antes o las condenas ya pronunciadas, pero en las cuales la prescripción no llegó a operar.

La doctrina no ha adoptado un criterio unánime para resolver este problema. Estimamos, sin embargo, que las normas sobre prescripción

---

[4] RANIERI, I, pág. 90

son leyes penales propiamente dichas y debe aplicarse en todos los casos la ley más favorable al acusado.

Si la ley nueva es más favorable debe ser aplicada aunque no existiese a la fecha de la comisión del delito o de la expedición de la sentencia condenatoria (principio de retroactividad de la ley más favorable). Si la ley antigua es más favorable al reo, debe ser aplicada aunque se encuentre derogada (aplicación ultractiva de la ley).

II. VALIDEZ ESPACIAL DE LA LEY PENAL

A. Principios generales

La ley penal encuentra límites no sólo en el tiempo, sino también en el espacio. Sus normas son de aplicación obligatoria en una determinada zona de la superficie terrestre.

En orden a la esfera de eficia de la ley penal en el espacio, existen diversos criterios, que pueden resumirse en estos cuatro sistemas: a) principio de la territorialidad; b) principio de la personalidad o de la nacionalidad; c) principio real o de la defensa, y d) principio de la universalidad o extraterritorialidad absoluta.

1. **Principio de la territorialidad.** De acuerdo con este sistema se afirma que la ley penal de un Estado debe aplicarse a todos los delitos cometidos en su territorio, sin atender a la nacionalidad del autor ni a la del titular del bien jurídico lesionado (sujeto pasivo del delito).

Este principio encuentra su fundamento en la soberanía del Estado, siendo, por tanto, evidente que a la potestad estatal corresponde aplicar sus propias leyes sobre delitos y penas dentro del territorio en que ejerce su soberanía con exclusión de leyes extranjeras, y con prescindencia de la nacionalidad de las personas que delinquen.

Se parte de la base de que, salvo casos especiales, el Estado no tiene interés en castigar los delitos que ocurren fuera de su territorio, porque la existencia de otros Estados, con sus respectivos

www.derechopanama.com

ordenamientos jurídicos, permite establecer las fronteras de la represión penal que cada uno de ellos ejerce en su propio territorio.

2. Principio de la personalidad o de la nacionalidad. Este sistema se denomina principio de la personalidad o de la nacionalidad, porque el Estado, considerando **personal** la ley punitiva, la hace seguir al **nacional,** donde quiera que se halle. El criterio determinante para este sistema es el de la nacionalidad del delincuente, y encuentra su justificación en que el nacional se halla siempre sometido a la ley de su país y le debe obediencia, incluso en el extranjero.

En términos generales, esta concepción representa la contrapartida a la idea de la determinación de la soberanía del Estado por su territorio, recayendo el acento en el elemento personal.

3. Principio real o de la defensa. Según este sistema se aplica la ley del Estado a que pertenece el sujeto pasivo del delito. Predomina en este caso como criterio de aplicación de la ley, la nacionalidad del bien jurídico lesionado por el delito, ya sea que éste se perpetre en el propio territorio o fuera de sus fronteras.

Si el principio de la territorialidad tiene fundamento en la condición soberana del órgano estatal, y el de la personalidad en la dependencia personal del súbdito con respecto al Estado, el principio real o de la defensa prescinde de ambos criterios y encuentra su justificación en la naturaleza del bien jurídico protegido por el ordenamiento jurídico.

Cabe destacar que el principio real no se aplica de modo absoluto, sino como complemento del principio de la territorialidad de la ley penal, y, que con el mismo no se pretende proteger todos los bienes jurídicos, sino aquellos que afectan directamente los intereses vitales del Estado.

4. Principio de la universalidad o extraterritorialidad absoluta. Al principio de la territorialidad se contrapone el de la universalidad, según el cual la ley penal de un Estado debería ser aplicada aún fuera de su territorio, siempre que el caso así lo requiera. Esta tendencia se encamina a la adopción de un código penal universal, y supondría el abandono de una política y legislación penal autónoma y, por

www.derechopenalonline.com

consiguiente, el sacrificio por parte de los Estados de su soberanía en materia de legislación penal.

B. Aceptación del principio de la territorialidad de la ley

En nuestro ordenamiento jurídico positivo, cómo en la mayoría de los Estados modernos, se adopta el principio de la **territorialidad.**

El aludido principio se proclama en el artículo 15 de la Constitución Nacional, que preceptúa: "Tanto los nacionales como los extranjeros que se encuentren en el territorio de la República, estarán sometidos a la Constitución ya las leyes".

El artículo 5o. del Código penal, de igual manera sanciona este principio, cuando establece: "La ley penal panameña se aplica a todo habitante del territorio que la infrinja, sin distinción de nacionalidad, salvo las inmunidades que reconoce el Derecho Internacional".

No obstante ser la ley penal esencialmente territorial se aplica en ciertos casos a delitos cometidos en el extranjero, por nacionales e incluso por extranjeros.

Así tenemos que, el artículo 8o. del Código penal, adopta el principio de la personalidad de la ley penal, con algunas limitaciones, cuando dispone:

> **"Artículo 8.** Son punibles en Panamá los Agentes Diplomáticos de la República que delincan en territorio extranjero, como también los comandantes o capitanes de sus tripulaciones que delincan en alta mar o en aguas territoriales de otra nación, cuando no deban ser juzgados en ella conforme a las prácticas admitidas por el Derecho Internacional.
>
> Los funcionarios públicos de Panamá en el extranjero que no formen parte del Cuerpo Diplomático de la República, quedan sujetos a la jurisdicción panameña en todo caso, respecto de los hechos punibles que cometan en el ejercicio de sus funciones.

www.penalpanama.com

En los casos de piratería, se seguirán las reglas del Derecho Internacional respecto de jurisdicción".

El fundamento de este principio radica en la necesidad de impedir la impunidad de los delitos, cualquiera que sea el lugar donde se perpetrasen, y de evitar que el territorio se convierta en asilo para los nacionales que, habiendo delinquido en el extranjero, busquen refugio en él, si no se concede la extradición.

Otro supuesto de extraterritorialidad de la ley penal, lo encontramos en el artículo 6o. del Código penal, que a la letra expresa:

> **"Artículo 6.** Son punibles en Panamá, conforme a la ley panameña, tanto los nacionales como los extranjeros que fuera del territorio de la República cometan un delito contra la seguridad interior o exterior de esta, y los que
> , falsifiquen monedas metálicas, documentos de crédito público panameños o monedas extranjeras que tengan curso legal en Panamá, siempre que en este último caso se compruebe que se destinaban a ser introducidas en el territorio panameño.
> Esta misma disposición es aplicable a la falsificación de billetes de banco emitidos con autorización que concede la República".

No cabe la menor duda que en este supuesto, nuestra legislación penal da cabida al principio real o de defensa, tomando en consideración la índole especial de los bienes jurídicos tutelados por los delitos en él previstos (personalidad del Estado, crédito público, etc.).

www.derechopanama.com

C. Concepto de territorio

El territorio del Estado ha sido definido como "todo espacio de tierra, de mar o de aire, sujeto a la plena y absoluta soberanía del Estado"[5]

En opinión de JIMENEZ DE ASUA, es "la porción de la superficie terrestre, sea de tierra firme o de agua, sometida a la soberanía del

[5] MAGGIORE, I, pág. 216.

Estado que se extiende a los espacios del subsuelo y del aire en que pueda desenvolverse una actividad humana, así como a las cosas sobre las que ejerce potestad estatal (buques y aeronaves), y a porciones de suelo extraño sobre el que alcanza su dominio conforme a principios del Derecho internacional"[6].

La Constitución Nacional (art. 30.) delimita el territorio de la República de Panamá, como aquel que "comprende la superficie terrestre, el mar territorial y el espacio aéreo entre Colombia y Costa Rica de acuerdo con los tratados de límites celebrados por Panamá yesos Estados".

La superficie terrestre está formada por la tierra que se extiende entre los límites histórica y geográficamente establecidos en los tratados que la República ha suscrito con los países colindantes.

El mar territorial es la zona de agua que circunda la costa o litoral. La República de Panamá, mediante ley 31 de 2 de febrero de 1967, extendió el límite de su mar territorial a 200 millas.

El espacio a4reo en la columna perpendicular de aire que cubre la tierra firme y las aguas territoriales del Estado. La soberanía del Estado sobre el espacio aéreo que está encima del territorio ha sido establecida en los Convenios Internacionales de París (1919), Madrid (1926) y Chicago (1944).

Por medio de Decreto Ley número 19 de 8 de agosto de 1963, se reglamentó la Aviación Nacional en la República de Panamá; en sus artículos 1, 2 y 3, el referido instrumento legal, dispone:

ARTICULO 1

Soberanía.

La República de Panamá tiene soberanía completa y exclusiva en todo el espacio sobre el territorio continental e insular comprendido entre Colombia y Costa Rica, y sobre sus mares territoriales.

www.peritopanama.com

6 JIMENEZ DE ASUA, II, pág. 778.

ARTICULO 2
Jurisdicción

1. El Estado Panameño ejerce jurisdicción en el espacio sobre el territorio nacional y sus mares territoriales conforme a la Constitución y las leyes de la República, los decretos reglamentarios y los acuerdos internacionales de aviación civil ratificados por la República.

2. Toda aeronave civil que se encuentre en el territorio o espacio nacional, así como su tripulación, los pasajeros y la carga, quedan sujetos a la jurisdicción y competencia de las autoridades panameñas.

ARTICULO 3
Jurisdicción a bordo de aeronaves

Quedan sometidos a la jurisdicción panameña:

a) Los actos ejecutados, los hechos ocurridos, los delitos y las faltas cometidas a bordo de aeronaves panameñas, dentro del territorio o el espacio de la República, o durante un vuelo sobre alta mar o sobre territorios no sometidos a la soberanía de otro Estado;

b) Los actos ejecutados, los hechos ocurridos, los delitos y faltas cometidos a bordo de aeronaves panameñas durante un vuelo sobre territorio de un Estado extranjero, excepto en aquellos casos en que interesen la seguridad o el orden público del Estado subyacente o subyacen;

c) Los actos ejecutados, los hechos ocurridos, los delitos y faltas cometidos en aeronaves civiles extranjeras que vuelen sobre el territorio de Panamá o que se encuentren estacionadas en él, cuando tales actos, hechos, delitos o faltas interesen la seguridad o el orden público de Panamá. Además cuando se trate de un delito cometido durante un vuelo de una aeronave extranjera, se aplicará la ley de Panamá, si se realiza en la República el primer aterrizaje posterior al delito, excepto en el caso de pedido de extradición.

También forman parte del territorio del Estado el subsuelo, hasta donde pueda llegar la actividad humana y el interés general reclame la

www.leyuspanama.com

acción del Estado; y la **plataforma continental.** "prolongación submarina del continente que se extiende hasta la isóbata de los 200 M. Termina en un brusco talud que alcanza profundidades de 1.000 a 2.000 metros, formando el paredón de los continentes"[7].

El territorio del que hasta ahora nos hemos ocupado es el territorio efectivo y real del Estado. En virtud de una ficción jurídica, sin embargo, existen otros bienes que se estiman como partes del territorio. Se trata de los **buques y aeronaves.** El régimen jurídico de estos vehículos varía en atención a si son de propiedad del Estado o de propiedad privada, o si se trata de buques o aeronaves de guerra o mercantes.

D. La extradición

La extradición es un acto de colaboración punitiva internacional, que consiste en la entrega de un individuo, inculpado o condenado, que se encuentra en el territorio del Estado, a otro Estado diverso, para ser juzgado en este o sometido a la ejecución de una pena.

La extradición puede ser **activa o pasiva,** según que el Estado solicite la entrega de un individuo que se encuentre en el extranjero o reciba solicitud de un Estado extranjero para que le sea entregado un individuo que se encuentra en su territorio.

Se reconoce como fundamento del instituto de la extradición, las necesidades de la defensa social, es decir, impedir que los delincuentes se sustraigan a las consecuencias que puedan derivarse de sus actos, estableciéndose en el extranjero.

De tal manera que los Estados, a través de convenciones internacionales, prestan recíprocamente asistencia para el objetivo común de la lucha contra la criminalidad.

Las normas que regulan la extradición pueden ser de dos clases: de Derecho Internacional (Convenciones o tratados públicos) y de Derecho interno. Así lo reconoce expresamente el artículo 1o. de la ley 44 de 22

www.derechopenal.com

7 Ver: Diccionario Enciclopedico Quillet. Editorial Argentina Aristides Quillet, S, A., Tomo VII, pág.176.

de noviembre de 1930, que establece: "la extradición de delincuentes se regirá por los tratados públicos y, a falta de éstos, por las disposiciones de la presente ley".

Excepcionalmente, puede basarse la extradición en **declaraciones de reciprocidad,** en aquellos casos en que no exista tratado celebrado al respecto, obligándose el Estado requirente a proceder en el futuro de la misma manera con el Estado requerido, en presencia de casos análogos.

Existen varios sistemas de extradición pasiva:

El sistema francés, que tiene un carácter esencialmente político y deja la extradición al arbitrio de gobierno, sin ninguna garantía jurisdiccional en favor de la persona cuya extradición se solicita.

El sistema norteamericano, que tiene carácter de procedimiento jurisdiccional en que el Estado que pide la extradición y la persona reclamada son partes en la causa, y la sentencia respectiva está sometida a los recursos comunes para su impugnación, de modo tal que no se hace ejecutiva hasta que no haya pasado a cosa juzgada.

El sistema belga-holandés, en que celebra un juicio en garantía del acusado, pero sin que la decisión vincule al gobierno, al que se deja en amplia libertad para actuar.

La legislación panameña sigue un sistema mixto: la extradición es concedida por el Órgano Ejecutivo, pero con previas garantías a favor del acusado, quien deberá ser notificado de la demanda formal de extradición y está facultado expresamente para proponer objeciones contra ella.

Sobre esta materia rige en Panamá la Ley 44 de 1930 para todos aquellos casos en los que no exista un tratado público bilateral o multilateral. Corresponde al Órgano Ejecutivo conceder o negar las solicitudes de extradición.

La entrega del sujeto perseguido, acusado o condenado por los tribunales del país requirente se puede hacer a título de reciprocidad, siempre que concurran estos requisitos.

1) Que el hecho esté erigido en delito por las leyes de la República.

www.lenjuridame.com

2) Que se castigue con pena mínima privativa de la libertad no inferior a un año.

3) Que el delito haya sido cometido en el territorio de la Nación requirente o en sus aguas territoriales, buques mercantes en alta mar o buques de guerra en cualquier lugar.

4) Que por la naturaleza del delito, el Estado requirente, según sus leyes, tenga jurisdicción sobre él.

La demanda de extradición, de acuerdo con el art. 4 de la Ley 44 de 1930, debe ser presentada por la vía diplomática acompañada de: a) una copia de la sentencia condenatoria o de la orden de arresto, b) de los datos necesarios para identificar a la persona reclamada y c) copia de las disposiciones aplicables.

Cabe mencionar, que nuestro país, ha firmado convenios bilaterales de extradición con los siguientes países: con Estados Unidos, sobre refugiados o residentes en la Zona del Canal *(1906);* Ecuador (1911), Colombia (1928), México (1930) e Italia (1930). De gran importancia en esta materia son los convenios multilaterales en virtud de los cuales Panamá y catorce países más ratifican la convención aprobatoria del Código de Derecho Internacional Privado, firmado en La Habana el 13 de febrero de 1928 (Ley 15 de 1928) y la convención sobre extradición, suscrita en Montevideo, el 26 de diciembre de 1933, en la Séptima Conferencia Internacional Americana (Ley 4 de 1938).

Los Estados signatarios de las convenciones multilaterales se obligan a entregar, a cualquiera de los otros Estados que lo requiera, a los individuos que se hallen en sus territorios y estén acusados o hayan sido sentenciados, siempre que el Estado requirente tenga jurisdicción para juzgar el delito que se imputa al individuo reclamado y que el hecho por el cual se reclama la extradición tenga el carácter de delito y sea punible por las leyes del Estado requerido con la pena mínima de un año de privación de la libertad. "

www.derechopanama.com

Cuando el individuo fuese nacional del Estado requerido, su entrega la determinará la legislación o las circunstancias del caso del Estado requerido (Ver: Art. 50. de la C.N.).

En la Ley 4 de 1938, aprobatoria de la Convención de extradición de 1933, suscrita en la Séptima Conferencia Internacional Americana, se señalan como supuestos en los que el Estado requerido no está obligado a consentir la extradición, los siguientes:

a) Cuando estén prescritas la acción penal o la pena.
b) Cuando el inculpado haya cumplido la condena.
c) Cuando el inculpado haya sido juzgado o esté siendo juzgado por el Estado requerido.
d) Cuando se trate de delitos políticos o de los que le son conexos.
e) Cuando se trate de delitos puramente militares o contra la religión. El pedido de extradición debe hacerse por la vía diplomática, mediante el respectivo representante diplomático y a falta de éste por los agentes consulares o directamente de gobierno a gobierno, acompañado de estos documentos:
    1) Copia auténtica de la sentencia condenatoria o de la orden de detención, emanada del Juez competente, según se trate de condenado o acusado;
    2) Copia auténtica de las leyes penales aplicables al hecho imputado, así como las referentes a la prescripción de la acción y de la pena;
    3) Filiación y demás datos que permitan identificar al individuo reclamado.

Cuando la extradición fuere pedida por varios Estados con relación al mismo delito, se dará preferencia al Estado en cuyo territorio éste se haya cometido. Si se solicita por hechos delictivos diferentes, se dará preferencia al Estado en cuyo territorio se hubiere cometido el delito que tenga pena mayor, de acuerdo con el Estado requerido.

www.derechopanama.com

El Estado requirente puede solicitar, por cualquier medio de comunicación, la detención provisional, siempre que haya orden de detención dictada en su contra y se ofrezca formalizar la extradición en un plazo máximo de dos meses.

Las responsabilidades que pueden originarse de la detención provisional recaen sobre el Estado requirente.

Si la extradición no se formula en dos meses o si concedida ésta, la persona reclamada no ha sido enviada a su destino, será puesta en libertad, no pudiendo solicitarse la extradición de nuevo por el mismo hecho imputado.

La entrega del individuo extradido se efectuará en el punto más apropiado de la frontera o en el puerto más adecuado.

Los gastos de prisión, custodia, manutención y transporte, serán de cuenta del Estado requerido hasta el Instante de su entrega y de allí en adelante quedarán a cargo del Estado requirente.

Una vez que se concede la extradición, el Estado requirente se obliga:

a) A no procesar ni a castigar al individuo por un delito común cometido con anterioridad al pedido de extradición y que no haya sido incluido en él, a menos que el interesado manifieste expresamente su conformidad.
b) A no procesar ni castigar al individuo por un delito político, cometido con anterioridad al pedido de extradición.
c) A aplicar al individuo la pena inmediata inferior a la pena de muerte, si, según la legislación del país de refugio, no correspondiera aplicarle pena de muerte.
d) A proporcionar al Estado requerido una copia auténtica de la sentencia que se dicte.

www.deiurparlare.com

III. EFICACIA DE LA LEY PENAL RESPECTO DE LAS PERSONAS

Antiguamente la eficacia de la ley penal padecía notables restricciones en favor de personas determinadas o de ciertas clases sociales. La calidad personal, la nacionalidad, la religión o el **status** del individuo eran tomados en consideración para excluirlo de las sanciones que imponían los preceptos penales.

Puede afirmarse que a partir de la Revolución Francesa triunfó la idea de "la igualdad de los hombres ante la ley", y que las Constituciones de los países democráticos adoptan con fórmula unánime y conceptualmente semejante, tal igualdad, e incluso llega a inscribirse en la Convención de los Derechos del Hombre adoptada por las Naciones Unidas, en Diciembre de 1948[8].

Nuestra Constitución consagra este principio en los artículos 19 y 20, que establecen:

> **"Articulo 19.** No habrá fueros y privilegios ni discriminación por razón de raza, nacimiento, clase social, sexo, religión o ideas políticas".
>
> **"Articulo** 20. Los panameños y los extranjeros son iguales ante la ley, pero ésta podrá, por razones de trabajo, de salubridad, moralidad, seguridad pública y economía nacional, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinadas actividades a los extranjeros en general. Podrán asimismo la Ley o las autoridades, según las circunstancias, tomar medidas que afecten exclusivamente a los nacionales de determinados países en caso de guerra de conformidad con lo que se establezca en tratados internacionales".

www.derechopanama.com

8 El artículo 1o. de la citada Convención, reza así: "Todos los seres humanos nacen libres e Iguales en dignidad y derecho. Están dotados de razón y conciencia y deben actuar entre sí con espirítu de fraternidad".

Ahora bien, la igualdad de ley en forma alguna implica una nivelación de todos los individuos respecto de las normas penales, puesto que existen conjuntos de normas que se dirigen únicamente a determinados grupos de individuos -funcionarios públicos-, sino porque la ley penal obliga a todos los que estén en la misma situación de hecho, que en cada oportunidad pueda ser presupuesto para la aplicación de las leyes que prevén delitos y penas.

De otra parte, es preciso advertir que el examen de la eficacia de las leyes penales en relación con las personas, presenta diversas características, de conformidad con la organización política del Estado. Sus limitaciones, por regla general, están constituidas por privilegios políticos superiores a la ley misma, instalados directamente en el orden constitucional.

Siendo la esencia del Estado panameño su base y organización democrática, el principio dominante es el de la total y plena validez de las leyes penales para todos los habitantes de la República (Código Civil: art. 1o.; Código Penal: art. 5o.). No tendría sentido, por tanto, tratar de buscar en nuestro ordenamiento rastros de **privilegios de carácter estrictamente personal,** como es el caso de los reyes en los regímenes monárquicos, en los que están exentos de toda responsabilidad penal; "la persona del rey es sagrada e inviolable".

En nuestra opinión, en el derecho positivo panameño no existe ninguna exención de responsabilidad que derive de la persona. Encontramos, sin embargo, algunas prerrogativas de carácter funcional que constituyen excepciones a la regla de obligatoriedad de la ley penal y que surgen del Derecho Internacional y de la propia Constitución, y son las siguientes:

1. El privilegio de los representantes diplomáticos;
2. El privilegio de los Jefes de Estado extranjero que se encuentren en nuestro territorio;
3. El privilegio de las opiniones parlamentarias.

www.derechopanama.com

Los dos primeros casos enunciados se resuelven con fundamento en el Código de Derecho Internacional Privado (Código de Bustamante), suscrito en La Habana, el 13 de febrero de 1928, aprobado por la República de Panamá, mediante ley 15 de 26 de noviembre de 1928.

De conformidad con el artículo 297 del Código de Bustamante: "Están exentos de las leyes penales de cada Estado contratante los Jefes de los otros Estados, que se encuentre en su territorio".

El fundamento de esta inmunidad es de carácter meramente político y deriva del hecho de que el Jefe de Estado extranjero representa a su país, por ello no debe quedar sujeto a una ley extraña".

En lo referente a los diplomáticos, el mismo código determina que: "gozan de igual exención los Representantes diplomáticos de los Estados contratantes en cada uno de los demás, así como los empleados extranjeros, y las personas de la familia de los primeros que vivan en su compañía" (art. 298).

Resultado evidente que en este caso no se trata de un supuesto de irresponsabilidad o de impunidad sino de inmunidad penal y procesal en el territorio en donde ejerce sus funciones, pero no en el país al que pertenece. El delito cometido por el representante diplomático acreditado en Panamá, no quedaría impune, sino que, en todo caso, es atraído por la jurisdicción de su país, en virtud del principio de personalidad, a que hicimos referencia.

Con respecto a las opiniones parlamentarias el artículo 137 de la Constitución establece que "los miembros de la Asamblea Nacional de Representantes de Corregimientos, no son legalmente responsables por las opiniones que emitan en el ejercicio de su cargo". Tal derecho, sin embargo, en manera alguna puede ser personal, sino funcional; no se trata de un privilegio personal que haga impune el acto, sino que es el carácter del acto que hace impune a la persona.

Además, de los casos que hemos dejado reseñados existen otros privilegios de carácter meramente procesal (art. 142 de la C.N.; art. 18, número 2, ordinal B de la ley 61 de 1946; artículo 24, número 1, de la Ley

www.leyenpanama.com

47 de 1956, etc.), que no tienen carácter material de restricción de la ley, sino que establecen el cumplimiento de determinados requisitos para el juzgamiento de ciertos funcionarios públicos, y que, por tanto, dejan Intacto el carácter injusto y culpable de la conducta. Por ello, consideramos que su estudio compete al Derecho procesal penal más que propiamente a la teoría de la ley penal. De aquí que únicamente hayamos aludido a los mismos.

www.penjurpanama.com

Sección Tercera

TEORÍA DEL DELITO

CAPITULO VIII: Loción del delito

CAPITULO IX: La acción

CAPITULO X: La tipicidad

CAPITULO XI: La antijuricidad

CAPITULO XII: La culpabilidad

CAPITULO XIII: Las formas de aparición del delito

CAPITULO XIV: La participación criminal

CAPITULO XV: Unidad y pluralidad de delitos

www.penjurpanama.com

CAPITULO VIII

LA NOCIÓN DEL DELITO

I. CONCEPTO DEL DELITO
   A. Definición formal del delito
   B. Definiciones de carácter filosófico
   C. El delito como ente jurídico
   D. El delito como fenómeno natural y como hecho social
   E. Las definiciones dogmáticas
   F. La definición del delito en el Derecho panameño

II. CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS
   A. Las variadas clasificaciones del delito según sus diversos fundamentos
   B. Clasificación de los delitos seguida por nuestro código.

www.penalpanama.com

I. CONCEPTO DEL DELITO

Si fuera posible señalar un orden jerárquico del contenido conceptual del Derecho Penal, el referente al delito ocuparía posición cimera en la medida en que como hecho jurídico penal alcanza carácter constitutivo al dar al nacimiento de una relación jurídico punitiva; como hecho humano típico se le estudia en sus notas exteriores relacionados con la descripción legal y en su aspecto sustancial se le considera al concretar la agresión, ofensa o exposición al peligro de los bienes individuales o colectivos que son objeto de la defensa legal.

El manejo conceptual de toda la problemática delictiva a nivel normativo, es uno de los objetivos inmediatos que pretendemos alcanzar en el desarrollo del presente capítulo.

A. Definición formal del delito

El delito ha sido definido por los juristas de muy distinta manera. En las primeras nociones del mismo, sin embargo, predomina el **aspecto meramente formal;** es decir, su concepción como el acto contrario a la ley. Lo que caracteriza el delito es, por tanto, su sanción penal. De tal manera que, por muy inmoral y socialmente dañosa que sea una conducta, si su ejecución no ha sido prohibida por la ley bajo la amenaza de una pena, no constituiría delito.

Por ello, en su aspecto formal podría definirse el delito como "todo hecho del hombre prohibido por la ley penal" o como "la acción prohibida por la ley penal bajo la amenaza de una pena".

Estas definiciones, pues, se limitan a individualizar genéricamente el delito como el hecho punible, pero no adelantan nada sobre sus características como tal.

B. Definiciones de carácter filosófico

El simplismo de considerar el delito como una mera contradicción de la ley, obligó a algunos autores a formular definiciones del delito de carácter filosófico: se pretendió concebir el delito como "quebranto de la

www.derechopanama.com

justicia", "como la violación de un deber" o "el quebrantamiento de los fines sociales y humanos", etc.

En este sentido ROMAGNOSI considera el delito como "el acto de una persona libre e inteligente, dañoso a los demás y a la justicia".[1].

Para ROSSI, por su parte, lo esencial en el delito es el quebrantamiento de un deber, y por ello, lo define como "la infracción de un deber requerible en daño de la sociedad o de los individuos"[2]

C. El delito como ente jurídico

En su etapa culminante la escuela clásica advierte la inconveniencia de que la concepción jurídica del delito se limite a la simple exégesis del derecho vigente en un lugar determinado y, por ello, elabora su definición atendiendo a las características propias de una doctrina pura, deducida de los principios de la "suprema ley natural jurídica", que los legisladores deben obedecer para no caer en injusticias.

CARRARA, máximo exponente de este punto de vista, sosteniendo que el delito es un "ente jurídico", porque en esencia debe consistir en "infracción a la ley", lo define como "la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso[3].

El propio autor analiza y explica su definición, así: Infracción de **la** ley, porque ningún acto del hombre puede serie reprochado, si una ley no lo prohíbe. Del Estado. Al agregar esta restricción -indica- nos acercamos a la idea especial del delito, limitando su concepto a la violación de las leyes dictadas por el hombre.

www.penalinarmo.com

1 Citado por JIMENEZ DE ASUA, III, pág. 29.

2 IDEM.

3 CARRARA, l. paragrafo 21, pág. 43. Se reconoce como antecedente de esta definición la de CARMIGNANI: "Infracción de las leyes del estado protectores de la seguridad privada y pública, mediante un hecho humano emitido con intención directa y perfecta",

Promulgada. La ley civil, para que sea obligatoria, debe ser promulgada a los ciudadanos.

Para proteger la seguridad. La idea especial del delito está en la agresión a la seguridad, y no puede divisarse sino en los hechos en los cuales se lesionan las leyes que la tutelan.

De los ciudadanos. En esta fórmula se comprende tanto la seguridad pública como, la privada, puesto que la seguridad pública se protege en la medida en que es un medio para la seguridad privada.

Que resulta de un acto externo, porque las opiniones, deseos y pensamientos se sustraen al dominio de la ley penal. La defensa del orden externo sobre la tierra corresponde a la autoridad; la tutela del orden interno no corresponde más que a Dios.

Del hombre. El sujeto activo primario del delito no puede ser más que el hombre; el único, en todo lo creado, que por estar dotado de voluntad racional es ente que se puede dirigir.

Positivo o negativo. Por consiguiente, pueden constituir delito tanto los actos de comisión o de acción, como los de omisión o de inacción.

Moralmente imputable. La imputabllidad moral es el precedente indispensable de la imputabilidad política.

Políticamente dañoso. Esto es, la idea de que el delito debe turbar moralmente, en todos los ciudadanos, el sentimiento de seguridad, con lo cual se presenta de esta manera el daño mediato, además del inmediato.

D. El delito como fenómeno natural y como hecho social

El positivismo penal pretendió demostrar que el delito es un fenómeno natural y un hecho social y, sin embargo, no había proporcionado una definición del delito, hasta que GAROFALO provee esta necesidad con su teoría del "delito natural", según la cual "el delito social o natural es una lesión de los sentimientos de piedad y probidad en la medida media indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad".

www.derechopanama.com

E. Las definiciones dogmáticas

Las definiciones que los dogmáticos proporcionan del delito varían de acuerdo con sus respectivas posiciones doctrinales.

Como regla general las definiciones dogmáticas giran alrededor de los conceptos de acción, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, aunque el contenido de cada uno de estos conceptos es diverso según la posición científica que se comparta.

1. El positivismo jurídico. El **positivismo jurídico**, sobre la base de su concepción causal de la acción, elabora la definición del delito partiendo de la noción de la acción como movimiento corporal voluntario. "De esta manera -expresa NUÑEZ-, concibió el tipo delictivo, como principio sistematizador de la dogmática del delito, en el sentido de la descripción, carente de significado valorativo del movimiento corporal constitutivo del suceso externo punible"[4].

La **antijuricidad** es concebida en un sentido eminentemente objetivo, por estar determinada solamente por elementos del mundo exterior. A tos elementos subjetivos, por tanto, se los ubica en la culpabilidad, puesto que se ve en ella una situación puramente psicológica, cuyas especies se agotan en el dolo y la culpa.

La tipicidad no implica disvalor jurídico de la acción descrita, sino que únicamente constituye un indicio de su antijuricidad (su ratio cognoscendi).

Dentro de esa corriente, BELING define el delito como "la acción típica, antijurídica, culpable, sujeta a una amenaza penal adecuada, cuyas condiciones satisface"[5].

Y LISZT, **a quien se** le reconoce el mérito de ser el primer autor que estudió los diversos elementos del delito, en su verdadera proporción y

www.derechopenalonline.com

4 NUÑEZ. Manual. pág. 118

5 Citado por NUÑEZ, Manual, pág. 118.

medida adecuadas, considera el delito como "el acto culpable contrario al derecho y sancionado con una pena"[6].

2. **El Normativismo**. La concepción del delito del positivismo jurídico fue sustituida por la corriente normativa o teleológica, que concibe el derecho penal con arreglo a sus fines y a las valoraciones que expresa. El normativismo elabora la definición del delito atendiendo a la finalidad que cada uno de sus elementos que lo estructuran están limitados a cumplir. De esta manera se preocupa por establecer el significado material valorativo de esos elementos (función normativa).

Para los seguidores de esta posición doctrinal, la **acción** representa un concepto de valor, una conducta valorizada de una determinada manera. Al tipo, por consiguiente, se le atribuye un significado valorativo: es un **tipo de injusto.** Deja de ser un simple indicio de la antijuricidad de la acción (su **ratio cognoscendi),** para convertirse en antijuricidad tipificada, es decir, la **ratio essendi** de la antijuricidad en relación al derecho penal[7].

La antijuridicidad no es concebida exclusivamente como simple oposición formal de la acción con la norma jurídica **(antijuridicidad formal),** sino también en su esencia **(antijuridicidad material).** Por ello se admite que el tipo contiene **elementos subjetivos.**

La teoría de los elementos subjetivos del tipo, enunciada por HEGLER y MAX ERNST MAYER, y desarrollada por MEZGER, se basa en la idea de que en numerosos delitos, "el contenido del injusto característico del tipo delictivo no se puede determinar sin la ayuda de características subjetivas"[8].

De tal manera que la valoración de la conducta humana, desde el punto de vista de la antijuricidad, depende con frecuencia de la intención del sujeto que la realiza. Así, por ejemplo, en la hipótesis prevista en el artículo 360 del Código penal panameño, la sustracción de la cosa

6 LISZT, II, pág. 264

7 NUÑEZ, Manual, pág. 119.

8 Así: BUSCH, Richard. Modernas transformaciones en la teoría del delito. Editorial Temis, Bogotá, 1970, pág. 15.

www.derechopanameno.com

mueble ajena sólo constituye hurto cuando el sujeto la ejecuta con la intención antijurídica de aprovecharse de ella.

En igual forma la **culpabilidad** adquiere un sentido normativo. Ya no es tan solo el hecho psicológico representado por el dolo y la culpa, "sino una situación psicológica valorizada jurídicamente, que a la par del dolo o la culpa y de la imputabilidad *del* autor, depende de circunstancias concomitantes que sirven para su valorización normativa"[9].

Seguidor de esta posición doctrinal, MEZGER condensa la definición del delito diciendo: "delito es la acción típicamente antijurídica y culpable[10]. No se alude en esta definición, por tanto, a la penalidad, que a su juicio no es una característica del delito, sino una consecuencia del mismo. En la misma aparecen contenidas tres características esenciales: a) El delito ha de ser siempre una acción. Lo que no es acción no interesa al Derecho penal; b) La acción, para ser punible, (debe, además, ser **antijurídica.** Pero esto solo no basta: la acción tiene que caer al mismo tiempo bajo un tipo legal, y c) La acción típica, no justificada por una causa de exclusión del injusto necesita, finalmente, para ser punible, ser **imputable, es decir, cuando es culpable.**

3. El Finalismo. Con el descubrimiento del carácter normativo de la culpabilidad y de los elementos subjetivos del injusto, se ha desarrollado desde hace más de tres décadas un nuevo sistema de Derecho penal, que se apoya en un concepto finalista de la acción.

El finalismo representa, por tanto, una nueva evolución respecto del contenido de los elementos de la definición dogmática del delito, que se hace necesaria, fundamentalmente, por una particular concepción de la acción[11].

La teoría finalista tiene sus principales inspiradores en WEBER y GRAF ZU DODHNA, ha sido desarrollada orgánicamente por WELZEL, y cuenta entre sus más connotados adeptos con MAURACH.

9 NUÑEZ, Manual, pág. 119.

10 MEZGER, I, pág. 156.

11 NUÑEZ, Manual, pág.120.

www.derechoenlinea.com

Para los seguidores de esta moderna teoría la acción "no es el mero proceso causal que desencadena la voluntad en el mundo exterior, sin tomar en consideración si el autor lo ha querido o si sólo podía prever", sino que es "ejercicio de actividad final". "La finalidad o el carácter final de la acción se basa -a juicio de WELZEL- en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos limites, las consecuencias posibles de su actividad, proponerse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a su plan, a la consecución de estos fines"[12].

Si la acción es actividad dirigida hacia una meta por la voluntad, es preciso concluir que la acción correspondiente a los tipos de delitos dolosos comprende el dolo. En este aspecto el finalismo se distancia del positivismo jurídico, para quien el dolo representa una de las especies de la culpabilidad y del normativismo, que lo estimó tan solo como uno de los elementos de la misma.

Este nuevo enfoque de la acción acarrea una serie de consecuencias en orden a la estructura de todos los elementos del delito, a las que hemos de referirnos al adentrarnos al estudio de cada uno de ellos, y su más inmediata consecuencia se hace sentir en la necesidad de sustraer el estudio del dolo del capítulo de la culpabilidad, pasando a ser tratado con la acción.

De acuerdo con esta concepción BUSCH, señala que "el dolo, como momento de la finalidad pertenece a la acción, y como forma especial de la producción del injusto, pertenece al injusto jurídico-penal. El injusto está determinado no solo objetivamente por el resultado reprobado, sino también subjetivamente por la voluntad reprobada que se expresa en la acción. El dolo se convierte en elemento subjetivo de la acción y del injusto, y con esto se le arranca del campo de la culpabilidad[13].

www.penalpanama.com

12 WELZEL, pág. 53.

13 BUSCH, pág. 19.

Como una lógica consecuencia de esta sistemática del delito, NUÑEZ anota que para el finalismo, "liberada la culpabilidad de ese elemento psicológico, por su traslado a la acción, queda reducida a su aspecto normativo, esto es, a un puro juicio de reprochabilidad. La culpabilidad consistirá, entonces, en el reproche personal hecho al autor de que no ha actuado correctamente, conforme a lo que le exigía el derecho, a pesar de haber podido hacerlo" [14](14).

No cabe duda que, pase a las numerosas críticas que ha suscitado, la teoría de la acción finalista ha permitido solucionar muchos de tos problemas que plantea la teoría del delito, y ha encontrado eco en otros países distintos de Alemania. Así, en Italia la ha seguido, aunque no comparta la totalidad de sus postulados, BETTIOL; en España, con algunas limitaciones, primero RODRIGUEZ MUÑOZ, traductor de la obra de WELZEL, y más recientemente CORDOBA RODA; en América Latina está siendo objeto de preocupación, como lo demuestran las discusiones de la Comisión redactora del Código Penal tipo, celebradas en Abril de 1967, en Lima.

F. La definición del delito en el derecho panameño

Nuestro Código penal vigente no contiene una definición del delito, lo que no debe sorprender (dada su antigüedad) y menos aún ser criticable, toda vez que numerosos tratadistas califican tal omisión de preferible o al menos práctica[15]. Y no han faltado autores que como PACHECO, manifestaran al referirse al Código penal español de 1848, que los Códigos "no son libros de doctrina, sino reglas prácticas, y que toda definición, peligrosa por lo común en ellas, debía limitarse al aspecto práctico y externo, o sea a la reseña de las circunstancias evidentes y tangibles, que en la esfera legal distinguen y caracterizan lo que trata de explicarse"[16].

www.derechopanameno.com

14 NUÑEZ, Manual, pág. 121.

15 Ver: FONTAN BALESTRA, I, pág. 357.

16 Citado por DEL ROSAL. I. pág. 476.

Ello, sin embargo, en forma alguna significa que el intérprete no pueda construir un concepto dogmático del delito atendiendo al sistema general de un determinado Código es decir, a la manera como aparecen legislados aspectos esenciales del delito, tales como la culpabilidad, la participación criminal, etc.

Aún cuando el delito es un todo unitario, y no una suma de elementos, desde un punto de vista estrictamente jurídico podemos definir el delito en el Código, penal panameño como **acción típicamente antijurídica y culpable.** Con la finalidad; de lograr una mejor comprensión de los diferentes elementos de que se compone el delito, sin que se pretenda descomponer la esencia del concepto, la definición que hemos proporcionado permite establecer los siguientes caracteres:

1. Acción. El delito es esencialmente acción, es decir, un comportamiento humano.

El Código alude a la acción utilizando expresiones diversas. Así en el artículo 43 emplea el vocablo "hecho", en los artículos 44, 45, 46, 47, 48, entre otros, usa la palabra "acto". Preferimos emplear el término "acción", utilizado por los autores más frecuentemente, aunque a veces, con el objeto de eludir alguna redundancia, hagamos uso de cualesquiera otras expresiones.

Entendemos el concepto de acción, en sentido amplio, comprensivo de su fase positiva (acción) y de su fase negativa (omisión propia o impropia).

2. Tipicidad. Al definir el delito como **acción típicamente antijurídica y culpable,** se le reconoce al término "típicamente" la función de calificar los demás elementos del delito.

"Para ser exactos -anota FONTAN BALESTRA-, debemos decir que (la tipicidad) califica la acción y las otras características de la acción. Porque la acción constitutiva de lo injusto penal es típica, antijurídica y culpable. De suerte que tipicidad, antijuricidad y culpabilidad son características de la acción y las dos últimas, a su vez, son

www.penumanama.com

caracterizadas por la tipicidad, al requerirse que antijuricidad y culpabilidad sean típicas"[17].

La tipicidad viene a ser una expresa declaración formal del principio de legalidad, ya que la relevancia penal de la acción u omisión humana sólo nos la proporciona la ley positiva en tanto aquella sea subsumible en alguna figura del delito previamente definida en el Libro Segundo del Código penal.

La tipicidad es una cualidad o esencia del tipo, si entendemos como tal la parte de la norma penal que describa los elementos integrativos de una figura delictiva determinada. Lo típico es lo que se ajusta al tipo y el tipo penal señala o especifica las exigencias requeridas para configurar el delito siendo ello así, la tipicidad es el elemento generador del delito y el medio de identificación de cada tipo penal tanto a nivel normativo como de concretización.

3. **La antijuricidad.** Toda acción u omisión, por el hecho de encajar en una determinada figura del Código, es también antijurídica, salvo si no concurre alguna causa de justificación previstas en los artículos 47, 48, 50 y 51 del Código penal.

Podría arguirse que en el caso de concurrir una causa de exclusión de la antijuricidad (causa de justificación), la acción sería típica sin ser antijurídica. Este razonamiento es correcto, más no se trataría entonces de una acción típicamente antijurídica, ya que como hemos dejado expresado, la acción debe ser antijurídica y la antijuricidad, a su vez, típica[18].

4. **La culpabilidad.** La culpabilidad representa el elemento subjetivo del concepto del delito.

La expresión **típicamente culpable** indica la calificación de la culpabilidad por la tipicidad, como consecuencia de la función selectiva que en este aspecto cumplen los tipos penales. Estos en cada caso

17 FONTAN BALESTRA, I, págs. 360-361.

18 IDEM. pág. 361

www.derjurparamo.com

determinan la forma de culpabilidad requerida para el acto que describen, es decir, la culpabilidad típica.

En tal sentido el Código describe los delitos dolosos y los delitos culposos en figuras independientes. En ocasiones sólo la ejecución dolosa constituye delito; otras, como ocurre en las hipótesis previstas en los artículos 315 y 321, se determina la preterintencionalidad como especie de la culpabilidad.

También suele ocurrir que la referencia subjetiva contenida en el tipo penal exija para una determinada acción el dolo directo, eliminando la posible hipótesis de dolo eventual. Así, por ejemplo, en algunos de los supuestos de homicidio agravados contenidos en los articulas 312 y 313 del Código penal: matar usando sustancias venenosas, con premeditación, para preparar, facilitar o consumar otro delito, etc.

5. Finalmente, cabe señalar que hemos excluido de la definición del delito una referencia expresa a la punibilidad por considerarla innecesaria.

La punibilidad -enseña SOLER- es siempre el resultado de la concurrencia de todos los demás elementos, y no guarda por tanto, con respecto a cada uno de éstos, la misma relación, que éstos mantienen entre sí, siempre recíprocamente integrativa, precisamente para determinar su punición"[19].

II. CLASIFICACION DE LOS DELITOS.

A. Clasificaciones del delito según sus diversos fundamentos.

Los criterios que se ha utilizado para clasificar los delitos son diversos. A continuación nos referimos a algunos de ellos:

1. En orden a la **gravedad**, las infracciones pueden ajustarse a un sistema tripartito: **crímenes, delitos y contravenciones**, o a un sistema bipartido: **delitos** y **contravenciones**.

19 SOLER, I, pág. 208. Sobre este particular vale la pena señalar que FONTAN BALESTRA advierte que: "la amenaza de pena es característica específica de la ley penales, no del delito" (Tratado, pág. 367)

www.penumanama.com

De conformidad con la división tripartita, eran crímenes las infracciones que lesionaban los derechos naturales como la vida, la libertad, etc.; delitos, los que violaban los derechos surgidos del contrato social, como la propiedad; y **contravenciones,** que únicamente infringían los reglamentos y disposiciones de policía.

La división tripartita tiene hoy en día muy pocos partidarios y ha sido censurada desde el punto de vista científico, Se ha comprobado, en primer lugar, que no ha podido brindar una definición intrínseca y adecuada del "crimen" y del "delito". El crimen se presenta únicamente como la infracción más grave que puede ser cometida, en tanto, que el delito se presenta como un hecho de menor gravedad. En segundo lugar, se objeta que la clasificación general en crímenes, delitos y contravenciones es meramente empírica, puesto que si bien los crímenes y los delitos son hechos de la misma naturaleza, y, por ende, no deben estar separados, las contravenciones, son esencialmente distintas de aquellos, y no deben pues figurar juntos.

El sistema bipartito divide las violaciones de la ley en dos categorías: los **delitos** y las **contravenciones,** y sitúa el criterio distintivo en la naturaleza jurídica particular de estas dos clases de infracciones. De modo tal que son "delitos" aquellos hechos que producen alguna lesión jurídica; y "contravenciones", aquellos otros que, aunque por sí mismos sean inocuos, ofrecen sin embargo algún peligro para la tranquilidad pública o para el derecho ajeno[20].

Este segundo sistema pretende ser más científico, y así sería, si efectivamente existiera esa **diferencia material** entre delitos y contravenciones. La doctrina, sin embargo, ha probado que no existe un criterio único y definitivo para establecer aquella característica que debe servir para diferenciar las dos especies de normas, haciendo abstracción de la pena.

www.derechopanama.com

20 MAGGIORE, I, Pág., 288-289.

Con anterioridad, al examinar la delimitación del concepto del Derecho penal manifestamos que "debe rechazarse todo intento de buscar la diferencia entre los delitos y contravenciones o faltas, en la moralidad (aspecto subjetivo), pues si bien es cierto que ésta es ínfima en muchas faltas, no es menos exacto que todo se reduce a una cuestión de cantidad".

Toda vez que nuestro Código adopta el sistema bipartito (art, 1o.: "Las infracciones de la ley penal se dividen en delitos y faltas: las últimas las define y castiga el Código Administrativo"), cabría preguntarse entonces: ¿cómo se distinguen el delito de las contravenciones? No cabe duda, como lo hace ver JIMENEZ DE ASUA, que los delitos y las contravenciones o faltas no se diferencian cualitativa, sino a lo sumo cuantitativamente[21]. Por tanto, toca al Estado, con su actividad político-criminal, escindir los dos grandes ámbitos: "pequeña" y "grande" criminalidad, respectivamente integradas por los delitos y las contravenciones.

En cada situación histórica concreta puede el Estado considerar como contravención lo que hasta entonces era delito, o bien elevar la cuantía del daño fijada en las faltas y tipificar como delito lo que eran simples faltas. Así ocurrió, por ejemplo, con el artículo 28 de la ley 11 de 1963, que al subrogar el artículo 182 de la ley 61 de 1946, y otorgar competencia a las autoridades de Policía para conocer una serie de infracciones contra la integridad de las personas y contra la propiedad, que hasta entonces eran de competencia de la justicia ordinaria, redujo a faltas conductas que se encontraban reguladas como delitos.

2. En referencia al **sujeto activo** surgen varias clases de delitos:

a) **Monosubjetivos y plurisubjetivos.** Los primeros, también llamados unisubjetivos, son aquellos que pueden ser cometidos por una sola persona, aunque en algunas ocasiones comprometan la actividad de varias.

21 JIMENEZ DE ASUA. III, pág. 149.

www.lecturasjuridicas.com

Delitos plurisujetivos o colectivos, son los que, por su estructura, no pueden ser cometidos sino por varias personas, que actúan como agentes en concurso necesario.

b) **Comunes o especiales.** Delitos comunes o de sujeto indiferente, son los que pueden ser cometidos indistintamente por cualquier persona. Para referirse a ellos, la ley usa las expresiones "el que", "los que", "cualquiera que", etc.

Son delitos especiales, propios o de sujeto diferenciado, por el contrario, los que sólo pueden ser cometidos por determinadas personas, porque la ley requiere una particular calidad o condición en el sujeto activo, como la de funcionario público (art. 153 C.P.).

3. Por su **ilicitud y motivaciones**, se dividen los delitos en comunes o políticos.

Las primeras definiciones del delito político se basan exclusivamente en un criterio objetivo: la naturaleza del bien jurídico tutelado. Son delitos políticos los que atentan o ponen en peligro el orden político de una comunidad, bien en su aspecto externo (delitos contra la personalidad del Estado) o interno (contra el Presidente de la República o Jefe del Estado, contra la forma de gobierno, etc.). En tanto que serán delitos comunes o personales, aquellos que lesionan o ponen en peligro valores de la persona particular.

Algunos autores, sin embargo, a partir del positivismo sustentan la caracterización del delito político en un criterio subjetivo: el móvil o el fin que los inspira. Habría que atenerse, en consecuencia, al móvil, a las causas subjetivas que impulsaron a la comisión del delito. Si son de naturaleza política, el delito también lo será. Con esta mira se pueden cometer delitos comunes con móviles políticos, en cuyo caso serían políticos.

Finalmente, no ha faltado quienes propugnan un sistema mixto para la calificación del delito político, atendiendo a los dos aspectos antes mencionados.

www.penumarana.com

4. **Otras clasificaciones**. Pueden hacerse otras clasificaciones importantes de los delitos pero su estudio creemos que tiene lugar apropiado en otros títulos de esta obra"

a) Por la naturaleza de la acción: **comisión, omisión** o **comisión por omisión**.

b) Por el resultado y su naturaleza: materiales o formales (de pura actividad); de **daño** o de peligro.

c) Por el aspecto subjetivo: dolosos, culposos y preterintencionales, y según algunos autores existen hipótesis de responsabilidad objetiva.

d) Por la naturaleza de acción para su perseguibilidad: de acción pública, de acción **privada** y de acción dependiente de instancia privada.

e) Remitiéndose a los elementos y circunstancias de las figuras delictivas, se distinguen en delitos simples y cualificados; agravados y atenuados o privilegiados.

f) La clasificación por el bien jurídico es la base para el agrupamiento de los hechos punibles en la parte especial de los Códigos. Su estudio es objeto de la Introducción a la parte especial.

Todas esas distinciones serán tratadas, con la extensión adecuada, en el lugar que sistemáticamente les corresponde.

B. Clasificación de los delitos seguida por nuestro Código.

El Código Penal panameño, aprobado por la ley 6a. de 16 de noviembre de 1922, en su Libro Segundo divide los delitos en consideración al bien jurídico objeto de protección penal.

El mencionado libro segundo se encuentra dividido en trece títulos, denominados así:

I. De los delitos contra la Patria.
II. De los delitos contra los Poderes de la Nación.
III. De los delitos contra las naciones extranjeras y los Jefes y representantes de ellas.
IV. Disposiciones comunes a los títulos anteriores.
V. De los delitos contra la libertad.
VI. De los delitos contra la cosa pública.

www.derechopanama.com

VII. De los delitos contra la Administración de Justicia.
VIII. De los delitos contra el orden público.
IX. Delitos contra la fe pública.
X. Delitos contra la seguridad pública.
XI. Delitos contra las buenas costumbres y el orden de la familia.
XII. De los delitos contra la persona.
XIII. De los delitos contra la propiedad.

El título XIV trata de la publicación y vigencia del Código, de la Reglamentación de las Colonias Penales y del cumplimiento de las penas.

www.penjurpanama.com

CAPITULO IX

LA ACCIÓN

I. CONCEPTO
   A. Generalidades y terminología
   B. Concepción causal de la acción
   C. Concepción finalista de la acción
II. ELEMENTOS DE LA ACCIÓN
   A. Manifestación de voluntad
   B. El resultado
III. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD
   A. Teoría de la equivalencia de causas o de la “conditio sine qua non”
   B. Teoría de la causalidad adecuada
   C. Teoría de la condición más eficaz
   D. Teoría de la relevancia
IV. FORMAS DE LA ACCIÓN
   A. Acción como un hacer positivo: comisión
   B. Omisión
   C. Comisión por omisión.
V. LAS CLASES DE DELITO SEGÚN LA ACCIÓN
   A. Delitos unisubsistentes y plurisubsistentes
   B. Delitos instantáneos y delitos permanentes
   C. Delitos formales y delitos materiales
   D. Delitos de lesión y delitos de peligro.
VI. ASPECTOS NEGATIVOS DE LA ACCIÓN AUSENCIA DE ACCIÓN
   A. El sueño y el sonambulismo
   B. La sugestión y la hipnosis
   C. La inconsciencia
   D. La fuerza física irresistible (vis absoluta)

www.penjurpanama.com

I. CONCEPTO

A. Generalidades y terminología

Al definir el delito dejamos expuesto que ha de ser siempre una acción; "no hay delito sin acción", lo que no es acción es irrelevante al Derecho Penal. El delito se presenta, por tanto, como un comportamiento, una modalidad jurídicamente trascendente de la conducta humana: una **acción.**

Los actos puramente internos, los actos que acaecen solamente dentro del ámbito de la conciencia son intrascendentes para el Derecho penal; no son punibles. Este es precisamente el sentido de la antigua máxima: **cogiationis poenam nemo patitur.**

Por ello, las ideas y los sentimientos por sí mismos no son punibles; a nadie se le sanciona penalmente por lo que cree, piensa o siente, sino **por lo que hace**[1]**.**

Atendiendo a la materialidad, la acción constituye el aspecto tangible y sustancial del delito. Por ello, en la definición del delito, los demás elementos (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) funcionan como calificativos o atributos de la acción.

Ahora bien, acción para el Derecho penal no es cualquier comportamiento, sino sólo aquel que se manifiesta exteriormente. Considerada materialmente la acción, por consiguiente, presupone una **actitud corporal del ser humano.**

Aún cuando la mayoría de los autores emplean la expresión "movimiento corporal", FONTAN BALESTRA, con toda razón, prefiere utilizar el término "actitud", porque en los delitos de omisión "el concepto de acción sólo surge de la directa referencia a un tipo penal, del que resulta que el no hacer es lo típico"[2].

www.poenisanama.com

1 FONTAN BALESTRA, I, pág. 418

2 FONTAN BALESTRA, I, pág. 419.

Cuando se afirma que la acción es un comportamiento humano, se limita la materialidad del delito a las manifestaciones de la personalidad de un ser humano. Sujeto de la acción es, por tanto, solamente un ser individual, una persona física.

Por regla general para referirse a este elemento del delito, los autores emplean los vocablos "acto", "conducta", "comportamiento", "acontecimiento", "hecho" o "acción", con equivalente sentido puesto que consideran que sea cual fuere el término usado el núcleo de todo delito es "una acción u omisión".

Para algunos autores, sin embargo, la cuestión no se reduce a un problema terminológico, sino que utilizan los diferentes términos con significados diversos.

Así, por ejemplo, JIMENEZ DE ASUA, usa el vocablo "acto" y reserva el de acción para la modalidad positiva de ésta, en que el agente hace algo mediante un movimiento corporal[3].

Otros autores, como NUÑEZ aluden al "hecho" como equivalente de acción en sentido amplio, comprensivo de "actividad" (acción) o "inactividad" (omisión)[4].

Y no ha faltado quien atribuya a la palabra "hecho" un significado diverso al de "acción". En este sentido CORDOBA RODA denomina "acción" a la manifestación de voluntad y "hecho", a la objetivización de esta manifestación de voluntad[5].

ANTOLISEI[6] y RANIERI[7], por su parte, se muestran partidarios del término "conducta", que puede consistir en el hacer positivo y el negativo; es decir, el actuar y el abstenerse de actuar.

www.derjurpanama.com

3 JIMENEZ DE ASUA, III, pág, 329.

4 NUÑEZ, Manual, pág. 164.

5 CORDOBA RODA, Juan, en la traducción del Tratado de Maurach, I, pág, 153, nota 4.

6 ANTOLISEI, Manual, pág. 164.

7 RANIERI, I, pág. 288,

B. Concepción causal de la acción

La concepción causal de la acción, compartida por el positivismo jurídico (LISZT, BELING, RAOBRUCH) y el normativismo (MEZGER), atiende a la función causal de la voluntad respecto del movimiento exterior realizado por el agente.

El contenido de esa voluntad, es decir, el querer o previsión del resultado, está fuera de la acción y corresponde a la culpabilidad del autor.

BELING expresa con mucha precisión esta idea cuando señala que para el concepto acción, no importa determinar qué cosa ha querido el agente: basta constatar que ha sido voluntariamente activo o inactivo.

Para el causalismo, por tanto, el concepto de acción exige únicamente la causalidad de la voluntad para el movimiento corporal y prescinde completamente de las representaciones o motivos que han determinado la voluntad. En consecuencia la investigación de las representaciones o motivos interesa para la valoración del aspecto subjetivo del delito (dolo o culpa) mas no para la determinación del concepto de acción.

Dentro de esta concepción, MAGGIORE define la acción como "una conducta voluntaria que consiste en hacer o no hacer algo, que produce alguna mutación en el mundo exterior"[8].

En el mismo orden de ideas se ubica JIMENEZ DE ASUA, quien define el acto como "la manifestación de voluntad que mediante acción produce un cambio en el mundo exterior, o que por no hacer lo que se espera deja sin modificar ese mundo externo, cuya mutación se aguarda"[9].

Y más recientemente, RANIERI nos proporciona lo que él denomina un concepto estrictamente naturalista de la conducta, cuando la define como "el modo de comportarse el hombre que, dándole expresión a su

www.derjuris.com

8 MAGGIORE, I, pág. 309.

9 JIMENEZ DE ASUA,III, pág. 329.

voluntad, constituye una manifestación suya en el mundo exterior, mediante el movimiento o la inercia corporales"[10].

C. Concepción finalista de la acción.

La revisión del concepto jurídico de delito que se inicia con CARRARA y los seguidores de la escuela clásica, se incrementa después con los estudios de VON LISZT, los aportes de BELING sobre el tipo recogidos por MAYER y sistemáticamente definidos por EDMUND MEZGER. No obstante, ciertas limitaciones conceptuales obligaron a una mayor profundización sobre el concepto jurídico del delito y propiciaron la aparición de la teoría finalista de la acción, elaborada por HANS WELZEL en 1939, doctrina que introduce modificaciones sustanciales en la teoría del delito.

WELZEL apoya su tesis en las ideas filosóficas de KANT, HARTMAN y en el método fenomenológico de HUSSER L, ampliando a su vez los estudios realizados por WEBER y GRAFZU DOHNA. Su teoría parte del hecho cierto de que las normas de derecho no pueden ordenar o prohibir procesos causales, independientemente de lo que el autor ha querido, sino únicamente puede ordenar actos determinados conscientemente a objetivos o propósitos señalados de antemano, o prohibir la comisión de actos de esta clase.

El finalismo -explica ANTOLISEI- "se afirma en que la realidad presenta estructuras ontológicas o sea, datos prejurídicos a los que aparece vinculado al legislador y de los que no puede prescindir ni modificar. Dentro del Derecho Penal, el principal dato ontológico rebelde a toda modificación normativa sería la acción humana conforme a un plan preestablecido. Así, el dolo despojado de todo contenido ético, no pertenece a la culpabilidad, sino a la acción y a la antijuridicidad como elemento subjetivo de ambas"[11].

www.lenjurpanama.com

10 RANIERI, I, pág. 288.

11 ANTOLISEI, pág. 247

Como consecuencia de la adopción de la teoría finalista de la acción, el dolo -elemento subjetivo- es arrancado de la culpabilidad y se incorpora a la acción, ya que es precisamente el dolo el elemento que anticipa mentalmente la acción y permite predeterminar finalísticamente el curso de la misma. Las acciones dolosas difieren de las culposas en cuanto al injusto, a pesar de que ambas comprenden la acción final; el injusto en las acciones culposas se basa en la falta del deber de cuidado en el ámbito de las relaciones sociales, lo esencial en el hecho culposo reside en la clase y el modo de ejecución de la acción, desde el punto de vista de la Contravención del cuidado.

Según la concepción *de WELZEL, principal* exponente *de* la *teoría de* la acción finalista, la acción no *puede* ser contemplada como un simple proceso causal externo, separada *de* sus *momentos anímicos,* porque con ello se *destruiría* su *estructura unitaria. Para este autor el contenido de* la voluntad integra el concepto *de* acción, y el elemento primordial *de* ésta es la *dirección de* la voluntad hacia un *fin predeterminado.* En *tal sentido indica q*ue: "Acción humana *es* ejercicio *de* activi*dad final.* La *acción* es, por eso, acontecer **final,** no *solamente* **causal.** La finalidad o *el* carácter *final de* la acción se basa en que *el* hombre, gracias a su saber *causal, puede prever,* dentro *de* ciertos *límites, l*as *consecuencias* posibles *de* su *actividad,* proponerse, por tanto, *fines* diversos y *dirigir* su actividad, conforme a su plan, a la consecusión *de* estos fines. En *virtud de* su saber causal previo puede dirigir los distintos actos de su actividad de tal modo que oriente al acontecer causal exterior a un fin y así lo sobre determine finalmente. Actividad final es un obrar orientado conscientemente desde el fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido desde el fin, sino que es la resultante causal de los componentes causales existentes en cada caso. Por eso, la finalidad es -dicho en forma gráfica- **vidente,** la causalidad, ciega"[12].

12 WELZEL. págs. 63-54.

Al hacer una comparación de estas dos concepciones de la teoría de la acción, NUNEZ advierte que: "lo mismo que la concepción causal, el finalismo admite en la acción una fase interna que transcurre en la esfera del pensamiento; y una fase externa que se desarrolla en el mundo real, pero con contenido distinto. En tanto que el causalismo reduce la fase interna al impulso voluntario, el finalismo la concibe como anticipación (o proposición) del fin que el autor quiere realizar, seguida de la elección de los medios para su realización y la consideración de los efectos concomitantes que van unidos a los factores causales elegidos. Mientras que el causalismo reduce la fase externa a la actuación de la voluntad como resultado causado por la fase interna, sin atender al fin perseguido por el autor, el finalismo ve en esta segunda etapa de la acción un proceso causal real dominado por la determinación del fin y los medios en la esfera del pensamiento del autor"[13].

Las ideas finalistas han sido adoptadas por juristas de la talla de MAURACH, NIESE, KAUFMANN, CEREZO MIR en Europa y de BUSTOS RAMIREZ, BACIGALUPO, POLITOFF en América, entre otros, quienes han tenido oportunidad de ampliar sus estudios e investigaciones como discípulos o colegas de WELZEL.

II. ELEMENTOS DE LA ACCION

Las distintas concepciones de la acción, a que hicimos breve referencia, presentan discrepancias en la determinación de los elementos integrantes de la misma.

En opinión de JIMENEZ DE ASUA, son tres los elementos de la acción, 1. Manifestación de voluntad; 2. Resultado; y 3. Nexo causal entre aquella y este.

13 NUÑEZ, Manual, Pág. 133.

NUÑEZ, por su parte, estima que en la composición de la acción entran: 1. la voluntad del autor; 2. el comportamiento exterior de éste; y 3. en los delitos que lo exigen, el resultado.

Entendemos que la acción está integrada por una **manifestación de voluntad** (actividad externa) y un **resultado.** Si bien el examen de los problemas que plantea la teoría de la **relación de causalidad,** forma parte del estudio de la acción, toda vez que mediante ella se establece cuando el resultado puede considerarse consecuencia material de la manifestación de voluntad externa del sujeto, no puede ser considerada como elemento integrante de la acción.

A. Manifestación de voluntad

"Se entiende por **manifestación de voluntad** -expresa LISZT -toda **conducta voluntaria;** es decir, la conducta que, libre de violencia, física o psicológica, está determinada, por las representaciones"[14].

Hay acción, por consiguiente, cada vez que exista la certidumbre de que el sujeto ha actuado **voluntariamente.** Le asignamos a la palabra **voluntad** el significado de "proceso anímico causante del comportamiento humano"; es decir, que la actitud corporal que se traduce en un hacer o no hacer debe responder a la decisión del individuo. Esta voluntad, por tanto, no necesita reunir los requisitos de **discernimiento, intención y libertad,** exigidos por el Derecho civil, para la validez de los negocios jurídicos, Basta con que la actitud corporal haya sido ordenada por el *suje*to[15].

Ahora bien, la manifestación de voluntad es la actividad externa del hombre. Ya dejamos expresado que al Derecho penal no le interesan los actos puramente internos, y que el delito es en todo caso un acontecimiento que se realiza en el mundo exterior, puesto que el acto psíquico que no se traduce en un comportamiento externo no es punible.

www.derechopenal.com

14 LISZT, II, pág. 285.

15 Así: FONTAN BALESTRA, I,424; ARGIBAY MOLINA, I, pág. 162.

La exteriorización de la voluntad puede presentarse como **movimiento corporal** (acción) o como **inactividad** del cuerpo del agente (omisión).

B. El resultado

La palabra "resultado" tiene en el lenguaje corriente diversas acepciones. Así, algunas veces es utilizada como sinónimo de "suceso" y con ella se designa cualquier hecho que se haya producido en la realidad fenoménica.

En el lenguaje jurídico, no obstante, se le atribuye un significado más amplio, alude "a la realización de un estado de hecho, de una situación en relación con el principio de causalidad y por eso es sinónimo de consecuencia, de efecto"[16].

Para MAGGIORE el resultado es "el efecto del acto voluntario en el mundo exterior, o más precisamente, la modificación del mundo exterior como efecto de la actividad delictuosa"[17].

FONTAN BALESTRA entiende por resultado: a) toda mutación en el mundo exterior, producida por el movimiento corporal que revela una manifestación de voluntad; b) la no mutación del mundo exterior, por la inactividad del sujeto de quien se espera la realización de un movimiento corporal[18].

No cabe duda que el resultado es un "efecto", pero debe aclararse que no es un efecto o consecuencia cualquiera, sino el efecto o la consecuencia prevista en la figura delictiva descrita por la ley; o sea, solamente aquella o aquellas modificaciones del mundo exterior que tienen valor frente a una determinada figura delictiva, en virtud de la cual se señalan los límites que determinan el campo en que tienen relevancia para el Derecho penal las modificaciones verificadas.

www.penalpanama.com

16 MASSARI, citado por ANTOLISEI, Francesco. La acción y el resultado en el delito. Trad. de J.L. Pérez Hernández. Editorial Jurídica Mexicana. México. 1959. pág. 132.

17 MAGGIORE, I,357.

18 FONTAN BALESTRA, I, pág. 425.

Ahora bien, el resultado puede presentarse, en la estructura del delito, o como **elemento constitutivo** o como **circunstancia agravante.** El resultado es elemento constitutivo en la estructura del delito, cuando su verificación **perfecciona** (consuma) la figura criminosa de que se trata. Así, por ejemplo, en el delito de homicidio (art. 311 del Código Penal panameño), el resultado muerte del sujeto pasivo es elemento constitutivo, ya que el delito de homicidio se perfecciona con la muerte *del* ofendido.

Por el contrario, el resultado ocupa el lugar de **circunstancia agravante,** dentro f de la estructura del delito, cuando su verificación no perfecciona la figura criminosa, que de por sí ya es perfecta, sino que solo agrava su entidad. Así sucede, por ejemplo, en el aborto provocado (arts. 327 y 328 del C.P.P.), en que la muerte de la mujer grávida no es elemento constitutivo, porque el delito de aborto se perfecciona aún cuando ella no ocurra, sino que su verificación agrava la entidad de ese delito. En este último supuesto, el título de delito no cambia y continúa siendo aborto, aún cuando no se verifique el resultado muerte que únicamente juega el papel de circunstancia agravante. De manera tal que existirá aborto aún sin que se verifique la muerte de la mujer. Pero, si esta se verifica, aumenta la gravedad del delito, y, con ella, la entidad de la pena.

Por ello, se puede afirmar que en ocasiones el propio tipo legal admite que un mismo hecho pueda producir **dos resultados,** uno de los cuales se toma como elemento constitutivo del delito, y el otro como circunstancia agravante. Se trata en esos casos de los delitos que la doctrina denomina "calificados o agravados por el resultado".

No debe entenderse por resultado únicamente el cambio que se opera en el mundo material; también es "resultado" la mutación en el mundo psíquico externo, como la impresión que sufre el sujeto pasivo de la injuria cuando la recibe en privado o enviada por carta.

El tiempo que transcurra entre la acci6n y el resultado es irrelevante. Así, para la existencia del delito de homicidio resulta indiferente que la

www.penunanama.com

muerte ocurra inmediatamente o cuando hayan transcurrido varios días desde la perpetración de la acción delictiva.

III. RELACIÓN DE CAUSALIDAD

Para que la modificación del mundo exterior (resultado) pueda incriminarse es preciso que exista un *nexo* causal o relación de causalidad, entre la acción y el resultado sobrevenido.

Con la determinación del nexo causal sólo se evidencia la causa material y lógica del resultado. La existencia de una relación subjetiva y moral entre el autor y la conducta, en virtud de la cual se acredite que la persona es la causa moral del resultado, es materia que corresponde indagar a la teoría de la culpabilidad, que luego estudiaremos. En este sentido ha expresado NUÑEZ, **"la teoría de la relación de causalidad** trata de establecer cuándo una modificación del mundo exterior, prevista como un resultado delictivo por la ley, corresponde a una persona como obra material suya. Es la **imputatio facti** de los antiguos criminalistas, llamada después, imputación física, distinta de la **imputatio juris** (imputación interna, imputación moral). Aquella es una cuestión inherente a la acción y al tipo; ésta, implica la cuestión de la culpabilidad".[19].

La comprobación de la existencia de una vinculación causal, o sea, la determinación de cuando una acción obra como causa de un resultado, presenta en la práctica numerosas dificultades.

Dentro de los límites que nos hemos trazado en esta obra, sería punto menos que imposible dedicar nuestra atención a las numerosas teorías que se han formulado sobre la relación de causalidad. Veamos, someramente algunas de las principales.

A. Teoría de la equivalencia de causas o de la "conditio sine qua non".

19 NUÑEZ. Manual. pág. 142

www.derechopenalonline.com

Se debe la formulación de esta teoría a VON BURI. De acuerdo con la misma debe considerarse causa toda condición particular del resultado, es decir, todo antecedente sin el que el resultado no se habría verificado.

"Si concretamente nos referimos a la acción humana, esta doctrina considera que es bastante que el acto haya intervenido en el concreto resultado, que encuentre un lugar en la constelación de condiciones que desemboca en el efecto jurídico, para que pueda entenderse como causa del resultado en su totalidad, si hipotéticamente suprimido ese acto no se hubiera producido el efecto. Esa actividad humana puede presentarse, si se examina el asunto cuantitativamente, como un mínimo en el conjunto de factores; pero ello no importa, ya que toda condición es absolutamente necesaria para la producción de la consecuencia en concreto[20].

De lo expresado se deriva que de acuerdo con esta doctrina, el nexo causal no se excluye por el concurso de circunstancias, de cualquier naturaleza que sean, extrañas al agente, tanto si son preexistentes, como una anomalía física que haga mortal una herida leve, ya sean concomitantes o sobrevivientes, como la acción de una tercera persona que arroje un liquido inflamable sobre el edificio al que se había aplicado anteriormente el fuego.

Por ello, se ha criticado a esta teoría que amplía en forma desmesurada la posibilidad de atribuirle a una persona la causación de un resultado delictivo.

Sus seguidores, no obstante, responden a esta objeción manifestando que la amplitud del concepto de causa encuentra un correctivo en el elemento psicológico del delito. Toda vez que la afirmación del nexo causal no es suficiente para establecer la responsabilidad penal, queda siempre la oportunidad de determinarla en sus justos límites, al momento de examinar el elemento culpabilista.

www.penalmente.com

20 JIMENEZ DE ASUA, III, pág. 548.

Algunos autores, sin embargo, estiman que la solución ofrecida no es satisfactoria, sobre todo por la existencia -muy recusable por cierto- de supuestos de responsabilidad objetiva, en donde la responsabilidad penal se determina prescindiendo de la culpabilidad del agente. Así, sucede por ejemplo en los delitos calificados por el resultado, o sea, aquellos que se sancionan más gravemente por el solo hecho de que se haya derivado de ellos un cierto resultado dañoso[21].

B. Teoría de la causalidad adecuada

Esta teoría tiene como punto de partida la distinción entre causa y condición. Considera causa sólo a aquella condición que generalmente es apropiada para producir tal resultado: o sea, que es "idónea en general" para determinarlo.

La apreciación de esa idoneidad en general se funda en la regularidad estadística, en un criterio de probabilidad. Y, por ello, se afirma que causa no es toda condición, sino sólo la condición adecuada al resultado.

Siguiendo esta corriente doctrinal, habrá que negarle valor de causa a todos aquellos elementos que no estén en relación de regularidad estadística con el resultado (causa atípica, inadecuada); en tanto, que sí deberá reconocérsele tal carácter a los antecedentes que, según la probabilidad estadística, están relacionadas con el efecto consiguiente (causa típica, adecuada).

En consecuencia, la doctrina de la causalidad presenta una notable diferencia frente a la de la equivalencia. En esta última no es admisible la interrupción del nexo causal: un hecho es condición de otro o no lo es; si lo es, su poder condicionante basta para determinarlo como causa. Para la doctrina de la adecuación, por el contrario, es admisible que un hecho anterior, concomitante o sobreviniente a la acción del sujeto, haga surgir otras consecuencias, que en el curso normal de los hechos no se

[21] Así, entre otros: ANTOLISEI. Manual. pág. 179

derivarían de la acción del sujeto. Cuando se presentan estos hechos se interrumpe el nexo causal.

Una de las consecuencias más Importantes, por tanto, de la doctrina de la causalidad adecuada, es la admisión de lo que se denomina "concausas". "Concausa -explica SOLER- se llamará a un fenómeno que, al actuar juntamente con la acción del sujeto, lleva a consecuencias que no corresponden al curso normal y ordinario de los procesos del tipo[22].

Se critica a esta teoría aduciendo que extiende exageradamente el campo de la irresponsabilidad penal.

C. Teoría de la condición más eficaz

Según esta teoría, tendría valor de causa aquella condición que, en el conflicto entre fuerzas antagónicas, desplegara eficacia preponderante. Reduce, por tanto, el valor de la causa, que es cualitativo, a una expresión cuantitativa; y aduce que la causa más eficaz no puede ser sino una sola.

Se le critica "que es difícil empresa traducir una causa humana con términos cuantitativos", y que, al determinar una sola causa como la más eficaz, impide resolver el problema de las causas concurrentes, incluyendo el de la participación delictiva de varias personas[23].

D. Teoría de la relevancia

El fundamento de esta teoría se afirma en que no es suficiente con establecer la existencia del nexo causal, sino que a la vez será necesario comprobar que tal vinculación causal tiene relevancia o importancia en relación con el tipo penal que viene en aplicación.

El propio MEZGER nos explica el sentido de esta teoría, en los siguientes términos: "Sólo una conexión causal adecuada fundamenta la responsabilidad penal. Pues aún en los casos en los que la acción es causal respecto al resultado, sólo podrá castigarse al agente por dicho

22 SOLER, I, pág. 290.

23 MAGGIORE, I, pág. 324.

www.penalpanama.com

resultado cuando la conexión causal es relevante, es decir, importante jurídicamente"[24].

Para concluir en lo ateniente a la relación de causalidad, creemos con MEZGER que debe establecerse, en primer término, la existencia del nexo causal, luego, comprobar si aquella relación causal tiene relevancia para el tipo delictivo que se aplica, y finalmente, contemplar si en efecto existe culpabilidad.

Es muy probable que la solución al problema la encontremos al analizar los tres supuestos -que a juicio de JIMENEZ DE ASUA- deben determinarse, en orden a la punibilidad de la responsabilidad del autor y que son los siguientes:

a) La relación causal entre la conducta voluntaria y el resultado, que ha de establecerse conforme al único criterio correcto en materia de causalidad; es decir, según la teoría de la equivalencia de condiciones.

b) La relevancia jurídica de la conexión causal, que ha de determinarse en cada tipo; es decir, en cada una de las descripciones típicas de la Parte especial de los Códigos investigando su sentido, para decidir concretamente si el nexo causal, que une evidentemente la conducta voluntaria al resultado, es relevante para considerar al agente como autor penable, conforme a la tipicidad legal.

c) La culpabilidad del sujeto en orden al resultado, que es un tercer momento de índole subjetiva, y. por ende de naturaleza totalmente distinta a la de los dos presupuestos anteriores[25].

IV. FORMAS DE LA ACCION

Hasta ahora nos hemos referido a la acción, en sentido amplio (lato sensu), es decir, comprensiva de las distintas formas que la misma puede presentar. Así entendida la acción comprende la omisión.

---

24 MEZGER, I, pág. 324.

25 JIMENEZ DE ASUA, III, pág. 571. Cabe señalar, además, que éste autor no deja de reconocer que siempre se presentarón casos excepcionales de resolución dificilísima.

www.derechopenalonline.com

A los efectos prácticos de nuestro estudio interesa, sin embargo, señalar aunque sea esquemáticamente las distintas formas que la acción puede presentar.

A. Acción como un hacer positivo: comisión

Comisión es la forma de acción que consiste en la realización de un comportamiento positivo, en un hacer aquello que no se debe hacer (facere quod non debetur).

Son delitos de comisión, por tanto, aquellos que se ejecutan por medio de movimientos corporales descritos en un precepto positivo, y, por ello, violatorios de una norma prohibitiva.

Este comportamiento positivo se presenta algunas veces como un solo acto. Otras, sin embargo, pueden fraccionarse en varios actos, o sea, como una serie o multiplicidad de movimientos corporales.

La duda que se plantea entonces es la de determinar cuando se trata de una acción y cuando estaremos en presencia de varias acciones, lo que permitirá a su vez establecer si estamos frente a uno o varios delitos.

La solución a este problema nos la brinda BETTIOL, al definir la acción en sentido estricto "como un movimiento muscular voluntario concretamente dirigido a la realización de un fin"[26]. Es precisamente, la **dirección hacia un fin** consciente lo que imprime a la acción un carácter unitario. De tal manera que, quien golpea varias veces con un puñal a una persona con el fin de ocasionarle la muerte, no realiza tantas acciones cuantas sean las heridas ocasionadas, sino que realiza una acción[27].

La unidad del fin, sin embargo, normalmente no es suficiente para imprimir su carácter unitario a la acción. Será siempre necesario, además, de que los actos estén guiados por una sola finalidad, que se desenvuelvan en un contexto de unidad, que sean **contextuales,** es

www.derechopenalparaelpueblo.com

26 BETTIOL, Derecho, pág. 207.

27 Así: ANTOLISEI, Manual. pág. 166.

decir, deben seguirse de manera inmediata, sin que exista una notable interrupción entre ellos.

Ahora bien, al examinar el extenso repertorio de los delitos previstos en el Libro Segundo del Código Penal, se advierte que en su mayoría están diseñados con el esquema mental de un hacer positivo. Así, por ejemplo, "apoderarse" en el hurto (art. 350); "destruir, romper o deteriorar" la cosa mueble, en el delito de perjuicios (art. 374); "obligar al comercio carnal", en la violación (art. 281). Ello, no obstante, en forma alguna significa que algunos de estos delitos no puedan cometerse en forma omisiva, como más adelante tendremos oportunidad de verificar.

B. Omisión

La conducta delictuosa también puede consistir en una **omisión,** es decir, en no hacer algo que se debe hacer **(non lacere qued debetur).**

En los delitos omisivos, por tanto, la acción se manifiesta mediante un no hacer que viola una norma impositiva o preceptiva (un mandato de acción), la cual exige actuar de una determinada manera.

Es preciso aclarar además que un determinado comportamiento adquiere la calidad de omisión, únicamente respecto de una **exigencia,** de una **norma** que impone al sujeto el deber de actuar. Por consiguiente, la omisión adquiere relevancia penal en contacto con una **exigencia jurídica,** con una norma penal contenida de un mandato.

En los delitos de omisión ésta se halla siempre tipificada, prevista expresamente en la ley, y su estructura es idéntica a los delitos de simple actividad (formales), por lo que también reciben el nombre de **delitos de simple inactividad;** en ellos la ley no exige la producción de un resultado, en el sentido de una modificación del mundo exterior[28].

De lo expuesto, podemos concluir que omitir en el ámbito del Derecho penal, no es en realidad un simple "no hacer nada"; sino desarrollar- una actividad contraria a la orden de una norma jurídica, o lo que es igual, no acatar una orden de actuar. Por ello, con sobrada razón,

28 RODRIGUEZ DEVESA, Derecho, Pág. 312-313.

MEZGER señala que "el fundamento de todo delito de omisión lo constituye **una acción esperada,** sin esta acción esperada no es posible hablar de omisión en sentido jurídico. Y con ello obtiene la total teoría del delito de omisión su firme base"[29]. En la omisión, por tanto, el agente infringe un mandato, y, por ello, es sancionado.

C. Comisión por omisión

Además de las dos formas de acción a que hicimos referencia, la doctrina alemana advierte una tercera que ha denominado "comisión por omisión" o de "omisión impropia".

BACIGALUPO considera incorrecta la expresión "delitos de omisión impropia" y la sustituye por la de "delitos impropios de omisión", al estimar que la impropiedad se refiere al delito, no a la omisión, que como tal, se da o no se da, pero no es propia ni impropia[30].

Tradicionalmente se ha indicado que la comisión por omisión se presenta cuando se logra una verdadera mutación en el mundo exterior, no haciendo aquello que se espera del agente. Estaríamos en presencia de un delito de comisión por omisión, por tanto, en aquellos casos en los que el sujeto al omitir una conducta produce un resultado.

Así, en *e*l ejemplo clásico de la madre que deja morir al hijo por no prestarle los alimentos debidos, se dice que ocasiona con tal omisión un delito de homicidio.

En opinión de SOLER, "el hecho de la madre de no amamantar al hijo no es punible (no es delito de omisión); pero la madre que para matar al hijo (resultado positivo y comisivo) resuelve abstenerse de amamantarlo (omisión) y lo ejecuta, realiza un delito de comisión por omisión. Para ella, la omisión (no amamantar) no es más que un medio para matar"[31].

www.penumbra.com.pe

---

29 MEZGER, I, pág. 289.

30 BACIGALUPO, Enrique. Lineamientos de la teoría del delito. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1974. pág. 157. Sobre el particular, confrontese al respecto: BACIGALUPO. Enrique. Delitos impropios de omisión. Ediciones Pennedille. Buenos Aires, 1970.

31 SOLER, I, 307.

Según este autor, por tanto, en estas figuras delictivas, lo punible no es la omisión en sí misma, sino que lo es cuando de ella se ha hecho un medio para cometer el delito.

Para RANIERI lo que caracteriza los delitos de comisión por omisión es que en ellos *e*l sujeto "viola un mandato de acción, junto con una prohibición de comisión, o sea que el agente no hace lo que debe hacer, ocasionando con ello un resultado que no debe ser ocasionado". En el ejemplo de la madre que deja morir de hambre a su hijo, consuma el delito de homicida, pero la forma del delito es comisiva mediante omisión, porque la madre, al no hacer lo que debe hacer (omisión), ocasiona un resultado que no debe ser ocasionado (comisión)[32].

Estimamos, sin embargo, que si bien en los delitos de comisión por omisión la acción se presenta, al igual que en los delitos de omisión, como una inactividad, deben ser apreciados como una especie de los delitos de comisión. Arribamos a esta conclusión porque en la comisión por omisión la norma violada tiene carácter prohibitivo como en los delitos de comisión.

Lo que sucede es que frente a una norma prohibitiva, su infracción puede consistir en la ejecución física del resultado, como en una omisión que lleve al mismo resultado, si de otra parte, el agente está en el deber jurídico de evitarlo.

Por ello, RODRIGUEZ DEVESA, en forma por demás acertada, ubica el estudio de los delitos de comisión por omisión dentro de los delitos de resultado o delitos materiales, "porque la problemática de estas formas de comportamiento humano (comisión por omisión) se reduce a determinar si la omisión puede equiparse a la acción (comisión) cuando de la causación de un resultado se trata"[33].

Veamos un ejemplo: El artículo 311 del Código penal panameño incrimina *como* homicidio "causar la muerte de otro". El tipo de homicidio

www.penalpanama.com

32 RANIERI, I, pág. 298.

33 RODRIGUEZ DEVESA, Derecho, pág. 313,

aparece concebido, por tanto, *como* una norma prohibitiva: se prohíbe causar un determinado resultado, o sea, causar la muerte.

La interrogante que se presenta en orden a la solución del problema planteado es la siguiente: ¿Cuándo y bajo qué condiciones el no evitar el resultado muerte de otro es equivalente a la conducta positiva de matar?

Trasladando el problema al ejemplo de la madre que deja de amamantar a su hijo, cabría preguntarse: ¿cuándo la omisión de la madre de alimentar a su hijo es equivalente a matarlo mediante un hacer activo?

El problema central que presenta, por tanto, esta tercera forma intermedia de acción, consiste en determinar en qué condiciones la no realización de una acción (omisión) tendiente a evitar un resultado previsto en una norma prohibitiva, puede ser equivalente a la realización activa (comisión) de ese resultado[34].

La doctrina dominante reconoce que el no impedir un resultado se equipara a su causación, cuando en el agente existe el deber jurídico de evitarlo.

Con la finalidad de restringir el radio de acción de este deber de evitar el resultado, y toda vez que los Códigos penales no definen las condiciones en las cuales la omisión es equivalente a la realización activa del resultado del delito, aparece en la doctrina alemana "la posición de garante".

"La función de garantía -expresa MAURACH- implica una posición especial del afectado por la obligación frente a la masa de los restantes sujetos" y, luego agrega: "al sujeto no solamente se le impone un simple deber de acción, esto es un simple deber de actuación, *sino* un deber precisamente dirigido a evitar el resultado típico que amenaza: el especialmente obligado debe responder frente a la sociedad de que el resultado no se producirá" y más adelante, al referirse a los "impropios delitos de omisión", añade: "la ley, por la objetiva y personalmente incrementada esfera de deberes, tiene el derecho a exigir la evitación del

www.penumbraarma.com

34 En este sentido: BACIGALUPO, Lineamientos, pág, 156.

resultado, y a equiparar **el garante** que omite contrariamente a su deber, al autor de un hecho comisivo"[35].

Tenemos, pues, que en los casos que la doctrina denomina de comisión por omisión, la punibilidad está subordinada a la existencia de dos supuestos: a) la **obligación de realizar una acción** (deber jurídico de actuar: impedir el resultado); y b) **la posibilidad,** mediante esa acción, **de evitar el resultado prohibido por la norma.**

De manera tal que podemos afirmar que desaparece la posición de garante, y, por consiguiente la omisión no será considerada punible, en todos aquellos casos en que el sujeto no está en capacidad de realizar la conducta que ha omitido, o cuando si la hubiese realizado no se habría podido evitar tal resultado.

La obligación de impedir el resultado prohibido surge, en opinión de RANIERI, exclusivamente de una norma jurídica, "cualquiera que sea, y, por lo mismo, no solo de una norma de derecho penal, sino del derecho público o del derecho privado en generar[36]".

MAURACH, por su parte, delimita las fuentes de que surge la posición de garante en cuatro situaciones especiales: a) **fundamentación legal** (una orden de la ley) b) la **libre aceptación** (relación contractual, relaciones de confianza); c) **pertenecer a especiales comunidades de vida o de peligro** (deber de cuidado con ciertos parientes desvalidos, deber del marido de impedir la prostitución de la mujer); y d) **conducta Interior peligro.** (quien por descuido encierra a una persona, se hará culpable de secuestro si no la pone inmediatamente en libertad)[37].

De cuanto dejamos expuesto, puede concluirse que por regla general la mayoría de las figuras delictivas que aparecen configuradas como de acción (comisión) en las que se exige un resultado material, pueden ser cometidas por omisión (inactividad), siempre y cuando que

---

35 MAURACH, II , págs. 284-285.
36 RANIERI, I, pág. 356.
37 MAURACH, II, págs. 286-290.

esa inactividad lleve al mismo resultado material previsto en la norma, salvo los casos en que las especiales peculiaridades o características del tipo no lo permitan.

V. LAS CLASES DE DELITOS SEGUN LA ACCION

Por razón de las características de la acción, a más de la división básica de delitos por acción y por omisión que acabamos de examinar, se pueden hacer otras clasificaciones. Así, en relación con la clase de acción: 1. **unisubsistentes y plurisubsistentes. 2. instantáneos y permanentes;** en cuanto al resultado: 1. **formales y materiales; 2. de daño y de peligro.**

A. Delitos unisubsistentes y delitos plurisubsistentes

Son delitos unisubsistentes aquellos que para su consumación basta un solo acto, como es el caso de la injuria que se realiza profiriendo una sola palabra ofensiva. Esta distinción es importante porque dichos delitos no admiten tentativa.

Se denominan delitos **plurisumistentes,** por el contrario, aquellos que exigen para su consumación una pluralidad de actos. En estos delitos la conducta está integrada por un conjunto de actos, cada uno de los cuales forma parte del proceso ejecutivo criminoso. Así, por ejemplo la falsedad en documento privado prevista en el artículo 237 del Código penal panameño, que requiere la fabricación o alteración de un documento privado y luego hacer uso de él, por sí o por medio de otra persona.

B. Delitos instantáneos y delitos permanentes

Son delitos **instantáneos** los que se consuman en un momento que no puede prolongarse en el tiempo. Para determinar el carácter de instantáneo la doctrina se atiene fundamentalmente al **verbo rector,** es decir, al que define la conducta o el resultado en la figura típica respectiva. "La forma o el modo de ejecución del delito, a juicio de FONTAN BALESTRA, tiene poco significado para esta distinción, ya que

www.derechopanama.com

la prolongación en el tiempo del proceso ejecutivo no es lo que importa, sino el tiempo de la consumación"[38]. Ejemplo: el homicidio es un típico delito instantáneo, porque la muerte se produce en un solo momento que determina la consumaci6n, y no pierde ese carácter por el hecho de que su ejecución se prolongue en el tiempo.

Delitos **permanentes** son aquellos que permiten que el acto consumativo se prolongue en el tiempo. En estos delitos el verbo rector que describe la conducta delictiva permite que la consumación sea continua e invariablemente típica, antijurídica y culpable, durante un tiempo que puede prolongarse. De manera tal que durante todo ese período el delito se está consumando[39]. Así, por ejemplo, en los delitos contra la libertad individual (art. 132 del C.P.) y el rapto (art. 291 C.P.) en los que los verbos "privar" de su libertad y "secuestrar" contenidos en la descripción de estas figuras delictivas admiten que el hecho se consume en un tiempo que se prolonga y la consumación únicamente cesa cuando el sujeto activo deja en libertad a la víctima.

C. Delitos formales y delitos materiales

La clasificación de los delitos en formales y materiales se vincula al resultado. Son delitos **formales** aquellos que se consuman por una simple **acción** del hombre, que basta, por sí sola para infringir la ley. En tanto que los delitos **materiales** necesitan, para ser consumados, que se produzca un **resultado,** que es lo que únicamente se considera como infracción de la ley.

Gran parte de los autores modernos, sin embargo, rechaza la diferencia de los delitos en materiales y formales, e incluso se ha llegado a negar -con bastante fundamento- que pueda construirse la figura de un delito sin resultado.

Es evidente que al referirnos a delitos **formales** en forma alguna estamos indicando que haya delitos sin resultado, sino que aludimos a

38 FONTAN BALESTRA. I. pág. 481.

39 FONTAN BALESTRA, I, pág. 482.

aquellas figuras delictivas en las que **el resultado coincide en el tiempo con la acción;** en tanto de que los delitos **materiales** para su consumación **requieren de un resultado distinto en el tiempo del movimiento corporal constitutivo de la acción propiamente dicha.**
De acuerdo con este criterio, los autores alemanes prefieren utilizar las expresiones "delitos de pura conducta" o de "simple actividad", en los que el resultado coincide con la conducta (falso testimonio); y "delitos de resultado", en los que el resultado no coincide con el proceso ejecutivo criminoso, es decir, se produce en un momento ulterior.

D. Delitos de lesión y delitos de peligro

A diferencia de la clasificación anterior que se fundamenta en el resultado del delito, la distinción entre delitos de lesión y de peligro atiende al perjuicio que es inherente a la conducta criminal, o sea, a la ofensa del bien jurídico protegido en la norma penal.

La tutela penal que en las figuras delictivas se otorga a los bienes jurídicos tiene un doble alcance: unas veces se tutela el bien jurídico frente al daño consistente en su destrucción o disminución; otras veces, se protege el bien jurídico no del daño concreto que pueda ocurrirle, sino del peligro que pueda amenazarle. Según que la tutela recogida en la figura penal tenga una u otra significación puede hablarse de delitos de daño y delitos de peligro.

Así, por ejemplo, el delito de homicidio (art. 311) es de daño, pues importa la destrucción del bien jurídico de la vida; el delito de disparo de arma de fuego en poblado (art. 325b) es de peligro, pues implica únicamente una amenaza contra ese mismo bien jurídico.

Algunos autores, a su vez distinguen, en el ámbito de los delitos de peligro, entre delitos de peligro concreto o efectivo y delitos de peligro presunto. En los primeros el peligro debe presentarse y demostrarse en cada caso enjuiciado; en los segundos, el peligro se considera

www.penumarmo.com

presuntivamente supuesto en la conducta descrita en el tipo, sin que se admita en ningún caso prueba en contrario sobre su existencia[40].

"También se subdividen los delitos de peligro en delitos de peligro individual y de peligro común, en atención a si el peligro amenaza únicamente a la persona contra la que se dirige la conducta o a una pluralidad de personas determinadas en el tipo. Es delito de peligro individual el previsto en el artículo 331 del Código penal (abandono de un niño menor de 12 años o de una persona incapaz); en tanto que son delitos de peligro común o general, los previstos en el Título X, del Libro Segundo, bajo el epígrafe de "delitos contra la seguridad pública".

VI. ASPECTOS NEGATIVOS DE LA ACCION

Hasta época reciente discutió la doctrina si efectivamente gozaba o no de **sustantividad** el aspecto negativo de la acción (ausencia de acción), dentro de la dimensión negativa de los caracteres del delito.

Cabe reconocer que fueron los penalistas alemanes quienes fijaron con toda exactitud las causas negadoras de los elementos constitutivos de la acción, con independencia de la imputabilidad o de la inculpabilidad.

En este orden de ideas, MEZGER excluía del campo de la responsabilidad penal por **falta de acción,** dos grupos de procesos: los llamados movimientos reflejos y los movimientos realizados bajo el influjo de una fuerza irresistible (casos de la llamada **vis absoluta)**[41].

Puede afirmarse, en términos generales, que toda conducta que no sea voluntaria (entendida como espontánea) y motivada, supone **ausencia de acción.**

Siguiendo las enseñanzas de JIMENEZ DE ASUA, los auténticos casos de ausencia de acción, pueden contemplarse en las siguientes categorías:

www.derechopenalonline.com

40 JIMENEZ HUERTA, Mariano. La Tipicidad. Editorial Porrúa, S.A. México, 1955. pág. 101.

41 Citado por JIMENEZ DE ASUA, III, pág. 688.

A. El sueño y el sonambulismo

El sueño y el **sonambulismo** son estados que impiden o anulan la incapacidad de movimiento del individuo, y en los que indudablemente falta la posibilidad de conducta incriminable.

Otros autores también incluyen los casos de parálisis, la fiebre muy alta y los desmayos, porque en todos ellos puede afirmarse que el sujeto carece de voluntad[42].

B. La sugestión y la hipnosis

Cuando la **hipnosis** o la **sugestión** alcanzan un grado extremo no existe acción en el sujeto, si bien es necesario que el individuo permanezca aislado de la espontánea decisión y de su libre y resolutoria actitud de voluntad.

C. La inconsciencia

La inconsciencia en sus grados más altos (absoluta) supone la anulación del movimiento voluntario, y, por consiguiente, ausencia de acción humana.

Están excluidos, pues, de la esfera de la acción los **movimientos reflejos, es** decir, esos movimientos musculares que se presentan como reacciones inmediatas e involuntarias a un estímulo externo o interno.

D. La fuerza física irresistible (vis absoluta).

La fuerza física irresistible (vis absoluta) consiste en una coacción fuerte, violenta, de índole física, en la que el sujeto queda materialmente a merced del violentador, convertido en una especie de autómata. En estos casos se pierde el dominio y la dirección de la conducta humana, y, por ello, no es posible hablar de acción: de tal manera que el violentado se convierte en una especie de **instrumento** en manos de quien realiza la violencia física, quien es en realidad el que realiza la acción, constituyéndose, por tanto, en autor del delito.

www.derechopanama.com

42 FONTAN BALESTRA, I, pág. 470.

Debe distinguirse, no obstante, la **vis absoluta** de la **vis compulsiva** o coacción moral, en la que la calidad de acción perdura, porque el movimiento del sujeto, a pesar de estar constreñido moralmente, responde a una manifestación de su voluntad, siendo necesario en estos casos buscar la excención de la responsabilidad criminal en la ausencia de culpabilidad, como más adelante tendremos oportunidad de comprobar.

Finalmente, resulta de interés anotar que la fuerza irresistible que afecta al sujeto violentado puede provenir de un acto humano o de un hecho de la naturaleza. En el primer caso hablaremos de **vis absoluta,** que, tal como hemos dejado espuesto --pone el resultado a cargo del sujeto que la ejerce, y en el segundo simplemente de **fuerza mayor,** irrelevante para el derecho penal, pues no hay acción humana alguna que autorice, no ya el desvío de la relación imputativa, sino la relación psicofísica misma.

www.penjurpanama.com

CAPITULO X
LA TIPICIDAD

I. CONCEPTO
II. EVOLUCIÓN HISTÓRICO-DOGMÁTICA DE LA TIPICIDAD
III. FUNCIÓN DE LA TIPICIDAD
   A) Función de garantía
   B) Función calificadora de los demás elementos del delito
      1. tipicidad y acción
      2. tipicidad y antijuridicidad
      3. tipicidad y culpabilidad
   C) Función delimitadora de los delitos en particular
IV. ESTRUCTURA DEL TIPO
   A) Elementos del tipo
      1. verbo del tipo
      2. sujetos
      3. objetos
   B) Característica del tipo
      1. descriptiva
      2. normativa
      3. subjetivas
V. CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS
   A) Tipos normales y tipos anormales
   B) Tipos básicos y tipo especiales
   C) Tipos de ofensa simple y tipos de ofensa compleja
   D) Tipos autónomos y tipos subordinados
   E) Tipos de formulación amplia y tipo de formulación casuística
VI. CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA TIPICIDAD.

www.benjurpanama.com

I. CONCEPTO

Al definir el delito dejamos expuesto que es "acción típicamente antijurídica y culpable". La **tipicidad, la antijuridicidad** y la **culpabilidad** son, por tanto, los tres elementos que convierten una acción en delito.

En el presente capítulo trataremos de la **tipicidad** como uno de los elementos o caracteres esenciales del hecho ilícito.

La elaboración de la tipicidad como elemento primario del delito es de reciente data; se debe fundamentalmente a la obra de BELING ("Lehre vom Verbrechen", 1906) y se originó en la necesidad de solucionar los distintos problemas que presentaba la determinación del significado de la palabra "tatbestand", contenida en el parágrafo 59 del Código Penal alemán (1871), alrededor del cual giraba en dicha legislación la teoría del error y parte de la del dolo[1].

Para aseverar que una determinada conducta es delictuosa es necesario en todo caso establecer que es **típica,** es decir, adecuada y subsumible en un tipo penal. Por **tipicidad** entendemos, por tanto, la cualidad de una acción de identificarse con la prevista en una figura delictivo, o dicho en otras palabras, la exigencia de que la conducta se adecue, se subsuma en la totalidad de los requisitos contenidos en la previsión legislativa. Y por ello, no debe confundirse la tipicidad con la expresión **tipo penal o tipo legal** o, simplemente, **tipo,** que es la "descripción concreta de la conducta prohibida"[2], o sea "el molde abstracto, la explicación básica de cada conducta, la definición que de ella hace la ley penal, en la parte especial del Código"[3].

www.peruanista.com

---

1 FONTAN BALESTRA, I. pág. 26. Resulta de interés anotar que el Código Penal de 1871 fue reformado el 1o. de enero de 1975, modificándole sustancialmente la Parte General, De ello da cuenta el profesor HANS H. JESCHECK en artículo Intitulado "El nuevo Derecho Penal Alemán en el contexto Internacional", publicado en la Revista UNIVERSITAS. Vol. XIII. Diciembre de 1975, Pág. 163-175.

2 Así: WELZEL. pág. 76; DEL ROSAL. I, pág, 708.

3 ARGIBAY MOLINA, I, pág. 192

Si hubiéramos de definir qué es el tipo y su contenido, bastaría con afirmar que "es una descripción del injusto penal", o "un injusto penal, descrito en un precepto vigente". No obstante, creemos de mejor efecto didáctico la definición que proporciona RANIERI, al indicar que "tipo (modelo o figura) legal es el conjunto de los elementos que, según la descripción contenida en los preceptos de las normas penales, componen los hechos humanos que están prohibidos u ordenados con la amenaza de una pena"[4].

El tipo, por consiguiente, es una figura puramente conceptual, que describe formas posibles de conducta humana, o sea, una abstracción de supuestos de hecho.

Cuando nos referimos a la estructura de la ley penal señalamos al tipo y la punibilidad con sus dos elementos integrativos. El tipo -dijimos entonces- contiene la descripción normativa de todos los elementos constitutivos de una figura delictiva determinada o específica, es decir, la conducta humana desvalorada.

Aún cuando utilizamos las expresiones "tipo legal" y "figura legal" como sinónimos, no por ello dejamos de reconocer que algunos autores otorgan a las mismas diferentes significados. En ese sentido se advierte que sólo son **tipos** aquellas descripciones que trazan los elementos básicos o esenciales de la conducta que se quiere declarar punible. En tanto que denominan **figuras** aquellas que agregan al esquema básico otras circunstancias, sin que lo alteren en su esencia y síntesis. Así, por ejemplo, en el caso del homicidio, el artículo 311 del Código penal panameño, es el tipo legal y los artículos 312 y 313 (homicidios agravados), 316 (infanticidio) y 318 (homicidio culposo) son figuras delictivas.

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICO DOGMÁTICA DE LA TIPICIDAD

Si bien los autores reconocen antecedentes remotos al concepto de tipo, no es sino a partir de BELING cuando se tiene conciencia de su

4 RANIERI, I, pág. 163.

significación en la dogmática de los caracteres del delito, y, sobre todo se reduce su conocimiento (según concepciones anteriores el tipo comprendía la totalidad de los caracteres del delito), hasta quedar encajado, como una pieza más, en la mecánica de la estructura del delito"[5].

En el año de 1906 BELING formaliza el concepto de tipo; le otorga rango categorial, al lado de la acción y de la antijuricidad, y lo concibe en su acepción abstracta, como uno de los caracteres del delito.

Dentro de la concepción de este autor la tipicidad es puramente descriptiva, es decir, completamente objetiva, y para acentuar la independencia del tipo frente a la antijuricidad y la culpabilidad, sostuvo que el tipo no contenía "ningún juicio de valor" y que estaba libre de todo elemento subjetivo.

Con la finalidad de superar la "neutralidad valorativa" del concepto de tipo de BELING, surge una nueva concepción de MAX ERNST MAYER, para quien la tipicidad no es meramente descriptiva, sino indicio de la antijuricidad, aunque no sea su fundamento, y observa acertadamente que los tipos penales contienen elementos referidos al sujeto activo del delito (elementos subjetivos del tipo) y otros elementos que implican nociones normativas (elementos normativos del tipo),

MAYER, por consiguiente, concibe el tipo, como la ratio cognoscendi, aunque no como ratio essendi de la antijuricidad[6]. Así entendida la tipicidad, cabria señalar que no toda conducta típica es antijurídica, pero si toda conducta típica es, indiciaria de antijuricidad, porque en toda conducta típica hay una probabilidad de antijurícidad.

Posteriormente el concepto de tipo se modifica por obra de MEZGER, quien afirma que la tipicidad denota, con su sola presencia, la existencia de la antijuricidad. Al tratar la tipicidad dentro del estudio de la antijuricidad adopta este autor una posición diamentralmente opuesta la

www.derechopanama.com

5 Ver: DEL ROSAL, I. pág. 709-710.

6 MAYER, citado por FONTAN BALESTRA, I, pág. 342.

de BELING, y declara: "el que actúa típicamente actúa antijurídicamente, en tanto no exista una causa de exclusión del injusto[7]. Según este autor, el tipo jurídico-penal es fundamento real y de validez (ratio essendi) de la antijuricidad, aunque a reserva, siempre, de que la acción no aparezca justificada en virtud de una causa especial de exclusión del injusto. Si ello ocurre, la acción no es antijurídica, a pesar de su tipicidad.

En la actualidad reviste singular importancia la remodelación que de la teoría del tipo realiza WELZEL, fundador del finalismo.

En WELZEL, el papel del tipo, a más de su condición de carácter del delito, en su doble perspectiva -tipo objetivo y tipo subjetivo-, inscrito en sendos capítulos del delito doloso y culposo, adquiere una mayor trascendencia en la teoría del delito. Así, considera el tipo objetivo como "el núcleo real-material de todo delito. Delito no es únicamente voluntad mala, sino que voluntad mala que se realiza en un hecho. El fundamento real de todo delito es la objetivación de la voluntad en un hecho externo. El hecho externo es, por ello, la base de la estructuración dogmática del delito. La objetivación de la voluntad encuentra su expresión típica en las circunstancias del hecho objetivas, que pertenecen al tipo objetivo. Este llamado tipo objetivo no es de ningún modo algo externo puramente objetivo, que estuviera, absolutamente libre de momentos subjetivo-anímicos. Ya las acciones objetivas de "apropiarse", de "engañar", pero también las de "coaccionar", de "sustraer", como en general todas las acciones de los tipos de delitos dolosos, no pueden ser aprehendidas suficientemente sin la tendencia de la voluntad que las conduce y las anima. El tipo objetivo no es objetivo en el sentido de ajeno de lo subjetivo sino en el sentido de lo objetivado. Comprende aquello del tipo que tiene que encontrarse objetivado en el mundo exterior"[8].

Para este autor, por tanto, la acción o el comportamiento humano delictivo, no es sólo exterior y objetivamente tipificado, sino que debe ser

www.derechopenalonline.com

7 MEZGER, I, pág. 376,

8 WELZEL, pág. 93

ejecutado dolosa o culposamente, por lo que es preciso reconocer la existencia de un tipo subjetivo, puesto que la acción objetiva requiere la ejecución finalísticamente dolosa y en cuanto al delito culposo el acto no está típicamente descrito, toda vez que constituyen "tipos abiertos" o "necesitados de complementación", con lo que la instrumentalidad del tipo es secundaria, porque la función de complementación la realiza el juez.

Estimamos, no obstante, que cualquiera que sea el papel que se le asigne a la tipicidad en la teoría jurídica de! delito, es indudable que no puede discutirse su significación decisiva, por lo menos, a los efectos de concretizar y señalar lo injusto; como punto de unión de todos los caracteres del delito, al que han de conectarse **subordinadamente,** puesto que la antijuricidad y la culpabilidad han de serlo en referencia a la figura rectora que el legislador ha trazado en el artículo concreto de la Parte especial del código (de los delitos en particular).

III. FUNCIÓN DE LA TIPICIDAD

La doctrina moderna reconoce a la tipicidad una triple función: a) de garantía; b) calificadora de los demás elementos del delito; y c) de determinación de los delitos en particular[9].

A. Función de garantía

El tipo cumple en primer lugar una función de garantía y se presenta *como* una expresión propia del Derecho penal, equivalente al principio de estricta legalidad: **"nullum crimen sine lege".**

Toda vez que el ordenamiento jurídico penal sólo quiere sancionar aquellas, conductas que *son* intolerables para la vida en comunidad, se ve en la necesidad, de especificar objetivamente en las disposiciones penales las conductas que prohíbe.

La ley penal, por tanto, debe describir la materia de sus prohibiciones en fórmulas claras y precisas, a fin de evitar que dentro de

9 FONTAN BALESTRA, II, pág. 32-33.

www.derechopanama.com

las mismas se puedan comprender conductas distintas de las que ha querido sancionar.

La exigencia de la descripción objetiva lo más exacta posible de *los* distintos modelos de conducta punible tiene su fundamento en el principio de estricta legalidad, consagrado en nuestra Constitución Nacional en su artículo 30, que a letra dispone: "Sólo serán penados los hechos declarados punibles por Ley anterior a su perpetración y exactamente aplicable al acto imputado".

Como lógica consecuencia de este principio constitucional se deduce que la ley penal tiene que describir de un modo exhaustivo la materia de sus prohibiciones (tipo penal), mediante la indicación de las diversas características de la conducta que se declara punible. "No hay delito sin tipicidad", equivale a decir *"no* hay de*lito* sin ley previa que *lo* describa".

En este sentido puede afirmarse que una determinada conducta no puede ser delictiva, no obstante su evidente ilicitud, en tanto no esté comprendida en un tipo penal.

"Es indudable que el delito es acción antijurídica. Pero si no fuera más que esto -expone MEZGER- cualquier precepto del sistema jurídico podría ejercer influjo decisivo en esta fundamental característica del hecho punible. El Derecho Penal se hallaría entonces en una situación extremadamente desagradable y peligrosa el más importante presupuesto de la pena (la antijuricidad) sería dependiente de manera inmediata de la multitud inabarcable con la vista y en constante cambio, de las normas jurídicas en el total ámbito del Derecho. El Derecho Penal, que lleva en sí, por definición, los ataques más sensibles y profundos en el patrimonio, en la libertad, en el honor, incluso en la vida de los ciudadanos, caería en un estado insufrible de incertidumbre, de falta de seguridad. Por ello resulta imprescindible que él mismo se procure el adecuado remedio y la claridad indispensable para que en su ámbito la antijuricidad, por lo menos en lo que concierne a la fundamentación del delito, aparezca determinada de manera precisa e inequívoca. El

www.derechopenal.com

Derecho Penal ha creado esta necesaria claridad mediante un medio extraordinariamente ingenioso: mediante el tipo[10].

De modo tal que los preceptos penales se diferencian de los demás preceptos contenidos en normas que pertenecen a otras ramas jurídicas, por cuanto que determinan con precisión la forma de todo hecho punible, y por ello, no existe delito que no sea típico, que no tenga una especial y previa descripción en un precepto penalmente sancionado. Cuanto más progresa el Derecho punitivo tanto más precisa es la determinación de los tipos penales.

Todo esto pone de relieve que el mundo de significación y trascendencia jurídico penal está contenido en los tipos; lo que no es típico no interesa a la valoración jurídico penal.

De otra parte, la exigencia de que las leyes penales describan con toda presión las características de la conducta delictiva, elimina toda posibilidad de analogía. Con sobrada razón FONTAN BALESTRA observa que de "nada valdrían las descripciones contenidas en la ley si se aceptara que, además de las conductas contenidas en los tipos, pueden penarse otras semejantes, o que tales acciones puedan constituirse en delito conforme a cualquier índice de valoración que permita hacer el juicio a posteriori. Ningún valor puede tener la limitación que los códigos penales imponen, si tal limitación se transforma en una simple enumeración ejemplificativa, y ningún objeto el estudio de la legislación penal, si en la práctica cada juzgador ha de resolver conforme a su voluntad"[11].

www.derechopenarios.com

B. Función calificadora de los demás elementos del delito

1. Tipicidad y acción

La acción para que sea delictiva debe ser típica, es decir, ha de adecuarse perfectamente a la materia de prohibición (en que el tipo consiste) contenida en la previsión legislativa.

---

10 MEZGER. I. págs. 363-364.

11 **FONTAN BALESTRA, II, págs. 31- 32.**

Precisamente en esta característica radica la función de garantía de la tipicidad, cuyo fundamento -tal como dejamos expuesto- aparece consagrado en el artículo 30 de la Constitución Nacional.

Ahora bien, el tipo describe la conducta materia de prohibición mediante un verbo rector, que "reviste la trascendente importancia de encerrar la verdadera esencia o núcleo del tipo"[12]. Así tenemos, en el tipo de hurto (art. 350), el verbo "apoderarse", en el tipo de peculado (art. 153) los verbos "apropiarse", "sustraer" o "malversar" etc.

Cuando hacemos alusión a un "verbo rector" pretendemos diferenciarlo de otros verbos o formas verbales que la ley suele emplear para describir una misma conducta y cuya función es accesoria. A menos de que se trate de un tipo que acabamos de citar, únicamente existe en cada tipo un verbo rector. Así, por ejemplo, en el delito de ofensas al pudor, la conducta consiste en "ofender" el pudor o las buenas costumbres con actos ejecutados en lugar público" (art. 289); en este caso el verbo rector es ofender, porque en eso precisamente consiste sustancialmente la conducta que se desea incriminar; el otro verbo "ejecutando" tiene un papel secundario, por cuanto sirve tanto solo para calificar una simple modalidad de la conducta.

2. Tipicidad y antijuridicidad

Dentro del examen de las relaciones de la tipicidad con otros elementos del delito, ha sido de mayor preocupación I de la doctrina el tema que se refiere a su relación con la antijuridicidad, tal como se advierte en la evolución histórico-dogmática que de la tipicidad indicamos en el apartado correspondiente.

Resulta evidente que tipicidad y antijuricidad son elementos independientes; no obstante, es preciso negar la concepción original de BELING, según la cual la **tipicidad** importa **pura descripción,** en tanto que la **antijuricidad** encierra un **juicio de valor,** referido a la norma.

www.penalpanama.com

12 JIMENEZ HUERTA, La tipicidad. pág. 69.

En opinión de FONTAN BALESTRA, "aquellos actos para los que el Código penal fija pena, son antijurídicos Y la ley penal los califica de típicamente antijurídicos. Se efectúa así una doble valoración: como consecuencia de la primera, se califica el acto de antijurídico; por obra de la segunda, resulta penalmente relevante, es decir, típicamente antijurídico"[13].

Estimamos que la relación entre tipo y antijuricidad debe analizarse desde dos situaciones distintas. La primera hace relación con el momento en que la ley **crea** el tipo, en él indudablemente la noción de antijuricidad debe estar presente, puesto que sin ella no seria posible justificar la existencia de un delito específicamente considerado. Una segunda situación se presentaría en el momento en que se ejecuta la acción que encuadra en las previsiones del tipo, es decir, cuando dicha conducta es típica. En este caso, la adecuación típica de tal comportamiento no lo convierte por si solo en antijurídico, sino que será necesario verificar si tal conducta es contraria al ordenamiento jurídico en su conjunto. Y es que el ordenamiento jurídico no se compone sólo de normas, sino también de preceptos permisivos (autorizaciones), de manera tal que una conducta típica puede adecuarse perfectamente en una causa de justificación, y, por tanto, no ser antijurídica. Como es el caso de quién causa la muerte de otro en legítima defensa. En estas hipótesis se afirma que la conducta no es adecuada al tipo del artículo 311 del Código penal, que prevé el homicidio simple, sino al artículo 47, que regula el caso de **quien mata a otro obligado a ello por una violencia grave e injusta que no ha podido eludir ni resistir de otra manera.**

3. Tipicidad y culpabilidad

La vinculación subjetiva del hombre con la acción que ha realizado es independiente de que aquella sea típica o no. Cuando se mata a otro bajo coacción o por error, se ha ejecutado una acción que es susceptible de ser encuadrada perfectamente en la figura del homicidio previsto en el

13 FONTAN BALESTRA. II. Pág. 43

www.derechopenal.com

artículo 311 del Código penal; no obstante, la amenaza o el error suprimen la culpabilidad de dicha acción.

De otra parte, la culpabilidad ha de ser la que corresponde al delito de que en concreto se trate. De manera tal que puede afirmarse que cada delito tiene su **propia** culpabilidad. Esta es precisamente una de las razones que la doctrina moderna aduce para negar la existencia de un dolo genérico[14] .

Cabe señalar además que la forma como aparecen redactados algunos tipos penales denota la exigencia de una determinada situación del autor del delito. Estos elementos que se denominan "subjetivos" no deben ser identificados conceptualmente con la culpabilidad, toda vez que ellos son requisitos de la concreta figura penal que los contiene, en tanto que la culpabilidad es elemento de **todo** delito[15]. Y, por ello, se afirma que en el hecho pueden estar presentes elementos subjetivos requeridos por el tipo, sin que concurra la culpabilidad, y viceversa.

C. Función delimitadora de los delitos en particular

Ya hemos expresado que una de las misiones más importantes del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos y que tal protección se realiza mandando o prohibiendo acciones configuradas de una determinada manera. Pues bien, el legislador se sirve del **tipo** para delimitar aquellas conductas que importan los más graves atentados contra los bienes jurídicos que se consideran fundamentales.

Ahora bien, la tipicidad no solo es fundamento del delito **in genere,** en cuanto abstractamente consigna modelos hipotéticos de conducta humana, sino que lo es en concreto cuando la descripción contiene particulares referencias de modo, tiempo y lugar que permiten diferenciar una figura delictiva de otra de la misma especie.

www.lenumerario.com

14 FONTAN BALESTRA, II, pág. 36.

15 ARGIBAY MOLINA, I, pág, 201.

De lo anterior es posible concluir que el concepto de tipo penal suministra las bases jurídicas sustanciales y formales sobre las que descansa el delito.

IV. ESTRUCTURA DEL TIPO

Hemos dejado expuesto que el tipo contiene la descripción de la conducta desvalorada, o, como sostiene BACIGALUPO, "es la descripción de la conducta prohibida por una norma, concepto que está dirigido a la determinación de aquellos elementos que fundamentan lo injusto de un comportamiento"[16]. Abundando aún más sobre el contenido del tipo, podemos señalar que el mismo contiene todos aquellos elementos integrativos de una figura delictiva determinada; en otros términos, los presupuestos de la punibilidad, delimitación esta que se hace necesaria en base al principio de estricta legalidad.

Dentro de la estructura que presenta el tipo, para una mejor aprehensión de su contenido, vamos a distinguir entre los elementos del tipo y sus características.

A. Elementos del tipo

Ya de una manera expresa o en forma tácita, dentro de la norma aparecen como parte de los tipos legales, con importancia jurídico penal, los siguientes elementos:

1. El verbo rector

El núcleo del tipo que describe la acción idónea para concretizar la conducta incriminada lo constituyen el o los verbos rectores. No debe perderse de vista que todo delito se basa en una acción determinada que un verbo define y ese verbo forma parte del tipo como uno de sus elementos más importantes.

El análisis del núcleo del tipo conduce a distinguir el **momento de la acción,** o sea, aquellos casos en que se exige que la conducta incriminada se desarrolle en un tiempo determinado (véase el artículo

16 BACIGALUPO, Lineamientos, pág. 31

www.penalurpanama.com

316 del Código Penal, que regula el infanticidio). En otros casos, encontraremos referencias de lugar como una exigencia del tipo, como en el hurto agravado por razón del lugar donde se comete (Véanse los artículos 351 y 352 del C. Penal) Y en otros, la adecuación típica dependerá de que la acción se cumpla con la utilización de ciertos medios o formas de ejecución del delito, tal ocurrirá en los casos de homicidio agravado previstos por el artículo 313 del C. Penal, que prevé el uso de sustancias venenosas o las formas de inmersión o sumersión, para causar la muerte de la víctima.

2. Sujetos

En el tipo se distingue dos sujetos, el activo y el pasivo.

a) Sujeto activo

El sujeto activo es la persona natural que realiza o concretiza con su conducta la acción descrita por el verbo rector. Se describe en el tipo con la expresión "el que" y en estos casos es idónea cualquier persona para cometer el delito, el sujeto es indiferente (delitos comunes). En otros casos, el tipo exige ciertas **cualidades en** el sujeto activo, conformando los **delitos propios,** como en aquellos casos en que so requiere que el sujeto activo sea funcionario público, ascendiente, tutor, extranjero, etc.

Normalmente es factible que una sola persona realice la actividad descrita por la norma, dando lugar a los delitos **monosubjetivos,** en otros casos, sin embargo, el tipo requiere necesariamente la presencia de dos o más personas como sujetos activos, dando concreción a los delitos **plurisubjetivos.**

Solamente el ser individual puede ser sujeto activo del delito, porque goza de las peculiares cualidades que exige la acción humana. Ello es así, porque la base del delito está constituida por una acción racional que únicamente el hombre es capaz de realizar.

El problema se complica, sin embargo, cuando se pregunta si además del ser racional pueden ser sujetos activos las **personas morales** (personas jurídicas, colectivas, sociales r corporativas).

www.derechopenal.com

El criterio dominante afirma que las personas morales no pueden ser sujetos activos del delito, por carecer de capacidad penal. No obstante, y como excepción a la regla, se admite cada vez más la existencia de un "delito de corporación", sobre todo en el Derecho penal económico. Si bien en su construcción técnica entran elementos de la dogmática del Derecho privado, y en cuanto a su sanción, consideraciones de política criminal.

Por otra parte, la técnica penal intenta, por los medios a su alcance, personalizar la conducta delictiva en los individuos del ente social, bien sea director o ejerciere cualquier otro cargo de responsabilidad, con objeto de no contradecir sus propios postulados: "no existe pena sin culpabilidad personal", "no hay pena sin personalidad".

Asimismo las legislaciones tienden a crear disposiciones penales dirigidas contra las infracciones corporativas, si bien las medidas aplicables en estos casos revisten características especiales, empleando por lo general, medidas de seguridad o penas pecuniarias, es decir, sanciones apropiadas a la existencia jurídica de la persona moral.

b) Sujeto Pasivo.

En todo delito como comportamiento humano que es, tenemos uno o varios sujetos que realizan la conducta reprochable, y un sujeto o pluralidad de sujetos que sufren los efectos de la acción punitiva.

Se considera sujeto pasivo a la persona ofendida por el delito o la víctima del delito. Pero esta noción amplia se presta a confusiones, puesto que identifica el sujeto pasivo con el perjudicado por la acción, o como dice el Código penal, "el agraviado" (art. 367). Normalmente coinciden en una persona las condiciones de sujeto pasivo y perjudicado o agraviado. Puede ocurrir, sin embargo, que aparezcan ambas denominaciones concretadas en personas distintas.

Para obtener una noción exacta de lo que es sujeto pasivo del delito, se recomienda indagar el interés, que es el real objeto de la tutela jurídica. Siguiendo esta dirección se notará que existen varios intereses que eventualmente son perjudicados por la acción delictiva, pero hay uno

www.derjurpanama.com

de ellos que debe ser ofendido para que el delito exista. De tal manera que el objeto de la tutela penal es el interés que se encuentra ligado de manera indisoluble con la noción del delito. Individualizado este interés, está individualizado el sujeto pasivo, que es el titular del mismo. El sujeto pasivo, por tanto, puede definirse como "el titular del interés cuya ofensa constituye **la esencia del delito"[17].**

Si sujeto pasivo del delito es todo poseedor de un bien jurídico o de un interés jurídicamente protegido, no cabe duda, que pueden ser sujeto pasivo del delito: el hombre, la persona jurídica, el Estado o la colectividad.

Conviene aclarar que una misma persona no puede ser contemporáneamente sujeto activo y sujeto pasivo de un delito. En consecuencia, en el supuesto previsto en el artículo 361 del Código penal, el agente que "para obtener para sí mismo o para un tercero el valor de un seguro u otro provecho indebido, destruye, dispersa o deteriora, de cualquier manera, cosas que le pertenecen", es solamente sujeto activo; sujeto pasivo es la entidad aseguradora o cualquiera otra persona contra quien se dirige el fraude o estafa.

3. Objetos.

Como elementos del tipo con relevancia jurídico penal tenemos, además, el objeto material y el objeto o bien jurídico.

a) Objeto material

Cuando se habla del objeto material del delito se quiere identificar un objeto externo, corporal, sobre el cual recae la acción típica realizada por el sujeto activo.

El objeto material es, por tanto, la persona o cosa sobre la cual, de conformidad con la descripción de la figura legal, debe recaer la conducta delictuosa.

www.benjumarama.com

17 ANTOLISEI. Manual..., pág. 137.

A diferencia de lo que ocurre con el objeto jurídico, no todos los delitos presentan un objeto material. Así, sucede, por ejemplo, con tos delitos formales (de pura actividad).

A veces puede ocurrir que coincidan exteriormente el objeto material y el objeto jurídico, como por ejemplo, en el homicidio (art. 311 del C.P.) en que el objeto material es el "hombre" como parte integrante del mundo corporal, y el objeto jurídico del delito es también el hombre -la protección dispensada a su persona-, como parte ideal integrante del mundo valorativo del Derecho.

Otras veces, por el contrario, se separan de modo claro estas dos nociones, como, por ejemplo, en el hurto (art. 350 del C.P.), en donde el objeto material es la "cosa mueble ajena", en tanto, que el objeto jurídico es la "propiedad".

La doctrina alemana designa el objeto material con las expresiones "objeto de la acción, "objeto de ataque", y el objeto jurídico con la denominación "objeto de protección".

La doctrina no le ha dado la importancia que este elemento requiere, alegando que es un elemento inconstante o variable dentro del tipo, ya que hay delitos en los que no está presente, como sucede en los delitos de pura conducta. En este sentido, algunos autores han negado su existencia, no obstante, tal como lo comenta RANIERI**,** "la elaboración de este elemento es de tan grande importancia, que de ella depende no solo la determinación de aquellas figuras legales que nos suministran el delito imposible y el delito aberrante, sino también la determinación, en casos particulares, de algunas eximentes y la resolución de los problemas relativos al error sobre la persona del ofendido"[18].

No debe confundirse el objeto material del delito con otras cosas materiales que se utilizan en la comisión de algunos delitos, como medios para la realización de la conducta típica y a las que se les reserva la denominación "instrumentos del delito".

www.derechopenalonline.com

18 RANIERI, I, pág. 159.

b) Objeto jurídico

Distinto del objeto material es el objeto jurídico que está constituido por el bien o interés protegido por una norma del Derecho penal y que resulta lesionado o puesto en peligro por el delito.

Todos los delitos tienen un objeto jurídico que se determina considerando las normas incriminadoras desde el punto de vista sustancial[19]. Por ello, se afirma que no existe una norma penal incriminadora que no esté destinada a la tutela de un valor y que no tenga por fin la tutela de un bien jurídico.

Ahora bien, el concepto de objeto jurídico se ha convertido en una de las piedras angulares de la ciencia del Derecho penal. El mismo permite advertir, además del objeto de la tutela penal, la verdadera esencia del delito. De manera tal que la averiguación del interés o bien jurídico tutelado en el tipo penal es siempre elocuente para su correcta interpretación, y muy especialmente en legislaciones como la nuestra en la que el Código penal, en su parte especial, clasifica los delitos previendo los sobre la base del objeto jurídico a cuya tutela se destinan.

Dentro de la concepción del objeto jurídico, se suele distinguir entre **objeto jurídico genérico y objeto jurídico específico.** El primero estaría representado por un bien o interés social, el del Estado en cuanto a su existencia o conservación; el segundo se halla formado por un bien o interés del sujeto pasivo y como tal específico del delito.

BATTAGLINI, por su parte, formula una división tripartita del objeto jurídico: el objeto genérico, que es el interés público tutelado por la norma penal; el objeto específico o interés público tutelado por determinado grupo de delitos, y el objeto subespecífico, consistente en el aspecto particular que el interés puede asumir en un delito concreto[20].

Al objeto jurídico también se le conoce como bien jurídico y comprende bienes materiales o inmateriales, valores e intereses ya de

19 RANIERI, I, pág. 156.

20 Citado por NOVOA MONREAL, I, pág. 244.

www.derechopenal.com

tipo individual o colectivo, a los cuales el Estado les atribuye una jerarquía valorativa y les concede protección o tutela a través de la norma.

Para identificar el objeto o bien jurídico protegido debe investigarse cuál es el fin que la norma persigue. La mayoría de las legislaciones siguen el sistema de dividir en títulos, agrupando bajo el denominador común del bien jurídico que se tutela, la clasificación de los delitos en particular. Así, en vías de ejemplo, en nuestro.

Código Penal el Título XIII trata de los delitos contra la propiedad, recogiendo en el mismo aquellos delitos que lesionan *o* ponen en peligro el bien material del patrimonio.

B. Características del tipo

El legislador al describir la conducta desvalorada con todos sus elementos integrativos, hace énfasis en aspectos eminentemente descriptivos u objetivos, normativos *o* subjetivos. ARGIBAY MOLINA sostiene que estas características del tipo se presentan generalmente como **complemento del verbo rector** y permiten identificar las diversas formas en que se concretiza el injusto. Veamos a continuación en que consisten estas características.

1. Descriptivas

Los tipos penales suelen limitarse a dar una mera descripción objetiva de conducta, que se realiza mediante simples referencias a un movimiento corporal *o* a un resultado material *o* tangible[21]. Así, por ejemplo, el tipo de homicidio del artículo 311 del Código penal panameño, contiene una objetiva descripción de conducta: "causar la muerte de otro".

En ocasiones las conductas se describen abstracta mente, sin hacer referencia a un resultado externo; y en otras mediante la referencia a un determinado resultado, aunque sin especificar concretamente las formas

21 JIMENEZ HUERTA. La tipicidad. pág. 65.

www.penalpanama.com

de ejecución *o* las modalidades de muy diversa índole que en el mismo pueden ocurrir.

Existen, no obstante, tipos penales más detallados y concretos, en los que su contenido material no se limita a la realización de una conducta *o* a la producción de un resultado, sino a la realización de una conducta *o* a la producción de un resultado en la forma, con los medios *o* con las modalidades que la propia ley establece específicamente. Estamos ya en presencia de las denominadas "modalidades *o* referencias de la acción". Es evidente, por tanto, que estas modalidades pueden hacer referencia al sujeto pasivo, a un tercero, al objeto sobre que recae la conducta, a los medios *o* instrumentos de ejecución, al lugar, tiempo, etc.

Contiene una referencia al **sujeto pasivo,** por ejemplo el tipo de artículo 316 del Código penal, ya que la víctima ha de ser "un niño no inscrito todavía en el Registro Civil y en los cinco primeros días después de *nacido".* El *tipo* del artículo 350, párrafo segundo, hace una expresa referencia al **objeto material,** al exigir que la conducta debe recaer sobre "cosas pertenecientes a una herencia no aceptada todavía".

No debe confundirse estas referencias objetivas contenidas en el tipo, con la antijuricidad, que es elemento objetivo del delito y "que supone el juicio de disvalor que resulta de la contradicción de la conducta con el orden jurídico y la lesión, puesta en peligro o en posibilidad de peligro, de un bien jurídico tutelado por la ley penal"[22].

Resulta de interés anotar que el trazado descriptivo de la figura típica reduce la labor del funcionario de instrucción a un **proceso meramente cognoscitivo, es** decir, a dejar sentados en los autos, mediante una actividad mental comprobatoria de realidades externas, las pruebas del hecho que acreditan el proceso de subsunción en el tipo legal[23].

www.derechopenalperuano.com

22 FONTAN BALESTRA, II, pág. 51.

23 JIMENEZ DE ASUA, III, pág. 817

2. Normativas

Expresamos con anterioridad que ordinariamente el legislador se limita a describir en forma objetiva el comportamiento humano que se considera digno de incriminación. Pero sucede que no siempre es posible enmarcar en esquemas objetivo- formales la compleja estructura de la conducta, siendo necesario para ello introducir en el tipo elementos que implican juicios normativos sobre el hecho. Estos son los llamados **elementos normativos del tipo.**

Frente a estos elementos el juzgador no puede limitarse a una simple constatación de la descripción contenida en la figura penal (actividad cognoscitiva), sino que deberá realizar una valoración para concretar de cerca la situación del hecho (actividad valorativa). Dicha valoración, sin embargo, no debe ser realizada desde el punto de vista del juzgador, sino con criterio objetivo, "esto *es,* según la conciencia de la comunidad"[24].

Son elementos normativos los siguientes términos incrustados en los tipos que a continuación se mencionan: "indebidamente" (art. 144); "abusando de sus funciones" (art. 133 y 164); "sin estar legalmente autorizado" (art, 202).

Para MEZGER era necesario diferenciar entre los elementos típicos normativos -como él los denominaba- los que requerían una valoración jurídica de aquellos que implicaban una valoración de carácter cultural[25]. Los primeros requieren de una valoración eminentemente jurídica, en cuanto se trata de conceptos que pertenecen al ámbito del Derecho, al cual debe recurrir el intérprete para determinar su alcance. Los segundos, por el contrario, presuponen un proceso valorativo que ha de realizarse con arreglo a determinadas normas y concepciones que no pertenecen a la esfera misma del Derecho.

www.derjurpanama.com

24 JIMENEZ HUERTA, La tipicidad, pág. 74.

25 MEZGER, " págs. 389-390.

3. Subjetivas

Al elaborar *los* tipos penales, a veces el legislador hace referencia a una determinada finalidad, dirección o sentido que el autor ha de imprimir a su conducta; o bien a un especial estado de conciencia o a una determinada tendencia interna del agente, para de esta manera dejar inequívoca constancia de que la conducta que se quiere incriminar es precisamente aquella que está presidida por dicha finalidad o estado, y evitar el equívoco que pudiera surgir de interpretar como típico cualquier acto externo[26].

Ante la insuficiencia del método estrictamente objetivo de descripción típica, se emplea en estos casos un sistema distinto, en el que las circunstancias anímicas en que el sujeto actúa son también descritas, expresa o tácitamente por el legislador.

En opinión de NUÑEZ, representa un elemento subjetivo del tipo todo aquel que alude a una situación anímica del autor del delito, cualquiera que sea su naturaleza[27]. Puede consistir, por tanto, en una "intención", "un saber", "un motivo", "un sentimiento", o "un estado afectivo", etc.

Otros autores, no obstante, consideran elementos subjetivos del tipo únicamente a los que "añaden algo a lo que la conducta exige en el plano objetivo, dotándola de un nuevo sentido o agregando un quid trascendente con relación al bien jurídico tutelado, aunque sea un fenómeno que únicamente acontezca en el psiquismo del agente"[28].

Como ejemplos de elementos subjetivos contenidos en preceptos de nuestro Código penal, podemos citar las siguientes expresiones: "para producir hostilidades o guerras" (art. 100); "Sabiendo que no se ha cometido" (art. 185); "sabiendo que es inocente" (art. 186); "para procurarse a sí mismo o para procurar a otros" (art. 239); "aprovecharse

www.penjurpanama.com

26 JIMENEZ HUERTA, La tipicidad, págs. 85-86

27 NUÑEZ, Manual, pág. 161

28 POLITOFF, Sergio, Los elementos subjetivos del tipo legal, Editorial Jurídíca de Chile, Santiago, 1965, págs. 84-85.

de ella" (art. 350); "encaminadas a engañar o sorprender la buena fe de alguno" (art. 360).

V. CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS

La doctrina señala que los tipos delictivos son susceptibles de ser clasificados de conformidad con su estructura, y que por regla general la clasificación de los tipos corresponde a la de los delitos.

No existe uniformidad de criterios en cuanto a las clasificaciones que pueden hacerse atendiendo al tipo. En vías de ejemplo, podemos señalar Que MEZGER contempla 12, JIMENEZ DE ASUA 10, JIMENEZ HUERTA los agrupa a base de su ordenación metodológica al alcance y sentido de la tutela penal y en torno a la pluralidad o unidad de bienes tutelados.

Por ello, a continuación únicamente vamos a referirnos a aquellas clasificaciones a que no hayamos aludido en capítulos anteriores.

A. Tipos normales y tipos anormales

Son **tipos normales** aquellos que contienen una simple descripción objetiva de la conducta que se desea incriminar. Así, por ejemplo, el tipo de homicidio simple cuya descripción típica consiste en "causar la muerte de otro".

De otra parte, son **tipos anormales** los que no se limitan a una simple descripción objetiva, sino que contienen referencias a elementos normativos o elementos subjetivos (por ejemplo, el rapto (art. 291); en donde el secuestro se realiza "por medio de violencias, amenazas o engaño'" y "con fines inmorales o para casarse" con la víctima; y el proxenetismo (art. 295), que exige la inducción a la prostitución "para servir a la lascivia de otro".

B. Tipos básicos y tipos especiales

Son tipos **básicos o fundamentales** aquellos que representan la figura simple del hecho punible y constituyen la "espina dorsal del

www.derechopanama.com

sistema de la Parte especial del Código"[29]. Así, por ejemplo, el homicidio, (art. 311 del C.P.), es el tipo básico entre tos que atentan contra la vida, ya que el contempla Y describe la conducta que ataque en su base misma este bien jurídico.

Los tipos **especiales,** que a su vez pueden ser **calificados** (agravados) o **privilegiados** (atenuados), son modalidades especiales o simples modificaciones de los tipos básicos. Cuando estas circunstancias tienen por efecto aumentar la penalidad se habla de tipos calificados (arts. 312 y 313, que consagran homicidios agravados) y cuando la disminuyen, son tipos privilegiados (art. 316, que regula el infanticidio por causa de honor).

C. Tipos de ofensa simple y tipos de ofensa compleja

Esta clasificación atiende al bien jurídico tutelado por el tipo. Se denominan **tipos de ofensa simple** aquellos que tienen por objeto tutelar un sólo bien jurídico (el homicidio (art. 311), tutela la vida; el hurto (art. 350), tutela la propiedad). En tanto que son **tipos de ofensa compleja** aquellos que tutelan más de un bien jurídico, si bien el título del delito es determinado por el interés jurídico que la ley estime prevaleciente. En este sentido, por ejemplo, el peculado por apropiación, previsto en el artículo 153 del Código Penal es un tipo de ofensa compleja, toda vez que, además de lesionar el correcto desenvolvimiento de la administración pública, lesiona en forma efectiva la propiedad pública o privada, a1 apropiarse el sujeto de los fondos o efectos públicos o privados, que por razón de sus funciones está encargado de administrar, guardar, etc.

D. Tipos autónomos V tipos subordinados

En función de su autonomía o independencia los tipos penales pueden ser clasificados en tipos autónomos o independientes, cuando tienen vida propia, sin depender de otro tipo (hurto: arto 350); y tipos

29 MEZGER. I, pág. 392.

subordinados, que dependen de otro, al cual no sólo complementan, sino se subordinan (homicidio en riña: art. 325).

E. Tipos de formulación amplia y tipos de formulación casuística.

Atendiendo a la forma en que el tipo describe las posibles agresiones al bien jurídico los tipos se clasifican en tipos de formulación amplia y tipos de formulación casuística.

En los tipos de formulación casuística, la ley describe en forma expresa las distintas modalidades de ejecución del acto ilícito. Estos a su vez se dividen en alternativos, cuando se prevén dos o más hipótesis comisivas y el tipo se integra con una de ellas ("apropiación", sustracción" o "malversación, en el peculado previsto en el artículo 153) y acumulativos, cuando se requiere la concurrencia de todas las hipótesis (como en el caso de la falsedad de documento privado contenida en el artículo 237, que exige la fabricación del documento falso y el uso del mismo).

Los tipos de formulación amplia, por el contrario, describen una hipótesis única, pero sin entrar a detallar la forma en que esa hipótesis puede ser realizada, y, por tanto, la acción típica puede verificarse mediante cualquier medio idóneo, por ello, también se les denomina "tipos de formulación libre".

Es el caso, por ejemplo, del hurto (art. 350), en el que se incrimina el "apoderamiento de la cosa mueble ajena" sin que se determine expresamente la forma como puede verificarse tal conducta.

VI. CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA TIPICIDAD

En su oportunidad indicamos que el tipo cumple una función de garantía, es decir, que constituye la aplicación práctica del principio universal nullum crimen, nulla poena sine lege, de manera tal que únicamente puede ser objeto de castigo el comportamiento humano que se adecua al modelo legal de una norma penalmente sancionada. La

www.penumarama.com

tipicidad se presenta, por tanto, como el medio de que dispone la ley penal para determinar las acciones ilícitas que son punibles[30]. PORTE PETIT subraya esa finalidad el tipo cuando sostiene que el dogma "nullum crimen sine tipo" constituye la más elevada garantía del Derecho Penal liberal, al no poderse sancionar una conducta o hecho en tanto no estén descritos por la norma penal"[31].

Puede afirmarse, en consecuencia, que la conducta que no encuadre en las visiones hipotéticas contenidas en los tipos legales, no constituye delito y no será objeto de sanción penal, por más lesiva que parezca a los intereses individuales o sociales que el Derecho penal tiende a tutelar.

Las causas que impiden la conformidad de una determinada conducta con el tipo legal se denominan "causas de exclusión de la tipicidad" o de "ausencia de tipicidad".

La exclusión de la tipicidad puede provenir de la ausencia o inexistencia de una norma a la cual pueda referirse la conducta de que en concreto se trate o de la falta de conformidad entre la conducta y los elementos que componen el tipo legal. Por ello JIMENEZ DE ASUA distingue la ausencia de tipicidad de la atipicidad. Para este autor estaremos en presencia de ausencia de tipicidad, en sentido estricto, "cuando la ley penal no ha descrito la conducta que en realidad se nos presenta con característica antijurídica"; mientras que existe atipicidad, "cuando no concurren en un hecho concreto todos los elementos del tipo descrito en el Código penal o en las leyes penales especiales"[32].

En nuestra opinión, sin embargo, si bien reconocemos que se trata de dos situaciones distintas, por cuanto que en la primera la acción realizada queda en su totalidad fuera de la previsión legislativa, mientras que en la segunda queda por fuera solo una parte, en ambas hipótesis es

30 Ver: FONTAN BALESTRA, II. pág. 59.

31 PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Editorial Porrúa, S.A. México, 1969. pág. 465.

32 JIMENEZ DE ASUA, III, pág. 934.

preciso descartar que puedan considerarse como acciones típicas, a los efectos del ordenamiento jurídico penal. Existe, eso sí, una importante diferencia: en tanto, en el primer grupo de casos la conducta no podrá constituir delito, porque el legislador no la consideró lesiva de intereses personales, sociales o estatales de tal magnitud que justificasen su inclusión en el ámbito del Derecho penal positivo, en el segundo grupo la conducta podrá ser atípica en relación con un determinado precepto, pero típica en relación con otro precepto del mismo ordenamiento.

De otra parte, las causas que impiden que una conducta sea subsumible en un tipo son tan variadas como los elementos contenidos en el mismo. Resulta evidente, por tanto, que la falta de conformidad con un tipo penal (atipicidad) puede provenir de la falta de cualquiera de los elementos integrantes del tipo de que en concreto se trate.

La atipicidad puede provenir, pues, de la falta de la calidad o las condiciones requeridas en el sujeto activo; ausencia de las condiciones o calidades requeridas en el sujeto pasivo; ausencia de las condiciones requeridas en el objeto del delito; empleo de un medio distinto del previsto en la figura típica; ausencia de los elementos normativos o subjetivos que de manera taxativa la ley ha incluido en la descripción típica; o de la ausencia de la forma de culpabilidad por el tipo (culpabilidad típica).

Veamos algunos ejemplos:

Cuando el precepto penal reclama para la existencia del delito que el **sujeto** ostente una determinada calidad o naturaleza (art. 153: "funcionario público"), si éste no reúne esa especial condición, el caso es atípico por ausencia del sujeto activo.

Existirá ausencia de adecuación típica por falta de **sujeto pasivo,** por ejemplo, en el tipo de infanticidio (art. 316), cuando la acción recaiga sobre la persona de un niño inscrito en el Registro Civil o después de los cinco primeros días de nacido.

www.penumbra.com

La falta de elemento típico puede contraerse también a la inexistencia del requisito subjetivo exigido por el tipo, como el ánimo de **aprovecharse de la cosa, en el delito de hurto (art. 350).**

~

www.penjurpanama.com

CAPITULO XI
LA ANTIJURIDICIDAD

I. CONCEPTO
   A. Generalidades
   B. Antijuridicidad formal y material
   C. *Antijuridicidad objetiva y subjetiva*
   D. Antijuridicidad e injusto
II. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN
   A. Concepto
   B. La legítima defensa
      1. Concepto
      2. Fundamentación teórica
      3. Requisitos
      4. *Bienes defendibles*
      5. *Extensión de la defensa*
      6. Defensa putativa
      7. *La legítima defensa en el Código penal panameño*
   C. El estado de necesidad
      1. Concepto
      2. Fundamentación teórica
      3. Requisitos
      4. Diferencias entre la legítima defensa y el estado de necesidad.
      5. El estado de necesidad en el Código penal panameño
   D. El cumplimiento de la ley
   E. La obediencia jerárquica
   F. El consentimiento del ofendido lo

www.penalpanama.com

I. CONCEPTO

A. Generalidades

Una vez acreditada la existencia de una conducta penalmente relevante, para que la misma pueda ser considerada delictiva, será necesario establecer que es **antijurídica.** No es suficiente, por tanto, que la conducta sea típica, es decir, que encuadre perfectamente en la descripción contenida en el tipo legal, sino que además debe ser antijurídica, o sea, contraria al ordenamiento jurídico.

No toda acción típica es antijurídica. Matar a otro es una conducta que encuadra en la descripción objetiva contenida en el artículo 311 del Código penal; sin embargo, este hecho no es siempre antijurídico (no lo será, por ejemplo, en el caso de que el agente hubiese actuado en legítima defensa).

La antijuricidad representa, por tanto, un juicio en el que se afirma la contradicción de la acción u omisión de la persona con las normas del Derecho. "Actúa antijurídicamente -señala MEZGER- el que contradice las normas objetivas del Derecho"[1].

Pero, para que lo antijurídico tenga verdadera realidad, es preciso que la contradicción entre la conducta y la norma, tenga un contenido, una materia, una esencia. Cabría entonces preguntar: ¿en qué consiste la esencia y contenido propio de lo antijurídico?

Las dificultades que se presentaban al momento de caracterizar la esencia de lo antijurídico en reglas positivas, motivaron que los Códigos se limitaran a adoptar el sistema de **regla-excepción,** consistente en reputar como antijurídica toda conducta descrita en la ley penal no amparada por algunas de las causas de justificación enumeradas en la propia ley.

www.derpenalpanama.com

1 MEZGER, I, pág. 337

Este sistema, no obstante, a la postre resultó inadecuado, porque si bien las causas de justificación constituyen delimitaciones expresas entre lo lícito y lo ilícito, no son exhaustivas y la simple observación de la realidad permitió advertir la existencia de una serie de comportamientos que, a pesar de no estar comprendidos en las causas de justificación que contienen los Códigos, no revisten carácter antijurídico.

El problema, por ello, se plantea de manera distinta en la moderna dogmática. JIMENEZ HUERTA, observa que la primera condición que se requiere para que una conducta humana sea valorada de antijurídica, "es la de que lesione o ponga en peligro un interés tutelado por el Derecho, esto es, un bien jurídico"[2].

Para concretizar el contenido de lo antijurídico, sin embargo, no es suficiente la idea de la lesión de un bien jurídico. La vida diaria nos presenta numerosos casos en que existe la lesión de un bien jurídicamente protegido sin que dicha lesión revista carácter antijurídico. El que actuando en legítima defensa mata a otro, lesiona, indudablemente, el interés jurídico de la vida de su agresor. Lo que evidencia palpablemente que la lesión de intereses jurídicos no es suficiente para caracterizar el contenido de lo antijurídico, y que se requiere algo más para su total integración.

La cuestión se presenta con mayores dificultades frente a una serie de hechos en los cuales, no obstante ser típicos y constituir lesiones a intereses jurídicos protegidos, el sentido jurídico se resiste a considerarlos ilícitos: las lesiones causadas en los deportes (boxeo, lucha), el tratamiento quirúrgico, y para algunos autores y dentro de ciertos límites, el hecho causado con el consentimiento del ofendido.

Para concretar esa otra cualidad positiva que indique la esencia de lo antijurídico se han elaborado numerosas teorías, que se refieren a "las normas jurídicas primarias" (BINDING); a "las normas de cultura" (MAYER), etc. Según estas teorías la antijuricidad consistirá en la

2 JIMENEZ HUERTA. Mariano. La antijuricidad. Imprenta Universitaria. México. 1952. pág. 72.

www.derechopenal.com

violación de una norma jurídica o de una norma cultural, que es precisamente lo que le imprimiría el carácter de ilicitud al hecho típico[3].

Siguiendo esos mismos lineamientos JIMENEZ DE ASUA, define la antijuridicidad como "lo que se opone a las normas de cultura, en que el derecho se basa, y que se hallan reconocidas por el Estado"[4].

En nuestra opinión, no cabe duda que en el fondo el comportamiento - antijurídico es una conducta contraria a las exigencias sociales; y toda vez que es función del ordenamiento jurídico precisamente tutelar el orden social la realización antijurídica del tipo constituirá siempre una conducta que contraría ese orden valioso.

Para establecer si una determinada conducta típica es antijurídica es necesario confrontarla con el ordenamiento jurídico en su conjunto, ya que éste está constituido no sólo por normas que imponen deberes, sino también por preceptos que contienen **autorizaciones** y en virtud de los cuales la realización del tipo deja de ser contraria a Derecho, para convertirse en un acto lícito. Estos preceptos permisivos se denominan "causas excluyentes de antijuricidad" o simplemente "causas de justificación".

Por las razones expuestas, concluimos con WELZEL, que antijuricidad es "la contradicción de una realización típica con el ordenamiento jurídico en su conjunto"[5] y, por tanto, una **conducta típica es antijurídica cuando la realización del tipo no está amparada por una causa de** justificación. De manera tal que no existen tipos antijurídicos, sino realizaciones antijurídicas del tipo[6].

B. Antijuridicidad formal y material

La distinción entre antijuridicidad formal y **material** se debe a LIST, quien considera que la reprobación jurídica, que recae sobre el acto, es doble: 1. El acto **es formalmente** contrario al Derecho, en tanto que es

3 Ver: SOLER, I, pág. 306.

4 JIMENEZ DE ASUA, III, pág. 998.

5 WELZEL, pág. 76.

6 IDEM.

trasgresión de una norma establecida por el Estado, de un mandato o de una prohibición del orden jurídico; y 2. El acto es **materialmente** ilegal, en cuanto significa una conducta contraria a la sociedad (antisocial)[7].

Mediante esta distinción, el citado autor pretendía resolver dos interrogantes que para su época se le presentaban: a) ¿de qué dependía la esencia de la antijuridicidad? y b) ¿Si el catálogo de causas de justificación contenidos en los Códigos penales era taxativo o no?

En relación con el primer aspecto, la cuestión se reducía a establecer si la esencia de lo antijurídico consistía simplemente en la formal contradicción a la norma, o si por el contrario, se requería además una real y efectiva lesión a los intereses tutelados por la misma.

En atención al segundo aspecto, la cuestión se planteaba de la siguiente manera: Si el catálogo de causas de justificación no es taxativo, ¿es posible entonces extraer otras causas de justificación distintas a las contenidas en la ley penal, recurriendo al concepto valorativo utilizado por la propia ley penal?

Esta polémica, primordialmente terminológica, en la actualidad ha sido superada y se equipara la antijuridicidad formal a la adecuación o realización del tipo legal; en tanto que se entiende por antijuridicidad material la acción típica que no está amparada por una causa de justificación[8].

La doctrina dominante reconoce que lo antijurídico es un concepto integral e inescindible[9], que resulta del derecho positivo, siendo inadmisible la existencia de una antijuridicidad puramente formal que se identificaría con la tipicidad y que las causas de justificación provienen no sólo de la ley penal sino de la totalidad del ordenamiento jurídico.

C. Antijuridicidad objetiva y subjetiva

El criterio de distinción entre antijuridicidad objetiva y subjetiva dependía fundamentalmente de la determinación de si la apreciación de

7 LISZT, II, pág. 336.

8 MAURACH, I, pág. 359.

9 JIMENEZ HUERTA, la antijuricidad. pág. 32.

www.penalparana.com

la antijuridicidad debía hacerse contemplando objetivamente la conducta enjuiciada o, por el contrario, en función del aspecto subjetivo del autor. Para los seguidores del criterio objetivo, la apreciación de la antijuridicidad debe realizarse con prescindencia de la situación en que actúe el agente, y, por ello, es antijurídica la acción que, considerada objetivamente, contrasta con las exigencia del ordenamiento jurídico los defensores del criterio subjetivo, estiman que la antijuridicidad "sólo puede concebirse en función del autor de la conducta enjuiciada. No basta la simple oposición de la conducta con el ordenamiento jurídico, sino que se requiere que la misma pueda reprocharse a su autor por implicar una lesión a las normas de determinación que le son impuestas en cuanto súbdito del Derecho"[10]. De acuerdo con esta posición doctrinal, por tanto, se confundirán antijuridicidad y culpabilidad.

Hoy se reputa superada la polémica con el reconocimiento de que indudablemente la antijuridicidad es un juicio de valor objetivo, mediante el cual se trata de establecer si una conducta contradice o no el ordenamiento jurídico. Ahora bien, el objeto de la valoración es la conducta humana, entendida integralmente, y, por tanto, compuesta por elementos objetivos Y por elementos subjetivos.

WELZEL, en este sentido, señala que "la antijuridicidad es un juicio de valor objetivo, en tanto se pronuncia sobre la conducta típica, a partir de un criterio general: el ordenamiento jurídico. El objeto que es estimado como antijurídico, es decir, la conducta típica de un hombre, constituye una unidad de momentos del mundo externo (objetivos) y anímico (subjetivos)"[11].

Por ello, cuando aludimos a la objetividad de la antijuridicidad, con ello pretendemos significar que la misma no depende de si el agente pudo o no actuar contra el derecho, en el momento de la realización de la

www.derechopenal.com

10 JIMENEZ HUERTA. La antijuricidad, pág. 37.

11 WELZEL. pág. 77.

conducta típica, porque esta es materia que corresponde a la culpabilidad.

D. Antijuridicidad e injusto

Los autores al referirse a la antijuridicidad emplean con frecuencia indistintamente los vocablos "injusto", "ilicitud", "entuerto", etc.

WELZEL, sin embargo, advierte la inconveniencia de utilizar indistintamente los conceptos de antijuridicidad y de injusto, que pueden dar lugar a serias confusiones. Este autor entiende por **antijuridicidad** una **mera relación,** que denota el contraste entre la conducta y el ordenamiento jurídico; en tanto, que lo **injusto** es algo sustancial; la conducta antijurídica misma. Así, explica: "La antijuridicidad es un predicado, lo injusto un sustantivo. Lo injusto es la forma de conducta antijurídica misma: la perturbación arbitraria de la posesión, el hurto, la tentativa de homicidio. La antijuridicidad es una cualidad de estas formas de conducta y precisamente la contradicción en que se encuentran con el ordenamiento jurídico"[12].

De lo que se concluye que existe un injusto penal específico, como también un injusto civil o administrativo específico, etc., mas sólo existe una antijuridicidad para todo el ordenamiento jurídico.

II. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION

A. Concepto

Son causas de justificación las que excluyen la antijuridicidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo legal. La causa de justificación, por tanto, representa una actuación típica, pero no antijurídica, comprendida en preceptos permisivos.

Al referirse a este aspecto negativo del delito, DEL ROSAL define las causas que excluyen la antijuridicidad como "todas aquellas

12 WELZEL, pág. 78.

www.penumanama.com

situaciones en las cuales las acciones típicas realizadas son jurídicas"[13] y ya MEZGER, con toda precisión había indicado, que "el sujeto no actúa antijurídicamente cuando en su acción concurre una causa de exclusión del injusto"[14].

No cabe duda, por tanto, que el tema de la antijuridicidad, debidamente delimitado, se presenta como la determinación o verificación de cuándo la realización de una acción típica está amparada por una causa de justificación. Si bien en principio las causas de justificación se encuentran en el Código penal, ya sea en la Parte general y en ocasiones en disposiciones de la Parte especial (de los delitos en particular), surgen además de la **totalidad del ordenamiento jurídico.** Ello es así porque "el derecho es uno solo y no puede haber dentro de un mismo sistema jurídico, dos normas coexistentes que respectivamente manden y prohíban la misma acción"[15]. No en vano señala FONTAN BALESTRA, que "quien obra conforme con una norma jurídica actúa legítimamente, en virtud del principio de no contradicción del orden jurídico"[16]. Esta determinación al mismo tiempo permite negar la existencia de "causas supralegales de justificación" con capacidad para suprimir la ilicitud de una conducta recurriendo a criterios extrajurídicos. Como acertadamente denota SOLER, "la antijuricidad es contrariedad al derecho y, recíprocamente, un hecho solo del derecho puede recibir justificación"[17].

Cosa distinta, es, no obstante, la postura adoptada por FONTAN BALESTRA al admitir una especie de "justificación extensiva", reservada únicamente para aquellos casos en que "agotados los recursos para encontrar una valoración expresa en el ordenamiento jurídico, sea

www.derechopenal.com

13 DEL ROSAL, I, pág.790.

14 MEZGER, I, pág. 408.

15 SOLER. I, pág. 314.

16 FONTAN BALESTRA, II, pág. 89.

17 SOLER, I, pág. 314.

necesario recurrir a todas las manifestaciones de ese orden jurídico para decidir cuál es el valor relativo de los bienes en conflicto"[18].

Examinaremos a continuación las causas de justificación reguladas en la Parte general del Código penal, y que por tal razón denominaremos "causas de justificación generales para diferenciarlas de las "causas de justificación especiales", previstas en la Parte especial del Código y que norman hipótesis particulares, y que, por tanto, deben aplicarse únicamente dentro de los límites establecidos por el caso que en concreto regulan.

B. La legítima defensa

1. Concepto

De entre las causas de justificación la más conocida es la legítima defensa. La actitud de repeler una agresión, arraigada en el instinto de conservación es una reacción de defensa, fundamentada en consideraciones morales.

La autodefensa se presenta como la primera forma de reacción contra el ataque injusto que pone en peligro un interés jurídico. Obedece la misma a los dictados de la propia naturaleza humana que impulsan al hombre que se siente agredido injustamente a repeler los ataques a sus bienes jurídicos, removiendo por su propia fuerza y autoridad, la causa de la cual proviene la agresión.

A medida que la organización estatal se perfecciona y la justicia cumple a cabalidad sus funciones, se restringen las facultades de los hombres para defender por sí mismos sus propios intereses, pues corresponde en forma privativa a los órganos del Estado resolver los litigios, y en forma expresa se prohíbe a los asociados el ejercicio privado de sus propias razones.

Existen, no obstante, situaciones excepcionales en que la justicia estatal no está en condiciones de prestar la debida protección; y por ello,

www.derechopenalonline.com

18 FONTAN BALESTRA, II, pág. 95.

la ley reconoce al individuo en estas especiales circunstancias el derecho de auto defender sus intereses.

La legítima defensa, por tanto, ha sido admitida por todas las leyes y todos los códigos, desde el derecho romano hasta el derecho canónico, y de éste ha pasa- do a las legislaciones modernas como una exigencia moral y jurídica.

Las distintas definiciones que nos brindan los tratadistas sobre este instituto jurídico, entrañan un mismo concepto general.

"Legítima defensa -expresa VON LISZT -es aquella que se estima necesaria para repeler una agresión actual y contraria al Derecho, por medio de una lesión contra el agresor"[19].

Más detallada, sin embargo, es la que proporciona JIMENEZ DE ASUA: "la legítima defensa es repulsa de la agresión ilegítima, actual o inminente, por el atacado o tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedirla o repelerla"[20].

La legítima defensa supone, por tanto, un ataque actual y antijurídico e implica una acción de defensa necesaria, ejercitada para rechazar dicho ataque.

2. Fundamentación teórica.

Siguiendo a MAGGIORE[21] podemos esquematizar las distintas teorías que se han elaborado para fundamentar el instituto jurídico de la legítima defensa, de la siguiente manera:

a) Teoría de la coacción moral. Se debe esta teoría a PUFENDORF, para quien el que obra para defenderse de un peligro inminente, no puede ser responsable, porque ha obrado en estado de perturbación de ánimo (proptar perturbationem animi). El agente sería irresponsable por haber obrado en estado de coerción moral, por la cual se anula la libertad de la volición.

19 Liszt, II, pág. 243

20 JIMENEZ DE ASUA, IV, pág. 26. (21).

21 MAGGIORE, I, pág. 404-406

www.derjurpanama.com

Se le objeta, sin embargo, que el agredido puede haber obrado en estado de perfecta calma psíquica, y con plena libertad volitiva, sin que por eso desaparezca su derecho a defenderse.

Por otra parte, mediante esta teoría no podría explicarse la justificación de la defensa de un extraño, en las que no habrá perturbación o coerción moral, porque no se despierta el instinto de conservación.

b) Teoría de la acción culpable, pero no punible. Tiene su origen en el Derecho canónico, puesto que según los principios cristianos, no puede aprobarse la muerte violenta de un hombre, y solo la declaraba "no punible" por razones de oportunidad.

c) Teoría de la retribución del mil por mil. Fue formulada por GEYER en los siguientes términos: la defensa privada es esencialmente injusta, porque el derecho de castigar corresponde sólo al Estado. Pero quien viola injustamente un derecho ajeno, comete un mal que justamente es retribuido con otro mal.

Cabría objetarle, sin embargo, si la legítima defensa es una injusticia, ¿cómo podrá el Estado tolerarla y permitirla?

d) Teoría de la colisión de derechos. En opinión de VAN BURI, cuando dos derechos entran en colisión, de modo que la vida del uno supone la muerte del otro, el Estado deberá optar por la conservación del que tenga la preeminencia. En el caso de la legítima defensa, el derecho principal es el del agredido que reacciona; el derecho del agresor deberá significársele.

Dejando a un lado las dificultades que plantea la determinación del derecho principal y el derecho secundario, esta teoría no explica cuál sería el fundamento de que el Estado ha de querer el sacrificio del primero y no el del segundo. Cualquiera podría opinar, en cambio, que el Estado, debe proteger el derecho secundario. e) Teoría de la defensa pública subsidiaria. Según esta posición doctrinal, acogida por CARRARA, la defensa individual es originaria. La defensa pública interviene cuando el individuo, por contrato social, ha renunciado a

www.lenuparame.com

defenderse por sí mismo, rechazando la fuerza con la fuerza. De tal manera que, cuando la defensa pública es ineficaz, la defensa privada ocupa el puesto de aquella con perfecta legitimidad.

Se arguye, sin embargo, que esta doctrina se encuentra ligada a supuestos individualistas y contractuales, que hoy son inaceptables.

f) Teoría subjetiva de la sociabilidad de motivos y de la no peligrosidad. Esta teoría fue sostenida por los positivistas, quienes alegan la legitimidad de los motivos cuando el agredido se ve impulsado a defenderse para defender un derecho y recalcan cómo le faltan, a quien rechaza un ataque injusto, los caracteres de peligroso y temible.

Se objeta a la misma que descuida el aspecto fundamental de la legítima defensa, cuyo valor debe ser estimado en relación con el ordenamiento del derecho objetivo.

g) Teoría del derecho subjetivo de carácter público. De acuerdo con BINDING y MASSARI la legítima defensa es un derecho subjetivo de carácter público. Mediante ella, la acción individual apoyaría la acción de policía del Estado, especialmente en los casos en que interviene para tutela de terceros.

Esta teoría mira el carácter público de la legítima defensa, y se le objeta, que la reacción individual no debe ser considerada al mismo nivel del poder de policía, que tiene carácter preventivo, sino a la luz de un principio de justicia.

h) Teoría que ve en la legítima defensa un principio de justicia. El principio de justicia connatural a la reacción individual, fue visto, como nadie por HEGEL, quien habla de un derecho necesario. En efecto, de parte del agresor está la infinita violación de la existencia, o sea, la carencia total de derecho; de parte del agredido, que se defiende, está solamente la violación de una existencia singular, limitada por la libertad. Si al hombre que está en peligro de muerte no se le permitiera obrar para proveer a su propia conservación, habría que calificarlo como privado de derecho, y por lo tanto, estaría ya sentenciado a muerte.

www.derjurpanama.com

La tendencia moderna ve en la legítima defensa una causa de justificación (causa de exclusión de la antijuridicidad). Hace legítimo lo que sería ilegítimo, transforma el delito en no delito. Quien defiende su propio derecho, no ofende el derecho, antes bien, lucha por realizarlo.

Por ello, RANIERI estima que la legítima defensa se justifica por "ser la reacción del agredido conforme al derecho, el cual la permite por **no ser perjudicial** para la sociedad"[22].

3. Requisitos.

Los requisitos integrantes de la legítima defensa, son:

a) Agresión injusta actual o inminente. Por **agresión** debe entenderse el acto con el que el agente tiende a poner en peligro o a lesionar un interés jurídicamente protegido. Más, no debe considerarse la agresión como un delito. Toda vez que la legítima defensa tiene como finalidad evitar un mal injusto, habrá de estimarse que hay agresión antes de que el bien atacado sea violado y antes de que el ataque constituya un delito. **Injusta no quiere decir delictiva, sino acción emprendida sin derecho[23].**

El peligro que involucra la agresión debe ser **actual o inminente.** Ello significa que la situación peligrosa debe existir en el momento del hecho. No será suficiente para invocar la causa de exclusión, un peligro meramente **futuro,** o sea la probabilidad de que se realice posteriormente una situación de peligro, ya que en tal caso tiene el agredido la posibilidad de invocar eficazmente la protección de las autoridades.

Igualmente irrelevante será el peligro **pasado,** o sea, el que no tenga ya posibilidad de concretarse en la lesión del derecho, porque ésta ha sucedido ya o porque ya el riesgo se ha desvanecido y la lesión misma no puede verificarse y la reacción que en tales casos se produjera constituiría venganza, mas no legítima defensa.

www.penalpanama.com

22 RANIERI, I, pág. 212.

23 SOLER, I, pág. 364.

b) Necesidad de la defensa. La defensa ha de reunir como requisito **sine qua non,** el de ser **necesaria.**

La necesidad supone -en opinión de JIMENEZ DE ASUA- "oportunidad del empleo de la defensa; imposibilidad de usar otros medios menos drásticos, inevitabilidad del peligro por otros recursos, pero todo ello en directa relación y subordinación al peligro que nos amenaza y a la figura típica que surge de la reacción"[24].

Obra legítimamente en defensa de una peligrosa ofensa, cualquiera persona que se halla en la necesidad de repeler un peligro injusto que pueda afectar a su persona o derechos.

La injusticia o la antijuridicidad de la agresión -según MAURACH- "es la característica **necesaria y suficiente** de la legítima defensa"[25].

El juicio acerca de la necesidad de la defensa no es absoluto, sino que será necesario apreciar las circunstancias del caso concreto. De tal manera que, aquello que puede considerarse necesario en determinadas circunstancias puede no serlo en circunstancias distintas.

c) Proporcionalidad de los medios empleados. Se ha dicho que para que opere la legítima defensa es menester que la reacción sea proporcionada a la agresión. Estimamos, sin embargo, que no se trata de hacer una comparación entre el mal amenazado y el inflingido por la reacción defensiva, sino entre los medios defensivos a disposición del injustamente atacado y los efectivamente empleados por él. De tal manera que si a su alcance únicamente existe un medio para defenderse, puede utilizarlo aunque cause un daño mayor que aquel con que se le amenaza.

Por otra parte, el examen de la proporcionalidad de los medios empleados en la defensa debe hacerse tomando en consideración la naturaleza y gravedad de la agresión y las condiciones personales tanto del agresor como del agredido, y para la apreciación de la misma,

www.derechopenalparatodos.com

24 JIMENEZ DE ASUA, IV, pág. 213..

25 MAURACH, I, pág. 380

siempre será necesario que el juzgador se sitúe, en cada caso en concreto, en la posición de un "agredido razonable en el momento de la agresión"[26].

d) Ausencia de provocación. Algunas legislaciones exigen de modo taxativo para poder invocar la legítima defensa, el requisito de falta de **provocación suficiente** por parte del que se defiende.

SOLER al comentar el Código penal argentino, que contiene la fórmula antes indicada, señala que para ampararse en la legítima defensa será necesario, que además de no haber sido **agresor** no se haya sido **provocador[27].**

No cabe duda, sin embargo, que para excluir la legítima defensa no bastará una provocación de cualquier naturaleza, puesto que por regla general se utiliza la expresión "provocación suficiente" con lo que se alude a una provocación adecuada, bastante y proporcionada a la agresión nacida de ella.

En presencia de una provocación de tal naturaleza, por tanto, se excluye el carácter agresivamente injusto del ataque y, en consecuencia, pierde su razón de ser la eximente.

4. Bienes defendibles.

En la doctrina reina unánime orientación en el sentido de que todo bien jurídico es legítimamente defendible.

Han sido superadas aquellas posiciones doctrinales que distinguían, en cuanto a los bienes defendibles, dos grandes grupos de intereses: 1) defensa de los intereses personales; 2) defensa de intereses patrimoniales; y limitaban la posibilidad de invocar la causa de exclusión a la defensa de los intereses personales (vida, integridad personal, honra, honor, etc.), con exclusión de los patrimoniales (propiedad, posesión, tenencia, etc.).

www.derjurisprudencia.com

26

27

5. Extensión de la defensa.

La defensa se extiende a cualquier persona, con tal de que no haya provocado el ataque y, por tanto, sea objeto de una agresión injusta.

Se admite, pues, la defensa propia, la del pariente, fundamentada en el vínculo de sangre o afinidad, y la del extraño, reclamada por un sentimiento de solidaridad humana, que obliga a acudir en ayuda de alguien cuando se trata del restablecimiento del orden jurídico ilegítimamente atacado, y, en consecuencia, de los derechos o de la misma persona del agredido.

Para que se dé la legítima defensa del pariente es menester que, en caso de haber procedido provocación, no hubiera tenido participación en ella el defensor.

Por lo que se refiere a la defensa de extraños, además de los requisitos previstos para la defensa propia, será necesario que el defensor no obre impulsado por venganza, resentimiento u otros motivos que vicien su intervención.

6. Defensa putativa.

Si alguien cree por error, y sin culpa de su parte, que corre un peligro actual del que es necesario defenderse, tiene derecho a invocar la causa justificativa de la legítima defensa, aunque efectivamente la necesidad no existiera. Estaríamos entonces en presencia de lo que la doctrina ha denominado "defensa putativa".

"Existe defensa putativa -expone JIMENEZ DE ASUA- si el sujeto que reacciona lo hace en la creencia de que existe un ataque injusto, cuando, propiamente, se halla ante un mero simulacro. Más éste debe ser, en la apariencia, totalmente exacto al supuesto creado por la ley"[28].

Dado los elementos subjetivos que integran la figura de la defensa putativa, es necesario un proceso valorativo de su apreciación fáctica, lo que solo cabe hacer al examinar la culpabilidad lo que justifica su ubicación entre las excluyentes de culpabilidad.

www.derechopanameno.com

28 JIMENEZ DE ASUA, "'ley y el delito. Pág. 405.

La mayoría de los autores tratan la defensa putativa, como error de hecho que es, dentro de las causas de inculpabilidad.

7. La legítima defensa en el Código penal panameño.

La primera cuestión que se plantea en nuestra legislación, es la de establecer si la legítima defensa aparece contemplada en el artículo 47 o en el 48 del Código penal.

En relación con este tema, resulta de gran interés el examen de la sentencia proferida por la Honorable Corte Suprema de Justicia, el 22 de abril de 1941, con motivo del recurso de casación propuesto por el defensor de Gregorio González Chávez en el juicio seguido contra éste por el delito de lesiones causadas en perjuicio de Alcides Agencio (ver: Registro Judicial No. 4, de abril de 1941, pág. 18).

En el mencionado pronunciamiento la opinión de los magistrados se dividió: mientras que la mayoría sostuvo la tesis de que la legítima defensa está contemplada en el artículo 48, el Magistrado Darío Vallarino en su salvamento de voto manifiesta que la causa de exclusión aparece regulada en el artículo 47 del Código.

En nuestra opinión, no cabe la menor duda que el Instituto de la legítima defensa es regulado en nuestra legislación en el artículo 47, y que el artículo 48 consagra el estado de necesidad. Lo que ha originado confusión es la deficiente redacción con que nuestro legislador trasplantó los numerales 2o. y 3o. del artículo 49, del Código italiano de 1889 (de ZANARDELLI), creando los artículos 47 y 48 del Código patrio.

La circunstancia de que a los preceptos del Código italiano se le hubieran introducido algunas modificaciones, ha dado como resultado las dudas que se manifiestan en la sentencia aludida, e indujo a JIMENEZ DE ASUA a manifestar que el Código panameño "trata conjuntamente, en confuso texto, de la defensa y del estado necesario" (se refiere a los artículos 47 y 48 del Código Penal).

El estudio de los distintos requisitos diseñados por la doctrina, para cada una de estas justificantes, así como el detenido examen de los numerales 2o. y 3o. del artículo 49 del Código de Zanardelli, permite

www.derechopanameno.com

advertir, sin mayores esfuerzos, que en efecto nuestro Código trata la legítima defensa en el artículo 47, y del estado de necesidad en el articulo 48.

Quizás una confrontación de los mencionados preceptos, permita ver el problema con mayor claridad:

Código de ZANARDELLI: (legítima defensa).

"Artículo 49. No incurrirá en pena alguna el que hubiera cometido el hecho:

2º. Por haberse visto obligado a ello por la necesidad de rechazar una violencia actual e injusta contra sí mismo o contra otra persona.

Código panameño

"Artículo 47. No es punible el que ejecuta un acto obligado a ello por una, violencia grave e injusta que no ha podido eludir ni resistir de otra manera".

Código ZANARDELLI (estado de necesidad),

3o. Por haberse visto obligado por la necesidad de salvarse a si o salvar a otros de un peligro grave e inminente para la persona, a que no había dado motivo voluntariamente, y que no podía evitarse de otro modo".

Código panameño.

"Artículo 48. No es punible quien ejecuta un acto para precaverse a sí mismo o a otro de un peligro grave o inminente, que amenace la vida o el honor, cuando no fue causa voluntaria del peligro quien se ve amenazado por él, y no puede evitarlo de otra suerte".

Resulta evidente que en el artículo 47 del Código patrio se hace referencia a la reacción defensiva, subsiguiente a una **agresión injusta** (acto obligado a ello por una violencia grave injusta); en tanto que el artículo 48 contempla la ejecución de un acto para precaverse de un peligro grave o inminente (acción y no reacción, y sin que exista una violencia injusta), que es una de las características fundamentales, que diferencian a la legítima defensa del estado de necesidad, como tendremos " oportunidad de examinar con más detenimiento, al tratar de las diferencias existentes entre estos dos Institutos jurídicos.

www.derjurpanama.com

Por otra parte, así centrada la legítima defensa en el artículo 47 del Código, cabe reconocer la amplitud con que la misma ha sido diseñada por nuestro legislador en lo concerniente a los bienes defendibles, ya que al no estar limitados los mismos, debe concluirse que todos los bienes jurídicos ya sean personales o patrimoniales son susceptibles de ser defendidos, siendo posible por tanto invocar la causa de exclusión.

No sucede lo mismo, sin embargo, en lo que respecta a la extensión de la causa de exclusión a la defensa del pariente o del extraño, ya que la escueta fórmula del artículo 47 pareciera limitarse a la defensa propia. Ello, posiblemente a ha sido la razón por la cual nuestra jurisprudencia se ha visto precisada en muchas ocasiones a invocar el artículo 48 del Código, para justificar la legítima defensa de parientes (Ver: Sentencia de 20 de diciembre de 1926. R.J. No. 2 de 1927, pág. 21).

C. El estado de necesidad

1. Concepto.

Según la doctrina moderna el estado de necesidad "es una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el Derecho, en la cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro, jurídicamente protegidos"[29].

Al comentar el artículo 54 del Código penal italiano, que consagra esta causa de justificación, RANIERI la define como la "situación, subjetivamente peligrosa, en que alguno, que no la causó voluntariamente, llega a encontrarse y en virtud de la cual quien se encuentra en ella, no pudiéndola evitar de otra manera, se ve obligado, para salvarse a sí mismo o salvar a otro, a realizar un hecho, proporcionado al peligro y lesivo de un precepto penalmente sancionado"[30].

www.derpanama.com

29 LISZT, II, pág. 341.

30 RANIERI, I, pág. 221.

El estado de necesidad se presenta, por consiguiente, como una colisión de intereses, es decir, cuando alguien, a causa de un hecho no imputable a él, se halla en la situación inevitable de no poder salvarse sino sacrificando a otro. Así, podemos citar los casos del náufrago que, para salvarse, echa al mar al compañero caído a la misma tabla o del alpinista que hace precipitar al compañero suspendido en la misma cuerda, la cual amenaza romperse al peso de los dos cuerpos[31].

El problema jurídico fundamental que presenta la colisión de intereses que entraña el estado de necesidad, radica en determinar cuándo y en qué medida es lícito lesionar intereses jurídicos ajenos para eliminar el peligro.

2. Fundamentación teórica.

Acerca del fundamento del estado de necesidad se han elaborado numerosas teorías, que pueden esquematizarse de la siguiente manera:

a) Las que consideran la acción necesaria como ajurídica, es decir, completamente fuera del radio de acción del Derecho. Para los seguidores de esta posición doctrinal, bajo la presión de la necesidad, el ordenamiento jurídico positivo queda suspendido o abolido del todo.

Esta es la opinión compartida por GROCIO, PUFENDORF, WOLF, etc., según los cuales, en estos casos la ley natural prevalece sobre la ley escrita.

b) Las que consideran la acción como injusta pero le quitan el carácter criminal por consideraciones de índole subjetiva. Unos (KANT) justifican la acción "por la inutilidad de la pena"; otros (GEYER), en vista de la perturbación de animo en que se halla el necesitado.

c) Los que consideran la acción necesaria intrínsecamente justa. Dentro de esta concepción, la teoría de la colisión de derechos, es hoy la predominante. Según la misma, en la colisión de derechos iguales, el Estado debe preferir la conservación del derecho de mayor valor.

31 Ejemplo: proporcionado por MAGGIORE, I, pág. 421

www.penumbra.com.pe

El problema se plantea de difícil solución, sin embargo, en presencia de bienes de igual rango valorativo. ¿Cómo se explica entonces la lesión del otro bien?

La opinión dominante es la de que se trata de una causa de inculpabilidad. El hecho es injusto, pero no es culpable, por la alteración de la conducta; o dicho en otros términos, por la no exigibilidad de una conducta distinta a la realizada, habida consideración de las circunstancias que obligan a comportarse de manera diferente a *como normalmente lo hubiera hecho*[32] *RANIERI, sin embargo, disiente de esta opinión, al considerar que indepen*dientemente de que el interés protegido sea igual o de mayor importancia que el del sacrificado, siempre se estará en presencia de una causa de justificación, cuyo fundamento debe buscarse en el hecho de que la acción impuesta por la necesidad, por no ser socialmente dañosa, es conforme a derecho[33].

3. Requisitos.

Son requisitos del estado de necesidad:

a) La necesidad de salvase a sí mismo o de salvar a otro. Al igual de lo que ocurre en la legítima defensa, en esta causa de justificación el concepto de necesidad se refiere a las circunstancias concretas en que se encuentra el sujeto.

Resulta indiferente, además, que la necesidad sea la de salvarse a sí mismo o de salvar a otra persona, cualquiera que ella sea y cualesquiera que sean los vínculos que la unen al agente[34].

b) La existencia de un peligro actual de un daño grave para la persona, no causado voluntariamente por esta. El peligro debe ser actual**,** es decir, en proceso de desarrollo, o al menos, probablemente inminente.

A diferencia de que lo ocurre con la legítima defensa debe tratarse de un peligro de **daño grave a la persona,** o sea, que el estado de

32 DEL ROSAL, I, pág. 832

33 RANIERI, I, pag. 222.

34 RANIERI, I, pág. 223.

www.penalpanama.com

necesidad no debe recaer sobre cualquier derecho, sino sobre un bien personal (integridad física o personalidad moral). En consecuencia, dentro del estado de necesidad no solo queda comprendida la preservación de la vida y la integridad corporal, sino también de otros bienes que son inherentes a la persona, como la libertad individual, el pudor, el honor, la inviolabilidad sexual, etc.

Para que haya estado de necesidad se requiere, además, que el agente **no haya causado voluntariamente el peligro.** Así, el que dolosamente cause un incendio, no podrá invocar el estado de necesidad en el caso de que, para salvarse, se vea obligado a sacrificar la vida de otro.

c) **La inevitabilidad de la acción realizada.** La acción realizada para salvarse así mismo a otro debe ser **inevitable,** puesto que si se pudiera evitar de otra manera, sin sacrificar un bien ajeno, ya se estaría fuera del estado de necesidad.

Ante la posibilidad de librarse de la situación -de peligro, no sería jamás legítima la lesión de un bien jurídico de un inocente, por no ser **necesaria.** Es obvio, por tanto, que en el concepto de necesidad hallase ínsito el de inevitabilidad[35].

d) **Proporción entre el bien que se salva y el bien que se sacrifica.** La doctrina exige que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar. Por ello, la acción no debe pasar los límites que la necesidad rigurosamente exige, y si los traspasa no podrá ser justificada, porque representa un exceso.

Este requisito cobra relevancia especial porque los estados de necesidad en los intereses en conflicto son de igual jerarquía o sea aquellos en los que existe igualdad entre el bien que se salva y el bien que se sacrifica o cuando el bien que se salva es menor, tales situaciones salen de las causas de justificación para ubicarse entre los aspectos negativos de culpabilidad.

www.derechopanama.com

35 Ver: JIMENEZ HUERTA, la antijuricidad. pág. 330.

4. Diferencias entre la legítima defensa y el estado de necesidad.

No cabe la menor duda que tanto el estado de necesidad como la legítima defensa, obedecen al ejercicio de un **derecho de necesidad.** Lo corrobora, la falta de provocación suficiente, en la legítima defensa, y que no se haya provocado intencionalmente la situación de necesidad, en el estado de necesidad.

Ello en forma alguna impide que se destaquen las siguientes diferencias entre estos dos institutos jurídicos:

a) La legítima defensa es una **reacción,** contra el atacante que desencadena una agresión injusta, sin motivo alguno de parte del agredido. El estado de necesidad es una **acción,** mediante la cual se procura precaverse de un grave daño personal, que muchas veces resulta, no de un hecho humano, sino de un caso fortuito o fuerza mayor.

b) En cuanto a la naturaleza de los intereses en conflicto, en el estado de necesidad surge entre dos, intereses igualmente legítimos; en la legítima defensa, en cambio, es legítimo el Interés del agredido, pero no lo es el del agresor. Por ello, con frecuencia se afirma que mientras en la legítima defensa se tiende a restablecer el Derecho frente a la injusticia, en el estado de necesidad, se pretende salvaguardar un derecho a costa de otro derecho.

c) Como consecuencia de lo expuesto en el punto anterior, la doctrina destaca el carácter **subsidiario** del estado de necesidad. Así, la mayoría de las legislaciones exigen para invocar esta eximente "que no haya otro medio de evitarlo sin producir perjuicio". Se sostiene, por el contrario, que en la legítima defensa, la subsidiaridad no debe, en modo alguno, ser obstáculo para el ejercicio legítimo de la defensa propia o ajena.

5. El estado de necesidad en el Código penal panameño.

El estado de necesidad se encuentra regulado en el artículo 48 del Código penal, que a la letra dispone:

www.derechopanama.com

> **"Artículo 48.** No es punible quien ejecuta un acto para precaverse a sí mismo o a otro de un peligro grave o inminente, que amenace la vida o el honor, cuando no fue causa voluntaria del peligro quien se ve amenazado por él, y no puede evitarlo de otra suerte".

Como es fácil advertir el Código no define el estado de necesidad, sino que tan solo señala su extensión y requisitos, lo que, como afirma nuestro profesor DEL ROSAL, es orientación "estimable, ya que los códigos son libros de reglas prácticas y no deben tomar partido ni por definición ni por adopción de doctrinas o valores excesivamente técnicos"[36]. Se limita a señalar las **circunstancias** que deben concurrir, a modo de requisitos integrantes, y que son las siguientes:

a) Existencia de un peligro grave o inminente. Debe tratarse, por tanto, de un peligro de cierta entidad, lo que se justifica, precisamente porque en el estado de necesidad, para precaverse uno mismo o precaver a otro, de un peligro no debido a nadie, se sacrifica la vida o el derecho de un inocente. En la inmensa mayoría de los casos, el que sufre el perjuicio es tan inocente como quien lo causa.

Sólo lo inevitable del peligro y la gravedad del mismo pueden justificar el sacrificio de otro bien jurídico.

b) No haber sido causa voluntaria del peligro quien se ve amenazado por el. Voluntariamente equivale a dolosamente. En consecuencia, el estado de necesidad ha de considerarse culpablemente producido cuando el autor ha hecho surgir la situación de necesidad, por no tomar en cuenta, de modo reprobable, los intereses ajenos.

c) **No poder evitarlo de otra suerte.** He aquí el carácter de **subsidiaridad a** que hicimos referencia al examinar las diferencias entre el estado de necesidad y la legítima defensa.

Este requisito, pues, acentúa el carácter subsidiario del estado de necesidad, que se nos presenta como **conditio sine qua non** para poder

36 DEL ROSAL, I, pág. 832.

invocar la eximente. En todos aquellos casos en que se presente otro medio para impedir el daño que nos amenaza o amenaza a otro, no será Incito destruir o deteriorar un bien jurídico ajeno.

En lo que respecta a los **bienes defendibles,** el código sólo autoriza el ejercicio del estado de necesidad, para salvaguardar la **vida** y el **honor.**

El estado de necesidad se extiende en nuestra legislación a la protección de cualquier persona, no otra puede ser la interpretación de la expresión "precaverse así mismo o a otro, contenida en el artículo 48.

Finalmente, es preciso señalar que si bien las disposiciones de los artículos 47 y 48 del Código penal, que hemos examinado, prevén situaciones en las que el comportamiento del sujeto es lícito, a pesar de su conformidad con un tipo legal, existen determinados límites que no pueden ser excedidos por el sujeto en ejercicio del derecho de necesidad.

El exceso tanto en la **legítima defensa** como en el **estado de necesidad,** está previsto en el artículo 49 del Código, que a la letra dispone:

> "Si en los casos de que tratan los artículos 47 y 48, el responsable del acto se excedió de los límites señalados por la ley, por la autoridad o por la necesidad, será castigado con una pena que no sea menor de la sexta parte ni exceda de la mitad de la señalada por la ley, y a la vez la reclusión se convertirá en prisión".

Entendemos, por tanto, que ante el exceso la conducta es antijurídica; no obstante, la misma es sancionada con una pena reducida (circunstancia atenuante) al estimarse que la ofensa inferida al excederse los límites de la necesidad reviste una menor gravedad que aquella otra que se ocasione en los demás casos.

La doctrina reconoce como caso típico de exceso aquel que presupone error en la valoración de la necesidad racional del medio

www.derechopanama.com

empleado o en la apreciación de la importancia de los intereses en conflicto.

D. El cumplimiento de la ley

La ley impone determinados deberes a los hombres, bien en atención a los cargos públicos que ostentan, bien en consideración a su simple condición de miembros de la comunidad social. En el cumplimiento de estos deberes pueden lesionarse bienes jurídicos vitales de la colectividad o derechos subjetivos de otras personas.

El cumplimiento de la leyes causa de justificación, porque dada la existencia de un ordenamiento jurídico, sería contradictorio imponer la obediencia de la ley y sancionar a quien viola un derecho, por el hecho mismo de la obediencia[37].

El artículo 50 del Código dispone: "No es punible quien ejecuta un acto en cumplimiento de una disposición expresa de la ley".

No cabe duda, que toda regla jurídica que ordena o permita la lesión de un bien jurídico ordinariamente protegido por el derecho, excluye, por sí misma, el carácter delictuoso del acto que en su nombre se realiza. La esencia de la justificación en estos casos radica, en que el ejercicio ordenado de la ley representa un valor predominante sobre el interés que se lesiona.

Por cumplimiento de "una disposición expresa de la ley" debe entenderse cualquier norma impuesta por el ordenamiento jurídico. Es decir, tanto la ley propiamente dicha, como un reglamento, decreto, acuerdo, etc.

JIMENEZ DE ASUA sostiene que la **costumbre, cuando es integrativa de la regla de derecho,** puede decirse también que autoriza la ejecución, y por ende, que su ejercicio, constituye una causa justificante en materia penal[38].

www.penalpanama.com

37 MAGGIORE, I, pág. 392.

38 JIMENEZ DE ASUA, IV, pág. 502.

La doctrina moderna comprende dentro del concepto del cumplimiento de la ley, los **actos ordenados por ella; el cumplimiento de un deber,** que abarca tanto el impuesto por el cargo público, como aquel a que está obligado el individuo; el ejercicio de **un derecho** (como el derecho de corrección y el disciplinario); y el **ejercicio profesional** (como es el caso del abogado, quien al actuar en los estrados o en sus escritos dirigidos a los jueces, pone de manifiesto la exactitud de las imputaciones realizadas por su mandante).

E. La obediencia jerárquica

La obediencia con significación penal es la jerárquica, es decir, la que consiste en el cumplimiento del mandato o de la orden emanada del superior jerárquico.

La justificación de la acción con relevancia penal ejecutada por obediencia a un mandato jerárquico, se funda en la relación necesaria de sujeción entre el Inferior y el superior, sin la cual se subvertiría el concepto de autoridad pública[39].

La doctrina moderna estima la obediencia jerárquica entre las causas de justificación cuando la orden que se cumple es lícita, y entre las causas de inculpabilidad cuando no lo es, porque en tal supuesto responde de ella el superior que la impartió, lo que no ocurriría en caso de que operara una causa de justificación.

Nuestro Código regula la obediencia jerárquica, en el artículo 51, al disponer:

> "**Artículo 51.** No es punible quien ejecuta un acto en cumplimiento de una orden oficial, dictada por autoridad competente, siempre que pueda presumir rectamente que el ejecutor del acto obró convencido de que la orden era dada por quien tenía facultad legal para darla, y que el acto estaba comprendido en sus deberes de subordinación.

39 MAGGIORE, I, pág. 396.

www.derechopenalonline.com

"En el caso de este artículo la pena se impondrá a quien dio la orden, si lo hizo sin facultad legal".

A su vez, el artículo 33 de la Constitución Nacional, expresa que:

En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional o legal, en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta. Se exceptúan los miembros de la Fuerza Pública cuando estén en servicio, en cuyo caso la responsabilidad recae únicamente sobre el superior jerárquico que imparta la orden".

Por orden debe entenderse "la declaración de voluntad de una autoridad, con carácter imperativo, dirigida a un subordinado para exigirle determinada conducta (hacer, no hacer, permitir)"[40].

Los requisitos de la orden a que la ley atribuye carácter eximente, son:

a) **Que provenga de una autoridad pública**. La orden debe provenir de una **autoridad pública,** es decir, de un funcionario al servicio del Estado o de otra entidad pública.

No tendrán valor, por tanto, los órdenes que procedan de cualquier otra autoridad distinta de la pública (del padre, del patrono, del maestro, etc.).

b) **Que la legítima.** La legitimidad de la orden debe considerarse en relación a sus formalidades, a la competencia del funcionario que la expide, y a la competencia del que debe cumplirla.

En cuanto a la **forma,** debe señalarse que en aquellos casos en que la ley exige que la orden reúna algunos requisitos formales (por ejemplo, ser escrita), la falta de estos acarrea la invalidez de la misma, y el inferior no está obligado a acatarla.

La orden debe provenir de un funcionario **competente,** y referirse a materia que esté dentro de la competencia funcional de quien la expide.

www.penalpanama.com

40

Debe además, dirigirse a una persona que tenga la obligación de obedecerla. Es decir, que debe existir una relación de dependencia jerárquica entre el que expide la orden y el que la cumple. Se entiende que existe esta relación de dependencia jerárquica entre dos funcionarios cuando se encuentran en relación de subordinación.

En atención a lo dispuesto en el artículo 33 de la Constitución Nacional, el requisito de la legitimidad de la orden, supone que el **subordinado** tiene el **derecho** y el **deber** de averiguar si la orden que se le imparte infringe o no algún precepto constitucional o legal, y cuando ello ocurre, no sólo tiene el derecho, sino la obligación de desobedecerla.

La propia Constitución, sin embargo, presenta una excepción a esta regla en el caso de los miembros de la Fuerza Pública "cuando estén en servicio", en cuyo caso se impone la obligación de la **obediencia absoluta e incondicionada.**

El funcionario inferior quedará exento de pena, no obstante, aunque el mandato superior sea antijurídico, "cuando pueda presumirse que actuó convencido de que la orden era dada por quien tenía facultad para ello, y que su acto estaba comprendido en sus deberes de subordinación".

www.penjurlame.com

F. El consentimiento del ofendido

El valor del **consentimiento** en el ámbito del Derecho penal ha sido profundamente controvertido. El problema ha radicado fundamentalmente en determinar si la autorización que presta el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la conducta que se enjuicia, impide el nacimiento de su antijuridicidad, y, por ende, si puede considerarse como causa de justificación.

En la mayoría de los Códigos modernos no existe una regulación legal del consentimiento. Quizás, resulte una excepción el Código italiano, que adopta una fórmula de carácter general, cuando en el artículo 50 dispone: "No es punible el que lesiona o pone en peligro un

derecho con el consentimiento de la persona que puede válidamente disponer de él".

El Código patrio no regula el consentimiento de la víctima como una causa general de justificación. En algunos tipos penales se exige, no obstante, que la conducta se realice sin el consentimiento del sujeto pasivo de la infracción. Así, sucede, por ejemplo, en la violación de domicilio (art. 142); el hurto (art. 350), etc. Pero en estos casos -como bien afirma CUELLO CALON- "no puede decirse que el consentimiento obre como **causa justificante,** pues el delito no llega a nacer, lo que aquí sucede el que no hay delito por ausencia "de uno de los elementos que lo integran"[41]. Hubiera sido más exacto, por tanto, que CUELLO CALON hubiera dicho, en estos casos no hay delito por **ausencia de tipicidad.**

No habrá, en efecto, violación de domicilio o hurto, si se ha permitido entrar en el domicilio ajeno, o el hurto. Pero sería absurdo decir en estos casos que el consentimiento opera como causa de justificación. Lo que acontece realmente es que se impide que el delito nazca por falta de uno de los elementos característicos de la especial figura delictiva de que se trata. Lo que está ausente es el tipo.

La doctrina moderna pone de relieve, sin embargo, diversos casos en que la ley penal **no incluye** como **elemento típico la voluntad contraria** del titular del bien jurídico que es afectado por la acción y, sin embargo, es evidente que no obstante no constituir dicha voluntad contraria un requisito típico, tiene una extraordinaria significación para valorar la antijuridicidad de la conducta.

Existen, además otras conductas en que el carácter antijurídico de las mismas no está condicionado en la ley a que se realicen contra la voluntad del titular del bien jurídico afectado; por el contrario, su carácter antijurídico brota con independencia de la voluntad del sujeto pasivo del delito y, en consecuencia el legislador las tipifica sin hacer relación alguna a dicho **consentimiento o voluntad.**

41 CUELLO CALON, I, pág. 372-373.

Pero si se toma en consideración que la antijuridicidad en el juicio de valor que se pronuncia sobre una determinada conducta, y que la antijuridicidad debe ser apreciada en el caso concreto, pueden presentarse diversas hipótesis en que, no obstante no haber sido tomado en cuenta el consentimiento del titular del bien jurídico al tipificarse la conducta que la ley describe, es posible que, conforme a las concepciones culturales que fundamentan el Derecho, el consentimiento juegue papel decisivo como causa impeditiva del nacimiento de la antijuridicidad.

Cuando el sujeto pasivo consiente la acción típica la concretización del tipo penal se produce pero le falta la integración del injusto.

En ese sentido, JIMENEZ HUERTA estima que: "el consentimiento del titular del bien jurídico afectado por la conducta que es objeto de valoración jurídico-penal, es una verdadera causa impeditiva del nacimiento y existencia del injusto en aquellas conductas en que, precisamente, la naturaleza antijurídica de las mismas presupone la **voluntad contraria** de la persona que titular del bien jurídico que resulta afectado[42].

Ahora bien, el valor del consentimiento en el ámbito jurídico penal no puede resolverse de manera general y uniforme dadas las innumerables situaciones que la vida real ofrece la valoración jurídica. Una solución adecuada al problema sólo se podrá obtener mediante el detenido examen de los intereses específicos que entran en juego en cada una de las diversas especies delictivas.

www.derjurparana.com

42 JIMENEZ HUERTA, La antijuricidad, pág. 152.

CAPITULO XII
LA CULPABILIDAD

I. CONCEPTO

II. TEORIAS SOBRE LA NATURALEZA DE LA CULPABILIDAD

A. *Teoría Psicológica*

B. Teoría normativa

C. La *teoría finalista* y *la concepción normativa* de *la* cu*lpabilidad.*

III. LA IMPUTABILIDAD

A. *Concepto.*

B. Causa de *Inimputabilidad*

1. *La enfermedad mental*
2. *La embriaguez*
3. *Menor* edad
4. *La sordomudez*

IV. FORMAS DE LA CULPABILIDAD

A. El dolo

1. *Concepto*
2. *Teorías*
3. *Elementos del dolo*
4. *Clases* de *dolo*

B. La culpa

www.derjurpanama.com

1. *Concepto*
2. *Elementos* de *la culpa*
3. *Esencia* de *lo culpa: las diversas teorías*
4. *Clases* de *culpa*

V. LAS CAUSAS DE INCULPABILIDAD

A. El error

1. *Concepto: error* e *ignorancia*
2. *Error* de *derecho y error* de *hecho*
3. *Error* de *tipo y error* de *prohibición*
4. *Las eximentes putativas.*

B. La coacción

1. *Vis absoluta y vis compulsiva*
2. *Requisitos* de *la coacción moral*
3. *Efecto jurídico* de *la coacción moral*

C. *El principio* de *no exigibilidad de otra conducta*

1. *Concepto*
2. *El principio de no exigibilidad en el Código panameño.*

B. La culpa

1. *Concepto*
2. *Elementos de la culpa*

www.penjurpanama.com

3. *Esencia de lo culpa: las diversas teorías*

4. *Clases de culpa*

V. LAS CAUSAS DE INCULPABILIDAD

A. El error

1. *Concepto: error e ignorancia*

2. *Error de derecho y error de hecho*

3. *Error de tipo y error de prohibición*;

4. *Las eximentes putativas.*

B. La coacción

1. *Vis absoluta y vis compulsiva*

2. *Requisitos de la coacción moral*

3. *Efecto jurídico de la coacción moral*

C. *El principio de* no *exigibilidad de otra conducta*

1 Concepto

2. El principio de no exigibilidad en el Código panameño

www.perijurpanama.com

I. CONCEPTO

Para que una acción constituya delito no basta que sea típica y antijurídica, sino que es necesario además que se haya ejecutado culpablemente. La culpabilidad es el elemento que pone en evidencia la base humana y moral sobre la cual se funda la noción del delito.

Cuando decimos que una acción es típicamente antijurídica nos estamos refiriendo tan sólo al aspecto objetivo de la infracción, que debe ser completado por el plano subjetivo de la culpabilidad.

Tal concepción moderna de la culpabilidad tiene su fuente en el pensamiento de los juristas de la Escuela Natural que distinguían entre imputatio facti (juicio en virtud del cual se pone en evidencia el nexo de causalidad material entre la conducta y el resultado) y la imputatio iuris (juicio positivo de causalidad moral por el cual se determina que el sujeto, además de haber sido la causa material, ha sido también causa moral del hecho).

En el Derecho penal moderno, por tanto, no se pena por lo producido causalmente, sino por lo hecho culpablemente. Se precisa de esta manera el principio nullum crimen sine culpa, según el cual no hay delito sin culpabilidad, pues la ciencia penal repudia la responsabilidad objetiva o por el simple resultado.

Cabe señalar, sin embargo, que si bien en la actualidad se afirma como indiscutible el postulado de que no hay delito ni pena sin culpabilidad, ello en forma alguna significa que no existan hipótesis de responsabilidad objetiva en casi todas las legislaciones penales modernas, e incluso más adelante tendremos oportunidad de señalar ejemplos en el Código penal panameño.

MAGGIORE estima que la culpabilidad comprende en sí misma la acción y la antijuridicidad, más un agregado, que es "el conocimiento o conciencia de esas dos cosas. Y, agrega: "uno no es culpable si no ha obrado, aún mas, sino por haber obrado (la culpabilidad no es un estado, status); uno no es culpable sino por haberse puesto en oposición a la ley.

www.penjurcanarias.com

Pero esta doble situación objetiva debe integrarse, para que haya culpabilidad, con una nueva situación subjetiva: la conciencia o conocimiento de la acción y de la antijuridicidad"[1].

RANIERI, por su parte, manifiesta que "la culpabilidad para el derecho penal, es el modo de manifestarse la voluntad del sujeto con respecto al hecho ilícito, y que, por tener como fundamento los motivos que lo determinan y el estado psíquico que este fomenta, expresa la adecuación de las condiciones síquicas, permanentes o temporales, del sujeto con el hecho en el cual se reflejan"[2] .

II. TEORÍAS SOBRE LA NATURALEZA DE LA CULPABILIDAD.

A. Teoría psicológica.

De acuerdo con esta teoría la culpabilidad es la relación psicológica del autor con su hecho; su posición psicológica frente a él. Esa relación puede ser más o menos indirecta y aún radicar en un no hacer, pero se vincula siempre en mayor o menor grado con la acción.

Para que exista responsabilidad penal, ésta teoría exige que el sujeto se encuentre vinculado causalmente con el resultado típico y que haya tenido una participación psíquica con el resultado, producto de su acción. Esa relación psíquica, se origina en los presupuestos de inteligencia y voluntad (sentido libre arbitrista) que se manifiestan a través de la intención o previsión y en esa forma se incorpora a la inteligencia en el momento en que el sujeto quiere o prevé el resultado y a la voluntad, cuando el sujeto con su acción produce el resultado típico.

Así vistas las cosas, la culpabilidad aparece como un concepto genérico, que abarca tanto el dolo como la culpa que son sus especies. Estas especies de culpabilidad presuponen la imputabilidad del autor, y son excluidas por la ignorancia, el error y la coacción.

www.derechopenal.com

1 MAGGIORE, I, pág. 461.

2 RANIERI, I,. pág. 357.

Dentro de este orden de ideas, BELLAVISTA define la culpabilidad "como la relación psicológica entre el ante y la acción que ocasiona un resultado querido o no querido, previsto o al menos previsible"[3].

ANTOLISEI le objeta a esta teoría que no considera un aspecto que también es esencial a la culpabilidad: el carácter contrario al deber que la actitud de la voluntad debe presentar. Un comportamiento psíquico que no contradiga un deber que le haya sido impuesto al agente, no puede, en efecto, constituir ni dolo ni culpa[4].

En tal sentido, afirma que la concepción psicológica encuentra su principal obstáculo en la consideración de la culpa, la que no puede ser entendida en base a criterios puramente psicológicos. En efecto, lo que caracteriza a la culpa por tratarse de una conducta imprudente, negligente, o inexperta, es su contrariedad a una exigencia normativa, su contrariedad al deber de comportarse de una determinada manera. La esencia de la culpa radica fundamentalmente en que el comportamiento del sujeto es desaprobado por el ordenamiento jurídico y no un comportamiento meramente psicológico. Por ello, el psicologismo no pudo superar la contradicción de que en los casos de **culpa** inconsciente, a pesar de faltar la relación psicológica se reconoce la culpabilidad[5].

B. Teoría normativa

La imposibilidad de comprobar en los delitos culposos una relación psicológica del autor con el resultado, obligó a buscar otra característica genérica común dentro de la cual se pudieran abarcar, en la culpabilidad, el dolo y la culpa, como atributos alternativos del delito, y esa característica se encontró en la **reprochabilidad,** concepto normativo de referencia elaborado por FRANK, GOLDSCHMIOT y FREUDENTHAL[6].

www.peruanamo.com

3 BELLAVISTA, citado por ARTEAGA SANCHEZ, Alberto. La culpabilidad en la teoría general del hecho punible. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1975, pág. 43.

4 ANTOLISEI, Manual, pág. 209.

5 Así BACIGALUPO. Lineamientos..., pág. 84.

6 BUSCH, Moderna.., pág. 13.

De acuerdo con estos autores la característica contenida en todas las acciones culpables radica en la exigibilidad que resulta de las "circunstancias concomitantes". Si dichas circunstancias impiden en el autor la posibilidad de dirigir su conducta interna de conformidad con la norma, desaparece entonces el deber, y así la, conducta jurídica no es exigible. La **inexibilidad** se presenta como el concepto " fundamental de la exclusión de la culpabilidad[7].

Si el sujeto ha obrado en forma contraria al Derecho porque no ha tenido la posibilidad exigible de motivarse conforme a la norma violada, o en general, porque no le asistió la posibilidad exigible de una acción adecuada al Derecho, no puede ser penado. De donde se concluye que no puede ser penado quien no puede ser reprochado por su conducta.

Para esta teoría, la culpabilidad es un juicio de reproche que se hace al sujeto en atención a las motivaciones que lo llevan a realizar determinada conducta. La culpabilidad destaca la imputación personal de un hecho a su autor mediante un juicio de reproche que toma en cuenta las exigencias normativas que se imponen a las personas que viven en sociedad, juicio de culpabilidad que a juicio de GOLDSCHMIDT "se apoya en una norma subjetiva de determinación derivada de la norma de derecho. Así la norma de derecho tiene una doble función: 1) Como norma de valoración que se dirige a todos y que sirve para determinar lo que es injusto (norma de derecho propiamente tal) y 2) como norma subjetiva de determinación (norma de deber) que se dirige al personalmente obligado"[8]:

Para el normativismo, por tanto, la culpabilidad no es sólo dolo y respectivamente la culpa, sino que también la integran la imputabilidad y la ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad.

MEZGER, el más destacado autor de esta dirección, define la culpabilidad como "el conjunto de aquellos presupuestos de la pena que

7 BUSCH, pág. 14.

8 GOLDSCHMIDT, Jame. La concepción normativa de la culpabilidad. Traducción de Ricardo Núñez. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1943, pág. 25.

fundamentan, frente al sujeto, la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica[9].

Siguiendo a FONTAN BALESTRA, podemos formular con carácter general los dos postulados fundamentales del enfoque normativo, de la siguiente manera:

a) El contenido de la culpabilidad no se agota en los elementos psicológicos, contenidos en el dolo y la culpa.

b) La culpabilidad es un juicio formulado sobre una situación de hecho, generalmente psicológica, a consecuencia de la cual la acción es reprochable. En una palabra: culpabilidad es reprochabilidad"[10].

C. La teoría finalista y concepción normativa de la culpabilidad.

La teoría finalista también propugna por una concepción normativa de la culpabilidad, si bien, como es obvio, con las modificaciones que introduce en la teoría del delito al ubicar la consideración del dolo y de la culpa en la esfera de la acción y del tipo del injusto.

Así, por ejemplo, en la concepción de WELZEL, despojada la culpabilidad del dolo y de la culpa, se concibe como un puro reproche, reservándose para sí solamente el elemento normativo. La culpabilidad es, pues, reprochabilidad y la *acción dolosa o culposa es sólo su objeto. Esta orientación permite a este autor señalar que "la culpabilidad no se agota en la relación de disconformidad sustancial entre acción y ordenamiento jurídico, sino que además fundamenta el reproche* personal contra el autor, en el sentido de que no omitió la acción antijurídica aún cuando podía omitirla. La conducta del autor no es como se la exige el Derecho, aunque él habría podido observar las exigencias del deber ser del Derecho. El hubiera podido motivarse de acuerdo a la norma"[11].

Según este mismo autor el reproche tiene dos premisas:

---

9 MEZGER, II, págs. 9-10.

10 FONTAN BALESTRA, II, pág. 232.

11 WELZEL, pág.197-201.

a) Que el autor es capaz, atendidas sus fuerzas síquicas, de motivarse de acuerdo a la norma (los presupuestos existenciales de la reprochabilidad: la imputabilidad),

b) Que él está en situación de motivarse de acuerdo a la norma en virtud de la comprensión posible de la antijuricidad de su propósito concreto (los presupuestos especiales de la reprochabilidad: la posibilidad de comprensión de lo injusto)[12]

NUÑEZ, a pesar de estar afiliado a la corriente finalista, advierte que "esta concepción desconoce que a la culpabilidad debe pertenecer el soporte humano de la responsabilidad, que no reside en un juicio de reprochabilidad que no realiza el autor, sino en el comportamiento anímico de éste, que es lo reprochable[13],

Otra de las críticas que se le hace a esta teoría consiste en considerar que la culpabilidad ha sido aniquilada al ser despojada de sus elementos constitutivos tradicionales: el dolo y la culpa. A esta objeción cabe advertir que el finalismo se ha limitado a trasladar a su lugar correspondiente todos los elementos que son extraños a la esencia de la culpabilidad misma. En esta forma ha depurado este elemento y le ha dado, dentro del delito, su función, lugar y estructura auténtica[14].

En estudios recientes sobre la culpabilidad, el profesor de la Universidad de Sevilla FRANCISCO MUÑOZ CONDE sostiene que "el concepto tradicional de culpabilidad es incompatible con los actuales conocimientos científicos" y aboga por la aproximación de la dogmática jurídico penal a los conocimientos de la Psicología y Sociología modernas. Con esa relación descarta la posibilidad de poder actuar de un modo distinto a como realmente hizo y también la concepción individualista. Define formalmente la culpabilidad como "la declaración de

www.derechopenalonline.com

---

12 IDEM,

13 NUÑEZ, Manual..., pág. 210.

14 Sobre este particular confróntese: VILLALAZ, Aura E. G. de, "La culpabilidad a la luz de la teoría finalista de la acción" en LEX, Revista del Colegio Nacional de Abogados. Segunda Epoca. Año I. No. 1. Mayo-Agosto. Panamá, 1975. Pág. 97-118.

frustación de una expectativa de conducta determinada en la ley penal, que recae sobre su autor y que posibilita la aplicación de una pena"[15].

Los conceptos anteriores conducen a distinguir con MAURACH y KAUFMANN entre culpabilidad moral y culpabilidad jurídica. Así, al negar la primera la segunda mantiene en cuanto las convicciones del individuo discrepan -de la norma, no dependiendo de la aceptación del sujeto la validez de la norma jurídica.

III. LA IMPUTABILIDAD

A. Concepto.

Imputar un hecho a un individuo es atribuírselo para hacerle sufrir sus consecuencias, es decir, para hacerle **penalmente** responsable de él. Nadie podrá ser declarado culpable si previamente no se ha establecido que es **imputable,** es decir, que está en posesión de un mínimo de condiciones psíquicas y físicas en virtud de las cuales puede atribuírsele el delito, porque tiene capacidad de entender y de querer (comprender y decidir).

Para que las consecuencias de un delito puedan cargarse a la cuenta de su autor, es necesario que este sea **imputable y culpable**. La imputabilidad no es más que la capacidad de culpabilidad, esto es, un presupuesto de la culpabilidad.

La imputabilidad se nos presenta, por tanto, como un concepto criminológico que se obtiene mediante la directa observación del individuo, tomando como marco de referencia la ley penal, pero con independencia del caso concreto de la comisión de un delito.

Se puede definir la imputabilidad, siguiendo a MAGGIORE, como "el conjunto de condiciones psíquicas que requiere la ley para poner una acción a cargo del agente"[16].

---

[15] MUÑOZ CONDE, Francisco. El principio de culpabilidad en III Jornadas de Profesores de Derecho Penal. Universidad de Santiago de Compostela, Madrid, 1976, pág. 228.

www.derjurpanama.com

La diferencia entre sujetos imputables y sujetos no imputables se presenta pues, en forma esencial, debiendo ser nuestra primera preocupación determinar frente a nuestro legislación cuál es el conjunto de jurídico, individuo debe reunir para que pueda juzgársele subjetivamente imputable de un hecho.

Tal definición, sin embargo, no está dada afirmativamente por el Código; es preciso deducirla de las disposiciones en las cuales se establece la impunidad del delincuente por motivos subjetivos no dependientes de un hecho delictivo en particular, es decir, de motivos que no sean causas de justificación del hecho, ni causas de inculpabilidad por ese hecho.

De otra parte, resulta necesario advertir que la imputabilidad debe haber existido en el momento mismo de la comisión del acto. De modo tal que los estados anteriores o posteriores al hecho pueden producir otros efectos, pero no el de la declaración de inimputabilidad, ni de sus consecuencias[17].

B. Causas de inimputabilidad

Toda vez que la culpabilidad es un elemento esencial del delito, al faltar ésta, no hay delito. El aforismo latino "nullum crimen sine culpa" constituye un principio fundamental del derecho penal moderno.

Así como existen causas que excluyen la acción, la tipicidad y la antijuricidad hay otras que excluyen la culpabilidad.

Algunos autores, sin embargo, distinguen las causas de exclusión de la imputabilidad de las causas que excluyen la culpabilidad; lo que a nuestro juicio resulta impreciso, ya que la imputabilidad no es un elemento esencial del delito, como lo es la culpabilidad, sino que es tan sólo un momento de ésta, es un presupuesto. Las causas de exclusión de la imputabilidad, excluyen el delito en cuanto excluyen la culpabilidad,

16 MAGGIORE, I, pág. 487.

17 Así, entre otros: LISZT, II, pág. 367; FONTAN BALESTRA, Carlos. El elemento subjetivo del delito. Roque Depalma Editor. Buenos Aires, 1967. pág. 72.

www.derechopenal.com

y por ello, debieran ser tratadas dentro del estudio de estas últimas. No obstante, siguiendo el orden sistemático del plan diseñado por la facultad, las examinaremos a continuación.

Nuestra legislación consigna las siguientes causas de inimputabilidad: la enfermedad mental, la embriaguez, la menor edad y la sordomudez.

1. La enfermedad mental. El Código establece que "no estará sujeto a pena el que ejecute el acto violatorio de la ley penal a tiempo que sus facultades mentales, estaban debilitadas o trastornadas por causas de enfermedad, de tal suerte que carezca de discernimiento o de conciencia y libertad en sus actos" (art. 44).

La ley no define qué debe entenderse por enfermedad mental, esta por tanto, será tarea que corresponde a la psiquiatría, y a su vez a la psicopatología forense determinar, en el caso concreto, cuando la enfermedad mental produce los efectos expresamente descritos en la norma como excluyentes de la imputabilidad. Tales efectos son la ausencia o falta de discernimiento o de conciencia y libertad en sus actos.

La ley no habla de **enfermedad mental,** sino de enfermedad que debilite o trastorne las facultades mentales en forma tal que haga que el individuo carezca de discernimiento o de conciencia y libertad en sus actos. La doctrina moderna reconoce que la causa del estado morboso puede ser una enfermedad **psíquica,** pero también una enfermedad **física.**

Hay, en efecto muchísimas perturbaciones que tienen origen físico, ya por traumatismo en la cabeza, accesos, tumores, apoplejía, etc.; ya por introducción en el organismo de gérmenes patógenos, como la sífilis, el tifo, la fiebre malaria, la septicemia, la hidrofobia, la erisipela, la gripe y otras enfermedades infecciosas.

De lo que sino cabe duda es que la perturbación debe producir una verdadera enfermedad mental, y por ello, no deben incluirse dentro de ella los denominados "estados pasionales".

www.derjuanama.com

Siendo necesario que la alteración mental tenga una base patológica, se colige que no se identifica con ella la denominada "locura moral" o inmoralidad constitucional, que se presenta en aquellas personas que carecen de sentido moral completamente.

Cabe señalar, además, que la ley requiere, para la exclusión de la imputabilidad, que el estado mental que excluye el discernimiento o la conciencia y libertad en los actos debe existir en el momento en que se ejecuta el acto violatorio.

La enfermedad mental total tiene como efecto la no imputabilidad absoluta del culpable. En ningún caso, sin embargo, se dejará libre al que haya sido declarado en estado de enajenación, cuando resulte **peligroso** (párrafo final del art. 44 del C.P.)

La peligrosidad criminal puede definirse como la **posibilidad** (o probabilidad) **de que un individuo autor de un delito, cometa otros.**

Además de la enfermedad mental total o completa prevé el Código la **enfermedad mental parcial o incompleta.** De conformidad con el artículo 45, "si el debilitamiento o trastorno de las facultades mentales de quien ejecuta el acto violatorio de la ley penal, no fuere tal que lo prive completamente de discernimiento o de conciencia y voluntad, es decir, que lo haga irresponsable, aunque si atenúe de modo apreciable su responsabilidad, se reducirán las penas así:

Tanto en el terreno científico como en el jurídico ha sido muy discutida la posibilidad de una enfermedad mental incompleta. Hay autores que estiman un absurdo considerar a un individuo en parte sano y en parte enfermo, sin embargo, la opinión dominante en el campo psiquiátrico es favorable a la admisión de esta forma clínica.

La reducción de pena opera exclusivamente en aquellos casos en que la enfermedad **atenúa apreciablemente** la responsabilidad. Se han reconocido como enfermedades que pueden producir estos efectos, el histerismo, la neurastenia, la psicastenia, la epilepsia, etc.

www.derpanama.com

2. La **embriaguez.** La embriaguez es la pasajera alteración de las funciones psíquicas dimanadas de la ingestión de bebidas alcohólicas.

MAGGIORE la define como "una forma de intoxicación aguda producida por el alcohol. Como tal -agrega- es causa de perturbación de las funciones psíquicas, aunque no puede equiparse con la enfermedad mental[18].

A propósito de la embriaguez dispone el artículo 46, del Código:
"Las disposiciones de los dos artículos anteriores son aplicables a quien ejecute el acto violatorio de la ley penal en estado de embriaguez, que se demuestre haber sido meramente casual.
Si la embriaguez hubiere sido voluntaria, las penas se disminuirán así:
En el caso del artículo 44, a la reclusión fija por veinte años se sustituirá la temporal de cinco años, pero si la embriaguez es habitual en el sindicado, en el mismo caso, la reclusión será de diez años. En cuanto a las demás penas, se reducirán a la sexta parte; pero si la embriaguez fuere habitual, se aplicará entre la sexta y la tercera parte de la pena legal.

En el caso del artículo 45, a la reclusión fija de veinte años, se sustituirá la de ocho años, y si la embriaguez del culpable fuere habitual, la de doce años. En cuanto a las demás penas, se reducirán a la mitad; pero si la embriaguez del culpable fuere habitual, la reducción será solamente de la tercera parte.

No son aplicables las disposiciones de este artículo cuando se compruebe que el culpable se embriagó para cobrar ánimo y cometer el delito, o para prepararse una excusa".

El examen del precepto transcrito en relación con los artículos 44 y 45 (a los que expresamente remite el legislador), permite observar que el Código considera la embriaguez bajo diversos aspectos:

a) En cuanto a la intensidad o grado. Se distingue la embriaguez en **plena** o **semiplena,** según debilite o trastorne las facultades mentales

18 MAGGIORE, I, pág. 560.

del sujeto, de tal suerte que carezca de discernimiento o de conciencia o libertad en sus actos o solamente atenúe de modo apreciable su responsabilidad, sin que lo prive completamente de discernimiento o de conciencia y voluntad.

b) En cuanto a la causa, enumera cuatro especies de embriaguez:

1) **Embriaguez causal o accidental.** Se trata de una embriaguez derivada de caso fortuito o fuerza mayor. Se presenta cuando el estado de ebriedad no deriva de la, culpa del agente; es decir, cuando no puede dirigirse ningún reproche al sujeto ni aun de simple imprudencia, por haber caído en tal estado. Como en el caso de quien no conocía la naturaleza alcohólica de la bebida que ingirió, ya porque maliciosamente un tercero la había alterado, ya porque se encontró en una situación de error invencible, o bien cuando la intoxicación proviene de razones de .trabajo (el caso del obrero que trabaja en una destilería, se embriaga por haber aspirado los vapores alcohólicos que se encuentran en el aire).

2) Embriaguez voluntaria o no accidental. Es voluntaria la embriaguez que no puede considerarse accidental. En opinión de MAGGIORE, estaremos en presencia de embriaguez voluntaria, cuando el sujeto, sin la expresa finalidad de embriagarse, bebe imprudentemente sin moderación, sea que prevea, sea que no prevea, que va a embriagarse: es voluntaria la causa, pero no el efecto[19]. En otros términos, embriaguez voluntaria no significa que el estado de alcoholización deba ser buscado por el agente, que el tenga voluntad de embriagarse; lo que interesa es la voluntad de beber, sabiendo qué es lo que se bebe.

3) Embriaguez habitual. Es el estado de quien se entrega al uso de bebidas alcohólicas y se embriaga con frecuencia.

4) Embriaguez preordenada. La embriaguez preordenada *o* premeditada, como la denominan otros autores, es aquella en la que se

www.derechopenalparaguayo.com

19 MAGGIORE, I, pág. 562.

pone el culpable, después de haber premeditado el delito, con el fin de darse mayor coraje para cometer el delito *o* prepararse una excusa.

c) En cuanto a los efectos, hay que distinguir:

1) La embriaguez causal *o* accidental, si es **completa *o* plena** produce la no imputabilidad del culpable; si es **incompleta *o* semiplena,** y atenúa apreciablemente la responsabilidad del culpable, opera como causa de atenuación de la pena (art. 45).

2) La embriaguez voluntaria, ya sea plena *o* semiplena, tienen como efecto reducir la escala de penalidad, pero en menor grado que la embriaguez casual semiplena.

3) La habitualidad de la embriaguez, por su parte, tiene como efecto aminorar la reducción de las penas acordadas a la embriaguez voluntaria.

4) La embriaguez preordenada no disminuye la imputabilidad, y por consiguiente se aplican al culpable las penas establecidas para el hecho delictivo de que en concreto se trate.

3. **Menor edad.** Todas las legislaciones reconocen a la menor edad la eficacia de excluir *o* atenuar la responsabilidad. Dos han sido los criterios adoptados para resolver el problema que plantea la situación de los menores ante el Derecho penal:

a) El psicológico, consistente en apreciar en cada caso si existe *o* no discernimiento, atendiendo a la edad psicológica del sujeto.

b) El biológico, por el que la ley presume la inimputabilidad hasta cierto límite de edad, basándose en la edad cronológica simplemente.

Estos criterios aparecen con frecuencia combinados, tanto en doctrina como en las legislaciones. Nuestra legislación no ha sido ajena a estos puntos de vista, los que aparecen combinados en los textos legales que contemplan la imputabilidad de los menores.

El Código distinguía para efectos de la imputabilidad de los menores cuatro períodos:

1) Desde el nacimiento hasta los doce años existía una **presunción absoluta** de la falta de imputabilidad (art. 54).

www.derechopanama.com

2) Desde los doce a los catorce años, la determinación de la imputabilidad estaba subordinada a la prueba del discernimiento (art. 55). Si se declaraba que el menor obro sin discernimiento era inimputable; pero si se declaraba que obró con discernimiento se le aplicaba las penas fijadas para el delito cometido, con una reducción de pena que no debería ser menor de la sexta parte, ni mayor de una tercera parte de la acordada al delito cometido.

3) Desde los catorce a los dieciocho años, no cumplidos, el menor es imputable, pero las penas restrictivas serían reducidas a la mitad, y las pecuniarias a la tercera parte (art, 56).

4) Desde los dieciocho años hasta llegar a veintiuno, las penas se reducirán en una sexta parte, salvo en un examen que se tratara de un menor que hubiere observado conducta notoriamente mala (art. 57).

Resulta necesario advertir, sin embargo, que a partir de la vigencia de la ley 24 de 1951, "por la cual se crea el Tribunal de Menores" los artículos 54, 55 y 56 del Código penal fueron derogados. En efecto, el artículo 13 de la citada ley, preceptúa:

"Artículo 13. Desde la fecha de la promulgación de esta ley no se seguirá procedimiento penal alguno contra quien no haya cumplido dieciocho años (18) de edad en el momento violatorio de la ley penal. El menor inculpado de delito será puesto a ordenes del Tribunal Tutelar de Menores para ser sometido previo los trámites expresados en esta Ley, a un régimen tutelar de educación y disciplina de acuerdo con las circunstancias del caso según lo prescribe el artículo anterior".

De acuerdo con el artículo 12 de la ley, el Juez de Menores al resolver los casos referentes a menores, podrá aplicar, según las circunstancias, cualquiera de las medidas que a continuación se expresan:

a) Si se trata de un menor con desórdenes de conducta o trasgresor de la Ley, que no mostrare caracteres de peligrosidad, y su familia estuviese en condiciones morales y

económicas de responder de él, será devuelto a sus padres bajo las condiciones que estipule el Juez y bajo la vigilancia de la Sección de Investigación y Servicio Social del Tribunal.

b) Cuando el menor careciere de padres responsables que puedan cuidar de él, el Juez lo confiará a otro miembro de la familia que esté dispuesto a recibirlo y dé garantías de poderlo atender, y a falta de parientes, será confiado por el tiempo que estime necesario, una familia honorable de las que figuren en el Registro de Hogares Sustitutos que para el efecto llevará el Tribunal, previa evaluación de tales hogares.

c) Si las condiciones físicas, mentales o morales fuesen tales que hicieren necesario someterlo a tratamiento institucional, el Juez de Menores decretará su internamiento en una institución de educación o rehabilitación o en un hospital, o en cualquier otro establecimiento adecuado para la recuperación física, mental o moral, según las circunstancias.

4. La **sordomudez.** "Sordomudo es el que, por alguna lesión congénita o adquirida, periférica o central, completa o incompleta del sistema auditivo, ha perdido el uso del oído y del habla"[20].

La sordomudez está comprendida entre las causas que excluyen o disminuyen la imputabilidad del sujeto, en cuanto el oído y el habla son esenciales para el desarrollo mental del individuo.

El Código partiendo de la base de que la sordomudez constituye siempre un estado análogo a la enfermedad mental, establece la inimputabilidad del sordomudo que, en el momento de cometer el delito, no hubiera cumplido catorce años (art. 58).

Entre los catorce y veintiún años, sin embargo, la inimputabilidad del sordo mudo está subordinada a que se demuestre que obró sin discernimiento. En el caso contrario, es decir, si se establece mediante la pericia médica que el sordomudo actuó con discernimiento se le

20 MAGGIORE, I, pág. 554.

www.derechopenalonline.com

declarará imputable y se le aplicarán las penas acordadas al delito cometido, reducidas conforme a la escala prevista para los demás menores (art. 59). También son aplicables a los sordomudos menores de 18 años, las disposiciones de la ley 24 de 1951.

Cabe señalar que la ciencia médica rechaza cualquier presunción de interioridad psíquica en los individuos afectados por esta anomalía, y, por ello, recomienda hacer depender el juicio sobre la imputabilidad de los sordomudos en un examen que debe hacerse caso por caso, especialmente cuando la pedagogía y las ciencias sobre audio fonología han logrado avances extraordinarios, hasta el punto de superar con éxito, en muchos casos, las desventajas que presentan las limitaciones del *oído* y del habla.

www.penalpanama.com

IV. FORMAS DE LA CULPABILIDAD

A. El dolo

1. Concepto

El dolo es la forma principal o más grave de la culpabilidad, y por ello la que acarrea penas más severas.

El actuar doloso supone conocimiento y previsión de los hechos fundamentadores de la pena; el que actúa dolosamente, por tanto, **prevé y quiere** el delito, en la totalidad de sus elementos (acción y resultado, antijuridicidad y culpabilidad). Por ello, la forma más sencilla de proporcionar una noción de dolo es definirlo como "conciencia y voluntad de la ofensa antijurídica".

RANIERI define el dolo como "la voluntad dirigida a realizar el hecho que el sujeto, se había representado y que se encuentra previsto en la ley como penalmente ilícito[21].

21 RANIERI, I, pág. 374.

Para MEZGER actúa dolosamente "el que conoce las circunstancias de hecho y la significación de acción y ha admitido en su voluntad el resultado"[22].

Nuestro Código no da una noción explícita de dolo, pero hace una directa referencia a él, cuando en el artículo 43 dispone:

"para imponer una pena por hecho u omisión criminosos que la ley define y castiga como tales, es menester que el agente haya habido voluntad determinada de ejecutar ese hecho".

2. Teorías.

La doctrina ha elaborado numerosas teorías para explicar la esencia y el fundamento del dolo. Tres son, sin embargo, las posiciones fundamentales: la teoría de la voluntad, la de la representación y la del asentimiento.

a) **Teoría de la voluntad**. Esta teoría fue adoptada por los clásicos y se expone en forma orgánica en la obra de CARRARA. Según este autor, el dolo es "la intención más o menos perfecta de hacer un acto que se conoce contrario a la ley"[23]

Para los seguidores de esta posición doctrinal, son necesarios dos requisitos:

1) Quien realiza el acto debe conocer los hechos y su significación.

2) El autor debe haberse propuesto ocasionar el resultado; debe haber tenido la intención de realizarlo. No será suficiente haber querido la acción sino que será necesario en todo caso haber querido el resultado.

b) Teoría de la representación. A la teoría de la voluntad se le objetó que contenía demasiadas exigencias subjetivas, por lo que dentro de su fórmula no cabrán las distintas modalidades que el dolo puede presentar. Y que, además, el elemento subjetivo es de muy difícil comprobación si no se toman en cuenta las circunstancias externas del hecho.

Por ello, los partidarios de la teoría de la representación con la finalidad de subsanar tales deficiencias, reemplazan el concepto de voluntad del resultado por el de representación o previsión del resultado.

www.derjurpenal.com

22 MEZGER, II, pág. 102.

23 Citado por FONTAN BALESTRA, El elemento..., pág.102.

"La doctrina de la previsión -expresa FONTAN BALESTRA- traslada a lo externo los elementos para formar juicio sobre si ha habido o no dolo; no es necesario hacer un análisis introspectivo, que sólo podrá llegar hasta el límite que fijen las manifestaciones del sujeto; si de la forma como los hechos se han producido surge que el autor debió forzosamente preverlo, se supone que lo ha querido[24].

c) Teoría del asentimiento. La teoría del asentimiento requiere la representación o presentación de un resultado como cierto, probable o posible, pero no exige la intención o la voluntad del resultado, sino que le resulta suficiente con la aceptación o asentimiento[25].

Para los partidarios de esta teoría, por tanto, lo decisivo es la actitud del sujeto frente a la representación del resultado. Y razonan de la siguiente manera: si la representación del resultado posible o el conocimiento de la naturaleza delictuosa de su obrar no detiene al autor en su acción, entonces es evidente que lo acepta.

Puede afirmarse, pues, que la teoría del asentimiento proporciona los elementos necesarios para formular de manera precisa la noción del dolo eventual, que luego estudiaremos. d) La concepción finalista del dolo. Para el finalismo el dolo viene a ser la voluntad final regida por el conocimiento de la realización del tipo objetivo. MAURACH explica que dolo es el querer regido por el conocimiento de la realización del tipo objetivo. El finalismo combate la ubicación del dolo como forma de culpabilidad, ya que como explicamos antes, en esto consiste uno de los cambios fundamentales que hace al reestructurar la teoría de la acción. Así el dolo es una forma de acción y en el juicio de reproche a que se contrae la culpabilidad el dolo es un objeto de valoración y no la valoración misma, menos aún una forma de culpabilidad, como la concibe el psicologismo.

3. Elementos del dolo.

Dos son los elementos esenciales del dolo:

a) La representación o previsión, o sea, la visión anticipada del hecho que constituye delito (momento cognoscitivo o intelectual).

24 FONTAN BALESTRA, El elemento... pág. 103.

25 IBIDEM, pág. 105.

La representación o previsión del resultado es el momento intelectivo de la conducta, y supone conciencia del nexo de causalidad entre la conducta y el resultado (cierto o posible).

Actúa con dolo, por tanto, quien se representa en el momento de la acción un resultado delictuoso como cierto, probable o posible, para comprender los modos de conocimiento del suceder causal, que, evidentemente, debe haberse producido, puesto que la investigación de la culpabilidad penal sólo tiene sentido ante el caso concreto de una acción típicamente antijurídica.

b) La **voluntad del hecho mismo** (momento volitivo o emocional). La noción de dolo se completa con el elemento volitivo, consistente en querer o aceptar el resultado.

"Querer es tender a un objeto o a un fin (presentes en la conciencia y por esto representados) y obrar en consecuencia"[26].

Nuestro Código usa la expresión "voluntad determinada de ejecutar ese hecho"(art.43).

4. Clases de dolo

a) **Dolo genérico y dolo específico.** El dolo es **genérico** cuando la voluntad se dirige a causar un resultado jurídicamente prohibido, no exigiéndolo en esta que el agente obre con una finalidad especial. **Específico,** cuando la voluntad tiende a conseguir un fin especial, requerido por la Ley. Así, por ejemplo, el fin de aprovecharse de la cosa distingue el hurto (art. 350) de otros delitos contra la propiedad.

b) **Dolo directo y dolo indirecto o eventual.** Dolo **directo** es aquel en que el resultado que se verifica corresponde al que se quería, produciéndose una coincidencia perfecta entre el resultado y la intención. También se le denomina dolo **intencional** y dolo **determinado**.

El dolo **indirecto o eventual,** consiste en prever un resultado como posible ya pesar de ello obrar para realizarlo, sin hacer nada para impedir

www.derjurpanama.com

26 MAGGIORE, I, pág. 577.

que se verifique. Se dice que el dolo eventual se opone al dolo directo, en el que siempre el resultado se prevé como cierto.

En aquellos casos en que el agente, aún habiendo previsto el resultado, obra de manera que impida que se verifique, salimos del dolo eventual y nos introducimos en el radio de acción de la culpa.

c) Dolo daño y dolo de peligro. Hay dolo de **daño** cuando el resultado que el agente tiende a producir es un daño efectivo, es decir, la destrucción o disminución real de un bien jurídico (delito de daño). Hay dolo de **peligro** cuando el resultado es únicamente un peligro (delitos de peligro).

d) Dolo inicial y dolo subsiguiente. El dolo es inicial cuando es preexistente a la ejecución del delito es decir, si antecede al comienzo del **iter criminis. Es subsiguiente,** cuando el ante emprende una acción con intención sana, y luego sobreviene una voluntad antijurídica que lo impulsa a cometer un delito o un delito más grave.

e) Dolo de ímpetu y dolo de propósito. "Hay dolo *de* **ímpetu** cuando la acción sigue inmediatamente a la intención, sea que uno obre por reacción imprevista o por impulso instantáneo de pasión ciega"[27].

La moderna doctrina reconoce que esta circunstancia no modifica la cualidad; sino la cantidad del dolo. En nuestra legislación tiene como efecto atenuar, la pena cuando el agente actúa en "el momento de un arrebato de ira o de resentimientos causados por un ultraje o provocación injustos"(art. 52).

Hay dolo de propósito -o premeditación- cuando persiste en el agente la voluntad antijurídica, con tenacidad, de reflexión, antes de pasar el efecto, y predispone los medios para llevarla a cabo.

www.derechopenal.com

27 MAGGIORE, I, Pág. 593

B. La culpa

1. Concepto.

LISZT define la **culpa** como "la no previsión del resultado previsible en el momento en que tuvo lugar la manifestación de voluntad" y luego agrega: "es **previsible** el resultado cuando el autor hubiera **podido y debido preverle.** El acto culposo es, por consiguiente, la causación voluntaria o el no impedimento de un resultado no previsto, pero sí previsible"[28]. La culpa es la violación del cuidado debido.

El maestro DEL ROSAL, por su parte, esquematiza la siguiente noción de culpa: "producción de un resultado típicamente antijurídico que pudo y debió evitarse si se hubiera prestado la diligencia debida"[29].

Si bien nuestro Código no da una noción de culpa, se refiere a ella **negativamente** al introducir después del principio "para imponer una pena por hecho u omisión criminosos que la ley define y castiga como tales, es menester que en el agente haya habido voluntad determinada de ejecutar ese hecho", esta excepción: "a menos que la ley disponga expresamente otra cosa, o que haga imputable el hecho u omisión a su autor como responsable del acto u omisión de los cuales resultó la infracción"(art. 43).

Las legislaciones modernas siguen dos sistemas para regular la culpa. Unas la definen en la parte general, proporcionando una noción válida para todos los ilícitos que puedan cometerse en esa forma. Otras dan en la parte especial (de los delitos en particular) la forma culposa de los delitos punibles a ese título.

Nuestro código sigue el segundo sistema, al describir en la parte especial (Libro segundo) la figura de los delitos culposos, generalmente a continuación de la forma dolosa de éstos (arts. 154, 264, 267, 318, 322).

Como consecuencia de la adopción de este sistema, es preciso reconocer que, aunque fuere posible la comisión culposa de hechos

---

28 LISZT, II, pág. 430.

29 DEL ROSAL, II, pág. 124.

previstos como delictuosos en la forma dolosa, si el hecho no esta descrito por la ley en la forma culposa, la conducta no será típicamente culpable y la solución no debe ser otra que la absolución del acusado. Este razonamiento es un simple corolario del principio de que no hay delito sin tipicidad.

2. Elementos de la culpa.

Según la concepción de LISZT, el concepto de culpa requiere:

a) **Falta de precaución en la manifestación de voluntad**; el sujeto no obra con el cuidado que el ordenamiento jurídico y las circunstancias del caso concreto exigen.

b) **Falta de previsión**; es decir, que el sujeto debe estar en condición de prever el resultado.

c) Que el agente **no haya reconocido, siéndole posible hacerlo, la significación antisocial de su acto, a causa de su indiferencia frente a las exigencias de la vida social**, que viene a constituir el contenido material de la culpa[30].

Los delitos culposos suponen, por tanto, objetivamente, un resultado previsible, y subjetivamente, un .deber de diligencia cuyo cumplimiento, hubiera permitido prever y, en consecuencia, evitar el resultado típicamente antijurídico.

3. Esencia de la culpa: las diversas teorías.

a) Defecto o vicio intelectual. De acuerdo con esta teoría la culpa constituye un vicio o defecto de la inteligencia, a consecuencia del cual el individuo carece de reflexión.

Llevada a sus extremos esta posición doctrinal arriba a la conclusión de que la culpa no ha de acarrear consecuencias penales, por ausencia de culpabilidad.

Defecto de la voluntad. La doctrina clásica estimó que el elemento esencial de la culpa es la previsibilidad y la razón de su criminalidad

www.penumaname.com

30 LISZT, II, págs.431- 432.

estriba en que por un vicio de la voluntad, se ha omitido voluntariamente la diligencia que debía prever lo previsible[31].

Dentro de esta concepción CARRARA definió la culpa como "una omisión voluntaria de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho"[32].

c) Los positivistas fundamentaron la responsabilidad penal de las acciones culposas, en la responsabilidad social, en el carácter antisocial del acto y en la temibilidad del delincuente.

d) La concepción normativa de la culpa. Sin negar la base psicológica en que descansa la culpa, la concepción normativa de la culpa afirma que el juicio de reproche se funda en la valoración del deber de diligencia, atención y cuidado indispensable para evitar que de nuestra actividad consciente, incluso perfectamente lícita, deriven consecuencias previsibles, dañosas para los demás.

e) La concepción finalista de la culpa. Para el finalismo el contenido decisivo de lo injusto en los delitos culposos consiste en la divergencia de la acción realmente emprendida y la que debía haber sido realizada en virtud del cuidado necesario exigido por el tráfico social.

4. Clases de culpa.

La culpa puede ser de dos clases: consciente o inconsciente.

La culpa es consciente o con representación cuando el agente se ha representado el resultado de su acción, pero no asiente en él sino que confía en que no se producirá y en esa inteligencia obra. La esperanza de que el hecho no se verifique, como circunstancia decisiva del obrar, es lo que diferencia la culpa del dolo eventual.

Existe culpa inconsciente cuando quien ha obrado con negligencia o imprudencia no se representó el resultado delictuoso de su acción.

www.derjuramento.com

31 JIMENEZ DE ASUA, La ley..., pág. 372.

32 CARRARA, I, parágrafo

V. LAS CAUSAS DE INCULPABILIDAD

A. El error

1. Concepto. Error e ignorancia.

El error consiste en la falsa idea que tenemos de algo, ya que no resulta ser tal cual lo creemos. La ignorancia, por su parte, es falta de ciencia, de letras y noticias, es decir, la ausencia total de -conocimientos acerca de algo.

CARRARA sostiene que desde el punto de vista metafísico, la ignorancia y el error son muy distintos entre sí. La ignorancia es un estado negativo del alma; el error, un estado positivo. Pero como el Derecho Penal no tiene en cuenta las condiciones del ánimo, sino cuando fueren causa de la acción, y como el estado, de ignorancia, por ser puramente negativo, no puede ser causa de acción, el penalista no tiene ocasión de observar la ignorancia, sino únicamente el error[33].

Para MAGGIORE, sin embargo, el error es "el conocimiento deficiente o insuficiente de la verdad, es decir, una desviación del juicio". A su entender, el error comprende la ignorancia, que es un error total, así como el error es una ignorancia parcial[34].

Habida consideración de que la ignorancia que interesa al Derecho penal es aquella que determina un error, nos atendremos a la opinión general que considera equivalentes los dos términos.

Nuestro Código no reglamenta el error, salvo el error en la persona del agraviado, contemplado en el artículo 53, por lo que en su enjuiciamiento nos veremos obligados a recurrir a los conceptos doctrinales.

www.derechopanama.com

33 CARRARA, I, parágrafos 2

34 MAGGIORE, I, pág. 518.

2. Error de derecho y error de hecho.

Desde el derecho romano se distingue, el error de derecho del error de hecho. Esta distinción, como más adelante tendremos oportunidad de advertir, ha sido objeto de numerosas críticas.

a) **Error de derecho.** Existe error de derecho cuando la ignorancia o el falso conocimiento recaen sobre una norma jurídica penal.

En nuestra legislación el error sobre la ley penal no excluye la responsabilidad de quien haya cometido un delito ya sea que se trate de una completa ignorancia de aquella o que consista en un conocimiento inexacto de la misma (interpretación errónea).

El artículo 42 del Código Penal, dispone: "el hecho de no conocer la ley penal, no excusa de responsabilidad al que la infringe".

La doctrina reconoce que la exigencia del conocimiento de las disposiciones penales, es un simple corolario de la **obligatoriedad** de la ley penal, proclamada en el artículo 5º. del Código. De tal obligatoriedad nace, para quienes se encuentran sujetos a la ley, el **deber de conocerla.**

El postulado de la absoluta obligatoriedad de las normas penales se establece sin duda por una necesidad política, cuyo valor práctico no es posible desconocer. Pero está también fuera de toda duda que el principio de la inexcusabilidad del error sobre la ley penal, conduce en muchas ocasiones a resultados que contrastan de manera evidente con el sentimiento de justicia.

No en vano señala SOLER que "si, en efecto, la culpabilidad se funda en una actitud psíquica del sujeto frente al orden jurídico, no podrá negarse la relevancia del sujeto frente al orden jurídico, no podrá negarse la relevancia del error -sea cual sea su naturaleza- por causa del cual el Individuo venga a actuar sin tener - conciencia de la criminalidad del acto, que es, en definitiva, lo que da contenido a la culpabilidad"[35].

35 SOLER, II, pág. 77

www.derechopenal.com

b) Error de hecho Estaremos en presencia de error de hecho cuando, permaneciendo íntegro el conocimiento de la norma jurídica, la voluntad del agente es viciada por ignorancia o por falso conocimiento de una situación de hecho[36]. Este error de hecho puede recaer:

1) Sobre un elemento esencial del tipo legal de delito. Es decir, sobre un elemento **esencial** o sobre un elemento **constitutivo** del delito.
2) Sobre un elemento **accidental** del delito.

Únicamente el error que recae sobre elementos constitutivos del delito, o sea, el error esencial, hace no inculpable el delito, pues falta en estos casos uno de los elementos de la acriminación la voluntad del delito[37].

El error **accidental,** en cambio, deja íntegros el delito y la responsabilidad.

La doctrina resulta tres especies de error accidental (que por consiguiente no excluyen la culpabilidad del agente) dignas de consideración:

1) **Aberratio ictus.** Se trata de aquellos casos en que, no siendo el resultado verificado el mismo que quería producir, es, sin embargo, equivalente, en su significación jurídica.

Se puede afirmar que en el caso típico de **aberratio ictus** (error en el golpe) se yerra el golpe, no el delito, que sigue siendo el mismo, aunque se haya atacado a una persona distinta de aquella a quien se dirigía la ofensa. Ejemplo: A dispara con un revólver contra B y causa, por el contrario, la muerte de C, que pasa por los alrededores.

2) **Error in persona.** Se diferencia del **aberratio ictus** en que el error en este supuesto versa sobre el objeto mismo. Es decir, existe un error de identidad, el error está en la representación del agente, que hiere a una persona

www.derechopanama.com

36 MAGGIORE, I, pág. 519

37 IBIDEM. Pág. 521

confundiéndola con otra. En el ejemplo puesto, habría error in **persona** si A dispara contra C confundiéndola con B.

3) **Error en los medios empleados.** Se trata en esta especie de error accidental, del caso en que los medios empleados sean distintos de los propuestos, pero idóneos para causar el mismo resultado.

3. Error de tipo y error de prohibición.

La doctrina moderna ha puesto de manifiesto que la distinción entre el error de hecho y el error de derecho tropieza con dificultades insalvables[38]. Se ha señalado, en primer lugar, que la distinción es puramente artificial desde el -momento en que entre una y otra clase de error no existe diferencia esencial alguna y, en segundo lugar, se aduce que no se concibe un error de derecho que no se resuelva, en última instancia, en un error de hecho.

Superando la distinción entre error de hecho y error de derecho, tanto la doctrina como la jurisprudencia alemana han sentado la necesidad de separar el **error de tipo del error de prohibición.**

a) **Error de tipo.**

Constituye error de tipo el que recae sobre las características objetivas del tipo penal, es decir, sobre su realización objetiva.

b) Error de prohibición

Constituye error de prohibición el que recae sobre el conocimiento de la antijuridicidad.

En opinión de MAURACH el error de prohibición puede presentar tres formas distintas: 1o.) Desconocimiento de una norma general prohibitiva; 2o.) el autor conoce la norma prohibitiva, pero cree erróneamente que un derecho prevalente legitima su actuar (error sobre una causa de justificación) y 3º.) el autor conoce la norma prohibitiva pero

38 CORDOBA RODA, Juan. El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito. Publicaciones del Seminario ael Derecho penal de la Universidad de Barcelona, Bosch. Casa Editorial. Barcelona, 1967. págs. 32-33.

www.derjurpanama.com

cree erróneamente que tal norma no le es exigible (error sobre una causa de inculpabilidad)[39].

Resulta de interés aclarar que los conceptos error de hecho y de derecho no se corresponden como los de error de tipo y de prohibición, ya que existen casos de error de derecho que dan lugar a la existencia de un error del tipo, y errores de hecho que originan la exclusión del conocimiento de la prohibición[40].

4. Las eximentes putativas.

La doctrina moderna estima que las denominadas causas **putativas de justificación** deben ser estudiadas dentro de la teoría del error. Se trata en esos casos de actos realizados por un sujeto que cree, por error, actuar de modo legítimo, suponiéndose amparado por una causa de justificación.

El ejemplo más corriente es el de la defensa putativa: un individuo se cree ilegítimamente agredido, y reacciona con la convicción de que actúa en legítima defensa.

En este supuesto, no habrá causa de justificación, porque la antijuridicidad es de índole objetiva; pero tampoco existirá responsabilidad penal, porque el autor se halla en error esencial y, es por ende, inculpable.

La razón de interpretar en esta forma las causas de justificación putativas, obedece a que cuando existe una causa de exclusión de la antijuridicidad, el hecho es objetivamente lícito; en cambio, en la hipótesis planteada con anterioridad, el hecho sólo es lícito subjetivamente por obra del error, que tiene por objeto excluir la culpabilidad.

www.penalparanmas.com

39 MAURACH, II, págs:.149-150.

40 CORDOBA RODA. El Conocimiento", págs. 36-37.

B. La coacción (violencia moral). .

1. Vis absoluta y vis compulsiva.

Al examinar el aspecto negativo de la acción manifestamos que es necesario distinguir la violencia física irresistible **(vis absoluta)** de la coacción moral **(vis compulsiva).** En efecto, cuando se obra violentado por fuerza física irresistible es evidente que no concurre en el sujeto la facultad de dirigir su acción; el violentados convierte en un mero instrumento de otro. No hay de su parte acción, sin perjuicio de que la haya de parte de quien ejerce la violencia. Hacemos esta aclaración, porque al decir que no hay acción, es posible pensar que no hay delito y ello no es correcto, pues la acción y el delito pueden cargarse a la cuenta de quien ejerce la violencia. Lo que sucede es que el movimiento corporal del violentado no es voluntario, porque el dominio del hecho no lo tiene él, sino quien ejerce la violencia. En la acción del violentado se da la ausencia de voluntad.

Naturalmente que estos casos de violencia física irresistible en la vida real son excepcionalísimos. Es rarísimo que la persona que va a realizar un delito utilice a otra persona como un simple instrumento y para apuñalar a otro le ponga en la "o mano de manera que es violentado hasta clavárselo a otro. Ahora bien, si es factible que se den casos en que la persona obligada a realizar una determinada conducta, por padecer una violencia física no pueda realizarlas; por lo cual será posible advertir la comisión de delitos de omisión porque el sujeto padece la violencia indicada. Así, por ejemplo, el que está obligado a cumplir determinados deberes y con la finalidad de que nos lo cumpla se le maniata violentamente. En este caso es la fuerza irresistible la que ha impedido la realización de determinados deberes u obligaciones.

En la coacción moral **(vis compulsiva),** que ahora nos interesa, la situación es distinta, la voluntad del individuo está presente, pero no es libre en su elección; el violentado carece de la posibilidad de dirigir libremente su acción. Así, en el caso del individuo que tiene el cañón de una pistola en la nuca para obligarle a que destruya un documento, es

www.penalpanama.com

todavía libre de decidirse por hacerla o no. Existe acción, pero no es posible referir el contenido de la misma al sujeto, porque su capacidad de decisión volitiva y voluntaria: como parte de su esquema psíquico, no me pertenece, ya que de no haber existido la situación prevista se hubiera comportado de una manera distinta.

No cabe duda, que en este último ejemplo, si el sujeto destruye el documento (es porque ha resuelto hacerlo, tal destrucción es su obra; pero es evidente que no lo hace libremente, ni sin riesgo, y, por ello, sólo el coaccionante es culpable del delito.

2. Requisitos de la coacción moral. La doctrina dominante sostiene que los criterios para apreciar la concurrencia de esta causa de inculpabilidad son, en general, los que sirven para determinar el estado de necesidad.

En este sentido, expresa SOLER: "La comparación de bienes, la seriedad de la amenaza, la importancia del bien amenazado, la gravedad de la infracción impuesta, son los criterios con los cuales, en cada caso, debe apreciarse la existencia de esta causa sumamente extraordinaria de inculpabilidad[41].

3. Efecto jurídico de la coacción moral. La coacción moral produce el efecto de eliminar en el coacto la culpabilidad, tanto a título de dolo, como a título de culpa. El coaccionante, en cambio, contrae responsabilidad dolosa.

Puede imaginarse situaciones en las que el coaccionado, poniendo una mayor diligencia en su obrar, hubiera podido eludir la acción del coaccionante, pero el derecho no va tan lejos en sus exigencias, aparte de que el coaccionado no tiene en ningún momento el dominio de la acción.

www.derechopenalonline.com

41 SOLER, II, pág. 91.

C. El principio de no exigibilidad de otra conducta.

1. Concepto.

Cuando iniciamos el estudio de la culpabilidad hicimos referencia a las distintas teorías sobre su naturaleza y esencia. Dejamos expuesto, en esa oportunidad, que para la teoría normativa la culpabilidad, es un juicio formulado sobre una situación de hecho, a consecuencia de la cual la acción es reprochable a su autor.

La aceptación de la dirección normativa permitió elaborar el principio de "no exigibilidad de conducta letal", que al ser tenido en cuenta, depura de tal forma el juicio de reproche que hace más justa y merecida la pena, que tiene a la culpabilidad por presupuesto.

"Al principio de no exigibilidad -expresa SAINZ CANTERO- se ha llegado tras una larga evolución, que nos llevó a admitir que para la noción de culpabilidad es esencial la idea de deber y la posibilidad de exigirlo. El concepto de exigibilidad resulta de la relación entre estos dos términos: el deber y el poder. Sólo le es exigible al sujeto que se motive y actúe de acuerdo con el **deber** cuando pueda hacerlo"[42].

De tal manera que cuando el agente, por las circunstancias en que ha realizado el echo típico, no hubiera podido actuar en forma distinta a como lo hizo, es decir, no le fue posible conducirse motivado de acuerdo con su deber, su comportamiento típico y antijurídico no le será reprochable, y, en consecuencia, del mismo no se deduce responsabilidad penal alguna.

De la índole normativa de la culpabilidad, por tanto, se concluye que cuando**, no es exigible otra conducta** al sujeto, nos hallamos en presencia de una causa general de inculpabilidad, que algunos autores conciben como causa supralegal, y otros, como principio inspirador de las excusas legales de inculpabilidad, aplicable por analogía a los casos no previstos expresamente por el legislador.

---

42 SAINZ CANTERO, José A. Las causas de inculpabilidad en el Código Penal Español. Instituto Editorial, ABUS, S.A., Madrld, 1963. págs. 3- 4.

2. El principio de "no exigibilidad" en el Código panameño.

¿Cabría hablar de "no exigibilidad" en nuestro ordenamiento jurídico? ¿Está reconocido por el legislador este principio?

Es indudable que estas cuestiones son dignas de atención del jurista panameño, pues el descubrimiento del principio en nuestro Código y la adecuada determinación del mismo podría contribuir a depurar la exigencia de culpabilidad, y a captar el fundamento de determinadas eximentes.

En principio, .puede firmarse que frente a nuestro Código penal resultado difícil; hablar de "no exigibilidad puesto que la culpabilidad en el, ha sido diseñada con características de corte psicológico".

Es más, ni siquiera podemos recurrirá para construir el citado principio, al precepto que regula el estado de necesidad -como lo hizo la legislación alemana- pretendiendo con él ensanchar el área de excusa, ya que ha sido, trazada por nuestro legislador con límites sumamente estrechos y no poco confusos.

Todo ello, sin embargo, no impide que digamos que en algún precepto de nuestro Código, la excusa o eximencia únicamente puede explicarse satisfactoriamente poniendo en práctica el principio de la no exigibilidad de otra conducta. Así por ejemplo, el supuesto previsto en el artículo 189, literal a) en donde se excusa el delito de falso testimonio, en aquellos casos en que si el testigo declara la verdad expone a un pariente próximo a un peligro grave para su libertad o su honor. Se podrá argumentar que la excusa a que hacemos referencia constituye una simple consecuencia del principio consagrada en el artículo 24 de la Constitución Nacional, que prescribe: Nadie esta obligado a declarar en asunto criminal, correccional o de policía, contra sí mismo, su cónyuge o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad". A esta objeción, no obstante, respondemos que el hecho de que el estatuto fundamental consagre un principio en nada impide que se indague acerca de su verdadera esencia o fundamento, con la finalidad

www.derjurpanama.com

de ubicarlo correctamente dentro del estudio de la ciencia jurídico-penal y es que, apenas se medite un poco sobre el asunto, notaremos que no se trata en este caso de una simple excusa absolutoria, ni de un perdón judicial, en que los caracteres de antijuridicidad, tipicidad y culpabilidad queden intactos; sino que representa un supuesto evidente de "no exigibilidad de otra conducta".

De otra parte, quizás no resulte innecesario señalar que algunos autores fundamentan algunas de las eximencias que antes hemos examinado, utilizando las consecuencias prácticas del principio de no exigibilidad.

Finalmente, cabe reconocer que el proyecto ROYO (1969-1970), ubicándose en moldes jurídicos modernos, se centra la eximencia de la "coacción" en el principio de la no exigibilidad de otra conducta, cuando en el artículo 43 dispone:

> "No es culpable quien obra bajo coacción o amenaza de un mal actual y grave, sea o no provocada por la acción de un tercero, cuando razonablemente no pueda exigírsele una conducta diversa".

Resultaría interesante, sin embargo, establecer la, conveniencia de, ampliar el radio de acción de esta causa de inculpabilidad, regulándola no exclusivamente a efectos de la "coacción", sino como una regla general abarcadora de las innumerables situaciones que en la práctica pueden presentarse.

www.derjurpanama.com

CAPITULO XIII

LAS FORMAS DE APARICION DEL DELITO

I. EL "ITER CRIMINIS"
- *A. Concepto*
- *B. Fases del "Iter Criminis"*

II. ACTOS PREPARATORIOS
- *A. Concepto*
- *B. Criterios sobre la punibilidad de los actos preparatorios*

III. LA TENTATIVA
- *A. Concepto*
- *B. La tentativa como figura dependiente* o *accesoria*
- *C. Deslinde entre actos preparatorios y actos de ejecución.*
- *D. Elementos integrantes de la tentativa*
- *E. La punibilidad de la tentativa*
- *F. El desistimiento voluntario de la consumación*

IV. EL DELITO FRUSTRADO
- *A. Concepto*
- *B. Elementos integrantes del delito frustrado*
- *C. El arrepentimiento activo*

V. LA CONSUMACION

VI. EL AGOTAMIENTO

VII. LA TENTATIVA IDONEA: EL DELITO IMPOSIBLE
- *A. Concepto*
- *B. Requisitos del delito imposible*
- C. *La punibilidad del delito imposible*

VIII. EL DELITO PUTATIVO
- *A. Concepto*
- *B. Fundamento* de *la no punición del delito putativo*

www.penajurama.com

I. EL "ITER CRIMINIS"

A. Concepto de "Iter Crimins"

El hecho punible surge en la mente de su autor y exterioriza en actos, hasta llegar al momento en que se agotan los efectos del mismo. Desde que aparece la idea criminosa (ideación), hasta que se producen sus últimas consecuencias (agotamiento), el delito recorre una serie de etapas que se suceden y cuyo desarrollo dinámico se denomina **iter criminis,** es decir, "camino del crimen", "formas de aparición", "momentos dinámicos", "vida", "etapas de la concreción", etc., del delito.

Todos los delitos, menos los llamados instantáneos (como la injuria, el falso testimonio, etc.) -observa MAGGIORE-, tienen un desenvolvimiento propio, ya que la acción en la cual consisten, se descompone en una cantidad de actos que constituyen otras tantas etapas del proceso criminoso[1].

El iter criminis supone, por tanto, la investigación de las fases por las que atraviesa el delito, desde la ideación hasta su agotamiento.

B. Fases del "Iter Criminis"

En el proceso de generación del delito es posible observar la presencia de dos fases fundamentales: una fase **interna** que se desarrolla en el interior del sujeto, en la esfera psicológica del individuo, y una fase **externa o material,** desarrollada en el ámbito de la realidad física; entre ambas interfiere una tercera la **resolución manifestada** que la ley sanciona en ciertos casos.

1. Fase interna.

Los momentos sucesivos de la fase interna o psicológica son: **la ideación, la deliberación** y la **resolución delictual.**

Se presenta la **ideación** cuando surge en el agente la idea de cometer un delito, es decir, en el momento en que se origina en su mente

1 MAGGIORE, II, pág. 69.

www.peruanaman.com

la intención de realizarlo. Esta idea puede o no ser rechazada, es lo que los escolásticos denominaban la "tentación"[2].

La deliberación es el proceso siguiente a la ideación. Se presenta cuando el *agente, una vez surgida la idea criminosa en la mente, no la rechaza sino que delibera o medita acerca de sus posibilidades de éxito. Es en esta etapa donde se examinan los aspectos positivos o negativos derivados de la realización del delito. Este segundo momento constituye un "período de lucha interna donde hay contraposición entre aquellas ideas criminosas y las del deber o temor al castigo"[3].*

La resolución delictuosa denominada también "etapa de la intención o voluntad de delinquir", implica la adopción de una respuesta a la deliberación anterior, respuesta que habrá de operar como base para el inicio de la actividad a partir de ese momento exteriorizada. Constituye, por tanto, el momento, en que, como producto de la deliberación, el agente decide cometer el delito. Con esa etapa queda agotada la fase interna del iter criminis.

La doctrina sostiene que esta fase interna del delito no cae bajo la acción de la justicia penal, por afectar únicamente al fuero interno de la conciencia. Ello obedece al elemental principio cogitationis poenam **nema** patitur. No han faltado autores, sin embargo, que sustenten un parecer opuesto y se inclinen por la punibilidad de las ideas. Quizás la solución adecuada al problema la proporciona JIMENEZ DE ASUA, cuando afirma que si se admite el desistimiento de la tentativa, ¿qué no acontecerá en el delito que sólo se ha pensado? , ¿Cómo probar las ideas criminosas?[4]

2. Fase intermedia.

La resolución manifestada. Entre la fase Interna stricto sensu del iter criminis, y la fase externa o proceso propiamente ejecutivo del delito,

www.lenulmarte.com

2 Así: JIMENEZ DE ASUA, La Ley..., pág. 459.

3 EZAINE CHAVEZ, Amado. El Iter criminis. Ediciones Jurídicas Lambayaconas. Chiclayo (Perú), 1971, pág.13

4 JIMENEZ DE ASUA, La Ley..., pág. 460.

existe una fase intermedia: la resolución manifestada, que es castigada solamente en ciertos casos expresamente previstos por la ley.

Bajo la denominación de resoluciones manifestadas, se incluyen una serie de figuras que no constituyen aún actos ejecutivos de un tipo legal que suponga la resolución del hecho delictivo, sino que constituyen meras manifestaciones de voluntad en un determinado sentido típico penal, las cuales se encuentran penadas, a diferencia del caso general de los delitos, en virtud de que el legislador ha considerado de interés, no sólo la protección a un bien jurídico material y concreto con la prohibición de las conductas que le son lesivas, sino asimismo su sola puesta en peligro.

De modo general, la doctrina y la legislación comparada admiten como resoluciones manifestadas a la proposición y la conspiración.

No cabe duda que en la proposición y la conspiración no hay ninguna .manifestación externa, salvo el mero **proponer** en un caso y en proponer y aceptar en otro. Se diferencian de los actos preparatorios esencialmente en que estos son actos externos y materiales, mientras que la proposición y la conspiración no son actos materiales, sino meramente verbales. Claro que la cuestión puede variar cuando el acto verbal de proponer o conspirar se acompaña de otros actos, como tomar armas, requisar vehículos, etc. La conspiración y la proposición, de otro lado, se diferencian de la tentativa en que, a semejanza de los actos preparatorios, no entran en el núcleo del tipo (empezar a robar, empezar a matar, etc.).

Podemos citar como ejemplos de resolución manifestada punible en nuestro ordenamiento penal, las hipótesis contempladas en los artículos 121 y 122 del Código Penal, relativos a "los delitos contra la Patria" (personalidad internacional del Estado) y "los delitos contra los Poderes de la Nación" (personalidad interna del Estado), que disponen:

"Artículo 121. Cuando varias personas se concierten e intenten cometer, por los medios que se dejan señalados, algunos de los delitos

previstos en los artículos 98, 109, 110 y 111, o en la parte final del inciso primero del artículo 115, cada una de ellas será castigada así:

a) En los casos previstos por los artículos 98 y 109, con la pena de reclusión por cinco a diez años;
b) En los casos del artículo 110, con la pena de prisión por tres a ocho años, y en el caso del artículo 111, con prisión por uno a cuatro años;
c) En el caso de la parte final del inciso primero del articulo 115, con reclusión por uno a cinco años.

Quedarán exentos de toda pena quienes se retiren del complot antes de que el delito haya tenido un principio de ejecución".

"Artículo 122. El que excite públicamente a cometer uno de los delitos en los artículos 98, 109, 110 y 111, fuera de los casos previstos en los artículos 63 y 64, será castigado por ese sólo hecho con reclusión por dos a cuatro años, si se trata de los delitos previstos en los artículos 98 y 109, y de ocho a veinte meses, si se trata de los delitos previstos en los artículos, 10 y 111. En todo caso se agregara una multa de ciento a trescientos balboas".

No cabe duda que el concertarse (conspiración) y el excitar públicamente (excitación, instigación, provocación) constituyen meras manifestaciones de propósito. Es preciso señalar, no obstante, que en estos casos la ley no sanciona propiamente la **idea resolutiva,** sino su **expresión,** lo que ya constituye un acto externo aunque no materializado.

3. Fase externa.

En la fase externa se abandona el dominio psicológico de las intenciones o de la resolución simplemente manifestada y se llega a la materialización de la voluntad delictual. Pueden distinguirse hasta tres momentos sucesivos: **previo a la ejecución** (actos preparatorios), de **ejecución** (tentativa, frustración y consumación) y **posterior a la ejecución** (agotamiento).

www.penjurpanama.com

Por razones de orden sistemático vamos a referirnos separadamente a cada uno de estos diversos momentos.

II. ACTOS PREPARATORIOS

A. Concepto

Cuando el agente comienza a poner en práctica su plan delictivo, realiza normalmente algunos actos preliminares: predispone los medios necesarios (armas, instrumentos, etcétera), adquiere informaciones para el logro de su proyecto, espera la ocasión oportuna o la víctima escogida, etc.

La fase externa se inicia, pues, con los actos preparatorios, que son "aquellos que no constituyen la ejecución del delito proyectado, pero que se refieren a este delito en la intención del agente, que tiende así a preparar su ejecución"[5]. Se observa que mientras son ejecutados estos actos, la energía de la voluntad no se manifiesta aún decisivamente y las probabilidades de que sea abandonado el designio delictivo son bastante elevadas.

En opinión de MAURACH, preparación "es aquella forma de actuar que crea las condiciones previas adecuadas para la realización de un delito planeado", y señala sus límites de la siguiente manera: "debe ir más allá del simple proyecto interno (mínimo)", sin que inicie "la inmediata realización típicamente relevante de la voluntad delictiva (máximo)[6].

Son actos preparatorios, por ejemplo, comprar un arma para cometer el delito, el hecho de procurarse una ganzúa, etc.

La doctrina, no obstante, ha puesto de manifiesto la dificultad de distinguir entre **actos preparatorios y actos ejecutivos,** o sea los que verdaderamente inician la ejecución del delito. El que compra el arma puede hacerlo para matar a otro o para ir de cacería. Ello ha llevado a

5 JIMENEZ DE ASUA, La ley..., pág. 470.

6 MAURACH. II, pág. 168

www.derjurpanama.com

MAGGIORE a manifestar que: "La diferencia entre (actos preparatorios y actos ejecutivos ha sido punto crítico de los criminalistas. Se han propuesto numerosos criterios, pero ninguno capaz de resistir las dudas de los críticos"[7].

B. Criterios sobre la punibilidad de los actos preparatorios

En relación con la punibilidad de los actos preparatorios se han propuesto dos puntos de vista opuestos:

1. La doctrina de la impunidad,

Sustentada por la escuela clásica, con los siguientes argumentos:

a) Los actos preparatorios todavía no constituyen una violación de la norma jurídica;
b) Porque tienen una naturaleza indeterminada, es decir, son **equívocos, y** por ello, no revelan de modo claro la intención de cometer un delito;
c) El castigo de los actos preparatorios podría dar lugar a la arbitrariedad judicial;
d) Con la inexistencia de la amenaza del castigo de los actos preparatorios, se favorece el desistimiento.

Actualmente WELZEL, proclama la impunidad de los actos preparatorios teniendo como fundamento "su insuficiente contenido delictivo y su poca inteligibilidad real"[8].

2. La doctrina de la punibilidad

Sostenida principalmente por la escuela positivista, que arguye esta tesis por el índice de peligrosidad de quien los realiza, y por esto merecen sanción, la cual será más o menos grave según que el acto esté próximo a la consumación y revele un delincuente más o menos peligroso.

www.penjurparama.com

7 MAGGIORE. II. Pág. 71.

8 WELZEL. pág. 260.

La doctrina moderna ha llegado a la conclusión casi universidad de que los actos preparatorios no son punibles, salvo en ciertos casos excepcionales en que se incriminan como específicos delitos y que por sí mismos agotan el tipo delictivo.

El Código Penal patrio no refiere expresamente a los actos preparatorios, pero al regular la tentativa, en el artículo 61, exige "la ejecución de actos apropiados para cometer el delito, que **dan principio a la realización del hecho punible** sin llevar lo a cabo, con lo que proclama implícitamente la no punibilidad de los actos meramente preparatorios.

Si en nuestra legislación el **mínimun** punible es la tentativa, que supone actos idóneos que dan principio a la ejecución del delito, es preciso concluir la impunidad de los actos preparatorios toda vez que no constituyen principio de ejecución. Por lo tanto, si ha habido comienzo de ejecución, es tentativa; si no ha habido tal comienzo, acto preparatorio.

Excepcionalmente, sin embargo, el Código sanciona actos que técnicamente son meramente preparatorios, como es el caso previsto en el artículo 220, que dispone: "el que fabrique o conserve en su poder instrumentos destinados exclusivamente a la fabricación o alteración de la moneda, será castigado con "reclusión por ocho meses a tres años".

Resulta evidente que "fabricar" o "tener" instrumentos destinados a la fabricación o alteración de la moneda en forma alguna implica un principio de ejecución de fabricar o alterar moneda, y por ello, tal conducta quedaría impune toda vez que constituiría un acto meramente preparatorio.

Nada impide, sin embargo, que la ley eleve a la categoría de delito autónomo (figura consumada) una hipótesis de acto preparatorio (como es el caso que examinamos), tomando en consideración razones de índole práctica entre las cuales podemos destacar el valor del bien jurídico indirectamente amenazado, la peligrosidad de la acción o la peligrosidad personal del sujeto. Empero, en estos casos ya no

estaríamos en presencia de un simple acto preparatorio, sino de una figura en grado de consumación por expresa voluntad de la ley.

III. LA TENTATIVA

A. Concepto

La fase externa del iter criminis, se inicia con los actos preparatorios, y una vez terminados éstos, se da un nuevo paso en el camino del delito: la tentativa del mismo que constituye el "principio de ejecución del delito". La tentativa es, por tanto, un grado en la vida del delito.

FONTAN BALESTRA define la tentativa *como* el "comienzo de ejecución de un delito determinado, *con* dolo de consumación y medios idóneos, que *no* llega a consumarse por causas ajenas a la voluntad del autor"[9].

De acuerdo *con* la fórmula sintética de JIMENEZ DE ASUA, es "la ejecución incompleta de un delito"[10].

En la esfera de la voluntad, la tentativa no difiere del delito consumado. En ambos se exige la intención de cometer un delito, es decir, el esfuerzo orientado a un resultado que constituye el fin o uno de los fines de la acción. Por ello, afirma ANTOLISEI que: "si desde el punto de vista subjetivo el delito intentado puede considerarse perfecto, en la esfera objetiva está incompleto el mismo, porque la hipótesis delictiva descrita por el legislador en la norma se ha realizado sólo en parte"[11].

Estimamos, sin embargo, que es imposible hablar del delito intentado *como* un delito autónomo, ya que el precepto sobre la tentativa *no* protege un bien distinto que el tutelado por la norma primaria de consumación, sino el mismo. No sería dable configurar un precepto específico que dijera, por ejemplo, "no se intentará matar".

www.derechopanama.com

9 FONTAN BALESTRA, II, pág. 367

10 JIMENEZ DE ASUA, La Ley." pág. 474,

11 ANTOLISEI, Manual, pág. 344.

Nuestro Código describe la tentativa en el artículo 61, *con* la siguiente fórmula: "La ejecución de actos apropiados para cometer el delito, que dan principio a la realización del hecho punible sin llevarlo a cabo, por circunstancias independientes de la voluntad de quien los ejecuta, y sin que se haya cumplido cuanto es necesario para la consumación del delito".

La expresión "principio a la realización del hecho punible": utilizada la ley, equivale a “comienzo de ejecución”, contenida en la mayoría de los códigos modernos, obliga a un deslinde preciso de esos actos (ejecutivos), para distinguirlos con la mayor claridad posible de los actos preparatorios, no punibles, y de los de consumación, a los que corresponde aplicar la pena señalada para el delito.

B. La tentativa como figura dependiente o accesoria

BELING clasificó los tipos delictivos en autónomos y no autónomos. Son **autónomos** aquellos que rigen por sí mismos un marco penal determinado y, por tanto, son cuantitativamente firmes; y **no autónomos** aquellos que, dependiendo de otro, tienen un contenido cuantitativamente indeterminado y variable y dan lugar a verdaderas **figuras delictivas accesorias,** a través de las cuales el legislador logra la punibilidad de acciones que no son "homicidio", "hurto", etc., y que, por tanto, quedarían impunes conforme al tipo delictivo autónomo[12]. Dichas figuras delictivas dependientes o accesorias son la **tentativa** y la **participación** y tienen su apoyo en un tipo delictivo autónomo, sin el cual penderían en el aire, alcanzan su significación jurídico penal por su unión a ese tipo delictivo.

Precisando más aún esta idea, MAYER concibió la tentativa y la participación como auténticas **causas de extensión de la pena,** esto es, como aquellas circunstancias que fundamentan la tipicidad de la conducta, ya que asignan a los diversos delitos un alcance que exceda al

12 BELING, Ernst, Esquema de Derecho Penal. La doctrina del delito-tipo. Trad. por Sebastián Soler, Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1944, págs. 38-39.

de su contenido conceptual. Por medio de estas causas de extensión de la pena "se amplia el concepto delictivo plasmado en la parte especial, en tanto que su zona limítrofe en determinada extensión se hace caer bajo una pena legal abstracta; se sanciona la acción que, radicando fuera del estafar mismo, inicia la estafa, o la que, fuera del hurtar en sí, determina el hurto"[13].

JIMENEZ HUERTA, sin embargo, estima más preciso y correcto considerar la tentativa y la participación como auténticos dispositivos amplificadores del tipo penal, que extienden la pena a otras situaciones que, si bien relacionadas con las recogidas en los tipos penales, escapan a sus contenidos[14].

Para una cabal comprensión del mecanismo de la tentativa es necesario advertir que los tipos penales contenidos en la parte especial de los códigos describen la acción y el resultado típico del delito consumado. El Derecho penal, sin embargo, no se limita a sancionar las conductas que concretan íntegramente un tipo penal. Para someter a los rigores de una pena aquellas conductas que entrañan el cumplimiento parcial de la acción típica descrita en la figura penal ha sido necesario crear el instituto de la tentativa, como una figura ampliada, dependiente o accesoria.

"Esta afirmación -como bien observa FONTAN BALESTRA- pareciera dar por tierra con la función limitadora que se le asigna al tipo penal; más no es así, porque las figuras accesorias o formas ampliadas de adecuación al tipo no abren los tipos, sino que tan sólo los amplían hasta un límite preciso, que es lo que la tipicidad debe asegurar"[15].

Para incriminar los delitos en grado de tentativa bastaría con introducir en el repertorio de los delitos de la parte especial del código penal, a continuación de cada tipo delictivo, su tentativa. No obstante, para evitar una repetición innecesaria el legislador ha utilizado un sistema

13 MAYER, citado por JIMENEZ DE ASUA, La Ley..., pág. 473.

14 JIMENEZ HUERTA, I, págs. 222-223.

15 FONTAN BALESTRA, II, pág, 361

distinto, cual es establecer la punición de la tentativa a través de una norma general aplicable, en principio, todas las figuras autónomas.

De lo anterior se desprende que la norma de la tentativa es accesoria; sólo cobra vida al contacto con la norma principal de la que es un grado menor. No hay pues delito de tentativa, sino la tentativa de un delito, por ser "el fruto de la combinación de dos normas incriminadoras; una principal y otra secundaria, las cuales dan vida a un nuevo título de delito, el delito tentado"[16].

C. Deslinde entre actos preparatorios y actos de ejecución

Las distintas teorías formuladas para delimitar el principio de ejecución de los actos preparatorios, podemos agruparlas así: ~

1. Teorías negativas.

Algunos autores como FRANK niegan la posibilidad de fijar una barrera diferencial entre preparación y ejecución del delito[17].

Por otra parte, para quienes fundamentan la punibilidad de la tentativa esencialmente en la voluntad criminal, carecería de importancia tal distinción, cuando se trate de actos dirigidos a la comisión del delito.

2. La teoría de la "univocidad" de CARRARA.

En opinión de CARRARA, la primera característica que es menester indagar en los actos externos que se quieren incriminar como tentativa, es que tiendan **unívocamente** al delito[18]. El acto externo sólo es imputable cuando constituye un comienzo de ejecución, es decir, cuando adquiere univocidad hacia el delito. En este sentido, afirma: ' La tentativa comienza cuando los actos antijurídicos adquieren univocidad hacia el delito. Mientras son equívocos no son sino actos preparatorios, y no configuran una tentativa políticamente imputable. Cuando adquieren

www.derechopenalparana.com

16 BETTIOL, pág. 419.

17 FRANK, citado por FONTAN BALESTRA, II, pág. 318

18 CARRARA, I ; Parágrafo 358

univocidad, esto es, cuando sin duda alguna se dirigen al delito, toman el carácter de actos de ejecución"[19].

Se le ha criticado a la teoría de la univocidad que no puede dar base a una distinción certera entre actos ejecutivos y actos preparatorios, porque no sólo los actos ejecutivos son unívocos. Aparte de actos preparatorios típicos como el proveerse de ganzúas, llaves falsas, etc., unívocos sin duda alguna, pueden presentarse otros que apenas podrían ostentar una simple diferencia de matiz que no debiera bastar para negarles univocidad. Así, por ejemplo, el caso del sujeto que con la intención de robar, en horas de la noche, provisto de instrumentos aptos para forzar las cerraduras y de sacos en los cuales ha de depositar los efectos sustraídos, es sorprendido en actitud inequívoca rondando en torno de la casa donde se proponía realizar el delito, sin que su conducta haya iniciado la ejecución del mismo. Se trata, indudablemente, de actos preparatorios, pero no puede negarse en ellos una dirección inequívoca hacia el delito que se ha planeado realizar.

3. El peligro para el bien jurídico (teoría material objetiva).

Procurando obtener un criterio objetivo para diferenciar los actos preparatorios de los actos ejecutivos, se ha sostenido que la ejecución comienza cuando los actos **alcanzan a caer dentro de la esfera de protección del bien jurídico.**

Esta posición doctrinal se fundamenta, por tanto, en el peligro a que se expone el bien jurídico o en el ataque a éste por la acción ejecutiva, en tanto que los actos preparatorios "dejaran invariable su situación pacífica"[20].

JIMENEZ DE ASUA observa, sin embargo, que con el criterio material del peligro del bien jurídicamente protegido no se allanan las dificultades, ya que con él, se puede llegar a extender la pena de la tentativa a hechos que no son típicos, puesto que en actos meramente

19 IBIDEM, parágrafo 393.

20 MAYER, citado por JIMENEZ DE ASUA, VII, pág. 535.

preparatorios se puede hallar un riesgo efectivo del bien jurídico y así cita los siguientes ejemplos: en el delito de robo, la acción de alejar al perro de la casa; en la de sobornar al portero; en probar la llave con el objetivo de realizar más fácilmente el delito. Todas estas conductas pueden entrañar ciertamente un peligro para el bien jurídico protegido, pero no entran, ni con mucho, en el núcleo del tipo consumativo del robo[21].

4. La teoría del "comienzo típico de ejecución" de BELING (teoría formal objetiva).

En opinión de BELING "el deslinde entre preparación y ejecución surge objetivamente en cada caso del contenido de cada delito-tipo"[22].

Dentro del tipo legal hay un núcleo, constituido por el conjunto de actos típicos que realizan el verbo activo principal. Hay además, una zona periférica, más o menos extensa, que está fuera del núcleo. Todos aquellos actos que caen dentro del núcleo son actos de ejecución, mientras que los que están fuera de él, en cambio, son actos preparatorios.

Así, por ejemplo, el artículo 311 del Código Penal habla del que "con intención de matar cause la muerte de otro". El núcleo de este delito, es la acción que desarrolla el verbo activo "causar la muerte". En este caso el inicio del proceso ejecutivo estaría constituido por todos los actos que sean un "comenzar a causar la muerte"; los actos anteriores son meramente preparatorios y no entran en la esfera de la tentativa punible. No cabe duda, por tanto, que apuntar el arma es un acto ejecutivo, puesto que con él se inicia la acción encaminada a ocasionar la muerte de la víctima.

5. Teorías subjetivas.

Para los seguidores de las teorías subjetivas el deslinde entre unos y otros actos se sitúa prevalentemente en el punto de vista del autor.

www.derechopenalonline.com

21 JIMENEZ DE ASUA, VII, pág. 537.

22 BELING, Esquema, Pág. 102.

Interesa únicamente lo que el autor quiso hacer, y concretó en un acto externo: ¿ha preparado, según él, el delito o ha empezado a ejecutarlo?

Dentro de esta posición sostiene BUSCH, "que la decisión depende de la determinación que tenga, dentro del plan del delito, la actividad de que se trata según la voluntad del agente. Si ella debe lograr inmediatamente la ejecución del delito, hay tentativa; si solo hace posible su ejecución, hay únicamente actos preparatorios"[23].

SCARANO, de otra parte, afirma que "la existencia del fin es elemento esencial para la noción de tentativa". Y, más adelante agrega, "en la interpretación del acto es preciso referirse al fin. Un disparo de arma de fuego no dice, por sí solo, nada sobre la ejecución del acto, si preliminarmente no se ha establecido que el agente tenía la intención de jugar o la de matar, o la de amenazar o la de herir"[24].

6. Solución práctica.

Es posible que la solución práctica al problema tal como se ha planteado la proporcione DEL ROSAL. El maestro, luego de reconocer que no es posible dar un criterio rígido, de efecto general, y aplicable, por tanto, a todos los delitos, advierte que sólo el arbitrio judicial puede determinar cuándo se está ante una acción ejecutiva o preparatoria. Y que para lograrlo será necesario recurrir a lo "estatuido en los tipos penales, entendidos formal y materialmente", sin que pueda descuidarse "la perspectiva que brinda el peligro para el bien jurídico y la aptitud psíquica del sujeto"[25].

D. Elementos integrantes de la tentativa

De acuerdo con la definición que proporciona el artículo 61, podemos señalar como elementos integrantes de la tentativa en el código penal patrio:

www.derechopanama.com

23 BUSCH, Modernas..., pág. 26.

24 SCARANO, Luigi. La Tentativa, Editorial Temis. Bogotá, 1960, págs. 78-80.

25 DEL ROSAL, II, pág. 313.

1. La intención dirigida a cometer un delito.

Cuando el artículo 61 del Código penal exige para la tentativa "actos apropiados para cometer el delito", hace referencia al dolo. La tentativa es posible únicamente en los delitos dolosos de comisión.

En ciertos casos, los actos realizados revelan de un modo evidente la intención del agente, y por eso ha en superflua toda otra prueba. Si un individuo es sorprendido en la habitación ajena en la que ha entrado mediante una llave falsa, provisto de un saco y de instrumentos aptos para el hurto, nadie podrá tener serias dudas sobre el fin que se proponía alcanzar.

Pero si el carácter unívoco de los actos no resulta evidente de la naturaleza de los mismos, se deberá integrar la investigación con otros elementos de prueba, de orden objetivo y subjetivo (ejemplo, condiciones de lugar, de tiempo, de modo; cualidades personales del sujeto, relaciones de éste con el sujeto pasivo del atentado; confesión, etc.), a fin de lograr la certidumbre necesaria[26].

2. La ejecución de actos apropiados para cometer el delito.

Para que se esté en presencia de una tentativa punible no basta la ejecución de actos dirigidos a cometer un delito; es necesario, además, que tales actos sean **apropiados,** es decir, "idóneos".

La idoneidad del acto es su capacidad causal, esto es, la capacidad de producir el evento que hace que el delito quede consumado.

Se suele distinguir generalmente entre inidoneidad absoluta y relativa de los actos. La doctrina moderna, sin embargo, ha abandonado estas distinciones, y estima que la idoneidad del acto debe ser considerada en concreto, esto es, como eficiencia causal, como

www.derechopenalonline.com

26 MANZINI, III, Pág. 83.

potencialidad del acto para producir el resultado que se ha propuesto el agente, sin poder conseguirlo[27].

La importancia de este segundo requisito será objeto de especial consideración, más adelante cuando tratemos el estudio de la tentativa inidónea o delito imposible.

3. Que los actos hayan iniciado o dado comienzo a la realización del hecho punible.

No podrán ser incriminados como tentativa, por tanto, los actos preparatorios, puesto que el Código exige que los actos den "principio a la realización del hecho punible sin llevarlo a cabo".

4. Que la actividad material sea fragmentable.

Tentativa es comienzo de la ejecución sin llegar a la confirmación. El cumplimiento fragmentario de la conducta típica -de los actos de ejecución- es presupuesto fundamental de los actos de tentativa y la razón misma de su accesoriedad[28].

Por ello, ciertos delitos, como los de omisión simple, no admiten tentativa porque en ellos la consumación coincide con el momento en que la omisión tuvo principio.

5. Que no se realicen todos los actos que debieran dar por resultado el delito.

Si el agente realiza todos los actos necesarios para la consumación del delito, y éste no se verifica, estaremos en presencia de un delito frustrado (art. 62) más no de tentativa.

www.peruriparama.com

27 Así, entre otros: MAGGIORE, II, Pág. 80; MANZINI, III, Pág. 195.

28 FONTAN BALESTRA, II, pág. 373.

6. Que la no consumación sea por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo**.**

El acto que queda en grado de tentativa por voluntad de su autor, que puede y no quiere consumarlo, da lugar al desistimiento voluntario de la tentativa, situación ésta específicamente regulada en el párrafo final del artículo 61, que constituye una causa de exclusión de la pena[29], salvo en aquellos casos en que los actos ejecutados constituyen por sí mismos conductas criminosas y punibles.

E. La punibilidad de la tentativa

1. Fundamentación.

Para fundamentar la punibilidad de la tentativa se han elaborado numerosas teorías que pueden reunirse en dos grupos: las teorías objetivas y las subjetivas.

a) Teorías objetivas, que exigen al comienzo de ejecución, como actividad indispensable para que la tentativa sea punible.

Dentro de esta concepción. CARRARA sostiene que la tentativa se pena por el "peligro corrido" por el bien jurídico protegido; y el motivo de la menor punibilidad radica en el hecho de que correr un peligro, por más grave que sea, no podrá nunca equiparse a sufrir un perjuicio.

MAGGIORE, por su parte, estima que la tentativa "es delito por violar el ordenamiento jurídico penal, aunque lo infrinja de un modo menos grave que el delito consumado. Y es castigada más levemente que el delito perfecto, no porque se la considere como una circunstancia atenuante de este, sino porque representa un minus con relación a él"[30].

b) Teorías subjetivas. "Son las que tratan de captar cualquier acto que sea revelador de una intención criminal. Se prescinde, pues, de la exigencia del comienzo de ejecución, y quedan

29 Así la califica MAGGIORE, II, pág. 85. Otros autores, sin embargo. prefieren denominarla "circunstancia eximente de la responsabilidad".

30 MAGGIORE, II, pág. 68

www.derechopanama.com

equiparadas, para la tesis extrema, actos preparatorios y de ejecución, delito tentado y consumado, pues todas son acciones reveladoras por igual de una intención criminal y merecedoras de pena"[31].

El positivismo penal sostuvo que el fundamento y la medida de la sanción se encuentran en la peligrosidad del autor. De tal manera que si el comienzo de ejecución no revela peligrosidad en el autor, el hecho debía quedar impune.

2. Criterio seguido por nuestro Código.

El Código penal panameño adopta para la sanción de la tentativa un **criterio objetivo,** al exigir que los actos den **principio a la realización del hecho punible** (art. 61). Ese criterio se reafirma cuando en el mismo precepto se fija para el delito tentado una "pena no menor de la mitad ni mayor de las dos terceras partes de la señalada para el delito consumado".

F. El desistimiento voluntario de la consumación

De acuerdo con lo que dispone el párrafo último del artículo 61 del Código penal patrio, "si el que inició la ejecución del delito desiste voluntariamente de consumarlo, no incurrirá en pena, salvo que alguno de los actos de ejecución constituyen por sí mismos actos criminosos punibles, que se castigarán como tales".

Puesto que el sujeto activo debe haber dado principio a la ejecución del hecho punible, se trata en este caso **de desistir** de la **consumación del delito.** Resulta impropio, por tanto, hablar de desistimiento de la tentativa, ya que si el agente se hubiera propuesto una tentativa, la acción en si misma, sin necesidad de desistimiento, sería irrelevante para el Derecho penal[32].

www.derechopanama.com

31 FONTAN BALESTRA, II, pág. 397.

32 FONTAN BALESTRA, II, pág. 419

La eficacia del desistimiento ha sido objeto de discusión doctrinaria. Para ~ algunos autores únicamente exime de pena cuando es determinado por motivos que demuestren la no temibilidad del agente. Otros, sin embargo, estiman que la impunidad no obedece a la eliminación de la voluntad culpable, sino a consideraciones de política criminal, y al interés social de crear un puente de plata para el reo que abandona su propósito delictivo[33]. Nuestro Código adopta este último criterio, ya que requiere como condición única que sea voluntario, sin que sea necesario indagar los motivos psicológicos que inspiran el desistimiento.

Para que se justifique el privilegio del desistimiento será necesario, por tanto, que el agente abandone la realización de la acción propuesta, sin que le impidieran su realización circunstancias independientes de su voluntad.

Pero no basta con que el autor desista de alcanzar la consumación, sino que también se requiere que el desistimiento vaya acompañado de una determinada actitud psíquica del agente: la voluntariedad.

La determinación de si el desistimiento es o no voluntario depende en cada caso de la apreciación de las circunstancias del hecho concreto.

El desistimiento es voluntario, a juicio de WELZEL, "cuando ocurre independientemente de impedimentos obligatorios", y teniendo como base la llamada fórmula del desistimiento de FRANK, afirma: "es voluntario cuando el autor se dice: no quiero, a pesar de que puedo; no voluntario, cuando se dice: no puedo, aunque quisiera"[34].

Para aclarar las dudas que se presentan en muchas ocasiones, es conveniente tener presente que la voluntariedad presupone "la posibilidad de elección entre dos conductas" y que dicha posibilidad falta no sólo cuando una de ellas es imposible, como en el caso del abandono de la empresa delictiva por la enérgica resistencia de la *víctima,* sino también

www.derechopenalonline.com

33 En este sentido: ANTOLISEI, Manual, págs. 363-364

34 WELZEL, pág. 272.

cuando la conducta diversa presenta "desventajas o riesgos tales como para no poderse esperar de una persona razonable"[35]. Con base en este criterio, no debe considerarse voluntario el desistimiento de quien interrumpe la acción por el peligro sobrevenido de ser sorprendido in fraganti, por haber observado la presencia de testigos y aún por el reconocimiento de la insuficiencia de los medios utilizados.

Ahora bien, el desistimiento procede únicamente en la hipótesis de la tentativa y no en el delito frustrado, ya que desistir supone interrupción del proceso ejecutivo del delito, y en la hipótesis del delito frustrado el agente ya ha ejecutado todos los actos necesarios para la consumación del delito.

Cabe indicar, además, que el desistimiento debe ser oportuno. Se desiste de cometer el delito, y no la tentativa. Por ello, el desistimiento es válido hasta el momento de la consumación y la impunidad no alcanza a los actos de ejecución ya realizados, sino, únicamente actos de tentativa, cualquiera sea su relación con el hecho desistido. Así, por ejemplo, la violación de domicilio para intentar una violación carnal. Si se desiste de cometer la violación carnal, no cabe duda que la conducta del agente será incriminada por el delito de violación de domicilio ya consumado.

Se ha manifestado reiteradamente que la impunidad del desistimiento resulta de la inexistencia de un requisito objetivo de la tentativa, ya que cuando el agente desiste voluntariamente de consumar el delito no puede decirse que no lo ha consumado por circunstancias ajenas a su voluntad, conforme lo dispone el artículo 61 de nuestro código penal.

Los autores modernos, no obstante, consideran el desistimiento como causa personal de exclusión de la penalidad. Partidario de esta posición doctrinal, BACIGALUPO manifiesta que "el desistimiento excluye

www.derechopenalonline.com

35 ANTOLISEI, Manual. pág. 363.

la pena respecto de aquel que ha desistido, dejando subsistente la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad". [36]

Por otra parte, la exención personal de la pena que provoca el desistimiento eficaz opera exclusivamente para la tentativa como tal, según lo dispone el párrafo final del artículo 61. De manera que el agente será responsable de sus acciones que concreten ya un hecho punible consumado distinto, los que no se beneficiarán con la impunidad. Por ejemplo, cuando el desistimiento voluntario de la tentativa de estafa (art. 360) incluye en sí una falsificación de documentos consumada (art. 241).

IV. EL DELITO FRUSTRADO

A. Concepto

En un alarde de sutileza aparece en la técnica penal, la figura del delito frustrado, como estado intermedio entre la tentativa y el delito consumado.

ROMAGNOSI creó la figura del delito frustrado y la definió como "la ejecución razonada y libre, llevada en cuanto es posible hasta el extremo de un acto físico externo, simple o complejo, del que se deriva ordinariamente un efecto injusto y nocivo a otro, pero a la cual un accidente, o sea, un caso fortuito, le impide obtener este mismo efecto, en cuanto precisamente carece por tal accidente de ese efecto nocivo"[37].

CARRARA simplifica la definición del delito frustrado diciendo que es: "la ejecución de todos los actos necesarios para la consumación de un delito, pero no seguida del efecto querido, por causas independientes de la voluntad y de la manera de obrar del culpable"[38].

Estaremos en presencia de un delito frustrado, por tanto, cuando el agente ha realizado todos los actos corporales necesarios para la producción del resultado. Mientras en la tentativa no está acabado el

www.monografias.com

36 BACIGALUPO. Lineamientos. . . pág. 112.

37 ROMAGNOSI, Giandomenico. Génesis del Derecho Penal. Editorial Temis. Bogotá, 1956, Pág. 266.

38 CARRARA, " parágrafo, 402.

acto y en el delito consumado si está terminado, produciéndose el resultado en el delito frustrado si está acabado el acto, pero no se ha producido el resultado.

En la frustración se pasa del comienzo de la violación a la última actividad que debería consumar el tipo. Es pues ya un grado más en la figura, y por ello, se considera como un título de delito más grave que el tentado.

De lo expuesto se deduce que tentativa y frustración son delitos imperfectos; pero la imperfección de la primera radica en la acción, y la de la segunda, en el resultado. En consecuencia, el delito frustrado se consuma subjetivamente para el agente, por cuanto su actividad delictuosa fue completa; se frustra objetivamente, para la víctima, porque el resultado no correspondió a los propósitos del autor, no obstante haber puesto de su parte todo, lo que de él dependía para consumar el delito[39].

Resulta oportuno señalar que el delito frustrado sólo es admisible en los delitos materiales (de resultado); en los formales la acción última ya es consumación, y o quedan fuera del comienzo de ejecución o se consuman.

La doctrina moderna, sin embargo, impugna la diferencia entre la tentativa y delito frustrado, fundamentalmente, por estimar que la misma tropieza con dificultades insuperables. Se arguye que es pura ilusión creer que en la hipótesis del delito frustrado se realizan los actos necesarios y suficientes para la producción del resultado. "Si se hubieran realizado todos esos actos expresa MAGGIORE-, se habría tenido que producir el resultado; si no se produce, es porque el agente no ha hecho todo lo que podía[40]. Se alega, además, que es cierto que el caso fortuito á puede desviar de repente la producción del resultado; pero la casualidad, lo fortuito, es un elemento común a la simple tentativa y al

www.derjurpanama.com

39 LABATUT GLENA, GUSTAVO. Derecho Penal. Parte General. 6a. edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1972. pág. 229.

40 MAGGIORE, II, pág. 76.

delito frustrado" como elemento común, no es apto para suministrar la posibilidad de una distinción segura.

Es por ello que los autores alemanes en su gran mayoría prefieren hablar de tentativa **inacabada** (tentativa propiamente dicha) y tentativa **acabada** (delito frustrado).

El Código penal patrio describe el delito frustrado en el artículo 62, de la siguiente manera: "En el caso de que se hayan ejecutado todos los actos necesarios para la consumación del delito, sin que éste efectivamente se haya cumplido por circunstancias independientes de la voluntad del que o de los que lo creyeron ejecutar, se reducirá la pena que señala la ley al delito consumado en una proporción que no sea menor de la sexta parte de aquella, ni exceda de la tercera".

B. Elementos integrantes del delito frustrado

Aparte de la intención de obtener el resultado delictivo y que le es común con .la tentativa, son elementos integrantes del delito frustrado:

1. Que el agente ejecute todos los actos necesarios para la consumación del delito. Se trata en este caso de una ejecución completa, diferencia del delito tentado que es una ejecución incompleta.

2. Que a pesar de ello el delito no se consume; y

3. Que la no producción del delito sea independiente de la voluntad del sujeto activo.

C. El arrepentimiento activo

Hemos visto que en la fase de la tentativa el abandono del propósito delictivo se manifiesta en la forma de desistimiento voluntario. No obstante, en la fase del delito frustrado, o sea cuando la actividad ejecutiva está terminada, pero el resultado no se ha verificado todavía, únicamente le es posible al agente evitar el resultado por medio de su propia actividad. Se habla entonces de **arrepentimiento** activo[41].

41 ANTOLISEI, prefiere denominar esta excusa absolutoria con la expresión "abandono activo", Manual, pág. 362

www.penalparamos.com

Como regla general el desistimiento se presenta con carácter negativo, consistiendo simplemente en no conducir a término la actividad preconcebida; el arrepentimiento activo, por el contrario, tiene carácter positivo en cuanto exige el desenvolvimiento de una nueva actividad. En los delitos de omisión (y más precisamente en los delitos de comisión por omisión) el desistimiento debe concretarse por la propia naturaleza de la cosa en un hecho positivo: precisamente en la realización de la acción que había sido omitida. Por ello, la madre que haya suspendido la lactancia a su hijo con el fin de causar su muerte, si abandona tan triste propósito no puede permanecer inerte, sino que debe recomenzar la lactancia. También en este caso existe desistimiento y no arrepentimiento activo, porque desistimiento significa el abandono de un comportamiento iniciado y una conducta pasiva no puede abandonarse mas que actuando[42].

Nuestro Código carece de una disposición expresa que admite el arrepentimiento activo como causa absolutoria del delito frustrado. Es preciso reconocer, sin embargo, que la doctrina italiana predominante al comentar el delito frustrado contenido en el artículo 62, del derogado Código de 1889 (ZANARDELLI), ante el silencio de la ley, admitía que el arrepentimiento eficaz eliminaba el delito frustrado, por la sencilla razón de que era preciso para que éste existiera, que la consumación no se hubiera producido "por circunstancias ajenas a la voluntad del culpable", mientras que el arrepentimiento, lo mismo que el desistimiento, es una circunstancia puesta por la voluntad del agente[43].

Estimamos que las razones aducidas por la doctrina italiana son atendibles y sustentarían una solución adecuada al problema en nuestro ordenamiento jurídico.

www.derechopanama.com

42 IBIDEM. pág. 363.

43 En este sentido: MAGGIORE, II, pág. 87. (44) LISZT, III, pág.2.

V. LA CONSUMACION

En el devenir del **iter criminis,** aparece la consumación como el último estadio, o al menos el anteúltimo si se piensa en el delito **agotado.**

VON LISZT expone que la consumación supone que se hayan dado todos los caracteres del hecho particular constitutivo del delito, y que, especialmente, se haya producido el resultado exigido por la ley en la definición de este delito[44].

A juicio de RODRIGUEZ DEVESA, ilustre profesor de Madrid, el concepto de consumación es de índole formal, y "se produce cuando se ha realizado íntegramente la conducta tipificada por la ley"[45].

En opinión de FRÍAS CABALLERO "hay delito consumado cuando determinada conducta, surgida en la realidad externa, ha realizado totalmente el tipo en todos sus elementos. Dentro de estos términos -agrega-, cuya flexibilidad no permite excepciones, se halla comprendido el "resultado" propio de cada delito"[46].

Como puede observarse, no existen desde el punto de vista objetivo, diferencias substanciales en los conceptos enunciados. De las distintas definiciones se deduce la **relatividad del concepto del delito consumado.** Es evidente que los r delitos consumados no presentan un carácter unitario, y que sólo atendiendo al núcleo del tipo es posible determinar cuándo un hecho penal está consumado.

El momento de la consumación sólo se determina, por tanto, en cada delito por el Derecho vigente, que no siempre considera como criterio regulador la producción del mal propio del delito (la lesión o el peligro del bien jurídico atacado), sino que, frecuentemente, hace que exista ya consumación con la actividad dirigida al resultado (delitos de intención) Por ello, cabe afirmar que sólo teniendo presente el tipo individual es posible decir cuándo se consuma el delito, puesto que hay

www.derechopanama.com

44 LISZT, III, pág.2.

45 RODRIGUEZ DEVESA, Derecho, pág. 628.

46 FRIAS CABALLERO, Jorge. El Proceso ejecutivo del delito. Editorial Bibliográfica Argentina. 2a. edición. Buenos Aires. 1956, pág. 196.

que contemplar si aquel exige o no la producción de un resultado, si se contenta con un peligro, si se reclama un elemento interno trascendente, etc.

VI. EL AGOTAMIENTO

La doctrina del delito agotado la expuso por primera vez FARANDE y la completó BARSANTI[47].

No siempre el camino del delito concluye en la consumación, por cuanto que en muchas ocasiones existen otros efectos que el agente ha producido, continuando el desenvolvimiento ulterior hasta lograr el fin último que el autor se proponía. Se habla en estos casos de **delito agotado.**

CARRARA distinguió el delito perfecto, en "simplemente perfecto" y "perfecto agotado". Es perfecto el delito "cuando el hecho ha alcanzado su objetividad jurídica, vale decir, cuando ha violado el derecho protegido por la ley penal que constituye la esencia del delito respectivo". Para que sea agotado es menester, además, "que el delito haya producido todos los efectos dañosos que eran consecuencia de la violación y a los cuales tendía el agente, de modo que éste no pueda ya impedir tales efectos"[48].

El agotamiento, por tanto, consiste en la verificación de ulteriores efectos consecutivos de la consumación; marca el último momento en el iter criminis y un grado posterior a la consumación. Ejemplo: la venta de los objetos hurtados o robados y el aprovechamiento del dinero obtenido.

Algunos autores, sin embargo, impugnan la hipótesis del delito agotado y observan "que no puede decirse nunca que un delito haya determinado todos los efectos dañosos de que es susceptible, puesto que no hay modificación del mundo exterior que no ocasione otras, y desde el punto de vista subjetivo, la mayoría de **las** veces nada pone de

47 Citados por JIMENEZ DE ASUA, VII, pág. 978. ;-- (48) CARRARA, I, páragrafo 49 bis

48

www.penalpanama.com

manifiesto que el delito haya producido todas las consecuencias pretendidas por el culpable[49].

VII. LA TENTATIVA INIDONEA: EL DELITO IMPOSIBLE

A. Concepto

Al señalar los requisitos de la tentativa dejamos expuesto que uno de ellos era la ejecución de actos idóneos para consumar el delito.

Puede suceder, sin embargo, que los actos realizados por el agente, encaminados al logro de su propósito delictivo, ignorándolo éste, sean inidóneos para consumar el delito. En este caso estaríamos en presencia de lo que la doctrina denomina "tentativa inidónea, tentativa de delito imposible o simplemente" "delito imposible".

"La tentativa es inidónea -expresa FONTAN BALESTRA- cuando los actos realizados no tienen en el caso concreto capacidad para poner en peligro el bien jurídico protegido por la ley penal"[50].

Resulta evidente, por tanto, que mientras en la tentativa y en el delito frustrado la producción del resultado es factible, en el caso del delito imposible, el resultado, desde el inicio de la acción es imposible de lograrse.

B. Requisitos del delito imposible

La doctrina moderna reconoce como requisitos del delito imposible.

1. La finalidad delictiva del autor.

Al igual que en la tentativa idónea en el delito imposible el agente emprende la acción con la finalidad de cometer un delito previsto y penado por la ley.

2. La inidoneidad del comportamiento del autor para consumar el delito que se ha propuesto cometer.

El delito es imposible cuando la acción u omisión no podía consumar el delito a pesar de que el autor hubiera hecho todo cuanto le era dable

49 ANTOLISEI, Manual, pág. 343.

50 FONTAN BALESTRA, II, pág. 401.

www.derjurparana.com

hacer. De ello resulta que la imposibilidad se refiere a la inidoneidad de la conducta desplegada por el agente para consumar el tipo delictivo previsto por la ley y que tenía por finalidad cometer.

Para establecer esa idoneidad, en consecuencia, deben tomarse en consideración, en cada caso concreto, la **eficacia causal** de los actos realizados, la elección de los medios y demás condiciones en presencia de las cuales el agente obra.

Por ello, acertadamente señala NUÑEZ, que "la imposibilidad causal debe ser propia de la acción u omisión y no debida a una causa extraña que la volvió inocua"[51].

Es aquí precisamente donde radica la diferencia entre la no consumación del delito, sancionada a título de tentativa en el artículo 61 del Código penal y la no consumación por inidoneidad del comportamiento del autor, determinante del delito imposible.

La imposibilidad de la consumación del delito puede ser de "hecho" y de "derecho". Tradicionalmente se ha considerado que la imposibilidad de **hecho se** origina en la **inidoneidad del objeto** sobre el que recae el delito (cometer un homicidio sobre un cadáver) o en la **inidoneidad del medio** empleado por el autor para cometer el delito (intentar matar por envenenamiento usando una sustancia inofesiva).

La imposibilidad de derechos representa en el **delito putativo,** cuyo examen acometeremos más adelante.

a) Falta o inidoneidad del objeto. La inidoneidad del objeto se presenta en aquellos casos en que la acción recae sobre un objeto que no permite la consumación o en los que el objeto falta.

Estimamos incorrecto apreciar como delito imposible los casos e ini**doneidad del objeto.** En todos aquellos casos en que falte alguno de los elementos del tipo (el objeto material, el sujeto pasivo o el medio que el tipo expresamente exige) no puede haber conducta típica, y en consecuencia, no puede haber tentativa idónea o idónea (delito

51 NUÑEZ. Ricardo C. Derecho Penal Argentino. Bibliográfica Omeba. Tomo II. 2a. edición. Buenos Aires, 1965. pág. 342.

imposible). Y es que no puede haber tentativa idónea o idónea de algo que no es delito[52].

No cabe duda, por tanto, que en aquellos supuestos en que esté ausente un elemento de la figura habrá **carencia de tipo** y no delito imposible.

Así, quien desea matar a un muerto está ejecutando una conducta **atípica** por la inexistencia del otro (objeto material, sujeto pasivo) que requiere el homicidio (art. 311 del C.P.).

b) Inidoneidad del medio empleado. De lo expuesto en el aparte anterior se deduce que únicamente existirá delito imposible cuando la imposibilidad de que se produzca la consumación proviene de la inidoneidad **de hecho de los medios empleados por el autor,** o de la "inidoneidad de su comportamiento" como prefiere denominarla NUÑEZ, para evitar la posible confusión entre los medios y los instrumentos utilizados en la ejecución del delito[53] .

El medio es inidóneo cuando es inadecuado para lograr el resultado consumativo del delito que se ha propuesto cometer el agente.

Es necesario reiterar, además, que si la figura delictiva exige el uso de **determinados medios,** si el autor no se vale precisamente de esos medios, en este caso nos hallaríamos en presencia de carencia de tipo y no de tentativa inidónea.

Tradicionalmente se ha indicado que la inidoneidad del medio empleado puede ser absoluta y relativa. Es absoluta cuando los medios empleados, por su propia naturaleza, son radicalmente impotentes para producir el resultado querido por el agente. Por ejemplo, pretender envenenar a una persona administrándole azúcar en vez de arsénico.

Estaremos en presencia de una inidoneidad relativa, en cambio, cuando los medios, que eran eficaces por sí mismos, resultan ineficaces en la práctica debido a su deficiente utilización o a una circunstancia

52 Así: ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Teoría del Delito. Ediciones Ediar, Buenos Aires, 1973, pág. 690.

53 NUÑEZ, II, pág, 269

www.derechopanameno.com

accidental. Así, por ejemplo, se suministra una sustancia efectivamente venenosa, pero en cantidad insuficiente para producir su efecto, o se propina en la cantidad debida, sin producir consecuencias, por ser la víctima de naturaleza inmune a aquel determinado veneno.

La doctrina moderna, no obstante, critica esta distinción, y le resta importancia, ya que reconoce que los medios que aparecen como absolutamente inidóneos, en general, pueden resultar idóneos en casos excepcionales.

Una dosis de azúcar es un medio inidóneo para matar, y, sin embargo, suministrada regularmente a un diabético puede ocasionarle la muerte.

Por ello, se concluye que la determinación de idoneidad del medio utilizado debe examinarse en cada caso, bastando para que se configure la tentativa inidónea, que la consumación del delito fuera imposible en el caso concreto.

3. La creencia del autor en la idoneidad de su comportamiento.

En el delito imposible será necesaria la existencia de error en el agente, quien debe creer que su comportamiento es idóneo para consumar el delito que se propone cometer.

En este sentido, afirma SOLER que inidónea emprendida en el conocimiento de su inidoneidad no puede constituir sino una acción penalmente irrelevante, ya que quien así obra carece de propósito de cometer un delito, característica que es común a la tentativa y el delito imposible; el que sabe que el azúcar no envenena y que lo que da es azúcar, no puede tentar con ello un homicidio, y de hecho no lo tienta"[54].

www.derechopenalpanama.com

54 SOLER. II, págs, 219-220.

C. La punibilidad del delito imposible

1. Las teorías objetivas.

Para los seguidores de las teorías objetivas la punibilidad del delito imposible se fundamenta en el peligro que para el bien jurídicamente protegido crean los actos realizados por el agente.

Dentro de este punto de vista fue necesario distinguir como ya dejamos expuesto, grados de idoneidad, y declarar punibles los casos de imposibilidad relativa, toda vez que en ellos existió posibilidad de lesión para el bien o interés protegido, y, por ende, ofensa a la tranquilidad y seguridad de los asociados; en tanto, que los supuestos de inidoneidad absoluta quedaban impunes al descartarse toda idea de peligro.

2. Las teorías subjetivas.

Los propugnadores de las posiciones subjetivas clásicas, por su parte, estiman que lo único que interesa es lo que el autor quiso hacer, y, por ello, no tiene sentido la indagación de la inidoneidad del comportamiento del sujeto. En consecuencia, la penalidad del delito imposible, desde del punto de vista subjetivo, radica fundamentalmente en la voluntad criminal que el agente manifiesta con los actos realizados.

La escuela positiva inspirada en el criterio de defensa social fundamentó la aplicación de sanciones al delito imposible en la peligrosidad revelada por el delincuente.

3. La moderna teoría subjetiva-objetiva.

El fundamento de la punibilidad de la tentativa inidónea no puede radicar en la existencia de un peligro objetivo para el bien jurídico tutelado en la norma penal, ya que tal peligro no existe.

Tampoco podrá apelarse a una teoría subjetiva pura, ya que en tal caso la penalidad recaerá sobre la mera voluntad criminal lo que resultaría recusable.

Conscientes de estas dificultades la doctrina alemana dominante crea una **teoría mixta** subjetivo-objetiva. De acuerdo con esta moderna

www.derechopanama.com

concepción no bastaría con la simple manifestación de una voluntad criminal, y, por tanto, rebelde al Derecho, sino que será necesario además que tal voluntad se exteriorice en una acción ejecutiva que ponga en peligro el ordenamiento jurídico en general.

MAURACH, en este sentido advierte que "la tentativa inidónea no pone en peligro el bien jurídico concretamente atacado -según la teoría de la condición, no es apto para hacerlo, sino el general orden público por la manifestación volitiva contraria de Derecho"[55].

Y, WELZEL, por su parte, declara que si la voluntad delictiva "no puede conmover la realidad del derecho como poder espiritual" le falta todo merecimiento de pena[56].

4. La punibilidad del delito imposible en la legislación panameña.

Estimamos que en nuestra legislación no será factible sancionar el delito imposible. Ello es así, por dos razones fundamentales: a) El Código no contiene un precepto que incrimine el delito imposible; b) El legislador al definir la tentativa como ejecución de actos apropiados para cometer un delito" (art. 61), se está refiriendo expresamente a la **exigencia de idoneidad de los actos,** es decir, a la capacidad de dichos actos para producir el evento que hace que el delito quede consumado. Idoneidad ésta que debe faltar para la existencia del delito imposible.

En el anteproyecto elaborado por el Dr. Arístides Royo, no obstante, se consagra la aplicación de una medida de seguridad (art. 125) "cuando quien cometa un delito imposible fuere declarado autor del hecho y calificado como peligroso", lo que a nuestro juicio constituye el camino acertado en orden a la represión del delito imposible, si bien consideramos que esta materia debe ser incluida como un párrafo en el artículo que incrimina la tentativa, con una redacción distinta a fin de evitar errores de interpretación.

www.cenunpanama.com

55 MAURACH. II, pág. 194.

56 WELZEL, pág. 267.

VIII. EL DELITO PUTATIVO

A. Concepto

Para JIMENEZ DE ASUA "delito putativo es el hecho de realizar una acción r que el propio autor estima delictiva, pero carente de tipo; sin objeto"[57].

"Existe delito putativo -en opinión de ANTOLISEI- cuando el sujeto considera erróneamente que la acción realizada por él es constitutiva de delito cuando, en realidad, no contradice a la ley penal"[58].

El delito putativo no es en realidad una especie de delito, sino un **no -delito;** existir solamente en la mente del individuo que actúa, la doctrina alemana lo ha denominado "delito imaginario".

Hay autores que sostienen que el estudio del delito putativo debe emprenderse en la teoría del error, y no en el esquema de las formas de aparición del delito.

En nuestra opinión resulta incorrecto ubicar el llamado delito putativo dentro de la teoría del error. El error de hecho o de derecho tiende a beneficiar a quien comete verdaderamente un delito, objetivamente apreciado, creyendo sin su culpa, que ejecuta un hecho lícito; en el delito putativo, por el contrario, el sujeto no ha cometido delito alguno, por lo que no tendría sentido entrar en la averiguación de su culpabilidad a efectos de establecer como incide en ella el error.

Al examinar el delito imposible manifestamos que la imposibilidad de la consumación del delito puede ser de "hecho" o de "derecho", y que la imposibilidad de "derecho" da origen a lo que la doctrina denomina delito putativo.

MEZGER estima "que la base conceptual del delito imaginario (delito putativo) radica en absoluto en la esfera normativa"[59]. El concepto del delito putativo se restringe así a aquellos casos en que el autor poseyendo un conocimiento exacto del contenido real del hecho, cree

57 JIMENEZ DE ASUA, La Ley..., pág. 468.

58 ANTOLISEI, Manual, pág. 360.

59 MEZGER, II, pág. 234.

www.derechopenalonline.com

erradamente debido a una falsa interpretación de las normas, que su conducta es punible.

ANTOLISEI, por su parte, partiendo de la base de que el fundamento del delito putativo, regulado en el artículo 49 del Código penal italiano, radica en el error, propugna por incluir bajo dicho concepto no solo los casos en que el sujeto cree cometer un delito en la suposición errónea de que exista la norma que incrimine el hecho realizado (delito putativo por error de derecho), sino además aquellos casos en que siendo juzgada correctamente la norma, el error recae sobre el hecho, que no presenta los elementos esenciales para constituir un determinado delito (delito putativo por error de hecho)[60].

De acuerdo con los razonamientos de este autor, se estaría en presencia de un delito putativo por error de derecho cuando el agente considera equivocadamente que el hecho realizado por él se halla prohibido por una norma penal. Así, por ejemplo, en el caso de quien cree cometer el delito de seducción (art. 283) por el solo hecho de cohabitar con una mujer doncella, mayor de diez y siete años, con su consentimiento.

En tanto que ser lan hipótesis de delito putativo por error de hecho, las siguientes: a) cuando falta uno de los elementos esenciales para la existencia del delito. El agente, por ejemplo, se apodera de una cosa mueble que le pertenece, creyendo que es ajena. Es indudable que en este caso no se cometería hurto porque la ajeneidad de la cosa es requisito esencial de dicho delito; b) el agente cree cometer un delito cuando en realidad actúa amparado en una causa de justificación. Por ejemplo, cuando el agente a pesar de haber actuado en legítima defensa, cree haber cometido un homicidio; c) el agente supone erróneamente que ostenta las cualidades requeridas para la existencia de un delito propio o especial. En consecuencia, quien equivocadamente crea ser funcionario

www.derjurpanama.com

60 ANTOLISEI, Manual, págs. 360- 361.

público, lo puede cometer el delito de omisión de denuncia previsto en el artículo 168 del Código Penal[61].

A pesar de estas divergencias de criterio, la cuestión no plantea serios problemas de índole práctica, ya sea que se trate de un delito putativo por error de derecho, en cuyo caso estaríamos ante un supuesto de **ausencia total de tipicidad, o** de conductas que hacen referencia a aquellas hipótesis en que faltan de un modo completo, alguno o algunos de los elementos o condiciones de ilicitud esenciales para constituir un determinado delito, que serían determinantes de **carencia o falta de tipo,** porque ambas situaciones se equiparan para los efectos de su impunidad.

Por otra parte, si en el hecho concurren los elementos constitutivos de un delito distinto, se incriminaría el delito efectivamente cometido, porque en tal caso la violación de la ley penal no existiría tan solo en la mente del culpable, sino también en realidad.

B. Fundamento de la no punición del delito putativo

La mayoría de los Códigos no contienen referencias al delito putativo. Excepcionalmente, algunos modernos como el italiano de 1930 (de ROCCO), expresamente dispone en su artículo 49: "No es punible quien comete un hecho no constitutivo de delito, en la errónea suposición de que constituye delito".

El delito putativo no puede ser objeto de sanción penal porque "el autor no posee el poder de fundamentar en virtud de su error la penalidad de la conducta. Este poder sólo a la ley corresponde"[62].

La doctrina moderna unánimemente se pronuncia por la no incriminación del delito putativo, fundándose para ello en el principio **"nullum crimen sine lege",** que determina en cada legislación en particular taxativamente las figuras delictivas, de *al manera que al no*

61 Cabe destacar que estas hipótesls son determinantes de imposibilidad por inexistencia de un elemento esencial del tipo penal (carencia de tipo).

62

estar previstos como ilícitos los hechos que conforman el delito putativo, este no se sanciona penalmente.

De acuerdo con el artículo 1o. del Código penal nadie podrá ser juzgado y sancionado, sino por un hecho definido por la ley como punible. Por ello, la acción que viola una norma penal no existente, sino tan solo mentalmente representada, por el autor, no puede ser objeto de pena.

(62) MEZGER, II, **Pág.** 235.

www.penjurpanama.com

CAPITULO XIV

LA PARTICIPACION CRIMINAL

I. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA
   A. *Concepto: La participación criminal como causa de extensión* de *la incriminación penal*
   B. Teorías sobre la naturaleza de *la participación criminal*
II. LA AUTORIA
   A. *El concepto* de *au*tor
   B. Coautoría
   C. La autoría mediata
III. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA PARTICIPACION CRIMINAL
   A. *Pluralidad* de *agentes*
   B. Existencia e identidad del delito
   C. Contribución causa a la realización del hecho delictivo
   D. Voluntad de *cooperar en el delito*
IV. FORMAS DE LA COPARTICIPACION CRIMINAL
V. LA INSTIGACION
   A. Concepto y naturaleza
   B. La acción de *instigador*
   C. *La acción del instigado*
   D. La penalidad'
VI. LA COMPLICIDAD
   A. Concepto y distinciones
   B. Cooperadores inmediatos (cómplices primarios)
   C. Auxiliadores (cómplices secundarios)
VII. LA COMUNICABILIDAD DE LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

www.derjurisprudenciapanama.com

I. CONCEPTO Y NATURALEZA JURIDICA

A. Concepto: La participación criminal como causa de extensión de la incriminación penal.

Generalmente las normas incriminadoras de la Parte especial de los Códigos penales (de los delitos en particular) están redactadas como si solamente una persona pudiera realizar la conducta que ellas describen. Las expresiones "el que haga tal cosa" o "el que omita tal otra", utilizadas por el legislador al describir los tipos penales tan solo aluden a la conducta que realiza el **sujeto activo primario de** la infracción.

La experiencia demuestra, sin embargo, que las acciones punibles pueden ser obra no de una sola persona sino de varias, en las que cada una presta su colaboración o ayuda, en distintos grados, en la realización del tipo penal.

El Derecho penal, por ello, no limita su alcance a sancionar únicamente las conductas de aquellas personas que de modo principal (autores) lesionan o ponen en peligro de lesión los bienes jurídicos tutelados en los tipos penales. En torno a la conducta principal que en el tipo se describe existen otras accesorias (partícipes) que coadyuvan en mayor o menor grado a la realización de la acción principal y, consecuentemente, inequívocamente antijurídicas[1].

Algunos de los problemas que plantea la intervención de varias personas en el delito da lugar a la teoría de **la participación criminal,** designada por los autores italianos con la expresión "concurso de personas en el delito", y a la que alude nuestro Código en el Título VI, del Libro I, bajo la rúbrica "De la cooperación de varios individuos en la comisión de un mismo hecho punible" (artículos 63 y 64).

www.penalcanarias.com

1 JIMENEZ HUERTA, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Tomo I. Editorial Porrúa, S.A. México, 1972. pág. 262.

Las disposiciones de índole general referentes a la participación criminal contenidas en los Códigos penales, por tanto, importan una extensión legal de los tipos y, con ello, de la punitibidad establecida en las distintas figuras especiales, de manera tal que alcancen no solo aquellos que ejecutan la acción típicamente descrita por la ley como ilícita, sino además a todos los que de cualquier modo contribuyen a la perpetración de un delito, y que sin estas disposiciones ampliatorias no podrían ser objeto de una sanción penal, sin violentar el principio de estricta legalidad.

"Debemos admitir -expresa BETTIOL- que las normas sobre concurso revisten naturaleza de normas complementarias extensivas de la incriminación de la norma principal, en el sentido de que la norma incriminatoria especial describe el delito y conmina la pena para quien lo realiza y la norma complementaria aumenta la previsión de aquella, haciendo posible que las dos disposiciones se refieran también a los que no habiendo ejecutado materialmente el delito, han cooperado no obstante a su producción[2].

Como auténtica causa de extensión de la pena, el instituto técnico jurídico de la participación criminal permite ampliar el contenido conceptual que se le asigna en los diversos tipos penales y así sancionar conductas que no implican, por ejemplo, la ejecución de "causa la muerte" (artículo 311 del C.P.), pero que en alguna forma relevante han contribuido a lograr este resultado.

Esta extensión -como bien observa FONTAN BALESTRA- "pareciera dar por tierra con la función limitadora que se le asigna al tipo penal; mas no es así, porque las figuras accesorias o formas ampliadas de adecuación al tipo no abren los tipos, sino que tan solo los amplían hasta un límite preciso, que es lo que la tipicidad debe asegurar'[3].

www.derechopenalparaguayo.com

2 BETTIOL, pág, 499.

3 FONTAN BALESTRA, II, pág. 367.

Tenemos, pues, que en un sentido amplio, participación es intervención de varios sujetos en un delito. En un sentido restringido, en cambio, partícipes son aquellos que contribuyen culpablemente a la producción del hecho ilícito realizando una conducta distinta a la del autor. Compartimos este último significado de participación y al mismo aludiremos en este capítulo.

Para comprender el alcance de la teoría de la participación criminal debemos recordar que con relación a los sujetos que en él intervienen, los delitos se clasifican en unisubjetivos o individuales y en plurisubjetivos o colectivos.

Delito unisubjetivo es aquel que de ordinario es cometido por una sola persona, aunque eventualmente puede ser cometido por varias.

Delito plurisbujetivo es el que no puede ser cometido sino por varias personas. Así, por ejemplo, el adulterio, la bigamia, la asociación para delinquir, la corrupción de funcionarios públicos, etc. En esta última hipótesis la figura misma del delito, por su propia definición, presupone la concurrencia de la actividad de varias personas, y se habla entonces de participación necesaria o de concurso necesario. En estos casos la participación simultánea de sujetos distintos no constituye una concurrencia accidental al delito, sino una exigencia típica.

En la hipótesis del delito unisubjetivo, como quiera que la acción delictuosa puede ser realizada por una o varias personas indistintamente, se habla de participación o concurso eventual.

A este respecto, NOVOA MONREAL afirma que la teoría de la participación criminal se refiere a "una pluralidad de personas que concurre a la perpetración de un hecho punible sin estar requerida por la naturaleza del tipo"[4].

Nada impide, sin embargo, que en los casos de participación necesaria, al hecho concurran otros sujetos que realicen conductas no

4 NOVOA MONTREAL, Eduardo. Curso de Derecho Penal Chileno. Parte General. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1966. pág. 166.

descritas en el tipo, y que por tanto serán reguladas por las normas generales de fa participación criminal.

B. Teorías sobre la naturaleza de la participación criminal

En relación al debatido problema de la naturaleza jurídica de la participación criminal se han elaborado numerosas teorías. Atendiendo a sus rasgos comunes, sin embargo, podemos clasificarlas en dos grupos: 1. Teorías unitarias y 2. Teorías pluralistas.

1. Teorías unitarias.

Los seguidores de la Escuela Clásica concibieron la participación criminal desde un punto de vista unitario y accesorio. El delito, aún cuando tenga varios sujetos permanece único e indivisible: la participación delictiva, por ello, se configura como unidad de delito con pluralidad de agentes. De esta manera el aporte de cada partícipe viene a ser parte integral de un todo. La participación, además, es accesoria porque presupone la existencia de una acción principal a la cual se refiere.

La Escuela Positiva también se adhirió a la teoría unitaria, si bien censurando el criterio objetivo de los clásicos, por el cual se examina los diversos aportes como contribución y coeficiente causal de la entidad jurídica del delito y oponiéndole el criterio subjetivo según el cual el delito debe ser estudiado a través de los concurrentes que han contribuido a su realización.

La sanción debe adaptarse al grado individual de peligrosidad de cada uno de los partícipes. En este sentido manifiesta FERRI: "La diversidad de los actos de participación en el delito no sólo tienen un valor objetivo o causal, sino también un valor sintomático, y por tanto debe ser siempre destacada, ya que concurre con los motivos determinantes y la personalidad del delincuente a precisar el grado de peligrosidad. Consumar el acto homicida directamente sobre la víctima o limitarse a instigar o suministrar el arma o a abrir la puerta, indican de

www.derjurpanama.com

ordinario una diversa potencia ofensiva derivada de una diferente repugnancia al delito"[5].

2. Teorías pluralistas.

Mientras la concepción unitaria sostiene que la conducta convergente de los copartícipes se funde en un delito único, las doctrinas pluralistas enseñan que el concurso implica para cada copartícipe un delito distinto y autónomo, llamado delito de concurso. Cada coparticipe responde del hecho propio, y, en consecuencia, habrá tantos delitos cuantos concurrentes.

No se requieren mayores esfuerzos para advertir que con esta teoría se destruye prácticamente el fundamento sobre el cual se edifica la estructura de la coparticipación criminal.

II. LA AUTORIA

A. El concepto de autor

El estudio de la participación criminal exige precisar previamente el concepto de **autor,** que constituye la forma básica de intervención en un hecho delictivo[6].

La determinación de quien es el autor en sentido estricto tiene gran trascendencia práctica, no solamente para establecer la pena que corresponde aplicar, sino también, porque si bien es cierto que el acto del participe es una acción típicamente antijurídica *y* culpable (de adecuación típica indirecta), las condiciones típicas de autor no son las mismas para el autor propiamente dicho *y* para el partícipe[7].

www.derjurpanama.com

5 FERRI, Principios..., pág.517.

6 Sobre el particular, confrontese: MUÑOZ POPE, Carlos Enrique. "El Concepto de Autoría de Los Delitos Dolosos en la Legislación Penal Panameña" en LEX, Revista del Colegio Nacional de Abogados, Año II, No. 3. Enero-Abril de 1976. págs. 147-168.

7 FONTAN BALESTRA. II. Pág. 432.

1. Teorías.

Las distintas teorías que pretenden explicar el concepto de autor tienen como tarea primordial distinguir entre autoría (autor en sentido estricto) por una parte, e inducción y complicidad (partícipe), por la otra.

La teoría material objetiva fundamento la distinción entre autores y partícipes tomando en consideración la diversa eficiencia causa de las actividades de éstos. Haciendo uso de tos conceptos de causa y condición sostuvo que autor es el que pone una causa del resultado, en tanto que partícipe es el que pone una simple condición del mismo.

Partiendo de la aplicación al concepto del delito del principio causal de **conditio sine** qua non (teoría de la equivalencia de las condiciones), la **teoría subjetiva** negó la posibilidad de distinguir objetivamente entre la conducta de autor *y* la del partícipe, por cuanto que se estima que el concepto de causación no es susceptible de ser graduado.

Tanto el autor como el partícipe colocan una condición del resultado, y una condición no es posible distinguirla de otra condición; cada condición es tan necesaria para el logro del resultado delictivo como otra cualquiera.

Declarándose partidario de esta teoría BUSCH recientemente sostiene que "las formas de la participación se diferencian entre sí y en relación con la autoría por el contenido de la voluntad; inducir y ser cómplice son actividades finalistas, dirigidas a un fin; el instigador quiere despertar una voluntad ajena encaminada a ejecutar algo, y el cómplice quiere estimular un hecho ajeno: el autor quiere el hecho como propio y el partícipe lo quiere como ajeno. Aquel actúa animo auctoris y éste animo socii"[8].

WELZEL califica la teoría subjetiva de "formula inutilizable" y a continuación se pregunta: ¿Qué quiere decir, querer el hecho como propio o como ajeno? ¿Está acaso a disponibilidad del autor, el querer el hecho "como propio" o "como ajeno"? ¿Puede alguien convertir el hecho

8 BUSCH, Modernas, pág. 30,

www.derjurpanama.com

en "propio", de su mera voluntad o desviarlo "como ajeno" a través de una correspondiente voluntad del cómplice? Luego manifiesta: "Esto es imposible: el hecho tiene que ser realmente la obra del autor"[9].

Dentro de esta misma línea de pensamiento advierte MAURACH que la teoría subjetiva de la participación "al tratar de sustituir la objetiva realización del acto por el subjetivo querer el acto como propio destruyó en realidad el concepto de autor y con él la función de garantía de los tipos basada en este concepto"[10].

De acuerdo con la **teoría formal objetiva** la cuestión se resuelve de manera muy simple: "autor es el que realiza la conducta descrita en la figura típica partícipe "es el que ayuda o coopera con el autor en la comisión del hecho punible".

Así, por ejemplo, BETTIOL considera que autor es el que "realiza culpablemente con su propio comportamiento un hecho previsto como delito por una ley incriminatoria y determina así la lesión efectiva o potencial de un bien tutelado". Mientras considera como partícipe a "quien concurre a la perpetración de un delito desarrollando una actividad lógicamente distinta de la del autor, en cuanto cae dentro de la esfera de las normas secundarias sobre participación de carácter extensivo"[11]

Cabe preguntarse, sin embargo, ¿quién realiza la conducta típica?

Es evidente que frente a aquellos delitos en que se describe sólo una determinada actividad o la causación de un resultado mediante una concreta actividad, la determinación no presenta mayores problemas. Así, en el delito de falso testimonio contemplado en el artículo 188 del Código penal panameño, no cabe duda que realiza la conducta típica el que "en el acto de declarar como testigo ante la autoridad judicial, afirme lo que es falso o niegue lo que es verdad o calle total o parcialmente lo que sepa sobre los hechos respecto de los cuales se le interrogue".

www.derechopanama.com

9 WELZEL, págs. 156-157,

10 MAURACH, II, pág. 339.

11 BETTIOL, págs. 495 y 500.

Sucede, no obstante, que en numerosas hipótesis el establecer cual es la conducta descrita en la figura típica es tarea que presenta dificultades insuperables. ¿Realiza la conducta típica el que apuñala o dispara el arma, o también el que sujeta a la víctima?

Para resolver estos interrogantes los partidarios de la teoría formal objetiva recurre el concepto de acción ejecutiva y sostienen que realizan la conducta típica únicamente aquellos que concretan al menos parte de la acción ejecutiva descrita en el tipo penal.

Se estima, que aún introduciendo esta variante la cuestión queda sin resolver, especialmente para quienes sostienen que la autoría supone la propia actividad r corporal del sujeto.

En la constante evolución de la moderna dogmática penal aparece la teoría final de la acción, y que de acuerdo con algunos autores, proporciona criterios más precisos para la distinción de autor y partícipe. De acuerdo con esta teoría es autor el que tiene "el dominio del hecho", mientras que los partícipes carecen de él.

"No es autor de una acción dolosa quien solamente causa un resultado enseña WELZEL principal exponente de la teoría de la acción finalista- sino quien tiene el dominio conciente del hecho dirigido hacia el fin. Aquí se eleva el autor por la característica del dominio finalista del hecho, por encima de toda otra participación. El instigador y el cómplice no tienen el dominio del hecho, sino que sólo han inducido a la decisión del hecho y ayudaron a su ejecución"[12].

Precisando aún más el concepto del dominio del hecho ROXIN advierte que lo decisivo para esta tierra "no es la motivación sino el aporte objetivo que ha correspondido al individuo en la ejecución del hecho. Si tuvo un papel dominante en el hecho total será autor, aun cuando haya obrado en interés o por instigación de otro; si, al contrario,

www.derechopenal.com

12 WELZEL, Pág. 104-105.

no ha tenido una posición dominante en la comisión del hecho, será solo participe, a pesar del gran interés personal que haya tenido en el delito[13].

Tener el "dominio del hecho" significa, por tanto, tener el control de los acontecimientos hasta resultado final, lo que implica la disponibilidad de los actos hasta llegar a la consumación del hecho punible.

2. Elaboración del concepto de autor en el Código panameño.

La misión de la doctrina científica no va encaminada a encontrar libremente un criterio que permita deslindar la autoría de la participación, sino en averiguar cuál es el criterio acogido expresamente por la ley.

Código penal patrio no contiene en la Parte general una norma que proporcione el concepto de autor, que seria válido para todos los delitos. Ello obedece fundamentalmente a una razón que aunque parezca muy simple, es definitivamente correcta: no hace falta tal concepto.

Cuando la ley describe las distintas figuras delictivas y las conmina con pena, está indicando expresamente en cada una de ellas la conducta de autoría y la penalidad que le corresponde al autor por el hecho ilícito. Por ello, para sancionar al autor de un delito no hay que recurrir a normas de la Parte general del Código. **Cada tipo delictivo equivale a una forma de autoría,** y en cada uno de ellos aparece directamente la pena señalada para él o los autores.

En nuestra opinión la noción de autor en el Código penal panameño ha de ser construida restrictivamente. Es autor en sentido estricto aquel cuya conducta es subsumible, sin más, en la figura típica de la Parte especial. Lo que él realiza es "la violación de la ley penal" a que hace referencia el artículo 63 del Código penal; es quien ejecuta el delito a que alude el párrafo último del artículo 64 que trata de la complicidad necesaria.

www.derechopanama.com

13 ROXIN, Claus. "Sobre la autoría y participación en el Derecho Penal En Homenaje al Profesor Luis Jimenez de Asúa. Ediciones Pannedille. Buenos Aires, 1970, págs. 56-57.

Así, pues, no es autor todo sujeto que ha cooperado o inducido, aunque se demuestre que tenga un interés especial en la causación de un resultado lesivo, sino tan solo aquel que realiza la conducta típica.

Será evidente, por tanto, que la conducta de autor variará según la naturaleza de cada delito. En el homicidio (art. 311 C.P.), por ejemplo, la conducta de autor consistirá en "causar la muerte"; en el hurto (art. 350 C.P.), en "apoderarse de la cosa mueble ajena sin consentimiento de su dueño, para aprovecharse de ella"; en la violación del secreto de la correspondencia (art. 144 C.P.), en "abrir indebidamente una carta, telegrama o pliego cerrado dirigido a otro", etc.

Cabe señalar, además, que frente a nuestro Código la autoría debe determinarse por el **valor** objetivo de **la actuación,** siendo inaceptable, por tanto la teoría subjetiva que pone mayor énfasis en el "ánimus" especial que tenga el sujeto. Por ello, el párrafo último del art. 63 contempla como auténtica hipótesis de participación delictiva (determinación o inducción) los casos de "quien decida a otro a cometer el delito", aunque se demuestre que aquel (el determinador o inductor) tenía "interés personal" en cometer el delito.

Para la delimitación entre autoría y participación también sigue el Código un criterio objetivo (principio causal): sólo son partícipes en el delito quienes han hecho aportes para su comisión, sea cooperando de modo directo, sea determinando a ello o auxiliando en esa tarea.

La responsabilidad de los instigadores y cómplices es accesoria en cuanto que se les impone una pena en base al hecho cometido por el sujeto que realiza la acción descrita en el tipo penal (autor).

En orden a la participación criminal, el Código penal distingue las siguientes categorías:

a) Los que cooperan de modo directo y principal en la ejecución del hecho (art. 63, párrafo primero) **(cooperadores inmediatos);**

b) Los que decidan a otro a cometer el delito (art. 63, párrafo segundo; literal a), art. 64) **(instigadores);**

www.penumbra.com

c) Los que cooperen de cualquier otro modo a la ejecución del hecho y los que presten una ayuda posterior al delito, cumpliendo promesas anteriores al mismo (literales b y c) del art. 64 y también literal a), en su parte final) **(auxiliadores); y** d) los que prestasen al autor una cooperación o ayuda sin la cual el delito no se habría cometido (párrafo final art. 64). **(cooperadores o cómplices necesarios).**

Más adelante tendremos oportunidad de referirnos en forma detallada, a cada una de estas distintas situaciones, al tratar la instigación y la complicidad".

B. Coautoría

1. Concepto.

Coautoría es la realización de la conducta descrita en el tipo por varias personas, en forma conjunta.

La coautoría, consecuentemente, supone la intervención de más de una persona en el hecho delictivo, pero no es una forma de participación, pues como dejamos expuesto esta calificación se restringe a las conductas accesorias (instigación y complicidad), y en la coautoría se trata de varias conductas principales en la realización del hecho punible.

Puede afirmarse, pues, que existirá coautoría cuando nos encontremos en presencia de una pluralidad de sujetos activos de naturaleza primaria, es decir, de diversas personas a las que directa e individualmente es aplicable la expresión el que haga o el que omita que la ley emplea al describir los tipos penales, habida consideración de que todas ellas realizan la conducta descrita en el verbo rector, en el núcleo del tipo[14].

Este criterio es adoptado por autores modernos como ZAFFARONI, para quien hay coautoría "cuando dos o más participantes llevan a cabo conjuntamente la realización típica en forma tal que cada uno de ellos,

www.derjurisprudencia.com

14 Así: JIMENEZ HUERTA, I, pág. 55.

aisladamente, ejecuta la acción típica en su totalidad y ambos reúnen los requisitos típicos necesarios para ser autores"[15].

La doctrina, sin embargo, perfila un concepto más amplio, que presenta numerosas dificultades especialmente en lo referente a su delimitación con las formas de participación (instigación y complicidad). Según esa concepción son supuestos de coautoría aquellos en los que existe una verdadera división del trabajo, siendo posible que ninguno de los sujetos que intervienen realice totalmente y en forma individual la conducta típica.

Partidario de esta última posición doctrinal, WELZEL estima como coautor quien "en posesión de las cualidades personales de autor es portador de la decisión común respecto del hecho y en virtud de ello toma parte en la ejecución del delito[16].

Cabría preguntarse, sin embargo, ¿Qué tipo de aporte debe considerarse? ¿Cómo tomar parte en la ejecución del delito? Para resolver acertadamente esta interrogante nos parece atendible la opinión de "GIMBERNAT", al comentar el Código Penal español. Para el ilustre profesor de la Universidad de Salamanca, "tomar parte en la ejecución del hecho" significa: "intervenir en el hecho llevando a cabo una parte de ese todo que es la ejecución esto es: intervenir realizando un acto ejecutivo"[17].

De acuerdo con esta concepción extensiva serán estimados coautores, quienes concurren al hecho realizando al menos actos ejecutivos, es decir, todos aquellos que tomen parte en la ejecución del delito, aún cuando no realicen total e individualmente la conducta descrita en la figura penal de la Parte especial.

www.peruPanama.com

15 ZAFFARONI, pág. 646.

16 WELZEL, Pág. 154.

17 GIMBERNAT, Enrique. Autor y Cómplice al Derecho Penal. Universidad de Madrid. Facultad de Derecho. Sección de Publicación e Intercambio. Madrid, 1966, Pág. 95.

2. La coautoría en el Código Penal panameño.

La calificación de coautoría en nuestro Código no ofrece mayores dificultades: su delimitación implica la de autoría.

Únicamente es coautor quien reúne los requisitos típicos necesarios para ser autor y realiza la acción descrita en la figura típica. Estimamos por tanto que en nuestra legislación penal es aplicable el concepto restringido de coautoría a que hicimos referencia anteriormente.

No serán coautores, por ello, aunque sean "portadores de la decisión común al hecho" (casos de acuerdo previo. ex preso o tácito) quienes contribuyen a la realización de la conducta descrita en la figura de la Parte especial del Código. Así no podrán ser calificados como coautores sino como partícipes el vigilante (el que vigila, para tranquilidad de los que consuman el delito de robo o de homicidio), ni el que sujeta a la víctima mientras otro viola o la mata. Para que pudieran ser considerados como coautores sería necesaria la existencia de una previsión legal expresa, que no existe en nuestro Código.

Por otra parte, aunque parezca innecesaria esta afirmación cabe señalar que la previsión contenida en el párrafo inicial del artículo 63 del Código Penal, no contempla hipótesis de coautoría sino de participación delictiva (cooperadores inmediatos).

Otra parece ser, sin embargo, la orientación de nuestra jurisprudencia. En efecto, al comentar la distinción entre autores y cómplices, en auto de 25 de agosto de 1964, la Honorable Corte Suprema de Justicia se manifestó de la siguiente manera:

> "La legislación penal positiva distingue dos categorías de hechos a los cuales corresponde dos categorías de ante: los hechos de participación directa en los actos que determina la Ley y que constituyen la infracción; y los hechos de participación indirecta, los cuales pueden preceder o acompañar la infracción. Los primeros son los autores. Los segundos, los cómplices".

www.penumparame.com

Si bien la redacción utilizada por nuestra más alta Corporación de Justicia es un tanto confusa, creemos que identifica como coautores a todos aquellos que cooperan "de modo directo y principal en la violación de la ley penal" o sea a la hipótesis a que alude el párrafo primero del artículo 63 antes citado.

Adelantémonos a observar que la distinción tiene un carácter eminentemente doctrinal, habida consideración de que para efectos de la penalidad están equiparados, tanto el autor, como el cooperador inmediato (cómplices primarios) y el cooperador necesario (cómplices necesarios).

Ya que éste tema lo trataremos in extenso más adelante, nos limitaremos por ahora a señalar que "cooperar" -aún con una concurrencia personal -a la ejecución del hecho punible, en forma alguna puede identificarse con "ejecutar" o "realizar" el tipo delictivo, puesto que tal afirmación sería tanto como desconocer el verdadero sentido de las palabras usadas por el legislador o renunciar a pensar que las fórmulas legales tienen alguna significación idiomática y conceptual propias.

www.penjurnarino.com

C. La autoría mediata

1. Concepto.

No siempre será necesario que el autor realice personalmente la conducta típica. Del mismo modo que se admite que el sujeto puede valerse de animales o aparatos mecánicos para la producción de determinados resultados, hay que reconocer que puede perfectamente realizar ciertos hechos delictivos utilizando para ello a otras personas.

El empleo de otro ser humano para la realización del hecho material descrito en el tipo penal, ha originado -especialmente en la dogmática alemana- la teoría del llamado **autor mediato.**

Autor mediato es el agente que no ejecuta personal y directamente la acción típica, sino que se vale de un sujeto inimputable o inculpable para cometer el delito.

En opinión de MAURACH, es autor mediato quien, "para realizar un hecho punible susceptible de comisión dolosa, emplea un hombre como mediador en el hecho (instrumento)"[18].

La determinación de la estructura de la autoría mediata ha creado serias dificultades a la ciencia penal, y es aún muy discutible, hasta el extremo de que esta categoría de la autoría no es aceptada por muchos autores.

JIMENEZ HUERTA considera innecesaria la construcción de la autoría mediata; niega que sea un concepto jurídico y la califica como "una expresión valedera en el orden empírico filosófico en la que yace el dogma de la causalidad" y advierte: "El denominado autor mediato es, en puridad, ora el único autor que realiza la conducta típica valiéndose de un ciego instrumento humano a modo de complemento de su acción, ora un simple inductor de la conducta típica que el inducido inculpablemente ejecuta"[19].

Es preciso no confundir la figura del autor mediato con aquellos supuestos en que el sujeto activo del delito se vale de otra persona como un mero instrumento material. En esta última hipótesis, toda vez que la persona de que el agente se ha valido ha sufrido tal violencia que no ha estado en condiciones de realizar un movimiento voluntario, quien ha usado de la violencia responde como autor inmediato o directo. La autoría resulta de la falta de acción en el individuo utilizado como instrumento. De modo que quien se vale de él actúa como si fuera el único ser humano que participa en el hecho típico. Es supuesto de falta de acción frecuente en estos casos la fuerza física irresistible (Vis absoluta).

Con meridiana claridad advierte NUÑEZ, que "la autoría mediata presupone que el autor ejecute el delito a través de la actuación de otra persona. Esto excluye que sea un autor mediato quien lo comete

www.derechopanameno.com

18 MAURACH, II, pág. 314.

19 JIMENEZ HUERTA, I, pág. 68.

sirviéndose, como instrumento de un dominado físicamente, pues el forzado no actúa, sino que es actuado"[20]

La doctrina dominante admite como supuestos de autoría mediata:

a) El que utiliza para la realización del tipo la acción de otro sujeto que actúa, bajo error. Como, por ejemplo, el caso del médico que se vale de la enfermera, a la que entrega una dosis mortal para ser aplicada al paciente, ignorándolo aquella,

b) Cuando se utiliza la acción de un sujeto que actúa bajo coacción (vis compulsiva). Como, por ejemplo, el que obliga al cajero de una institución bancaria a entregarle las sumas de dinero valiéndose de graves amenazas.

c) El que se vale de un inimputable (enajenado mental o menor de edad) para la realización del tipo.

La doctrina rechaza la posibilidad de autoría mediata a través de un sujeto que actúe voluntariamente y con pleno conocimiento de las circunstancias que rodean el hecho, así como del propósito del incitador (el denominado instrumento doloso). En esos casos, es evidente, existe instigación u otra modalidad de participación, más no autoría mediata[21]

Del mismo modo se niega la posibilidad de autoría mediata en los delitos que sólo pueden ser cometidos personalmente por el autor (delito de propia mano): como la violación carnal y el falso testimonio.

Por último, tratándose de delitos especiales, o sea, aquellos que exigen una calidad especial en el autor, para que pueda ser admisible la autoría mediata, será necesario que concurran en el autor mediato las características personales requeridas por el tipo.

2. La autoría mediata en el Código penal panameño.

Sin que pretendamos en forma alguna negar el valor que representa la construcción de la autoría mediata para justificar la autoría en muchas hipótesis, es necesario hacer una previa advertencia: una cosa es

20 NUÑEZ. Manual..., pág, 286,

21 RODRIGUEZ MOURULLO. Gonzalo, Comentarios al Código Penal. Tomo I (En colabaración con Cordoba Roda), Ediciones Ariel, Barcelona, 1972. pág. 809.

www.derechopanama.com

reconocer la posibilidad y la conveniencia del concepto de autor mediato y otra muy distinta establecer los límites dentro de los cuales puede ser invocada la autoría mediata en una legislación determinada[22].

Estimamos que en nuestra legislación no es posible y. menos aún necesario, darle cabida a la figura del autor mediato para solucionar los supuestos calificados como tales por la doctrina.

Para corroborar esta aseveración examinaremos a continuación las distintas hipótesis:

a) Se utiliza para la ejecución del tipo la acción de un sujeto que actúa bajo error. Esta situación se presenta por regla general en los delitos de resultado material, en los que la actividad ilícita es descrita en el tipo en función de la causación de un resultado (causar la muerte: artículo 311 del C.P.).

En estos casos la interpretación restrictiva de la figura de delito no excluye la posibilidad del empleo de otro sujeto como instrumento para la realización del hecho punible. Toda vez que en estos delitos el legislador lo que prohíbe es **causa un resultado,** es perfectamente factible calificar como autor a quien se ha valido de otro (que actúa en error) para realizar el tipo, prescindiendo del concepto de autor mediato. Así, por ejemplo, entendemos que en la hipótesis del médico que entrega a la enfermera sin que ella lo sepa, una inyección que contiene una dosis letal para que sea aplicada al paciente a quien se desea matar, no existe ningún inconveniente para calificarlo como autor, puesto que es él (el médico) quien ha causado la muerte del paciente a pesar de no haber ejecutado física o materialmente la acción.

Por ello, resulta muy acertada la observación de ROORIGUEZ MOURULLO, de que no debe identificarse en todos los casos "realización del tipo" con ejecución física del mismo"[23].

www.lecturalegis.com

22 RODRIGUEZ MOURULLO, I, pág. 807.

23 RODRIGUEZ MOURULLO, I, pág, 811.

El problema consistirá entonces, frente a la descripción de cada tipo en particular, en determinar cuando la realización del mismo exige de modo indispensable una ejecución directa, o si, por el contrario, permite una actuación por intermedio de tercera persona (instrumento).

b) En las demás hipótesis (el sujeto que actúa bajo coacción y del que se vale de un inimputable), es preciso reconocer que es sujeto activo primario el que inmediata y directamente comete el hecho punible (coaccionado o inimputable), no obstante su posible ausencia de responsabilidad por operar en su favor una causa de inculpabilidad.

La situación de quien determina a obrar antijurídicamente al sujeto activo primario del tipo (coaccionando o inimputable), se regula por las disposiciones expresas que el Código contiene sobre participación criminal. En este caso cabría sancionar al supuesto "autor mediato" como determinador o instigador con base al párrafo último del artículo 63 del C.P., ya que no cabe duda alguna de que ha "decidido a otro a cometer el delito" y que "tenía interés personal en cometerlo". No vemos otra solución y creemos que es la correcta.

III. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA PARTICIPACIÓN CRIMINAL

Son elementos constitutivos o esenciales de la participación criminal: a) una pluralidad de agentes; b) existencia e, identidad del delito; c) una contribución causal a la verificación del hecho delictivo; y d) la voluntad de cooperar en la comisión del delito.

A. Pluralidad de agentes

La necesidad de la intervención de dos o más personas es inherente al concepto mismo de la participación criminal.

No existirá, por tanto, participación criminal en la hipótesis del delito cometido sobre el que consiente, que no es sujeto activo, sino pasivo del delito. Ni tampoco en el hecho del que determina a otro al suicido (art.

www.peruanos.com

317), pues el suicida no es considerado por la ley como sujeto activo del delito.

La doctrina se pregunta, no obstante, si todas las personas que cooperan materialmente a la comisión de un delito pueden ser consideradas partícipes a los fines de la aplicación de las reglas sobre participación criminal.

Algunos autores estiman que para poder ser calificado de partícipe el sujeto debe ser imputable y, además, debe haber actuado dolosamente. Así, por ejemplo el que determina a un incapaz a cometer un delito, puede ser sancionado como autor mediato, pero nunca como partícipe. En sentido material tendríamos dos sujetos del delito, porque el uno instigó y el otro realizó la infracción; pero, en sentido jurídico, sólo existe un sujeto, porque el otro -del que se sirvió el primero- no es imputable ni punible. Al no existir una pluralidad de sujetos, ya que el incapaz no es (jurídicamente) sujeto, no hay participación criminal, siendo por ello necesario recurrir a la teoría del autor mediato, para justificar la punición del sujeto que determinó al otro a cometer el delito.

Según otros autores, sin embargo, todas las personas que cooperan materialmente a la comisión de un delito pueden asumir la calificación de partícipes[24]. Se puede concurrir a un delito aunque el sujeto no sea imputable, aunque no se quiera el hecho, aunque la conducta no sea punible. Ser participe no es lo mismo que ser responsable de participación criminal. Así, en el caso del ejemplo propuesto del que determina a un incapaz a cometer un delito, estaríamos en presencia de participación criminal, puesto que sería un delito cometido por dos personas, una de las cuales no es imputable ni punible; correspondiéndole al determinador o instigador la calificación de partícipe. La aplicación de las normas sobre participación delictiva, por tanto, puede también verificarse con un solo responsable[25].

www.penumarana.com

24 ANTOLISEI, Manual, pág. 401.

25 ANTOLISEI. Manual, pág. 402

Tal como hemos dejado expuesto, esta última posición doctrinal es la que adopta nuestro Código Penal.

B. Existencia e identidad del delito

"La participación es, necesariamente, accesoria, es decir, dependiente de la existencia de un hecho principal"[26].

La participación criminal, por tanto, está condicionada a la existencia de un delito. Si el delito no existe, a lo menos, en grado de tentativa no cabría hablar de participación.

Ahora bien: ¿qué debe entenderse por "delito" para efectos de la coparticipación criminal?

Para resolver el problema la doctrina moderna hace referencia a la naturaleza accesoria de la participación, y precisa que lo que se debe determinar es hasta qué punto la acción del partícipe se subordina a las características y modalidades jurídico penales del hecho principal[27].

En este sentido MAX ERNST MAYER señala cuatro principios o doctrinas, a los que denomina, respectivamente, accesoriedad mínima, accesoriedad limitada accesoriedad extrema e hiperaccesoriedad[28].

1. La accesoriedad es mínima cuando para la punición del partícipe es suficiente que el autor haya concretado un tipo legal.

2. La accesoriedad se manifiesta en forma **limitada,** cuando se requiere que la realización del tipo por el autor sea antijurídica.

3. La accesoriedad es **extrema** cuando el autor debe ejecutar un tipo legal antijurídico y culpablemente.

4. Por último, estamos ante la **hiperaccesoriedad** cuando las condiciones personales del autor que tienen el efecto de aumentar o disminuir la penalidad se trasmiten a los partícipes.

www.derechopenalpanama.com

---

26 BOCKELMAN, Paul. Relaciones entre Autoría y Participación. Trad. de Carlos Fontán J Balestra con la colaboración de Eduardo Friker. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1960. pág. 7

27 A respecto confrontese: MUÑOZ POPE, Carlos Enrique. "En torno a la Accesoriedad de la Participación Criminal" en LEX, Revista del Colegio Nacional de Abogados. Año II, No. 5. Panamá. 1976.

28 Citado por FONTAN BALESTRA, II, Pág. 454.

La adopción una u otra de estas doctrinas o principios, sin embargo, presenta notables diferencias. Así por ejemplo, si se acepta la accesoriedad extrema, para hablar de delito es menester que la acción no sólo sea antijurídica sino, además, culpable. De ello se deduce que en caso de faltar la culpabilidad de la acción del autor principal, que es el ejecutor, no habría ya lugar a la participación criminal.

Según la teoría de la accesoriedad limitada, no obstante, para que exista delito y se admita la participación criminal bastaría con que el autor realice una **acción** objetivamente **antijurídica,** independientemente de que no sea culpable, por faltarle la imputabilidad o el dolo. Siendo, por ello, posible la participación o el concurso del enajenado mental, del menor, etc.

Acogiéndose a este último sistema, algunos autores en vez de referirse a la existencia de un delito, como requisito de la participación criminal, prefieren utilizar la expresión "realización del elemento objetivo de un delito"[29] o "identidad del hecho"[30].

Al examinar las distintas teorías reseñadas, MAGGIORE sostiene que la más justa es la que sostiene que por delito debe entenderse la acción antijurídica que resulta de la cooperación común, independientemente de la culpabilidad de uno u otro partícipe, sin excluir al autor principal[31]. O sea, que el reputado tratadista se adhiere a la doctrina de la accesoriedad **limitada.**

Cabe advertir, finalmente, que la participación es posible en cualquier etapa de desarrollo del iter criminis. No es factible, sin embargo, en un delito agotado, a no ser que haya habido acuerdo previo, porque entonces se daría vida a un nuevo delito, de naturaleza accesoria, como es el encubrimiento.

www.derechopenalparaguayo.com

29 ANTOLISEI, Manual, pág. 402.

30 FONTAN BALESTRA, II, pág. 451.

31 MAGGIORE, II, pág.111.

C. Contribución causal a la realización del hecho delictivo

Además de los requisitos que hemos examinado, para que exista participación criminal es necesario que el sujeto haya proporcionado una contribución causal a la verificación del hecho delictivo.

La acción que realiza cada uno de los partícipes debe estar provista de eficacia respecto del hecho mismo. Es evidente, sin embargo, que fa actividad de cada partícipe individualmente debe reunir las condiciones requeridas para la acción en sentido jurídico penal[32].

De tal manera que nadie es punible, ni como autor, ni como partícipe, si no ha cumplido una acción típicamente antijurídica y culpable.

La participación puede tener lugar no sólo mediante una acción sino también con una omisión. Para que exista participación mediante omisión, sin embargo, lo basta que ésta haya contribuido a la verificación del resultado del delito; es necesario además la violación de un deber jurídico por parte del sujeto[33].

En la participación mediante omisión hay un no hacer, es decir un no impedir un resultado, correlativo a una obligación de hacer, esto es, de impedir ese evento. Lo cual indica que el omitente debía estar ligado, con anterioridad, la obligación (procedente de la ley, de relaciones funcionales, de contrato de derecho privado, etc.) de prevenir la producción de un evento determinado[34].

Por ello para establecer si una determinada conducta omisiva participó en el delito ajeno, es menester acreditar dos extremos: que existe un nexo de causalidad entre la omisión del participe y el delito cometido por el autor principal, y que existía en el omitente el deber de oponerse al delito.

La necesidad de que el sujeto aporte una contribución causal a la realización del hecho delictivo conduce a la consecuencia de que no

www.lenumarama.com

32 FONTAN BALESTRA, II, pág. 469.

33 ANTOLISEI, Manual, pág. 405.

34 MAGGIORE, II, pág. 134.

constituye participación la aportación posterior a la consumación del delito, a no ser que haya sido **prometida precedentemente.**

Es evidente que el encubrimiento no es un acto de coparticipación en el delito, porque la intervención posterior que cabe al encubridor excluye toda relación re causal entre su actuación y el hecho delictivo.

"Siendo exigencia de la participación expresa FONTAN BALESTRA- que el hecho haya contribuido a la producción del delito, los hechos posteriores a su consumación carecen de esa característica"[35].

No cabe la menor duda que los actos de participación pueden ser en sí mismos anteriores, concomitantes o posteriores a la ejecución del delito, ero en este último caso se requiere que estén ligados a la producción del hecho, en forma tal que en algún modo hayan contribuido a producirlo.

En el literal a) del articulo 64 del Código Penal patrio, se incrimina como conducta de participación hacer "que otro conciba la resolución de cometer el delito, o que se confirme en ella, o prometiéndole auxiliarlo y protegerlo después de la omisión del delito". En este caso, por tanto, la promesa de auxilio o protección es anterior al delito y opera como una causa o condición del resultado. En consecuencia, la acción realizada, aunque posterior, no es un acto de encubrimiento, sino verdadera participación[36].

Por eso nuestro legislador al incriminar las figuras delictivas de encubrimiento (art. 370) y protección a los malhechores (art. 197) expresamente excluye de ellas los actos de participación en el delito al cual acceden. En efecto, las mencionadas figuras aparecen previstas de la siguiente manera:

> "Artículo 370. El que sin haber tenido participación alguna en el delito, encontrarse en los casos del artículo 197, oculte en interés propio, reciba en prenda o en depósito gratuito, o

35 FONTAN BALESTRA, II, pág. 436.

36 Así; SOLER, II, págs. 244-245.

www.peruanarama.com

adquiera de cualquier modo, objetos o dineros que por la persona que los presente, ocasión y circunstancias del empeño o enajenación, evidencien o hagan suponer racionalmente, que proceden de un delito; y el que concurra a la enajenación o empeño de dichos objetos auxiliando a los delincuentes que se aprovechen de sus productos, incurrirán en reclusión de uno a veinte meses, y multa de tres veces el valor comercial del objeto motivo del delito".

"Artículo 197. Será castigado con prisión por uno a tres años, sin que exceda nunca de la mitad de la pena aplicable al delincuente mismo, el que, después de cometido un delito punible con pena no inferior a la de prisión, y sin haberse concertado previamente con el actor del delito ni haber contribuido a producir las consecuencias ulteriores de este, ayude al autor a poner en seguridad el fruto del delito, o a eludir las investigaciones de la autoridad, o a sustraerse a ella o a eludir la sentencia, y al que suprima, borre o altere los indicios o huellas de un delito de esta naturaleza.

No incurrirá en pena alguna quien por esos medios procure sólo salvar a un pariente"[37].

Resulta evidente, por tanto, que en nuestra legislación el encubrimiento y la protección a los malhechores constituyen delitos autónomos y no formas de participación criminal, y que la contribución causal al delito principal es lo que permitirá distinguir los actos del partícipe de los del encubridor y del protector de malhechores.

37 El artículo 6o. de la Ley No. 5 de 29 de octubre de 1964, preceptúa: "Artículo 6º. Al que sin haberse concertado previamente con el autor del delito ni haber contribuido a producir las consecuencias ulteriores de éste, ayude al autor a eludir las investigaciones de la autoridad o a sustraerse a ella o a eludir la sentencia y que suprima, borre o altere los indicios o huellas del delito, se le sancionará con penal igual a la tercera parte de la que recaiga al autor".

D. Voluntad de cooperar en el delito

Este último requisito es de orden psicológico y consiste según ANTOLISEI "en la voluntad de cooperar al hecho que constituye el delito" lo que implica la existencia de dos elementos: 1. El conocimiento o la representación de las acciones que han desplegado, despliegan o desplegarán otras personas para la realización del hecho que se pretende; 2. La voluntad de contribuir con la propia actuación a la verificación del hecho mismo[38].

Para la existencia de la participación criminal, sin embargo, no se requiere que los sujetos se hayan puesto previamente de acuerdo para cometer el delito. En la participación, lo mismo que en el dolo, lo que se requiere es el conocimiento de lo que cada cual hace. Conocimiento, en este caso, del partícipe de que aporta algo al resultado. Es decir, conciencia de que se presta auxilio o ayuda[39]. Lo que la participación exige, por lo tanto, es la concurrencia de voluntades al menos contemporánea al hecho, y no el acuerdo previo.

IV. FORMAS DE LA COPARTICIPACIÓN CRIMINAL

La forma como cada partícipe aporta su contribución a la realización del delito es muy distinta considerada cualitativa y cuantitativamente.

En opinión de MAGGIORE, el concurso toma cuatro aspectos principales, según se le considera bajo las especies de calidad, grado, tiempo y eficacia[40].

1. Por la calidad. Examinada desde el punto de vista de la calidad, la contribución aportada puede ser **moral o psíquica y física o material.**

www.derjurpanama.com

38 ANTOLISEI, Manual, pág. 406.

39 FONTAN BALESTRA, II, pág. 474.

40 MAGGIORE, II, pág. 107.

Es moral, en cuanto significa el influjo determinante de una voluntad sobre la decisión de obrar de otra persona. Es física, cuando la contribución aportada se desarrolla en la fase ejecutiva del delito.

La forma fundamental del concurso moral es la instigación determinación o provocación al delito.

La doctrina perfila como formas de la acción instigante: el mandato, la orden, la coacción, y el consejo.

a) **Mandato.** Consiste en encomendar a una persona la ejecución de un delito, en provecho exclusivo del mandante.

b) La **orden.** Es el mandato de delinquir. Impuesto por un superior a un inferior con abuso de autoridad.

c) La **coacción.** Es el mandato de delinquir impuesto con amenaza de un mal grave.

La orden y la coacción, por tanto, no son sino mandatos calificados por el abuso de autoridad o por la impresión del temor.

d) **El consejo.** Es la instigación que se hace a alguno para inducirlo a cometer un delito para la exclusiva utilidad y provecho del instigado.

Finalmente, se incluye también en esta categoría de partícipe al agente provocador que, según CARRARA es, que instiga a otros a cometer el delito, no porque tenga interés en la consumación de este ni por ser enemigo de la víctima, sino porque tiene interés en que el delito se cometa o intente con el fin de causarle daño al mismo instigado[41].

2. Por el grado. Según el grado la participación es **principal o primaria** y **accesoria o secundaria.** Es principal cuando el aporte hace efectivo en la fase consumativa del delito; y secundaria cuando la contribución tiene lugar en cualquiera de las restantes etapas del "iter criminis".

www.benjumarama.com

41 CARRARA, II, parágrafo 1594.

Tradicionalmente se denominaba coautores o correos a los partícipes primarios y se reservaba el nombre de cómplices a los secundarios. Los autores modernos prefieren distinguir entre cómplices primarios y cómplices secundarios.

MANZINI, por su parte, indica que los modos con los que se puede manifestar la coparticipación material son: la ejecución del delito, la cooperación inmediata y la ayuda material[42]

Para este autor, **ejecutores** del delito (o autores principales) son aquellos que cooperan directamente a los actos productivos del evento dañoso o peligroso, esto es, las personas que voluntaria y conscientemente toman parte directa en los actos que concretan los elementos materiales característicos del delito y las circunstancias agravantes del mismo. **Cooperadores inmediatos** son aquellos que, aún sin realizar directamente los actos productivos característicos del evento punible, concurren, no obstante, con los ejecutores en la actuación de la empresa delictuosa, tomando parte en operaciones coordinadas pero distintas, eficaces para la inmediata ejecución del delito, dado el modo como fue organizada la empresa, las cuales, sin embargo, no representan elementos esenciales ni circunstancias que modifiquen el hecho imputable. Auxiliadores, son aquellos que participan materialmente en el delito, prestando una simple ayuda, pero sin un efectivo concurso en la ejecución del delito mismo.

3. **Por el tiempo.** Con respecto al tiempo, la participación puede ser **antecedente, concomitante y subsiguiente.**

a) La participación es antecedente, cuando se verifica en las etapas previas a la consumación, ya sea en la forma de instigación o mediante actos inequívocos directamente encaminados al fin criminoso.

b) La participación es concomitante cuando interviene en la etapa consumativa del delito.

---

[42] MANZINI, II, pág. 251

www.derechopanama.com

c) La coparticipación es subsiguiente cuando se realiza mediante actos posteriores a la consumación del delito. En este último caso, sin embargo, es requisito indispensable que el concurso que se presta con posterioridad a la consumación del delito obedezca a un acuerdo previo, a una promesa anterior. De otro modo no estaríamos en presencia de participación criminal sino de un delito autónomo, como en el caso del encubrimiento o de la protección de malhechores.

4. **Por la eficacia.** Con relación a la eficacia del aporte, este puede ser necesario y no necesario o contingente, según que el delito se hubiera podido o no se hubiera podido cometer sin él.

www.derjurpanama.com

V. LA INSTIGACIÓN

A. Concepto y naturaleza.

Instigador es el que dolosamente y con resultado, determina directamente a otro a cometer un delito doloso. Instigar es siempre un actuar doloso (del instigador), y supone, además, determinar a otro (instigado) a un hecho doloso.

Se incluye en el concepto de instigación la exigencia de que la inducción tenga resultado, porque el participe no es punible si el autor no ha dado comienzo de ejecución al delito. Por ello, afirma FONTAN BALESTRA: "es erróneo decir que el instigador es el que ha hecho surgir en otro la determlnaci6n de cometer un delito; con eso solo -con la determinación- no hay instigación, jurídicamente hablando; es preciso que el instigado comience los actos destinados a cometer el delito y que esos actos sean, al menos, parte del proceso ejecutivo del delito"[43].

El criterio expuesto por el reputado tratadista es perfectamente aplicable en nuestra legislación positiva. Dada la naturaleza total y unitaria de la infracción realizada por varios participes, el delito comienza para todos ellos con el principio de ejecución del hecho punible (art. 61).

---

43 FONTAN BALESTRA, II, pág. 478.

De tal manera que la instigación sin éxito no es punible por falta del elemento objetivo del delito.

Cabe advertir, sin embargo, que la instigación incumplida o sin éxito puede ser objeto de una incriminación específica en la misma forma que lo son a veces, los actos preparatorios. Así, sucede, por ejemplo, en el caso previsto en el artículo 122 del Código Penal, en donde se sanciona la instigación a cometer los delitos incriminados en los artículos 98, 109, 110 y 111; pero, para considerarla punible se exige el requisito de la publicidad; de donde se deduce que la instigación privada no es en sí punible, con independencia de un comienzo de ejecución por parte del autor.

Los actos de instigación recaen sobre la esfera subjetiva del autor: la contribución al hecho delictivo, es, en esencia, intelectual. El instigador no hace, hace hacer.

Para que haya instigador, por tanto, es necesario que en el hecho concurra otro sujeto al cual pueda calificarse como sujeto activo primario, aun cuando no sea culpable.

B. La acción e instigador

1. Aspecto objetivo.

"La acción del instigador es la de promover la determinación en el autor; es una acción de naturaleza psicológica; su medio es la palabra u otro medio expresivo o significativo"[44].

En opinión de JIMENEZ HUERTA, "las palabras provocación, excitación, instigación, determinación e inducción a un delito, tienen tan merecida significación gramatical que pueden emplearse en el lenguaje jurídico como sinónimas"[45].

En nuestra legislación la instigación puede presentar las siguientes formas:

www.derjurpanama.com

44 Así: SOLER, II, pág. 281.

45 JIMENEZ HUERTA, I, pág. 271.

a) Determinando a otro a cometer el delito. A esta forma de instigación alude el literal a) del artículo 64 del Código Penal, cuando expresa: "haciendo que otro conciba la resolución de cometer el delito, o que se confirme en ella".

b) Prometiendo ayuda y asistencia a prestarse después de cometido el delito.

2. Aspecto subjetivo.

En cuanto a la culpabilidad la acción del instigador: debe ser dolosa, y comprende:

a) Voluntad de instigar, o sea, la intención de que el instigado adopte la firme resolución de cometer el delito.

b) Dolo del hecho: el hecho delictivo que realiza el instigado debe ser abarcado por el dolo del instigador.

Si alguien sólo instiga a una tentativa, prevalece la opinión de que el hecho es impune por aplicación del principio general según el cual no hay instigación a la tentativa; el dolo del instigador, como el del autor de la tentativa, debe tender a la consumación del delito[46].

C. La acción del instigado

1. Aspecto objetivo.

De acuerdo con el principio de accesoriedad, que rige para todas las formas de participación instigado debe, al menos, haber comenzado la ejecución del *delito* para que él y el instigador sean punibles.

2. Aspecto subjetivo.

Para que pueda hablarse de instigado, de modo tal que su conducta cree responsabilidad penal para el instigador, es preciso **que el hecho material haya sido determinado por la acción psíquica del inductor[47]**.

www.derjurama.com

46 FONTAN BALESTRA, II, pág. 488.

47 FONTAN BALESTRA, II, Pág. 480.

D. La penalidad

Nuestro Código sanciona la instigación con la mitad de la pena señalada para el delito (art. 64). La ley se refiere a la pena establecida **para el delito, no para el autor,** porque no alcanzan al instigador ni la pena que resulte del exceso del instigado, ni como mas adelante veremos, la que es consecuencia de la comunicabilidad de las circunstancias agravantes, tanto personales como materiales, cuando éstas no son conocidas por el instigador (art. 65).

La pena, no obstante, sólo se reducirá en una sexta parte de la señalada por la ley para el delito, en aquellos casos en que se demuestre Que el instigador "tenía interés personal en cometer el hecho punible" (párrafo 20. del artículo 63).

Finalmente, es preciso tener en cuenta la previsión contenida en el párrafo final del art. 64, aplicable a todas las formas de participación, según la cual: "no se reducirá la pena como se ordena en este artículo, y se aplicará la misma que la ley señala a quien ejecute el delito, cuando se compruebe que éste no se habría cometido, sin la cooperación que prestó al ejecutor en alguna de las formas que se dejan expresadas".

VI. LA COMPLICIDAD

A. Concepto y distinciones

La complicidad es un actuar doloso por medio del cual se presta al autor o autores ayuda para la comisión del delito. De esta definición se deduce:

1. El cómplice para ser punible debe realizar una acción típicamente antijurídica y culpable.

2. La complicidad es un actuar doloso en un hecho delictivo doloso. No existirá, por consiguiente, complicidad culposa.

3. La conducta del cómplice debe representar un aporte o contribución causal al hecho delictivo que realiza el autor.

www.penjurnarino.com

Hemos visto con anterioridad que dentro de la categoría de cómplices, es posible diferenciar, según el grado y la eficacia del aporte individual al hecho delictivo, los cómplices primarios y secundarios, y los cómplices necesarios y no necesarios.

Algunas legislaciones penales consideran autor al cómplice primario y al cómplice necesario, otras, con mayor rigor técnico, sólo hacen la equiparación en **cuanto a la pena.**

Nuestro Código no hace expresa referencia a cómplices primarios y cómplices secundarios. Utilizando la terminología italiana, no obstante, distingue la **cooperación inmediata** del simple **auxilio.**

B. Cooperadores inmediatos (cómplices primarios).

Hemos dejado expuesto, siguiendo a MANZINI que cooperadores inmediatos son aquellos que sin realizar directamente los actos productivos característicos del evento punible, concurren no obstante, con los ejecutores (autores) en la actuación de la empresa delictuosa.

Independientemente de la diversidad de tareas que los autores y cooperadores inmediatos se han distribuido, expresa el citado autor, todos realizan dolosamente y eficazmente la acción que a cada uno le corresponde en **el momento de la ejecución *del delito:*** "tanto vale que se ayude a poner las cosas en el saco como que se le proporcione mayor seguridad, guardándole las espaldas y salvándolo de una sorpresa, al compañero que está poniendo en el saco las cosas por interés común"[48].

Esta forma de complicidad requiere, por tanto, un **concurso material y efectivo en la ejecución misma del delito.**

A la complicidad primaria se refiere el artículo 63 del Código, al disponer: "cuando varios individuos cooperan de modo directo y principal en la violación de la ley penal, cada uno de los cooperadores inmediatos de la violación incurrirá en la pena que para el caso esté señalada".

www.derechopenal.com

48 MANZINI, III, pág.. 261-282.

No obstante, la equiparación de pena que hace el legislador, es esencial distinguir los autores en sentido estricto de los cooperadores inmediatos o cómplices primarios, particularmente por lo que se refiere a la exigencia de las condiciones de autor en los delitos propios o especiales, las que no es preciso requerir en el cómplice.

Desde el punto de vista subjetivo, existe sin duda una diferencia entre el ánimo del autor, consistente en ejecutar el hecho y el ánimo del cómplice, aunque sea primario, pues éste tiene el ánimo de ayudar a que **otro** ejecute.

C. Auxiliadores (cómplices secundarios).

Auxiliadores o cómplices secundarios son aquellos que participan materialmente en el delito, prestando una simple ayuda, pero sin un efectivo concurso en la ejecución del delito mismo[49].

En nuestra legislación la complicidad secundaria puede presentar las siguientes formas:

1. Dando a otro instrucciones para cometer el delito o medios de llevarlos a cabo (literal b), art. 64.

Esta cooperación al delito se manifiesta en todos los casos mediante **servicios personales,** los cuales, en su contenido general y en su relación con la empresa criminosa, no se identifican con la actividad inmediatamente productora del delito, aun cuando constituyan también ellos con causas del evento punible.

No cabe duda, que tales servicios deben ser prestados antes de la ejecución del delito, porque si fueran concomitantes a la misma, constituirían necesariamente cooperación inmediata.

2. Facilitando la ejecución del delito por medio de auxilio o protección que preste a quien lo ejecute, antes de la ejecución o durante ella (literal c), art. 64).

La asistencia o ayuda durante el hecho se refiere a todas aquellas prestaciones no indispensables, que facilitan la ejecución del delito, las

www.derechopanama.com

49 MANZINI, III, págs. 253-254.

cuales no se refieren directamente a las operaciones ejecutivas del mismo delito, porque si fuese así, se tendría cooperación inmediata[50].

La pena establecida para los cómplices secundarios es la correspondiente al delito reducida a la mitad.

También es aplicable a todas las formas de complicidad la previsión contenida en el párrafo final art. 64, relativa al aporte necesario, o sea, para aquellos casos en que se compruebe que el delito no se hubiera cometido sin la cooperación que brinda el partícipe.

VII. LA COMUNICABILIDAD DE LAS CIRCUNSTNACIAS AGRAVANTES

El principio de la comunidabilidad de las circunstancias y calidades personales agravantes es lógica consecuencia de la unidad del delito y de la accesoriedad de la participación criminal.

Sobre este punto, el artículo 65 del Código dispone: "las condiciones o calidades, permanentes o accidentales, inherentes a las personas, que motivan una agravación de pena respecto de uno de los que participan en cualquier forma en la violación de la ley, se tendrán también en cuenta para agravar la responsabilidad y la pena de los inculpados que conocían las condiciones o calidades en el momento en que prestaron su concurso; pero se disminuirá en una sexta parte la pena que por la agravación debe corresponder a estos últimos".

Igualmente se tendrá en cuenta las circunstancias materiales que agravan el hecho punible, aunque modifiquen la denominación del delito, para agravar la pena de quienes conociendo esas circunstancias prestaron su concurso para el delito".

Tal como la disposición ha sido redactada para que opere el principio de la comunicabilidad de las circunstancias y calidades personales agravantes, se **exige el conocimiento previo** de al **existencia.**

www.penjurcanzina.com

50 MANZINI, III, pág. 255.

Dada la contribución concausal en la proyección jurídica del delito, surge la comunicabilidad de la titularidad del mismo, con sus consecuencias, de acuerdo con **el mantemiento particular** que cada partícipe haya prestado en relación con el fin criminoso.

Resulta evidente que las circunstancias a que alude el precepto se comunican, recíprocamente, entre todos los que participan en el delito, *'la* sea como autores, instigadores, cómplices secundarios, sin otra limitación que su conocimiento en el momento en que prestaron su concurso. El texto de la ley no permite excepciones: "respecto de uno de los que participan en cualquier forma en la violación de la ley", dice el Código.

www.penjurpanama.com

CAPITULO XV

UNIDAD Y PLURALIDAD DE DELITOS

I. INTRODUCCION
- *A. Planteamiento del problema*
- *B. Principios básicos*
- C. *Sistemas para determinar la penalidad*

II. EL CONCURSO IDEAL O FORMAL
- *A. Concepto*
- *B. Naturaleza jurídica: distintas teorías*
- C. *Diferenciación de otros institutos jurídico-penales.*
- D. *El concurso ideal en el Código Penal panameño*

III. EL DELITO CONTINUADO
- *A. Noción y origen histórico*
- *B. Diferencias con otras formas delictuosas*
- C. *Las distintas teorías*
- D. *Sistemas legislativos*
- *E. El delito continuado en el Código Penal panameño*

IV. EL CONCURSO REAL O MATERIAL
- *A. Concepto y contenido*
- *B. El concurso real en el Código Penal panameño*

www.derechopanama.com

I. INTRODUCCIÓN

A. Planteamiento y extensión del problema

Al examinar la participación criminal nos ocupamos de los distintos problemas que plantea la concurrencia de varios sujetos activos a la realización de un hecho punible. Tal situación jurídica, sin embargo, puede invertirse. Puede suceder que un solo sujeto activo cometa varios delitos, siendo necesario averiguar cuál es el régimen penal a que debe ser sometido el que incurre en varias violaciones de la ley penal.

Para solucionar este problema surge fa teoría de la unidad y pluralidad de delitos, cuyo objeto es determinar cuándo ciertos hechos han de ser calificados como integrantes de un sólo delito y cuándo de varios[1].

Hemos preferido utilizar la denominación "unidad y pluralidad de delitos" en vez de la de "concurso de delitos", de uso frecuente en la doctrina italiana, porque el tema no solamente abarca las reglas legales relativas a una pluralidad de delitos que son obra de un mismo sujeto activo, sino que también se extiende al esclarecimiento de cuándo hay unidad o pluralidad de delitos, ya los principios que rigen ciertos hechos que no obstante su multiplicidad dan origen a una sola incriminación penal o que no obstante su unidad traen consigo múltiples incriminaciones[2].

Al analizar las diversas situaciones que pueden presentarse cuando haya concurrencia de delitos en una sola persona, MAGGIORE, señala que las relaciones entre la acción y la lesión jurídica, dan lugar a las cuatro hipótesis siguientes:

- una acción que ocasiona una sola lesión jurídica;
- una acción que ocasiona varias lesiones jurídicas;

www.derechopanama.com

1 SOLER, II, pág. 291

2 En este sentido: NOVOA MONREAL, II, pág. 249.

- varias acciones que ocasionan una sola lesión jurídica; y
- varias acciones que ocasionan varias lesiones jurídicas[3].

Descartando la primera hipótesis, que configura el caso típico del delito instantáneo, ya que no presenta problemas específicos, y está propiamente fuera del tema, las otras tres constituyen, en el orden expuesto, el **concurso ideal, el delito continuado** y el **concurso real,** que son los temas que abordaremos en este capítulo.

El Código penal panameño regula el tema en el Título VII del Libro Primero, denominado "De la concurrencia de hechos punibles ejecutados por un mismo individuo", que comprende los artículos 66 a 74.

B. Principios básicos

El objeto de la teoría de la unidad y pluralidad de delitos consiste en determinar cuándo estamos en presencia de varios delitos y cuando no, a fin de dar cumplimiento al principio rector que constituye la base de todo el sistema represivo en el Derecho Penal moderno: **debe aplicarse una pena a quienes hayan realizado - una conducta prevista de antemano por la ley penal, y solamente** a ellos[4]. Ello, permite establecer tres premisas fundamentales:

1. No hay pena sin delito;
2. Todo delito debe ser penado; y
3. Un delito debe ser penado una vez, varios delitos varias veces.

En consecuencia, resulta errado afirmar como fundamento de esta teoría el principio **non bis in idem** (nadie debe ser sancionado más de una vez por un solo delito), porque como señala FONTAN BALESTRA, "lo que aquí se trata de evitar no es que se castigue a alguien dos veces por el delito que cometió, sino que se le condene por dos delitos cuando

www.derechopanama.com

3 MAGGIORE, II, pág. 154.

4 FONTAN BALESTRA, III, Pág. 26

sólo ha cometido uno; que se pluralidad delictiva lo que es solamente unidad delictiva"[5].

C. Sistemas para determinar la penalidad

Para resolver el problema de la penalidad que nos ocupa, la doctrina moderna ha ideado tres sistemas: **la absorción, la acumulación material o matemática y la acumulación jurídica.**

1. Absorción: Consiste en aplicar solamente la pena mayor, que absorbe a las demás, pudiendo estas últimas ser tomadas en cuenta para agravar la pena, pero **siempre dentro de la escala penal** dispuesta para la única disposición que se aplica.

Este sistema se utiliza para el concurso ideal, ya que dejaría en la impunidad los delitos menos graves cuando se trata de varios delitos.

2. Acumulación material o matemática. Mediante este sistema se somete al culpable a tantas penas cuantas sean las infracciones cometidas realizándose una suma aritmética entre las diversas sanciones.

Los resultados serían los mismos a que se llegaría si la ley no contuviera disposición alguna referida al concurso real o material de delitos.

3. Acumulación jurídica. Conforme a este sistema las penas de varios delitos deben ser mayores que la de uno solo y ser aumentadas en relación al número y entidad de los diversos delitos cometidos, pero sin llegar a la suma aritmética de ellas. Es decir, se **suman las penas,** pero fijando un límite máximo prudencial, del cual no puede exceder el juzgador.

Mediante este sistema se evitan la injusticia y los reparos de una acumulación matemática y se salvan las objeciones que merece el de la absorción.

www.penalparaninos.com

5 FONTAN BALESTRA, III, pág. 27.

Se adoptan diversas modalidades con la finalidad de establecer los límites de la pena. Generalmente se toma la pena correspondiente al delito más grave y se le aumenta prudencialmente, según el número e importancia de los demás.

II. EL CONCURSO IDEAL O FORMAL

A. Concepto

El concurso ideal, también denominado formal, se presenta cuando "un hecho concreta dos o más figuras penales que no se excluyen entre si"[6].

El fundamento jurídico sustancial del concurso ideal debe hallarse en la doble lesión de bienes jurídicos protegidos penalmente que cumple el sujeto mediante un solo hecho, sin que exista el tipo capaz de cubrir penalmente ambas lesiones.

Se señala como ejemplo clásico de este tipo de concurso, el del padre que se une carnalmente con su hija casada de manera tal que derive escándalo público. Existen en este caso contemporánea mente un delito de incesto (art. 287) y un delito de adulterio (art. 301).

B. Naturaleza jurídica: Distintas teorías

1. Teoría de la unidad de acción.

Los sostenedores de esta teoría que ha sido denominada clásica, estiman que el concurso ideal se da cuando una sola acción viola diferentes normas jurídicas[7].

Modernamente se le objeta a esta posición doctrinal que la unidad de acción no da base para diferenciar el concurso ideal del concurso real, porque hay casos de unidad de acción que no por ello importan unidad de delito y en cambio, existen casos en los que la acción no es naturalmente unitaria y, sin embargo, no dan lugar a la figura del concurso real.

www.DerechoPanama.com

6 FONTAN BALESTRA, III, pág. 31.

7 ANTOLISEI, Manual. pág. 373.

2. Teoría de la unidad de culpabilidad y de lesión jurídica.

De acuerdo con esta doctrina lo que caracteriza el concurso ideal no es la unidad de acción, sino la existencia de dos elementos estructurales: a) unidad de determinación (culpabilidad) y b) unidad de efecto real criminoso, es decir, una sola modificación del mundo externo como consecuencia de una sola causalidad[8].

3. Teoría de la unidad de hecho.

Las diversas dificultades prácticas que presentaba la fundamentación del concurso ideal sobre la base de la unidad de acción, determinó la adopción de la concepción de la unidad de hecho.

La adopción de la expresión "hecho" en vez de "acción" no constituye una simple sustitución formal, ya que con el término hecho se impide que se consideren como un solo delito varias intenciones delictivas ejecutadas mediante una sola acción, y viceversa; tampoco la pluralidad de encuadramientos puede tener aptitud, para multiplicar los delitos.

"El hecho -anota FONTAN BALESTRA- debe ser único objetiva y subjetivamente. En el primer aspecto, es indudable, sin embargo, que el hecho puede ser el resultado de una o varias acciones y que las acciones pueden estar compuestas por uno o varios actos. Si estos diversos actos están todos determinados por un fin único, el hecho es jurídicamente único, aun cuando el resultado material sea múltiple. Si el fin delictivo es único, a pesar de la complejidad o multiplicidad material del hecho, el delito es uno desde el punto de vista jurídico. La unidad del hecho que caracteriza el concurso ideal, del cual se deriva una pluralidad de lesiones jurídicas, debe entenderse no solo desde el punto de vista físico, sino también, y sobre todo, desde el punto de vista de la intención y del fin que persigue el agente"[9].

www.cenunamano.com

8 FONTAN BALESTRA. III, pág. 40.

9 FONTAN BALESTRA, III, pág.43.

C. Diferenciación de otros institutos jurídico-penales

Debemos distinguir el concurso ideal de:

1. El llamado concurso de leyes.

Lo esencial en el concurso ideal es que *los* tipos penales no se excluyen entre sí: en tanto que en el concurso de leyes, se reemplazan, ceden el uno ante el otro u otros.

Esto trae como consecuencia que, mientras en el concurso ideal se aplica, según el sistema que la ley adopte, la pena mayor, en el concurso de leyes se aplica la correspondiente al tipo con mayor número de requisitos, la ley especial, o el remanente cuando la configuración, del hecho más grave quede descartada.

En el concurso de leyes, por tanto, lo que priva es la prevalencia de una figura respecto a otra u otras, sin tomar para nada en cuenta la mayor o menor severidad de las penas, mientras que en el concurso ideal lo que se debe decidir es, precisamente, cuál es la pena aplicable, lo que resultará del sistema que la ley adopte.

2. El concurso material

Supone varios hechos independientes, constitutivos cada uno de ellos de un delito; no se trata de un hecho con adecuación múltiple, como en el concurso ideal, sino de varios hechos, cada uno con su antijuricidad, su culpabilidad y su adecuación típica[10].

3. El delito continuado

Supone, también, una pluralidad de hechos, todos y cada uno de ellos con la totalidad de las características del delito, pero independientes entre sí, sea por el elemento subjetivo, sea por circunstancias objetivas, según cuál sea el criterio que se adopte.

www.derechopenalpanama.com

10 FONTAN BALESTRA, III, pág. 34.

D. El concurso ideal en el Código Penal panameño

El Código regula el concurso ideal en el artículo 73, que a la letra dispone:

"**Artículo 73**. El que, con un solo acto viole varias disposiciones de la ley penal, será castigado con la pena más grave de las señaladas por esas varias disposiciones".

La simple lectura del precepto transcrito permite las siguientes reflexiones:

1. Nuestra legislación penal sigue la doctrina clásica toda vez que hace referencia a "un solo acto" y no usa la expresión "hecho".

2. Para que se configure el concurso ideal será preciso que la acción (única) viole varias disposiciones de la ley penal. La norma alude a "varias" y no "diversas", por lo que cabría advertir que las distintas violaciones no deben configurar necesariamente delitos ontológicamente distintos.

3. Será necesario, además, que las diversas disposiciones violadas con una sola acción, no estén en relación de género y especie; pues si así fuera, estaríamos, no ya en la hipótesis del concurso ideal, sino en la de concurso de leyes, para la cual es válida la regla genus per speciem derogatur (el género es derogado por su especie).

4. Existirán "varias disposiciones de la ley penal", siempre que la norma violada no sea "una misma".

5. No importa que las varias disposiciones violadas se encuentren todas en el Código Penal, o parte en éste y parte en leyes especiales, o todas en leyes especiales. No importa el lugar en que estén, sino su calidad.

6. En lo que respecta a la penalidad del concurso ideal, el Código adopta el sistema de la absorción, al disponer que será castigado "con la pena más grave de las señaladas por esas varias disposiciones".

www.derechopanama.com

III. EL DELITO CONTINUADO

A. Noción y origen histórico

La expresión "delito continuado" implica una pluralidad de acciones (o de omisiones) y de violaciones, que constituyen por sí mismas otros tantos delitos distintos y perfectos, unificados por la ley en vista de la identidad del designio criminoso.

Pongamos por ejemplo el caso del individuo que determinado a hurtarle a su empleador, se provee de llaves falsas, y varias veces, en distintos días, abre el escritorio y sustrae diversas sumas. No cabe duda que cada sustracción constituye aquí un delito de hurto; pero en vez de imputarle al sujeto dos, tres o cuatro hurtos de sumas parciales, se le imputa el delito de hurto continuado de la suma total.

La teoría del delito continuado -expresa SOLER- ha sido formulada por primera vez por FARINACIO, y su razón de ser proviene del propósito de recusar aplicación de penas extraordinariamente severas, en particular la de muerte, a ciertos casos de repetición del mismo hecho. En particular ocurría ello en delitos de hurto, con respecto al cual se prescribía la pena de ahorcamiento para el tercer hecho.

Según la construcción de algunos jurisconsultos, para que se pudiera aplicar la sanción extrema era indispensable que los tres hechos se hubieran ejecutado en tiempos distintos[11].

No cabe duda, sin embargo, que tanto la doctrina como la práctica han aceptado, aun en los casos en que no existe una previsión específica en la ley, la posibilidad y la justicia de reunir en una unidad jurídica varias acciones, cada una de ellas con todas las características del hecho punible, en virtud de la continuidad o conexión continuada.

En opinión de FONTAN BALESTRA el delito continuado "se caracteriza por una pluralidad de hechos típicamente antijurídicos y

11 SOLER, II, pág. 307

culpables, dependientes entre sí, y constitutivos en conjunto de una unidad delictiva"[12].

B. Diferencias con otras formas delictuosas

1. Con el concurso ideal.

Dejamos expuesto al definir el concurso ideal que consiste en un hecho que concreta dos o más figuras penales, por lo que resulta evidente que lo plural la adecuación típica y no el hecho. La pluralidad de hechos, en cambio, es el punto de partida que resuelve el problema de la continuidad como unidad delictiva.

2. Con el concurso real.

La diferencia entre el concurso real y el delito continuado resulta de la dependencia de los hechos entre sí. Ya que cada uno de los hechos constitutivos del delito continuado es en sí mismo una acción típicamente antijurídica y culpable, únicamente la dependencia puede dar a ese conjunto de hechos la naturaleza jurídica de delito único.

3. Con el delito permanente.

De acuerdo con el período de duración de la acción consumativa podemos distinguir los delitos instantáneos de los permanentes o continuos.

Delitos instantáneos son aquellos que se consuman en un momento que no J puede prolongarse en el tiempo.

Delitos permanentes o continuos son los que permiten que el acto consumativo se prolongue en el tiempo. En estos casos el verbo rector que describe el delito, ha de permitir que la consumación sea continua e invariablemente típica, antijurídica y culpable, durante un tiempo que puede prolongarse.

www.derjurpanama.com

[12] FONTAN BALESTRA, III, pág. 55.

No debe confundirse, por tanto, el delito permanente o continuo con el delito continuado. La diferencia entre ambas figuras resulta de que el delito continuado se configura con una pluralidad de hechos cada uno de ellos con todas las características de un delito. Podríamos agregar con FONTAN BALESTRA, que en el delito permanente la ley es violada de una sola vez, en tanto que en el continuado, de hecho, se concreta un tipo penal tantas veces como hechos comprende en el caso de continuidad[13].

C. Las distintas teorías

1. La doctrina subjetiva clásica.

De acuerdo con esta doctrina no hay pluralidad de delitos y, en consecuencia, sólo una pena debe ser aplicada, cuando en el caso ocurra que mediante una pluralidad de acciones homogéneas se ejecute una misma y única resolución[14].

Son requisitos del delito continuado, por tanto; una pluralidad de acciones u omisiones homogéneas, unidad de lesión jurídica y unidad de resolución o designio

a) Pluralidad de acciones.

Para la existencia del delito continuado debe considerarse necesaria una pluralidad de acciones u omisiones, es decir, de actuaciones cada una de ellas por si misma completa y constitutiva, fin caso común de un delito perfecto y autónomo.

La doctrina que examinamos distingue claramente entre acción y acto, por constituir este un fragmento de la primera. Y manifiesta que no existe continuación, sino un delito simple, en el caso de que se infieran diversos golpes con lo, un arma blanca, sucesivamente, a la misma persona y con una única intención de herir, por el mismo motivo, si se toman de un árbol varios frutos no existe pluralidad de delitos de hurto[15].

www.derjurparaguay.com

13 FONTAN BALESTRA, III, pág. 61.

14 SOLER, II, pág. 308.

15 ANTOLISEI, Manual, pág. 377

De otra parte, las distintas acciones deben presentar entre sí una semejanza sustancial en su aspecto externo. Por ello, SOLER afirma que "en realidad, la continuación no está constituida por la pluralidad de acciones, sino por la homogeneidad presentada por las diversas acciones de la serie"[16].

b) Unidad de lesión jurídica. Mientras que unos autores consideran que para que se configure el delito continuado es suficiente que se trate de un mismo bien jurídico tutelado, otros requieren que se trate de una misma disposición penal.

En general prevalece la idea de admitir continuación entre figuras que pertenezcan a un mismo grupo y que importan una misma manera de violar la ley.

c) Unidad de resolución. Este tercer elemento de carácter psicológico es el que ha valido a la doctrina clásica la denominación de subjetiva. Con el se quiere significar que las diversas acciones u omisiones deben estar unificadas por un mismo pensamiento, dirigido a alcanzar un fin con medios determinados. No será necesario, sin embargo, que se prevean todas las particularidades de las sucesivas acciones. Así, por ejemplo, en el hurto continuado no se requiere que se determine hasta el último centavo de la cantidad que se pretende hurtar, y mucho menos que se determine cuánto se debe sustraer cada vez.

Por el contrario, no debe admitirse la unidad de resolución delictiva cuando entre una acción y otra hayan intervenido circunstancias que indujesen al sujeto a modificar esencialmente el proyecto originario en relación a los medios de ejecución ya las condiciones objetivas y subjetivas de actuación.

En lo que respecta al problema de la unidad o pluralidad de sujetos pasivos o de víctimas del delito, señala SOLER que, mientras algunos autores niegan continuación cuando los hechos son ejecutados en sucesivo daño de distintos sujetos, otros piensan que, en general, ello no

16 SOLER. II, pág. 310.

www.derechopanama.com

es decisivo, y que solamente debe tenerse por regla general en aquellos delitos que directamente ofenden la persona o que, según la expresión de VON LISZT, cuando se trata de bienes que sólo pueden ser lesionados en la persona de su titular en cuyo caso hay tantos delitos como titulares[17].

2. La doctrina objetiva.

Esta doctrina se origina en FEUERBACH y es sustentada por la mayoría de los autores modernos. Se caracteriza por prescindir de la unidad de resolución delictiva para determinar la continuidad, dándole significación únicamente a circunstancias objetivas[18].

Para los seguidores de esta posición doctrinal la existencia del delito continuado debe requerir unidad del tipo básico, unidad del bien jurídico lesionado, homogeneidad de la ejecución y la conexión temporal adecuada. En los ataques personales, debe exigirse, además, identidad de la persona ofendida por el delito.

3. La doctrina subjetiva-objetiva.

Para caracterizar el delito continuado, de acuerdo con esta doctrina, es menester tomar en cuenta tanto los elementos o circunstancias objetivas como la unidad de resolución delictiva.

De acuerdo con sus seguidores el delito continuado se encuentra estructurado por los siguientes elementos: unidad de dolo o de designio criminoso, pluralidad de acciones e identidad o unidad de lesión jurídica o bien jurídico violado[19].

D. Sistemas legislativos

La forma como las distintas legislaciones regulan el delito continuado, permite establecer dos grandes grupos: 1. Las que hacen referencia expresa al delito continuado, estableciendo sus requisitos; 2.

17 IBIDEM, pág. 309.

18 FONTAN BALESTRA, III. pág. 73.

19 FONTAN BALESTRA, III, pág. 74.

www.derechopanama.com

Las que guardan silencio sobre este aspecto, librando su elaboración y delimitación a la doctrina y a la jurisprudencia.

Por otra parte, en cuanto a los criterios utilizados para la penalidad de este instituto, pueden distinguirse tres sistemas:

1. Las legislaciones que ateniéndose estrictamente a la realidad de un delito único, así lo declaran con validez también para la pena que corresponde aplicar.

2. Las legislaciones que aplican la pena de un delito o la del delito más grave, en su caso, considerando la continuación como agravante.

3. Las que equiparan la continuidad al concurso real y acumulan las penas.

E. El delito continuado en el Código penal panameño

El Código Penal panameño define el delito continuado en los siguientes términos: "Se considera como un solo delito la infracción repetida de una misma disposición penal, cuando revele ser ejecución de un mismo designio; pero la pena se aumentará en ese caso, desde la sexta parte hasta la mitad" (art. 74).

Resulta evidente, por tanto, que en la regulación de este instituto, nuestra legislación, inspirada en el Código italiano de 1889, sigue los lineamientos de la doctrina clásica. Las diversas violaciones de la ley penal se consideran como **un sólo delito,** y se aplica la pena correspondiente a este aumentada en una proporción que va desde la sexta parte hasta la mitad. Se considera, pues, la continuación como una agravante.

La norma preceptúa "se considera como un solo delito" para reforzar el concepto de que se trata de una unidad **quedida por la ley,** y no de una **unidad real**[20].

Al examinar el artículo 74, antes transcrito, podemos señalar como requisitos constitutivos del delito continuado, en nuestra dogmática:

[20] MAGGIORE, II, pág. 173.

1. **Pluralidad de acciones.** La ley habla de "infracción repetida" y de esta manera se evitan los problemas de nomenclatura que han surgido por razón de la utilización de los términos "acto", "acción" y "hecho". Cada infracción debe representar una perfecta violación de la ley y contener en si todos los elementos; constitutivos del delito.

2. Unidad de lesión jurídica. A este elemento alude la norma con la expresión de un a misma disposición penal". La opinión predominante enseña que la identidad debía excluirse únicamente si varían los elementos constitutivos del delito, es decir, al haber diversidad de contenido específico entre los delitos cometidos.

3. Unidad de resolución delictiva. Para describir el elemento subjetivo de la continuidad el Código usa la fórmula "cuando revele ser ejecución de un mismo designio". De lo que se deduce que, si entre una infracción y otra ha tenido el agente otro pensamiento o propósito, deliberando realizar otros fines con medios diferentes, ya no se puede hablar de identidad de designio criminoso.

IV. CONCURSO REAL O MATERIAL

A. Concepto y contenido

Existe concurso real cuando varios hechos independientes -varios delitos- son cometidos por una misma persona, sin que medien entre ellos sentencias definitivas, ni haya transcurrido el término para la prescripción de la acción penal"[21].

En realidad el concurso real o material es el único caso que efectivamente puede llamarse de concurso de delitos. En este tipo de concurso no existe nada de común entre los diversos delitos, no existe otro nexo que la identidad del agente, y este nexo no tiene ningún valor

21 FONTAN BALESTRA, III, pág. 93.

www.penjurnarana.com

jurídico. Los diversos delitos deben ser considerados y reprimidos como delitos independientes, según el régimen penal que se adopte.

Este es el caso, por ejemplo, de quien después de un homicidio causa un incendio.

El concepto que hemos proporcionado permite distinguir el concurso real de otras formas delictivas como:

1. El concurso ideal, que está constituido por un solo hecho con pluralidad de encuadramientos.

2. El delito continuado, uno de cuyos elementos esenciales es también la pluralidad de hechos, pero que son dependientes entre si, y por ello, configuran, en conjunto, un solo delito.

3. La reincidencia. En el concurso real varios hechos punibles son juzgados (conjuntamente, en tanto que en la reincidencia se condena por un hecho a quien ya ha sido condenado por medio de sentencia firme por otro delito.

4. El delito conexo. Puede ocurrir que entre los diversos delitos exista un nexo, o sea, que uno de ellos sea cometido para ejecutar u ocultar otro delito, o con motivo de su ejecución u ocultación. Entonces ya no estar ramos en presencia de un concurso real por no tratarse de delitos **independientes,** sino de **delitos conexos** (art. 72 del C.P.P.).

La conexión puede ser:

a) ideológica, en el caso de que el delito se haya cometido para ejecutar otro delito (falsedad para cometer una estafa).

b) consecuencial, cuando el delito se ha cometido para ocultar otro delito (homicidio del robado, para que no se descubra el robo).

La conexión de delitos, sin embargo, no evita que aquellos sean considerados como otras tantas acciones y violaciones distintas y separadamente punibles. Esta es la opinión de la doctrina dominante y acogida por nuestro Código, que remite la determinación de la penalidad, de los delitos conexos a las reglas del concurso real. En efecto, el artículo 72 del Código, a la letra dispone:

www.derechopanama.com

"**Artículo 12.** El que para ejecutar u ocultar otro delito, con motivo de su ejecución u ocultación, cometa también otras violaciones de la ley, sufrirá las penas aplicables a todas éstas, según las disposiciones contenidas en los artículos precedentes, siempre que esas violaciones no sean consideradas por la ley como elementos constitutivos ni como circunstancias agravantes del delito principal".

Queda por señalar que la teoría del concurso real únicamente presenta interés en cuanto a la forma en que corresponde aplicar las sanciones, ya que como más adelante veremos, puede suceder que las penas que corresponden a los distintos delitos sean penas de la misma especie o de especies diferentes.

B. El concurso real en el Código Penal panameño

El Código regula el concurso real en los artículos 66, 67, 68, 69, 70 y 71 y adopta como sistema para decidir cuál es la pena aplicable: el de la **acumulación jurídica.**

En relación con la naturaleza de las penas que corresponden a los hechos punibles en concurso, pueden presentarse las siguientes situaciones:

1. Concurrencia de hechos que tienen fijadas penas privativas de la libertad de un mismo género. Sobre este aspecto el artículo 66 del Código penal dispone:

"Artículo 66. Si hubiera de juzgarse a la vez un individuo por varios hechos punibles con penas privativas de la libertad de un mismo género, se le condenará al máximun de las más graves de ellas, con un aumento igual a la mitad de las penas sumadas que le corresponderían por los demás delitos cometidos; pero sin que la pena total exceda en ningún caso del máximo que la ley señala para cada especie de pena",

www.penalpanama.com

2. Concurrencia de hechos que tienen fijadas una pena de reclusión y el otro pena de prisión. Esta hipótesis aparece contemplada en el artículo 67 del Código -penal, que es del siguiente tenor:

> "Artículo 67. Si se juzgare a un individuo por dos delitos de los cuales el uno tiene señalada pena de reclusión y el otro de prisión, se le castigará conforme a estas reglas:
>
> a) Si la reclusión aplicable no excediere de un año y no alcanzare a la tercera parte de la prisión aplicable, se impondrá al máximun de esta última, aumentándola en un tiempo igual al de la mitad del que hubiera de durar la reclusión.
>
> b) En todos los demás casos se impondrá la reclusión, aumentándola en un tiempo igual a la tercera parte de la prisión siempre que no se exceda del máximun que la ley señala para cada especie de pena.
>
> Si el concurso es de más de dos delitos, antes de aplicar las disposiciones que preceden se aplicará la regla dictada por el artículo 65 para los delitos que tienen señalada una misma especie de pena.

3. Concurrencia de hechos que tienen señaladas uno pena de reclusión o prisión y otra pena de confinamiento. Para resolver esta situación nuestra legislación penal en el artículo 68 del Código, dice lo siguiente:

> "Artículo 68. Si se juzga a un individuo por dos delitos, de los cuales uno tiene señalada pena de reclusión o prisión y otro de confinamiento, se aplicarán la reclusión o la prisión solamente, aumentando la primera, si fuere el caso en una sexta parte y si tratare de la segunda, haciendo un aumento de la tercera parte.
>
> Si fueren varios los hechos punibles con reclusión o prisión, ejecutados por un mismo individuo, y varios los punibles con confinamiento, se aplicarán las *j* reglas precedentes".

www.derjurpanama.com

4. Régimen especial para las penas interdicción temporal de las funciones públicas, y la de suspensión de la facultad de ejercer una profesión u oficio. Esta situación aparece regulada en el artículo 70 que es del siguiente tenor:

> **"Artículo 10.** Las penas de interdicción temporal de las funciones públicas, y la de suspensión de la facultad de ejercer una profesión u oficio, establecidas para cada infracción, se aplicarán íntegramente, siempre que su duración total no exceda de siete años, si tratare de interdicción, o tres si se tratare de suspensión".

5. Régimen especial para las penas pecuniarias. Nuestro ordenamiento jurídico penal al regular el concurso real por delitos que tienen señalada pena pecuniaria, en el artículo 71, expone:

"Artículo 71. Las penas pecuniarias señaladas para cada infracción, se aplicarán íntegramente, pero nunca se podrá condenar a más de mil balboas de multa, aun cuando sean varios los delitos cometidos. En caso de conversión de una pena pecuniaria en otra restrictiva de la libertad, la duración de esta última no puede exceder de dos años".

www.penjurpanama.com

SECCION CUARTA

TEORIA DE LA PENA Y MEDIDAS DE SEGURIDAD

- CAPITULO XVI: Concepto y clases de pena
- CAPITULO XVII: Aplicación de las penas
- CAPITULO XVIII: Ejecución de las penas
- CAPITULO XIX: Causas que impiden la aplicación de la pena
- CAPITULO XX: Las medidas de seguridad
- CAPITULO XXI: Responsabilidad civil derivada del delito

www.penjurpanama.com

CAPITULO XVI

CONCEPTO Y CLASES DE PENA

I. CONCEPTO DE PENA
   - *A. Diversas acepciones*
   - *B. Caracteres de la pena*
   - C. *Fundamento* y *fin de la pena*

II. CLASES DE PENA
   - *A. Criterios de clasificación*
   - *B. La pena de muerte* y *las penas corporales*
   - C. *Penas privativas de libertad*
   - *D. Penas limitativas de libertad*
   - *E. Penas pecuniarias*
   - *F. Penas privativas de derecho*

www.penjurparama.com

I. CONCEPTO DE PENA

A. Diversas acepciones

La palabra "pena" en su acepción corriente es sinónimo de castigo, denota dolor físico, tormento o sentimiento corporal o moral que se impone a quien ha violado un precepto.

El concepto de pena se ha vinculado a esta rama del Derecho a tal grado que ha dado origen a la denominación de Derecho punitivo o Derecho Penal, como si el contenido de esta área del Derecho se limitara a la regulación de las Penas.

Desde el punto de vista jurídico, la pena no es sino la sanción característica de la transgresión llamada delito, es la denominación que recibe a nivel fáctico, al hacerse efectiva la amenaza penal como consecuencia de la concretización del delito.

SOLER define la pena diciendo que "es un mal amenazado primero, y luego impuesto al violador de un precepto legal, como retribución, consistente en la disminución de un bien jurídico, y cuyo fin es evitar los delitos"[1].

Según ANTOLISEI, es "el sufrimiento conminado por la ley e irrogado por la autoridad judicial mediante proceso a quien viola un precepto de la ley misma[2].

Sustancialmente la pena es un mal, que desde el punto de vista jurídico consiste en la privación o disminución de un bien individual o en la privación o restricción de bienes jurídicos impuesta conforme a la ley, es decir, supone una pérdida de derechos para el delincuente. Esta pérdida puede ser de la vida (pena de muerte); de la libertad (penas privativas de libertad, como reclusión, prisión, etc.); de parte del

1 SOLER, II, pág. 346.

2 ANTOLISEI, Manual. pág. 498.

www.penumpanama.com

patrimonio (penas pecuniarias, como la multa); de algunos derechos determinados (interdicción de funciones públicas o del ejercicio de profesiones, etc.).

El concepto de pena varía según se maneje a nivel normativo o a nivel fáctico, esto es, como parte integrante de la estructura de la norma penal o como consecuencia del delito cometido.

1. Como elemento integrante de la norma penal (punibilidad).

Toda norma está constituida por un precepto (tipo) y una sanción (punibilidad) o amenaza de pana. Dentro de la semántica que te es propia al Derecho Penal, se puede afirmar que toda norma penal se compone de dos partes esenciales: tipo y punibilidad. El tipo contiene la descripción de la conducta positiva o negativa consistente en un hacer o no hacer (órdenes o prohibiciones) y la punibilidad no es más que la amenaza que hace el Estado a quien infrinja el tipo.

Como se puede apreciar, la sanción como elemento integrante de la norma está presente en el universo jurídico y por tanto, en las diferentes ramas del Derecho en cuanto éstos son conjuntos de normas con calidades y propósitos definidos. En el Derecha Penal la sanción como amenaza claramente definida de un castigo, adquiere mayor concreción, por ser esta rama del derecho un conjunto de normas que establecen las penas que deben ser aplicables a aquellas conductas contrarias al interés social y violatorias de un deber jurídico en un momento histórico determinado. La punibilidad se caracteriza por ser general (dirigida a todos) abstracta (no específica una situación, no individualiza) y permanente (se mantiene vigente hasta que no sea derogada).

Y es la propia norma jurídico-penal la que determina la sanción aplicable a quienes realizan ciertas conductas (acciones y omisiones) tipificadas por ella misma como ilícitas. Por ello, ALTMANN define la pena como "el acto coactivo, dispuesto y ejecutado por el Estado, mediante específicos organismos, dirigido contra el autor de un delito,

www.derechopenal.com

que la norma legal estima como condicionante de un apremio y de un castigo, igualmente señalado por la ley"[3]

2. Como consecuencia del delito (pena).

Como es sabido desde el punto de vista normativo, el legislador se limita a describir l*os* tipos que conforman una conducta considerada como delictiva. El delito en su aspecto fáctico, aparece en el instante en que se materializa o concretiza el tipo o precepto normativo y la sanción efectiva traducida en una pena determinada, aparece de manera específica, concreta y temporal, como consecuencia directa del delito cometido.

Algunos juristas consideran que la sanción como amenaza dentro de la norma penal recibe el nombre de punibilidad, entendida como la facultad estatal de incriminar o señalar una sanción al que infringe el precepto, mientras que la sanción específica y concreta que el juzgador debe imponer al sujeto activo o autor de un delito, la denominan pena.

B. Caracteres de la pena

MAGGIORE, después de expresar que el principio de la retribución es el que mejor refleja el contenido y la naturaleza de la pena, la define como "un mal conminado e infligido al reo, dentro de las formas legales, como retribución del mal del delito, para reintegrar el orden jurídico injuriado"[4].

*D*e esta definición, el citado autor, deduce los siguientes caracteres fundamentales de la pena:

1. Un mal, es decir, un sufrimiento, un dolor, la disminución o privación de un bien jurídico, para el reo; mal positivo, irrogación de un dolor; mal negativo, privación de un goce. En este sentido se dice que la pena debe ser aflictiva.

www.derechopenal.com

3 ALTMANN SMYTHE, Julio. "El Delito y la Sanción Penal", Criminalia. No. 10, Año XXXV, México, D.F.,1969, pág. 604.

4 MAGGIORE, II, Pág. 241

2. Un mal conminado e inflingido. Un mal solamente conminado, sin ser inflingido, no es pena. Por otro lado, la conminación debe ser eficaz. A nivel normativo, sabemos que la norma se compone de un precepto y una sanción, esta última conlleva la amenaza de una pena que en el terreno fáctico se convierte en pena propiamente tal, en un mal inflingido al culpable.

3. Un mal inflingido a título de retribución. El mal no debe ser irrogado por capricho, por crueldad o por venganza, sino como justa compensación de otro mal injusto que se ha causado. La retribución implica que la pena sea proporcionada al delito; toda deficiencia es debilidad, y es crueldad todo exceso. Las penas excesivas son tan maléficas como las penas no idóneas.

Del concepto retributivo de la pena se sigue que ésta debe ser personal y no aberrante: debe alcanzar al autor del delito, no a otros. Se deduce, además que la pena debe ser **divisible y graduable,** es decir, fraccionable, de modo que se pueda proporcionar a los diversos grados de imputación.

4. **Retribución del mal de un delito.** Es decir, que es necesario un delito que retribuir, Y por lo tanto, un nexo causal entre la pena y el delito.

5. Un mal inflingido por el ordenamiento jurídico dentro de las normas legales. Esto es, que la pena no sólo debe ser establecida por las leyes **(nulla poena sine lege praescripta:** no hay pena sino la prescribe la ley), sino que, sin ser confiada al arbitrio, deben inflingirla los órganos jurisdiccionales expresamente delegados por la ley.

6. La pena debe reintegrar el orden jurídico injuriado. Este efecto debe ser, alcanzado, no sólo con la acción de la pena sobre la conciencia del reo, sino, en el mundo exterior, con la ejemplaridad y la publicadidad del castigo; de modo que ante la conciencia colectiva aparezca reintegrado el ordenamiento jurídico injuriado.

www.penjurperuano.com

Seguidamente reproduciremos los caracteres generales que, a juicio de FINGER, debe reunir la pena para que se conforme a su naturaleza, fundamento y fines propios, y que son:

Humanidad, en el sentido de que deben excluirse las sanciones que hieren los sentimientos normales de respeto a la persona humana.

Moralidad, por cuanto debe tender a la elevación del nivel ético del condenado. '

Personalidad, pues debe tener su efecto única y exclusivamente sobre el responsable del delito.

Igualdad, ya que debe significar lo mismo para todos los que la sufren.

Divisibilidad, puesto que debe tener la flexibilidad necesaria en su medida, para poder ser adecuada a las particularidades que presenta cada hecho y cada delincuente.

Economía, en cuanto exija el menor gasto posible al Estado.

Revocabilidad, porque siendo impuesta por decisión de hombres falibles pudiera mediar en su aplicación un error que fuera necesario subsanar"[5].

C. Fundamento y fin de la pena

Problema de carácter filosófico más que jurídico lo ha constituido la determinación de la naturaleza, fundamento y fin de la pena. Sin embargo, es innegable que la pena tiene su razón de ser en el necesidad social de que el Estado garantice la protección de los bienes e intereses de los asociados y ofrezca la seguridad de que cada lesión o puesta en peligro de un objeto jurídico tutelado no quede impune.

Toda ruptura del orden jurídico, todo quebrantamiento de la ley que genera delitos produce una perturbación del orden social que exige de parte del Estado un remedio, una compensación o una manifestación de autoridad que devuelva la confianza en el conglomerado social y la

5 FINGER, citado por SOLER, II, pág. 353.

www.derjurisprudencia.com

certeza en los individuos de que la ley no puede ser violada impunemente. No se trata de un resarcimiento del daño causado, ni de una retribución en sentido estricto, ya que el mal que causa el delito difícilmente se logra reparar.

1. Teorías

Hondas discrepancias se han producido entre quienes han pretendido explicar la naturaleza, fundamento y fin de la pena. Las opiniones emitidas sobre el particular son innumerables, lo que ha hecho casi imposible un examen pormenorizado de cada una de ellas. A fin de facilitar el estudio de tales conceptos, los autores, tradicionalmente agruparon las más relevantes para el pensamiento jurídico-penal clasificándolas en teorías absolutas, relativas y mixtas.

a) Teorías absolutas: De acuerdo con estas teorías las penas constituyen un y fin en si mismas y una vez que son aplicadas satisfacen su finalidad. Para estas teorías la pena es un mal, con un valor en si[6].

Entre las teorías absolutas se cita la teoría de la retribución divina que considera que el delito quebranta un orden impuesto por Dios y frente a él la pena es una necesidad que satisface la ofensa que se hace a la divinidad; la teoría de la retribución moral -brillantemente sustentada por KANT- ve en la medida de la pena la negación del delito y la reintegración del orden moral y la teoría de la retribución jurídica, que sustenta HEGEL- y que considera que la pena es "una especie de retorsión de la propia negación del derecho que el delincuente procuró y que es de necesidad absoluta.

b) Teorías relativas. Para estas teorías las penas constituyen un medio para lograr otros fines (punitur ne peccetur) como serían la prevención de los delitos o para defender la sociedad de los delincuentes.

Entre estas teorías puede mencionarse a la teoría de la prevención de FEUERBACH que ve en la pena una coacción psíquica que utiliza el

6 NOVOA MONREAL, II, pág. 302.

www.derechopanama.com

Estado para evitar las violaciones del derecho, cumpliendo así una prevención general.

c) Teorías mixtas. Estas teorías se fundamentan en dos criterios: el de la necesidad y la utilidad de la pena, ven en ella un medio y un fin en si misma.

Se considera que las teorías mixtas, por su carácter conciliatorio, han tenido mayor acogida. Entre los defensores de esta posición cabe mencionar a BINDING, VON LISZT, MERKEL y KOSTLIN.

MERKEL, por ejemplo, crítica las teorías absolutas porque no toman en cuenta los efectos y consecuencias del delito y a las teorías relativas porque desconocen la etiología de la pena. Por ello, sostiene que la pena es la consecuencia jurídica necesaria del delito, necesidad que tiene un sentido social e histórico al afianzarse en las valoraciones que son propias de una cultura en un momento histórico determinado. De esta manera, la pena se aparta de su condición abstracta para considerar los efectos del delito como fenómeno social que se da dentro de la realidad.

2. La pena en la escuela clásica.

Al examinar los postulados de las distintas escuelas penales que aparecen durante el período científico del Derecho Penal, señalamos que las mismas constituían cuerpos orgánicos de concepciones jurídicas destinadas a explicar la naturaleza, fundamento y fin del delito, y de la pena. Si bien dentro de la escuela clásica aparecen una pluralidad de autores que difieren en cuanto al enfoque conceptual de retribución que identifica la pena, en términos generales puede afirmarse que el fin de la pena en la escuela clásica es la tutela jurídica mediante la retribución o equiparación cuantitativa y cualitativa de la misma al delito cometido.

Para la escuela clásica la pena "es la retribución del Estado hacia el delincuente por el mal que éste ha causado a la sociedad. La pena tiene

www.derechopenal.com

que ser absolutamente determinada y debe existir una proporcionalidad cualitativo y cuantitativa entre ella y el mal causado"[7].

Los clásicos consideraban que la pena debía ser igual para todos, constituir un sufrimiento y generar en los ciudadanos la persuasión de que el sujeto sentenciado había atendido un dolor o aflicción con la pena impuesta. La escuela clásica al ocuparse de la pena exigió una serie de requisitos referentes a la legitimidad y a la idoneidad de la misma, la pena debía ser absolutamente determinada y al tratar de evitar el arbitrio judicial en su aplicación cayó en el algebrismo jurídico, que ya hemos comentado anteriormente.

El gran aporte que hace la escuela clásica en este aspecto, consiste en haber señalado una medida respecto a la pena, en cuanto fija su determinación absoluta y su proporcionalidad cuantitativa y cualitativa. Algunos autores, no obstante, han deducido de ello un vestigio talionario de la venganza pública en su evolución histórica y el carácter represivo que han mantenido las legislaciones de corte clásico.

www.derechopenal.com

3. La pena para la escuela positiva.

Los lineamientos de la escuela positiva con relación a la pena nos indican que el fin de la misma era la defensa social. Opositores casi radicales de la escuela clásica, sostenían que la pena no era retribución sino un medio de prevención del delito, tampoco veían en ella un mal o aflicción, sino un medio de lograr la readaptación social del delincuente, del inadaptado social.

Recordemos que para esta escuela, la pena debía adaptarse a la personalidad del delincuente y al incluir el concepto de peligrosidad, estimaban que la segregación de los inadaptados sociales que denotaban peligrosidad debía ser indeterminada para que permitiera un proceso de readaptación de tal suerte que tales sujetos sólo podían ser

7 VIERA, Hugo N., Penas y Medidas de Seguridad. Universidad de los Andes, Mérida, Venezuela, 1972, pág. 31.

devueltos a la sociedad cuando demostraran estar aptos para vivir en ella.

4. La pena en las escuelas eclécticas

Entre las escuetas eclécticas que abogaban por el rescate de la autonomía del Derecho Penal y la conciliación de las dos tendencias en pugna: clásica y positiva, la "Terza Scuola", representada, entre otros por ALIMENA y CARNEVALE considera al igual que la escuela positiva, que la pena tiene como fin la defensa social, simpatizan con la teoría de FEUERBACH de la coacción psíquica y distinguen las penas de las medidas de seguridad. Sostienen que las penas solo deben aplicarse a los imputables considerados como sujetos dirigibles, o sea aquellos que pueden sentir la coacción psíquica de la pena, no así los inimputables, ni los sujetos no dirigibles de alta peligrosidad, que no son capaces de sentir la coacción de la pena, a estos se les reserva la aplicación de las medidas de seguridad.

La escuela de Política Criminal por su parte, sostiene que el fin de la pena es la intimidación que cumple una función de prevención general al dirigirse al conglomerado social y una prevención especial cuando se aplica al delincuente que ha infringido el ordenamiento jurídico penal.

5. La pena en la actualidad.

Más que una pluralidad artificiosa de teorías agrupadas en absolutas, relativas y mixtas nos inclinamos por la ubicación de la finalidad de la pena tomando en cuenta tres criterios fundamentales, alrededor de los cuales gira toda la política criminal referente a la elaboración, aplicación y ejecución de las penas. Así lo recomiendan autores como ANTOLISEI y FONTAN BALESTRA, al señalar que el fundamento y fin de la pena deben analizarse según el criterio filosófico adoptado por las distintas escuelas penales basado en las ideas de: a) **retribución,** b) **intimidación,** y c) **enmienda o corrección.**

www.penumanama.com

a) La **pena como retribución:** Los retribucionistas consideran que la pena es un castigo, una aflicción, un mal de tipo corporal que el sujeto debe sentir y en esa forma retribuye el daño que ha causado con la concretización de su conducta devalorada.

ROEDER al examinar esta idea, sintetiza los resultados de la retribución así: “La pena debe equivaler (compensar) al delito, corresponder, pues, a él exactamente, hallarse con él en justa proporción: lo cual exige como condición previa una acertada concepción de la naturaleza de lo punible (el delito) de aquello que ha de compensarse[8].

Se le critica a esta idea su rigidez, su carácter objetivo despojado de toda consideración sobre la voluntad injusta, su fatalismo al considerar que la pena es una consecuencia irremisible de un suceso pasado una reacción "absolutamente requerida para la compensación o retribución de un hecho delictivo"[9].

b) El concepto de intimidación: Un número plural de teorías se fundamentaron en el criterio de la intimidación, al identificar la pena como un mal, aflicción o sufrimiento que se imponía al Individuo como escarmiento personal y amenaza a los demás. Se pensaba que de esta manera se cumplía con dos propósitos: ejemplaridad y prevención.

Recordemos que una de las características de la pena durante el período del Derecho penal público -especialmente durante el medioevo- en sus manifestaciones arbitrarias, fue precisamente la extrema crueldad que se ponía de manifiesto en la ejecución pública de las mismas, para inspirar temor. Tal criterio no encuentra mayores simpatías en la actualidad, porque el draconismo de castigar a título de amenaza o de infundir temor, destruye o debilita la impresión del castigo, al igual que la adversión al delito, al engendrar sentimientos de compasión hacia el

www.derechopanama.com

8 ROEDER, Carlos David Augusto. Las docainas fundamentales reinantes sobre el Delito y la Pena. Imp. de J. M. Pérez, Madrid, 1876, pág. 83.

9 NOVOA MONREAL, II, pág. 303.

delincuente, quien así adopta ante los ojos de la sociedad la débil posición de víctima.

"Quienes han defendido el criterio de la pena como intimidación en una concepción más moderna (FEUERBACH y ROMAGNOSI) le asignan un alcance de prevención general. GROLMAN sostiene que la pena en este sentido es también medio de seguridad en cuanto reforma la voluntad del delincuente para no reiterar la conducta delictiva y para los demás al convertirse en instrumentos de una "tentativa de intimidación".

NOVOA MOREAL explica el concepto de intimidación señalando que los sustentadores de tal criterio afirman que la pena tiene por finalidad: a) evitar la comisión de delitos intimidando al criminal, b) robusteciendo los propósitos del ciudadano respetuoso del orden jurídico y c) manteniendo a raya con el miedo al indeciso. Tal propósito se obtiene tanto mediante la conminación general de la pena a todos los ciudadanos, para el caso de que cometan posibles delitos, como mediante la aplicación y ejecución de la pena a los que lleguen a delinquir[10].

c) El criterio correccionalista o de la enmienda: ROEDER sustentador de este criterio sostiene que "la teoría correccional ve en la pena puramente el medio racional y necesario para ayudar a la voluntad, injustamente determinada, de un miembro del Estado, a ordenarse por sí misma, porque y en cuanto la desarmonía que nace de su desorden perturba la armonía de todo el organismo racional de aquel"[11]. La pena tendrá como fin reformar al delincuente y será la vía que conducirá al sujeto que delinque a una reeducación o readaptación social que le permitirá su reingreso a la sociedad como un elemento útil. En este sentido, la pena se despoja de su carácter de aflicción, mal, dolor o castigo para convertirse en un bien, un bien para el delincuente y para la sociedad.

www.penalpanama.com

10 NOVOA, II, pág. 315.

11 ROEDER, pág. 235.

En su pequeña obra "Doctrinas fundamentales reinantes sobre el Delito y la Pena", ROEDER expresa su idea de readaptación o corrección así "ante todo, la de influirse sobre el criminal durante la ejecución de la pena o durante su prisión, de conformidad con los principios del arte de la educación y la cultura, de modo que ninguna condición le haga falta de las esenciales para facilitar su admisión y regreso al libre trato social con sus conciudadanos[12]. En defensa de su criterio sostiene que "es incontestable que aún el hombre corrompido y degradado continúa siendo hombre, esto es, un ser en el cual jamás se extingue todo el divino destello de la razón, eternamente capaz de infinito desarrollo; sin que sea lícito dudar de esta perfectibilidad mientras viva".

Los tres criterios que hemos esbozado a grandes rasgos se encuentran presentes ya individual o combinadamente en las diversas teorías que intentaron explicar el fundamento y fin de la pena.

Las ideas correccionalistas han incorporado al Derecho Penitenciario moderno con tal intensidad que constituye las metas del tratamiento que se le da al delincuente con miras a su readaptación social.

Hoy podemos afirmar, que la pena desde el punto de vista ontológico tiene naturaleza retributiva. Esta esencia retributiva, tal como lo hace ver FONTAN BALESTRA, no impide reconocer en la pena diversas funciones que deben fijar, separando previamente las etapas por las que atraviesa. "Mientras está en la ley, es una amenaza del Estado para quienes la violen; en una segunda etapa, el funcionario juzgador la aplica a quienes se han hecho merecedores de ella, y, finalmente, se la ejecuta. Pasa, pues, por tres fases: legal, judicial y ejecutiva"[13].

En la primera fase a nivel normativo, en cuanto es amenaza contenida en la ley, la pena es general, abstracta y permanente, cumpliendo así una función de prevención general, puesto que procura

12 IBIDEM, pág. 250.

13 FONTAN BALESTRA. III, pág. 247

www.derjurpenal.com

ejercer coacción psíquica o psicológica sobre todos los componentes del grupo, con la finalidad de mantener el orden público establecido por el Estado.

En la segunda etapa, o sea, cuando es aplicada por el juez, la pena es retribución, ya que en ese momento desde el punto de vista del Derecho, se establece el orden jurídico. No queda impune la lesión o puesta en peligro del bien tutelado por el Estado a través de la norma aplicada.

Finalmente, cuando la pena cumple, persigue un fin de enmienda o readaptación, con miras a la prevención especial y a evitar la reiteración delictiva.

II. CLASES DE PENA

A. Criterios de clasificación

Con miras a un estudio más completo y exhaustivo de las penas se han ofrecido diversos criterios de clasificación, que parten de parámetros diversos, unos de índole jurídica, filosófica o moral otros. No obstante, la catalogación de las penas más científicas es la que distingue las mismas atendiendo los siguientes aspectos:

1. Según el bien de jurídico de que privan al delincuente. De acuerdo con la naturaleza del bien que es afectado con la pena y del cual privan al sujeto que recibe 'una sentencia condenatoria, las penas se dividen en:

a) Penas corporales: Son aquellas que recaen sobre la vida o la integridad física o corporal del sujeto. Entre ellas cabe mencionar; la pena de muerte, azotes, flagelación, lapidación, etc.

b) Penas privativas de libertad: Reciben este nombre las penas que coartan la libertad corporal del sujeto o la comprimen cometiendo al sentenciado a un encierro o internamiento en establecimientos especialmente destinados para tal fin y sometidos a un régimen

www.derechopanama.com

disciplinario. Entre las penas privativas de libertad se encuentran la reclusión, la prisión y el arresto.

c) Penas restrictivas de libertad: Son aquellas que restringen o limitan la libertad de tránsito o ambulatoria del sentenciado, las cuales sin privar totalmente de su libertad al sujeto, reducen su opción de trasladarse o permanecer en un lugar. Como ejemplo de penas restrictivas de libertad cabe mencionar: el confinamiento, la relegación, el extrañamiento, el destierro y la sujeción a la vigilancia de las autoridades.

d) Penas pecuniarias: Son las que recaen sobre los bienes patrimoniales de una persona, ya concretizada en una cantidad líquida de dinero o en la pérdida de los bienes. Entre las penas pecuniarias conocidas, se pueden mencionar: la multa, "el comiso, la caución y la confiscación de bienes.

e) Penas privativas de derechos: Reciben este nombre las penas que restringen, limitan o suspenden el ejercicio de determinados derechos o actividades que la ley establece. Son penas privativas de derechos: las inhabilitaciones para ejercer cargos públicos o políticos, la suspensión en el ejercicio de determinada profesión u oficio, las interdicciones.

2. **Según su autonomía.** Atendiendo .a la independencia con que pueden ser impuestas las Penas, estas se dividen en Principales y accesorias.

Se consideran penas principales las que tienen autonomía, o sea, las que pueden imponerse independientemente de otras y que, en cada figura delictiva están expresamente determinadas por la norma penal.

Son penas accesorias aquellas cuya aplicación al caso concreto depende de una pena principal a la que accede o debe ir agregada y que, de acuerdo con la ley, puede ser aplicada durante la ejecución de la pena principal o inmediatamente después de ejecutada.

www.penjurpanama.com

El Código Penal panameño, en su artículo 17, acoge esta clasificación y divide las penas en dos grandes categorías. Veamos: "Articulo 17. Las penas legales son:

a) Penas principales:
    1. Reclusión;
    2. Prisión;
    3. Arresto;
    4. Confinamiento;
    5. Multa;
    6. interdicción del ejercicio de derechos o funciones publicas.

b) Penas accesorias:
    1. Interdicción del ejercicio de derechos o funciones públicas o del de ciertas profesiones, artes u oficios;
    2. Sujeción a la vigilancia de las autoridades;
    3. Comiso

3. Según la disponibilidad de imposición otorgada al juzgador. Atendiendo la forma cómo el legislador las ponga a disposición del tribunal que debe imponerlas, las penas pueden clasificarse en copulativas, y alternativas.

Esta clasificación hace referencia a aquellas hipótesis en que la ley penal asigna al delito no una sino varias penas de diversa naturaleza. En algunos casos todas esas penas deben ser impuestas al agente, y entonces se habla de penas **copulativas.** En otros casos, por el contrario, se dispone que solamente una pena deberá serle aplicada y que el tribunal tendrá la facultad de elegir cuál de ellas será la que debe ser impuesta en el caso concreto. En esta última situación se dice que se trata de penas **alternativas.**

Por regla general se establecen penas copulativas para aquellos delitos que el legislador cree conveniente reprimir con sanciones simultáneas de diversa naturaleza (Art. 195 C.P.P.).

www.centrumpanama.com

Las penas alternativas se contemplan generalmente para ciertos delitos que presentan gran variedad en sus formas de ejecución o en su gravedad o en su significación social (art. 104 C.P.P.).

B. La pena de muerte y las penas corporales

Aunque algunos autores distinguen la pena de muerte de las penas corporales, especificando que la primera se dirige a la destrucción de la vida humana en su existencia física, mientras que las segundas tienden a causar un sufrimiento o dolor físico en la integridad corporal del sentenciado; la gran mayoría de los tratadistas incluye la pena de muerte entre las penas corporales, porque conllevan un sufrimiento psíquico o moral que se inicia con la dictación de la sentencia que contiene la pena capital hasta el momento de su ejecución, además, del dolor físico que tiene como consecuencia la muerte.

Las penas corporales propiamente tales, como la flagelación, la mutilación, las marcas con hierros candentes, etc., formaron parte del sistema de penas prevalencientes en la antigüedad extendidas hasta el período humanitario, período que marcó el inicio de un proceso de erradicación gradual de las manifestaciones atávicas, impregnadas de crueldad y sadismo. En los países con cierto nivel de cultura y civilización, las legislaciones han desterrado totalmente las penas corporales y así lo consignan en sus cartas fundamentales, para ratificar así el repudio que de ellas hace la opinión pública.

La pena de muerte, consistente en la destrucción de la vida humana como consecuencia de la concretización de la punibilidad ante la consumación de figuras delictivas de cierta gravedad, tiene marcada importancia dentro del ámbito del Derecho Penal y ha sido y es objeto de consideración por científicos, filósofos, juristas y políticos.

Hasta el siglo XVIII no se discutía sobre la justicia o injusticia que conllevaba la aplicación de la pena capital. Fue BECCARIA el primero en levantar su voz contra esta pena (1774) ya que antes se le veía como la reacción natural contra la acción del delito. Variaron sus especies en

www.derechopanama.com

cuanto a las formas de ejecución (de la crucifixión a la cámara de gas o del descuartizamiento en máquinas especiales, hasta la silla eléctrica o del desmembramiento por animales hasta el fusilamiento) pero su naturaleza en relación con el bien sobre el cual recae o afecta, no ha variado en ningún momento de la vida de la humanidad en que se le ha acogido como forma de castigo.

1. **Corrientes abolicionistas:** "La aceptación o rechazo de la pena de muerte -sostiene SOLER- es una cuestión que no puede ser resuelta en un plano puramente jurídico y técnico y que, en rigor está mal planteada cuando como tal se la presenta, pues se trata de un problema humano, moral y religioso, cuya solución depende, tanto para la aceptación como para el rechazo del extremo suplicio, de posiciones adoptadas frente a temas superiores y previos a los principios de derecho positivo"[14].

Quienes se oponen a la pena capital esgrimen como algunos argumentos los siguientes:

a) La ley del talión, la ley feroz de la automática reciprocidad ha sido barrida de la ley de los hombres civilizados. La venganza es el peor soporte para su mantenimiento.

b) La pena de muerte es inmoral, tanto en su aplicación como en la ejecución.

c) La pena capital es injusta porque priva al hombre del bien de más alta jerarquía cuya tutela corresponde al Estado.

d) La pena de muerte es inútil. No alcanza el fin que se propone. Las estadísticas demuestran que los Estados que mantienen la pena de muerte en relación con los Estados abolicionistas registran más casos de asesinatos y crímenes, lo que indica que la pena de muerte ha perdido su ejemplaridad e intimidación o más bien, nunca alcanzó tal fin.

www.penjurparamo.com

14 SOLER, II, pág. 362

e) La pena de muerte es irreparable. No permite que se corrija un error judicial, ni la revisión de la causa cuando surjan mejores elementos e convicción o se haya sancionado con base a pruebas falsas, etc.

f) La vida humana es inviolable. Este principio se ha incorporado a las leyes de bases que orientan el proceso de codificación en los países de cierta cultura.

g) Impide la enmienda del sentenciado. La aplicación de esta pena impide la aplicación de un tratamiento adecuado con miras a la readaptación social del sujeto que delinque. Cierra todas las puertas a un intento de rescate de las unidades que violan el ordenamiento jurídico penal.

h) El mantenimiento de la pena de muerte es una caída en la barbarie que no ayuda a la prevención general de la delincuencia sino que ensangrenta las costumbres.

2. Corrientes no abolicionistas. Los partidarios de la pena capital sustentan sus argumentos básicos en torno a la necesidad, utilidad y justicia de esta pena. Algunos de esos argumentos son del siguiente tenor:

a) La pena de muerte debe mantenerse porque el orden público descansa sobre dos pilares: la conciencia popular y el Código Penal. Hay que mantener la para los asesinos que la temen y para los demás que tienen necesidad de creer en la justicia para mantenerse en el camino recto.

b) Se le considera justa, porque se le aplica en proporción al delito.

c) La pena de muerte es un instrumento de defensa social, al mismo tiempo que un instrumento de sanción moral.

d) Es útil Para el condenado es un medio rápido y eficaz de ponerle fin a sus padecimientos. Para el Estado representa un beneficio al Fisco porque evita los gastos de una manutención a perpetuidad. Para la sociedad tiene un doble efecto ventajoso: elimina a un sujeto peligroso

www.penjurpanama.com

que le hace daño y produce una intimidación a los hombres que están propensos a cometer delitos quienes se abstendrían de hacerlo.

e) Es necesaria para la conservación del Estado o la Nación por la defensa social que implica.

f) La pena de muerte ha existido siempre desde los inicios de la humanidad, tanto en las teorías teológicas como en las evolucionistas.

g) Cuando el hombre ha dado muerte a otro hombre, la pena de muerte se presenta como un imperativo categórico.

En Panamá existió la pena de muerte en el Derecho indígena y en el Derecho indiano. La constitución Política de la República de 1904 la consagró en su artículo 139 en estos términos: "La Ley solo podrá imponer la pena de muerte por el delito de homicidio cuando revista caracteres atroces. Esto, mientras no existan buenos establecimientos de castigo o verdaderas penitenciarías en la República". Esta disposición se mantuvo vigente hasta 1918, cuando fue erradicada constitucionalmente mediante el Acto Legislativo de 26 de diciembre de 1918, que en su artículo 1o. decía: "No habrá pena de muerte".

Las tres constituciones siguientes, que han regido en nuestro país, han consagrado el mismo principio en cuanto a la erradicación de la pena de muerte de en nuestro ordenamiento jurídico.

En la Constitución de 1941, el artículo 31 señalaba "No habrá en Panamá pena de muerte. Tampoco podrá imponerse pena de destierro a los panameños". La Constitución de 1946 que rigió hasta 1972, en su artículo 30 establecía: "No hay pena de muerte, de expatriación ni de confiscación de bienes" y, finalmente, la Constitución Política de 1972, vigente, en su artículo 29 señala: "No hay pena de muerte, de expatriación, ni de confiscación de bienes", ciñéndose así al texto constitucional de 1946 sobre la materia. Históricamente hablando, en nuestro país tres casos de ejecución de penas de muerte adquieren especial relevancia política, tales ejecuciones son: la de Vasco Núñez de

www.penumanama.com

Balboa descubridor del Mar del Sur, (en el siglo XVI); la de Pedro Prestan (1885) y la de Victoriano Lorenzo (1903)[15]

En la actualidad existe una marcada tendencia abolicionista que se refleja en muchas legislaciones con la eliminación gradual de la pena Capital. Los países que la mantienen o la incorporan, limitan su aplicación a ciertos delitos considerados de alta gravedad o a los delitos políticos (alta traición, territorismo, espionaje, guerrillas, etc.) y adoptan una serie de garantías para su aplicación, especialmente de carácter procesal, con la finalidad de evitar el grave riesgo que suponen en su ejecución, los errores judiciales.

C. Penas privativas de libertad

Señalamos antes que las penas privativas de libertad son aquellas que afectan la libertad corporal y ambulatoria del sujeto y se cumplen mediante encierros en centros carcelarios o de reclusión sometidos a un régimen disciplinario especial.

Estas penas pueden dividirse en dos categorías: a) las que suprimen de manera perpetua o temporal la libertad, como son la reclusión, la prisión y el arresto; y b) las que la limitan o disminuyen como es el caso de la deportación, el destierro y el confinamiento.

Las penas privativas de la libertad son el fundamento de los sistemas penitenciarios, de allí que hayan alcanzado gran importancia. En su ejecución segregan al sujeto del medio en que ha cometido la violación o infracción de la norma penal y lo mantiene en centros de internamiento donde todo cobra importancia: desde las estructuras físicas que dan lugar a estudios y clasificaciones que ocupan a un personal técnico, hasta la selección científica del personal de dirección, vigilancia y tratamiento penal que debe relacionarse con los sujetos privados de

www.derechopanama.com

15 Ver Muñoz Campo Elías, "Examen de la competencia de la jurisdicción militar y del procedimiento seguido en el juzgamiento de Victoriano Lorenzo". Revista Jurídica Panameña No. 4; Universidad de Panamá, págs. 126- 138.

libertad, a fin de lograr los fines de utilidad social que son posibles con la aplicación de la pena.

De conformidad con nuestra legislación, las penas privativas de libertad son: la reclusión, la prisión y el arresto. Estas penas según el artículo 17 del Código Penal son consideradas como **penas principales** y tienen el carácter de **temporales,** habida consideración de que la pena máxima que puede imponerse en nuestro sistema punitivo es la **reclusión** fin **de veinte años** (art. 18).

1. **Reclusión.** Es la pena privativa de libertad de mayor gravedad en nuestro l ordenamiento jurídico. De acuerdo con nuestra legislación, la reclusión es una pena privativa de libertad que se caracteriza por cuatro aspectos: su duración, el lugar o donde debe cumplirse, la obligación de trabajar y la posibilidad de obtener libertad; condicional.

a) **Duración:** La reclusión, al tenor del artículo 18 puede durar desde un día hasta veinte años. Cabe advertir sin embargo, que la Ley 25 de 1927 al adicionar el artículo 24a., establece que el mínimo de las penas de reclusión, prisión o arresto no podrá ser, en ningún caso, menor de treinta días.

b) **Lugar:** Nuestro código penal establece que la pena de reclusión debe cumplirse en establecimientos destinados a ese fin y posteriormente nos señala que deben estar separados absolutamente de los que sufren penas de prisión o arresto.

c) **Trabajo:** Los sujetos que hayan sido sentenciados a penas de reclusión tienen la obligación de trabajar, de conformidad con los reglamentos que expida el Ejecutivo. Sobre este aspecto es necesario observar que a pesar de que la norma tiene vigencia desde 1922, todavía no se han dictado los reglamentos sobre el trabajo que deben realizar los sentenciados en los establecimientos especiales destinados a cumplir las penas de reclusión.

d) **Libertad acondicional:** El Artículo 20 del Código Penal regula el otorgamiento de libertad condicional por el tiempo que resta para cumplir

www.derjurpanama.com

la condena a los sentenciados a reclusión que tienen los siguientes requisitos: 1) Haber cumplido las tres cuartas partes de la pena impuesta; 2) Haber observado buena conducta que demuestre su arrepentimiento; y 3) No encontrarse en alguno de los supuestos previstos por los cuatro numerales contenidos en el art. 20 del Código Penal (No haber sido condenado por los delitos de robo, extorsión, secuestro, hurto de ganado mayor, asociación de malhechores; no ser reincidente en delitos sancionados con pena privativa de libertad de más de tres años y no haber sido condenado a la pena fija de reclusión por veinte años por un solo delito).

2. Prisión. Es una pena privativa de libertad que se cumple en establecimientos especiales dedicados a ese objeto por el Órgano Ejecutivo. Dentro de la escala de gravedad señalada por nuestro ordenamiento jurídico penal, la prisión se encuentra en segundo lugar, después de la reclusión. Se diferencia de las otras penas privativas de libertad en cuanto a:

a) Duración: El artículo 19 del Código Penal establece que la prisión que se imponga por un solo delito puede durar desde un día hasta dieciocho años. Si tomamos en cuenta el contenido del artículo 24 a del mismo código, sería más exacto afirmar que el mínimo de las penas de prisión es de treinta días.

En el proyecto de Código Penal del Dr. ROYO las penas privativas de libertad se limitan a la de prisión y su duración máxima se fija en 25 años.

b) Lugar: Según el texto legal citado, la prisión debe cumplirse en establecimientos especiales que dediquen a tal propósito el Órgano Ejecutivo, separados de aquellos destinados a los sentenciados con pena de reclusión.

c) Trabajo: A diferencia de la obligación que se le impone al recluso en el sentido que debe trabajar de acuerdo con los reglamentos que expida el Ejecutivo, al sentenciado a pena de prisión se le obliga a trabajar, pero de acuerdo con sus aptitudes.

www.penumbra.com

d) Derecho a la libertad condicional: Los delincuentes sancionados a penas de prisión que hayan cumplido las dos terceras partes de la pena impuesta, tienen derecho a ser favorecidos con la libertad condicional por el resto del tiempo que les falta para cumplir su sentencia condenatoria, siempre que durante el tiempo de internamiento antes señalado hubieren observado buena conducta que revele arrepentimiento y corrección (art. 20).

La libertad condicional a que se hubiere hecho acreedor el sentenciado por prisión o reclusión, en las condiciones que se han expuesto, se revocará si el sujeto favorecido con ella incurre en tal período en una nueva violación de la ley en tal caso, el tiempo que hubiese disfrutado de libertad condicional no se le computará a favor y deberá regresar a cumplir la pena impuesta hasta su expiración. (art. 21).

3. Arresto. Es la pena privativa de libertad de menor gravedad y se cumple en lugares especialmente destinados a ese propósito, con separación absoluta de las personas que cumplen penas de prisión y reclusión.

a) **Duración:** El artículo 22 del Código Penal señala que la pena de arresto puede durar desde un día hasta dieciocho meses. Hacemos la salvedad de la reforma introducida por la ley 25 de 1927, al establecer que el mínimo de las penas de prisión, reclusión o arresto, en ningún caso, podrá ser inferior a treinta días.

b) **Lugar:** La pena de prisión no solo difiere de las otras penas privativas de libertad en cuanto a la duración de la misma, sino también en lo que se refiere al lugar que se destina a su cumplimiento, enfatizando la ley que debe observarse con absoluta separación de los sentenciados a penas de prisión y reclusión.

Valga anotar, que la realidad penitenciaria de nuestro país está muy distante de tales prescripciones legales, ya que en ningún momento, desde que entró en vigencia el Código de 1922, el Ejecutivo ha hecho la separación correspondiente entre sancionados con prisión, reclusión y arresto y mucho menos ha ordenado la construcción de establecimientos

www.derechopanameno.com

distintos o separados que permitan apreciar, en la práctica, las diferencias señaladas por la ley en cuanto a las tres penas privativas de libertad, que han motivado nuestra atención.

c) **Trabajo:** También pesa sobre el sentenciado a pena de arresto la obligación laboral, con la diferencia de que su trabajo debe dirigirlo a las labores del establecimiento. Entendiéndose como tales las de mantenimiento, aseo, ornato, cocina, lavandería u otras actividades propias del centro donde se cumple la pena de arresto.

d) **Arresto domiciliario:** La ley prevé que si la persona sentenciada es mujer de buena conducta o menores no reincidentes, a falta de lugares apropiados, se les permitirá cumplir el arresto en sus casas. Sobre el particular valga advertir que en la actualidad los menores no pueden encontrarse en esta situación, especialmente a partir de la vigencia de la ley 24 de 1951 y de la reforma constitucional de 1972 sobre mayoría de edad y, en cuanto a las mujeres, desde 1964 funciona el Centro Femenino de Rehabilitación que resuelve el problema sobre lugares adecuados para que las mujeres condenadas a penas de arresto puedan cumplir las sentencias impuestas.

e) **Convención:** Una de las propiedades de la pena de arresto es la de permitir su conversión a multa y viceversa, especialmente cuando se trate de circunstancias atenuantes cualitativas. En materia administrativa es corriente la imposición de pena de arresto conmutable, esto es, que pueden ser trocadas en multa.

f) Suspensión de la ejecución de la pena: El artículo 29 del Código Penal establece que cuando la pena de prisión o arresto no excede de cuatro (4) meses, el Tribunal de primera instancia puede suspender la ejecución de la sentencia. Para obtener este beneficio deben reunirse los requisitos siguientes: 1) Que la pena impuesta por sentencia no exceda de cuatro meses de prisión o arresto; 2) Que el beneficiado no haya sido sentenciado a pena anteriormente; 3) Que haya observado siempre una conducta intachable; 4) Que se presente a oír la amonestación sustitutoría de la prisión o el arresto en audiencia pública; y

www.derechopanameno.com

5) Que se obligue personalmente o con fianza a no incurrir en una nueva violación de la ley penal en un plazo de dos años, contados a partir de la notificación de la sentencia.

La suspensión de la pena también se puede aplicar a los sentenciados a pena de multa que no exceda de cincuenta balboas (ver art. 29 del C.P.).

D. Penas limitativas de libertad

1. Confinamiento.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 del Código Penal, el confinamiento consiste en la obligación que se impone al condenado de residir, por el tiempo que determina la sentencia, en un Municipio distante de treinta a sesenta kilómetros del lugar en que se cometió el delito, y de aquel en que residen el delincuente y las personas lesionadas por el delito.

Este mismo precepto dispone que cuando el condenado infringe la obligación antes aludida, deberá cumplir el resto de la pena de prisión.

A pesar de que el confinamiento aparece entre las penas principales señaladas por el artículo 17 de nuestro ordenamiento jurídico penal, ni en el Libro Segundo, ni en las leyes especiales que regulan los delitos en particular, aparece ésta clase de pena.

En materia administrativa el confinamiento se aplicaba entre las tarifas de penas de esa naturaleza, hasta 1938 cuando la ley 71 de 30 de diciembre de ese año, la abolió expresamente.

2. Sujeción a la vigilancia de las autoridades.

Los efectos de esta pena accesoria los señala el artículo 27 del Código Penal, que a la letra dispone: "La pena de sujeción a la vigilancia de las autoridades consiste en la obligación que se le impone a un individuo de declarar ante el Jefe de la Policía del lugar en que establezca su domicilio, que residirá allí y cumplirá las obligaciones que le imponga la misma autoridad conforme a la ley o a los reglamentos, para que se le pueda vigilar debidamente".

www.tenunamame.com

Por regla general las obligaciones que se imponen al reo en estos casos son las siguientes:

a) La de declarar antes de ser puesto en libertad, el lugar en que se propone fijar su residencia;

b) La de no poder cambiar de residencia sin haber dado aviso de ello, con anticipación, al mismo funcionario que deberá autorizar el traslado de la residencia;

c) La de adoptar oficio, arte o profesión, si no tuviere medios propios y conocidos de subsistencia.

E. Penas pecuniarias

Esta clasificación de las penas toma en consideración la naturaleza del bien de que privan al sentenciado. Se caracterizan porque recaen directamente sobre el patrimonio, imponiendo al delincuente la obligación de pagar una suma de dinero a favor del Estado o en entregar los bienes u objetos materiales utilizados en la comisión del delito o los obtenidos como producto del mismo. Estas penas también se han conocido con el nombre de penas patrimoniales.

Las penas pecuniarias remontan su aparición a épocas primitivas. Las legislaciones más antiguas las registraban y consistían en el pago a la ciudad o a la autoridad, a titulo de sanción o castigo, de bienes con valor económico o patrimonial como animales, piedras o metales preciosos y dinero.

Las penas pecuniarias tuvieron una gran acogida. Durante el predominio de las invasiones germánicas, el sistema de la composición, como forma de penar, fue incorporado a las distintas legislaciones. Le Lex Visigothorum incluía prescripciones en las que señalaba el importe del daño causado por la muerte de una persona distinguiendo entre hidalgos y villanos (500 sueldos un hidalgo. 200 un villano).

Son penas pecuniarias: la multa, el comiso, la caución y la confiscación de bienes. En nuestra legislación la multa es una pena principal y se establece el comiso como pena accesoria. La confiscación

www.derechopenal.com

de bienes ha sido erradicada como pena por disposición constitucional y en cuanto a la caución, en materia penal no es una pena propiamente tal. En materia administrativa se utiliza como medida precautoria o de seguridad ante ciertas faltas. La legislación penal la impone como garantía en los casos de suspensión de pena (ver. Art. 29 del C. Penal).

1. La pena de multa

a) Concepto y naturaleza. La multa consiste en la obligación impuesta por el Juez de pagar una suma de dinero por la violación de la ley penal y tiene por objeto afectar al delincuente en su patrimonio; supone una disminución patrimonial concretamente inferida al sentenciado como retribución por el daño causado ante la comisión del delito.

Históricamente la pena de multa hace su aparición desde épocas remotísimas. En Roma se imponía por vía de coerción y como pena principal tanto en Derecho penal público como en el privado, la cual era pagadera al **aerarium** o en beneficio del templo; inicialmente apareció como creación de la costumbre. Fue en época posterior cuando se fijó por medio de la Ley. En el derecho germánico encontramos con mayor precisión su origen en el "wergeld" forma de penar antigua en virtud de la cual se fijaba como resarcimiento del daño causado por el delito una tarifa patrimonial que consistía en pago de ovejas, bueyes o algún otro objeto. La composición asumió, en algunos casos, ciertas peculiaridades que la alejaban un tanto del concepto de pena actual, al asimilar el pago que se hacía al ofendido, a su familia o al príncipe, al "precio de la paz" para evitar las manifestaciones de venganza.

En el Derecho Canónico también se aplicó esta pena, subsistiendo durante el medioevo y en algunas legislaciones posteriores para sancionar delitos menores.

La pena de multa ha adquirido en los tiempos modernos una gran aceptación e importancia en la medida en que se presenta como sustitutivo de las penas privativas de la libertad de corta duración y ha

www.derechopanama.com

resultado muy apropiada para castigar aquellos delitos cometidos con el fin de lucro. En nuestra legislación se le emplea como pena principal o como pena conjunta con privativas o restrictivas de libertad.

La doctrina le señala a esta pena una serie de ventajas que pueden resumirse así:

1) Tiene un indudable carácter aflictivo, pues impone al delincuente una privación cierta, lo que asegura su efecto intimidante. Se dice que muchos se acostumbran a la cárcel, pero nadie se acostumbra a pagar multas.

2) Es divisible y flexible al extremo, lo que permite adaptarla fácilmente a las condiciones personales del condenado, a sus recursos, a las circunstancias particulares del delito cometido, etc.

3) A diferencia de las penas privativas de la libertad, no degrada al condenado, ni deshonra a éste ni a su familia; el multado no se corrompe ni se contamina, permanece con los suyos, no pierde su empleo, ni abandona sus medios normales de subsistencia.

4) Es la más reparable de las penas, pues una vez cumplida, si se comprobara error judicial, puede ser íntegramente devuelta, lo que no ocurre con las penas privativas de la libertad.

5) Es económica, porque no solamente evita los enormes gastos que el Estado debe destinar al mantenimiento de los establecimientos carcelarios, sino que hasta puede ser estimada como una fuente de ingresos para el Estado[16].

6) Permite la conversión a pena de arresto cuando se incumple su pago dentro de los períodos de gracia que señala la ley.

7) Es personal en cuanto actúa exclusivamente sobre el culpable. El artículo 82 del Código Penal panameño establece que la muerte del inculpado extingue los efectos de la sentencia, aún en lo que se refiere a la pena pecuniaria que no ha pagado, con lo que admite el principio de personalidad de la multa.

16 NOVOA MONREAL, II, pág. 383.

No faltan autores, sin embargo, que le formulen críticas: se alega, en primer término, que es una pena desigual porque agrava onerosamente al delincuente de escasos recursos, en tanto que no constituye una sanción efectiva para el adinerado quien puede delinquir abiertamente sin cortapisas ya que sus condiciones económicas le permiten hacerla. FILANGIERI señalaba que el rico cubriría los crímenes con su dinero. Se repara en que no es fácil hacerla efectiva, pues en muchos casos los delincuentes son insolventes, además no permite tratamiento alguno destinado a la readaptación social del sujeto que infringe la ley penal.

A pesar de las múltiples ventajas que pueda presentar la pena de multa, estimamos que su aplicación en reemplazo de las penas privativas de la libertad debe hacerse con suma prudencia, puesto que de acuerdo con las concepciones de la moderna penología, debe existir una cierta equivalencia entre los valores tutelados por el Derecho Penal que son vulnerables o amenazados por el delito, y aquellos con que la pena amenaza con privar al que infringe la ley penal. Esto no significa que se desconozca la jerarquía actual que ha logrado adquirir el bien jurídico, patrimonio, en la realidad social.

b) Sistemas para la mayor eficacia de la multa. Como regla general, las legislaciones han adoptado para establecer el monto de la multa el sistema de señalar topes máximos y mínimos, dentro de los cuales entra en juego el arbitrio judicial.

No obstante, para lograr que la pena de multa resulte realmente igualitaria, o sea, que grave en forma equivalente y proporcional a todos los penados, se han ideado diversos sistemas. Así, por ejemplo, existen legislaciones como la danesa, donde se ha suprimido el límite máximo de la multa, permitiendo el aumento de la misma de acuerdo a las peculiaridades de fortuna del sujeto activo del delito. Otros Códigos, como el italiano de 1930 (ROCCO), concede al juez la facultad de elevar la multa al máximo del triple establecido por la ley.

Cabe señalar también el sistema de días-multas, propuesto por el profesor THYREN que consiste en la fijación de la multa con arreglo a un

www.derhumanos.com

doble criterio. Supone, por una parte, la determinación abstracta de un número de unidades expresadas en días multas, unidades que dependen estrictamente del delito de que se trata -entre un máximo y un mínimo de días- y que deben fijarse por el juez en cada caso, con arreglo a los criterios comunes de la pena; por otra parte, la evaluación in concreto del contenido de cada unidad depende exclusivamente de la situación económica del condenado. El día-multa es, en consecuencia, la unidad en dinero de la cual deberá privarse al condenado"[17]. Este sistema ha tenido bastante aceptación, el Código Penal Tipo para Latinoamérica lo recoge, al igual que varias legislaciones que han modernizado sus códigos.

El artículo 24 del Código Penal establece: "La pena de multa consiste en la obligación de pagar al Tesoro una suma no menor de veinte balboas (B/.20.00) ni mayor de diez mil balboas (B/.10.000.00). Cuando no se pague la multa en un plazo de dos meses se convertirá en arresto a razón de un día por cada balboa o fracción de balboas, pero en ningún caso el arresto así sustituido puede exceder de cinco años.

Puede también pagar la multa el condenado a ella, con trabajo en obras públicas que se le computará a razón de un día de trabajo para cada balboa o fracción de balboa de multa.

El condenado a multa puede hacer, durante el cumplimiento del arresto en que se convirtió la multa, que cese, satisfaciendo la parte proporcional de multa que no haya pagado con arresto.

Si bien en este precepto se establecen los límites mínimos y máximos del monto que puede imponerse en concepto de pena de multa, el Código señala en la Parte Especial los límites de las penas de multa correspondientes a cada delito en particular.

La multa deberá ser satisfecha en un plazo de dos meses y vencido este plazo, dicha pena se convertirá en arresto, el que no podrá exceder de cinco años, a razón de un día de arresto por cada balboa de multa.

17 FONTAN BALESTRA, III, pág. 379.

www.derechopanama.com

Como el arresto no es un castigo que se impone al condenado por no pagar la multa, sino un equivalente de ella como modo de cumplir la pena, la ley permite que en cualquier momento aún cuando se hubiere comenzado a cumplir la pena de arresto subsidiaria, pueda el penado recobrar su libertad mediante el pago de la multa, descontándose del importe, como es justo, la parte proporcional que corresponde al arresto cumplido, además de que señala (art. 71 C.PJ que la duración de la pena restrictiva de libertad, en caso de conversión, no puede exceder de dos años.

Finalmente, el Código establece el trabajo liberatorio de la multa, mediante el cual el condenado a multa se obliga a trabajar en obras públicas que se le computará a razón de un día de trabajo por cada balboa o fracción de balboa de la multa.

El artículo 71 del Código Penal establece que las penas pecuniarias señaladas para cada infracción en la parte especial (Libro II) deben cumplirse íntegramente, pero hace la salvedad de que **"nunca se podrá condenar** a más **de mil balboas de multa,** aún cuando sean varios los delitos cometidos".

En el proyecto de Código Penal del Profesor ROYO, las penas pecuniarias se reducen a la pena de multa y consiste en la obligación del condenado de pagar al Estado una suma de dinero que se fijará en días-multas. El importe del día multa se determinará de acuerdo con la situación económica del sentenciado, en atención a su caudal, rentas, medios de subsistencia, nivel de gastos u otros elementos de juicio que el Tribunal considere apropiados". Se acoge así el Sistema de THIREN cuya eficacia, solo podrá apreciarse a través de su aplicación práctica a casos concretos, con la debida interpretación por nuestros Tribunales.

Con relación a la forma de pago de la multa, el proyecto permite la consignación de cauciones reales o personales que garanticen el cumplimiento de la multa, además de dar las facilidades para que sea pagada en cuotas dentro de los plazos que establezca el Tribunal.

www.derjurpanama.com

En cuanto a la conversión, se varía el equivalente de B/.1.00 por cada día de privación de libertad y en relación a los descuentos del salario diario, destina un porcentaje del mismo a la amortización y el resto para la subsistencia del afectado.

2. El Comiso

Es una pena pecuniaria que consiste en la pérdida de los instrumentos o efectos del delito, o sea, de los medios materiales que el delincuente utilizó para perpetrarlo, además de todas aquellas cosas de valor pecuniario que sean producidas por el delito o provengan de éste. No se incluyen en el comiso las cosas o instrumentos que pertenezcan a un tercero, siempre que sea ajeno a la comisión del delito y no tenga responsabilidad alguna en el mismo.

De acuerdo con el artículo 17, el comiso es una pena accesoria, que al tenor del artículo 28 consiste en "la adjudicación al Estado de ciertos objetos que sirvieron para cometer el delito o que son fruto de él". En adición a esta prescripción normativa, el artículo 35 de la misma excerta, establece que se decretará el comiso de los instrumentos que hayan servido para la comisión del delito o que estaban destinados para cometerlo, cuando pertenezcan a los delincuentes o sean de aquellos cuya fabricación, uso, posesión o venta estén prohibidas.

Algunos autores como HUGO VIERA y SILVIO RANIERI, denominan al comiso como confiscación especial. Este último considera la confiscación como una medida de seguridad "dirigida a la prevención de los delitos, no mediante la readaptación a la vida social del delincuente, sino quitándole a éste las cosas relacionadas con el delito cometido o por sí mismas peligrosas", distingue entre la confiscación facultativa y la obligatoria; considerándose como facultativa "cuando se trata de cosas que sirvieron o fueron empleadas para cometer el delito y que son producto o provecho" y es obligatoria cuando se trata de cosas que constituyeron el precio del delito y que no pertenecen a personas extraña a éste, o cuando se trata de cosas cuya fabricación uso tenencia,

www.derechopanama.com

conservación o venta constituye delito[18]. La confiscación facultativa solo podría imponerse cuando medie sentencia condenatoria, mientras que la obligatoria se debe imponer aún cuando se haya dictado absolución.

El Proyecto Royo incluye el comiso entre las medidas de seguridad de carácter patrimonial.

Cabe señalar que en nuestra legislación se establece como medida accesoria a toda sentencia condenatoria el pago de los gastos procesales. Sobre el particular el artículo 37 del Código penal establece "Se condenará en todo caso al delincuente al pago de los gastos del proceso y cuando fueren varios los responsables de un mismo delito, quedan obligados solidariamente al pago de aquellos como al de las indemnizaciones y restituciones. El Poder Ejecutivo formará el arancel para el pago de los gastos de los procesos criminales, cuyo productos se destinará al mejoramiento de cárceles".

La Corte Suprema de Justicia en distintas interpretaciones de la disposición citada, ha señalado que la condenación al pago de los gastos del juicio corresponde a los gastos que el Estado tiene que hacer para la investigación y castigo de los delitos, los cuales deben ser pagados a favor del Estado, para destinatarios al mejoramiento de las cárceles (R.J. No. 72 de 1930, pág. 669).

En la doctrina, el pago de los gastos procesales se ha considerado como pena accesoria y en otros casos como indemnización. En nuestro ordenamiento jurídico penal no ha sido clasificado como pena, pero es obligatoria su imposición, de acuerdo con lo previsto por el artículo 37. En la práctica, sin embargo, tal imposición no pasa de ser un estereotipo que se repite a manera de estribillo en todas las sentencias condenatorias, pero que no se hace efectiva en ningún caso. El Órgano Ejecutivo nunca ha formado el arancel para el pago de tales gastos, lo que sin duda habría ayudado un poco a resolver los serios problemas que confrontan

www.derechopanama.com

18 RANIERI, II, pág, 402.

todas las cárceles del país, como veremos más adelante al tratar el sistema penitenciario.

F. Penas privativas de derechos.

1. Concepto y distinciones.

Las penas **privativas de derechos** tienen por objeto privar al condenado de determinados derechos, ya sea de manera perpetua o temporal, absoluta o especial.

Si bien en las antiguas legislaciones estas penas aparecían con carácter deshonrante y represivo, llegando hasta la "muerte civil" (Capitis diminutio de los romanos) que consistía en la privación absoluta de los derechos civiles del condenado que alcanzaba las calidades humanas (de padre, hijo, nacionalidad, etc), en la actualidad se admite su conveniencia y eficacia cuando se trata de inhabilitaciones o privaciones de derechos que tienen como finalidad prohibir el goce o ejercicio de algunas actividades a quien ha demostrado, con su conducta criminosa, falta de capacidad e irresponsabilidad para el desempeño de las mismas o ha utilizado el cargo, oficio o profesión, en forma abusiva e irregular, para facilitar la ejecución de un hecho punible.

ARGIBAY MOLINA sostiene que "el instituto de la inhabilitación se debe completar con una modalidad temporal adecuada a la naturaleza del uso ilícito que se hizo de la capacidad o derecho, núcleo de la infracción de que se trate. Su vigencia en el tiempo debe ser computada en tanto y cuanto el sujeto deba desenvolverse en el medio en que pueda volver a lesionar derechos"[19].

Para referirse a estas penas, algunas legislaciones utilizan la denominación "inhabilitaciones", y distinguen entre: inhabilitación absoluta e inhabilitación especial. Así, el Código Penal Argentino (art. 19) establece que la inhabilitación absoluta importa: a) la privación del empleo o cargo público que ejercía el penado, aunque provenga de

19 ARGIBAY MOLINA, II, pág. 247

www.centuriano.com

elección popular; b) la privación del derecho electoral; c) la incapacidad para obtener cargos, empleos y comisiones públicas; d) la suspensión del goce de toda jubilación, pensión o retiro, cuyo importe será percibido por los parientes que tengan derecho a pensión; e) del oficio de Tutor o curador, aunque se aprovisional".

En tanto, que la inhabilitación especial sólo produce la privación del empleo, cargo, profesión o derecho sobre que recayere y la incapacidad para obtener otro del mismo género durante la condena.

Otras legislaciones, como la chilena, distinguen entre "inhabilitación para cargos y oficios públicos y derechos políticos" y "suspensión de cargos y profesiones".

2. Las penas privativas de derecho en el Código Penal panameño**.**

El Código regula la pena de inhabilitación en el artículo 25, que a la letra expresa:

Artículo 25. -La interdicción perpetua de derechos priva del derecho de elegir y de ser elegido, como del ejercicio de cualquier otro derecho político; de ejercer cualquier función publica de la Nación, del municipio o de cualquier entidad que forme parte de ellos; priva de los grados y dignidades que confieran el Estado o las entidades públicas y de la aptitud para ejercer la tutela o la curatela.

La interdicción temporal se refiere a los mismos derechos de que trata el inciso anterior, por un tiempo no menor de un mes ni mayor de un año.

En ciertos casos que determina la ley, se puede privar a un individuo del derecho de ejercer determinada profesión u oficio por tres días a dos años.

El examen de las distintas disposiciones que regulan las penas privativas de derechos en nuestra legislación, permite hacer las siguientes observaciones:

www.derechopanama.com

a) El Código contempla dos clases de inhabilitación: la **interdicción** de funciones públicas y la **suspensión** del derecho de ejercer determinada profesión u oficio.

b) Atendiendo a su **duración** la pena de interdicción de funciones públicas, puede ser **perpetua o temporal** y según su autonomía puede ser **principal** o accesoria (ver artículo 17 del C.P.).

c) La interdicción de funciones públicas importa:

1) La privación del derecho de elegir y de ser elegido, así como del ejercicio de cualquier otro derecho político;

2) La privación del ejercicio de cualquier función pública de la Nación, del municipio o de cualquier entidad que forme parte de ellos;

3) La privación de los grados y dignidades que confieran el Estado o las entidades públicas y de la aptitud para ejercer la tutela o la curatela.

d) La suspensión del derecho de ejercer determinada profesión u oficio pueda durar de tres días a dos años.

e) Las penas de interdicción de funciones públicas y la de suspensión del derecho de ejercer determinada profesión u oficio se imponen como penas **principales** o como penas accesorias. En este sentido, el art. 34 del Código, dispone que la pena fija de reclusión por veinte años lleva consigo la interdicción permanente de las funciones públicas; en tanto que la pena de reclusión por más de dos años, tiene como accesoria la interdicción de aquellas mismas funciones por un período igual al de la reclusión.

f) Cuando estas penas se imponen como **principales,** empiezan a correr desde el día en que la sentencia quede ejecutoriada. Cuando se imponen como penas **accesorias,** en cambio, se aplican de hecho, mientras dure la pena principal, y luego empezará a correr el término que señale para ellas en la sentencia, salvo que la ley disponga algo especial para un caso determinado (art. 39). Esta modalidad de cumplimiento de la pena de interdicción de funciones cuando es accesoria, se critica por

www.derechopenal.com

los autores, ya que el desarrollo o ejercicio de los derechos y capacidades interdictos no se cumple durante el internamiento.

www.penjurpanama.com

CAPITULO XVII

APLICACIÓN DE LAS PENAS

I. INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA
   - *A. Generalidades*
   - *B. Individualización legal*
   - C. *Individualización judicial*
   - *D. Individualización administrativa*

II. LA SENTENCIA INDETERMINADA

III. LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL
   - A. Teoría general de las circunstancias
   - B. Clasificación de las circunstancias
   - C. Las circunstancias en el Código Penal panameño

IV. LA REINCIDENCIA
   - A. Antecedentes
   - B. Concepto de reincidencia
   - C. Efectos de la reincidencia (teorías)
   - D. Clases de reincidencia
   - E. Prescripción de la reincidencia
   - F. Causas de la reincidencia
   - G. La reincidencia en el Código Penal panameño

V. LA HABITUAUDAD CRIMINAL
   - A. Concepto
   - B. Diferencias entre habitualidad, reincidencia, profesionalidad y proclividad al delito
   - C. La habitualidad en el Código Penal panameño

www.penjurpanama.com

I. INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA

A. Generalidades

Los aspectos hasta ahora abordados relacionados con el concepto, naturaleza, fines y clasificación de las penas, conforman la parte estática de la teoría de la pena, se refieren a su condición abstracto-jurídica; corresponde ahora examinar su aspecto dinámico, la determinación de la pena y su aplicación a un caso concreto, esto es, la pena como consecuencia del delito, caracterizada por ser específica, concreta y temporal.

En este momento importa tomar en cuenta cuáles son las pautas mínimas indispensables para que esa pena, a nivel de concretización, sea lo más justa. Para alcanzar tal propósito, en doctrina se ha creado la instrumentación necesaria conocida como "individualización de la pena", mediante la cual se trata de valorizar todos los elementos que rodearon el hecho delictivo, la personalidad del agente activo, la gravedad de la conducta típica y la tarifa legal existente, entre otras cosas.

Históricamente, en lo que se refiere a la imposición o aplicación de las penas se han seguido varios sistemas, con diversos criterios de fundamentación. En los primeros tiempos la pena seguía como castigo o pago por el delito cometido, llegándose a establecer verdaderas tarifas legales punitivas con una tabla de delitos a los que se adjuntaba una tabla de penas. Se daba una verdadera objetividad punitiva, cada persona conocía el riesgo o consecuencia por la comisión de un hecho punible. No se consideraban las motivaciones que llevaban al sujeto a cometer el delito, menos aún, sus impulsos, necesidades y personalidad. Todos recibían la misma pena por el mismo delito, vgr., no se diferenciaba la situación especial del hurto de un mendrugo para saciar el hambre, del hurto de un cofre de joyas con ánimo de lucro.

www.derechopenalpanama.com

Posteriormente, la influencia del Derecho canónico introduce otras consideraciones para la aplicación de la pena que permiten su dosificación, basada en una profundización de la personalidad del delincuente, de su conciencia. Tal examen de la personalidad no respondía a criterios científicos y resultaba de un subjetivismo tal que cayó en lo que se conoció como el "arbitrio del juez".

Este sistema subjetivo, de amplias facultades en manos del juzgador, generó una serie de excesos y abusos, librada a la voluntad del Juez, voluntad que prevalecía sobre la letra de la Ley. Tal época marca la era del atropello, de la injusticia, de la crueldad y en consecuencia, de la degradación del hombre por el hombre.

Como respuesta a los desmanes de un sistema basado en la arbitrariedad peligrosa del Juez, se vuelve al sistema objetivo donde la ley determina la tarifa penal según la clase de delito y el juzgador sólo se limita a su aplicación, sin permitirle el más mínimo asomo de su criterio en la determinación de la pena.

Este sistema preconizado por la revolución francesa, basado en la igualdad de la ley, condujo a una desigualdad jurídica, la cual se fue corrigiendo con la intervención de los jurados de conciencia primero, quienes decidían subjetivamente y la influencia del positivismo, después, que permitió un estudio integral del hombre, tanto en lo biológico como en lo social y jurídico, generando un nuevo subjetivismo que condujo a la regulación de la pena y su individualización.

El criterio moderno sostiene que "el eje sobre el cual debe girar la individualización de la pena, la medida de la misma, está representado por la magnitud del hecho y la medida de la culpa, y no tan sólo por una medida finalista-preventiva según la duración de la peligrosidad del autor".[1]

Algunos autores definen la individualización de la pena "como la adecuación de la reacción punitiva, en naturaleza y grado, al sujeto

[1] FONTAN BALESTRA, III, pág. 272.

acreedor a ella, realizada en función de la importancia del delito y la personalidad del actuante"[2].

Se distinguen tres tipos de individualización:

a) Individualización legislativa (ley); b) Individualización judicial (sentencia judicial); e c) Individualización administrativa o penitenciaria (ejecución de la pena).

B. Individualización legal

Cuando estudiamos la estructura de la ley penal señalamos que esta se componía del precepto, que para los efectos penales tomaba el nombre de tipo, contenía la descripción de todos los elementos integrativos de la figura delictiva y la sanción, denominada punibilidad, que a nivel normativo contenía la amenaza de pena y el intervalo penal.

Por razón del principio de reserva concretizado en el aforismo "Nulla poena, sine lege, la pena debe estar descrita, determinada o fijada por la ley. Por, regla general esta es señalada en un mínimo y un máximo, al que se le ha denominado intervalo penal.

Como puede apreciarse, el legislador al momento de establecer la punibilidad debe tomar en cuenta varios aspectos: a) la jerarquía del bien jurídico que es objeto de tutela a través de la norma; b) Los elementos integrativos del tipo que dan lugar a la calificación de delitos, especialmente aquellos en los que se exige calidad al sujeto activo, o los en que el sujeto pasivo requiere mayor protección, cuando las modalidades de tiempo, modo o lugar la adicionan ingredientes que demuestran peligrosidad, inclinación delictiva, etc.); c) las diferentes clases de penas existentes a fin de seleccionar aquella que sea acorde al daño jurídico que produce la conducta desvalorada; d) Conjugación de la o las penas principales y accesorias que permitan obtener el fin de prevención general y específica que el Estado se propone, al igual que la

www.derechopenal.com

[2] ARGIBAY Y MOLINA, II, pág. 277

readaptación social del sujeto que delinque; e) El quantum de la pena en forma tal que no sea inoperante e injusta, etc.

La individualización legal o legislativa de la pena no es más que el intervalo penal fijado por el legislador al momento de crear la norma. En esa labor, que no está separada de la estructuración de la ley, se requiere un estudio de la realidad social con todos los factores que inciden en la generación de la problemática delictiva y de las instituciones e instrumentos con que se cuenta para establecer la política criminal que debe adoptar el Estado.

La ley penal, en cierto sentido, forma parte de los instrumentos con que cuenta el Estado para afrontar, en forma adecuada, el fenómeno delictivo que se presenta en el país en un momento histórico dado.

De acuerdo con algunos autores, la Individualización legal no existe porque en la fijación de mínimos y máximos, tarifas o escalas de penas, no se da una individualización propiamente tal, solo se dan pautas generales. No obstante, si nos detenemos a examinar todo el proceso de creación de la norma penal, especialmente el del componente punibilidad, se podrá advertir, sin mayor esfuerzo, que hay una selección de la clase de pena, de las cantidades en que ésta puede fluctuar, el carácter de la misma, si es principal o accesoria, conjunta o alternativa, en fin, se trata de una cuantificación y calificación de la pena en armonía con la gravedad del delito la jerarquía del bien que se tutela, la personalidad del sujeto, etc. Todo esto conforma una individualización, que es precisamente la que ofrece la ley.

En el Derecho positivo panameño la individualización legal de la pena se logra mediante los siguientes elementos:

a) Grado de perfeccionamiento del delito, según si éste ha quedado consumado o si solamente ha alcanzado las etapas de tentativa o frustración (art. 61 y 62 del Código Penal).

b) Naturaleza de la intervención del delincuente en el delito, según si debe ser estimado como autor o partícipe (arts. 63 y 64).

c) Concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes (arts. 30 y 60).

d) la **mayor o menor extensión del mal producido por el delito.** Así, por ejemplo, en el caso del peculado por apropiación (art. 153) se establece la graduación de la pena con base en la cuantía de los caudales indebidamente apropiados.

e) En ciertos casos, se toma en consideración algunas formas de **concurso de delitos** (arts. 66 a 74).

f) La calidad del sujeto activo en algunos casos (art. 281, 143, etc.).

g) El número de personas que interviene en la comisión del delito, especialmente si se trata de delitos monosubjetivos.

h) La calidad y tutela que exige el **sujeto pasivo** (art. 129, 281).

i) La jerarquía del bien jurídico que se protege (art. 98, 313), etc.

Con relación a la individualización legal en el Derecho Penal patrio. Es de importancia tomar en cuenta el contenido del artículo 30 que dice:

"No se pueden aumentar ni disminuir las penas, sino de conformidad con una disposición expresa de la ley.

Cuando la ley prescriba u ordene que se aumente la pena o se disminuya en una fracción determinada, el aumento o disminución se harán sobre la pena que, si se prescindiera de las circunstancias que ordenan el aumento o disminución ordenados por la ley, debería aplicar el Tribunal al reo.

En el caso de concurrencia de circunstancias que la hagan aumentar y de circunstancias que hagan disminuir la pena, se empezará por el aumento y luego se harán las disminuciones.

Salvo disposición expresa de la ley, en los aumentos y disminuciones de pena, no se podrán traspasar los límites señalados para ello por este Código.

www.derechopanama.com

Cuando se trate de disminución de arresto o multa cuyo máximun no exceda de cinco balboas, se sustituirán estos con la amonestación judicial" (*El subrayado es nuestro*).

C. Individualización judicial

Al referirnos a la individualización judicial no estamos identificando al "arbitrio judicial" que tan negativa experiencia dejara en la etapa del Derecho penal público, sino a la individualización por antonomasia o sea, a la que hace "el tribunal encargado del juzgamiento, considerando los elementos de juicio que arroja el proceso respecto de la persona del delincuente y en uso de las atribuciones que legalmente se reconocen, al juez para escoger entre varias penas o entre diversos grados o cuantía de pena"[3]

Desde el punto de vista normativo, la individualización legal se ajusta a los criterios de generalidad, abstracción y permanencia que son propios de la punibilidad. Sin embargo, la individualización judicial solo es posible apreciarla a nivel de concretización, de consumación de un delito, cuya existencia se acredita por los medios idóneos que la ley señala, y que conlleva como consecuencia la aplicación de la pena. En otras palabras, la pena en su sentido abstracto es fijada normativamente a través de su primera manifestación de individualización legislativa; pero la aplicación de esa pena que establece la ley solo compete hacerla al juzgador al momento de dilucidar un hecho punible determinado, aplicación en la que el Juez cuenta con una gama de penas posibles, grados, escalas, tarifas amplias que por su flexibilidad se pueden adecuar a las modalidades que rodean el hecho y a la personalidad del delincuente revelada a través de su acción y de otros indicadores con base científica que reflejen su personalidad bio-psico-sociológica.

Como vimos antes, al Juez le corresponde fijar la pena una vez terminado el plenario y reunidos los elementos de juicio sobre el caso

www.derechopanama.com

3 NOVOA MONREAL, II, Pág. 392.

particular. En esa labor partirá de los lineamientos señalados por la Ley hasta lograr su adecuación al hecho que se ventila, según sus modalidades fácticas y personales.

A este nivel fáctico la pena adquiere los caracteres de **concreta, particular y temporal.**

La pena es: a) **particular,** o sea aplicada a un sujeto determinado por la .comisión de un delito; b) **concreta,** en el sentido de que se aplica para un caso específico; c) **temporal,** en cuanto esa pena sólo es válida para ese caso y se extingue por su cumplimiento.

La individualización judicial en las actuales legislaciones le otorgan al juzgador la facultad de utilizar su buen criterio, dentro de ciertas pautas que la Ley señala, para fijar la clase y el quantum de la pena que debe cumplir el que ha cometido el delito.

D. Individualización administrativa

Dentro de la etapa de ejecución de la pena, específicamente de las penas privativas o restrictivas de la libertad, el legislador ha fijado ciertas pautas que permiten llevar un seguimiento del proceso de cambio de la conducta delictiva, de la readaptación social del delincuente o de su acatamiento a las normas de convivencia social y que originan la individualización administrativa o penitenciaria, o sea, un ajuste de la pena fijada por el juzgador.

Habida cuenta de que la legalidad es el principio que, por excelencia, garantiza "la libertad individual y constituye uno de los pilares que sustentan el ordenamiento jurídico-penal, hay que buscar en la legislación vigente, el fundamento de la r individualización administrativa de las sanciones.

La Constitución vigente, en su artículo 27 prescribe los lineamientos generales que deben regular el sistema penitenciario especialmente los instrumentos jurídicos que norman la ejecución de las sanciones privativas de libertad.

www.derechopanama.com

El Código Penal en su artículo 20, al regular el otorgamiento de la libertad condicional a quienes cumplen penas de prisión o reclusión, aspecto al que ya hicimos alusión al examinar las penas privativas de libertad en nuestra legislación, establece una forma de individualización administrativa de las sanciones.

Fuera de la norma citada, no existe en nuestra legislación otra u otras disposiciones sobre individualización administrativa de las sanciones, ya que la ley 87 de 1941 sobre establecimientos penales y correccionales ha sido siempre "letra muerta" en nuestro sistema penitenciario, tal como lo veremos más adelante. Los países que han seguido las recomendaciones de las Naciones Unidas adoptadas en el Seminario Latinoamericano sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en 1953, sobre reglas mínimas para el tratamiento de reclusos (México lo hizo en su Ley de 4 de febrero de 1971) cuentan con métodos de prevención y readaptación social que van desde capacitación y educación para el trabajo, hasta medios de recreación, cultura física e integración de la familia, destinados todos a la individualización de la pena a nivel administrativo o de ejecución penal.

La individualización administrativa directamente vinculada al sistema penitenciario, una vez aplicada correctamente trae una serie de consecuencias positivas: a) la dignificación del ser humano; b) la humanización de las penas; c) desarrollo de elementos antitéticos a los factores generadores del delito; d) se obtiene la readaptación social del delincuente que es la meta del sistema penitenciario a través de la individualización de la ejecución de la sentencia y que consiste, esencialmente, en dotar al delincuente de los elementos culturales, sociológicos, educativos, laborales y psicológicos que le permiten su reintegro a la sociedad como una persona útil, constructiva, respetuosa del orden social, de sus instituciones y de los seres con quienes comparte su vida familiar, laboral y social.

www.cenunam.com

II. LA SENTENCIA INDETERMINADA

Un número considerable de autores consideran que la individualización administrativa o penitenciaria de las sanciones no se puede llevar a cabo mientras la legislación correspondiente no incorpore a su sistema punitivo la sentencia indeterminada.

CUELLO CALON explica la oposición que se ha mantenido en la mayoría de las legislaciones en cuanto a darle cabida a la sentencia indeterminada, así: "La sentencia indeterminada ha tenido que vencer grandes resistencias, que han impedido o retardado su admisión en la ley o su aplicación por los jueces, opuestos por doctrinas penales que aunque alcanzaron su apogeo en épocas pasadas, aún conservan fuerte arraigo. Adversa a la indeterminación penal es la idea de retribución, mantenida todavía con gran firmeza, que exige una pena fijada proporcionada a la gravedad del hecho, por otra parte, el principio de legalidad que domina fuertemente en el derecho penal de nuestros días es también favorable al sistema de penas ciertas y predeterminadas por la ley[4].

El problema relativo a la determinación de la pena admite varios sistemas.

La escuela clásica propugnó por la pena prefijada en la sentencia, que el juez impone sujetándose a las reglas establecidas en la ley que, constituyó, una reacción a la excesiva arbitrariedad que imperaba en el antiguo régimen, bajo el cual los jueces podían sancionar hechos y asignar penas a voluntad".

En oposición al sistema anterior, el positivismo sostuvo que no era dable aplicar sanciones de duración determinada, toda vez que ellas podrían resultar excesivas o insuficientes para llenar sus fines. Se razonaba que si la pena ha de adaptarse a las condiciones particulares de cada delincuente y perseguir, como uno de sus fines más importantes,

www.derjurpanama.com

4 CUELLO CALON, Eugenio. La Moderna Penología, Barcelona, Edit. Bosch, 1958, p.78

la readaptación social del condenado, resultaba ilógico, pretender que el juez fijara en la sentencia de modo irrevocable la duración del castigo.

Modernamente *se* ha llegado a proponer el sistema de la sentencia indeterminada, conforme al cual el condenado empezaría a cumplir una condena cuyo término no estaría señalado de antemano, sino que sería fijado una vez que *se* comprobaran en él manifestaciones evidentes de enmienda y readaptación social.

El sistema de la sentencia indeterminada presenta dos variedades la absoluta y la relativa. En la primera, dictada la sentencia condenatoria, el cumplimiento de la condena no tiene límite en el tiempo que no sea por la reforma del delincuente. En la segunda, la sentencia condenatoria señala ciertos límites, generalmente uno mínimo y otro máximo, que viene a constituir un marco fijo dentro del cual debe esperarse que el tratamiento penitenciario demuestre su eficacia[5].

Se ha señalado que la sentencia relativamente indeterminada es "la única capaz de conciliar los requerimientos de individualización de las penas y de la mayor eficacia de éstas como tratamiento de reforma del delincuente, con la naturaleza retributiva de la pena, sus finalidades intimidativas y de seguridad y los derechos y garantías del individuo. Porque, una sentencia absolutamente indeterminada dejaría entregada la libertad del condenado a una absoluta incertidumbre aún en el caso de que fuera un tribunal el que hubiera de resolver sobre el momento de que ella puede ser concedida. Con mayor razón habría grave menoscabo de las garantías individuales si, como algunos lo quieren, fuera la autoridad administrativa penitenciaria la que decidiera sobre el término de reclusión del condenado"[6].

www.derechopenitenciario.com

5 NOVOA MONRREAL, II, pág. 396

6 IBIDEM, pág. 395-396.

III. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL

A. Teoría general de las circunstancias

Cuando estudiamos la teoría del delito, examinamos sus elementos esenciales, esto es, la acción, la tipicidad y los elementos del tipo, la antijuridicidad y la culpabilidad. El delito en su forma más simple se presenta como la acción típicamente antijurídica y culpable, sin embargo, a nivel de concretización, el delito es más que una acción típicamente antijurídica y culpable, a su núcleo integrativo se añaden variables fácticas o personales, sin que por ello se pierda la esencia delictiva, prevista en la hipótesis típica.

Estas variables son conocidas como elementos accidentales del delito y si bien no afectan la esencia del delito, sí influyen en sus consecuencias, bien agravándolas o atenuándolas. Tales elementos accidentales que se presentan en la forma apuntada reciben el nombre de **circunstancias.**

MANZINI describe las circunstancias del delito como "elementos de hecho, personales, materiales o psíquicos, extraños a los elementos constitutivos del delito, tal como está previsto en su noción fundamental; representan un más o menos respecto a la hipótesis típica del delito mismo, y determinan una agravación o una atenuación de la imputabilidad y de la responsabilidad, de la responsabilidad solamente"[7].

La definición de MANZINI nos parece acertada porque no solo se refiere a los elementos accesorios del delito sino también a los personales del delincuente y que también influyen en la gravedad o atenuación de la responsabilidad penal. Por otra parte, señala como circunstancias aquellos elementos distintos a los constitutivos de la figura delictiva en su noci6n fundamental, indicando así que se trata de aquellos fuera del tipo que describe los elementos integrativos del delito de que se trate y que van a modificar la responsabilidad agravándola o atenuándola.

www.derechopenalperuano.com

7 MANZINI, II, pág. 48.

Esta definición, a su vez, da margen para introducir las clasificaciones principales de las circunstancias: agravantes, atenuantes, personales, fácticas, materiales, psíquicas, etc.

Las circunstancias se distinguen de los elementos esenciales o constitutivos, porque mientras estos son indispensables para la existencia del delito, aquellas pueden o no existir dejando intacta su esencia. Los elementos esenciales son constantes del delito y las circunstancias son variables. La falta de un elemento esencial hace que un hecho no pueda considerarse delito, o que varíe de tipo, por el contrario, la ausencia de una circunstancia no influye en lo absoluto en la existencia del delito. Todas estas diferencias nos permiten concluir que mientras las circunstancias son **elementos accidentales** que pueden existir o no sin que por ello desaparezca el delito en su forma normal, los elementos esenciales son requisitos integrativos cuya ausencia afecta la existencia del delito.

A manera de ejemplo podemos señalar como elemento esencial del delito de peculado doloso (art. 153) la calidad del sujeto activo, esto es, que se trate de un funcionario público que realiza acciones de sustraer, malversar o de apropiarse de los caudales u otros objetos muebles bajo su cuidado. En ese mismo caso si el funcionario además de realizar la conducta típica de peculado, reintegra los caudales o efectos públicos durante la instrucción del sumario habría lugar a una circunstancia modificatoria de la responsabilidad penal. El que se de o no el acto de reintegro no hace variar la esencia del delito de peculado doloso. En igual sentido, el art. 283 del Código Penal establece como requisito esencial de la seducción que el sujeto pasivo sea "mujer, doncella, mayor de doce y menor de diecisiete años", de modo que si el sujeto pasivo no reúne las condiciones de sexo, edad y doncellez, la figura delictiva de la seducción no se integra. Si en este mismo caso el concúbito se da mediando promesa de matrimonio, tal situación sin variar la esencia del delito, modifica la responsabilidad criminal agravándola en su aspecto cuantitativo.

www.derechopanama.com

Lo que caracteriza la circunstancia es el hecho de que determina normalmente una mayor o menor gravedad del delito, y, en todo caso una modificación de la pena **(agravación o atenuación).**

Algunas circunstancias, en efecto, agravan o disminuyen la pena en cuanto agravan o atenúan la imputabilidad, aumentando o disminuyendo la entidad t material o moral del hecho. Otras, por el contrario, agravan o atenúan solamente la responsabilidad (pena), aumentando o disminuyendo las consecuencias materiales del hecho y ejercen su efecto por absoluta voluntad de la ley, independientemente de toda relación con la psiquis del agente.

A veces ocurre, sin embargo, que la propia ley considera el mismo hecho como elemento constitutivo o como circunstancia de un determinado delito. Para determinar si se trata de uno u otra, es preciso atender a la función que se le atribuye a tal hecho y no a su naturaleza intrínseca. Cuando el hecho sirve para distinguir un delito de un hecho lícito o de otro delito, es elemento constitutivo; por el contrario, cuando agrava o atenúa el delito, suponiendo. Una variación de la pena legal, se está en presencia de una circunstancia[8]. En este sentido observamos Que la calidad de "funcionario público" es elemento constitutivo del delito de peculado (art. 153), en tanto que constituye una circunstancia agravante en la hipótesis de revelación de secretos políticos, diplomáticos o militares (art. 101), cuando el culpable conocía de los secretos por razón del ejercicio de sus funciones:

La presencia de una circunstancia transforma el **delito simple en delito circunstanciado;** la relación que existe entre uno y otro es la de género a especie. En el delito circunstanciado debe, por ello, existir todos los requisitos del delito simple: la circunstancia es siempre un agregado.

www.derechopenalpanama.com

8 ANTOLISEI, Manual, pág. 320.

Fundamentalmente, las circunstancias contribuyen a que la individualización judicial de la pena se cumple plenamente, ya que la ley se limita a describir los tipos y la punibilidad de una manera general para no caer en el algebrismo jurídico de la escuela clásica; en virtud de la regulación de las circunstancias se le ofrece al juzgador una valoración jurídica más completa que conlleva un análisis de las condiciones tácticas y personales que rodean el delito y al sujeto que delinque. Mediante la determinación de la existencia de los elementos accidentales es posible calificar la gravedad del delito, el grado de imputabilidad, la entidad de la lesión jurídica causada, las condiciones particulares del sujeto, en fin, todas las variables que al individualizar el hecho se reflejan en la medida de la pena que debe aplicar el Tribunal al caso concreto. Si el Juez solo contara con el intervalo penal fijado por la norma, su acción sería muy limitada, casi mecánica, fría, enmarcada entre un mínimo y un máximo férreo; las circunstancias como elementos accidentales modificatorios de la responsabilidad, permiten una auténtica labor de individualización judicial.

www.penjurparana.com

B. Clasificación de las circunstancias

A fin de identificar las circunstancias en la doctrina y en la legislación patria, se hace indispensable estudiar los diferentes tipos de circunstancias que dan lugar a una modificación de la responsabilidad penal.

Atendiendo a sus efectos, las circunstancias se clasifican en agravantes y atenuantes.

Desde el punto de vista de su aplicación, se dividen en generales y especiales.

Conforme a su calidad, se clasifican en fácticas u objetivas y personales.

En cuanto a su relación cronológica de aparición, se dividen en antecedentes, concomitantes y subsiguientes.

Atendiendo la previsión legal, se clasifican en específicas y genéricas.

1. Circunstancias agravantes y atenuante.

Se denomina circunstancia agravante aquella condición de hecho, personal o material que rodea una figura delictiva determinada y que tienen como efecto agravar la responsabilidad penal y aumentar la pena, ya en su forma cuantitativa o cualitativa.

La circunstancia agravante para que sea considerada como tal exige que la variable que se presenta conlleve una variación de la pena, variación que puede darse en cuanto a la cantidad fijada para el delito simple o en lo que se refiere a la calidad, o sea la variación de una pena menos grave por una más grave (prisión a reclusión, arresto en vez de multa, etc.).

Las circunstancias atenuantes están constituidas por los elementos accesorios de hecho, personales, materiales o psicológicos que sin afectar la esencia del delito o tienen la virtualidad jurídica de aminorar o reducir la pena y atenuar la responsabilidad penal.

De igual manera que las circunstancias agravantes, la variación o modificación penal, se pueden presentar cuantitativamente o cualitativamente, o sea, puede consistir tal atenuación en una rebaja de la pena o en el reemplazo de una pena grave por otra menos grave.

Las circunstancias atenuantes y agravantes se fundamentan en la disminución o aumento de la pena ya en forma cuantitativa o cualitativa.

2. Circunstancias generales y especiales.

Las circunstancias generales son aquellos elementos de hecho, personales o materiales que pueden concurrir en un número determinado de delitos. También les conoce con el nombre de circunstancias comunes y se les regula en la parte general de los Códigos, lo que permite hacerlas extensivas a las distintas figuras especiales que así lo admitan.

www.lexjurisprudencia.com

Las circunstancias especiales son las que la Ley prevé para un delito en particular o para un número específico de delitos. Tales circunstancias están previstas casuísticamente y acompañan la norma descriptiva del delito individualmente considerado. Se encuentran en la parte especial de los códigos que describen los delitos en particular.

Debido al carácter especial de estas circunstancias, solo pueden ser consideradas en el caso específico previsto por la Ley, no constituyen denominador común a todas las figuras delictivas.

3. Circunstancias objetivas y personales.

Las circunstancias objetivas, llamadas también fácticas, son las que se relacionan con cualquiera de los elementos esenciales del delito y afectan en alguna forma al delito como hecho punible. Estas circunstancias pueden presentar variables en cuanto a los medios o instrumentos '", utilizados, o a las referencias de modo, tiempo y lugar, o a las consecuencias de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico que se tutela o al objeto material sobre el cual recae la acción delictiva.

Las circunstancias personales son elementos accesorios que miran a las condiciones o cualidades personales del agraviado o del sujeto activo del delito.

Como ejemplo de circunstancia fáctica y objetiva puede mencionarse el hurto en horas de la noche o en los lugares destinados al culto religioso y como circunstancia personal puede presentarse la minoría de edad en el sujeto pasivo, a calidad de funcionario público en el agente activo, la habitualidad delictiva, etc.

4. Circunstancias antecedentes, concomitantes y subsiguientes.

Atendiendo a la relación cronológica de aparición de las circunstancias estas pueden ser: a) **antecedentes** cuando la situación de hecho, personal o material existe antes de la consumación del delito o de su concretización (premeditación, parentesco entre los sujetos, etc.); b)

www.penalpanama.com

concomitante es la circunstancia que se presenta al momento de ejecución del delito (violencia contra las personas o cosas, ensañamiento y crueldad en la perpetración del delito). etc. y c) **subsiguiente** es aquella que genera con posterioridad a la ejecución y consumación del delito (reintegro de caudales en el peculado, reparación del daño causado en delito contra la propiedad, retractación en el falso testimonio, etc.).

5. Circunstancias específicas y genéricas.

Se les denomina circunstancias específicas las que la ley prevé de manera expresa tanto en su fórmula abstracta como en la penalidad que acarrea. Son circunstancias genéricas las que, por ministerio de la ley, facultan al juzgador para valorar las condiciones que se le presentan dentro de su complejidad y aplicar una pena distinta a la fijada en abstracto. Esta facultad otorgada al Juez sólo se admite para el caso de circunstancias atenuantes, en ningún caso para circunstancias agravantes.

En la realidad, las circunstancias se presentan en forma combinada, esto es las circunstancias comunes pueden ser agravantes o atenuantes y a su vez pueden ser personales o fácticas o antecedentes, concomitantes o subsiguientes. Así tendríamos que la minoría de edad en el sujeto activo de conducta irreprochable anterior, es una circunstancia común, atenuante, personal y antecedentes. Es **común** porque es aplicable a un número indeterminado de delitos, es atenuante porque da lugar a una disminución de la pena prevista para el caso concreto, es personal porque sin ser una calidad exigida por el tipo, acompaña al sujeto activo del delito, es antecedente porque la minoría de edad como condición calificativa del sujeto activo, está presente antes de la concretización del hecho punible. Cada elemento accesorio que se presente como plus o minus del delito, puede ser objeto de la clasificación correspondiente y así tendremos agravantes personales y agravantes fácticas, agravantes comunes y agravantes especiales; o

www.lenguamana.com

atenuantes personales y atenuantes subsiguientes, atenuantes fácticas y atenuantes especiales, etc.

Además de los diversos criterios de clasificación que permiten identificar las circunstancias, es necesario tomar en cuenta que la doctrina moderna **no** le asigna el carácter de tales a los siguientes:

a) Los elementos que tienen valor esencial en la economía del delito, como son las causas que excluyen la antijuricidad (legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de la ley, obediencia jerárquica, etc.), o la imputabilidad del agente (enfermedad mental, la embriaguez, etc.). "La antijuricidad -razona MAGGIORE- es un elemento del delito, no susceptible de aumento (plus) o de disminución (minus): existe o no existe. La imputabilidad sí admite grados, pero aún cuando se la disminuye, es siempre un elemento esencial del delito, que jamás puede tener valor accesorio; por eso nunca puede ser considerada como circunstancia"[9].

b) Aquellos elementos que, al adherirse a un modelo de delito, lo hacen cambiar de tipo (por ejemplo, la violencia que transforma el hurto en robo; la calidad de funcionario público, que cambia en peculado la apropiación indebida; etc.).

c) La tentativa no es circunstancia en relación con el delito consumado. La tentativa influye en el grado y no sobre la cantidad del delito.

d) Como regla general no es circunstancia el concurso de personas para un delito (participación delictiva), pues ese concurso no agrava la entidad del delito tipo, sino que extiende a los concurrentes (partícipes) la responsabilidad y el tratamiento penal del autor principal.

www.penalparame.com

9 MAGGIORE, II, pág. 7.

e) Tampoco son circunstancias la reincidencia, la habitualidad y la profesionalidad[10].

f) No puede considerarse circunstancia la peligrosidad, que no influye sobre la culpabilidad ni sobre la pena, sino que tiene por efectos la aplicación de medidas de seguridad.

C. Las circunstancias en el Código Penal panameño

El Código de 1922 se ocupa de las circunstancias agravantes y atenuantes, con la particularidad de que mientras admite las atenuantes comunes, en cuanto a las agravantes solo prevé la reincidencia como una situación que da lugar al aumento de la pena, siguiendo así el criterio tradicional de valorar la reincidencia como agravante.

En otros países, la parte general de los Códigos regula como agravantes comunes la premeditación, la alevosía, la nocturnidad, en el ensañamiento, los el medios catastróficos, el abuso de la superioridad, el escalamiento, etc. Entre nosotros algunas de estas circunstancias integran los elementos esenciales del delito o aparecen como agravantes especiales.

1. Atenuantes comunes.

Constituyen atenuantes comunes en el Código Penal panameño:

a) Haber actuado en estado de ira o de resentimiento causado por un ultraje o provocación injustos (art. 52).

La ira es un estado emotivo, pero se toma en consideración como atenuante únicamente en la medida en que haya sido determinada por un hecho **injusto ajeno,** es decir, cuando es fruto de una **provocación.** Se requiere, por tanto, una relación de causas a efecto entre la provocación, y el estado de ira, siendo necesaria una reacción inmediata. La norma se refiere al momento de un arrebato de ira.

www.derjurpanama.com

10 En las páginas siguientes nos ocupamos de estas figura, con mayor detenimiento.

Opinamos que en el caso de "resentimiento", sin embargo, no se requiere que la reacción sea inmediata la configurar la causa de atenuación.

La eficacia provocante del ultraje no puede predeterminarse de manera absoluta, sino sólo con relación a la calidad, a las condiciones espirituales del provocado y del provocador, y a las condiciones de tiempo y lugar o uno puede ser ofendido, no sólo en su propia personalidad física y moral, sino también en sus relaciones de parentesco y de amistad, en las ideas y sentimientos de patria, de religión, de partido, etc. Pero no todo hecho que suscite la reacción de una persona super sencible y súper excitante puede considerarse como provocatorio[11].

b) Las eximentes incompletas: enajenación mental parcial (art. 45); embriaguez (art. 46); el exceso en la legítima defensa y el estado de necesidad (art. t 49); la menor edad (art. 57); la sordomudez (art. 59).
A estas eximentes nos hemos referido al tratar las causas de exclusión de la antijuricidad y de la culpabilidad, por lo que no será necesario detenernos en su consideración. (11)

2. Atenuantes genéricas.

Nuestro Código contiene una disposición que faculta al juzgador para reconocer circunstancias atenuantes no previstas en la ley.

En efecto, el artículo 60, a la letra dispone:

"Artículo 60. Fuera de las disminuciones de la pena que ordena una disposición expresa de la ley, siempre que se declare la existencia de circunstancias atenuantes, se reducirán las penas aplicables al delito en una tercera parte".

Si bien es cierto que con la institución de las circunstancias llamadas **genéricas, innominadas o indefinidas,** se confiere al juez un

11 MAGGIORE, II, pág. 39.

www.penumarama.com

gran poder discrecional, ello no quiere decir que dicha facultad pueda convertirse en un serio peligro para la seguridad jurídica.

Por ello le asiste razón a BETTIOL, cuando manifiesta: "hay que tener en presente el hecho de que este poder discrecional se orienta hacia un reconocimiento de libertad y que las exigencias de la justa retribución, que es idea inspiradora de todo el derecho penal, exigen que el juez encuadre efectivamente el hecho en toda la serie de elementos concretos que puedan dar una idea lo más exactamente posible de su gravedad"[12].

Podemos individualizar algunas de estas atenuantes genéricas en la ignorancia de la ley, en la ignorancia o escasa inteligencia del sujeto (ignorancia crasa), en la edad senil, en la indigencia no culpable o en los desastres económicos, en la "autodenuncia espontánea o confesión sincera y completa, en la sensibilidad individual a la pena, mayor que la media, en la mujer con hijos pequeños o embarazada, etc.[13]

3. Atenuantes especiales.

Además de las atenuantes anteriormente señaladas, aparecen en el Libro Segundo del Código, algunas circunstancias específicas de atenuación de la pena, aplicables a determinados delitos. Así, por ejemplo, las previstas en los artículos 132, 177, 190, 193, 330, etc.

4. Agravantes comunes.

Nuestro Código no contempla circunstancias agravantes **comunes,** salvo lo dispuesto en el artículo 65 y en el título VIII, del Libro Primero, relativo a la "reincidencia". En el primer caso, sin embargo, más que ante circunstancias nos encontramos con las reglas que deben seguirse para solucionar el problema que la doctrina moderna ha denominado "comunicabilidad de las circunstancias de los que participan en el delito",

12 BETTIOL, pág. 462.

13 MANZINI, citado por BETTIOL, pág, 462.

www.derechopenal.com

o sea, para determinar cuando se justifica la agravación de la pena de aquellas personas que concurren al delito teniendo o no conocimiento de la existencia de circunstancias inherentes a alguno o algunos de los que participan en la violación de la ley penal, que motivan una agravación de la sanción que les corresponde. Este tema, no obstante, ya fue abordado al tratar la **participación criminal** en capítulos anteriores.

5. Agravantes especiales.

El Libro Segundo del Código prevé una cantidad considerable de circunstancias agravantes, al tratar las diferentes especies de delitos, ya limitadas a un solo delito o a un grupo de delitos. En este sentido y a título de ejemplo, véase los artículos 352 y 353 sobre hurto propio; los artículos 312 sobre tipos agravados de homicidio; el artículo 129 sobre delitos contra el culto cuando se comete contra ministros, ceremonias o edificios pertenecientes al culto católico; el artículo 142 sobre violación de domicilio cuando se comete de noche, por medio de violencias con armas, etc.

Tanto las atenuantes como las agravantes especiales son objeto de un examen más detenido en el estudio de los delitos en particular, cuando cada figura delictiva será analizada en extenso, incluyendo la punibilidad y todas las circunstancias especiales.

El proyecto de Código Penal elaborado por el Profesor ROYO, trae como una de las innovaciones de dicha excerta, el capítulo III del Título II del Libro I que denomina "Circunstancias del hecho punible". Consiste dicha innovación en establecer de manera expresa, en la Parte General del Código, las circunstancias atenuantes y agravantes comunes a todos los delitos que según su naturaleza así lo permitan.

Según la exposición de motivos del proyecto aludido "en este apartado se hace una clasificación técnica de las atenuantes y agravantes específicas y genéricas, para lo cual nos hemos orientado principalmente en la jurisprudencia patria que ha tenido que suplir con

www.derechopanama.com

loable eficiencia la omisión del Código actual en estos aspectos tan importantes para la penología"[14].

El proyectista denomina "circunstancia especialmente atenuante" (art. 24) a la perpetración del hecho en un momento de arrebato o intenso dolor determinado por injusta provocación. Tomando en cuenta los caracteres de las otras situaciones a las que se les considera como atenuantes ordinarias, no logramos advertir en donde radica la singularidad que presenta la atenuante descrita en el artículo 24 que amerite su especialidad.

El artículo 25 recoge las circunstancias atenuantes ordinarias, sin caer en una enumeración estricta y rigurosa ya que el ordinal lo establece: cualquier otra circunstancia de igual entidad no preestablecida por la ley, que a juicio del Tribunal deba ser apreciada por su analogía con las anteriores o por peculiares condiciones de ambiente o cuando se demuestre el bajo grado de peligrosidad del agente".

El artículo 26 del proyecto enumera las circunstancias agravantes comunes, comprendiendo entre ellas la alevosía, el abuso de superioridad, el ensañamiento, la ejecución en estado de calamidad, el escalamiento, la fractura, el uso de armas, la embriaguez deliberada, etc.

En el artículo 27 de este capítulo se ratifica el criterio diferenciador que existe entre las circunstancias y los constitutivos elementos del delito, que ya señalamos al momento de entrar al tema. En este sentido dice: "No producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por sí solas constituyan delito, o las que la ley haya expresado al describirlo, ni aquellas de tal manera inherentes al delito que, sin su concurrencia, no pueda cometerse". Como puede apreciarse de la trascripción hecha, el legislador no puede ni debe impregnar los códigos de disposiciones sobre las cosas o hechos que no constituyen una institución o figura determinada, porque tal proceder nos llevaría al absurdo de señalar las conductas valoradas o las situaciones atípicas

www.derechopenal.com

14 ROYO, Arístides. Exposición de motivos. pág. 15

para encontrar el substratum ontológico de la creación de la ley, o sea, que tendríamos que decir todo lo que no es para llegar a lo que es, mecanismo o método alejado de toda técnica jurídica.

Por último, en el artículo 28, el proyecto se refiere a las circunstancias ambivalentes, esto es, a las que pueden fungir como atenuantes o agravantes según la naturaleza, motivos y efecto del delito, señalando entre estas el parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad y el segundo de afinidad. También incluye entre los parientes a los cónyuges, ya sean estos de hecho o de derecho, distinción un tanto fuera de nuestra realidad jurídica porque la condición de cónyuge se adquiere por el vínculo civil o religioso. El llamado "matrimonio de hecho" que debe reunir una serie de requisitos fijados por la constitución y la ley, no crea "cónyuges de hecho", es un matrimonio legal constituido por partes denominadas cónyuges, a secas, sin el aditamento de hecho o de derecho que ha introducido el proyectista.

IV. LA REINCIDENCIA

A. Antecedentes

Los estudiosos del Derecho que se han ocupado a fondo sobre esta institución jurídico-penal, han encontrado sus raíces sumergidas en tiempos remotos en los que ya se advertía preocupación por el comportamiento de ciertos delincuentes que reiteraban sus acciones dañosas a la sociedad.

En el Derecho Romano se le consideró como una agravante y se identificaba como la "consuetudo delinquendi" que ameritaba un castigo más riguroso y severo por la temeridad demostrada por el sujeto al volver a delinquir.

En igual sentido el Derecho Canónico se preocupó por la reinteración delictiva y en ciertos delitos la consideró como agravante de la responsabilidad criminal.

www.derjurpanama.com

Las distintas legislaciones que se ocuparon de ella la consideraron como una circunstancia agravante en virtud de un enfoque objetivo basado en la recaída en el delito.

ARGIBAY MOLINA estima que en la actualidad no se discute que "la recaída en el delito después de haber sido destinatario de condena, es causa de mayor severidad en la nueva pena, por cuanto su autor está demostrando ser poseedor de una voluntad antijurídica dominante, que no declina ante el castigo ordinario y se presenta como un inadaptado del orden jurídico en cuyo seno juega como elemento peligroso"[15].

B. Concepto de Reincidencia

La palabra reincidir proviene del latín recidere que significa recaída en el delito o repetición.

Desde el punto de vista del Derecho Penal consiste en la situación del individuo que vuelve a delinquir o repite conductas punibles después de haber sido condenado mediante sentencia firme que alcanza autoridad de cosa juzgada, por uno o más delitos anteriores.

La reincidencia, por tanto, viene a constituir una hipótesis particular de la pluralidad de delitos, cometidos en tiempos diversos por el mismo sujeto y se diferencia del concurso de delitos en lo siguiente: mientras que en el concurso de delitos existe una persona llamada a responder por la comisión de varios delitos, sin haber sido condenado por ninguno de ellos; en la reincidencia el sujeto llamado a responder por la comisión de un delito debe haber sido condenado por uno o varios " delitos anteriores.

ANTOLISEI sostiene que para "que exista reincidencia no es suficiente con haber cometido un delito con anterioridad; es preciso que éste sea establecido judicialmente con la afirmación de la correspondiente responsabilidad. La sentencia, por ello debe poseer autoridad de cosa juzgada. No se requiere sin embargo, que la pena

15 ARGIBAY MOLINA, II, pág. 365.

www.derechoenlinea.com

impuesta haya sido cumplida, porque de otra manera se crearía una injustificada situación de favor para quien se sustrae voluntariamente a la ejecución de la condena"[16].

LATAGLIATA considera que la reincidencia es una institución ético-social cuyos elementos constitutivos son: una anterior acción criminal por la cual el culpable registre ya una condena penal irrevocable y un delito posterior, aunque sea en forma de simple tentativa, cometido por el mismo sujeto[17].

C. Efectos de la reincidencia. Teorías

"Podemos esquematizar las distintas teorías formuladas en orden a los efectos que ha de producir la calidad de reincidente, en los siguientes grupos:

1. Las que le reconocen efectos agravantes.

Para el criterio más extendido la reincidencia debe obrar como circunstancia agravante de la responsabilidad criminal.

ROSSI, en este sentido, ve en el reincidente "un caso de culpabilidad especial, a la vez moral y política, puesto que el delincuente, al repetir infracciones, se revela como tenaz menospreciador del orden jurídico"[18].

CARRARA, por su parte, funda la agravación de los reincidentes en la insuficiencia de la pena, y según su terminología, "esta insuficiencia la demuestra el reo con su propio hecho, es decir, con la prueba positiva que resulta de su desprecio por la primera pena"[19].

www.penumarama.com

16 ANTOLISEI, Manual, pág. 482.

17 LATAGLIATA, Angelo Raffaele, Contribución Estudio de la Reincidencia, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1963, Pág. 16

18 Citado por JIMENEZ DE ASUA, La ley, pág. 535.

19 CARRARA II, parágrafo 738.

2. Las que alegan la improcedencia de la agravante.

Algunos autores impugnaron la legitimidad de la agravación por causa de reincidencia, argumentando que la caída en el delito depende con frecuencia de condiciones y circunstancias sociales no imputables al acusado, y que no es justo hacer pesar sobre éste, por segunda vez, un delito ya expiado[20].

3. Las que le reconocen efectos atenuante.

No han faltado autores que llegaran a sostener que la reincidencia debe operar como causa de atenuación, porque el reincidente obra impulsado fatalmente por la costumbre, por lo tanto, con menor conciencia del mal que ha hecho y con menos libertad[21].

4. El criterio moderno.

Las modernas concepciones del Derecho Penal reemplazan el criterio jurídico de la reincidencia por el concepto antroposociológico de habitualidad y profesionalismo. En este sentido, JIMENEZ DE ASUA afirma: "que la habitualidad desplazará al vetusto concepto de reincidencia. Ya no interesa tanto la repetición de un delito, y vale más el indicio de peligrosidad, la tendencia arraigada al crimen, que acaso un primer acto delictivo es capaz de revelar"[22].

De acuerdo con la regulación que le han dado hasta el presente las diversas legislaciones, hay autores, como LATAGLIATA que sostienen que la reincidencia "tiene un fundamento ético-jurídico que no presenta ningún ligamen de afinidad con la "ratio" de las disposiciones relativas a la habitualidad ya la profesionalidad en el delito", pues mientras en la delincuencia habitual o profesional se toma en cuenta un dato naturalista, la realidad psicológica o inclinación delictiva, en la reincidencia se le atribuye un sentido moral, conectado con una valoración ético retributiva.

www.derpanama.com

20 MAGGIORE II, pág. 198.

21 IDEM.

22 JIMENEZ DE ASUA, La ley..., pág, 538.

En ese mismo sentido MAURACH advierte que la reincidencia además del requisito de que el sujeto haya respondido ante un juez, debe tener conocimiento de la antijuridicidad de la conducta mientras que en la habitualidad se toma en cuenta un criterio de peligrosidad.

La reincidencia tiene por efecto agravar la pena, mas no debe ser estimada "como una circunstancia agravante, en el sentido técnico de la palabra.

Es cierto que algunos autores como CARRARA, consideraron que el delito cometido por el reincidente no era más grave, ni era mayor la cantidad de la imputación, es decir, que la reincidencia no es una causa de agravación del hecho, sino que es un fundamento para agravar la pena[23]. La doctrina dominante, sin embargo, nos enseña que la institución de la reincidencia se justifica a causa de la mayor peligrosidad del agente, demostrada en su obstinación en violar las leyes, a pesar de haber intervenido la acción del poder punitivo. La reincidencia, pues, no aumenta la gravedad objetiva del delito, pero sirve para calificar como más criminosa la personalidad del delincuente. Hace referencia al elemento subjetivo y, por consiguiente, a la imputabilidad psíquica. Al admitir que la reincidencia influye sobre la imputabilidad y no sobre la pena, será preciso reconocer que es más que una simple circunstancia agravante.

Debemos recordar que al estudiar las circunstancias, manifestamos que eran aquellos elementos simplemente accesorios o accidentales del delito. La reincidencia, en cambio, refleja toda la personalidad del agente, quien "al preservar en el delito y al portarse como refractario al poder represivo y educativo de la perla, se muestra más perverso y temible"[24]. La reincidencia, por consiguiente, no puede ser estimada como una circunstancia agravante en sentido estricto, porque no tiene nada de accidental, sino que es expresión esencial y fundamental del carácter del

23 CARRARA, II, parágrafo 737.

24 MAGGIORE, II, pág. 201.

www.penumbra.com.pe

Delincuente.

En la formulación más moderna del concepto de calificación subjetiva de la reincidencia, se destacan las opiniones de BETTIOL y BELLAVISTA quienes se inclinan por considerar al reincidente como "un tipo de autor", en el que el nuevo delito se agrava con motivo de la personalidad que se revela en la repetición delictiva y se manifiesta en un tipo criminológico de autor.

D. Clases de Reincidencia

Atendiendo diversos puntos de vista, la doctrina distingue varias clases de reincidencia, que son:

a) según el cumplimiento o no de la condena, se distingue entre:

Reincidencia verdadera, real o propia y reincidencia ficta o impropia.

Es reincidencia, verdadera, real o propia aquella que se produce cuando vuelve a cometer delito el que había sido condenado anteriormente y había cumplido la pena impuesta. Es reincidencia ficta o impropia aquella en que incurre el que fue condenado antes en virtud de sentencia ejecutoriada y delinque nuevamente sin haber cumplido aquella condena.

Los autores que fundamentan la institución de la reincidencia en lo insuficiente de la pena anterior, exigen como requisito de la reincidencia que la pena impuesta haya sido efectivamente sufrida, al menos parcialmente; en cambio, los partidarios del concepto de que la reincidencia aumenta la imputabilidad, estiman suficiente que la condena anterior haya pasado a cosa juzgada. Este último sistema resulta mucho más severo que el anterior.

b) Según el tipo de delito en el que recaiga, puede ser:

Reincidencia específica y reincidencia genérica.

Se habla de reincidencia genérica en la acción de aquel que, después de haber cumplido una condena, comete en general, un nuevo

www.penalpanama.com

delito, se trata de una repetición de conductas delictivas de cualquier tipo o naturaleza.

Cuando la nueva acción criminosa presenta estructura y caracteres análogos a aquella que ha sido objeto de la condena precedente, se configura, en cambio, la hipótesis de la reincidencia específica, esto es, la repetición de un delito de la misma clase.

Los autores estiman de mayor gravedad la reincidencia específica, por cuanto ella revela una tendencia definida del delincuente a recaer en una misma clase de delitos, inutilidad de la pena para desarraigar esa mala pasión del sujeto e inclinación a la habitualidad. El nuevo delito sostiene LATAGLIATA en las hipótesis de reincidencia específica, presenta no sólo la misma estructura de la precedente conducta criminal, sino también el significado de un más directo y personal conocimiento del ilícito que el culpable ha adquirido directamente de la condena anterior[25]".

Generalmente se circunscribe la reincidencia propiamente dicha a la de tipo especifico han utilizado diversas soluciones para definir esa especialidad. Se habla entonces de a) identidad absoluta, que implica igualdad en los delitos, y b) identidad relativa, que indica igualdad de impulso criminoso, en el móvil, que en el Derecho Penal moderno tiene enorme importancia, y que generalmente se exterioriza por la comisión de un delito de la misma especie, pero a veces podrá referirse a figuras delictivas totalmente distintas[26].

Otros autores distinguen entre: a) la unificación de conductas en especies según el bien jurídico tutelado, y b) la determinación del móvil como pauta de diferenciación.

MANZINI observa que la homogeneidad debe comprobarse a base de la existencia de caracteres fundamentales comunes entre los diversos delitos. Caracteres que se deducen tanto de elementos objetivos como

25 LATAGLIATA, pág. 99

26 JIMENEZ DE ASUA, La ley..., pág. 540.

de elementos subjetivos. "Para establecer la homogeneidad -señala este autor- es suficiente que existan solamente los elementos objetivos, o solamente los elementos subjetivos, esto es, que la homogeneidad se derive de la naturaleza de los hechos que constituyen los delitos, o bien de la naturaleza de los motivos que determinaron tales delitos"[27].

E. Prescripción de la Reincidencia

En orden a la prescripción de la reincidencia pueden distinguirse tres sistemas:

1. El de la **temporalidad,** favorable a la prescripción de la reincidencia. Se estima que juego de transcurrido cierto tiempo no debe tenerse en cuenta la circunstancia de la reincidencia.

De acuerdo con este sistema se establece un período de tiempo a partir de la condena anterior, pasado el cual esta condena no puede constituir ya elemento de reincidencia.

2. El de la **perpetuidad o reincidencia permanente,** sostenida por la escuela positiva, según el cual la reincidencia no puede sujetarse a ningún término, estimándose que si la tendencia al delito reaparece después de muchos años, demuestra su profundo arraigo.

3. Un criterio **ecléctico** que logra una fórmula conciliadora entre el sistema de la perpetuidad y el de la temporalidad. Así, por ejemplo, CARRARA mantiene el criterio de la perpetuidad en la apreciación de la reincidencia, pero disminuye el efecto agravante de un modo proporcionado al tiempo transcurrido entre la liquidación de la pena anterior y la comisión del nuevo delito[28].

F. Causa de la Reincidencia

El examen de los diversos factores que influyen en la reincidencia excede el marco de nuestra disciplina y entra en el campo de la

www.derechopenal.com

27 MANZINI, III, pág. 474.

28 CARRARA, II, parágrafos 733- 743

Criminología. Por su gran interés, sin embargo, haremos una breve referencia a los mismos.

La doctrina señala que la reincidencia obedece a causas **genéricas,** o sea, a las mismas que provocan la criminalidad en general, y a causas **específicos,** que corresponden a aquellas que tienen especial efecto sobre la recaída en delitos[29].

Se estima que las causas genéricas, al influir en la producción de delitos, provocan nuevas actuaciones criminales en aquellos que ya delinquieron con anterioridad. Entre estas causas se diferencian las de carácter endógeno, que provienen del individuo mismo, y las de carácter exógeno, que corresponden a los factores sociales y externos que influyen en la criminalidad.

Por lo que se refiere a las causas específicas de la reincidencia, le mencionan con mayor frecuencia:

1. El factor psicológico, que sea más fácil para quien ya delinqui6 anteriormente, repetir actos violatorios de la ley, por haber sido doblegada la inhibición que actúa con más firmeza ante la primera infracci6n, y que conduce a la formación del hábito delictivo, al trastocar la escala de valores que servía de freno al comportamiento delictivo.
2. El factor **social,** constituido por lo que se denomina la **complicidad social,** y que consiste primordialmente en la innumerables dificultades con que tropiezan los egresados de las prisiones para reintegrarse al seno de la sociedad como elementos útiles, por falta de un proceso educativo y de asistencia post liberacional.
3. El factor **penitenciario,** ya que una errada política en el tratamiento carcelario y, muy especialmente, la aplicación de penas privativas de libertad de corta duración, pueden tener efectos negativos sobre un delincuente primario. Conocemos las deficiencias del sistema carcelario que a través de los tiempos genera delincuencia y no cumple con la prevención específica a que teóricamente se destina en las leyes. Entre

www.derechopanama.com

29 NOVOA MONREAL, II pág. 107.

los trabajos monográficos sobre este tema, la obra de MIR PUIG al comentar la reincidencia en el Código Penal español, se ocupa de la **multirreincidencia** entendida como una pluralidad de reincidencias, o sea, que exige no sólo "la concurrencia de pluralidad de condenas anteriores, sino también que las mismas hayan determinado ya de modo efectivo la estimación de una primera, reincidencia formal"[30].
"

G. La reincidencia en el Código Penal Panameño

El detenido examen de las disposiciones contenidas en el Título VIII, del Libro Primero del Código Penal patrio, permite formular las siguientes observaciones:

a) La reincidencia opera en nuestra legislación como una **agravante genérica** para todos los delitos contemplados en el Código y leyes especiales.

b) Dos son los elementos de la reincidencia: a) una condenación anterior por un delito; y, b) una segunda infracción por el mismo autor.

c) El valor de la condena anterior, para los efectos de la calificación de la reincidencia, se limita a un período de tiempo (prescripción de la reincidencia), que ha sido señalado por el legislador en diez años, contados a partir de la fecha en que la **primera condena fue cumplida;** o se extinguió la primera condena, cuando la duración de la pena hubiere sido superior a cinco años.

d) Se admite tanto la reincidencia **genérica** como la **específica.** En efecto, si la nueva infracción es otra de cualquier naturaleza, al tenor de lo dispuesto en el artículo 75, primer párrafo, no se impondrá el mínimum de la pena al sujeto activo del delito. Cuando la nueva infracción sea de la misma naturaleza que la que motivó la condena procedente, se aumentará la pena en la escala prevista en la norma antes citada.

www.penalpanama.com

30 MIR PUIG, Santiago. La Reincidencia en el Código Penal, Edlt. Batch. Barcelona, 1974. pág.410.

La agravante rige no sólo para las penas privativas de libertad, sino que incluso alcanza a las pecuniarias (párrafo último del artículo 75).

f) En aquellos casos en que se trata de varias reincidencias sometidas a penas restrictivas de libertad superiores en cada ocasión a tres meses, si se comete una nueva infracción de la misma naturaleza que lleve consigo también una pena restrictiva de la libertad, la agravación de la pena es mayor, de conformidad con las reglas establecidas en el artículo 76.

g) El Código define como infracciones de una misma naturaleza las que violan una misma disposición penal, y además las comprendidas en la enumeración específica contemplada en el artículo 77.

h) Para los efectos de la calificación de la reincidencia, no se tendrán en cuenta las hipótesis previstas en el artículo 78 que dispone:

"Artículo 78. Para determinar el alcance de las disposiciones de los artículos precedentes, no se tendrán en cuenta:

a) Las condenaciones impuestas por contravención, cuando se trata de castigar un delito y recíprocamente;

b) Las condenaciones impuestas por delitos resultado de imprudencia, negligencia, inhabilidad en un oficio o profesión, inobservancia de reglamentos, órdenes o instrucciones, cuando se trate de un proceso por otra clase de delitos y recíprocamente; c) Las condenaciones impuestas por tribunales extranjeros".

i) Se establece la organización y reglamentación de un Registro Judicial, con el objeto de disponer de los datos relativos a la reincidencia en los delitos, delegándose tal facultad en el Órgano Ejecutivo (art. 79). En la actualidad tal registro lo lleva el Departamento Nacional de Investigaciones (DENI), institución a

www.derechopanameno.com

la que corresponde expedir el historial penal y policivo de cada persona cuando así lo soliciten las dependencias oficiales o los particulares.

j) Es indispensable para pronunciar el fallo en cualquier proceso, la investigación de la calidad de reincidente o de delincuente primario, al tenor de lo estatuido en el artículo 81, acompañando a los autos copia de la sentencia condenatoria anterior.

V. LA HABITUALIDAD CRIMINAL

A. Concepto

Corresponde a la criminología el estudio de la problemática delictiva en dinámica social; empero, la tendencia moderna que constituye el concepto de reincidencia por el de habitualidad y profesionalidad delictiva, obliga a examinar a grandes rasgos dicha institución entre los elementos que deben ser considerados por el juzgador al momento de aplicación de la pena.

Para que exista habitualidad en el delito, sin embargo, no basta una multiplicidad de acciones delictuosas; es necesario, además, que la reiteración haya determinado en la psique del agente el efecto que le es propio, facilitándole la ejecución de hechos semejantes.

B. Diferencias entre habitualidad, reincidencia, profesionalidad y proclividad al delito

La **habitualidad criminal** es costumbre adquirida por la repetición de actos delictivos, y la facilidad para realizarlos. Como consecuencia de la práctica en este ejercicio, implica ordinariamente la comisión de pluralidad de infracciones, aunque puede existir en los delios continuados y colectivos que están constituidos por pluralidad de hechos, sin necesidad de más de una infracción[31].

www.penalmanias.com

31 JIMENEZ DE ASUA, La ley..., pág. 542

El hábito criminal, es por tanto, más que la **reincidencia,** porque no es suficiente con la repetición de infracciones, es necesario que esta insistencia se convierta en costumbre y se incorpore al modo de ser o de obrar del agente.

De otra parte, no hace falta para declarar la habitualidad que se haya dado la hipótesis de la reincidencia, es decir, la existencia de una condena, sino que la habilidad puede ser acreditada por un conjunto de infracciones que constituyan un concurso real de delitos.

La profesionalidad es una subespecie de la habitualidad. En ella la habitualidad se hace más intensa, por el hecho de que el agente, además de perseverar en el delito, vive de sus productos. La costumbre va unida al lucro y constituye un modo de vida de un oficio que se aprende: falsificadores, timadores, carteristas, etc.

Una figura diferente a la habitualidad y de la profesionalidad es la **proclividad al delito o tendencia a delinquir,** como la denomina la doctrina italiana. Aún cuando el concepto de predisposición a delinquir ha sido sumamente discutido por la doctrina, podemos definir el delincuente por tendencia, como el sujeto que, "sin presentar notables disturbios en la esfera intelectual y volitiva, carece totalmente de sentido moral[32].

Este tipo de delincuente se distingue del delincuente loco, por no existir en él una enfermedad mental propiamente dicha, ni taras constitucionales que afecten de manera relevante a la inteligencia y la voluntad, siendo, por ello, considerado imputable, responsable de sus actos punibles.

Si bien dentro del concepto de proclividad al delito pueden incluirse la habitualidad y la profesionalidad, no es necesario llegar a esos estados para advertir la inclinación al delito, siendo posible su declaración respecto a un delincuente primario.

www.derechopenalonline.com

32 ANTOLISEI, Manual, pág, 489

C. La habitualidad en el Código Penal panameño

Nuestro Código no regula la habitualidad como un sistema aparte, mediante normas orgánicas, sino que le dedica al delincuente habitual algunas normas dispersas. Así, en vías de ejemplo podemos señalar que se erige en una causa específica de agravación de la pena, el delito de proxenetismo (art. 295), cuando el responsable comete este delito habitualmente con fines de lucro.

www.penjurpanama.com

CAPITULO XVIII

EJECUCION DE LAS PENAS

I. SISTEMAS PENITENCIARIOS
   - *A. Sistema Celular* o *filadélfico*
   - *B. Sistema auburniano*
   - C. *Sistemas progresivos*
     - *1. Sistema inglés*
     - 2. *Sistema irlandés*
     - 3. *Sistema progresivo técnico*
   - D. *Los reformatorios*
   - *E. Prisión abierta*

II. LA EJECUCION DE LAS PENAS EN NUESTRA LEGISLACION
   - *A. Colonia penal* de *Coiba*
   - *B. Cárcel Modelo*
   - *C. Cárceles provinciales y distritoriales*
   - *D. Centro Femenino* de *Rehabilitación*

III. LA DETENCION PREVENTIVA
   - *A. Concepto*
   - *B. La detención preventiva* en *la legislación panameña*

IV. LA LIBERTAD CONDICIONAL
   - *A. Concepto y naturaleza jurídica*
   - *B. La libertad Condicional* en *el Código penal panameño*

www.derjurpanama.com

Durante el presente siglo el período destinado a la ejecución de las penas ha cobrado notoria importancia hasta el punto de sentar las bases para la creación de una rama del Derecho penal conocida como Derecho Penitenciario, cuya autonomía o subordinación aún es objeto de discusión. Algunos países donde esta etapa forma parte de los programas de la política criminal del Estado, se han creado códigos o leyes especiales en los que se regula la ejecución de las penas.

www.derjurpanama.com

I. SISTEMAS PENITENCIARIOS

De acuerdo con NOVOA MONREAL,"sistema penitenciario es el conjunto de disposiciones que reglan la forma en que debe ser cumplida una pena privativa de libertad para obtener más eficazmente de ella la innocuización del delincuente, su enmienda y su readaptación a una vida normal en sociedad "[1].

Técnicamente, se distingue entre "régimen penitenciario" y "sistema penitenciario", comprendiendo el primero la regulación interna de un centro penitenciario en particular, mientras que el sistema penitenciario se refiere a la organización general administrativa y disciplinaria que el Estado prevé para los diferentes centros en los que se cumplen penas privativas de libertad.

Recordemos que la obra de JOHN HOWARD -padre del Derecho penitenciario moderno- aporta a la conciencia de los pueblos una realidad lacerante sobre el tratamiento que se daba a los sujetos privados de libertad hasta el siglo XVIII y logra despertar el interés de los gobiernos por idear los medios adecuados para obtener la reforma o enmienda de los sujetos detenidos durante el tiempo que dure su encierro.

1 NOVOA MONREAL. II, pág. 344.

Primero con carácter humanitario y luego con lineamientos técnico-científicos, comienza a estructurarse desde el siglo pasado algunas técnicas penitenciarias, a las que se les conoce como sistemas penitenciarios, de los cuales los más importantes son:

A. Sistema celular o filadélfico

Como una reacción radical a la promiscuidad y hacinamiento característico de los centros de reclusión durante el siglo XVIII se crea el sistema celular, consistente en un aislamiento absoluto, diurno y nocturno de cada reo en su celda, sin comunicación alguna con los demás, durante todo el tiempo que durara la condena.

El aislamiento celular era una práctica utilizada por la iglesia como camino de perfección, pero como medio, para contrarrestar la delincuencia, fue establecido por primera vez en la cárcel de Filadelfia por los cuáqueros. Por este motivo, al sistema celular se le conoce también como sistema filadélfico.

El mantenimiento del sistema resultaba altamente costoso porque requería la construcción de celdas individuales con dispositivos especiales de paseo aislado y de asistencia a servicios religiosos. Sin embargo, también se le señalaban algunas ventajas como las siguientes:

1. La separación individual impide la corrupción derivada de la comunidad y previene los acuerdos para perpetrar crímenes tras la liberación;
2. Imposibilita recibir visitas no autorizadas;
3. La escasa necesidad de recurrir a medidas disciplinarias;
4. Inexistencia de evasiones o movimientos colectivos;
5. La prescindencia de personal técnico y número mínimo de guardianes;
6. Capacitación del condenado para trabajar ventajosamente en su posterior vida en libertad;
7. Innegable efecto intimidatorio respecto de la colectividad y el delincuente.

www.derechopanama.com

Por su parte, PECO, en el Derecho argentino, le asigna los siguientes inconvenientes:

1. Es incompatible con la naturaleza social del hombre;
2. Traba la readaptación social del delincuente;
3. Importa un sufrimiento cruel;
4. Expone al abatimiento;
5. Requiere un personal con actitudes varias y complejas;
6. Exige frecuente comunicación con el reo;
7. Origina gastos costosos;
8. Del cambio brusco del ambiente nacen serios peligros;
9. No se aviene con la distinta idiosincrasia de los delincuentes;
10. Desconoce la naturaleza humana;
11. Las legislaciones tienden paulatinamente a limitar su duración[2].

Fundamentalmente, es a través de los estudios psicológicos de los reclusos como se ha demostrado la ineficacia de este sistema. No en vano, señala SOLER: "La soledad puede ser camino de perfección para un espíritu superior; pero para el delincuente es una forma de embotamiento y de perturbación mental"[3].

B. Sistema auburniano

Debe su nombre al hecho de que se establece en Auburn, una vez que se detectan los inconvenientes más notorios del sistema celular. El sistema es una ligera variante del anterior en cuanto permite a los reclusos el trabajo diurno en común, pero mantiene la separación absoluta nocturna y la incomunicación oral a través del régimen de silencio, cuyo quebrantamiento daba lugar a sanciones disciplinarias severas.

www.penumanama.com

---

[2] Citado por FONTAN BALESTRA, III, pág. 321.
[3] SOLER, II, pág. 380.

Se estima que el sistema auburniano generó el lenguaje especial de prisiones de monosílabos y palabras claves, con una mímica muy particular de comunicación. Aunque al principio el sistema fue favorablemente recibido, en vías de comparación con el celular, rápidamente se adviertieron sus fallas al continuar todas las desventajas del aislamiento y agregarle la rigidez de un silencio cuyo quebrantamiento daba lugar a castigos corporales.

C. Sistemas progresivos

Se caracterizan los sistemas progresivos por la disminución paulatina de la intensidad de la pena hasta alcanzar la libertad, dependiendo de la conducta del penado o del proceso de readaptación social a que es sometido. Entre las variantes que presentan estos sistemas, cabe distinguir:

1. Sistema inglés.

Este sistema se le conoce como servidumbre penal ingles y reintegra por el desarrollo progresivo de tres períodos: aislamiento celular diurno y nocturno destinado a la reflexión, sistema auburniano y libertad con restricciones, por un término fijo. El capitán ALEXANDER MACONOCHIE, pone en práctica este sistema en la isla de Norfolk mediante el otorgamiento de "vales". El método adoptado por Maconochie consistía en que la duración de la condena dependía de la gravedad del delito, el espíritu de trabajo y la buena conducta observada por el penado, lo que se acreditaba mediante el otorgamiento de vales. El número de vales dependía de la gravedad del delito. En esta forma el detenido ganaba su libertad a base de su conducta y de su trabajo.

2. Sistema irlandés.

Por obra Sir WALTER CROFTON, director de prisiones de Irlanda, re agregó a este sistema un nuevo período entre el segundo y la libertad condicional. Esta nueva etapa tiene por finalidad ir preparando al condenado para cuando obtenga su liberación, razón por la cual se le

www.derechopanama.com

hace trabajar durante unos seis meses, aproximadamente, al aire libre, especialmente en establecimientos agrícolas. Esta etapa se lleva a cabo en prisiones sin muros, ni cerrojos y, al decir de NEUMAN, "tiene más el carácter de un asilo de beneficencia que de prisión"[4].

Al sistema progresivo se le han formulado críticas, afirmándose que acumula el las desventajas del celular al aplicárselo durante el primer periodo, lo suficientemente extenso como para que el penado sufra física y moralmente, con las del auburniano al establecer el trabajo en común, pues durante él es fácil la comunicación entre los reclusos. Se añade que estimula la simulación, pues los delincuentes más temibles son los que mejor se comportan en la cárcel[5].

Sus defensores, por otra parte, le atribuyen las siguientes ventajas: su economía, ya que los trabajos realizados por los reclusos compensan en parte las erogaciones que éstos originan; desarrolla el hábito del trabajo, al mismo tiempo que fomenta la buena conducta como medio de lograr el mayor número de vales que facilitan la obtención de la libertad condicional no es tan malsano como el sistema celular y va preparando gradualmente al condenado para cuando logre su libertad[6]. La valoración de la conducta se hace en forma integral, atendiendo al comportamiento del sujeto y su participación en las medidas de tratamiento para la readaptación.

3. Sistema progresivo técnico.

Entre los sistemas progresivos se mencionan el Borstal, el de Elmira, el de Montesinos y otros más, sin embargo, el que cobra mayor relevancia es el sistema progresivo técnico, basado en un tratamiento gradual de tipo integral dirigido por un equipo interdisciplinario, que asume las funciones de un Consejo Técnico en los Centros penitenciarios

www.penumbra.com

4 NEUMAN, Elías. Evolución de la pena privativa de libertad y regímenes penitenciarios. Ediciones Penneallle. Buenos Aires, 1971. pág. 130.

5 SOLER, II, pág. 381.

6 FONTAN BALESTRA. III, pág. 325.

y que regula, vigila, y orienta el cumplimiento de las penas privativas de libertad.

Este sistema se caracteriza porque contempla todos los aspectos relacionados con el personal administrativo y de vigilancia, las estructuras físicas, el estudio, diagnosis y tratamiento del sancionado y luego continúa un seguimiento durante las etapas prelibertatorias y postliberatorias.

Las etapas más importantes son las siguientes:

a) Estudio y diagnóstico. Alcanza un máximo de seis semanas, período durante el cual el sujeto aparece en celdas separadas y es objeto de todos los exámenes físicos, mentales, psicológicos, etc., que sean necesarios, se determina su nivel educativo, sus conocimientos laborales, habilidades artísticas, toda la secuencia delictiva y procesal que lo condujo a la privación de su libertad y además se recoge su historia familiar en la forma más completa posible.

b) Tratamiento. Hecho el diagnóstico por el personal especializado se pasa a una clasificación técnico-científica y se determina el tipo de tratamiento. Este tratamiento de readaptación social generalmente se inicia en centros de seguridad media y comprende: **laborterapia** como medio de rehabilitación; **educación** especializada con el fin de lograr la transformación axiológica de su mundo social y moral; educación física y cultural en general que permita la práctica de deportes, actividades artísticas, conferencias, diálogos, teatro, periodismo, etc., atención al **aspecto religioso e integración familiar** a través de las visitas conyugales. Dentro de la etapa de tratamiento que atiende a la personalidad biopsico-sociológica del sujeto, también, se le presta al recluso atención médica general o especializada, al igual que servicio de consultorio dental, farmacia y un departamento de psicología para atender y medir los avances conductuales.

www.derechopenitenciario.com

c) Cárcel abierta. Comprende el período de pre-libertad en un establecimiento de seguridad mínima atendido en todos sus aspectos materiales por los sentenciados, lo que admite salidas temporales limitadas hasta llegar al reintegro familiar o laboral dentro del medio social, acompañados de reportes semanales voluntarios. En todo el tratamiento debe existir una revisión periódica del caso por el Consejo Técnico.
d) Atención post liberacional. Una vez que el sujeto obtiene su libertad por haber pasado el tratamiento de readaptación social sin problemas o por remisión parcial de la pena, existe un patronato de asistencia a reos liberados que lleva un seguimiento hasta por tres años.

D. Los reformatorios.

Las bases sobre las cuales descansa este sistema son: la sentencia indeterminada, aplicación a delincuentes primarios, edad determinada y vigilancia después de egresados del establecimiento.

Se exige la aplicación de una sentencia indeterminada ya que la finalidad de estos establecimientos era la rehabilitación de los condenados y no la expiación del delito, y no se podría asegurar de antemano, el tiempo que sería necesario para la reeducación que implica naturalmente una suma de factores imponderables a **priori.**

El término de la pena se fijaba entre un mínimum legal; de tal manera que los irreformables cumplían la condena hasta el límite máximo y los restantes dentro del tiempo prefijado según el índice de readaptación demostrada.

Se internaba en estos establecimientos a los delincuentes primarios, y su edad era variable según los sistemas, pero en general se señalaba entre los 16 y 21 años, siendo extendida en algunos reformatorios hasta los 30.

En estos reformatorios se imparte instrucción a los reclusos: se los educa moral, intelectual y físicamente, mediante conferencias y prácticas gimnásticas; se les enseña un oficio, arte o profesión.

www.centuriama.com

"Se tiende a que el individuo olvide el delito cometido y se halle apto para la vida de sociedad cuando, mediante sus méritos, consiga la libertad"[7].

E. Prisión abierta

Es uno de los sistemas que surge durante las últimas décadas del presente siglo y tuvo su origen en la necesidad de albergar a los prisioneros de guerra en lugares distintos a las prisiones clásicas, mediante la construcción de barracas o campamentos móviles de poca vigilancia, basados en algunos casos en la auto-disciplina.

Por razón del éxito alcanzado el sistema se extendió a los reos por delitos comunes, mejorándose sus fallas y reestructurando su organización. La prisión abierta se caracteriza "por la ausencia de precauciones materiales y físicas contra la evasión (tales como muros, rejas, torres de vigilancia armada, cerraduras, guardia armado) así como por un régimen fundado en una disciplina aceptada y en el sentimiento de la responsabilidad del recluso respecto a la comunidad en que vive"[8].

A fin de asegurar el correcto funcionamiento de los establecimientos abiertos, se recomiendan algunas medidas, entre las cuales cabe enfatizar las siguientes:

1. Selección de los delincuentes. En este proceso debe usarse un criterio riguroso en el que prevalezca la consideración de las aptitudes personales del reo, independientemente de la clasificación científica de delincuentes que toma en cuenta otros parámetros. Esta selección no solo debe ser cualitativa sino también cuantitativa, en el sentido de ajustar el número de reclusos a la capacidad física del establecimiento.

2. Idoneidad del personal. Uno de los aspectos de relevancia en el funcionamiento de esta clase de instituciones lo constituye la idoneidad del personal, tanto del administrativo, como el de vigilancia y el técnico. Sobre ellos recae la responsabilidad de obtener la creación de los valores

www.derjurisprudencia.com

---

[7] FONTAN BALESTRA, III, pág. 325.
[8] IDEM.

antitéticos a la conducta criminosa del reo, de ellos depende el éxito del proceso de readaptación social. La calidad moral, profesional y humana del director, de los vigilantes y de los técnicos cobra una importancia singular en este sistema.

3. Trabajo. En la prisión abierta el trabajo no puede considerarse como castigo sino como una forma de terapia destinada al logro de la readaptación social del reo. En este tipo de establecimientos generalmente se recurre a las labores agrícolas, pero también se recomienda la formación profesional e industrial en talleres debidamente organizados y dirigidos por técnicos. La cárcel abierta puede llevarse a la práctica tanto en áreas rurales como semi-rurales.

4. Estructuras físicas. La prisión abierta requiere de áreas amplias donde el sujeto pueda moverse con cierta libertad sin que los elementos de represión limiten el ambiente de confianza en que debe desenvolverse. Los edificios deben ofrecer un mínimo de comodidad en donde el reo se sienta como un ser humano y no como un paria o una fiera.

La prisión abierta no solo opera como un régimen autónomo, sino también -como en el caso del sistema progresivo técnico- como una de las etapas finales del tratamiento destinado a la readaptación social del recluso.

Los países que han llevado a la práctica este sistema, señalan una serie de ventajas sobre la prisión tradicional, destacándose entre ellas: los bajos índices de fuga, el mejoramiento de la disciplina y la reducción de los costos de operación.

II. LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS EN NUESTRA LEGISLACIÓN

Toda la regulación referente al cumplimiento o ejecución de las penas privativas de libertad, de conformidad al texto del artículo 381 del Código Penal vigente, es materia que compete al Órgano Ejecutivo, ya que tiene la facultad de señalar libremente las cárceles en que deben sufrir las penas los condenados a penas privativo de libertad y puede

www.penalpanama.com

también trasladar libremente los presos de unas cárceles a otras cuando así lo juzgue conveniente".

La actividad jurisdiccional en materia penal concluye con la aplicación e individualización judicial de la pena. Desde ese momento y una vez exista sentencia condenatoria debidamente ejecutoriada que imponga una pena privativa de libertad, interviene el Órgano Ejecutivo a través del Departamento de Corrección y la Dirección de cárceles para determinar el lugar donde el sentenciado debe .cumplir la pena y el régimen penitenciario al que queda sometido durante el período de internamiento.

La Constitución Política de la República de Panamá (1972) en su artículo 27 se ocupa de la ejecución de las penas y concibe el sistema penitenciario en los siguientes términos.

> **"Artículo 27.** El sistema penitenciario se funda en principios de **seguridad, rehabilitación y defensa socia.** Se prohíbe la aplicación de medidas que lesionen la integridad física, mental o moral de los detenidos.
>
> Se establecerá la capacitación de los detenidos en oficios que les permitan incorporarse útilmente a la sociedad.

Los detenidos menores de edad estarán sometidos a un régimen especial de custodia, protección y educación *(El subrayado es nuestro).*

De acuerdo con el texto constitucional transcrito, tres principios informan el sistema penitenciario panameño, a saber:

a) Segu**ridad:** Este principio ínsito en la prevención especial, es una garantía para la sociedad y para el delincuente, no su acepción de represión sino en el de legalidad.
b) Rehabilitación: Aunque los penitenciaristas han sustituido este término por el de readaptación porque el mismo constituye el homónimo que distingue la institución procesal de recuperación de los derechos ciudadanos y una de las causas de extinción de las penas, al señalarlo como fundamento del sistema penitenciario se le

www.penalpanama.com

está utilizando como sinónimo de readaptación social o resocialización.

c) Defensa social: Este período adoptado por los positivistas y defendido por MARC ANCEL considera la pena como una reacción social encaminada a contrarrestar la perturbación que la comisión del delito produce en el medio social y el ordenamiento jurídico.

Nuestro país carece de un verdadero sistema penitenciario. En esta materia es poco lo que se ha hecho, es un campo virgen en el que todo está por hacer.

A fin de ofrecer una idea aproximada de la realidad penitenciaria, vamos a revisar el restado actual de los establecimientos penales importantes:

A. Colonia penal de Coiba

Mediante ley 41 de 1912 se autorizó la construcción de edificios para penitenciarías y de acuerdo con el artículo 3º de la misma ley se destinó la isla de Coiba para el establecimiento de una colonia penal. Posteriormente, la ley 44 de 1919 facultó al Órgano Ejecutivo para iniciar desarrollar en dicha colonia trabajos agrícolas y usar como braceros u operarios a los condenados a penas privativas de libertad, destierro, confinamiento y a los cuatreros, vagos e individuos perniciosos de males costumbres. Fue el Decreto 15 de 19 de enero de 1920, el que estableció la organización de dicha colonia y ordenó el traslado de los sentenciados de las cárceles provinciales y del viejo cuartel de Chiriquí, con penas superiores a cuatro meses de privación de libertad, a este lugar.

En la actualidad se rige por la Ley 87 de 1o. de julio de 1941, que destina dicho establecimiento para "los varones mayores de diez y ocho años de edad, que deben sufrir pena de reclusión por cualquier término o de prisión por más de tres años".

En las últimas visitas que se han hecho a dicho lugar se ha constatado una población penitenciaria superior a 800 personas, distribuidas en 14 campamentos, en donde las clasificaciones no

www.derechopanama.com

obedecen a ningún criterio científico, salvo el campamento destinado a homosexuales y el que aloja a sujetos de edad avanzada (de 55 y más años).

A partir de 1972 se desarrolla en la isla de Coiba un programa agrícola en coordinación con la escuela de agronomía, pero hasta el presente los reos que participan en ese programa como operarios solo son una fuerza de trabajo sin remuneración. No se les reconoció tampoco la que establecía el Decreto Ejecutivo 15 de 1920 (50% para mantenimiento y el resto para la constitución de un fondo para auxiliar a los reos a su salida del penal mientras lograba una colocación laboral). Con excepción del campamento "La Central", que es el principal, los 13 restantes carecen del mínimo de condiciones sanitarias, eléctricas, de comunicación, etc.

B. Cárcel Modelo

La Ley 2 de 28 de enero de 1921 ordenó la construcción de cárceles modelo para las ciudades de Panamá y Colón. La cárcel modelo es un edificio de tres plantas ubicado en la ciudad de Panamá, en el barrio del Chorrillo y es el establecimiento penitenciario de mayor importancia en el país. Su población penal alcanza cifras que oscilan entre 700 a 1,000 a pesar de que su estructura física fue programada para alojar un máximo de 250 personas.

Está dirigida por personal militar y mantiene contacto con la administración (Departamento de Corrección) a través de una Secretaria especializada y con la administración de Justicia y las autoridades de la justicia policiva a través de la Secretaría Judicial. Aloja sujetos sancionados por faltas policivas y sentenciados por los tribunales de Justicia, también recluye a los detenidos preventivamente ya por delitos o problemas migratorios o como medida de seguridad.

Se caracteriza por el elevado grado de hacinamiento, la falta de una clasificación mínima de delincuentes, la carencia de espacio vital, de talleres, de tratamiento adecuado. Solo un 10 por ciento de su población

www.derechopanama.com

se ocupa en algún tipo de labor, el resto se mantiene en un estado de ocio permanente, angustioso y deprimente.

C. Cárceles provinciales y distritoriales

La Ley 87 de 1941 dispuso la existencia de cárceles en las cabeceras de .provincias en que se divide el territorio de la República. En ellas deben cumplirse las penas de prisión menores de tres años y arresto por más de treinta días.

Generalmente a estos establecimientos se destinan sujetos sancionados faltas o detenidos preventivamente, mientras se les hace el juicio respectivo o se completa el proceso para determinar su responsabilidad penal. En todas las cabeceras de provincias hay cárceles dentro de los edificios de los cuarteles de la Guardia Nacional. La mayoría se encuentran en condiciones deplorables, desde todo punto de vista. Las poblaciones más altas se concentran en las ciudades de Colón y David y ambas edificaciones adolecen de todas las deficiencias que cabe apuntar en un sistema penitenciario.

Valga mencionar que la cárcel de Bocas del *Toro* por encontrarse en una isla, permiten a los reclusos salir del edificio durante el día movilizándose por las calles del lugar. Por su parte, la cárcel de Santiago de Veraguas, desde 1974, ha iniciado un proyecto de tratamiento laboral con una población escogida, a base de un préstamo con el Banco de Desarrollo Agropecuario y con el asesoramiento de una misión de Taiwan, en la que se aprecia un proceso de formación en el sujeto privado de libertad y una preparación adecuada para su reingreso a la sociedad.

Algunos distritos también tienen cárceles (Chorrera, Natá, Barú, Concepción, etc.) en las que se cumplen penas de arresto por menos de treinta días.

Todas estas cárceles o establecimientos penales son dirigidos por personal militar, sin preparación penitenciaria adecuada. En la Cárcel Modelo se ha constituido el primer grupo técnico (1 psicóloga, 1 socióloga, 1 trabajadora social y 1 médico) para la diagnosis de los

www.derechopenal.com

sujetos que ingresan a dicho centro y recomendar la clasificación y tratamiento que debe aplicárseles tan pronto como las condiciones materiales y físicas así lo permitan.

D. Centro Femenino de Rehabilitación

Con la Ley 4 de 17 de enero de 1966 se crea el Centro Femenino de Rehabilitación y se resuelve así uno de los problemas más graves en materia penitenciaria que aquejaba el país desde sus inicios, al separar a los delincuentes por sexo, en edificios distintos y distantes.

Este centro está ubicado en las afueras de la ciudad, en el distrito especial de San Miguelito, en la vía aeropuerto. Es un centro penitenciario con sistema semiabierto de mínima seguridad, cuenta con edificios bien dotados, talleres, áreas verdes amplias, servicio médico especializado, consejo tecnico y servicio religioso.

Su población actual *no* llega al centenar.

Por medio de la ley 4 de 1966 se establece que se puede declarar "sujeto de rehabilitación" a cualquier mujer mayor de 18 años que:

1. Sea dipsómana o toxicómana, o se embriague en lugares públicos, y aún en lugares privados si causa desórdenes.
2. Las prostitutas o las que se dediquen a prácticas de desenfreno sexual.
3. Las proxenetas
4. Las que exploten directa o indirectamente la prostitución.
5. La que siendo apta para trabajar, instiguen o vivan de la mendicidad.
6. Las que de cualquier manera y forma promuevan la embriaguez de menores de edad.

Siempre que la infractora haya tenido 3 condenas anteriores por alguna de las faltas arriba enumeradas en un período de 2 años puede aplicársele esta ley. Corresponde a la autoridad competente decretar la pena contemplada para la falta o delito, o declarar a la mujer infractora "sujeto de rehabilitación".

www.penumania.com

Al ser declarada sujeto de rehabilitación, la infractora pasa en el Centro un período no menor de 6 meses ni mayor de 2 años durante el cual se le da un tratamiento regenerador. Durante el curso de este tratamiento, el Comité de Clasificación y Estudio de Casos del Centro (compuesto por el Director del Centro, un siquiatra, un psicólogo, un trabajador social, una maestra del Centro y el Jefe de Corrección) lleva una supervigilancia de los casos para determinar si procede o no la suspensión de la pena.. La reclusa después de 6 meses de permanencia puede pedir al Comité de Clasificación la revisión de su caso. Este dispondrá de un mes máximo para decidirlo.

En caso de que la revisión resulte favorable a la reclusa, ésta saldrá en libertad condicional quedando sometida a vigilancia por parte del Centro. Si violare las condiciones, se le retira la concesión de libertad.

A Si la revisión resulta negativa, la reclusa puede apelar ante el Ministerio de Gobierno y Justicia dentro de un término de 5 días no prorrogables.

En cuanto al trabajo en el Centro se combina con los programas educativos, reconociéndoles un pequeño porcentaje a las detenidas que trabajan en el mismo, destinándose el resto del dinero al sostenimiento de la Institución, en caso de que el presupuesto anual sea insuficiente.

En este lugar existe una guardería para niños menores de 6 años, hijos de las detenidas y a las reclusas se les permite asistir a escuelas vocacionales dentro o *fuera* de la institución en compañía de una vigilante. Se da una clasificación por edades en pabellones u "hogares" separados.

El artículo 17 establece que dentro de los límites del distrito de Panamá, ninguna mujer puede permanecer detenida más de 48 horas en sitio diferentes del Centro Femenino, lo que no se cumple rigurosamente. Si alguna mujer en la Provincia de Panamá, Colón, Coclé, Veraguas, Herrera y Los Santos es condenada a más de un mes de privación de libertad, debe ser trasladada al Centro. En el caso de Bocas del Toro,

www.cenunamam.com

Chiriquí y Darién serán traídas al Centro aquellas condenadas a dos meses o más de privación de libertad.

La ley 4 faculta al Comité de Clasificación para autorizar visitas domiciliarias de 72 horas o decidir la reclusión hospitalaria o domiciliaria por razones de sanidad, maternidad, durante el tiempo que se estime necesario.

En la actualidad es objeto de estudio un reglamento interno que recoge las nuevas corrientes penitenciarias por lo que se espera reciba apoyo de las autoridades correspondientes.

Desde su creación, el Centro es administrado por una congregación religiosa con la supervisión del Departamento de Corrección a través del Comité de Clasificación y Estudio. Falta mucho en el aspecto técnico, pero es el más serio intento que se ha realizado hasta la fecha por renovar nuestro arcaico sistema penitenciario.

Se han realizado otros esfuerzos con miras a la reforma penitenciaria del país, entre los cuales cabe mencionar el estudio hecho por el Instituto de Criminología bajo la dirección de GONZALEZ BERENDIQUE[9] y últimamente la creación de una Comisión de Reforma Penitenciaria en la que están representados diversos organismos gubernamentales, la Universidad de Panamá y el Centro de Estudiantes de Derecho, quienes adelantan una serie de estudios para comenzar dicha reestructuración progresivamente, mediante programas a corto, mediano y largo plazo.

A la par de los movimientos anteriores, se estudia con mayor seriedad el proyecto de Código Penal, compendio legal en el que sin lugar a dudas se han de incluir las nuevas corrientes doctrinales e instituciones modernas sobre el tratamiento y prevención de la delincuencia.

www.derechopanama.com

9 Véase GONZALEZ BERENDIQUE, Marco A. "Aspecto correccionales de la defenza social en Panamá. Posibles Vías de una reforma", en Cuadernos de Criminología No. 1 Nov-1972, pág. 54-95.

III. LA DETENCION PREVENTIVA

A. Concepto

Aunque la detención preventiva es una medida cautelar de carácter procesal, cuyo estudio corresponde al Derecho procesal penal, debido a la indiscriminación del tratamiento y lugar en que se cumple la privación de libertad que lleva consigo, estimamos pertinente ocuparnos brevemente de la misma.

La detención preventiva está "constituida por el estado de privación de libertad del imputado desde el momento de la captura hasta el momento en que se pronuncia el fallo, pero tal situación puede cesar por libertad provisional o excarcelación, así como reanudarse después de uno de los mencionados eventos"[10].

Cuando un individuo comete un delito se hace acreedor a una sanción penal, constituida por la privación de un bien jurídico. Esa sanción solo puede imponerse cuando el sujeto ha sido declarado culpable previo juicio por autoridad competente y en cumplimiento de los trámites legales del caso. Si tal sanción es la de privación de libertad, la pena no puede ser controvertida.

Sin embargo, existen disposiciones que prevén la posibilidad de detener provisionalmente al sindicado de un delito, antes de ser juzgado y hallado culpable, tal como sucede con la detención preventiva, que obedece al decir de algunos autores, "a exigencias sociales jurídicamente valoradas como la seguridad de la persona y la garantía de las pruebas".
La detención preventiva es una medida precautoria que priva al sindicado de un delito de su libertad física o ambulatoria y que tiene por finalidad asegurar su comparencia durante el juicio y garantizar la eventual ejecución de la sanción penal, en el caso de que resulte culpable.

CARRARA admite la "necesidad política" de la detención preventiva e invoca como justificantes de la misma las siguientes razones: a) de justicia, para impedir la fuga del reo; b) de verdad, para evitar que estorbe

www.derechopanama.com

10 LEONE, Giovanni. Tratado de Derecho Procesal Penal. EJEA. Tomo II. Buenos Aires, 1963. pág. 259.

las indagaciones de la autoridad, que destruya las pruebas o intimide a los testigos; y c) de defensa pública, para impedirle a ciertos fascinerosos que durante el proceso continúen en sus ataques al derecho ajeno[11].

A medida que se ha ido avanzando en las técnicas de investigación, muchas de las razones que se esgrimieron para justificar la detención preventiva carecen de solidez en la actualidad y a ello se añade el proceso paulatino de atemperación de las penas, que permiten al sancionado preferir el cumplimiento de la pena que sustraerse de la acción de la justicia.

B. La detención preventiva en la legislación panameña

El artículo 2091 del Código Judicial reformado por el Decreto de Gabinete No. 141 de 30 de mayo de 1969 establece los requisitos que deben cumplirse para que proceda la detención preventiva.

Veamos:

Artículo 2091. Cuando se proceda por delito que tenga señalada pena de reclusión o prisión, el sindicado será detenido si resultare contra él por lo menos una declaración de testigo hábil, aunque no se haya escrito todavía, o un indicio grave del hecho criminoso que se averigua, o que el funcionario que decreta la detención le haya visto cometer el hecho o que el reo, sea hallado infraganti delito. Pero en los casos que determina el artículo 318 del Código Penal se decretará también la detención preventiva del sindicado, quien podrá gozar del beneficio de excarcelación en los términos que fija el artículo 2099 y demás pertinentes de este Código. En los casos del artículo 322 del Código Penal se decretará detención preventiva, la cual se mantendrá hasta tanto el sindicado rinda indagatoria.

Para decretar la detención el funcionario de instrucción o tribunal tendrá en cuenta la pena mayor que le pueda corresponder al delito imputado, cuando sean varias las penas aplicables".

www.derechopanama.com

11 CARRARA, II, parágrafo 897.

De la norma transcrita, emergen como presupuestos esenciales de la detención preventiva en nuestra legislación, las siguientes:

a) Que se proceda por delito que tenga señalada pena de reclusión o prisión.

Cabe advertir que como excepción a este principio, el artículo comentado permite la detención preventiva en los casos de homicidio y lesiones culposas previstos por los artículos 318 y 322 respectivamente, aún cuando estas infracciones son sancionadas con penas de arresto.

b) Que en contra del sindicado se den alternativamente alguno de los siguientes elementos incriminatorios: 1. La declaración de testigo hábil; 2. Un indicio grave; 3. Que el funcionario lo haya visto cometer el delito y 4. Que el reo sea hallado infraganti delito.

Aunque la mayoría de las legislaciones que regulan la detención preventiva señalan claramente su duración, en nuestra legislación el artículo 2096 del Código Judicial dispone que "ninguno podrá estar detenido por más tiempo que el necesario para que se practique el sumario, y para que por el tribunal se declare que hay o no lugar al seguimiento de causa". Este tiempo necesario de acuerdo con lo estatuido por el artículo 2125 de la misma excerta, según la reforma introducida por la ley 58 de 1961 no debe exceder de dos meses, que es el término en el que debe estar concluido el sumario.

En la práctica, la instrucción de los sumarios, en la mayoría de los casos, se prolonga exageradamente y se extiende de meses a años, afectando en esta forma el derecho que tiene todo ser humano de hacer uso de su libertad. Tal situación reviste caracteres de mayor gravedad si revisamos las estadísticas judiciales en la que nos indican que un *80%* de los detenidos preventivamente son absueltos o sobreseídos.

Lo que no debe perderse de vista es que el sujeto detenido preventivamente no es un delincuente, reo o culpable de un delito; la detención preventiva como lo hemos repetido en estas notas, es una medida cautelar, provisional, **no** es una **pena.**

www.derechopanameno.com

La Ley 87 de 1941 sobre establecimientos penales, al ocuparse de la detención preventiva especificó que los procesados debían recluirse en el establecimiento del lugar donde tenga su asiento el tribunal a quien corresponde juzgar al sindicado. Mientras en otros países se ha dispuesto la creación de cárceles preventivas distintas a los centros penitenciarios, en nuestro país no existe tal diferencia, ya que tanto los detenidos preventivamente como los sancionados con prisión o reclusión ocupan las mismas celdas y los mismos pabellones y en ningún momento ha tomado en consideración la previsión de la Ley 87 de 1941 sobre este aspecto. Los detenidos preventivamente o procesados son enviados a la Colonia Penal de Coiba sin que se les pueda notificar las resoluciones judiciales, dándose un número considerable de casos en los que son absueltos y el trámite de su orden de libertad no se hace efectiva sino meses después, aumentando así la triste experiencia de una detención injusta, la prolongación de la misma en centros en compañía de verdaderos delincuentes en donde se propicia la contaminación carcelaria.

No cabe la menor duda de que la detención preventiva esta deficientemente regulada en nuestra legislación y a ello se adiciona la práctica negativa del traslado de los detenidos preventivamente a la isla de Coiba, con lo que se incurre en otros errores como los que se apuntan a continuación: a) violación de la ley 87 de 1941 y de las garantías procesales y penales que consagra la Constitución; b) Desprecio, absoluto de la dignidad humana de los sujetos privados de libertad; c) Violación directa del artículo 27 constitucional que determina los principios en que se fundamenta el sistema penitenciario; d) falta de humanización de las penas y desconocimiento absoluto de los principios que norman el Derecho Penitenciario moderno[12].

www.derechopanama.com

12 Confróntese al respecto: MUÑOZ, Campo Elías y VILLALAZ, Aura E. G. de. "Las penas privativas de libertad y la detención preventiva en la legislación panameña" en LEX, Revista del Colegio Nacional de Abogados. Segunda Epoca. No. 2. Septiembre-Diciembre. Panamá, 1975. Págs. 119-150.

IV. LA LIBERTAD CONDICIONAL

A. Concepto y naturaleza jurídica

Al estudiar las distintas penas privativas de libertad prevista por nuestro ordenamiento positivo, nos ocupamos de la libertad condicional. También hicimos alusión a ella al explicar las diversas etapas de los sistemas progresivos en los que se da un período de libertad vigilada, durante el cual el individuo recobra su libertad o pero sujeto al cumplimiento de una serie de obligaciones.

Algunos autores consideran la libertad condicional como una forma disimulada de sentencia indeterminada y la legislación italiana la incluye entre las causas extintivas de la pena, porque estima que la concesión de este beneficio extingue la parte restante de la pena inflingida al sentenciado.

Quienes han estudiado la institución con mayor profundidad, consideran que la libertad anticipada fue admitida por la doctrina y las distintas Legislación es, primero como una gracia, que se le otorgaba al condenado que había cumplido determinado plazo de su pena privativa de libertad. Posteriormente se le reguló como un derecho y finalmente como un instituto jurídico que en opinión de ARGIBAY MOLINA viene a "complementar todo el sistema ejecutivo de la pena privativa de libertad, sirviendo de acicate durante su desarrollo para alcanzarla y una vez ello cumplido, para conservarla".

Aunque se ha venido sosteniendo que la naturaleza jurídica de la libertad condicional es una forma de cumplimiento de las penas privativas de libertad el criterio doctrinal más reciente deniega tal naturaleza y sostiene que es la pena privativa de libertad impuesta al sentenciado cuya **ejecución se suspende**[13].

Entre las ventajas de la libertad condicionarse señalan: a) Es una promesa de premio que contribuye al respeto permanente como forma de

[13] ARGIBAY MOLINA, II, pág. 215. Véase además: NUÑEZ. II, pág. 394. Otro criterio: FONTAN BALESTRA. III, pág. 349.

www.derechopanama.com

conducta; b) Una vez obtenida la libertad condicional el peligro de perdería induce a la necesidad de mantenerse dentro de ese comportamiento respetuoso; c) Crea en el sentenciado cierta disciplina de respeto a las normas de convivencia; d) Redunda positivamente en una modificación de la personalidad y e) Cuando se produce la liberación definitiva puede dar lugar a la readaptación social esperada.

Cabe apuntar que no debe confundirse este instituto jurídico con la libertad provisional carcelación. La libertad condicional supone necesariamente una condena definitiva, y en consecuencia, sólo a partir de esta puede acordarse; en tanto, que la libertad provisional puede ser otorgada únicamente durante el proceso es y hasta que exista una sentencia definitiva.

B. La libertad condicional en el Código Penal panameño

El artículo 20 del Código Penal, que regula la libertad condicional, está concebido en los siguientes términos:

"Artículo 20. Los delincuentes condenados a reclusión o prisión que hayan cumplido las tres cuartas partes de la pena de reclusión, o las dos terceras partes de la prisión, si en ese tiempo hubieran observado buena conducta que revele su arrepentimiento y corrección, pueden obtener que se les ponga en libertad condicionalmente por el tiempo que les falte para cumplir su condena.

'"No puede concederse la libertad condicional;

1. A los que hayan sido condenados por haber formado parte de la asociación de malhechores;
2. A los que hayan sido condenados por robo, extorsión secuestro y hurto de ganado menor;
3. A los condenados a la pena fija de veinte años de reclusión por un solo delito;
4. A los reincidentes por cualquier delito a quienes se haya impuesto una pena privativa de la libertad de mas de tres años".

www.derechopanama.com

El examen del precepto trascrito permite concluir que los requisitos exigidos por nuestra legislación penal para poder obtener los beneficios de la libertad condiciona son:

a) Cumplimiento parcial de la pena. El término después del cual el condenado pueda obtener la libertad condicional, varía según la pena impuesta.

Cuando se trate de reclusión será menester que el condenado haya cumplido las tres cuartas partes de la pena; en tanto, que en los casos de pena *de* prisión bastará con haber cumplido las dos terceras partes de la misma.

Se ha señalado que el cumplimiento de una parte de la pena impuesta es fundamental para poder mantener el poder intimidatorio de la pena, y es un requisito exigido en casi todas las legislaciones.

b) **Haber observado buena conducta durante el período del cumplimiento parcial de la condena.** Lo que presupone la observancia de los reglamentos carcelarios e indica que el condenado se ha sometido a un régimen con el que se ha logrado su readaptación.

c) **No hallarse incluido el condenado en alguna de las hipótesis** expresamente **prevista por la ley**, que impiden la concesión de la libertad condicional.

d) **Que no haya sido revocada la libertad condicional ya concedida.** Este requisito está determinado por el artículo 21 del Código Penal, según el cual no podrá obtener nuevamente este beneficio ningún penado a quien le haya sido concedida la libertad condicional y revocada luego por haber incurrido en una nueva violación de la ley penal, sancionada con pena restrictiva de la libertad.

En lo que se refiere a la **situación jurídica** del liberado condicionalmente, toda vez que la libertad condicional no es otra cosa

www.derjurisprudencia.com

que una forma especial de cumplir la pena privativa de la libertad, éste sigue siendo un **penado.**

"La condena no ha quedado extinguida por el acto de la concesión de la libertad condicional, y por lo tanto el liberado continúa siendo un condenado. Precisamente por esa circunstancia es que se le puede exigir el cumplimiento de diversas obligaciones que sin lugar a dudas implican restricciones a la libertad individual"[14].

Por ello es que nuestro legislador dispone que se tiene por cumplida la condena para todos los efectos penales, "cuando se termine el período de libertad condicional sin revocación"[15].

www.penjurpanama.com

14 FONTAN BALESTRA. III, p. 368.

15 Código Penal, parte final, art. 21.

CAPITULO XIX

CAUSAS QUE IMPIDEN LA APLICACIÓN DE LA PENA

I. GENERALIDADES

II. CAUSAS DE EXTINCION DE LA ACCION PENAL

A. La muerte del inculpado

B. La amnistía

C. *La prescripción* de *la acción penal*

1. *Términos* de *prescripción*

2. *Cómputo del término* de *prescripción*

3. Interrupción de la prescripción

D. *La renuncia* o *desistimiento* de *la parte agraviada*

III. CAUSAS DE EXTINCION DE LA PENA

A. La muerte del condenado

B. La amnistía después de *la condena*

C. El indulto

D. *La prescripción* de *la pena*

E. La rehabilitación

F. El perdón del agraviado en *algunos delitos* de *acción privada*

G. *Perdón judicial*

IV. LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS

A. Concepto

B. Su ubicación

www.penalpanama.com

I. GENERALIDADES

Ya hemos visto que el Estado no solo tiene la facultad de expedir el ordenamiento jurídico estableciendo los tipos penales y señalando los intervalos de pena, sino que al adoptar una política criminal de lucha contra el crimen, adquiere la potestad punitiva, **el ius puniendi** en sentido estricto.

Ahora bien, esa pretensión punitiva estatal comprende tres aspectos claramente diferenciables que son: a) **aspecto genérico:** comprende la facultad que tiene el Estado para crear las normas en las que describe las conductas desvaloradas y les aneja una pena; b) **aspecto específico:** tal aspecto se genera cuando la conducta descrita es concretizada o realizada por un sujeto determinado, permitiendo así que se inicie la actividad procesal que conduce a la aplicación de la pena prevista por la ley y c) **aspecto ejecutivo:** en esta fase se presenta efectivamente la "satisfacción de la pretensión punitiva y el nacimiento del derecho subjetivo del Estado a hacerle cumplir al sujeto determinado que violó la norma concreta, la pena a que fue condenado"[1].

En algunas ocasiones, a pesar de haberse cometido un hecho al que corresponden todas las características objetivas y subjetivas de un delito, la ley contiene disposiciones por las cuales la pena amenazada no puede aplicarse, y dando lugar a que la potestad punitiva en su aspecto de ejecución desaparezca o se extinga.

La doctrina distingue las causas que extinguen la pena (facultad de ejecución) de las que impiden la facultad de juzgar o afectan la existencia de la punibilidad. Tal distinción nos permitirá enfocar la materia distinguiendo tres grupos de causas que extinguen la pretensión punitiva o la responsabilidad penal, como prefieren denominarlas algunos autores:

www.penjurcolombia.com

1 ARGIBAY MOLINA, II, pág.417.

las **causas de** extinción de **acción penal,** las **causas de extinción de la pena y** las **excusas absolutorias.**

II. CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

Las causas extintivas de la acción penal son determinadas situaciones que se presentan después de perpetrado el delito y antes de dictarse sentencia condenatoria y que impiden el ejercicio de la potestad punitiva del Estado. Se diferencian de las causas que extinguen la pena, porque éstas últimas presuponen la existencia de una sentencia condenatoria, en tanto que las primeras no permiten llegar a una condena.

El Código penal panameño regula en forma conjunta en el Título IX, Libro Primero, bajo la rúbrica de la extinción de la acción y de la condena penales" las causas que extinguen la pena. Ello no impide, sin embargo, que siguiendo una correcta orientación doctrinal hagamos las distinciones del caso.

Son causas que **extinguen le acción penal** en nuestra legislación: a) la muerte del inculpado; b) la amnistía; c) la prescripción de la acción penal, y d) la renuncia del agraviado en los delitos de acción privada.

A. La muerte del inculpado

La doctrina distingue los efectos que produce la muerte del imputado, del enjuiciado y del condenado y en ese sentido, algunas legislaciones prevén medidas procesales en cada caso.

No cabe duda alguna que el fallecimiento del acusado durante el proceso, sin que se haya establecido su responsabilidad penal, extingue la facultad de juzgarlo por ausencia de la persona a quien se incrimina, o sea, del destinatario de la pena que se pretende aplicar. Ello es una lógica consecuencia del carácter personalísimo de la responsabilidad penal, conforme al cual sólo pueden soportar la reacción punitiva

www.penalpanama.com

aquellos que han cometido la acción punible y no otros sujetos ajenos a tal acción **(principio de personalidad de la pena).**

El artículo 82 del Código Penal panameño dispone que: "La muerte del inculpado extingue la acción penal".

El hecho de que la muerte del autor del delito genere la extinción de la acción penal, no implica, sin embargo, la extensión de sus efectos a la acción viable en contra de sus cómplices sobrevivientes y, menos aún, impide la posibilidad de investigar la materialidad del hecho a su cargo, para poder juzgar la responsabilidad de los partícipes[2].

Resulta necesario advertir, además, que si bien la muerte del inculpado extingue la acción penal, no sucede lo mismo con las responsabilidades civiles en que la transmisibilidad a los herederos es de rigor, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1976 del Código Judicial.

B. La Amnistía

Entre las formas más antiguas de extinción de la pretensión punitiva aparece la **gracia,** que se expresa en dos instituciones: la **amnistía** y el **indulto.**

El ejercicio del derecho de gracia **(la indulgentia principis)** que antiguamente constituía una facultad privativa del soberano de que hacía uso a su arbitrio, es actualmente una potestad estatal que se funda en consideraciones de justicia y de utilidad social y que se ejercita de acuerdo con la ley.

"La amnistía -denota NOVOA MONREAL- es la expresión más amplia del derecho de gracia, pues mediante ella se tiene por no existente la violación de la ley penal que se perpetró. No se trata propiamente de una especie de derogación de la ley para el caso o casos a que la amnistía se refiere, sino de una supresión total de la responsabilidad penal que nació del hecho delictivo"[3].

La doctrina reconoce que la amnistía puede ser dictada en cualquier momento posterior a la comisión del delito, sea antes, durante o después del proceso que tenga por objeto declarar la responsabilidad penal y aplicar la pena.

www.penalpma.com

2 ARGIBAY MOLINA. II, pág. 420

3 NOVOA MONREAL, II, pág. 440-

La amnistía está prevista en el artículo 38 del Código Penal y la propia Constitutición Política señala la autoridad facultada para concederla. Según el artículo 141, numeral 40 de dicha carta, ello está reservado a la Asamblea Nacional de Representantes de Corregimientos, y sólo en virtud de una ley y por delitos políticos se puede amnistiar. De todo ello se deduce que la amnistía es una medida de carácter **impersonal, objetiva y general.**

C. La prescripción de la acción penal

Cuando estudiamos el ámbito de validez de la ley en el tiempo señalamos, en **vía de excepción** los problemas de la retroactividad y la prescripción, describiendo esta última como una institución jurídico-penal de carácter procesal, en virtud de la cual el solo transcurso del tiempo -dentro de ciertas condiciones de pasividad previstas por la ley- da lugar a la adquisición de derechos (en materia civil) o a la extinción de la facultad de juzgar (prescripción de la acción penal) o a la pena (prescripción de la pena).

"Se llama prescripción -expresa MAGGIORE- la cesación de la potestad punitiva del Estado al transcurrir un período de tiempo fijado por la ley"[4].

El fundamento de la prescripción de la acción penal radica en la **necesidad social** de eliminar un estado de incertidumbre en las relaciones jurídico penales entre el delincuente y el Estado. Transcurrido el término previsto en la ley, por tanto, se hace imposible el ejercicio de la pretensión punitiva, por la violación de la norma específica de que se trate.

El estudio de la prescripción de la acción penal comprende tres aspectos que, por razones de método, conviene considerar por separado. Ellos son: a) lapso exigido por la ley para que ocurra la prescripción; b) forma de computar ese lapso; c) interrupción de la prescripción.

1. Términos de prescripción.

El artículo 86 del Código Penal, sub rogado por el artículo 1º del Decreto de Gabinete No. 139 de 30 de mayo de 1969, señala los siguientes plazos para que opere la prescripción de la acción penal: ...

www.derechopenalpanama.com

4 MAGGIORE, II, pág. 363.

a) cumplido veinte años después de la ejecución del hecho, si el delito que se imputa al inculpado tiene pena de reclusión fija de veinte años;

b) cumplidos quince años después de la ejecución del hecho criminoso, si el delito tiene pena de reclusión mínima de quince años;

c) cumplidos doce años y medio después de la ejecución del hecho criminoso, si el delito tiene pena de reclusión por más de cuatro y menos de quince años, o de prisión por más de tres años o de interdicción perpetua de las funciones públicas;

d) cumplidos ocho años si el delito tiene pena de reclusión o de prisión que no exceda de cuatro años o de confinamiento o de interdicción temporal de las funciones públicas o de multa impuesta por delito;

e) cumplidos cinco años si el delito tiene pena de arresto por más de veinte días o de multa por más de cuarenta balboas;

f) cumplidos tres años desde la ejecución del hecho criminoso, si el delito tiene pena de arresto o de multa inferiores a las señaladas en el ordinal e) de este artículo, o suspensión de la facultad de ejercer una profesión u oficio.

2. Cómputo del término de prescripción.

Para computar los plazos antes indicados es preciso atenerse a las reglas que proporciona, con carácter general, el artículo 34e del Código Civil, según las cuales esos plazos deben entenderse que han de ser completos y correrán, además, hasta la media noche del último día del plazo (art. 31 del C.P.).

Y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 87 del Código penal, "la prescripción empezará a correr para los delitos consumados desde el día de la consumación; para las tentativas o delitos frustrados, desde el día en que se perpetró el último acto de ejecución; para las infracciones continuas o permanentes desde el día en que cesaron".

3. Interrupción de la prescripción.

Al igual que la prescripción establecida por la ley civil, la prescripción de la acción penal puede **interrumpirse.**

Al respecto el artículo 88 del Código penal, subrogado por el artículo 2o. del Decreto de Gabinete No. 139 de 1969, preceptúa:

www.derechopanameno.com

"La prescripción de la acción penal se interrumpe por el auto de proceder.

La interrupción que así se produzca no puede prolongar el término de la acción penal por un tiempo que exceda de los plazos fijados en el artículo 86.

Dicha interrupción afecta a todos cuantos participaron en el delito, aunque los actos interruptivos no afecten sino a uno solo.

La prescripción interrumpida empieza a correr de nuevo desde el día de la interrupción".

Una vez operada la interrupción, por consiguiente, el período anterior se pierde, y sólo puede volver a empezar a correr un nuevo término de prescripción. Pero la prescripción en ningún caso puede prolongarse más allá de los plazos fijados en el artículo 86 (prescripción extraordinaria).

D. La renuncia o desistimiento de la parte agraviada

Se reconoce casi unánimemente que la renuncia o el desistimiento del agraviado (parte ofendida) extingue la acción penal en los delitos que no pueden investigarse y castigarse sino por acusación de la parte agraviada.

El artículo 84 del Código penal panameño, a la letra dispone:

"En lo referente a las infracciones que no pueden castigarse sino por acusación de la parte agraviada, el desistimiento de ésta extingue la acción penal, pero no hace cesar la ejecución de la pena sino en los casos en que lo determine expresamente la ley".

Resulta evidente, por tanto, que la acción penal que nace de los delitos a que se refiere el precepto antes transcrito, que por ser confiado su ejercicio al agraviado reciben la designación legal de delitos de acción privada, tiene la particularidad de ser disponible por su titular.

Esta disponibilidad deriva a juicio de ARBIGAY MOLINA- "de la plena vigencia en este caso del principio de oportunidad y divisibilidad, que son los que hacen posible que el ofendido o agraviado decida sobre el inicio de la acción, sobre su mantenimiento; ambos ya respecto de todos los autores del delito, ya respecto de algunos, por todos los delito o sólo por algunos"[5].

www.derechopanama.com

5 ARBIGAY MOLINA, II, pág. 436-437.

Tan amplia es esta disponibilidad que incluye, por consiguiente, la facultad de renunciar (desistir) a la acción, lo que supone un **acto de voluntad** cumplido en tal sentido.

III. CAUSAS DE EXTINCIDN DE LA PENA

Las causas extintivas de la pena tienen por efecto impedir la ejecución de la pena impuesta mediante sentencia condenatoria firme.

Son causas extintivas de la pena, en nuestro derecho penal las siguientes:

a) la muerte del condenado.
b) la amnistía.
c) el indulto.
d) la prescripción de la pena.
e) la rehabilitación.
f) el perdón del agraviado en algunos delitos de acción privada.

A. La muerte del condenado

El artículo 82 del Código penal establece que la muerte del condenado extingue los efectos de la sentencia, aun en lo concerniente a la pena pecuniaria que no se haya pagado; extingue, además, todas las consecuencias penales de la condenación misma; pero no impide que se lleve a cabo el comiso de los objetos que sirvieron para cometer el delito o que son producto de él.

B. La amnistía después de la condena

También la amnistía es causa de extinción de la pena en aquellos casos en que concede después de dictada una sentencia condenatoria pasada en autoridad de cosa juzgada. Se habla entonces de **amnistía impropia.**

Nuestro Código penal expresamente acoge la amnistía impropia en el artículo 83, cuando señala: "La amnistía hace cesar la condenación así como todas sus consecuencias".

Todo lo que hemos dejado expresado de este instituto en orden a la extinción de la acción penal tiene validez en el presente caso, por lo que a ello nos remitimos.

www.pordefensapanama.com

C. El indulto

Se denomina indulto la remisión total o parcial de la pena impuesta por una sentencia judicial ejecutoriada, o su conmutación por otra menos severa. También se le ha considerado como una gracia por lo que puede darse sin expresión de causa.

En el artículo 163, número 6 de la Constitución Nacional, se establece como atribución que ejerce el Presidente de la República por sí solo: "Decretar indultos por delitos políticos".

De lo expuesto se deducen en nuestra legislación. Las siguientes diferencias entre la amnistía y el indulto:

a) La amnistía es manifestación de una facultad legislativa, a cargo de la Asamblea Nacional de Representantes de Corregimientos. El indulto es una facultad del Presidente de la República.

b) La amnistía tiene carácter **general** ya que siempre se refiere a un hecho o grupo de hechos, y comprende y abarca a todos los que se encuentran en la misma situación por haber participado, de uno u otro modo, sin individualización. El indulto tiene un efecto particular, únicamente con relación a la persona a cuyo favor se dicta.

c) La amnistía puede ser otorgada en cualquier momento posterior al delito, el indulto puede ser concedido únicamente después de dictada y ejecutoriada la sentencia.

D. La prescripción de la pena

El transcurso del tiempo también impide que se ejecute una pena que ha sido impuesta mediante sentencia ejecutoriada.

El fundamento de esta institución "es la acción natural del tiempo, que extingue el interés, no sólo de comprobar el delito, sino también de ejecutar la pena inflingida"[6].

www.penumparlamento.com

6 Así: MAGGIORE, II, pág. 383

En cuanto al término de la prescripción de la pena, la ley lo computa basándose en la pena inflingida en concreto, y no en la establecida por la ley para el delito. En este sentido, el artículo 90 del Código, dispone:

"Las penas impuestas por sentencia ejecutoriada prescriben en un término igual al doble del de la pena señalada en la sentencia. La prescripción de penas de diferentes clases, impuestas en una misma sentencia, se cumple en el plazo fijado por la más grave. La sujeción a la vigilancia de la autoridad cesa por el cumplimiento de la prescripción"[7].

La prescripción de la pena empieza acorrer, según el artículo 91 del Código Penal, desde el día en que la sentencia quedó ejecutoriada, o desde el día en que se interrumpe por cualquier causa la ejecución de la condena ya empezada a cumplir.

De acuerdo con este mismo precepto, la prescripción de la pena se interrumpe: a) por cualquier acto de la autoridad competente que tienda a la ejecución de la sentencia legalmente notificada al condenado; b) en lo concerniente a las penas privativas de la libertad, se interrumpirá también si el condenado fuere aprehendido en virtud de la sentencia, y c) si mientras está corriendo reincide el condenado.

Finalmente, los artículos 93 y 94 del Código Penal establecen algunas reglas comunes a las prescripciones de la acción penal y de la pena. Los mencionados preceptos son del tenor siguiente:

"Artículo 93. La prescripción de la acción y de la pena se declararán de oficio; el inculpado o el condenado no pueden renunciar a ella".

"Artículo 94. Las prescripciones de computan conforme a lo que establece el artículo 31".

www.centrumarma.com

[7] Texto de Artículo 90 conforme quedó subrogado por el artículo 1o., de 18 Ley No. 26 de 1927.

E. La rehabilitación

La rehabilitación es una causa que tiene por efecto extinguir la interdicción o incapacidad perpetua. Por eso, algunos autores se oponen al uso del término rehabilitación como sinónimo de readaptación social que es la finalidad del sistema penitenciario moderno.

Esta institución, en opinión de MAGGIORE, "se funda en razones de humanidad, por cuanto ayuda al condenado, después de la expiación o de la extinción de la pena, a recuperar su reputación moral que había sido manchada por el delito. Obra, además, como estímulo para la enmienda, al favorecer el proceso de redención moral de la persona condenada"[8].

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 95 del Código Penal, para que opere la rehabilitación es necesario: a) Si las penas de interdicción o incapacidad perpetua fueren accesorias será preciso que el condenado hubiere observado una conducta que haga presumir su arrepentimiento y después de transcurridos cuatro años contados desde el día en que quedó cumplida la pena principal o en que se extinguió por indulto o amnistía, u ocho años después de cumplida la prescripción de la pena principal; b) Si la interdicción o incapacidad no son accesorias de otra pena, la rehabilitación no podrá pedirse sino cuatro años después de ejecutoria da la sentencia en que se impusieron; c) los plazos para poder solicitar la rehabilitación, se duplicarán para los reincidentes.

La doctrina reconoce que la rehabilitación constituye un derecho subjetivo para el condenado que se halla en las condiciones previstas en la ley; el conferirla, por lo tanto, no entra en las facultades discrecionales del juez.[9] .

www.derechopenalonline.com

---

[8] MAGGIORE, II. Pág., 389./

[9] IBIDEM. pág. 380.

F. El perdón del agraviado en algunos delitos de acción privada.

Esta es otra de las causas extintivas de la pena que nuestra legislación penal consagra en forma expresa. En efecto del artículo 84 del Código penal se deduce que el perdón de la parte agraviada en aquellos delitos que no pueden castigarse sino mediante acusación, "hace cesar la ejecución de la pena" en los casos en que lo determine expresamente la ley.

La vigencia de este instituto supone, por tanto, la existencia de una sentencia que haya condenado al acusado a una pena concreta.

Aún cuando la norma alude al "desistimiento" no cabe duda que ante la existencia de sentencia condenatoria firme, la voluntad exteriorizada de la parte agraviada, opera más que como una renuncia de la acción respectiva, como un **perdón** con carácter de unilateralidad.

Así sucede en nuestro derecho, por ejemplo, en el caso del delito de adulterio, en donde el artículo 306, subrogado por el artículo 1o. de la ley No. 25 de 1927 expresamente dispone que: "El perdón del ofendido hace cesar la ejecución de la sentencia.

Resulta necesario advertir, sin embargo, que el perdón, como acto de disposición de un derecho, debe provenir de persona capaz de realizar actos de esta naturaleza. Cuando se trate de incapaces, su deficiencia deberá ser suplida por sus representantes o en la forma dispuesta en la ley.

Debe añadirse, por último, que el perdón del ofendido o de la parte agraviada, aún limitado a los delitos de acción privada, ha sido objeto de innumerables críticas.

Se aduce, no sin cierta razón, que es recusable que una sanción impuesta por razón del ejercicio del **ius puniendi** del Estado quede sin efecto por la sola voluntad de los particulares; especialmente cuando el ofendido puede excederse en abusos hasta para exigir retribución económica por el otorgamiento de su perdón.

G. Perdón judicial

Aunque algunos autores han considerado el instituto del perdón judicial como un sustituto de las penas cortas privativas de libertad "con

aplicación solamente para delincuentes carentes de toda peligrosidad y en los casos de infracciones de muy poca importancia", la cual en esta condición recibe a su vez la crítica de otros al considerarla como un acto de benevolencia impulsado por sentimentalismos que en nada se compaginan con la naturaleza represiva de las sanciones a que dan lugar la comisión de delitos; en algunas legislaciones se le contempla como causa de extinción de la responsabilidad penal.

NOVOA MONRREAL explica que el perdón judicial no tiene la virtualidad de considerar "inexistente el delito ni la responsabilidad de su autor, sino que le remite a éste la pena por el Tribunal, después de haber comprobado la existencia de la responsabilidad, por consideraciones de carácter político criminal o de favorable pronóstico sobre la posibilidad de readaptación o corrección de un delincuente primario"[10].

Nuestro Código Penal no consagra del perdón judicial, hacemos, sin embargo, esta breve referencia al mismo porque aparece como una de las innovaciones que trae el Proyecto de Código penal elaborado por el Dr. ARISTIDES ROYO y lo hemos incluido entre las causas de extinción de la pena, a pesar de que se produce con anterioridad a la dictación de la sentencia condenatoria, porque la norma que lo consagra, así expresamente lo dispone.

Por considerarlo de interés transcribimos a continuación el artículo 117 del Proyecto de Código Penal, que se explica por sí solo y que forma parte del Título V sobre "Extinción de las acciones penales y de las penas", cuyo tenor es el siguiente:

“Artículo 117. También extingue la pena, el perdón que en sentencia podrán otorgar los Tribunales al condenado, en atención a la personalidad del reo, a las circunstancias que rodearon la ejecución del hecho y si el autor no es reincidente, en los siguientes casos:

10 NOVOA MONREAL, II, pág. 437.

www.derechopenalpanama.com

1. A quien siendo responsable de falso testimonio se retracte de su dicho y manifieste la verdad a tiempo para que ella pueda ser apreciada en la, sentencia;

2. A quien mediante denuncia dirigida o en declaración prestada se inculpa así mismo de un delito doloso o culposo que no ha cometido para salvar a su pariente cercano;

3. A quien haya incurrido en los delitos de encubrimiento, hurto, robo con fuerza en las cosas, estafas, apropiación indebida, danos o lesiones leves, cuando lo solicite el ofendido que tenga los mismos lazos de parentesco con el reo a que se refiere el inciso anterior;

4. A quien haya causado un aborto para salvar el honor propio o lo haya producido con ese fin a un ascendiente o descendiente por consanguinidad o una hermana;

5. A la mujer que hubiere causado su propio aborto si el embarazo ha sido consecuencia de una violación, siempre que la acción penal de éste último delito se haya iniciado y existan pruebas serias que así lo evidencien;

6. A quienes hubieran conspirado contra los poderes públicos y el orden constitucional y desistido voluntariamente antes del comienzo de ejecución del hecho propuesto y a los que espontáneamente trataron de impedir su realización;

7. A quienes en el caso de homicidio piadoso se compruebe que accedieron a reiterados requerimientos de la víctima y el propósito además hubiese sido el de acelerar una muerte inevitable;

8. Al autor de un delito de rapto, estupro o abusos deshonestos si la persona ofendida o sus representantes legales conjuntamente con aquella lo soliciten;

9. A los autores de delitos comprendidos en el inciso anterior, que manifiesten su intención de casarse con la ofendida mayor de 12 años, que está consciente, que el Juzgado Tutelar de Menores también lo haga expresamente y que todas las circunstancias del caso indiquen que la

www.derjurpanama.com

oposición al matrimonio, por parte de quien ejerce la patria potestad, es infundada e injusta;

10. A quienes por móviles nobles o de piedad hayan declarado ante el Registro Civil como su hijo a una persona que no lo es o hubiera usurpado el estado civil de otro o por un acto cualquiera lo hiciere incierto, lo alterare o suprimiere".

En realidad, algunos de los supuestos contenidos en el artículo mencionado corresponden a lo que la doctrina denomina "excusas absolutorias", mientras otros podrían quedar incluidos dentro de la causa de inculpabilidad modernamente conocida como "no exigilidad de otra conducta".

IV. LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS

A. Concepto

A juicio de DEGOIS las excusas absolutorias "son hechos determinados por la ley que sin borrar el carácter delictivo de un acto, sin suprimir la culpabilidad de su autor, producen sin embargo, una excepción de la penalidad, que ordinariamente se asocia a la perpetración de una infracción"[11].

JIMENEZ DE ASUA, por su parte, las define como aquellas causas "que hacen que, a un acto típicamente antijurídico, imputable a su autor y culpable, no se asocie pena alguna por razones de utilidad pública"[12] .

La esencia de las excusas absolutorias reside, por tanto, en que no suprimen la acción, ni la tipicidad, ni la antijuricidad, ni tampoco la imputabilidad y culpabilidad, sino que por causas de utilidad y por motivos atinentes a la relación personal o a la peculiaridad de la conducta concreta de un sujeto, la ley perdona la pena.

www.derechopanama.com

11 Citado por JIMENEZ DE ASUA, VII. pág. 137.

12 JIMENEZ DE ASUA, VII, pág. 138.

Por ello se ha sostenido con toda razón que los hechos amparados por una excusa absolutoria son verdaderos delitos sin pena. Se trata, sin duda, de situaciones en las que la ley, generalmente basándose en consideraciones de utilidad y política criminal, decide necesario prescindir de la pena. "Por tal razón -advierte FONTAN BALESTRA- estas excusas tienen carácter individual y sólo excluyen los efectos estrictamente penales del delito, dejando subsistentes las demás consecuencias resultantes del hecho típicamente antijurídico y culpable"[13].

B. Su ubicación

Por regla general las excusas absolutorias no se hallan consignadas en la Parte General de los Códigos, sino que se encuentran dispersas en la Parte Especial donde se definen los tipos de delitos.

Ese es el sistema adoptado por el Código Penal panameño, en cuya parte especial encontramos genuinas excusas absolutorias, ya que en ellas hay una clara causa utilitaria de impunidad, tales como la exención de pena prevista en el artículo 120 C.P. y la impunidad de ciertos parientes en algunos delitos contra la propiedad, consignada en el artículo 379 C.P.

www.penjurpanama.com

13 FONTAN BALESTRA, III, pág. 446

CAPITULO XX

LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

I. ANTECEDENTES

II. CONCEPTO Y NATURALEZA JURIDICA

III. DIFERENCIAS ENTRE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD

IV. CLASIFICACION DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

A. Curativas

B. Educativas

C. *Eliminatorias*

V. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD EN LA LEGISLACIÓN PENAL PANAMEÑA

www.penjurpanama.com

I. ANTECEDENTES

Si hemos de buscar las raíces históricas de las medidas de seguridad nos encontraremos que su concepción tal como se da en la actualidad, no fue objeto de regulación por las antiguas legislaciones, no obstante, desde épocas remotas existieron instituciones destinadas a cumplir los fines de prevención, curación y educación que son propias de este tipo de medidas.

Las famosas casas de refugio o corrección de Holanda, en las que algunos autores encuentran las primeras manifestaciones de ejecución de penas privativas de libertad, realmente eran instituciones en las que se pretendía corregir o reformar a los vagabundos, mujeres de mal vivir, personas de vida licenciosa y amorales. Estas instituciones se mantuvieron durante la segunda mitad del siglo XVI. Posteriormente, en el siglo XVII en España, se crean "las galeras de mujeres" que recogían a las prostitutas y vagabundas no con la finalidad de enmendarlas sino como una medida eliminatoria que las segregaba del medio social al que consideraba podían contaminar. Prusia, a finales del Siglo XVIII, también crea este tipo de casas de corrección en las que internaba a los holgazanes y mendigos como una medida de defensa social, esto es, para proteger a la comunidad de las malas influencias que pudieran ejercer este tipo de personas, dada su condición peligrosa para el grupo social[1].

Entre las primeras previsiones legislativas en este sentido cabe citar los código de 1848 y 1870 de España en los que se incluyen medidas de seguridad para inimputables por razones de perturbación mental, que hubieran realizado una conducta delictiva, correspondiendo a los Tribunales la determinación de su ingreso y salida de las instituciones en las que se les internaba. Ya en el siglo XIX, en algunos países de Europa

www.poderjudicialcanaria.com

1 VIERA, pág. 124.

se establecen medidas de relegación aplicables a sujetos reincidentes, vagos y mendigos, quienes eran objeto de internamiento en centros educativos.

Las medidas de seguridad se hacen necesarias ante el fracaso de la aplicación de las penas con un sentido esencialmente retributivo y represivo, sin que tales medidas logren aminorar el desbordante aumento de la criminalidad y ante la imposibilidad de aplicar las sanciones penales a ciertos sujetos que realizan acciones típicas y antijurídicas, como es el caso de los inimputables (enfermos mentales, menores, etc.).

Estudios hechos sobre esta institución permiten asegurar que la aparición orgánica de las medidas de seguridad se da en la última década del siglo XIX, en el Proyecto de Código Penal de Suiza preparado por STOOS, criminalista de ese país, que proponía la aplicación de esas medidas para los delincuentes alcoholizados, habituales, enfermos mentales y menores. Ya en el presente siglo algunas legislaciones las incorporan a sus códigos penales, paralelas al sistema de penas o las recogen en leyes o códigos especiales.

II. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

En un intento de precisión conceptual, RANIERI sostiene que las medidas de seguridad son providencias administrativas, con garantía jurisdiccional, consistentes en la privación o disminución de uno o varios bienes jurídicos, que la Ley conmina como medios de defensa social contra las personas peligrosas; que el juez aplica a éstas, aunque no sean imputables, cuando hayan cometido un hecho considerado como delito, o, por vía de excepción, cuando hayan observado una conducta definida de otro modo en la ley penal; y que se ejecutan con modalidades conformes a su fin, que es el de tender hacia la readaptación del individuo peligroso para la vida social"[2].

2 RANIERI. II. pág. 374.

Esencialmente, las medidas de seguridad tienen la finalidad de complementar el clásico sistema de penas, en los casos en que no puedan aplicarse o cuando habiendo siendo aplicadas, resulten insuficientes para alcanzar los fines de la política criminal adoptada por el Estado en la prevención de los delitos. Como se expresó en la definición arriba transcrita, las medidas de seguridad persiguen la readaptación del delincuente mediante su educación o corrección y cuando esta readaptación social resulte imposible se prevé la eliminación de los sujetos inadaptables mediante su relegación con el fin de ofrecerle protección a la comunidad contra algunos sujetos peligrosos (psicópatas, enfermos mentales agresivos, piromaniacos, etc.).

La medida de seguridad tiene un mayor radio de acción que la pena, porque si bien se procura sustentarla en el principio de legalidad, se puede aplicar tanto a los sujetos que cometen una infracción de la ley penal como a los que han cometido faltas o a las personas que sin haber llegado a violar el ordenamiento jurídico, por razón de otros signos exteriores evidentes, demuestran su peligrosidad y exigen del Estado prevenir que el agente exponga en peligro el ordenamiento jurídico. De allí que BETTIOL las califique como "medios preventivos o profilácticos de lucha contra la delincuencia".

La denominación de las medidas de seguridad ha sido objeto de distintos criterios. Así tenemos legislaciones que las identifican como "medidas de defensa social", mientras otras le adicionan al término medidas de seguridad la frase "y de corrección"; no han faltado quienes las conciban "como medidas de protección, de educación y de tratamiento". Pese a tales diferencias, ha prevalecido en su mayoría el término "medidas de seguridad" para identificarlas.

Respecto a la naturaleza jurídica de las mismas, se ha discutido si participan de los caracteres de las sanciones jurídicas y una vez aceptado esto, hay diferencias también en la determinación de si son de naturaleza administrativa o penal. La mayoría se inclina por asignarles la categoría de sanciones jurídicas porque paralelamente a las penas,

www.derechopanama.com

cumplen la función de prevención general o especial de la delincuencia, ya sea como consecuencia de la comisión de un delito o como el medio más eficaz para evitar su concretización.

RANIERI estima que la naturaleza jurídica de las medidas de seguridad como "medidas de prevención mediata contra personas peligrosas" que se manifiestan en el sistema de medios de defensa del Derecho, no admite discusión[3]. Este autor establece una distinción entre las medidas de seguridad propiamente tales y las denominadas medidas de policía, por lo que no resulta difícil ubicar aquellas en el ámbito del Derecho Penal y estas en el Derecho Administrativo.

Algunos autores insisten en atribuir a las medidas de seguridad un carácter eminentemente administrativo, influido quizás por la terminología utilizada por el Código italiano al denominarlas "Medidas administrativas de seguridad"[4].

Estimamos con ANTOLISEI que la delimitación de la naturaleza jurídica de estas providencias como medida preventiva del Derecho y su ubicación en el campo del Derecho Penal será fácil de establecer si se reúnen las siguientes condiciones: a) Que tales medidas estén previstas por la Ley; b) Que sean aplicadas por las autoridades judiciales; c) Que el Código Penal o la ley correspondiente prevea su alcance, clasificación, intervalo y lugar donde deba cumplirse.

No olvidemos tampoco al tratar de precisar el concepto y naturaleza de las medidas de seguridad, la existencia de las teorías unitarias y dualistas que tratan de explicar su autonomía o separación del sistema de penas. En ese sentido, quienes adoptan la teoría de la unificación sostienen que entre las penas y las medidas de seguridad no hay diferencia cualitativa alguna y por eso es conveniente tratarlas conjuntamente con el carácter de sanciones. Quienes sustentan este criterio se basan en la función de defensa social que cumple el Estado y

www.derechopanama.com

3 RANIERI, II, pág, 377.

4 VIERA, Pág. 129

en la finalidad de prevención general del sistema punitivo. No obstante, se les critica el hecho de equiparar a la sanción, las medidas curativas y de prevención que se toman con los inimputables por razones de trastorno mental, al igual que se estima un error calificar con el nombre de sanción a las medidas preventivas que se aplican a quienes no han cometido infracción legal alguna, pero que suponen un peligro social.

Por su parte, la concepción dualista es partidaria de establecer una completa diferenciación entre las penas y las medidas de seguridad, postura que ha tenido gran influencia no solo en la doctrina sino también en las legislaciones. Esta teoría dualista admite que los códigos regulen a un mismo tiempo las penas y las medidas de seguridad, reservando para las primeras su carácter represivo y para las segundas su distinción preventiva.

III. DIFERENCIAS ENTRE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD

La doctrina moderna reconoce que la pena y la medida de seguridad son instituciones cualitativamente distintas[5].

Las diferencias esenciales entre estos dos institutos pueden resumirlo así:

1. La pena se aplica después de perpetrado un hecho punible en razón de él y con el fin de reprimirlo. La medida de seguridad se aplica antes o después de que el sujeto haya delinquido, pero nunca en razón del delito cometido, sino para evitar futuros delitos de su parte, o sea, con finalidad preventiva y considerando al sujeto.
2. La pena es, por consiguiente, una reacción pública que recae sobre el delincuente y consiste en un mal que se le infringe por el delito que cometió. La medida de seguridad, es, en cambio, una

www.penalcolombiana.com

5 FONTAN BALESTRA, III, pág. 253.

medida preventiva y no se aplica al sujeto como un mal, sino para bien de él o para seguridad de la sociedad.

3. La pena se mide por la gravedad del hecho delictuoso en razón del cual se aplica y por la culpabilidad con que el delincuente realizó ese hecho. La medida de seguridad se mide solamente por la peligrosidad del sujeto al cual se aplica.
4. La pena es expresión de un principio de justicia, atendiendo su carácter retributivo. La medida de seguridad expresa un principio de utilidad, pues no pretende otra cosa que disminuir las posibilidades de futuros delitos.
5. La pena tiene en vista fundamentalmente el delito cometido. La medida de seguridad tiene en vista fundamentalmente el sujeto peligroso, haya o no delinquido[6].

IV. CLASIFICACION DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

A pesar de que no hay unidad de criterios en cuanto a las diversas agrupaciones que deben hacerse para clasificar adecuadamente las medidas de seguridad, atendiendo la finalidad que persiguen se distinguen en: curativas, educativas y eliminatorias.

A. Curativas

Son aquellas que se aplican con la finalidad de curar a los delincuentes o inimputables en razón de las anomalías psicosomáticas que padezcan. Operan con fines profilácticos y terapéuticos en el sujeto. Entre estas medidas se encuentran los internamientos en sanatorios, hospitales, casas de curación y custodia, manicomios judiciales, etc., con la finalidad de atender toxicómanos, alcohólicos, enfermos mentales, quienes deben ser sometidos a tratamientos especiales de acuerdo con el grado de alteración o desequilibrio de las facultades que presenten.

www.penalpanama.com

6 NOVOA MONREAL, II, pág.421

B. Educativas

Se denominan medidas de seguridad educativas aquellas que tienden a reformar al delincuente, mediante un sistema particular, destinado con preferencia a menores. Estas medidas son esencialmente preventivas y tutelares y se fundamentan en la necesidad de que el Estado ofrezca un servicio educativo como requisito previo a la exigencia de una conducta socialmente correcta[7].

La mayoría de las legislaciones han creado jurisdicciones especiales con Tribunales o Consejos Tutelares para tratar toda la problemática delictiva referente a menores de edad. En nuestro ordenamiento jurídico penal los menores son inimputables por lo que no se pretende analizar a fondo su situación. No obstante, se ve con simpatía la adopción de medidas de seguridad educativas en el tratamiento de menores con manifestaciones de conducta antisocial, ya que su misma condición cronológica de plasticidad psíquica facilita ejercer una acción neutralizante o correctiva a través de un sistema educativo apropiado.

C. Eliminatorias

Estas medidas de seguridad consisten en una segregación del delincuente del medio social en función de prevención especial, dada la amenaza potencial que su permanencia en la comunidad significa. Las medidas eliminatorias se cumplen en establecimientos cerrados -algunos de alta seguridad- en donde se recluye al sujeto con un régimen apropiado, alejándolo de esta manera de los centros que constituyen para una ocasión para delinquir.

Otra de las clasificaciones que se hacen de las medidas de seguridad toman en cuenta los bienes jurídicos de que privan al individuo y así cabe distinguir entre medidas de seguridad personales y patrimoniales. Las primeras a su vez se subdividen en medidas de detención y de no detención.

www.derjurpanama.com

7 FONTAN BALESTRA, III, pág. 432

Las medidas de seguridad personales son aquellas que privan, limitan o restringen la libertad individual; mientras que las patrimoniales son aquellas que afectan el patrimonio.

El Código Penal italiano, que es objeto de comentario por tratadistas de ese país como MAGGIORE y RANIERI, acoge la última clasificación, o sea, la que distingue entre medidas de seguridad personales y patrimoniales.

El artículo 215 del Código citado, establece expresamente como medidas de seguridad personales con detención, las siguientes:

1. Destinación a una colonia agrícola o a una casa de trabajo;
2. El internamiento en una casa de curación y de custodia;
3. El internamiento en un manicomio judicial;
4. La reclusión en un reformatorio judicial;

En calidad de medidas de seguridad personales sin detención señala:

1. La libertad vigilada;
2. La prohibición de frecuentar tabernas y expendios públicos de bebidas alcohólicas;
3. La prohibición de residir en uno o varios municipios, o en una o varias provincias;
4. La expulsión del extranjero del Estado.

Son colonias agrícolas y casas de trabajo los establecimientos especialmente creados para ello y en los que el trabajo es el medio a través del cual se crean las condiciones favorables al proceso de readaptación social del delincuente. Dada la finalidad de estos establecimientos se exigen un término de dos años de permanencia en dichos lugares con el propósito de medir los efectos del tratamiento.

Las casas de curación y de custodia son establecimientos en los que predominan los medios educativos, curativos, morales y físicos en el proceso rehabilitador del sujeto y que en la mayoría de los casos

www.penjurpanama.com

persiguen la curación de los delincuentes que padecen de intoxicación crónica, ya sea por bebidas alcohólicas o estupefacientes, o de ciertas enfermedades mentales.

Los manicomios judiciales son establecimientos en los que los sujetos son sometidos a tratamiento esencialmente curativos para mejorar las anomalías psico-físicas que padezcan y que les permita su reincorporación a la vida social sin representar peligro alguno. Dado el tipo de tratamiento que debe atacar las raíces del mal, la permanencia mínima en algunas legislaciones se fija en diez años.

Los reformatorios judiciales son lugares especiales destinados a menores que presenten manifestaciones de peligrosidad. En ellos se aplican medidas educativas y correctivas orientadas laboralmente en áreas agrícolas o industriales.

La libertad vigilada como medida de seguridad sin detención del sujeto, representa una actividad de tutela estatal, un seguimiento tendiente a prestarle ayuda al delincuente en su proceso de readaptación social o a evitar que cometa otros delitos.

La prohibición de residir en uno o más distritos o en una o más provincias es una medida de seguridad que se aplica a los autores de ciertos delitos en los que el medio externo puede ser el generador de la conducta desvalorada, también se aplica para evitar actos de venganza o la escuela del fenómeno victimológico.

La prohibición de frecuentar tabernas y lugares de expendio de bebidas alcohólicas es una medida preventiva y de seguimiento para evitar que los sujetos que han delinquido por embriaguez habitual reiteren su conducta delictiva.

La expulsión del extranjero del territorio del país se aplica como medida de seguridad en los casos en que el extranjero ha cometido un delito y se le considere socialmente peligroso y de esta manera se evita la comisión de nuevos delitos o la amenaza potencial que supone su influencia peligrosa a la sociedad.

www.derechopanama.com

Entre las medidas de seguridad patrimoniales se incluyen la caución de buena conducta y el comiso.

La caución o fianza de buena conducta es una medida de seguridad un tiempo determinado, para asegurar el buen comportamiento del sujeto que haya delinquido o dado evidentes manifestaciones de ser socialmente peligroso.

El comiso es una medida de seguridad dirigida a la prevención de delitos y que opera mediante el despojo de los bienes relacionados con el delito cometido o que por sI mismos sean peligrosos (drogas, armas, etc.).

Por regla general se determina que las medidas de seguridad deben ser decretadas por las autoridades judiciales.

No faltan legislaciones, sin embargo, en donde la aplicación de las medidas de seguridad escapa de la esfera judicial para quedar radicadas en el ámbito administrativo.

Estimamos que para las medidas de seguridad debe regir absolutamente el principio de **estricta legalidad.** Ello lleva como corolario que no se admitan otras medidas de seguridad que las señaladas por la ley, y que no se acepte que ellas se apliquen fuera de los casos que la ley expresamente determina.

Quizás el tema más controvertido en relación con la aplicación de las medidas de seguridad sea el del término de su duración.

Para algunos autores la duración de las medidas de seguridad debe ser **indeterminada.** Se aduce que, debiéndose prolongarse hasta que haya desaparecido el estado de peligrosidad de la persona, su terminación no puede ser establecida a **priori,** es decir, en el momento en que la medida es acordada, ya que en ese momento no puede preverse cuando el individuo se ha de readaptar socialmente.

Otros, celosos de la defensa de los derechos individuales, han adoptado un sistema que fija la duración de la medida de seguridad entre un mínimo y un máximo (indeterminación relativa).

V. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD EN LA LEGISLACION PENAL PANAMEÑA

Nuestro Código Penal carece en forma absoluta de un sistema científico de medidas de seguridad.

Si bien el artículo 44 del estatuto punitivo establece que cuando un inimputable por razón de estado mental, cometa un hecho calificado en la ley como delito, se decreta su internamiento en una casa de salud, tales medidas no son de carácter penal, sino que operan como medidas tutelares o de policía.

A esta misma conclusión arriba AROSEMENA GUARDIA en un enjundioso estudio denominado "Necesidad en Panamá de una legislación sobre medidas de seguridad", que apareció publicado en el Anuario de Derecho, Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, No. 7 (1966-67), págs. 109- 120.

Existen, sin embargo, algunas normas dispersas en diversas leyes especiales, que indudablemente tienen el carácter de medidas de seguridad, y que han sido objeto de poca aplicación práctica. Así tenemos, por ejemplo, lo dispuesto en los artículos tercero y cuarto de la ley número 4 de 17 de enero de 1966, que son del tenor siguiente:

> **"Artículo tercero.** El funcionario judicial o administrativo a quien corresponda juzgar a una mujer sindicada de alguno de los hechos contemplados en el Artículo Primero de esta Ley y que se encuentre en la situación prevista en el Artículo Segundo, podrá -apreciando las circunstancias personales de la acusada y las exigencias de la defensa social- escoger entre la imposición de la pena que corresponda a la infracción cometida o la aplicación a la culpable de la medida de seguridad prevista en el artículo siguiente".
>
> **Artículo cuarto.** A las mujeres declaradas "sujeto de Rehabilitación", se les decretará internamiento en el Centro

www.peritopanama.com

Femenino de Rehabilitación por tiempo indeterminado que no será menor de seis (6) meses ni mayor de dos (2) años".

También podemos citar el artículo 4o. de la ley número 23 de 16 de febrero de 1954, "por medio de la cual se reglamenta la importación manejo y uso de drogas enervantes, estupefacientes o narcóticos y productos de patentes que las contenga y se disponen sanciones para los infractores de las mismas", que a la letra dispone:

> **"Artículo 4.** Los que usen para sí mismos, sin prescripción facultativa previa, cualesquiera de las sustancias a que esta Ley se refiere, serán recluidos por el Departamento Nacional de Salud Pública y por todo el tiempo que sea necesario para su recuperación, en los establecimientos de salud que ese Departamento determine".

El proyecto de Código Penal elaborado por ROYO dedica el Título VI del Libro Primero a la regulación de las medidas de seguridad, lo que significa una verdadera innovación, ya que, como explicamos antes, el Código Penal de 1922 carece de un sistema científico de medidas de seguridad y no es hasta época muy reciente cuando en forma dispersa aparecen algunas normas en distintas leyes especiales que tienen tal carácter y que no han sido objeto de aplicación práctica. En ese sentido, citamos la parte pertinente de las Leyes 17 de 1966 y 23 de 1954.

En la exposición de motivos del proyecto que comentamos se sostiene que "dos son los aspectos importantes que contienen las medidas de seguridad: 1) Al contrario de las penas que se aplican en plazos fijos, las medidas de seguridad son en principio indeterminadas y duran en tanto el delincuente las necesite. 2) Las medidas de seguridad

www.derechopanama.com

son aplicables igualmente a los inimputables, en tanto que el sistema que solo aplica penas se desentiende de ellos"[8].

En el proyecto se establece el principio de legalidad al señalar el artículo 121 que "nadie puede ser sometido a medidas de seguridad que no estén expresamente establecidas en la ley, ni fuera de los casos en ella previstos" y faculta a la autoridad judicial para imponerlas.

Sin establecer una enumeración cerrada y taxativa de los casos en que pueden aplicarse las medidas de seguridad, el artículo 125 dispone:

"Las medidas de seguridad se aplicarán en los siguientes casos:

1. Cuando el autor de un delito haya sido declarado inimputable o tuviere disminuida su imputabilidad
2. Cuando por causa de enfermedad mental se interrumpa la ejecución de la pena que le fue impuesta;
3. Cuando se trate de un delincuente habitual o profesional;
4. Cuando quien comete un delito imposible fuere declarado autor del hecho y calificado como peligroso
5. Cuando la eficacia de la pena pueda estimarse nula o insuficiente, atendiendo a la conducta viciosa del agente. a sus hábitos de vagancia y a cuantos (índices pudieran demostrar que con el régimen penal a que el agente habría sido sometido no se alcanzar fa el fin propuesto por la pena;
6. Cuando la prostitución, el homosexualismo, la toxicomanía o el alcoholismo son habituales y han determinado la conducta delictiva del reo;
7. En los demás casos expresamente señalados en este Código".

La regulación que se hace en el proyecto sobre las medidas de seguridad es bastante amplia y comprende su clasificación, aplicación y extinción.

www.cenunpan.com

8 ROYO, Exposición de Motivos. págs. 48-47. il

Acorde con las tendencias de despenalización, las medidas de seguridad pueden ser el instrumento adecuado para sustituir el camino represivo que han seguido los pueblos como solución al problema de la criminalidad.

Una de las conclusiones más valiosas del primer seminario nacional de criminología, que se llevo a cabo en nuestro país en noviembre de 1975, recalca el deber de estudiar las formas de despenalizar o descriminalizar determinadas conductas, ya que actualmente se llega a considerar como delictuosas o criminales conductas que, social y culturalmente, no pueden ya considerarse peligrosas.[9].

La aplicación del sistema de medidas de seguridad, a final de cuentas, va a depender de la creación previa de los centros o instituciones de educación, curación y detención, lo mismo que *de* la capacitación y *selección de los cuerpos técnicos* indispensables para lograr los resultados o fines que tal sistema persigue.

www.penjurpanama.com

9 RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. "Problema Criminológico, Actuales" en Primer Seminario Nacional de Criminología Imprenta Universitaria Panamá, 1976. pág. 28.

CAPITULO XXI

RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO

I. CONCEPTO

II. EL TEMA EN NUESTRA LEGISLACION

www.penjurpanama.com

I. CONCEPTO

A nivel de concretización de un tipo penal determinado, aparece un delito que genera la actividad jurisdiccional o que da inicio a la acción penal. Establecida la existencia de una acción típicamente antijurídica y culpable, la ley fija una pena, que como vimos en los capítulos precedentes, permiten la aplicación y la ejecución de las sanciones. A la par de esa consecuencia penal del delito, surge también la obligación civil de reparar el daño causado, por lo que puede afirmarse que la concretización del delito de nacimiento a la acción penal y a la acción civil para la reparación del daño causado.

Se ha discutido la idea de la unidad de lo ilícito y de sus consecuencias, lo que ha conducido a la identificación de las consecuencias civiles y penales del delito, de lo cual se han hecho eco algunas legislaciones.

Ambas posturas han sido criticadas en la doctrina. Se afirma que no cabe equiparación alguna entre las penas y la reparación, ya que las penas se caracterizan por ser estrictamente personales mientras que la reparación es transferible mortis causa sobre los bienes del sentenciado.

BINDING apunta como diferencia fundamental la diversidad de funciones de ambos institutos: "la pena debe consistir en la disminución de un bien jurídico, su fin es retributivo, debe causar una herida, mientras que la reparación debe curar otra, si es posible sin causar una segunda"[1].

RANIERI influenciado por la legislación de su país denomina "sanciones civiles a las reguladas por el Código penal como consecuencias de derecho privado, consistentes en obligaciones, directas o indirectas que la ley penal prevé expresamente ante el

www.derjurpanama.com

1 Citado por SOLER, II, .pág. 471.

acaecimiento de hechos que constituyen delito[2]. Ese concepto de sanción civil se limita a las que tienen por causa un delito o son consecuencia jurídica de hechos ilícitos.

Entre las sanciones civiles reguladas por los Códigos penales aparecen:

a) restitución de la cosa o reintegración del estado de cosas existentes antes del delito; b) publicación de la sentencia condenatoria; c) reembolso de los gastos procesales y de mantenimiento en la cárcel; d) reparación o resarcimiento del daño causado.

II. EL TEMA EN NUESTRA LEGISLACION.

En nuestro ordenamiento jurídico penal la reparación del daño como responsabilidad civil que emana del delito aparece claramente diferenciada de la pena, aunque el Libro Tercero del Código Judicial que contiene el procedimiento penal establece la forma en que la reparación se hace efectiva.

Excepcionalmente, el Código Penal establece en su artículo 36 dentro del título III referente a la ejecución de las penas y sus consecuencias, cuando se trate de procesos por delitos que ofendan el honor de un individuo o de una familia, la condena al pago al agraviado de una suma fija (Ver: art. 283 C.P.).

En el Libro Primero del Código vigente los artículos 96 y 97 sientan pautas sobre la extinción y desistimiento de la acción civil.

Es el Código Judicial el que contiene de manera específica la regulación de la acción civil que emana del delito; así el artículo 1971 parte del principio general de que "de todo delito nace acción penal contra las personas responsables y acción civil. A continuación clasifica el contenido de la reparación civil de la siguiente manera:

a) restitución de la cosa.
b) reparación del daño causado.

---

2 RANIERI, II, pág. 404.

www.lexjurmania.com

c) indemnización de los perjuicios ocasionados por el hecho punible.

El articulo 1972 señala las personas que pueden pedir la reparación del perjuicio causado por el delito y en tal sentido las limita a la persona perjudicada, sus herederos o cesionarios.

En cuanto a la oportunidad para solicitar tal reparación civil, el artículo 1973 establece lo siguiente:

> "Para la restitución de la cosa, la reparación del daño causado o la indemnización de los perjuicios ocasionados por el hecho punible, puede intentarse por separado, ante Juez competente, la acción civil; pero el ejercicio de dicha acción estará suspenso hasta que haya fallado definitivamente cubre la acción criminal, sea que se intente antes o después de incoada ésta".

Las diferencias entre las sanciones penales y la reparación civil que emana del delito queda plenamente establecida en nuestra legislación por el contenido claro y preciso de los artículos del Código Judicial que a continuación se copian:

> **"Artículo 1976.** La acción penal se extingue por la muerte del culpable, pero en este caso subsiste la civil contra los herederos o causahabientes, que solo podrá ejercitarse ante los tribunales que conocen de negocios civiles".
>
> **"Artículo 1977.** La acción penal por delito que dé lugar al procedimiento de oficio no se extingue por la renuncia de la persona ofendida.
>
> "Pero se extinguen por esta causa las que nacen de delitos que no puedan ser perseguidos sino a instancia de parte, y las civiles, cualquiera que sea el delito o falta de que procedan".
>
> **"Artículo 1978.** La renuncia de la acción civil o de la penal renunciable no perjudicará más que al renunciante. Pueden continuar el ejercicio de la penal en el estado en que se halla la causa, o ejercitarla nuevamente, los demás a quienes también correspondiere".

www.derechopanama.com

"Artículo 1979. Ni el indulto ni la extinción de la acción penal perjudican la acción civil del ofendido u ofendidos para pedir la restitución de la cosa, la reparación del daño causado y la indemnización del perjuicio sufrido. Tampoco produce tal efecto la sentencia absolutoria, si no se funda en uno de los motivos siguientes:

1. Que el acusado obró en el ejercicio de legítima defensa de su persona, de la de sus parientes o de la de un extraño, en conformidad con las prescripciones del Código Penal que definen esos casos de irresponsabilidad;
2. Que el daño se causó con ocasión de un acto legítimo ejecutado sin imprudencia alguna, y, por lo tanto, por mero accidente o caso fortuito;
3. Que el imputado obró en virtud de obediencia debida o en el ejercicio de su derecho, autoridad, oficio o cargo;
4. Que incurrir en la omisión constitutiva del delito, en virtud de hallarse impedido por causa legítima e insuperable;
5. Que no tuvo participación alguna en el delito motivador del juicio;
6. Que es falso el hecho atribuido".

"Artículo 1980. La extinción de la acción civil tampoco lleva consigo la de la penal que nazca del mismo delito o falta.

La sentencia absolutoria en el pleito promovido por el ejercicio de la acción civil, no ser obstáculo para el ejercicio de la acción penal correspondiente".

En la práctica, la mayoría de los casos que dan lugar al ejercicio de la acción civil para la reparación del daño causado y la indemnización de los perjuicios, son los delitos culposos que surgen de accidentes automovilísticos, fundamentados en el respaldo económico que garantizan los seguros de automóviles. Esto no es óbice para que se dirija tal acción en otros casos y contra otros bienes, pero no puede

www.penumarama.com

perderse de vista que el porcentaje más alto de los delitos que son conocidos por los Tribunales los concretizan sujetos sin solvencia económica, lo que hace ilusoria la reparación civil.

A fin de evitar los gastos adicionales de una acción civil con las consiguientes dilaciones que acrecientan los perjuicios ocasionados por el delito, el nuevo proyecto de código penal, haciéndose eco de las recomendaciones hechas por la comisión colombiana para el Código Penal Tipo para Latinoamérica, trae un Título destinado a regular la responsabilidad derivada del delito, otorgándole al juzgador la facultad de ordenar en la sentencia condenatoria dictada en juicio criminal la indemnización del daño y la restitución de la cosa.

El artículo 136 del proyecto que se ocupa de la materia es del siguiente tenor:

"La sentencia condenatoria dictada en juicio criminal podrá ordenar:

1. La indemnización del daño material y moral causado a la víctima o a su familia o a un tercero, fijándose el monto prudencialmente por el Tribunal en defecto de plena prueba;

2. La restitución de la cosa obtenida por el delito o en su defecto el respectivo valor.

Cuando la reparación civil no se hubiere cumplido durante la condena, o cuando se hubiese establecido a favor del ofendido o de su familia, una pena de indemnización, el Tribunal, en caso de insolvencia señalará la parte de los salarios del responsable que debe ser aplicada a esas obligaciones, antes de proceder a concederle la libertad condicionar".

El proyecto también se ocupa de la responsabilidad civil del superior jerárquico, de la reparación disminuida por culpa de la víctima, de la solidaridad de los participes, la transmisión de la responsabilidad civil, la responsabilidad civil solidaria y la extinción de la responsabilidad civil derivada de la pena (arts. 137-146 del proyecto).

La tendencia actual es la de incorporar a los códigos penales la reparación del daño como parte de la sentencia condenatoria. Es por

www.derjurpanama.com

ello, que al regular el aspecto laboral en la ejecución de las penas, las leyes de normas mínimas sobre readaptación social de sentenciados, estipulan que de las cantidades que recibe el reo como remuneración de su trabajo durante la época de privación de libertad, se le debe destinar un porcentaje de esa remuneración a la reparación del daño.

En nuestras observaciones al proyecto del Código Penal elaborado por ROYO, señalamos la conveniencia de que sea el propio juzgador quien determine en la misma sentencia condenatoria las responsabilidades civiles que emanan del delito[3] .

www.penjurpanama.com

3 Cfr.: MUÑOZ R., Campo Elías y VILLALAZ, Aura E. G. de. Observaciones al Anteproyecto de Código Penal elaborado por el Dr. Arístides Royo, imprenta Universitaria. Universidad de Panamá, Panamá, 1975. págs 14, 41 y 42.

www.penjurpanama.com