

CARLOS ENRIQUE MUÑOZ POPE
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Panamá

Introducción al Derecho Penal

EDICIONES PANAMÁ VIEJO
Panamá, 2003

DERECHOS RESERVADOS

Carlos E. Muñoz Pope
Apartado Postal 4792
E-Mail cempope@cableonda.net
Panamá 5, Panamá

1ª edición, 2000
2ª edición, 2003

Queda totalmente prohibida la reproducción
parcial o total de esta obra por cualquier
proceso, sin la autorización del autor o del
editor.

INDICE

PRÓLOGO A LA 2ª. EDICIÓN	8
PROLOGO	9
BIBLIOGRAFÍA GENERAL	12

PARTE PRIMERA

FUNDAMENTOS GENERALES

CAPITULO I

NOCIÓN DEL DERECHO PENAL

§ 1. FUNDAMENTOS E INSERCIÓN DEL DERECHO PENAL EN LA SOCIEDAD	16
1.1 <i>Fundamentos del Derecho Penal</i>	16
1.2 <i>Inserción del Derecho Penal en la sociedad y control social</i>	18
1.3 <i>Los últimos desarrollos del control social</i>	20
§ 2. CONCEPTO DEL DERECHO PENAL.....	20
2.1 <i>La denominación de la ciencia de los delitos y las penas</i>	20
2.2 <i>La definición del Derecho penal</i>	22
2.2.1 <i>Derecho penal objetivo y Derecho penal subjetivo</i>	22
2.2.1.1 <i>El Derecho penal en sentido objetivo</i>	22
2.2.1.2 <i>El Derecho penal en sentido subjetivo</i>	23
2.2.2 <i>Definición preliminar</i>	24
2.3 <i>Derecho penal material y Derecho penal formal</i>	25
2.4 <i>El llamado “Derecho Ejecutivo Penal”</i>	25
§ 3. EL DELITO Y LA PENA COMO INSTITUCIONES ESENCIALES DEL DERECHO PENAL	27
3.1 <i>La noción de delito</i>	27
3.1.1 <i>Concepto de delito</i>	27
3.1.2 <i>Breve referencia a la evolución del concepto de delito</i>	28
3.1.3 <i>El delito como presupuesto de la punibilidad</i>	29
3.2 <i>La pena</i>	29
3.2.1 <i>Concepto de pena</i>	29
3.2.2 <i>Teorías sobre el fundamento y fin de la pena</i>	30
3.2.2.1 <i>Teorías sobre el fundamento de la pena: las teorías absolutas</i>	31
3.2.2.2 <i>Teorías sobre el fin de la pena: las teorías relativas</i>	32
3.2.2.3 <i>Teorías mixtas o de la unión (Teorías eclécticas)</i>	33
3.2.2.4 <i>Nuestra opinión</i>	34
3.2.3 <i>La pena como consecuencia jurídica del delito</i>	34
§ 4. LA PELIGROSIDAD Y LA MEDIDA DE SEGURIDAD Y CORRECCIÓN	36
4.1 <i>La peligrosidad</i>	36
4.1.1 <i>Concepto de peligrosidad</i>	36
4.1.2 <i>Peligrosidad social y peligrosidad criminal</i>	36
4.2 <i>Las medidas de seguridad</i>	37
4.2.1 <i>Concepto de medidas de seguridad y corrección</i>	37
4.2.2 <i>Medidas de seguridad predelictuales y medidas de seguridad postdelictuales</i>	38
§ 5. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA REPARACIÓN CIVIL	38
5.1 <i>Acción civil y acción penal</i>	38
5.2 <i>Importancia de la reparación civil en el proceso penal</i>	39
5.3 <i>La reparación civil en el proceso penal</i>	40

CAPITULO II

NOCIÓN DEL DERECHO PENAL (II)

§ 6. LA FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL.....	42
6.1 <i>La función del derecho en general</i>	42
6.2 <i>La función del Derecho penal en particular</i>	43
6.2.1 <i>Función del delito y la pena en la sociedad actual</i>	43
6.2.2 <i>Caracteres represivo y preventivo del Derecho penal</i>	44

§ 7. CONCEPCIÓN DEL DERECHO PENAL COMO ÚLTIMA “RATIO LEGIS”	45
7.1 <i>Ética y Derecho Penal</i>	45
7.2 <i>El Derecho Penal como última “ratio legis”</i>	46
7.3 <i>Protección de bienes jurídicos relevantes y ius puniendi</i>	47
§ 8. CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DEL DERECHO PENAL.....	48
8.1 <i>El Derecho penal es “derecho público”</i>	48
8.2 <i>El Derecho penal es “autónomo”</i>	49
8.3 <i>El Derecho penal es “valorativo”</i>	51
8.4 <i>El Derecho penal es “sancionatorio”</i>	52

CAPITULO III

LIMITES AL PODER PENAL DEL ESTADO: PRINCIPIOS INFORMADORES DEL DERECHO PENAL DEL "ESTADO DE DERECHO"

§ 9. EL PODER PENAL DEL ESTADO EN LA ACTUALIDAD.....	53
§ 10. TRASCENDENCIA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LOS DELITOS, LAS PENAS Y LAS MEDIDAS PENALES.....	54
§ 11. CONSECUENCIAS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.....	55
§ 12. LOS OTROS POSTULADOS Y PRINCIPIOS LIMITADORES DEL PODER PENAL	56
12. 1 <i>El derecho penal del hecho</i>	56
12. 2 <i>El derecho penal del bien jurídico</i>	56
12. 3 <i>El derecho penal de culpabilidad</i>	57
12. 4 <i>El principio de intervención mínima</i>	59
12. 5 <i>El principio de taxatividad</i>	60
12. 6 <i>El principio de proporcionalidad</i>	60
12. 7 <i>Otros principios o postulados</i>	61

CAPITULO IV

LA ENCICLOPEDIA DE LAS CIENCIAS PENALES

§ 13. LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL.....	63
§ 14. LAS CIENCIAS PENALES NORMATIVAS	64
14. 1 <i>La dogmática jurídico-penal</i>	64
14. 2 <i>La política criminal</i>	65
14. 3 <i>La penología</i>	66
§ 15. LAS CIENCIAS PENALES EMPÍRICAS.....	67
15. 1 <i>La criminología</i>	67
15. 2 <i>La victimología</i>	69
§ 16. EL OBJETO DEL DERECHO PENAL	70
§ 17. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LAS LLAMADAS “CIENCIAS AUXILIARES”	70
17. 1 <i>La Medicina Legal</i>	71
17. 2 <i>La Psiquiatría Forense</i>	71
17. 3 <i>La Criminalística</i>	71
17. 4 <i>La Estadística Criminal</i>	72

CAPITULO V

CONSTITUCIÓN Y DERECHO PENAL

§ 18. RELACIONES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL CON EL DERECHO PENAL.....	73
§ 19. INFLUENCIA DE LA CONSTITUCIÓN EN LA LEGISLACIÓN PENAL	74
19. 1 <i>Trascendencia de la Constitución en la labor del legislador</i>	74
19. 2 <i>Principios constitucionales informadores del Derecho penal patrio</i>	76

CAPITULO VI

DERECHO PENAL Y DERECHO PROCESAL PENAL

§ 20. RELACIONES DEL DERECHO PENAL CON EL DERECHO PROCESAL PENAL.....	78
20. 1 <i>Importancia de la relación</i>	78
20. 2 <i>Problemática del fenómeno criminal</i>	79
20. 3 <i>Los antecedentes históricos de la relación</i>	80

20. 4	<i>La situación en Panamá. Perspectivas</i>	81
20. 5	<i>Los inconvenientes del Código procesal unitario</i>	81
20. 6.	<i>La necesaria concordancia entre los textos penales y procesales penales</i>	83
§ 21.	PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES ORIENTADORES DEL PROCESO PENAL.....	84
§ 22.	PENA, MEDIDA PENAL Y PROCESO PENAL.....	85
§ 23.	DERECHOS HUMANOS, DERECHO PENAL Y PROCESO PENAL.....	86

CAPÍTULO VII

RELACIONES DEL DERECHO PENAL CON OTRAS RAMAS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

§ 24.	RELACIONES DEL DERECHO PENAL CON EL DERECHO ADMINISTRATIVO.....	88
24. 1	<i>Infracción penal e infracción administrativa</i>	88
24. 2	<i>Sanción penal y sanción administrativa</i>	89
24. 3	<i>El llamado "Derecho penal administrativo"</i>	90
24. 4	<i>Inconstitucionalidad de la justicia penal administrativa</i>	92
§ 25.	RELACIONES DEL DERECHO PENAL CON EL DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO.....	93
§ 26.	RELACIONES DEL DERECHO PENAL CON EL DERECHO CIVIL.....	95
§ 27.	RELACIONES DEL DERECHO PENAL CON EL DERECHO COMERCIAL.....	95

CAPÍTULO VIII

EVOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL

§ 28.	ANTECEDENTES.....	97
§ 29.	EL PERIODO DE UNIÓN A COLOMBIA (1821-1903).....	98
29. 1	<i>La legislación penal durante el período de unión a Colombia</i>	98
29. 2	<i>El Código colombiano de 1890</i>	99
§ 30.	EL PERIODO REPUBLICANO.....	99
30. 1	<i>Los intentos frustrados</i>	99
30. 2	<i>El Código Penal de 1916</i>	100
30. 3	<i>El Código Penal de 1922</i>	102
§ 31.	LOS PROYECTOS DE REFORMA DEL CÓDIGO DE 1922.....	104
31. 1	<i>Los primeros esfuerzos</i>	104
31. 2	<i>El proyecto de 1928 ()</i>	106
31. 3	<i>El proyecto de 1943</i>	107
31. 4	<i>El proyecto de 1952</i>	108
31. 5	<i>El trabajo de Faúndes (1967)</i>	110
§ 32.	EL CÓDIGO PENAL VIGENTE.....	110
32. 1	<i>El Anteproyecto de 1970</i>	110
32. 2	<i>La revisión del Anteproyecto de 1970</i>	114
32. 3	<i>El Anteproyecto revisado (o proyecto de 1978)</i>	115
§ 33.	LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL VIGENTE.....	117
§ 34.	LA EVENTUAL SUSTITUCIÓN DEL CÓDIGO PENAL VIGENTE.....	119
§ 35.	LA LEGISLACIÓN APLICABLE AL ÁREA DEL CANAL DE PANAMÁ.....	121
35. 1	<i>Antecedentes</i>	121
35. 2	<i>La legislación aplicable a la "Zona del Canal" (1904 - 1979)</i>	122
35. 3	<i>La legislación aplicable al "Área del Canal"</i>	125

PARTE SEGUNDA

CAPÍTULO IX

LA NORMA PENAL (ESTRUCTURA Y DESTINATARIOS)

§ 36.	DETERMINACIONES PREVIAS.....	127
§ 37.	LA ESTRUCTURA LÓGICA DE LA NORMA PENAL.....	128
§ 38.	LAS NORMAS PENALES EN BLANCO.....	129
§ 39.	LAS NORMAS PENALES INCOMPLETAS.....	131
§ 40.	LOS DESTINARIOS DE LAS NORMAS PENALES.....	132

CAPÍTULO X

LAS FUENTES DEL DERECHO PENAL

§ 41. CONCEPTO Y DISTINCIONES	134
§ 42. LA LEY PENAL	135
42.1 <i>Concepto</i>	135
42.2 <i>El principio de legalidad</i>	136
42.2.1 <i>Contenido y significación</i>	136
42.2.2 <i>El principio de legalidad en el ordenamiento panameño</i>	138
42.2.3 <i>El principio de legalidad en el anteproyecto de 1998</i>	139
§ 43. LA COSTUMBRE	139
§ 44. LA JURISPRUDENCIA.....	140
44.1 <i>Concepto de jurisprudencia</i>	140
44.2 <i>Valor de la jurisprudencia penal</i>	141
44.3 <i>La jurisprudencia constitucional como fuente del Derecho penal</i>	141
§ 45. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO	142
§ 46. LA DOCTRINA CIENTÍFICA	143

CAPÍTULO XI

INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL (I): CLASES DE INTERPRETACION

§ 47. CONCEPTO DE INTERPRETACIÓN	144
§ 48. CLASES DE INTERPRETACIÓN	146
48.1 <i>Conforme al sujeto</i>	146
48.2 <i>Conforme a los medios</i>	147
48.3 <i>Conforme a los efectos</i>	149
§ 49. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA "ANALOGÍA".....	149

CAPÍTULO XII

INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL (II): EL CONCURSO APARENTE DE LEYES

§ 50. CONCEPTO DE CONCURSO APARENTE DE LEYES	151
§ 51. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD.....	152
§ 52. PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD	153
§ 53. PRINCIPIO DE CONSUNCIÓN ()	154
§ 54. PRINCIPIO DE ALTERNATIVIDAD.....	155
§ 55. EL CONCURSO APARENTE EN LA LEGISLACIÓN PANAMEÑA.....	155
55.1 <i>La cuestión en el Código Penal vigente</i>	155
55.2 <i>El concurso aparente en el Anteproyecto de 1998</i>	156

CAPÍTULO XIII

VALIDEZ ESPACIAL DE LA LEY PENAL (I):

TERRITORIALIDAD Y EXTRATERRITORIALIDAD

§ 56. PLANTEAMIENTO.....	157
§ 57. LA TERRITORIALIDAD DE LA LEY PENAL PANAMEÑA	158
§ 58. LA EXTRATERRITORIALIDAD DE LA LEY PENAL PANAMEÑA	160
58.1 <i>Planteamiento</i>	160
58.2 <i>El principio de personalidad</i>	161
58.3 <i>El principio real o de defensa</i>	162
58.4 <i>El principio de universalidad</i>	163
§ 59. SENTENCIA EXTRANJERA Y COSA JUZGADA	163
§ 60. CONSIDERACIONES FINALES.....	164

CAPÍTULO XIV

VALIDEZ ESPACIAL DE LA LEY PENAL (II): LA EXTRADICION

§ 61. CONCEPTO.....	166
§ 62. UBICACIÓN SISTEMÁTICA.....	168

§ 63. NATURALEZA JURÍDICA.....	169
§ 64. FUNDAMENTO.....	169
§ 65. CLASES	170
§ 66. FUENTES	171
§ 67. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA EXTRADICIÓN	172
67.1 Extradición por solicitud de autoridades panameñas.....	172
67.2 Extradición por solicitud de autoridades extranjeras.....	173

CAPITULO XV

VALIDEZ TEMPORAL DE LA LEY PENAL

§ 68. GENERALIDADES	175
§ 69. NACIMIENTO DE LA LEY PENAL. FASES	176
69.1 <i>Iniciativa</i>	176
69.2 <i>Discusión</i>	177
69.3 <i>Sanción</i>	177
69.4 <i>Promulgación</i>	177
69.5 <i>"Vacatio Legis"</i>	178
§ 70. VIGENCIA DE LA LEY PENAL	179
70.1 <i>Consideraciones previas</i>	179
70.2 <i>El problema de la "retroactividad"</i>	179
70.3 <i>El problema de la "ultraactividad"</i>	181
§ 71. DEROGACIÓN	182
§ 72. LA LEY INTERMEDIA	182
§ 73. LA LEY TEMPORAL Y LA LEY EXCEPCIONAL.....	183
§ 74. EL TIEMPO DE REALIZACIÓN DEL DELITO.....	185

CAPITULO XVI

VALIDEZ PERSONAL DE LA LEY PENAL

§ 75. GENERALIDADES	186
§ 76. EL PRINCIPIO DE "IGUALDAD DE TODOS ANTE LA LEY"	187
§ 77. EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE IGUALDAD	187
§ 78. EL PROBLEMA DE LAS PRERROGATIVAS PROCESALES.....	189

Prólogo a la 2ª edición

En muy poco tiempo me veo obligado a preparar, con suma urgencia, una nueva edición para mi *Introducción al Derecho Penal*.

Esta edición mantiene la misma estructura de la anterior, aunque he añadido algunos cambios producidos por razón de la aparición de nuevas leyes o reformas a la ya existentes.

En la medida de lo posible, he tratado de mantener la estructura de la obra original, pues los estudiantes universitarios de segundo curso de la carrera de Derecho son los destinatarios fundamentales de la obra, que ahora también se utiliza en otras Facultades de Derecho del país, lo que me obliga a tenerla actualizada en lo que sea fundamental.

La existencia de diversos proyectos de ley para modificar el Código Penal y la incertidumbre respecto del Anteproyecto de Código Penal de 1998 me impiden un trabajo más profundo o de mayor envergadura, pues la constante reforma del texto punitivo vigente entorpece y dificulta un trabajo de mayor profundidad.

En los últimos años asistimos a una constante reforma del Código Penal de 1982, que ha visto alterada su estructura básica por la introducción de nuevos delitos o la reforma de muchos otros, sin que se tomen en cuenta cuestiones esenciales o se adopten reformas que necesarias para evitar una distorsión de la escala valorativa de mismo.

En todo caso, lo anterior es insignificante ante la reforma inconsulta del mismo Código, pues se introducen cambios que adoptan nuevas figuras que dejan sin base legal los procesos ya iniciados por algún delito sin que la nueva normativa abarque los viejos delitos que quedan derogados y sin pena para el futuro.

La hipertrofia legislativa nos ahoga y nadie es consciente de ello, pues los autores de tales yerros carecen de la más mínima formación para que puedan entender el daño que producen con el uso inadecuado del poder de legislar a tontas y a locas.

Panamá, agosto de 2003.

Carlos E. Muñoz Pope

Prologo

La obra que el lector tiene en sus manos es un trabajo destinado fundamentalmente a los estudiantes de Segundo Curso de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá, lo que condiciona severamente la esencia del mismo.

Este volumen recoge algunas de las ideas que utilizo en el desarrollo de mis clases respecto de las dos partes iniciales del curso de Derecho Penal (Parte General): los fundamentos generales (Parte Primera) y la teoría de la ley penal (Parte Segunda).

El material correspondiente a la teoría jurídica del delito no se incluye en esta publicación, ya que el mismo tiene identidad propia y merece una publicación independiente, que espero enviar a la imprenta cuanto antes, pues el manuscrito correspondiente ya está concluido.

Esta es, sin duda alguna, una obra dedicada primordialmente a estudiantes universitarios a fin de facilitar el estudio y aprobación de la asignatura por parte de los mismos. El graduado y, por supuesto, el especialista no encontrarán nada nuevo en la misma ya que no son los destinatarios fundamentales de un libro de texto.

En la medida de lo posible, trato de hacer una exposición sencilla y libre de toda erudición, ya que esto último es propio de los Maestros del Derecho Penal, por lo que la obra no contiene novedosas teorías o enunciados personales que le confieran un carácter distinto del que en realidad tiene.

Esta obra tiene su origen en unas Lecciones que publiqué inicialmente en 1985, pero las modificaciones que he introducido a la misma han significado un cambio radical respecto de aquella, lo que me impone la necesidad una nueva denominación a la misma. La presente edición aparece cuando ya se ha publicado la versión inicial del Anteproyecto de Código Penal elaborado por la Comisión designada para tal efecto por el Órgano Ejecutivo, lo que me ha permitido tomar en cuenta dicho documento cuando ello ha sido estrictamente necesario.

La existencia del mencionado Anteproyecto supone cierta incertidumbre respecto del acierto de esta obra, pero la necesidad de los alumnos me convenció de la urgencia de la edición. Los momentos actuales por los que atraviesa el país no son propicios para la discusión de un nuevo Código Penal en la Asamblea Legislativa, ya que el período electoral y la reversión final del Canal de Panamá no augura tranquilidad y sosiego entre los legisladores y la sociedad panameña para iniciar la discusión del Anteproyecto de Código Penal.

Quizás la situación antes expuestas impida la discusión del referido anteproyecto antes del año 2000, pero no hay certeza sobre tal extremo. Lo que sí nos preocupa son las frecuentes modificaciones al Código Penal de 1982, todavía hoy vigente, pues las mismas no siempre son acertadas y coherentes.

La experiencia de los últimos años en materia de reformas penales es desalentadora, pues se proponen reformas al sistema procesal penal vigente y en la discusión de las mismas se introducen, de manera colateral, casi encubierta, reformas a la ley penal material que carecen de toda técnica legislativa y coherencia frente a todo el sistema jurídico-penal patrio.

Todas las reformas penales que se han producido en los últimos años se limitan, en esencia, a aumentar las penas a los delitos actualmente previstos en el Código Penal, lo que ha dado como resultado un Libro Segundo con sus líneas generales alteradas y desvirtuadas respecto del texto original de 1982.

Si la crítica antes formulada a la ley penal material es seria qué no habremos de decir de las reformas al ordenamiento procesal penal, que cada vez más se modifica de manera coyuntural y oportunista, siempre para propiciar soluciones ajenas al respeto de los derechos humanos del imputado, que según el sentir de algunos actualmente tiene demasiados derechos a su favor en el proceso penal, o para sustraer funciones propias de jueces y magistrados de modo que sean los agentes del Ministerio Público quienes las ejerzan a discreción.

Como podrá apreciar el lector, me he esmerado en citar la más importante doctrina penal actual, sin dejar de utilizar a los viejos autores cuando ello ha sido necesario, al tiempo que utilizo la muy importante doctrina penal latinoamericana, muchas veces desconocida por los propios penalistas de nuestro Continente.

Latinoamérica cuenta con importantes autores en nuestra materia muchas veces ignorados por nosotros mismos, situación que no debe prolongarse más, ya que reputados autores del Nuevo Continente tienen igual formación, conocimientos y valor que los colegas de Norteamérica o del Viejo Continente. Incluso algunos han sufrido la cárcel o persecuciones en sus países, lo que ha motivado que muchos se hayan radicado en otras naciones.

Lo que algunos países han perdido lo han ganado otros por dichas lamentables situaciones. Incluso Panamá recibió en la década de los cuarenta los aportes del Prof. Dr. D. Emilio González López, como queda patente en esta obra, sin que todavía éste ilustre hijo de Galicia (España), hace poco fallecido, haya sido objeto del reconocimiento que se merece por su labor en beneficio de nuestra codificación penal.

La deuda que tengo contraída con la doctrina penal española justifica que sean dichos

autores los que cito con frecuencia, a pesar de mis dos años de estudios del alemán en la década de los setenta, cuando todavía era alumno de la carrera y pretendía viajar, por invitación de mi querido amigo Dr. Kurt Madlener, al Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, de Freiburg im Breisgau.

Antes de concluir, en el apartado de los agradecimientos, debo dejar constancia de mi gratitud y permanente admiración hacia la figura de mi Maestro el profesor D. JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA, quien en 1977 me acogió en su Cátedra de la Universidad Complutense y facilitó la obtención de mi grado de Doctor en Derecho, luego de dos años (1977-78 y 1980-81) de estudios en condiciones distintas a las que encuentra un estudiante extranjero de postgrado hoy día en España.

La acogida y decisivo apoyo que recibí de muchos profesores y de todos mis compañeros en el Departamento de Derecho Penal de la Universidad Complutense, algunos ya hace varios años Catedráticos de Derecho Penal, ha marcado mi vida académica de forma importante.

Finalmente, no puedo dejar pasar la oportunidad para reiterar mi admiración hacia el profesor CARLOS PÉREZ CASTELLÓN, hoy retirado de toda actividad, quien orientó mis primeros pasos por la senda del Derecho Penal y marcó, junto a AURA G. DE VILLALAZ y mi padre, mi vocación por la Ciencia de los delitos y las penas.

Panamá, enero de 2000.

Carlos E. Muñoz Pope

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- ANTÓN ONECA José Antón Oneca, **Derecho Penal. Parte General**, Madrid, 1949.
- BACIGALUPO Enrique Bacigalupo, **Principios de Derecho Penal. Parte General**, 4ta. edición, Akal, Madrid, 1997.
- BERDUGO/ARROYO/
GARCÍA/FERRÉ/
SERRANO Ignacio Berdugo/Luis Arroyo Zapatero/Nicolás García Rivas/ Juan Carlos Ferré Olivé/ José Ramón Serrano Piedecabras, **Lecciones de Derecho Penal. Parte General**, Editorial Praxis, Barcelona, 1996.
- BETTIOL Giuseppe Bettiol, **Diritto Penale. Parte Generale**, Décima edizione, Cedam, Padova, 1978.
- CARBONELL Juan C. Carbonell Mateu, **Derecho Penal: concepto y principios constitucionales**, 2da. edición, Tirant lo blanch, Valencia, 1996.
- CARRARA Francesco Carrara, **Programa de Derecho Criminal**, Trad. de J.J. Ortega Torres, Editorial Temis, Bogotá, 1956.
- CEREZO José Cerezo Mir, **Curso de Derecho Penal Español. Parte General**, 5ta. edición, Tecnos, Madrid, Tomo I (1996).
- COBO/VIVES M. Cobo del Rosal/T. S. Vives Antón, **Derecho Penal. Parte General**, 4ta. edición, Tirant lo blanch, Valencia, 1996.
- GILL Hipólito Gill S., **Elementos fundamentales de Derecho penal**, PJ editores, Panamá, 1984.
- GIMBERNAT Enrique Gimbernat Ordeig, **Introducción a la parte general del Derecho penal español**, Universidad Complutense, Madrid, 1979.
- GRISPIGNI Filippo Grispigni, **Derecho Penal Italiano**, Trad. de I. de Benedetti, Volumen I, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1949.
- HURTADO José Hurtado Pozo, **Manual de Derecho Penal. Parte General**, Sesator, Lima, 1985.
- JAKOBS Günter Jakobs, **Derecho Penal. Parte General**, Marcial Pons, Madrid, 1995.
- JESCHECK Hans-Heinrich Jescheck, **Tratado de Derecho Penal. Parte General**, 4ta. edición, Trad. de J.L. Manzanares Samaniego, Editorial Comares, Granada, 1993.
- JIMÉNEZ DE ASÚA Luis Jiménez de Asúa, **Tratado de Derecho Penal**, 4ta. edición, Editorial Losada, 7 tomos, Buenos Aires, 1970.
- LANDROVE Gerardo Landrove Díaz, **Introducción al Derecho Penal Español**, 4ta. edición, Tecnos, Madrid, 1996.
- LISZT Franz von Liszt, **Tratado de Derecho Penal**, Trad. de Q. Saldaña, Tomo I, Hijos de Reus editores, Madrid, 1914.
- LUZÓN PEÑA Diego-Manuel Luzón Peña, **Curso de Derecho Penal. Parte General**, Tomo I, Editorial Universitas, Madrid, 1996.

- MAGGIORE Giuseppe Maggiore, **Derecho Penal**, Trad. de J.J. Ortega Torres, Volumen I, Editorial Temis, Bogotá, 1954.
- MEZGER Edmund Mezger, **Tratado de Derecho Penal Parte General**, 3ra. edición, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, Tomo I, Trad. por J.A. Rodríguez Muñoz (1955), Tomo II, Trad. por A. Quintano Ripollés (1957).
- MIR Santiago Mir Puig, **Introducción a las bases del Derecho Penal**, Bosch, Barcelona, 1976.
- MIR PUIG Santiago Mir Puig, **Derecho Penal. Parte General**, 4ta. edición, PPU, Barcelona, 1996.
- MUÑOZ CONDE Francisco Muñoz Conde, **Introducción al Derecho Penal**, Bosch, Barcelona, 1975.
- MUÑOZ CONDE/
GARCÍA ARAN Francisco Muñoz Conde/Mercedes García Arán, **Derecho Penal. Parte General**, 3ra. edición, Tirant lo blanch, Valencia, 1998.
- MUÑOZ/VILLALAZ Campo Elías Muñoz R./Aura G. de Villalaz, **Derecho Penal Panameño. Parte General**, 2da. edición, Ediciones Panamá Viejo, Panamá, 1980.
- NOVOA Eduardo Novoa Monreal, **Curso de Derecho Penal Chileno. Parte General**, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Tomo I (1960), Tomo II (1966).
- POLAINO Miguel Polaino Navarrete, **Derecho Penal. Parte General**, 3ra. edición, Bosch, Barcelona, 1996.
- QUINTERO/
MORALES/PRATS Gonzalo Quintero Olivares/Fermín Morales/Miguel Prats, **Derecho Penal. Parte General** 3ra. edición, Barcelona, 1997.
- RIGHI/FERNÁNDEZ Esteban Righi/Alberto Fernández, **Derecho Penal**. Hammurabi, Buenos Aires, 1996.
- RODRÍGUEZ DEVESA José María Rodríguez Devesa, **Derecho Penal Español. Parte General**, 13ra. edición por A. Serrano Gómez, Dykinson, Madrid, 1990.
- ROXIN Claus Roxin, **Derecho Penal. Parte General**, Tomo I, Civitas, 1997.
- SAINZ CANTERO José A. Sáinz Cantero, **Lecciones de Derecho Penal. Parte General**, 3ra. edición, Bosch, Barcelona, 1990.
- SANTORO Arturo Santoro, **Manuale di Diritto Penale**, Utet, Volumen I, Torino, 1958.
- SERRANO Alfonso Serrano Gómez, **Introducción a la Ciencia del Derecho Penal**, UNED, Madrid, 1982.
- STAMPA José María Stampa Braun, **Introducción a la Ciencia del Derecho Penal**, Granada, 1953.
- SUAZO René Suazo Lagos, **Lecciones de Derecho Penal. Parte General**, 6ta. edición, Universidad Autónoma de Honduras, Tegucigalpa, 1995.
- VELÁSQUEZ Fernando Velásquez, **Derecho Penal. Parte General**, 3ra. edición, Temis, Bogotá, 1997.
- WELZEL Hans Welzel, **Derecho Penal Alemán. Parte General**, 4ta. edición castellana de la 11ma. edición alemana, Trad. por J. Bustos R. y S. Yáñez P.,

Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993.

WESSELS

Johannes Wessels, **Derecho Penal. Parte General**, Trad. de C. Finzi, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1980.

ZAFFARONI

Eugenio Raúl Zaffaroni, **Tratado de Derecho Penal. Parte General**, Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 1980.

ZUGALDIA

José Miguel Zugaldía Espinar, **Fundamentos de Derecho Penal**, 3ra. edición, Tirant lo blanch, Valencia, 1993.

PARTE PRIMERA

FUNDAMENTOS GENERALES

CAPITULO I

NOCIÓN DEL DERECHO PENAL

§ 1. FUNDAMENTOS E INSERCIÓN DEL DERECHO PENAL EN LA SOCIEDAD

1.1 Fundamentos del Derecho Penal

La discusión teórica sobre los fundamentos del Derecho Penal es cuestión de nunca acabar, pues la misma plantea aspectos filosóficos de enorme trascendencia y significación en la actualidad.

En gran medida la misma gira en torno a qué es el Derecho Penal, para qué sirve el mismo y qué principios circunscriben su contenido.

No cabe duda alguna, en la actualidad, que el Derecho Penal es la rama de la ciencia jurídica que se ocupa de establecer los presupuestos que rigen la vigencia de la ley penal, describe los comportamientos prohibidos u ordenamos bajo amenaza de sanción y delimita el poder de reacción del Estado como consecuencia de tales comportamientos.

Así entendido, el Derecho Penal establece las bases para la aplicación de la ley penal, consagra los presupuestos de la punibilidad y fija las características y condiciones de la propia punibilidad, de modo que fuera del mismo no hay nada que pueda ser erigido como delito ni sancionado con una pena o medida de seguridad, educación o corrección.

Al indagar la respuesta a la segunda interrogante, es común advertir en la doctrina moderna una posición mayoritaria, en el sentido de que el Derecho Penal es el mecanismo más importante que existe en la sociedad organizada para mantener la pacífica convivencia entre los asociados, de modo que existan reglas de comportamiento que deban ser observadas por todos.

Es obvio que frente a la expectativa del respeto de los derechos del sujeto en ocasiones la actuación del individuo pone en evidencia que no siempre los derechos son objeto de respeto, pues la experiencia diaria nos enseña que no todos aceptamos el respeto de los derechos de otros en el entendimiento que los nuestros también serán objeto de respeto por los terceros.

El desconocimiento de algunos derechos da margen a reclamaciones jurídicas de diversa

índole, siendo aquella que da paso a la responsabilidad penal la que solo nos interesa en esta ocasión.

La frustración de ciertas expectativas de comportamiento es cuestión cotidiana y no debe servir de motivo para alegar que el ordenamiento jurídico es incapaz de mantener la convivencia pacífica de las personas, pues frente a tales formas de proceder el Estado tiene mecanismos especiales de reacción.

Las penas y medidas penales de seguridad, educación y corrección son los medios idóneos con los que cuenta el Estado para imponer, a la fuerza si es necesario, el respeto de los derechos de las personas.

Es obvio, sin embargo, que no todo derecho es merecedor de protección penal, pues sólo aquellos que son de inestimable valor adquieren la necesidad de protección penal por parte del ente estatal y la condición de bienes jurídicos.

La protección de bienes jurídicos es una de las misiones fundamentales del Derecho Penal moderno, pues sólo se deben incriminar como delitos los comportamientos, sean acciones u omisiones, que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos del individuo, la sociedad o el Estado.

El bien jurídico es, por tanto, la noción fundamental que subyace en el delito, ya que no hay delito que no proteja un bien jurídico aunque nada impide que un mismo delito proteja dos o más bienes jurídicos.

Por otra parte, la discusión del fundamento del Derecho Penal no puede ni debe pasar por alto la importante distinción entre “legalidad” y “legitimidad”, pues en última instancia el Derecho Penal puede ser utilizado ilegítimamente aunque dentro de un margo legal determinado.

La noción de legalidad alude a la vigencia del ordenamiento jurídico en tanto que la legitimidad de un orden en particular alude al reconocimiento del mismo por la sociedad organizada y al fundamento legal del mismo.

No cabe duda, por cierto, que los regímenes democráticos basados en la voluntad popular expresada en la urnas tienen una legitimidad incuestionable, pues la misma descansa en la juridicidad de su mandato, en tanto que en regímenes autoritarios la situación no es igual aunque apliquen con toda precisión el contenido de la legislación vigente.

Así vistas las cosas, no todo lo que es legal es legítimo y puede que aquello que es legítimo no actúe en forma legal. Es frecuente en nuestros países que los gobiernos legítimos proceda de modo ilegal, sobre todo cuando en el ejercicio del poder público o en la administración de justicia se desconocen reiteradamente algunos de los pilares o soportes que sustentan el ordenamiento jurídico: igualdad de las personas, la libertad y la justicia.

En última instancia, la efectiva validez del Derecho Penal exige que la legitimidad sea acompañada de legalidad en las actuaciones de la autoridad.

1.2 Inserción del Derecho Penal en la sociedad y control social

La doctrina penal más importante de los últimos años ha puesto de manifiesto la trascendencia del Derecho Penal como medio de control social.

Es evidente, sin embargo, que tal situación surge a partir de una consideración más general, toda vez que el ordenamiento jurídico tiene como misión fundamental regular la convivencia pacífica de las personas, imponiendo normas de conducta y modelos que implican cierta forma de control social.

La realidad de las cosas, por tanto, impone reconocer que existen diversas formas de control social, pues el ordenamiento jurídico no es el único. Existen, por otra parte, otras instancias a las que competen ciertas modalidades de control social. La familia, la Iglesia, la comunidad, entre otras, son instituciones que ejercen, en cierta medida, y a veces de manera fundamental, medios o formas de control social.

Como consecuencia de los razonamientos antes expuesto, no cabe duda que el Derecho penal es un medio de control social formal, pues impone formas de comportamiento a los individuos bajo la amenaza de sanción penal, conminación que se hace pública al crearse la norma penal (1).

Como rama del Derecho Público, el Derecho Penal forma parte de un amplio sistema de control social, ya que dispone de medios coactivos para imponer, a la fuerza si fuere necesario, las reglas de comportamiento que el mismo dispone.

Este sistema de control social dispone de mecanismos formales e informales para llevar a cabo dicho control, pues en ocasiones existen organismos que dictan pautas de comportamiento sin necesidad de usar la fuerza para el respeto de los mismos, como es el caso de la Iglesia, la Familia y la sociedad en general, lo que evidencia la existencia de controles informales que carecen de la misma significación y poder que el ordenamiento jurídico.

Tales instituciones o formas de control social informal son de enorme importancia y trascendencia, ya que logran con enorme eficacia el respeto de las reglas básicas de conducta del individuo en la sociedad moderna, por lo que el uso de formas de control social formal no siempre son necesarias.

La experiencia diaria evidencia, sin embargo, que en ocasiones los mecanismos de control social informal no son suficientes para mantener la pacífica convivencia entre los asociados, por

(1) *Sobre la concepción del Derecho Penal como forma de control social, véase, entre otros, los siguientes autores: CARBONELL MATEU, Juan Carlos, **Derecho Penal: Concepto y principios constitucionales**, Tirant lo Blanch, 2da. edición, Valencia, 1996, págs. 59-62; HURTADO POZO, José, **Manual de Derecho Penal. Parte General**, Sesator, Lima, 1978, págs. 3-4; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARAN, págs. 25-29.*

lo que se deberá recurrir a formas de control social formal para ello.

El ordenamiento jurídico supone la existencia de un sistema de control social formal, pues la existencia de policías, fiscales y jueces implica la organización de un aparato institucional para imponer coactivamente una determinada forma de comportamiento, que encuentra en el sistema penitenciario su máxima expresión en la medida que el mismo permite recluir o privar de libertad a los que infrinjan las directrices (prohibiciones o mandatos) impuestas por el legislador al momento de establecer la ley penal.

En el ejercicio del control social formal, sin embargo, el Estado no tiene un poder ilimitado. Existen una serie de principios y postulados que se autoimpone el Estado en el ejercicio de su facultad de ejercer el poder público, como veremos en su oportunidad.

El **ius puniendi** que ejerce el Estado, sea al momento de establecer la ley penal o aplicar la decisión judicial, no es absoluto como en tiempos pasados. Su ejercicio debe ser racional y adecuado a las realidades del tiempo y lugar de que se trate.

So pretexto de mantener la pacífica convivencia de los asociados no se puede utilizar el Derecho Penal para castigar cualquier comportamiento ni puede pretenderse una eficacia del mismo a toda costa, sacrificando los más caros principios del Derecho moderno.

Aunque es una rama del ordenamiento jurídico, como muchas otras, el Derecho Penal tiene como característica propia la existencia de incriminaciones de comportamientos bajo la amenaza de sanción penal, lo que es ajeno a otras ramas del ordenamiento jurídico y da sustantividad propia al Derecho Penal respecto de esas otras ramas jurídicas.

Frente a las antiguas formas de autodefensa y de reacción colectiva contra el infractor de la ley el Derecho Penal como forma de control social propugna por la reacción pública ante comportamientos lesivos de derechos vitales para la convivencia social, lo que impone el uso de formas coactivas para mantener la paz social quebrantada por la actuación delictiva del individuo, lo que impone la necesidad de que el Estado cuente con mecanismos legítimos y aceptados por todas para realizar tal misión.

La infracción del Código Penal, usualmente compendio de acciones u omisiones prohibidas u ordenadas bajo amenaza de sanción, en una sociedad determinada y en un momento concreto imponen la imprescindible creación de formas institucionalizadas de reacción social, que permitan restaurar el ordenamiento jurídico desconocido por el infractor del mismo, quien acepta que el Estado imponga sanciones al responsable del ilícito y lo obligue a reparar el mal causado en la medida del daño producido.

Pena, medida de seguridad y corrección y reparación civil del daño causado son mecanismos creados por el ente estatal para mantener la convivencia pacífica de los asociados, ya que la efectiva imposición de los mismos al infractor de la norma debe ser suficiente para garantizar que el ofendido con el comportamiento delictivo no recurra a la violencia particular

para solucionar sus conflictos sociales.

1.3 *Los últimos desarrollos del control social*

En los últimos años, la noción del control social ha sido objeto de nuevos planteamientos, que rechazan como simplista la afirmación de que el Derecho Penal es una forma de control social formal.

En este sentido, BERGALLI ha puesto de manifiesto que la “propuesta para debatir sobre el derecho como un instrumento de control social plantea, desde un principio, la necesidad de esclarecer de cuál derecho y de qué control se habla cuando se presume que el primero actúa en la tarea que supondría la segunda expresión, o sea la de control social”. Y más adelante, el mismo autor, señala que “Más, según mi opinión, conviene, antes de nada, enmarcar los dos conceptos en los períodos y ámbitos de aparición, desarrollo y aplicación de ambos. De este modo, luego, se podrá intentar verificar la relación o las contradicciones que aparentemente se les atribuye” (2).

Para el citado autor el sistema penal es la expresión de una carga de violencia estatal legitimada por el poder de una mayoría social y no podemos negar que esa mayoría detenta el poder no siempre por decisión libre y espontánea de la masa que dicen representar.

De esta forma, se pretende cuestionar la afirmación de que el Derecho penal es una forma de control social, control formal, ya que según el autor mencionado no se han profundizado suficientemente las funciones del derecho ni se han analizado en profundidad la verdadera naturaleza política del derecho, ya que el monopolio del *ius puniendi* estatal se asienta sobre principios que han entrado en franca crisis en la actualidad, lo que a su juicio le permite concluir “la nula pertinencia entre control social y sistema penal”(3).

El tema, es obvio, queda en el tapete para una futura y amplia consideración a lo largo de este Programa, en particular al momento de abordar los aportes criminológicos al Derecho penal.

§ 2. CONCEPTO DEL DERECHO PENAL

2.1 *La denominación de la ciencia de los delitos y las penas*

Para referirse a la ciencia de los delitos y de las penas en la actualidad se encuentra generalizada, aun que no es aceptada en forma unánime, la denominación de Derecho Penal.

(2) Roberto BERGALLI, “¿De cual derecho y de qué control social se habla?” en, **Contradicción entre derecho y control social**, Editorial J.M. Bosch-Goethe Institut, Barcelona, 1998, pág. 17.

(3) BERGALLI, pág. 30.

La denominación Derecho Criminal también se utiliza con cierta frecuencia, toda vez que permite incluir al lado de la pena otras consecuencias jurídicas que no son penas como, por ejemplo, las medidas de seguridad.

Se ha discutido en la doctrina si debiéramos mantener la denominación Derecho Penal cuando ya este sector del ordenamiento jurídico incluye además de la pena, como consecuencia por la realización de una prohibición (o de la omisión de un mandato), las llamadas medidas de seguridad.

La cuestión prácticamente carece de relevancia, puesto que tanto la pena como la medida participan de una característica común: la de ser consecuencia jurídica de la infracción de la ley penal.

Salvo muy contadas excepciones, es tradicional que la denominación Derecho Penal sea predominante; la historia nos muestra, sin embargo, que se han propuesto diversos nombres, más ninguno ha logrado obtener el reconocimiento doctrinal o legislativo que se le ha concedido a tal denominación (4).

La pena como consecuencia de mayor relevancia dentro del Derecho Penal ha perdido el lugar que tuvo tiempo atrás, toda vez que hoy se considera como mas eficaz un adecuado sistema de medidas de seguridad para combatir a una serie de sujetos a los cuales la pena no intimida.

Medidas de seguridad y peligrosidad criminal son nuevos conceptos desconocidos para el Derecho Penal tradicional y el contenido de éste queda ampliado con estos conceptos que van aunados a las nociones tradicionales de delito y pena.

En nuestra legislación la denominación es la de Derecho Penal, aunque nuestra legislación penal no se agota en el Código Penal y leyes penales complementarias y especiales, toda vez que existen algunas medidas de seguridad aisladas en el ordenamiento panameño (5).

Una mirada a la doctrina extranjera nos comprobará que en la legislación comparada la situación es igual a la antes indicada. En los diversos idiomas la denominación más utilizada sigue siendo la de Derecho Penal y, en menor extensión se utiliza la de Derecho Criminal (6).

(4) *Entre otros conf: JIMÉNEZ DE ASÚA, I págs. 30-31; MUÑOZ/VILLALAZ, págs. 5-8; SAINZ CANTERO, págs. 5-6.*

(5) *No en vano AROSEMENA GUARDIA ha señalado la necesidad de estructurar un moderno sistema de medidas de seguridad en nuestra legislación. Al respecto, conf: Rubén AROSEMENA GUARDIA, "Necesidad en Panamá de una legislación sobre medidas de seguridad" en Anuario de Derecho, No.7, 1996 - 1967, págs. 109 y sgts.*

(6) *En Alemania la denominación usual es también Derecho Penal (Strafrecht); igual sucede en Italia (Diritto Penale) y Portugal (Diritto Penal). En Francia se utiliza tanto Droit Criminel como Droit Pénal.*

2.2 La definición del Derecho penal

2.2.1 Derecho penal objetivo y Derecho penal subjetivo

La expresión Derecho Penal puede ser utilizada en diversos sentidos. Por una parte, como conjunto de normas jurídicas vigentes en un determinado momento y lugar; por otra parte, como la capacidad o potestad estatal de decidir qué comportamientos se consideran delictivos y cuál es la consecuencia jurídica a imponer por la realización de tal comportamiento.

Se denomina Derecho Penal en sentido objetivo al primero de ellos y Derecho Penal en sentido subjetivo al segundo.

Ambas son nociones que se complementan, por lo que no deben ser utilizadas antagónicamente entre sí. La distinción cobra cierta importancia, ya que sin duda ambas nociones son fundamentales para el penalista.

2.2.1.1 El Derecho penal en sentido objetivo

Considerado en sentido objetivo, el Derecho Penal es un conjunto de normas jurídicas que crea delitos (o estados peligrosos) y les señala penas (o medidas de seguridad) a los mismos para que sean impuestas a quienes hacen u omiten lo que la norma (ley) penal prohíbe u ordena.

Tal definición, como se puede apreciar, sólo destaca el contenido del que se ocupa el Derecho penal sin abordar otros aspectos trascendentales del mismo, como ocurre con la concepción del Derecho penal en sentido subjetivo (misión y funciones del Derecho Penal en la actualidad).

La mayoría de las definiciones que proporcionan los autores pueden ser consideradas como definiciones objetivas del Derecho penal, en tanto que pocos son los autores que se ocupan de la misma desde otra u otras perspectivas.

Esta definición, sin embargo, excluye toda consideración de la reparación del daño causado por el infractor de la norma penal, lo que nos parece incorrecto, ya que una definición del Derecho Penal desde la perspectiva objetiva debe incluir, necesariamente, la cuestión de la responsabilidad civil derivada del delito, ya que ello es imprescindible en la actualidad.

No cabe duda alguna, a nuestro juicio, que el ofendido con el comportamiento del infractor de la norma penal tiene más interés en que se le repare el daño causado que ver al delincuente en la cárcel, pues el sujeto pasivo del delito que tiene un derecho disminuido o destruido prefiere la indemnización del daño causado que el encarcelamiento del sujeto.

Esto no debe entenderse, sin embargo, de modo que se piense que pretendemos que a

todo infractor de la ley penal debe obligársele únicamente a reparar el daño causado, ya que no es así, pues siempre habrá ofensores de la ley penal que, independientemente de la reparación civil correspondiente, merecen la imposición de una sanción penal por su comportamiento, sobre todo en los casos más graves de ataques a la pacífica convivencia de los asociados.

Finalmente, es necesario destacar, en este apartado, que el Derecho Penal sólo puede imponer las formas de reacción penal antes mencionado a través del proceso penal respectivo, ya que sólo la existencia de un proceso desarrollado en los términos previstos por la Constitución y el ordenamiento procesal penal garantizar la legitimidad de la sanción impuesta, pues la misma no se puede imponer en forma arbitraria ni al margen de los mecanismos formales previstas para tal fin.

2.2.1.2 El Derecho penal en sentido subjetivo

Por otra parte, el Derecho Penal considerado en sentido subjetivo indaga acerca de la facultad del ente estatal de establecer las penas o medidas de seguridad como consecuencia del incumplimiento de una orden o de la realización de una prohibición prevista con anticipación por la ley penal.

De esta forma, el Derecho Penal subjetivo se ocupa de establecer límites a la potestad punitiva del Estado, la cual en ningún caso debe ser ilimitada (tanto en el orden cuantitativo como cualitativo).

Con toda razón ha dicho JESCHECK que "todo Estado debe admitir limitaciones de su autonomía en la esfera jurídico-penal, procedentes tanto de normas superiores como de un poder jurisdiccional supraestatal (aún incipiente)" (7).

RODRÍGUEZ DEVESA define el Derecho Penal objetivo como un "conjunto de normas estatales referentes a los delitos y a las penas y otras medidas preventivas o reparatorias que son su consecuencia" (8). Subjetivamente considerado lo define como "el derecho del Estado a establecer normas penales y aplicarlas cuando se cumplan los requisitos en ellas prevenidos" (9).

La importancia del Derecho Penal en sentido subjetivo es, por tanto, evidente. El Estado como titular del *ius puniendi* no tiene facultad para usar indiscriminadamente tal poder, ya que no tiene legitimidad para criminalizar cualquier comportamiento humano y menos tiene legitimidad para imponer cualquier forma de reacción penal.

En la medida en que el Estado moderno consagra derechos y garantías para el sujeto ello implica la existencia de autolimitaciones del propio Estado en favor del individuo y la sociedad,

(7) JESCHECK, *pág. 9.*

(8) RODRÍGUEZ DEVESA, *Pág. 10*

(9) RODRÍGUEZ DEVESA, *Pág. 37*

pues no es cierto que el ente estatal puede incriminar cualquier comportamiento e imponer la sanción que arbitrariamente escojan sus representantes sociales (legisladores) al crear la ley penal.

Cuando el Estado y sus legítimos representantes asuman esta situación tendremos un cuerpo social regido por normas jurídicas respetuosas del individuo y una organización social que represente los mejores intereses de los particulares, pues sólo en ese momento el Estado será el rector de la vida de los asociados que se sentirán gobernados con respeto y consideración hacia la dignidad del ser humano.

Una completa definición del Derecho Penal exige la consideración de ambos aspectos, el objetivo y el subjetivo, pues de lo contrario la definición solo nos brindará una visión parcial del Derecho Penal. En todo caso, al examinar cualquier definición tengamos presente esta realidad y recordemos que numerosos los autores al definir nuestra ciencia omiten incluir toda consideración al Derecho Penal subjetivo, por lo que la definición así elaborada solo alude al derecho objetivo, es decir, al derecho vigente en un determinado lugar.

2.2.2 Definición preliminar

Luego de las anteriores consideraciones, es necesario formular una definición del Derecho penal que nos permita, al menos en forma preliminar, contar con un concepto del mismo.

En este sentido, el Derecho penal es la ciencia jurídica que establece qué comportamientos del sujeto quedan prohibidos u ordenados bajo amenaza de sanción penal, sea una pena o una medida de seguridad o corrección, ya que el Estado en ejercicio de su potestad sancionadora incrimina tales comportamientos que se consideran intolerables o inaceptables para la convivencia social ya que afectan algún bien jurídico digno de protección estatal.

Esta definición, como se observa, combina criterios del Derecho penal objetivo y subjetivo, pues un concepto que sólo se apoye en uno de tales sentidos adolece de deficiencias injustificadas en la actualidad, cuando todos discutimos la extensión del poder penal del Estado, que nunca puede estimarse ilimitado.

Siempre el poder del Estado para incriminar comportamientos tiene un límite, ya que de lo contrario volveríamos a los tiempos pasados en donde el gobernante tenía poderes absolutos y ello le facultaba para castigar cualquier comportamiento de los individuos e imponer las sanciones que, incluso, el capricho les aconsejara en un momento determinado.

El **ius puniendi** que ejercita el Estado por medio de la norma penal tiene por objeto la protección de bienes jurídicos fundamentales, es decir, de valores del sujeto, la sociedad o del

ente estatal necesitados de protección jurídica.

2.3 Derecho penal material y Derecho penal formal

En sentido amplio, el Derecho penal abarcó en el pasado, además del derecho penal material o sustantivo, el derecho penal formal o adjetivo y el derecho penal ejecutivo o de ejecución penal.

De estos sectores parciales del ordenamiento el Derecho penal formal o adjetivo, hoy día denominado con toda propiedad como *Derecho Procesal Penal* ha desarrollado tal autonomía que nadie niega o discute su jerarquía e independencia frente a las normas sustantivas.

Es por ello que no podemos olvidar que "el derecho procesal penal sirve para la realización del derecho penal material, ya que esta realización no se puede cumplir sin el concurso de los órganos estatales" como acertadamente ha puesto de manifiesto SCHMIDT (10).

La existencia del Código Penal sería intrascendente si no existe una regulación que establezca la forma de declarar a un sujeto responsable de haber vulnerado lo dispuesto en la ley penal. El derecho material requiere del determinar la responsabilidad penal del sujeto.

Los actos desarrollados dentro del proceso penal tienen por objetivo primordial la declaración jurisdiccional acerca de la responsabilidad del agente y en ello radica la diferencia fundamental entre el derecho penal material y el derecho penal formal.

Podemos convenir, en consecuencia, con SCHMIDT que el Derecho Procesal Penal "regla la marcha de un procedimiento que tiende a la obtención de una sentencia judicial y determina cuáles actos de las partes, como acciones conforme al ordenamiento del procedimiento, dentro del sector de la realidad procesal, deben "admitirse" para alcanzar ese objetivo (11).

2.4 El llamado "Derecho Ejecutivo Penal"

Por lo que respecta al Derecho Ejecutivo Penal o de Ejecución Penal éste comprende el conjunto de normas que se ocupan de la ejecución de las sanciones penales.

Este sector del ordenamiento penal no ha alcanzado hoy el desarrollo que si se le reconoce al derecho procesal penal, puesto que en numerosas legislaciones tal ejecución se realiza con absoluta independencia del órgano jurisdiccional.

Como una parte más reducida o concreta de este derecho ejecutivo penal aparece en este

(10) Eberhard SCHMIDT, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho Procesal Penal*, Edit. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957, pág. 23.

(11) SCHMIDT, pág. 27.

siglo, con mas aires de autonomía científica que antes el Derecho Penitenciario, que pretende regular todo lo relativo a la ejecución de las penas y medidas penales privativas de libertad.

Si recordamos que el derecho penal material está recogido principalmente en el Código Penal y que el derecho penal formal está consagrado en el Código Judicial (Libro III) resulta sumamente lamentable que no exista una completa legislación penitenciaria, en la que se dé cabida a una amplia gama de aspectos relacionados con la ejecución de las penas y medidas penales privativas de libertad.

Aunque en algunos ordenamientos jurídicos la ejecución penitenciaria forma parte de la labor jurisdiccional, y por ello se le considera en sentido amplio como parte del derecho penal material, en numerosos países, y entre ellos el nuestro, no existe una verdadera legislación penitenciaria ni se le reconoce autonomía al Derecho Penitenciario, pues la regulación de la ejecución penal queda en manos de las autoridades administrativas, y por ello este sector es considerado como parte integrante del Derecho Administrativo.

No debemos perder de vista que el Derecho Penitenciario comienza a tener vigencia en el caso concreto luego de acreditada la responsabilidad penal del sujeto en el proceso penal en que se le declara responsable de haber vulnerado lo prohibido u ordenado por algún precepto penal. De esta forma es una etapa sucesiva que presupone haber desconocido el contenido del derecho penal material y que la responsabilidad ha quedado plenamente demostrada en el proceso penal.

Estas consideraciones no deben inducirnos a confundir derecho penal material y derecho ejecutivo penal, por cuanto que "el derecho penal fija el objetivo general de la pena y establece la cuantía de bienes jurídicos de que se puede privar al penado para resocializarle y el derecho de ejecución penal es el que regula la forma en que se efectúa esta tarea resocializadora" (12).

Según BUENO ARUS el Derecho Penitenciario es "el conjunto de normas jurídicas que regulan la aplicación o la ejecución de las penas privativas de libertad" ¹³ y, como tal, no cabe duda que es un sector más restringido del Derecho ejecutivo penal que se ocupa de la ejecución de cualesquiera sanción penal.

Es evidente, por tanto, que urge una rectificación en esta materia, pues la ejecución penal no debe llevarse a cabo divorciada del juez penal, pues la misma implica la afectación de importantes derechos del individuo y ello merece la atención del juez que garantice que la ejecución se lleva a cabo asegurando los derechos fundamentales del individuo, quien no debe ser afectado en su dignidad y otros derechos más allá de lo dispuesto por la resolución judicial respectiva.

Para superar esta lamentable situación, en los anteproyectos de Código Penal y Código

(12) ZAFFARONI, *pág. 69.*

(13) Francisco BUENO ARUS, *Estudios penales y penitenciarios*, Pub. Instituto de Criminología, Madrid, 1982, *pág. 121.*

Procesal Penal de 1998 se adoptan nuevas regulaciones sobre el particular, de modo que un juez de ejecución de penas asuma el control de la ejecución penal, que de esta forma quedará dentro del plano judicial y permitirá que el Órgano Judicial dirija y vigile la ejecución penal, sobre todo de aquellas sanciones penales que impliquen la privación de la libertad del sujeto.

§ 3. EL DELITO Y LA PENA COMO INSTITUCIONES ESENCIALES DEL DERECHO PENAL

3.1 La noción de delito

3.1.1 Concepto de delito

El Derecho Penal es aquella parte del ordenamiento jurídico que determina qué hechos o conductas humanas son merecedoras de sanción penal. Estas conductas punibles son elevadas a la categoría de "delito" por medio de un observar ciertas formalidades para tal fin.

Para la determinación de lo que debe ser delito entran en juego diversas consideraciones ético-sociales, políticas, jurídicas, etc., sin que alguna de ellas excluya a las otras.

Tradicionalmente la especificación de lo que es delito se ha llevado a cabo mediante la descripción de lo que se desea prohibir u ordenar bajo amenaza de sanción penal.

Estas descripciones deben ser efectuadas con la mayor claridad posible, ya que es preciso saber en todo momento qué queda prohibido u ordenado por la legislación penal en un momento determinado.

Siendo esta situación una cuestión básica o fundamental en todo Estado de Derecho, es preciso reconocer que el concepto de delito es una noción relativa, pues depende de cada una de las descripciones formuladas por el legislador, siendo imposible brindar una noción que abarque o comprenda a todos los delitos existentes en sus peculiaridades más concretas o particulares.

El delito es, sin duda, un concepto relativo, que varía de uno a otro, de país a país, puesto que nunca hay en un ordenamiento dos delitos exactamente iguales.

En sentido material el delito supone la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos más preciados de la comunidad; en sentido formal, es la descripción de la conducta prohibida u ordenada por el legislador.

3.1.2 Breve referencia a la evolución del concepto de delito

La evolución del concepto de delito es cuestión propia de la teoría del delito, pero nada impide que podamos ocuparnos brevemente de la misma en este apartado.

Como se verá en su momento, la evolución del concepto de delito se sitúa hacia finales del siglo diecinueve y en particular se atribuye a FRANZ VON LISZT la formulación del concepto de delito que, después de una amplia evolución, se aceptó en nuestros días prácticamente que sin objeción alguna.

Ya LISZT en su obra señalaba que el delito era una acción culpable y antijurídica, con lo que ponía de manifiesto tres aspectos esenciales en la noción de delito; la acción, la culpabilidad y la antijuridicidad. Lamentablemente el maestro berlinés todavía no conocía el término “tipicidad” que adquiere relevancia a partir de BELING quien destacó la importancia de la “tipicidad” como elemento del delito, lo que permitió después de las contribuciones de otros autores que fuera EDMUND MEZGER quien definiera el delito como una “acción típica antijurídica y culpable” con lo que se perfiló el concepto que se ha mantenido hasta nuestros días.

Si bien es cierto que el concepto de delito hoy día gira en torno a la “acción típica antijurídica y culpable” que desde MEZGER se consideró como delito, la demoledora irrupción de la teoría de la acción final o teoría finalista de la acción, expuesta magistralmente por HANS WELZEL, ha supuesto una nueva concepción del delito como en su momento podremos comprobar.

Sólo nos basta adelantar, sobre el particular, que el concepto de delito para el finalismo sigue siendo el mismo, pero el contenido de algunos de ellos cambia drásticamente y se llega a un sistema de la teoría del delito que presenta subdivisiones que impiden un sistema único de acción como el propuesto originalmente por la teoría de LISZT-BELING, la teoría causal o teoría causalista.

Una amplia exposición sobre la evolución del concepto de delito en ambas teorías podrá ser analizado posteriormente, sin perjuicio de que los interesados recurran a las obras que se ocupan del tema como detenimiento.

3.1.3 El delito como presupuesto de la punibilidad

La trascendencia de la noción de delito en la actualidad es tal que sin la comprobación del mismo no podemos imponer la pena al sujeto, ya que la pena es una consecuencia por la realización del delito.

En otras palabras, el delito es un presupuesto para la imposición de la pena, ya que no se pueden imponer sanciones penales a nadie que no haya realizado o cometido una acción típica antijurídica y culpable que sea considerada como delictiva por el legislador y luego de un proceso seguido con todas las formalidades que le haya asegurado al sujeto los derechos y garantías que el ordenamiento jurídico patrio establece en su favor antes de la resolución judicial que imponga la pena en particular de que se trate.

Nadie puede ser sometido a una pena si previamente no ha realizado un delito, es decir, si previamente no ha cometido una acción típica antijurídica y culpable y así se haya decidido en un proceso llevado a cabo por las autoridades judiciales competentes mediante sentencia firme al respecto.

La principal característica del delito y la pena, por tanto, es que deben estar establecidas con anterioridad a la realización de la acción típica antijurídica y culpable y sólo puede imponerse la pena previamente establecida por el legislador, ya que ello es consecuencia del principio de legalidad de los delitos y las penas que consagra nuestra Constitución Política en su artículo 31.

3.2 La pena

3.2.1 Concepto de pena

La pena ha sido la única reacción contra el delito hasta el siglo pasado. La misma supone la privación de algún bien o derecho como consecuencia de la comisión de un delito. Es, en definitiva, un mal como bien anota ANTON ONECA (14).

En la doctrina especializada la polémica en torno al fin y fundamento de la pena ha ocupado un lugar preeminente. Para resolver esta interrogante se han elaborado numerosas teorías al respecto, las que generalmente se reúnen en tres grupos perfectamente diferenciados:

(14) ANTON ONECA, *pág. 477.*

teorías absolutas, relativas y eclécticas.

La polémica en torno al fin y fundamento de la pena, en los últimos años, ha puesto de manifiesto la imprecisión de tal denominación, ya que se estima que no es correcto la inclusión del “fin” de la pena en la discusión, que debe quedar reducida al fundamento de la misma.

Esto es así, ya que el fin de la pena debe analizarse en relación con la función de la misma, lo que equivale a plantear la cuestión del fin de la misma en atención a la función del Derecho Penal y de la pena y la medida de seguridad y corrección que son sus consecuencias más importantes.

3.2.2 *Teorías sobre el fundamento y fin de la pena*

Enorme importancia adquiere en la actualidad la discusión sobre el fundamento de la pena, ya que ello nos permite abordar la cuestión de la misma frente a una concepción determinada del Estado, tema de trascendencia en los momentos actuales.

BUSTOS RAMÍREZ manifiesta que este aspecto “ha estado ligado al carácter de derecho público del derecho penal y que ha dado origen a lo que se ha llamado el derecho penal subjetivo. Precisamente por ello es por lo que se liga la teoría de la pena a la concepción de Estado, porque, evidentemente, no es lo mismo concebir la pena es un Estado absoluto que en un Estado de derecho y ni siquiera resulta igual dentro de las diversas formas evolutivas que ha tenido el Estado de Derecho” (15).

Sobre las teorías en cuestión, nos interesa en esta oportunidad, únicamente, destacar el fundamento y fin de las mismas de forma enunciativa, pues en una obra de esta naturaleza no podemos ocuparnos en detalle de tales teorías, cuestión de capital importancia de una obra que se ocupe de la problemática actual de las sanciones penales.

Cuando se trate del fundamento de la pena, se alude a las diversas teorías absolutas, que no buscan en la pena ninguna finalidad ulterior. Por el contrario, cuando nos ocupemos del fin de la pena deberemos aludir a las teorías relativas, que entienden que se pena con el propósito de obtener una finalidad concreta con la imposición de la pena.

(15) Juan BUSTOS RAMÍREZ, *Introducción al Derecho penal*, Temis, Bogotá, 1986, pág.70.

3.2.2.1 Teorías sobre el fundamento de la pena: las teorías absolutas

Como quedó expuesto, las teorías que se ocupan del fundamento de la pena son teorías que no ven en la pena la búsqueda o persecución de una finalidad por razón de la imposición de la misma, ya que entienden que se pena porque se delinquirió y no hay que buscar ninguna otra razón para imponerla.

Entre las numerosas teorías absolutas tenemos, como las más importantes, la teoría de la expiación y la teoría de la retribución, puesto que no persiguen ninguna finalidad ulterior al imponer la pena (16). Cronológicamente las teorías absolutas son muy recientes y tienen en KANT y HEGEL, sin duda alguna, sus exponentes más importantes.

La teoría de la expiación parte de supuesto que la pena no puede restituir el orden afectado y que el ilícito cometido no desaparece por la aplicación de la pena, pues a lo sumo trata de lograr “la reconciliación del delincuente consigo mismo, con el ordenamiento quebrantado, en definitiva, con la comunidad” (17).

Para JAKOBS la expiación implica “la comprensión por parte del autor del injusto realizado, así como la necesidad de pena, con la consecuencia de una reconciliación con la sociedad” (18), teoría que prácticamente nadie defiende hoy día.

No se requiere mucho esfuerzo para observar lo inconveniente de la misma, ya que la expiación supone una actitud del sujeto que no es comprobable y que depende de su actitud, la que no puede ser impuesta y requiere de un enorme grado de convencimiento del sujeto.

ZUGALDIA, por su parte, advierte que estas teorías, también denominadas en la doctrina como “teorías de la retribución”, deben su nombre a que consideran que la pena tiende al logro de fines o de valores absolutos tales como la “realización de la Justicia” o el “imperio del Derecho” (19).

(16) WELZEL, *pág. 328.*

(17) Heiko H. LESCH, *La función de la pena*, Dykinson, Madrid, 1999, *pág.7.*

(18) JAKOBS, *pág. 25.*

(19) ZUGALDIA, *págs. 54-55. Sobre las teorías absolutas BUSTOS/HORMAZÁBAL sostiene que en su “contenido esencial entienden que la pena es una retribución. Con ella se trata de que el que ha realizado un delito lo retribuya con la pena” (pág. 45).*

3.2.2.2 Teorías sobre el fin de la pena: las teorías relativas

De acuerdo a los partidarios de las teorías relativas, la pena se impone por la necesidad de evitar la comisión de nuevos delitos en el futuro, de modo que la misma ejerce sobre los sujetos una forma de prevención de la delincuencia. Por tal razón, la pena es un medio para alcanzar un determinado fin o utilidad: es decir, para lograr un ideal de prevención de los delitos, prevención ésta que puede ser general o especial (20).

Estas teorías "deben su nombre a que consideran que la pena se legitima porque tiende al logro de un fin relativo, cambiante y circunstancial como lo es el fin útil de la prevención (evitación del delito)" (21). Las teorías relativas son verdaderas teorías sobre los fines de la pena, lo que no se observaba en las teorías absolutas, que fundaban la pena en sí misma.

Quizás sea FEUERBACH el más destacado exponente de la teoría de la prevención general, ya que para el mismo lo importante es la intimidación o coacción que se opera sobre los individuos desde el momento de la creación de la norma penal, mientras que F. von LISZT es el más destacado expositor de la teoría de la prevención especial (22).

La esencia de las teorías relativas es, por tanto, la prevención de la delincuencia, de forma que el sujeto penado no vuelva a cometer nuevos delitos en el futuro. En la actualidad la teoría de la prevención recobra nuevos bríos en atención a las modalidades de la misma, según los fines que se persigan: prevención general o prevención especial.

La doctrina penal moderna divide la prevención general en prevención general negativa y prevención general positiva, según que la misma ejerza un efecto disuasorio sobre el individuo (prevención negativa) o un efecto correctivo integrador sobre el mismo (prevención positiva). La teoría de la prevención general negativa asocia a la misma el nombre de FEUERBACH, quien parte de la teoría del Estado de HOBBS; la teoría de la prevención general positiva, por su parte, establece que la función de la pena es el reforzamiento de la conciencia colectiva, de los

(20) Sobre el tema, véase José ANTÓN ONECA, *La prevención general y prevención especial en la teoría de la pena*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1944.

(21) ZUGALDIA, pág. 57.

(22) Paul Johann Anselm Ritter VON FEURBACH, *Tratado de Derecho Penal Común* vigente en Alemania, Trad. Por E. R. Zaffaroni e I. Hagemeier, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1989; VON LISZT, I, pág.

valores éticos de la convicción jurídica, o, lo que es lo mismo, “ejercicio en el reconocimiento de la norma”, con lo que se asoma a cuestiones propias de la Filosofía de Nietzsche y cuestiones propias del psicoanálisis de S. FREUD, tal como pone de relieve recientemente LESCH (23).

En lo que respecta a la teoría de la prevención especial, nos interesa sólo destacar en esta oportunidad que la misma trata de apartar al sujeto de los delitos y la misma permite distinguir una prevención especial negativa (apartar al sujeto), la intimidación del individuo y la prevención especial positiva (la corrección, resocialización o reinserción social del sujeto).

No se puede negar que las teorías relativas implican un enorme atractivo en la medida en que propugnan por una acción reformadora sobre el individuo. La teoría de la prevención especial, sin embargo, tiene el inconveniente, como bien anotó en su momento JAKOBS, que vulnera el principio del Derecho penal del hecho (24) .

3.2.2.3 Teorías mixtas o de la unión (Teorías eclécticas)

Los partidarios de las teorías eclécticas aceptan que la retribución es fundamento de la pena, pero no le privan de su carácter intimidatorio o preventivo (25).

En nuestros días, la mayoría de los autores modernos propugnan por una teoría ecléctica para fundamentar la pena, pues casi todos entienden que se impone la pena por el mal causado y para que se no delinca en el futuro.

Una simple revisión de la doctrina actual pone de manifiesto esta situación, si bien algunos tienden a formular diversas modalidades de las teorías de la unión que combinan características que se pretenden obtener de dichas teorías mixtas, lo que no siempre puede lograrse con la coherencia necesaria para fundar el fundamento y fin de la pena en un mismo concepto.

LESCH en reciente, breve y enjundiosa publicación, ha puesto de manifiesto los problemas que se presentan a la hora de fundar una concepción sobre el fundamento y fin de la pena con diversas finalidades, unas contradictorias o contrapuestas con otras, lo que pone de

(23) LESCH, *pág. 22.*

(24) JAKOBS, *pág. 31.*

(25) *Cfr: QUINTERO OLIVARES, págs. 12-13.*

relieve las inconsistencias que se producen por tratar de superar las limitaciones propias de cada teoría (26).

3.2.2.4 Nuestra opinión

La polémica sobre el fundamento y fin de la pena es cuestión todavía no resuelta en favor de tal o cual teoría.

Hay autores que justifican la pena sólo en razón de la retribución del mal causado con el delito, en tanto que otros lo hacen en función de la prevención de nuevos delitos por el sancionado o la colectividad.

Sea cual fuere el fundamento y fin de la pena, el mismo no puede estar divorciado del sujeto al que se dirige la misma, ya que ese individuo es el centro de interés de la actividad punitiva del Estado, lo que implica reconocer que se impone la pena por el delito cometido (**retribución**) y para que no se delinca en el futuro, sea coaccionando a la generalidad de los individuos (**prevención general**) y al infractor que cumple la pena impuesta (**prevención especial**).

A los individuos, en sistemas como el nuestro, la pena no mejora ni corrige, por lo que sólo tiene un efecto retributivo y poco preventivo, sea general o especial. En fin, como que sólo interesa penar el sujeto por el delito cometido y no interesa si el sujeto se mejora en una cárcel panameña, lo que es, desde todo punto de vista, una paradoja para no decir un contrasentido.

En Panamá la cárcel no mejora ni corrige, por lo que mal puede hablarse de un fin preventivo-especial sobre el individuo: la pena es retribución por el mal causado y ello, de hecho, sólo permite un fundamento absoluto en la misma.

3 2.3 La pena como consecuencia jurídica del delito

La pena es la consecuencia jurídica más importante por la realización de conductas que se consideran como delito. Durante mucho tiempo ha sido la “única” consecuencia del delito aunque en la actualidad ya no es la única.

(26) *LESCH, pág. 41.*

Como consecuencia del delito, la pena debe poner énfasis en la culpabilidad del sujeto para establecer la medida de la misma, ya que hoy día se reconoce que la culpabilidad del individuo es la medida de la pena, pues no se debe penar más allá de lo estrictamente necesario en atención a la culpabilidad del infractor de la ley penal.

Las consideraciones que anteceden tienen enorme significación para el Derecho Penal de nuestros días, ya que el mismo tiene límites y condicionantes como tendremos oportunidad de comprobar posteriormente.

§ 4. LA PELIGROSIDAD Y LA MEDIDA DE SEGURIDAD Y CORRECCIÓN

4.1. La peligrosidad

4.1.1 Concepto de peligrosidad

En los momentos actuales, ni la proliferación de tipos delictivos ni la imposición de penas, en ocasiones severas, han mostrado ser suficientes frente a ciertos sujetos y ante formas graves de la criminalidad.

Ello se debe, fundamentalmente, a que hay sujetos que no se sienten coaccionados por la pena, que se muestra insuficiente en algunos casos. Por otra parte, hay algunos sujetos que delinquen que no son susceptibles de intimidación por medio de la pena tradicional.

Por otra parte, cada vez más se reconoce la necesidad de consagrar ciertos estados de peligrosidad que permitan imponer algún tipo de consecuencia jurídica a determinados sujetos que delinquen y que se sabe que frente a ellos la pena tradicional es inoperante.

La peligrosidad surge así como la otra cara del delito mientras que la medida de seguridad y corrección es la sanción penal consagrada para los sujetos declarados peligrosos.

La pena, que se había mostrado en ciertos casos insuficientes, es reemplazada en ocasiones por la medida de seguridad y de corrección, pues son muy numerosos los delincuentes a los que la pena no intimida, mejora ni puede curar.

4.1.2 Peligrosidad social y peligrosidad criminal

Modernamente se ha venido distinguiendo entre peligrosidad social y peligrosidad criminal (27). Aquella consiste en la posibilidad de que el sujeto así considerado pueda cometer actos que si bien no son constitutivos de delitos, en cierta medida perturban el orden social.

En opinión de CEREZO MIR la peligrosidad criminal es "la probabilidad de que un sujeto realice en el futuro una conducta delictiva" (28) y estima que la misma debe merecer

(27) Véase en general, el volumen colectivo *Peligrosidad y medidas de seguridad*, Universidad de Valencia, Valencia, 1974.

(28) CEREZO, pág. 38

sanción.

BERISTAIN, por su parte, estima que la peligrosidad social, es decir, "La probabilidad de que el sujeto realice actos levemente perturbadores de la vida comunitaria (actos asociales), sin llegar a constituir delitos (pues no son actos antisociales)" (29) no debe ser punible.

4.2 Las medidas de seguridad

4.2.1 Concepto de medidas de seguridad y corrección

Las medidas de seguridad y corrección junto con la pena, son los medios con los que cuenta el Derecho penal para responder ante el fenómeno doloroso de la delincuencia.

Estas medidas pueden ser aplicadas, en ocasiones, aunque el sujeto no haya cometido delito alguno. Generalmente, sin embargo, se aplican luego de la comisión de un hecho considerado como delictivo.

En la actualidad se discute si las medidas predelictuales pertenecen o no al ámbito del Derecho Penal, pues nadie discute que las postdelictuales forman parte del mismo.

Las medidas predelictuales suponen imponer una sanción a quien todavía no ha demostrado una probabilidad de cometer futuros delitos, es decir, que se aplican a sujetos peligrosos sociales. Por el contrario, las medidas postdelictuales implican sancionar a quien ya ha cometido un delito, pero que no debe ser sancionado con una pena en estricto sentido. Nuestra legislación penal vigente no consagra supuestos de medidas de seguridad predelictivas, aunque en el pasado reciente la situación haya sido distinta.

En nuestro medio una amplia exposición sobre las medidas de seguridad puede encontrarse en ARANGO DURLING, que con acierto ha estudiado el tema de las consecuencias jurídicas del delito con notable profundidad (30).

(29) Antonio BERISTAIN, *Medidas penales en Derecho contemporáneo*, Editorial Reus, Madrid, 1974, pág. 80.

(30) Virginia ARANGO DURLING, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Ediciones Panamá Viejo, 2da. edición, Panamá, 2003.

4.2.2 Medidas de seguridad predelictuales y medidas de seguridad postdelictuales

En la actualidad se reconoce que el Derecho Penal no debe ocuparse de sujetos peligrosos que no hayan cometido delito alguno, pues la peligrosidad social debe ser impune.

Ello trae como consecuencia que se esté imponiendo la opinión de que las medidas de seguridad deben desaparecer de toda legislación positiva. Y ello es así toda vez que implican una sanción de tipo penal sin que el sujeto haya realizado una conducta delictiva y, por tanto, atentan contra el principio de certeza o seguridad jurídica que el ordenamiento penal preservar (31).

Finalmente, debemos anotar que en nuestro país son muy contados los casos de peligrosidad previstos en la legislación penal. La mayoría de dichos supuestos están previstos en el título V del Libro I del Código Penal vigente y algunos otros, de manera excepcional, están consagrados en la Ley 6 de 1966, que crea el Centro Femenino de Rehabilitación.

Esta última legislación, sin embargo, está fuera del ámbito penal y corresponde a las autoridades administrativas del Ministerio de Gobierno y Justicia (corregidores, jueces nocturnos de policía, etc.) la aplicación de la misma. A nuestro juicio, no obstante, es inconstitucional que las autoridades administrativas tengan facultad para aplicar dichas medidas, porque ello supone invadir la esfera de competencia del Órgano Judicial.

§ 5. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA REPARACIÓN CIVIL

5.1 Acción civil y acción penal

Aunque la mayoría de las definiciones del Derecho Penal omiten toda consideración de la reparación civil por el daño causado, estimamos necesario que la misma incluya la consideración de la ella, pues el delito y las sanciones penales, penas y medidas penales, no son los únicos temas que aborda el Derecho Penal de nuestros días.

En nuestro Código Penal se dispone que de todo delito emana responsabilidad civil para los responsable que sean hallados culpables de mismo, afirmación que nos parece incorrecta, ya que tal responsabilidad debe surgir en caso de daño patrimonial contra el ofendido, incluso en

(31) *"La mas reciente doctrina se muestra partidaria de la erradicación del ámbito del Derecho penal de la peligrosidad predelictual (o peligrosidad sin delito)" señala atinadamente LANDROVE, pág. 24.*

casos como el estado de necesidad justificante cuando no se aprecia responsabilidad penal en el sujeto que actúa justificadamente (32) .

Modernamente se discute la existencia de una tercera vía en el Derecho Penal, de forma que la reparación o responsabilidad civil derivada del daño causado con el delito adquiere cada vez más importancia en nuestros días, sobre todo cuando el individuo afectado con la ofensa criminal tiene especial interés en la reparación del daño causado y poco interés por el encarcelamiento del ofensor.

La discusión que la inclusión de tal tema en la noción de Derecho Penal conlleva la consideración de si dicha reparación o responsabilidad civil es parte de nuestra disciplina o debe quedar dentro del Derecho Civil.

Sobre la misma, LUZÓN PEÑA pone de manifiesto las distintas situaciones que la cuestión plantea y llega a la conclusión, que compartimos plenamente, de que “las prescripciones reguladoras de la responsabilidad civil no podrán considerarse parte del Derecho penal” (33).

5.2 Importancia de la reparación civil en el proceso penal

Aunque el Código Penal panameño le dedica un título a la responsabilidad civil derivada del delito en el Libro Primero del mismo, tales normas no son penales y tienen naturaleza civil. Ello no implica que reconozcamos que el problema de la reparación deba ser abordado por el juez penal, ya que el ofendido evita así tener que recurrir a la jurisdicción civil, haciendo más gastos en abogados, para lograr que satisfagan sus pretensiones.

En todo caso, es conveniente que la legislación civil sea la que se ocupe de la materia y en el ordenamiento procesal penal se hagan las modificaciones necesarias para que el juez penal sea el que decida dicha responsabilidad, de forma que haya economía procesal y se logren soluciones rápidas en favor del ofendido, que durante tanto tiempo ha estado olvidado por el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal.

La experiencia de los últimos años, sobre todo en nuestro país, evidencia que las

(32) *Recientemente ARANGO DURLING, Las consecuencias cit.(págs. 269 y sgts) se ha ocupado de este tema.*

(33) *LUZÓN PEÑA, p. 14.*

autoridades se ocupan más que nada de la persecución y encarcelamiento del infractor de la ley penal, lo que conlleva a inevitables superpoblaciones en los centros penitenciarios, situación que conlleva otra amplia gama de cuestiones que no es el momento discutir.

Por todo ello, siempre que sea posible, es conveniente prescindir de la sanción privativa de libertad y su equivalente en el proceso penal, cual es la detención o prisión provisional durante el curso de mismo, para potenciar otros medios alternativos de solución. Esto es realmente importante, sobre todo en nuestro país, en donde ya existe una excesiva población en los centros penitenciarios en espera de proceso y donde no es necesario crear nuevos, ya que serán utilizados para enviar más sujetos hasta el punto que entraremos en un círculo vicioso, pues nunca tendremos cárceles para todos los sujetos privados de libertad en espera de juicio.

En alguna medida, por tanto, debe estimularse la reparación antes o después de proceso penal, de modo que la imposición de sanciones que impliquen privación de libertad sea reducida a los casos estrictamente necesarios, lo que nos permitirá una vigencia real y efectiva de la dignidad del ser humano y del principio o estado de inocencia a que alude el art. 22 de la Constitución de la República.

5.3 La reparación civil en el proceso penal

La cuestión de la reparación civil en el proceso penal es tema de creciente y trascendental vigencia en estos momentos, sobre todo cuando asistimos al proceso de “redescubrimiento” de la víctima en el proceso penal.

Al sujeto ofendido con el delito, es decir, al sujeto pasivo de la infracción penal le interesa más que con tener el infractor de la norma penal encarcelado que se le reparen los daños y perjuicios causados en su contra, sin mayores conflictos ni traumas procesales.

En este sentido, el ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal permite que el sujeto ofendido con el delito intente obtener la reparación de los daños y perjuicios causados, sin necesidad de recurrir a la justicia civil, siempre más lenta y onerosa, para obtener la reparación que le interesa.

Nuestra legislación vigente en la materia, sobre todo a partir de la vigencia de la Ley 31 de 1998, mal llamada de “protección a las víctimas del delito”, en forma harto confusa y ambigua

se ocupa de esta cuestión. En esta legislación, hemos advertido antes, debe el interesado ejercer la acción penal dentro del proceso penal, por medio de la demanda incidental de daños y perjuicios, pues si no hace uso de tal acción, en los términos y plazos que el propio Código Judicial establece, pierde tal derecho y no tiene facultad legal para intentar tal acción por la vía civil luego de concluido el proceso penal.

Sólo cuando la acción civil debe dirigirse contra el tercero civilmente responsable que no es el sujeto responsable criminalmente del delito puede la víctima escoger la vía penal o la vía civil para demandar la indemnización de daños y perjuicios, situación nada aconsejable para el demandado que es citado en la esfera penal dentro del proceso penal en el que ha actuado y tiene pocos plazos para oponerse a tal acción civil. En esta materia, la reforma introducida por la Ley 31 de 1998 desmejoró la situación del tercero civilmente responsable que antes tenía que ser demandado en la vía civil y tenía más oportunidades de oponerse y defenderse de la pretensión civil ejercida en su contra.

CAPITULO II

NOCIÓN DEL DERECHO PENAL (II)

§ 6. LA FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL

6.1 La función del derecho en general

La función fundamental del derecho en general, sin especificar todavía ninguno de sus campos de acción, gira en torno al mantenimiento del orden jurídico garantizando la paz y seguridad jurídica de los asociados, quienes se comportan entre sí y frente al ente estatal como sujetos respetuosos del ordenamiento jurídico impuesto por sus representantes, quienes desde el Poder organizado dictan las reglas de conducta y comportamiento que serán observadas por los asociados, ya que de lo contrario se fomenta la inseguridad y anarquía entre los individuos.

El respeto del derecho vigente, impuesto por medios legítimos y en nombre de la voluntad y soberanía popular, justifica el uso de los medios necesarios, incluso coactivos, para el mantenimiento de la paz y pacífica convivencia entre los asociados, de modo que se respeten los derechos de las personas y del ente estatal sin necesidad de imponer tal observancia por medios violentos o poco convencionales.

En este orden de ideas, la función del derecho en general y del derecho penal en particular están relacionadas entre sí, ya que ante el fracaso de los medios convencionales de solución de

disputas, el derecho penal y su arsenal de medios violentos quedan como única solución viable y posible para tal fin.

6.2 La función del Derecho penal en particular

6.2.1 Función del delito y la pena en la sociedad actual

La función del Derecho Penal es un problema particularizado que, en lo substancial, va inmersa en la función general del Derecho(1).

Modernamente, sin embargo, la función del Derecho Penal como tal viene siendo estudiada desde una óptica más concreta: a partir de la función de la pena y de la medida de seguridad y corrección.

De esta forma, se identifica la función del Derecho Penal con la función de sus consecuencias penales, pena y medida, puesto que en definitiva el Derecho Penal usa la pena y la medida una vez lesionado o puesto en peligro de lesión un determinado bien jurídico.

Lleva razón, por tanto, MIR, cuando señala que "preguntar por la función del Derecho Penal sigue siendo, pues, preguntar por la función de sus consecuencia jurídicas específicas: la pena y las medidas" (2).

La función del Derecho Penal, y por ende de la pena y de la medida, puede ser analizada desde dos puntos de vista distintos: por una parte, como protección de la sociedad de los ataques más intolerables a la convivencia social; por otro lado, como un mínimo de garantías a favor de los asociados.

Algunos autores señalan que estas funciones, sea la de protección de la sociedad o de seguridad jurídica a los asociados, son contrapuestas y excluyentes(3) entre si. Nosotros, sin embargo, estimamos que ambas cuestiones no deben ser consideradas como polos opuestos que se repelen entre sí, sino, en todo caso, como nociones que se complementan.

En efecto, tan importante es que existan unas normas que regulen la convivencia social,

(1) *En este sentido, véase RODRÍGUEZ MOURULLO, pág. 18.*

(2) Santiago MIR PUIG, **Derecho Penal. General**, 4ta. edición, PPU, Barcelona, 1996, *Introducción*, pág. 89.

(3) ZAFFARONI, pág. 26.

de modo que se sancionen los ataques más graves a las mismas como también lo es la existencia de un mínimo de garantías a favor de los asociados, de modo que en todo momento se conozca con certeza lo que el Derecho Penal prohíbe u ordena y por cuyo desconocimiento se considera al sujeto responsable penalmente.

Toda comunidad social requiere de unas determinadas reglas de conducta y, dentro de estas, algunas disposiciones que erijan en delito el lesionar o poner en peligro de lesión los intereses o valores más preciados en dicha colectividad ya que como bien anota JESCHECK "El Derecho penal únicamente puede imponer limitaciones cuando ello resulte indispensable para la protección de la sociedad" (4).

Esta protección se logra mediante la punición de un determinado resultado (desvalor del resultado) o, bien, con independencia del mismo, con la punición de una determinada actividad (desvalor de la acción). De esta forma, con la punición de ciertas acciones se protegen también bienes jurídicos relevantes por la comunidad, antes de que se produzcan resultados lesivos a tales bienes (5).

Por otra parte, el Derecho Penal supone un principio de seguridad jurídica o certeza toda vez que en todo momento cualquiera de los asociados puede saber que está o no penalmente sancionado y cuál es la sanción prevista para el caso particular.

El principio de legalidad juega un papel trascendental en este sentido, pues sin una ley formal no pueden establecerse delitos, penas o medidas de seguridad o corrección.

Podemos concluir, en consecuencia, señalando con las palabras de WESSELS que es objetivo primordial del Derecho Penal "proteger los valores fundamentales de la vida en común dentro del orden social y en garantizar la salvaguardia de la paz jurídica" (6).

6.2.2 Caracteres represivo y preventivo del Derecho penal

A pesar de que progresivamente el Derecho Penal se ha ido cada día humanizando más, el carácter retributivo del Derecho Penal no ha perdido vigencia.

(4) JESCHECK, *pág. 13.*

(5) Véase, al respecto: WELZEL, *págs. 2 y sgts.*

(6) WESSELS, *pág. 3.*

En cierta medida el Derecho Penal es represión, toda vez que sanciona al sujeto por la comisión de un hecho delictivo pasado, porque ya delinquiró.

La sola idea de la impunidad de los hechos delictivos es intolerable en cualquier comunidad, puesto que ello fomentaría el desconocimiento del orden social existente y pondría en peligro de extinción a la misma comunidad.

La prevención, por su parte, proporciona al Derecho Penal moderno algunas metas: debe perseguir la mejora de los sujetos sancionados para que logren llevar una vida sin delito en el futuro; además, sirve para que los asociados no olviden que la lesión o puesta en peligro de los bienes más relevantes será sancionada con toda seguridad.

Bajo estas concepciones se hallan las esperanzas de un nuevo Derecho Penal pues la prevención de la delincuencia, sea de modo general o especial, es a todas luces mejor que tener que reprimirla (7).

Esta prevención, en particular la especial, no debe entenderse de un modo absoluto, puesto que existen algunos sujetos que no deben ser afectados sustancialmente por la prevención, tales como los delincuentes políticos y los culposos, por ejemplo.

La prevención debe jugar un rol fundamental, por el contrario, a propósito de los menores infractores, reincidentes y enfermos mentales, ya que en estos casos siempre debe ser posible la mejora del sujeto antes que su segregación de la sociedad sin procurar ningún objetivo sobre ellos.

§ 7. CONCEPCIÓN DEL DERECHO PENAL COMO ÚLTIMA “RATIO LEGIS”

7.1 Ética y Derecho Penal

El Derecho Penal es un sector del ordenamiento jurídico que utiliza medios de reacción graves para imponer sus preceptos, incluso mediante la fuerza si el individuo no los acata en forma voluntaria, pues la pena supone el uso institucionalizado de la violencia por el Derecho Penal lo que conduce necesariamente a recurrir al mismo cuando no hay otra forma de lograr la

(7) En este sentido, Véase: Carlos Enrique MUÑOZ POPE, "Prevención de la delincuencia y medios de comunicación social" en *LEX*, Revista del Colegio Nacional de Abogados de Panamá, Segunda Época, No.10, Mayo-Agosto de 1978, págs. 141 y sgts. (especialmente pág. 143).

pacífica convivencia entre los asociados.

La esencia del Derecho Penal radica, en consecuencia, en la protección de bienes y valores del individuo, la sociedad y el Estado que sean considerados como fundamentales, por lo que es importante que no se recurra al Derecho penal para imponer un modo de comportamiento ético ni religioso a los individuos, ya que ello es inaceptable en nuestros días.

En el pasado se recurrió al Derecho penal para mantener una ideología religiosa sobre los individuos, de forma que se erigieron como delitos ciertos comportamientos particulares del sujeto que no suponían atentados graves a la pacífica convivencia de los asociados, lo que motivó un uso irracional del Derecho penal contra amplios sectores de la sociedad que sin atentar contra la sociedad se vieron fuera de la ley ya que se identificó ley y religión.

Hoy día es impensable que el Estado quiera imponer al individuo una determinada forma o concepción religiosa, ya que la experiencia del pasado y los horribles crímenes cometidos en nombre de la religión son un recuerdo que no podemos volver a repetir en la actualidad. La Historia nos pone de manifiesto cuantos errores y graves atentados contra el sujeto se cometieron so pretexto de reprimir la herejía y otras manifestaciones socio-culturales del pasado.

7.2 El Derecho Penal como última "ratio legis"

De acuerdo a esta noción el Derecho Penal debe ser utilizado sólo cuando no es posible mantener de otra forma la convivencia social.

El Derecho Penal así considerado no debe ser utilizado si antes existen otros mecanismos de control que puedan dar el resultado esperado.

Un Derecho Penal que ignore esta situación incurre en una irracional utilización de las sanciones penales, de suyo muy graves, siendo que otro tipo de recursos se muestran más adecuados al respecto.

No en vano MUÑOZ CONDE ha advertido con precisión que "el Derecho Penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes (8), puesto que cualesquiera alteración de poca significación del ordenamiento jurídico puede ser

(8) MUÑOZ CONDE, pág. 39

afrontada con mejor éxito sin tener que recurrir a las penas y medidas penales".

"El convencimiento de que la pena es un mal irreversible, y una solución imperfecta que debe utilizarse solamente cuando no haya más remedio, es decir, tras el fracaso de cualquier otro modo de protección (la pena entendida como última ratio), obliga, a reducir al máximo el recurso al Derecho Penal (intervención mínima)" anota QUINTERO OLIVARES (9).

Esta situación, no siempre reconocida por el legislador, implica que no deben ser considerados como punibles más comportamientos que los estrictamente necesarios, pues, de lo contrario, se incurrirá en una "hipertrofia" de la legislación penal, situación nada aconsejable.

"Si la misión del Estado consiste en garantizar la coexistencia entre los ciudadanos, ha dicho ROXIN, entonces sólo puede ser castigado aquel comportamiento que lesione los de otras personas y que no es simplemente un comportamiento pecaminoso o inmoral" (10).

Recurrir al Derecho Penal como fórmula ante la existencia de graves conflictos sociales, supone la inexistencia de una verdadera política criminal, en un Estado que pretende ser democrático y, consecuentemente, la negación del Derecho Penal justo y humanitario al que todos aspiramos.

7.3 Protección de bienes jurídicos relevantes y ius puniendi

Ya hemos señalado anteriormente que en el ejercicio del *ius puniendi* el Estado incrimina ciertos comportamientos del individuo que afectan, sea porque dañan o ponen en peligro, valores de los asociados, la sociedad o el ente estatal, lo que implica reconocer que el legítimo ejercicio del mismo impone al gobernante la necesidad de incriminar, únicamente, aquellos comportamientos que dañan o ponen en peligro de lesión uno o más bienes jurídicos.

En la medida en que se incriminen comportamientos que no tutelen, al menos, un bien jurídico se utiliza indebidamente el poder penal del Estado, que de esta forma extiende su ámbito de acción a situaciones inocuas y carentes de importancia y trascendencia para el Derecho penal.

La esencia del bien jurídico objeto de protección radica en la necesidad de evitar ciertos

(9) QUINTERO OLIVARES, pág. 49

(10) Claus ROXIN, *Iniciación al Derecho penal de hoy*, Pub. Universidad de Sevilla, Sevilla, 1981, pág. 25.

resultados dañosos que afectan, de modo grave e intolerable, el desarrollo de la convivencia social (desvalor de resultado), aunque en ocasiones es necesario evitar acciones concretas que todavía no implican un daño real y efectivo (desvalor de acción).

El Derecho penal de nuestros días implica castigar, usualmente, resultados que se causan a pesar de estar prohibidos por el legislador y, en ocasiones, acciones que todavía no producen un daño determinado pero que pueden producirlo. El carácter fragmentario del Derecho penal es, por tanto, evidente. No incrimina todos los comportamientos que dañan o ponen en peligro los bienes jurídicos, sino tan sólo los comportamientos más graves que sean inaceptables o intolerables en la sociedad organizada.

Ya no se castiga al sujeto por lo que es, sino por lo que hace u omite cuando tal acción está prohibida o tal mandato ordenado por la propia ley penal, como quedará expuesto en el Capítulo III de esta obra.

§ 8. CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DEL DERECHO PENAL

8.1 El Derecho penal es “derecho público”

El Derecho Penal es parte del Derecho Público toda vez que regula relaciones que surgen por razón de la realización de un hecho punible (11). Se trata de normas que determinan el comportamiento de los asociados y cuya exigibilidad queda a cargo del ente estatal.

Las normas penales establecen qué hechos son delitos y cuáles son las consecuencias jurídicas que emanan para el sujeto considerado responsable de la infracción penal. En ningún caso supone la existencia de relaciones originadas por particulares entre sí, sino entre el sujeto delincuente y el Estado como titular del derecho de castigar (*ius puniendi*), con absoluta independencia de la posible relación entre delincuente y víctima como sujetos del Derecho Privado.

Como rama del Derecho Público el Derecho Penal es evidentemente derecho positivo, ya que es derecho vigente desde el momento en que empieza a regir la norma penal y durante todo

(11) *Sobre la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado, véase: M. GITRAMA GONZÁLEZ, Introducción al derecho, 4ª. edición, Pub. Escuela de Trabajo Social, Madrid, 1981, págs.30-31.*

el período que transcurre hasta su derogación (12).

BETTIOL señala que "el derecho penal es hoy derecho público por excelencia, porque el "valor" tutelado interesa a toda la colectividad, y porque a través de la aplicación de la pena se manifiesta en toda su majestuosidad y severidad la soberanía del Estado" (13).

El carácter público del Derecho Penal obliga a que autoridades públicas inicien la investigación de aquellos hechos que puedan ser constitutivos de delito, con independencia - salvo muy contados casos- ¹⁴ de la voluntad del sujeto pasivo o perjudicado por la infracción penal.

Cierto es que de la comisión de un hecho punible surgen responsabilidades de naturaleza civil, pero ningún caso ello hace variar la característica de ser el Derecho Penal una rama del Derecho Público, pues en definitiva es el Estado quien impone las respectivas sanciones al delinciente.

Por ello no le falta razón a MUÑOZ/VILLALAZ cuando sostienen que "el derecho penal no regula las relaciones de los individuos entre sí, sino las de éstos con el Estado: la sanción es impuesta en nombre del interés público y delinciente es juzgado en nombre del Estado" (15).

8.2 El Derecho penal es "autónomo"

La doctrina penal ha venido discutiendo desde hace tiempo si esta ciencia tiene "autonomía" respecto de las demás o es meramente "accesoria" o "secundaria", es decir, simplemente sancionatoria.

Sostiene MUÑOZ CONDE que la "afirmación del carácter subsidiario del Derecho Penal tiene su origen en la teoría de las normas de BINDING" (16), con la distinción entre "norma" y "ley" penal (17).

(12) Véase: BETTIOL, pág.89.

(13) BETTIOL, págs. 89 - 90.

(14) *Pocos son los delitos que se persiguen a instancia de parte en nuestra legislación.*

(15) MUÑOZ/VILLALAZ, pág. 13.

(16) MUÑOZ CONDE, pág.60.

(17) *"El punto de partida de Binding es la comprobación de que el delinciente no puede actuar en contra de las distintas*

Para los partidarios de esta concepción el Derecho Penal es fundamentalmente sancionatorio, ya que se limita a sancionar la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos consagrados en otros sectores del ordenamiento jurídico (18).

Otros autores, opositores de la teoría anterior, sostienen que el Derecho Penal tiene autonomía científica, ya que establece los presupuestos de la punibilidad y luego señala la pena respectiva por la infracción cometida.

Cierto es, no obstante, que el Derecho Penal no siempre establece presupuestos propios para la determinación de los hechos punibles, pues en ocasiones trae de otros sectores del ordenamiento algunos supuestos de hecho (19), sin que por ello deba negársele autonomía ni considerarle secundario, subsidiario o accesorio de aquellos.

Lleva, por tanto, mucha razón MUÑOZ CONDE cuando señala que "no puede desconocerse en efecto que hay delitos cuya creación es genuinamente penal, en tanto en cuanto no tienen un explícito correlativo en las leyes no penales o habría que buscarlo a través de cláusulas generales..." (20) . Y como también añade el mismo autor "tampoco es menos cierto que existen otros grupos de delitos, cuya relación con otras ramas del Derecho es tan estrecha que mal se pueden precisar sus presupuestos sin acudir previamente a ellas" (21).

La solución a esta cuestión parece que no es posible hallarla en la problemática antes anotada; tampoco en el hecho de que, en ocasiones, el Derecho Penal toma de otros sectores del ordenamiento jurídico ciertas nociones a las que dota de un especial contenido (22) puesto que en ocasiones los utiliza sin añadirle nada nuevo.

Tendremos que atenernos a cada caso en particular, para lograr una respuesta a esta situación. Ello no obsta, sin embargo, para reconocer que el Derecho Penal no es simplemente accesorio o sancionatorio como anteriormente se consideraba, pues en numerosas ocasiones da

leyes penales particulares. Actúa precisamente conforme a la primera parte de la ley penal. Con otras palabras: El delincuente realiza el tipo de la ley, es decir, no viola para nada la ley penal" explica Armin KAUFAMANN en un profundo estudio realizado sobre la teoría de Bindung (A KAUFAMANN Teorías de las normas, Trad. de E. Bacigalupo y E. Garzón, Depalma, Buenos Aires, 1977, pág.3.

(18) Así: BETTIOL, pág. 92 y MUÑOZ/VILLALAZ, pág.15 entre otros.

(19) MUÑOZ CONDE, pág. 63

(20) MUÑOZ CONDE, pág. 68

(21) MUÑOZ CONDE, pág. 69

(22) En este sentido, por ejemplo, MUÑOZ/VILLALAZ, pág. 17

nuevos contenidos a conceptos de otras ramas del Derecho.

Por ello es preciso reconocer con RODRÍGUEZ MOURRULLO que "desde el momento en que se admite, como inevitable, un especial proceso de tipificación que corre a cargo exclusivamente de la ley penal, se está reconociendo una autónoma valoración llevada a cabo por el Derecho Penal que es, en definitiva, el que decide la aplicación de sus específicos efectos" (23).

8.3 El Derecho penal es "valorativo"

El Derecho Penal establece los presupuestos de la punibilidad y las sanciones inherentes a dichos comportamientos en base a una determinada valoración ético-social que efectúa el legislador al determinar qué hechos deben ser punibles y en qué medida deben ser sancionados con penas o medidas de seguridad.

Decidido partidario del carácter valorativo del Derecho Penal es COUSIÑO, ya que en su opinión "tratándose de conductas humanas, de infracciones de normas del **deber ser** y ataques a bienes jurídicos, es necesario realizar un juicio de valor (¿desvalor?), para resolver si realmente es necesaria la sanción, si basta con que ella sea meramente civil o si es indispensable que consista en una pena criminal" (24).

Por otra parte, el carácter valorativo del Derecho Penal no termina ni se agota con la labor del legislador puesto que es en definitiva el juzgador a quien **le tocará, al decidir sobre la posible** responsabilidad del sujeto, efectuar una valoración del comportamiento humano y determinar el **quantum** de la pena abstracta a imponer en el caso concreto.

De esta forma se constata que el Derecho Penal es triplemente valorativo, pues se efectúa un juicio de valor al decidir qué comportamientos deben ser punibles, al establecer la pena en abstracto y al imponerla en el caso concreto por medio de una sentencia.

La función valorativa del Derecho Penal ha sido reconocida por BETTIOL "en el sentido de que 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

(23) RODRÍGUEZ MOURRULLO, pág. 37

(24) COUSIÑO, I, pág. 30.

acciones con las exigencias y, por tanto, con las de la tutela del derecho penal" (25).

Queda, en consecuencia, demostrado el acentuado carácter valorativo del Derecho Penal hasta el extremo que podría considerarse a esta característica como el alma del mismo derecho punitivo.

8.4 El Derecho penal es "sancionatorio"

En la actualidad nadie discute el carácter sancionatorio del Derecho Penal. Este sector del ordenamiento jurídico impone determinadas sanciones penales a quienes con su comportamiento desconocen la naturaleza imperativa de las prohibiciones o mandatos recogidos en los preceptos penales.

Quizás sea esta la característica más evidente del Derecho Penal, pues las consecuencias jurídicas que se derivan del comportamiento punible son sanciones de tipo penal, ya bien como "penas" o "medidas de seguridad".

MUÑOZ/VILLALAZ afirman, por su parte, que "el ordenamiento jurídico 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" (26).

Sin duda, pues, el carácter sancionatorio del Derecho Penal queda de manifiesto desde el preciso momento en que se prohíben u ordenan determinados comportamientos por medio de la ley penal.

Dicho carácter, postergado hasta segunda orden, cobra vigencia en el preciso momento en que se desconoce la naturaleza imperativa de las normas penales, es decir, del propio Derecho Penal y la sanción opera como la consecuencia de haberse desconocido tal naturaleza imperativa.

(25) *BETTIOL, pág. 98.*

(26) *MUÑOZ/VILLALAZ, pág. 17.*

CAPITULO III

LIMITES AL PODER PENAL DEL ESTADO: PRINCIPIOS INFORMADORES DEL DERECHO PENAL DEL "ESTADO DE DERECHO"

§ 9. EL PODER PENAL DEL ESTADO EN LA ACTUALIDAD

El **ius puniendi** supone la existencia de una facultad a favor del Estado, de forma que las autoridades constituidas democráticamente ejerzan el poder público al dirigir a los administrados y orientar los destinos del ente estatal, para –entre otros aspectos- determinar qué comportamientos son merecedores de una sanción penal y la extensión de tal sanción.

La doctrina moderna plantea, por tanto, el estudio sobre la justificación, naturaleza y límites del poder público para el ejercicio de la facultad antes mencionada.

No se trata, evidentemente, de un problema de carácter jurídico, ya que tal problemática es **meta jurídica**.

Hasta donde puede llegar el poder jurídico del Estado es lo que subyace bajo esta

interrogante. La respuesta a dicha interrogante no es fácil, ya que ello implica tener que reconocer la existencia de un valor o comportamiento ético público, lo que no siempre está aceptado por quienes ejercen el poder político en el Estado moderno o por cuenta del mismo. En el pasado nadie discutía el derecho del Estado de incriminar determinados comportamientos o actitudes y señalar la pena inherente a los mismos, pero ello ya no es así en la actualidad.

Ya el Estado moderno no tiene derecho a imponer determinadas concepciones políticas, éticas o religiosas ya que aceptar la existencia de pluralidad de ideas no atenta contra el desarrollo de la pacífica convivencia de los asociados.

Por tal razón, el Estado de Derecho de la actualidad limita formalmente su capacidad incriminadora al aceptar la imposición del principio de legalidad de los delitos y las penas (*nullum crimen nulla poena sine praevia lege*) y, por otra parte, limita la actividad de sus creadores del ordenamiento jurídico (legisladores) al establecer principios que orientan la labor de éstos al dictar la Ley penal.

De acuerdo con el principio de legalidad penal, sólo la ley penal formal puede establecer qué actos u omisiones pueden constituir delito y cual es la pena que corresponderá a tal delito. La significación y trascendencia del principio de legalidad penal es, por tanto, enorme y de vital importancia para el estado de derecho en que hoy día vivimos, pues ya el capricho del monarca no podrá castigar comportamiento que no hayan sido catalogados con anterioridad como delito por la ley formal.

§ 10. TRASCENDENCIA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LOS DELITOS, LAS PENAS Y LAS MEDIDAS PENALES

El principio de legalidad en materia penal es cuestión de enorme valor y trascendencia, ya que el mismo garantiza certeza y seguridad jurídica para los asociados. Pese a su frecuente denominación latina, *nullum crimen nulla poena sine praevia lege*, el mismo no tiene origen latino como pareciera indicar su formulación.

Sólo la ley formal, emanada de la autoridad encargada de legislar, puede incriminar acciones u omisiones y señalar una pena para el que desconozca el contenido de dicha

prohibición o mandato.

Se han requerido muchos siglos para que la humanidad entienda que para castigar una acción u omisión del ser humano se requiere que tal comportamiento haya sido elevado previamente a la categoría de delito, hecho que da legitimidad al Estado al perseguir penalmente al sujeto que se reputa infractor de la norma penal en particular de que se trate.

Como consecuencia de la vigencia de tal principio, queda prohibido en el Estado de Derecho imponer penas o medidas penales por analogía o por costumbre, ya que sólo la Ley puede establecer qué hechos son delito y la pena o medida penal que debe corresponder al responsable de tal delito.

§ 11. CONSECUENCIAS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Las principales consecuencias del principio de legalidad penal o del principio de legalidad de los delitos, las penas y las medidas de seguridad y corrección, como también se le denomina, son evidentes.

Entre las más importantes, sin perjuicio de ocuparnos con más propiedad del tema más adelante, tenemos las siguientes:

1. Ninguna acción u omisión puede ser tenida como delito si no existe una ley formal previa que la considere como delictiva:

2. Ninguna pena puede imponerse por un delito si una ley previa no la consagra como consecuencia de tal delito;

3. Ninguna medida de seguridad y corrección puede imponerse por un delito o estado peligroso si una ley previa no la consagra como consecuencia de tal delito o estado peligroso;

4. Ninguna autoridad judicial puede imponer pena o medida de seguridad o corrección distinta de la prevista por la ley formal para el caso de que se trate ni fuera de los límites que la propia ley establezca;

§ 12. LOS OTROS POSTULADOS Y PRINCIPIOS LIMITADORES DEL PODER PENAL

12. 1 El derecho penal del hecho

Este principio parte del supuesto que sólo deben castigar aquellos comportamientos positivos o negativos que se identifiquen con lo que está descrito por el legislador en el tipo penal correspondiente.

No se puede castigar a la persona por lo que es o piensa, sólo se le puede castigar por lo que hace o deja de hacer, siempre que ello esté prohibido u ordenado por la Ley penal.

ROXIN sostiene que por el Derecho penal del hecho “se entiende una regulación legal, en virtud de la cual la punibilidad se vincula a una acción concreta descrita típicamente (o a lo sumo a varias acciones de ese tipo) y la sanción representa sólo la respuesta al hecho individual, y no a toda la conducción de la vida del autor o a los peligros que en el futuro se esperan del mismo” (27). “El ser humano, anota GARCIA PABLOS por su parte, responde ante la ley penal por lo que **hace** -acciones y omisiones-, no por lo que **es**. Todo delito presupone, por tanto, una acción o una omisión, un comportamiento, ya que, en definitiva, el Derecho regula la coexistencia externa de los individuos, no la conciencia de éstos” (28).

Lo anterior significa que debe desterrarse la vieja concepción del **Derecho penal de autor**, en beneficio de la teoría del **Derecho penal del hecho**.

La experiencia del Derecho penal nacional socialista es una muestra elocuente de los abusos que se pueden cometer con un Derecho penal que no se fundamente en el "hecho" o "acto" realizado u omitido por el sujeto.

12. 2 El derecho penal del bien jurídico

De acuerdo con este principio, también llamado de “protección de bienes jurídicos”, sólo

(27) ROXIN, *pág. 176*.

(28) GARCÍA-PABLOS, *pág. 260*.

se incriminan comportamientos en la medida en que ello sea indispensable para la protección de valores significativos para la sociedad organizada.

No se puede incriminar cualquier clase de comportamiento humano, sólo aquellos que pretendan la tutela de un bien jurídico, importante, sea del particular, de la sociedad o del Estado.

“El principio del bien jurídico -como anota SAINZ CANTERO- impone la exigencia de que sólo se otorgue la consideración de infracción penal a aquellos hechos que lesionen o pongan en peligro un bien jurídico” (29).

Ello implica, en consecuencia, que para “que una conducta típica sea sancionable se exige que lesione o ponga en peligro el bien jurídico tutelado por la ley” (30).

Se reconoce así, por tanto, que el bien jurídico es la piedra angular de la moderna teoría del delito, que tiene su existencia a partir de la protección de un valor de rango y jerarquía (bien jurídico protegido).

12. 3 El derecho penal de culpabilidad

El Derecho penal de culpabilidad parte del supuesto que la responsabilidad penal de las personas se fundamenta en su reprochabilidad individual, de forma que no se puede exigir a nadie responsabilidad penal si el sujeto no es culpable del hecho ocurrido.

Este principio implica la superación definitiva de la responsabilidad objetiva en el Derecho penal moderno, lo que es fundamental para el Estado de Derecho. Nadie debe ser castigado penalmente si no hay culpabilidad en su actuar.

Los tiempos en que se castigaba a la persona por el daño producido sin un propósito en tal sentido han quedado definitivamente superados.

No se crea, sin embargo, que la responsabilidad objetiva está desterrada por completo del ordenamiento jurídico, ya que ello no es cierto. Todavía hay responsabilidad objetiva en algunos sectores del ordenamiento jurídico y ello, a todas luces, es necesario como sucede en el Derecho Civil, por ejemplo, cuando se trata de ciertos casos de responsabilidad civil (por hechos ajenos,

(29) SAINZ CANTERO, *pág. 41.*

(30) PEÑA CABRERA, *pág. 48.*

por hechos de las cosas, entre otras, y que no es el caso exponer en esta obra).

Es por ello que se ha sostenido, con toda propiedad, que “lo que el principio de culpabilidad reclama es el rechazo de la responsabilidad objetiva y la exigencia de que el delito se cometa o dolosamente o, al menos, por imprudencia, es decir, o de propósito o por una inexcusable falta de cuidado, lo que excluye la responsabilidad por resultados vinculados causalmente a la conducta del sujeto, pero que ni eran previsibles ni evitables”³¹. Es importante, a este respecto, señalar que nuestro Código Penal dispone en el artículo 30 que “Nadie podrá ser declarado culpable de un hecho legalmente descrito si no lo ha realizado con dolo, salvo los casos de culpa expresamente previstos por la ley.”. “Si la ley señalare pena más grave por una consecuencias especial del hecho, se aplicará sólo al autor o partícipe que hubiere actuado por lo menos culposamente respecto de ella”.

En nuestra Constitución el art. 22, párrafo 2 dispone que “Las personas acusadas de haber cometido un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su **culpabilidad** en juicio público que le haga asegurado todas las garantías establecidas para su defensa...” (El subrayado es nuestro). Ello implica, necesariamente, que en toda infracción punible debe comprobarse necesariamente que el sujeto que actúa u omite el comportamiento descrito como punible por la ley penal debe hacerlo de forma dolosa o culposa, sin justificación alguna en el mismo, tener capacidad para tal proceder y haberse podido conducir de acuerdo al ordenamiento jurídico aunque no lo haya hecho.

Como queda patente, el principio de culpabilidad no está consagrado expresamente en el texto antes mencionado, que es el único que alude a la culpabilidad en nuestra Constitución, pero el mismo se puede deducir del Ordenamiento jurídico mediante una interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales o de cualquier otro sector de nuestra legislación, sean éstas de derecho penal material, derecho penal adjetivo o de derecho penal de ejecución. Tiene razón JAEN, por tanto, cuando advierte que el principio de culpabilidad no sólo se puede deducir, de la interpretación de normas sobre derechos fundamentales y las libertades en la Constitución, sino también del propio Estado de Derecho y, en última instancia, “de aquellos otros principios superiores del ordenamiento, que también integran el ordenamiento jurídico”

(31) *BERDUGO/ARROYO/GARCIA/FERRE/SERRANO, pág. 54.*

(32).

En vista de todo lo expuesto, MUÑOZ CONDE sostiene que “parece hoy fuera de discusión en el moderno Derecho penal que la pena tanto en su fundamento, como en sus límites, depende del grado de *participación o responsabilidad subjetiva* del sujeto en la realización del delito y que si ésta falta, no sólo cuando no hay dolo o imprudencia respecto al resultado delictivo, sino también cuando el sujeto carece del grado de desarrollo mental necesario, desconoce que el hecho estaba prohibido o no le era exigible otro comportamiento, carece de sentido imponer una pena ya que la norma penal no puede desarrollar la función motivadora que la caracteriza”. (33)

12. 4 El principio de intervención mínima

De acuerdo a este principio, sólo se recurre al mecanismo de incriminar comportamientos como delito cuando no queda otra forma menos grave de proteger determinado valor de interés para la colectividad.

El principio de intervención mínima plantea la necesidad de tener que recurrir a otros mecanismos distintos de la Ley penal para proteger derechos significativos del sujeto, la sociedad o del Estado sin tener que utilizar, de primera mano y de forma inmediata, el Derecho Penal. Con toda razón, por tanto, ha señalado MORILLAS, que el “Derecho penal sólo debe intervenir en los casos más graves de ataques a intereses sociales fundamentales. Cuando los bienes que se presumen de necesaria protección puedan serlo por mecanismos distintos y menos lesivos al ciudadano que los empleados por el Derecho penal, aquéllos tienen prioridad para delimitar una adecuada política social” (34). De la misma forma MUÑOZ CONDE, con todo acierto, ha señalado que “el Derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes. Las perturbaciones más leves del orden jurídico son objeto de otras ramas del Derecho” (35).

Aceptar que no debe recurrir al Derecho penal cada vez que existe un conflicto en la

(32) Manuel Jaén Vallejo, *Los principios superiores del Derecho penal*, Dykinson, Madrid, 1999, pág. 42.

(33) MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, págs. 103-104.

(34) MORILLAS CUEVA, págs. 37-38.

(35) Cfr: MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, pág. 79.

sociedad es reconocer que los males que son inherentes al Derecho Penal (la pena por ejemplo) no deben ser impuestos por el Estado con suma rapidez y alegría, pues sólo se recurre al Derecho Penal cuando no hay forma válida de proteger valores importantes para la sociedad organizada.

Ello implica tener que reconocer el carácter fragmentario del Derecho Penal ya que no se castiga todo comportamiento asocial, sólo aquellos más graves e intolerables para la pacífica convivencia de las personas.

12. 5 El principio de taxatividad

Sólo pueden ser castigadas las acciones u omisiones que expresamente estén descritas como delitos por el legislador, lo que implica tener que definir con precisión el comportamiento prohibido u ordenado.

Este principio es consecuencia lógica del principio o postulado constitucional de legalidad de los delitos, las penas y las medidas penales ya que es preciso saber de antemano qué está prohibido u ordenado por la ley penal.

La vigencia efectiva del principio de taxatividad penal se traduce en una real y verdadera seguridad y certeza jurídica para los asociados, ya que todos saben qué es lo que está prohibido u ordenado por la ley penal en un momento determinado.

En gran medida, para decirlo de otra manera, la verdadera o real trascendencia del principio de taxatividad se observa en el momento de elaboración de la ley penal, pues en la medida en que la descripción de las acciones u omisiones prohibidas u ordenadas por el legislador se hagan con exactitud y precisión brindaremos seguridad y certeza jurídica a los asociados, con lo que tendrá validez y sentido la obligación del legislador de describir con claridad aquello que quiere evitar o promover.

12. 6 El principio de proporcionalidad

De acuerdo con el principio de proporcionalidad la sanción penal que adopta el legislador para un determinado comportamiento punible debe imponerse en atención al bien jurídico

protegido, ya que los delitos no protegen bienes jurídicos iguales. Según MORILLAS el principio en cuestión “indica que la gravedad de la pena o de la medida de seguridad debe corresponderse con la gravedad del hecho cometido o con la peligrosidad del sujeto, respectivamente” (36).

En este sentido, la sanción penal prevista para el homicidio no debe ser igual a la sanción penal prevista para las lesiones o el aborto, ya que se trata de situaciones distintas.

Por otra parte, el principio de proporcionalidad también cobra vigencia en el momento de la individualización o determinación de la sanción la que debe imponerse al infractor de la norma penal, ya que si bien es cierto que el legislador estableció la misma en abstracto al momento de crear la norma, el juzgador será quien la cuantifique al momento de dictar la sentencia condenatoria correspondiente.

Lleva razón PEÑA CABRERA, por tanto, cuando señala que “el principio de proporcionalidad rechaza el establecimiento de conminaciones legales (proporcionalidad en abstracto) y la imposición de las penas (proporcionalidad en concreto) que carezca de toda relación valorativa con el hecho cometido, contemplado éste en su significado global” (37).

Queda patente, por tanto, que el principio de proporcionalidad impone la necesidad de que la sanción impuesta al infractor se corresponda con la acción u omisión que se le atribuya al mismo.

12.7 Otros principios o postulados

Es frecuente encontrar en otros autores referencia a postulados y principios de índole procesal que no pueden tenerse como propios del poder penal del Estado, ya que en estricto sentido los mismos pertenecen al ámbito del proceso penal.

Principios como el de presunción de inocencia, la prohibición del doble juzgamiento, para sólo mencionar dos, no pueden ser objeto de consideración en este apartado, ya que los mismos carecen de contenido penal en estricto sentido y son propios del proceso penal.

(36) MORILLAS CUEVA, *pág. 40.*

(37) PEÑA CABRERA, *pág. 84.*

Ello, por tanto, nos impide incluirlos en este Capítulo, aunque podrán ser objeto de consideración, alguno de ellos, al tratar los principios constitucionales informadores del proceso penal, por lo que nos remitimos a lo expuesto a ese respecto.

CAPITULO IV

LA ENCICLOPEDIA DE LAS CIENCIAS PENALES

§ 13. LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL

En opinión de JIMÉNEZ DE ASÚA la expresión enciclopedia de las ciencias penales se utiliza "para designar cuantas disciplinas se ocupan del delincuente, del delito y de la pena, incluso el Derecho Penal" (38).

Sostiene SERRANO GÓMEZ que "las ciencias penales se ocupan del delito, de sus consecuencias jurídicas y del delincuente. Estas ciencias penales hay que dividir las en dos grandes grupos: normativas y causales. Dentro de la primera tenemos la dogmática jurídica y la política criminal; en las segundas la criminología y sus ciencias afines" (39).

Así entendida la cuestión, las ciencias penales, es decir, el conjunto de disciplinas que se ocupan del delito, las sanciones penales y el delincuente, para un sector de la doctrina conocidas como enciclopedia de las ciencias penales, constituyen un amplio grupo de ciencias con un objeto común, pero estudiado en particular desde diversos ángulos.

En efecto, sea que se trate de las disciplinas normativas o jurídicas, que se ocupan de

(38) *JIMÉNEZ DE ASÚA, I, pág. 87.*

(39) *SERRANO GÓMEZ, pág. 7.*

estudiar el derecho positivo y proponer su reforma, o que se trate de las disciplinas causales o empíricas, que se ocupan del fenómeno criminal desde una perspectiva social o individual, la delincuencia es tema común a ambos sectores.

Veamos a continuación cada una de las mismas: a) ciencias penales de naturaleza normativa; b) ciencias penales de naturaleza empírica o causal-explicativas. Entre las primeras tenemos la dogmática jurídico-penal, la política criminal y la penología. Excluimos en este apartado la consideración del Derecho procesal penal pues no lo podemos sustraer del ámbito del Derecho Procesal. Como ciencias empíricas consideramos a la criminología y a la victimología.

§ 14. LAS CIENCIAS PENALES NORMATIVAS

14. 1 La dogmática jurídico-penal

Se dice que el Derecho penal es dogmático toda vez que se ocupa de estudiar el derecho vigente e interpretarlo.

La esencia del Derecho penal ha radicado durante largo tiempo en esta labor de interpretación del derecho vigente, en donde se ha acentuado una enorme "neutralidad" de los penalistas hacia el derecho vigente.

Ello ha dado por resultado que, como anota MIR, "la labor del jurista hace el juego - consciente o inconscientemente- al status quo y se halla alejada de la realidad" (40).

Siendo este el panorama dominante hasta hace unos años, no cabe duda que la dogmática jurídico penal no debe mantenerse neutral ante problemas que le exigen al penalista una toma de posición, con lo que su crítica al sistema debe dirigirse a sentar las bases que propicien la reforma de la normativa imperante.

Ante la pregunta de GIMBERNAT (41) de si existe un futuro para la dogmática jurídico-

(40) MIR, *Introducción cit.*, pág.8

(41) Enrique GIMBERNAT ORDEIG, "¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal", en *Estudios Penales*, Civitas, 2ª edición, Madrid, 1981, págs. 105 y sgts.

penal debemos responder positivamente, pues el derecho penal siempre estará en evolución y las soluciones que el futuro traerá requerirán de una adecuada interpretación.

14. 2 La política criminal

Decía Von LISZT que "la política criminal nos da el criterio para la apreciación del derecho vigente y nos revela cual es el que debe regir" (42).

De esta forma la política criminal se ocupa de la crítica del derecho vigente, en tanto en cuanto que el conocimiento del mismo permite al penalista propugnar por la reforma de las instituciones inoperantes (43).

Tanto la dogmática jurídico-penal como la política criminal son sectores íntimamente vinculados entre sí, pues son partes concretas de un todo más abarcador: la Ciencia del Derecho Penal (44).

En oposición a esta concepción no han faltado autores que ven en la política criminal una ciencia independiente con respecto del Derecho Penal, pero con las finalidades antes indicadas.

En nuestra opinión, no cabe duda que se trata de una ciencia jurídico penal que desempeña un papel fundamental en el contexto penal, pues como bien anota JESCHECK "se fija en las causas del delito, intenta comprobar la eficacia de las sanciones empleadas por el Derecho Penal pondrá los límites hasta donde puede el legislador extender el Derecho Penal para coartar lo menos posible el ámbito de libertad de los ciudadanos, discute cómo pueden configurarse correctamente los elementos de los tipos penales para corresponder a la realidad del delito y comprueba si el Derecho Penal material se halla configurado de tal forma que pueda ser verificado y realizado en el Proceso Penal" (45).

(42) LISZT, I, pág.7

(43) Una amplia exposición sobre la política criminal véase en: Heinz ZIPF, *Introducción a la política criminal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1979.

(44) ANTÓN ONECA, págs.24-25.

(45) JESCHECK, pág. 18.

14.3 La penología

Recientemente la doctrina penal reconoce cierta autonomía a la penología, ciencia normativa que se ocupa del estudio de las penas y medidas de seguridad y corrección.

En la actualidad, la penología se encuentra en franco desarrollo y aunque el contenido de la misma ha formado tradicionalmente parte del Derecho penal, no cabe duda que el estudio armónico de las sanciones penales y su forma de imposición o determinación al caso concreto adquieren relativa independencia e importancia en nuestros días.

No en vano ROXIN incluye entre las diversas disciplinas que integran la ciencia global del Derecho penal lo que él llama el “derecho de medición (o determinación) de la pena”, ya que el mismo supone un amplio campo de estudio que comprende “todas las reglas que son decisorias en cuanto a la clase y cuantía de la pena que se debe imponer” (46). En las últimas décadas se ha desarrollado científicamente hasta convertirse en una disciplina jurídica en buena medida autónoma, pero sistemáticamente pertenece al Derecho penal material, puesto que determina con más precisión las consecuencias de la conducta punible.

Por otra parte, en los últimos años asistimos a la independencia conceptual de la penología de las restantes secciones de la parte general del Derecho penal, como se evidencia en las importantes publicaciones de Enrique BACIGALUPO y José HURTADO POZO que no incluyen el tema de las consecuencias jurídicas del delito en sus obras (47)

La penología no debe confundirse con la dogmática jurídicopenal, es decir, con la interpretación y alcance del contenido de la norma penal y de los tipos penales en particular, ya que la primera se ocupa de la reacción penal como consecuencia del incumplimiento del tipo penal en particular (48).

Por otra parte, advierte RODRÍGUEZ MANZANERA desde una perspectiva distinta, que la penología “tiene la natural independencia de que gozan las diversas ciencias componentes

(46) ROXIN, p. 45

(47) BACIGALUPO, *Principios cit.*, 4ta. edición, Madrid, 1997; HURTADO POZO, *Manual cit.*, Lima, 1978.

(48) Véase, entre otros, los siguientes autores: Eugenio Cuello Calón, *La moderna penología*, Bosch, Barcelona, 1958; Húascar CAJIAS, *Elementos de penología*, Librería Editorial La Juventud, La Paz, 1990; Carlos GARCÍA VALDÉS, *La nueva penología*, Universidad de Madrid, Madrid, 1977; Juan Manuel RAMÍREZ DELGADO, *Penología*, Editorial Porrúa, México, 1995; y Emiro SANDOVAL HUERTAS, *Penología*, Universidad Externado de Colombia, 2 tomos, Bogotá, 1982-1984; Luis RODRIGUEZ MANZANERA, *Penología*, Editorial Porrúa, México, 1999, entre otros autores.

de la llamada “Enciclopedia” de las ciencias penales” (49).

En vista de lo anterior, RODRÍGUEZ MANZANERA sostiene que la penología no puede existir fuera de los conocimientos criminológicos, pues la misma forma parte de ciencias no jurídicas que se ocupan de sucesos y procesos de la realidad de los hechos (50). Es evidente, por tanto, que el distinguido Maestro mexicano tiene un concepto de la penología distinto de que generalmente se le asigna a la misma, pues su posición no es compartida por la mayoría de los penalistas modernos.

§ 15. LAS CIENCIAS PENALES EMPÍRICAS

15. 1 La criminología

Frente a la concepción del delito como un hecho jurídico en las postrimerías del siglo pasado cobró especial significación la concepción del delito como un hecho social. El centro de atención de las disciplinas penales se desplazó, al menos temporalmente, hacia el delincuente, quien -se decía- era un sujeto anormal. La teoría del delincuente nato de LOMBROSO no tuvo éxito, pero constituye el punto de partida de lo que hoy conocemos como la criminología.

En la actualidad casi nadie osa discutir el carácter de ciencia a la criminología, puesto que la misma tiene un contenido propio, ya que se ocupa del estudio de los comportamientos antisociales en sus diversas manifestaciones. Ciertamente es que algunos de estos comportamientos son constitutivos de delito, pero no por ello este es el objeto de la criminología.

KAISER sostiene que la "Criminología es el conjunto ordenado de la ciencia experimental acerca del crimen, del infractor de las normas jurídicas, del comportamiento socialmente negativo y del control de dicho comportamiento (51).

Para llevar adelante su cometido la criminología hace uso del método experimental, pues es una "ciencia empírica de carácter interdisciplinario, que estudia el delito como un hecho en la

⁴⁹RODRIGUEZ MANZANERA, **Penología**, cit. Pág. 8.

⁵⁰RODRIGUEZ MANZANERA, **Penología**, cit. Pág. 5-9.

⁵¹G. KÁISER, **Criminología**, Trad. J. Belloch Z., Espasa Calpe, Madrid, 1978, pág. 19

vida del individuo y de la sociedad, la personalidad del delincuente, la de la víctima, la criminalidad como fenómeno colectivo, así como la aplicación práctica y la eficacia real de las penas y las medidas de seguridad" (52).

Lo antes expuesto, sin embargo, no debe fundar la creencia de que la criminología es una ciencia meramente experimental, pues como señala acertadamente GARCÍA-PABLOS, el método experimental también es un método empírico, más no es el único (53).

Este mismo autor antes citado, ha puesto de manifiesto que la criminología como ciencia empírica e interdisciplinaria tiene como objeto el estudio del crimen, del delincuente, de la víctima y del control social del comportamiento desviado, lo que nos permite apreciar con toda claridad el carácter científico de la criminología, su método y objeto, lo que sin duda aclara muchas dudas y confusiones que en nuestro idioma existieron en algún tiempo (54).

La criminología como ciencia utiliza de las ciencias penales normativas algunos conceptos, como los de delito, pena y medida de seguridad, ya que son extraños a ella, pero esto no implica que sea una ciencia dependiente del Derecho Penal. Muy por el contrario, es una ciencia que suministra al Derecho Penal datos de enorme valor para la reforma de las normas inoperantes o anacrónicas.

Como ciencia autónoma e independiente que es, la criminología proporciona enorme ayuda a la dogmática penal y a la política criminal; además, interviene en beneficio de la administración de justicia y en el momento de la ejecución de las penas y medidas privativas de libertad. No en vano JESCHECK señala que "La Criminología actual se ocupa, de los métodos de tratamiento y de reacción jurídico penales y de su eficacia sobre los condenados (prevención especial)" (55).

Tradicionalmente se ha señalado que la Criminología se divide en Antropología Criminal (Biología Criminal y Psicología Criminal) y Sociología Criminal.

Modernamente una nueva corriente, llamada Criminología crítica, ha puesto en tela de duda los presupuestos y objetivos de la criminología tradicional, basándose en nuevos

⁵²CEREZO MIR, pág. 68.

⁵³Antonio GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Manual de Criminología*, Espasa Calpe, Madrid, 1988, pág. 51.

⁵⁴GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Manual cit.*, pág. 41.

⁵⁵JESCHECK, pág. 40.

conocimientos que nos suministran las ciencias de la conducta (psicología, sociología y biología, principalmente) ⁵⁶.

Esta Criminología Crítica o Nueva Criminología como también ha sido denominada (aunque algunos autores establecen diferencias entre ambas), parte de presupuestos distintos ya que no le concede mayor valor a los conceptos que emanan del Derecho Penal tradicional, de modo que -como bien anota MUÑOZ CONDE- "centra en cambio, su atención en el proceso de criminalización mismo y en la crítica del Derecho Penal como medio de control social al servicio de una ideología y de determinados intereses" ⁵⁷.

15. 2 La victimología

En las últimas décadas el estudio de la víctima del delito ha cobrado notable importancia y transcendencia, lo que ha dado origen a la llamada "victimología".

Para algunos autores, como es el caso de CARBONELL, la victimología forma parte de la Criminología.

En esencia, la victimología se ocupa del estudio de la situación de la víctima del delito, es decir, del ofendido con la acción u omisión delictiva.

Tradicionalmente la víctima del delito ha estado ausente de toda consideración, al punto que hoy día se pretende rescatar a la víctima tanto en el Derecho penal como en el proceso penal. Aunque no estamos muy convencidos del papel de la víctima en el sistema penal, no cabe duda alguna que la misma merece y debe exigir consideración del Estado y del ofensor penal, pues en última instancia existen bienes jurídicos de ella que han sido destruidos o puestos en peligro, lo que impone en muchos casos la reparación de los mismos, pues el infractor de la ley penal debe asumir las responsabilidades penal y civil que le correspondan.

En última instancia, el sistema penal debe considerar con mayor benevolencia al infractor que repara el daño causado frente al otro que no guarda consideración ni le importa nada el

⁵⁶Véase, fundamentalmente: IAN TAYLOR, PAUL WALTON Y JOCK YOUNG, *La nueva criminología* (Contribución a una teoría social de la conducta desviada), Amorrortu editores, Buenos Aires, 1977; los mismos: *Criminología Crítica*, Siglo veintiuno editores, México, 1977; Alfonso SERRANO G., "Criminología Crítica" en, *ADPCP*, 1983, págs. 49 y sgts; Alessandro BARATTA, *Criminología crítica y crítica del Derecho penal*, Trad. A. Búnster, Siglo XXI, México, 1986.

⁵⁷JESCHECK, pág. 65.

ofendido con su comportamiento delictivo.

En Panamá, la reciente Ley 31 de 1998, sobre protección a las víctimas de delito, enumera una amplia gama de derechos en favor de las mismas, al punto que impone al Estado el deber de crear unidades de asesoría jurídica gratuita para las víctimas que no deben ser aquellas que llevan a cabo la defensa gratuita de los supuestos infractores de la ley penal cuando los mismos carecen de recursos económicos para sufragar por su propia cuenta su defensor en el proceso penal.

§ 16. EL OBJETO DEL DERECHO PENAL

No cabe duda alguna que el objeto de estudio del Derecho penal está constituido por la legislación jurídico penal vigente, es decir, del derecho positivo, lo que equivale a señalar que el objeto de estudio es la norma penal vigente.

La labor del penalista, por tanto, se centra en el estudio, interpretación y alcance del Derecho penal vigente en un determinado lugar y en un tiempo concreto, ya que de lo contrario estaríamos ocupándonos de un Derecho penal que no está rigiendo en un lugar determinado o está rigiendo en un tiempo pasado.

La labor de la dogmática penal en este sentido, como bien anota GIMBERNAT ⁵⁸, es interminable, pues a la misma “no le falta materia sobre la que trabajar”.

§ 17. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LAS LLAMADAS “CIENCIAS AUXILIARES”

Existe una serie de disciplinas científicas con autonomía y rango propio que cooperan con el Derecho Penal: se trata de las llamadas "ciencias auxiliares". Son fundamentalmente: la Medicina Legal, la Psiquiatría Forense, la Criminalística y la Estadística Criminal, entre otras.

17. 1 La Medicina Legal

Se ocupa de la determinación en algunos delitos de aspectos de trascendental importancia.

En el homicidio, por ejemplo, es importante determinar la causa de la muerte, qué lo produjo, el tiempo transcurrido desde que ocurrió y otros numerosos aspectos de singular importancia. A propósito de las lesiones personales, por ejemplo, la entidad de las lesiones, qué las produjeron, el posible tiempo de curación, localización exacta de las mismas, etc.

En algunos delitos contra las buenas costumbres (violación carnal, estupro, etc). la intervención del médico forense es imprescindible ⁵⁹.

17. 2 La Psiquiatría Forense

Como una parte de la psiquiatría general aparece la psiquiatría forense, que se ocupa de indagar acerca de la responsabilidad jurídica, fundamentalmente la de carácter penal, de sujetos que padecen o pueden padecer de algún tipo de enfermedad mental.

Al psiquiatra forense le corresponderá determinar si el sujeto que se dice cometió el hecho delictivo estaba o no en completa posesión de sus facultades mentales al momento de realizar el hecho que motiva su examen psiquiátrico.

En casos concretos es muy importante establecer con toda precisión y seguridad si un sujeto padece o no una enfermedad mental que le haga irresponsable penalmente ⁶⁰.

17. 3 La Criminalística

Constituye una técnica de investigación científica empleada para averiguar la identidad de los responsables de los delitos, ya sea a través del estudio de huellas, estudio de armas, investigación microscópica, química, física, etc.

⁵⁸ Enrique Gimbernat Ordeig, *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1999, pág. 38.

⁵⁹ *Sobre este tema, confrontese, entre otros estudios los siguientes: Alfonso QUIROZ CUARÓN, Medicina Forense, Editorial Porrúa, S.A., México, 1978; Guillermo URIBE CUALLA, Medicina legal y psiquiatría forense, Editorial Temis, Bogotá, 1967; C. SIMONIN, Medicina legal judicial, Barcelona, 1976.*

⁶⁰ *Sobre esta materia, confrontese, entre otros estudios los siguientes URIBE CUALLA, Medicina cit; José María CODON e Ignacio LÓPEZ SAIZ, Psiquiatría jurídica penal y civil, 2 tomos, 3a. edición, Ediciones Aldecoa, S. A., Burgos, 1968; Albrecht LANGELUDEKE, Psiquiatría forense, Espasa - Calpe, Madrid, 1972.*

Tradicionalmente ha sido una ciencia cultivada sólo por investigadores de la policía, que en esta forma cooperan estrechamente con los funcionarios que participan en la administración de justicia.

En numerosos países el grado de perfección de sus cultivadores es tal que los mismos pertenecen a un cuerpo de Policía Técnica Judicial que depende del Ministerio Público (fiscales) o del Órgano Judicial (Jueces y Magistrados).

17. 4 La Estadística Criminal

Se ocupa de mostrar el grado de incidencia de la delincuencia en sus diversas manifestaciones. Fundamentalmente se refiere a personas sancionadas por la comisión de hechos delictivos, pero también puede servir para conocer la cantidad de personas sometidas a proceso o en espera de él. Sirve para dar a conocer la magnitud real del fenómeno de la delincuencia, aunque esta cifra nunca es exacta en vista del enorme porcentaje de delitos nunca denunciados o investigados (cifra negra de la criminalidad).

Contribuye a precisar el costo que implican los delitos que, en materia de delitos contra la propiedad, es de especial significación, pues es revelador de las desigualdades sociales existentes.

CAPITULO V

CONSTITUCIÓN Y DERECHO PENAL

§ 18. RELACIONES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL CON EL DERECHO PENAL

Sin lugar a dudas las relaciones del Derecho Penal con el Derecho Constitucional son de suma importancia; ello se debe a la existencia en las constituciones de principios orientadores del Derecho Penal moderno, que no pueden ser desconocidos ni por el legislador ni por las autoridades al momento de aplicar las sanciones.

En efecto, nuestra Constitución, por ejemplo, consagra ciertas limitaciones al **ius puniendi** estatal, toda vez que dichos principios no pueden ser desconocidos por el legislador al momento de dictar una nueva ley o modificar una ya existente.

Los principios constitucionales en materia penal constituyen, de este modo, un marco de referencia para el legislador, quien en ningún momento puede sustraerse al mismo ni mucho menos legislar en contra del mismo.

De esta forma, la Constitución ejerce con toda eficacia su alto valor normativo pues, en definitiva, no existe ley o norma de inferior jerarquía que la pueda desconocer válidamente.

Así, por ejemplo, encontramos consagrados en la Constitución algunos principios de

Derecho Penal, tales como: a) la prohibición de prisión por obligaciones de naturaleza civil (art. 21, párrafo final); b) la prohibición de la extradición de todos los nacionales y de los extranjeros perseguidos por delitos políticos (art. 24); c) los postulados básicos de la ejecución penitenciaria (art. 28); d) prohibición de ciertas penas (art.30); e) el principio de legalidad de los delitos y de sus consecuencias jurídicas (art.31); f) la retroactividad de la ley penal más favorable (art. 43); g) la consagración, dentro de ciertos límites, de la amnistía y el indulto (art. 153, ord. 6 y art. 179, ord. 12), etc.

Por otra parte, no debemos olvidar que en la Constitución se consagran numerosos valores que luego son objeto de especial protección en el Derecho Penal. Nos basta recordar, entre otros, la amplia gama de libertades públicas, tales como la de domicilio (art.26), correspondencia (art.29), culto (art. 35), reunión (art. 38), etc.

Además, debemos tener presente que numerosas nociones del Derecho Constitucional tienen en el Derecho Penal una particular tutela, como son, por ejemplo, los poderes de la Nación, la forma de gobierno, pues en Derecho Penal los mismos deben ser tomados en cuenta no como nociones propias de esta rama de la Ciencia jurídica sino como nociones de suma trascendencia que no deben ser interpretadas o valoradas aislada o separadamente de la Constitución.

Finalmente, es preciso reconocer, en virtud de lo antes expuesto, que no existe rama del ordenamiento jurídico que tenga mayores vinculaciones, tanto en el orden cuantitativo como cualitativo, con el Derecho Penal que el Derecho Constitucional ⁶¹.

§ 19. INFLUENCIA DE LA CONSTITUCIÓN EN LA LEGISLACIÓN PENAL

19. 1 Trascendencia de la Constitución en la labor del legislador

Las principales consecuencias de la influencia de la Constitución en la legislación penal puede observarse en la dependencia del Legislación hacia el texto y espíritu de la propia Constitución.

⁶¹ Manuel de RIVACOBA, "Relaciones del derecho penal con el derecho político" en *Doctrina Penal*, Año 3, julio - septiembre, 1980, N°. 11, págs. 595 y sgts.

En efecto, una simple lectura de la Constitución pone en evidencia la existencia de ciertas prohibiciones impuestas por el constituyente al legislador, quien carece de capacidad para legislar en forma contraria al texto y espíritu de la Constitución. Ciertamente es que nada impide que el legislador apruebe leyes que contradigan el texto y el espíritu de la Constitución, pero tal proceder está condenado de ante mano al fracaso, pues tarde o temprano tales disposiciones jurídicas serán demandadas ante el Pleno de la Corte Suprema de Justicia y su contenido eventualmente serán declaradas inconstitucionales, con lo que perderán vigencia y efectividad.

Las principales manifestaciones de la influencia de la Constitución en la labor del legislador las observamos en ciertas prohibiciones absolutas impuestas por el constituyente a quienes actúen en el futuro como legisladores, pues quedarán limitados en ciertas materias mientras esté vigente el texto constitucional en cuestión.

Así, por ejemplo, le queda prohibido al legislador aprobar leyes que impongan como sanción penal las penas de muerte, confiscación de bienes y expatriación, ya que por expreso mandato del art. 30 de la Constitución tales penas están proscritas de nuestro ordenamiento jurídico penal.

Por otra parte, de acuerdo con el art. 43 de la Constitución Política panameña las leyes penales tienen efecto retroactivo sólo cuando son favorables al sujeto, por lo que las acciones u omisiones descritas por el legislador se rigen, en principio, por la ley vigente al momento de comisión de dichas acciones u omisiones.

De la misma forma, se prohíbe la adopción de normas que desconozcan la inviolabilidad de la correspondencia y demás documentos privados, que sólo pueden ser ocupados por orden de autoridad competente, es decir, de autoridad judicial aunque en nuestro medio se haya entendido que autoridad competente es cualquier agente del Ministerio Público en funciones de agente de instrucción, lo que sin duda violenta el espíritu de la Constitución, pues sólo la autoridad judicial puede autorizar la intervención de la correspondencia.

Igualmente, el legislador sólo puede autorizar que se intervengan las comunicaciones telefónicas mediante autorización de la autoridad judicial, situación nunca se da en nuestro medio cuando es el Ministerio Público quien autoriza por mandato del Código Judicial tal intervención, pues con ello se faculta a quien no es autoridad judicial para desconocer o limitar derechos fundamentales y, sin duda alguna, ello es inaceptable en el estado de derecho en que todos

deseamos convivir.

19. 2 Principios constitucionales informadores del Derecho penal patrio

La Constitución Política vigente en Panamá consagra una amplia gama de principios que afectan o condicionan el Derecho penal y, por ende, la labor del legislador.

En efecto, un detenido repaso de la Constitución pone en evidencia que el constituyente impuso la observancia de principios constitucionales que condicionan la labor de la Asamblea Legislativa, de forma que mientras los mismos estén vigentes no se pueden aprobar leyes o adoptar disposiciones que sean contrarios a los mismos.

Sin pretender un estudio de los mismos, sólo nos interesa en esta oportunidad mencionar los más importantes, ya que todos ellos serán objeto de consideración en su momento. Entre ellos, para mencionar algunos, tenemos los siguientes:

1. Prohibición de crear delitos e imponer penas por deudas u obligaciones civiles;
2. Prohibición de extraditar a los nacionales;
3. Inviolabilidad del domicilio, salvo que exista mandamiento escrito de autoridad judicial competente;
4. Inviolabilidad de la correspondencia y demás documentos privados, salvo disposición de autoridad judicial competente;
5. Inviolabilidad de las comunicaciones telefónicas privadas;
6. El reconocimiento del mandato superior u obediencia jerárquica;
7. Libertad de expresión sin censura previa, pero sometida a la responsabilidad legal que corresponda cuando se atente contra la honra de las personas, la seguridad social o el orden público;
8. La retroactividad de la ley penal más favorable al sujeto;
9. Conceder la Asamblea Legislativa amnistía sólo delitos políticos;
10. Crear, modificar o derogar delitos por medio de leyes ordinarias, es decir, leyes que no tengan el carácter de orgánicas;

11. Decretar el Ejecutivo indultos sólo por delitos políticos, en cuyo caso es contrario a la Constitución, por ejemplo, cualquier indulto por delito contra la libertad, contra el patrimonio, contra la seguridad pública, contra la fe pública, contra administración pública, contra la administración de justicia y contra la economía nacional.

En la administración presidencial de Ernesto Pérez Balladares se concedieron indultos por evidentes, claros y definidos delitos que nunca podrán ser tenidos como “políticos”, lo que supone un abuso del derecho a conceder indultos por delitos políticos. La experiencia a este respecto es desalentadora, lo que impone la revisión constitucional de tal facultad presidencial que debe ser reevaluada en su oportunidad y, quizás, eliminada del texto constitucional. Incluso se llegó hasta el *inaudito* extremo de “rebajar” una pena de varios años de prisión impuesta a un amigo, de modo que el sujeto favorecido con la gracia presidencial no cumplió ni un sólo día de prisión en la institución penitenciaria, lo que no tiene base ni asidero constitucional o legal en nuestro medio.

Nadie debe estar por encima de la Ley y con los abusos y excesos cometidos so pretexto del uso de tal facultad constitucional se han perdonado a sujetos que cometieron claros delitos de peculado (malversación de caudales públicos en otros ordenamientos penales), torturas, corrupción, abusos de autoridad, entre otros, aún antes de su enjuiciamiento y condena penal. La deficiente regulación del indulto en el código penal permitió tal situación, con base en la facultad presidencial de otorgar indultos por delitos políticos.

En estos casos, se consideró que el delito por el cual se concedía el indulto tenía alguna relación o conexión con delitos políticos y ello permitía la concesión del indulto para extinguir la acción penal o la pena impuesta.

Ya el uso del indulto es cada vez más reducido, pues el derecho de gracia que antes se ejercía en el Antiguo Régimen por el Monarca no tiene igual sentido y connotación en nuestros días, lo que tarde o temprano se traducirá en su abolición.

CAPITULO VI

DERECHO PENAL Y DERECHO PROCESAL PENAL

§ 20. RELACIONES DEL DERECHO PENAL CON EL DERECHO PROCESAL PENAL

20. 1 Importancia de la relación

Las vinculaciones del Derecho Penal con el Derecho procesal penal son de suma importancia, como bien tuvimos oportunidad de esclarecer al tratar del contenido del Derecho Penal.

De nada valdría tener un moderno Código Penal si no existe un procedimiento penal que permita declarar al sujeto responsable del delito cometido.

Las normas del Derecho Penal no pierden su naturaleza aunque se encuentren en leyes no penales o viceversa, por estar recogidas las procesales en leyes penales.

Así, por ejemplo, hay normas de naturaleza procesal en el Código Penal y no por ello dichas normas dejan de ser eminentemente procesales, pues su esencia sigue siendo la misma (Véase, al respecto, los artículos 177 y 180 del Código Penal). Por otra parte, es importante

destacar que el problema penal, para usar las palabras de BETTIOL (62), no se limita al Derecho penal material ya que el mismo abarca también el estudio de las instituciones procesales, por lo que la atención a los problemas criminales debe brindarse desde esta amplia perspectiva. Negar esta realidad es una de las causas del estancamiento de las soluciones al fenómeno criminal, que no se combate o contrarresta con la simple modificación de las leyes penales materiales si, como ocurre usualmente en nuestro medio, no se enfrentan al mismo tiempo los problemas derivados de una inadecuada y obsoleta ley procesal penal, al tiempo que se enfrentan otras cuestiones de importancia.

En nuestro medio, para concluir esta cuestión, la existencia de un código unitario de procedimiento, llamado Código Judicial, a contribuido a la situación antes planteada, pues aunque hay un largo desarrollo de la doctrina procesal civil no ocurre lo mismo con la doctrina procesal penal (63).

20. 2 Problemática del fenómeno criminal

El fenómeno criminal esta configurado por una amplia gama de situaciones sociales, por lo que no podemos enfrentarlo únicamente desde una perspectiva jurídica. Desde la perspectiva jurídica estamos acostumbrados a enfocar el fenómeno criminal desde la exclusiva óptica del Derecho penal, lo que siempre será desacertado.

Negar esta realidad es una de las causas del fracaso en la lucha contra el fenómeno criminal, que no se combate con la modificación de las leyes penales materiales, si al mismo tiempo no se enfrentan los problemas derivados de una inadecuada ley procesal y una obsoleta legislación de ejecución penal (penitenciaria en más estricto sentido), amén de otras cuestiones adicionales, que no es el momento de abordar.

El divorcio entre el derecho penal material y el derecho penal formal se debe, fundamentalmente, a que los penalistas hemos renunciado al estudio del Derecho Penal formal, de forma que los procesalistas se ocupan de éste luego de amplios estudios del Derecho Procesal Civil, siempre más desarrollado.

(62) GIUSEPPE BETTIOL, "II Problema penale" en *Scritti Giuridici*, CEDAM-Padova, 1966, pág. 620 y sgts.

(63) *Sobre el particular: Carlos E. MUÑOZ POPE, Introducción al Derecho procesal penal, Vol. I, Universidad de Panamá, Panamá, 1988; el mismo: "Relaciones del Derecho penal con el Derecho procesal penal", Boletín Informativo de Ciencias Penales, Universidad de Panamá, enero-agosto 1991.*

Urge, por tanto, rescatar el estudio del Derecho Penal formal y reconducirlo por los verdaderos caminos de su razón de ser: el fenómeno criminal y su íntima conexión con la ciencia de los delitos y penas.

20. 3 Los antecedentes históricos de la relación

Tratar de demostrar que en tiempos pasados tanto el Derecho Penal material como el Derecho Penal formal eran parte de una misma rama del ordenamiento jurídico es, afortunadamente, inútil.

Nadie debe intentar demostrar lo que es o ha sido un hecho cotidiano y normal en tiempos pasados. Recordemos, no obstante, que la Carolina (**Constitutio Criminis Carolina**) del Emperador **Carlos V** reunía en un sólo cuerpo las normas penales, procesales y penitenciarias.

Por otra parte, quizás valga la pena recordar que el padre del Derecho Penal alemán moderno, **FEUERBACH**, en su Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania (1801) analizaba tanto las normas penales sustantivas o materiales junto a las normas adjetivas o formales, pues entendía que el problema criminal tenía una unidad conceptual que requería un tratamiento de conjunto.

La desvinculación entre el Derecho Penal material y el Derecho Penal formal se inicia lentamente, pero adquiere significativa importancia cuando la cátedra de Derecho Penal se separa de la cátedra de Derecho Procesal penal y coexisten ambas ramas por separado. La situación, por qué no decirlo, rápidamente se extendió y las cátedras de Derecho Procesal incluyen tanto al procesal civil como el procesal penal, con lo que se siembra la semilla que pronto recorrerá toda Hispanoamérica.

En pleno siglo veinte la situación nos muestra un Derecho Procesal Penal en un plano secundario, pues el Derecho Procesal Civil y sus cultivadores han logrado desarrollar una amplia teoría procesal que, sin embargo, no se extendió hasta el Derecho Procesal Penal.

Los esfuerzos para santificar esta situación llegaron hasta el extremo de codificar en un solo texto las normas procesales civiles y penales en lo que se denominó el **Código Judicial**, texto que, al decir de MAIER "destina sus libros a la organización judicial y a los diversos

procedimientos, con escasa fortuna práctica y científica" (64).

20. 4 La situación en Panamá. Perspectivas.

La situación antes expuesta no ha tenido en nuestro medio los ribetes de peligrosidad que la doctrina moderna denuncia en el Derecho Comparado.

En efecto, aunque en nuestro medio han llegado algunas de las situaciones antes expuestas, los efectos de las mismas no han sido tan desastrosos como en otros lugares.

Si bien nuestro ordenamiento procesal está recogido fundamentalmente en el Código Judicial, existen otros sectores procesales con independencia y autonomía propias, que le dotan de verdadera consistencia frente a los hechos antes denunciados.

Así ocurre, por ejemplo con el Derecho de Trabajo formal o adjetivo que está recogido dentro del Código de Trabajo como parte fundamental de la legislación laboral junto a las normas laborales sustantivas o materiales.

En el Derecho de Menores patrio encontramos junto a las normas de derecho material algunas normas de derecho formal, aunque todavía existen algunas disposiciones del Código Judicial que son aplicables por la jurisdicción de menores en ciertas materias que taxativamente lo permiten.

Algo parecido ocurre, por otra parte, con las normas sobre el proceso administrativo, también conocido como contencioso-administrativo, que existe por separado del Código Judicial en íntima conexión con el Derecho Administrativo.

Tenemos un novedoso Código de la Familia, que regula en forma conjunta los aspectos sustantivos y adjetivos en un texto unitario, introduciéndose a este respecto cambios trascendentales en la legislación familiar.

20. 5 Los inconvenientes del Código procesal unitario

Si bien es cierto que la existencia de un Código de procedimiento civil y penal en un mismo cuerpo tiene algunas ventajas, no es menos cierto que los inconvenientes teóricos y prácticos que se deducen de tal regulación son graves.

(64) MAIER, Julio B. **Derecho Procesal Penal**, Tomo I, Editores del Puerto, 2a. edición, Buenos Aires, 1996, pág. 77.

Decimos esto toda vez que la existencia del Código unitario permite no incluir una serie de normas o disposiciones en el procedimiento penal que ya están consagrados o reguladas en el procedimiento civil, lo que permite no tener que duplicar una misma institución en dos procesos distintos.

La ventaja de economizar artículos en el Libro Tercero del Código Judicial, sobre procedimiento penal, ha resultado perjudicial ya que la remisión que se hace en el Libro Tercero a las disposiciones similares del Libro Segundo, sobre procedimiento civil, en lo que sean equivalentes o similares a la naturaleza del proceso penal, es inadecuada y realmente insostenible.

Estimamos conveniente, por tanto, que se adopten regulaciones completas e independientes entre sí de los procedimientos civil y penal, de modo que toda la regulación del proceso penal exista por separado de la regulación del proceso civil.

En conclusión, consideramos conveniente que tengamos un Código de procedimiento civil y otro de procedimiento penal con toda la regulación consagrada con plena independencia y autonomía entre ellos, de modo que no tengamos más un Código unitario con un artículo 1971 en el procedimiento penal que remite a las instituciones del procedimiento civil en tanto no sean incompatibles con la esencia y naturaleza del proceso penal.

Por otra parte, debemos por ejemplo, debería regularse toda la materia de pruebas en el proceso penal y no dejar abierta la remisión a las reglas del proceso civil, lo mismo que la materia del incidente de controversia, que es la forma de impugnar ante la autoridad judicial la actuación del Ministerio Público en la instrucción sumarial, que no puede quedar equiparado a los incidentes del proceso civil.

Quisiera llamar la atención sobre una situación que ocurría antes de la reforma introducida por medio de la Ley 3 de 1991, en lo que respecta a la institución del acusador particular.

Con la entrada en vigencia del nuevo Código Judicial, el artículo 2020 del citado Código exigía que el acusador gestionase por escrito cada mes, lo que traía como consecuencia negativa en caso de incumplimiento la declaratoria de deserción de la misma acusación.

En la norma citada se disponía sobre el período en que el proceso estaba en término para

sustentar algún recurso o para decidir alguna cuestión en el despacho del juzgador, pero los tribunales entendieron que debía hacerse una gestión por escrito.

Muchas acusaciones fueron declaradas desiertas por esta falta de gestión, pero quienes así decidieron olvidaron que por expreso mandato del artículo 1971 debían aplicarse las normas del Libro Segundo que fueran equivalentes o similares, siempre que no fueran contradictorias con la naturaleza del proceso penal, lo que implicaba, que había que utilizar el artículo 1089 que en materia de caducidad de la instancia, institución del proceso civil similar a la deserción de la acusación particular, establecía que no procedía tal declaración si el proceso estaba en el despacho del tribunal para resolver o para algún impulso que no dependiera de las partes.

La remisión del artículo 1971 del Libro Tercero a las instituciones del Libro Segundo fue, por tanto, inaplicable y se convirtió en letra muerta en perjuicio de algunos acusadores que no tuvieron un proceso debido.

Con la reforma de enero de 1991, expresamente se consagró en el artículo 2020 la previsión contenida al respecto en el artículo 1089 del mismo Código. Las consideraciones antes expuestas sobre la acusación particular, incorporadas en este apartado sólo para ilustrar situaciones inaceptables resultantes del inconveniente art. 1971 ya citado, carecen hoy día de importancia, pues a partir de la vigencia de la desafortunada Ley 31 de 1998, sobre protección a las víctimas de delito, quedaron todas derogadas.

20. 6. La necesaria concordancia entre los textos penales y procesales penales

Como ya hemos apuntado, la razón de ser del Derecho Penal formal estriba en permitir la realización del Derecho Penal material.

Ello implica, claro está, que debe existir una estrecha coordinación entre ambas legislaciones, pues el procedimiento penal está elaborado para hacer viable la legislación penal material, pues de lo contrario podríamos tener una legislación procesal que haga inaplicable el Derecho material.

En nuestra legislación procesal, sin embargo, existen normas que contradicen lo dispuesto en la legislación penal material, con lo que se crea un clima de incertidumbre inaceptable y sin duda peligroso.

Es lo que ocurre, por ejemplo, con lo dispuesto en el artículo 2398, del Código Judicial que extiende el plazo del reemplazo de las penas cortas privativas de libertad a penas que exceden del término de un año, con lo que se puede reemplazar por reprensión, pública o privada, o cambiar por días-multa, las penas privativas de libertad que no exceden de tres años.

Esto es realmente insostenible, toda vez que si la suspensión condicional de la ejecución de la pena sólo puede operar con sujetos condenados a no más de dos años, como reemplazar por días-multas o reprensión una pena que puede llegar hasta tres años cuando en el Código Penal tal reemplazo solo es posible cuando la pena no exceda de un año de prisión.

La experiencia de los últimos años, especialmente a partir de 1987, con la adopción del nuevo Código Judicial, ya lo hemos señalado anteriormente, nos muestra una legislación penal en una dirección y una legislación procesal penal en dirección opuesta o francamente desconocedora de la misma legislación sustantiva.

§ 21. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES ORIENTADORES DEL PROCESO PENAL

Nuestra Constitución Política vigente desde 1972, con algunas reformas en 1978 y luego de la sustancial modificación de 1983, que prácticamente la convierten en una nueva Constitución, consagra una amplia gama de principios y derechos que orientan el proceso penal previsto en el código Judicial de 1987, todavía hoy, es lamentable, vigente.

Sin pretender un estudio de los mismos, la simple lectura del texto constitucional evidencia los derechos que se detallan a continuación:

1. El juez natural previamente establecido;
2. El juicio público establecido con todas las garantías en favor del sujeto;
3. La presunción o estado de inocencia;
4. La asistencia legal gratuita en las diligencias preliminares y judiciales;
5. La designación de un defensor privado o uno gratuito proporcionado por el Estado;

6. El no estar obligado a declarar contra sí mismo o contra ciertos parientes cercanos;
7. El conocer las causas de la detención y demás derechos existentes a favor de sí mismo;
8. El no ser penado sin juicio previo;
9. El no ser penado dos veces por la misma causa penal, policiva o disciplinaria.

Por otra parte, aunque no estén consagrados en la Constitución Política de la República de Panamá todo sujeto tiene, por estar previsto así en la Convención Americana de Derechos Humanos, también los derechos que se indican a continuación:

1. Un proceso sin dilaciones indebidas;
2. Posibilidad de impugnar la decisión judicial condenatoria;
3. Gozar de libertad durante la sustanciación del proceso, incluso bajo caución si la autoridad judicial lo estimare necesario;
4. Contradecir las pruebas y alegaciones de la acusación.

Los referidos derechos también recogidos en el ordenamiento procesal patrio (Código Judicial) se han convertido, en muchas ocasiones, en meros enunciados programáticos carentes de validez real por acción u omisión de las propias autoridades, lo que supone dejar en indefensión y en posición de inferioridad al sujeto en el proceso penal, pues lamentablemente está sometido al poder penal del Estado, representado en este caso por los agentes del Ministerio Público y por jueces y magistrados del Órgano Judicial que adelantan en ocasiones los procesos con grave infracción de la letra y el espíritu de la norma constitucional y legal (65).

§ 22. PENA, MEDIDA PENAL Y PROCESO PENAL

El apartado tiene por objeto dejar claramente establecido que la sanción penal sólo puede imponerse luego del proceso penal correspondiente, situación que pareciera contener una

(65) Carlos Enrique MUÑOZ POPE, **Proceso debido y justicia penal**, Ediciones Panamá Viejo, Panamá, 1999.

afirmación innecesaria.

Nadie discute hoy día, en nuestro medio, que la pena debe imponerse al sujeto infractor de la norma penal luego de verificado un proceso, que se ha desarrollado en los términos previstos en el ordenamiento constitucional y procesal penal correspondiente, ya que sólo así tiene valor e eficacia jurídica la condena impuesta.

En el caso de las medidas penales, sean de seguridad o de corrección, sin embargo, la situación es radicalmente distinta, pues las autoridades judiciales imponer medidas de seguridad a sujetos carentes de capacidad penal sin necesidad de proceso, en la resolución en la que se le exonera de cargos por incapacidad mental, lo que es un contrasentido, pues nadie puede ser al mismo tiempo exonerado y sancionado.

Toda medida de seguridad impuesta como consecuencia de la infracción de una norma penal exige la realización del proceso penal correspondiente, en el que luego de formular cargos o una acusación contra el sujeto se le declare penalmente responsable del ilícito penal y se le imponga la sanción correspondiente, sea penal o medida de seguridad o corrección.

Para el caso de los inimputables o individuos con imputabilidad disminuida, en los términos de los artículos 24 y 25 del Código Penal, es necesario celebrar el proceso penal y luego imponer la medida penal, ya que de lo contrario tal decisión se obtiene al margen del proceso debido y se han desconocido los derechos al proceso conforme a los trámites legales.

§ 23. DERECHOS HUMANOS, DERECHO PENAL Y PROCESO PENAL

Las consideraciones que anteceden ponen de manifiesto que el sistema penal patrio promueve la violación de los derechos fundamentales o derechos humanos del sujeto sometido al mismo, pues el individuo queda a merced de la autoridad jurisdiccional, sea del Ministerio Público en el sumario o del Órgano Judicial en el plenario, y nadie se ocupa del mismo más que para formular la estadística de casos atendidos por el despacho correspondiente.

Se requiere, por tanto, la modificación de todas las estructuras del sistema penal panameño, ya que las mismas han sido concebidas y desarrolladas para aplastar al individuo sometido al mismo, quien en todo caso carece de derecho y únicamente tiene obligaciones.

En última instancia, la sociedad panameña requiere una reestructuración, de modo que el sujeto sea el centro de la atención por el Estado y los asociados, para que un nuevo ciudadano sea el norte de la política social y criminal de la nación panameña de cara al nuevo siglo y a las realidades de la nueva economía mundial.

Otro aspecto que debe mencionarse es el relacionado con la persona del ofendido, o víctima del delito, del que poco se ocupan las leyes o se ocupan de forma insignificante, a pesar de la flamante ley de protección a las víctimas de delitos.

Urge una política de Estado frente a las víctimas de delitos, que muchas veces son nuevas víctimas en el proceso penal desarrollado contra el infractor de la ley penal, pues carecemos de medios y personal dedicados a ellas, pues las autoridades jurisdiccionales están sobrecargadas de trabajo en la persecución del supuesto delincuente.

Capítulo VII

RELACIONES DEL DERECHO PENAL CON OTRAS RAMAS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

§ 24. RELACIONES DEL DERECHO PENAL CON EL DERECHO ADMINISTRATIVO

24. 1 Infracción penal e infracción administrativa

Tanto el Derecho penal como el Derecho administrativo contienen preceptos de obligatorio cumplimiento para los asociados y ante el incumplimiento de los mismos ambos ordenamientos tienen su propio sistema de sanciones.

En el Derecho penal los mismos se denominan delitos, penas y medidas de seguridad y de corrección en tanto que en el Derecho administrativo se denominan infracciones o faltas y sanciones administrativas.

No cabe duda, sin embargo, que el delito es una acción u omisión grave que daña o pone en peligro de lesión uno o más bienes jurídicos importantes y de considerable valor, en tanto que la infracción o falta administrativa supone la inobservancia de un deber de actuación del sujeto frente a la Administración, que nunca revista la trascendencia o gravedad del delito.

En Panamá, sin embargo, no todos los delitos forman parte de la legislación penal, ya que

existen comportamientos con rango de delito que son de conocimiento de las autoridades administrativas, como los delitos de contrabando y defraudación aduanera, que por expresa regulación legal están fuera del Código Penal y de la jurisdicción penal ordinaria (Órgano Judicial).

Tal situación es, sin duda alguna, contraria a la Constitución pues se está permitiendo que algunas autoridades pertenecientes al Órgano Ejecutivo administren justicia penal y usurpen algunas de las funciones propias del Órgano Judicial en materia de delitos aduaneros.

24. 2 Sanción penal y sanción administrativa

Ambos sectores del ordenamiento tienen un campo de acción común, pues tanto el Derecho penal como el Derecho administrativo imponen sanciones a quienes desconozcan lo que en ellos está prohibido u ordenado.

Esto es así, toda vez que tanto el Derecho penal como el Derecho administrativo dictan pautas de conducta obligatorias para los particulares y para las autoridades, cuyo incumplimiento lleva aparejada una determinada sanción.

La sanción administrativa, sustancialmente diferente a la del Derecho penal, no reviste, en principio, la misma gravedad que la sanción proveniente de éste último sector del ordenamiento jurídico.

En nuestro medio, hasta fechas recientes, la forma de crear estas sanciones fue radicalmente distinta. En efecto, en el Derecho administrativo panameño bastaba un Decreto Ejecutivo para crear ilícitos y sanciones gubernativas. Afortunadamente fallos de nuestra Corte Suprema de Justicia, en forma reiterada, han declarado inconstitucionales tales Decretos.

En ocasiones, sin embargo, la potestad sancionadora de la Administración o de sus representantes en nada se diferencia de la potestad punitiva a cargo del Órgano Judicial, lo cual constituye un contrasentido, pues sólo las autoridades jurisdiccionales deben imponer sanciones que constituyan auténticas penas de Derecho penal.

Piénsese, por ejemplo, en la facultad concedida a las autoridades administrativas de sancionar las faltas, que en nuestro ordenamiento son indudablemente una de las dos clases de infracciones a la ley penal (art. 1º. del Código Penal).

En otros casos, la Administración ejerce una verdadera facultad de corrección, aunque en ocasiones las sanciones son idénticas a las establecidas en el ordenamiento penal. En este sentido, es clara la facultad de imponer verdaderas penas; en este caso correccionales; consagradas en los artículos 827 y siguientes del Código Administrativo, en donde las autoridades públicas ejercen una verdadera facultad punitiva, eminentemente administrativa, que lleva aparejada privación de libertad o multa.

24. 3 El llamado “Derecho penal administrativo”

Dentro de las relaciones del Derecho penal y el Derecho administrativo cobra especial importancia la cuestión del llamado “Derecho penal administrativo”, porque supone el ejercicio de una facultad punitiva a cargo de las autoridades administrativas cuando los particulares desconocen el contenido de alguna disposición que les impone ciertas obligaciones administrativas frente a la Administración.

La esencia del Derecho penal administrativo radicaría, entonces, en la simple "lesión de un interés de la Administración" (1) como bien ha puesto de manifiesto CEREZO. La sanción administrativa tendría como objetivo exclusivo el recordar al administrado sus obligaciones, más no retribuirle por el mal causado.

La distinción entre Derecho penal y Derecho penal administrativo tuvo su origen en el hecho incuestionable de que en ocasiones, la Administración ejerce una actividad sancionatoria que, en lo fundamental, no se diferencia de la potestad jurisdiccional al imponer auténticas sanciones penales.

Esta situación dio margen para que se elaborara una diferenciación muy sutil en torno a esta cuestión, pues se pretendió fundar la potestad sancionadora de la Administración en un ilícito de naturaleza administrativa que en nada se parecía al ilícito penal sancionado por los organismos jurisdiccionales.

En la práctica, sin embargo, "no ha sido posible encontrar un criterio que permita apreciar una diferencia cualitativa entre lo ilícito penal y lo ilícito administrativo"(2), pues a lo sumo solo

(1) José CEREZO MIR, **Curso de Derecho Penal Español. Parte General**, 5ta. edición, Tecnos, Madrid, Tomo I 1996, pág. 48

(2) CEREZO, pág. 51.

hay "diferencias cuantitativas y el límite ha de ser trazado positivamente por el legislador" (3).

Lograr una distinción precisa entre Derecho penal y Derecho penal administrativo en el ordenamiento panameño es una cuestión que presenta numerosas dificultades.

Por un lado, porque las infracciones a las leyes penales, es decir, delitos y faltas, están a cargo de autoridades jurisdiccionales y administrativas respectivamente, lo que no deja de ser lamentable.

Además, existe en nuestra legislación la llamada "justicia administrativa" ejercida por auténticas autoridades administrativas en donde se pueden llegar a imponer auténticas penas que en nada se diferencian de las impuestas por los jueces o magistrados.

La justicia administrativa, regulada actualmente por la Ley 112 de 1974, y sin olvidar la reforma que de forma expresa introdujo a la cuantía de ciertos ilícitos la Ley 53 de 12 de diciembre de 1995, atribuye competencia a las autoridades administrativas para que ejerzan una función que es idéntica o sustancialmente parecida a la facultad atribuida a los jueces y magistrados del Órgano Judicial.

De esta forma, dichas autoridades pueden conocer y decidir los siguientes asuntos:

- a. El acto o intento de sustraer dinero o efectos de cualquier clase cuando el sindicado haya sido condenado previamente por delitos o faltas contra la propiedad;
- b. Los delitos de hurto simple, apropiación indebida, estafa y daños cuya cuantía no exceda de doscientos cincuenta balboas (B/. 250.00); y,
- c. Los delitos dolosos o culposos contra la vida y la integridad personal, con resultado de lesiones, cuando la incapacidad no exceda de 30 días.

En estos casos, la sanción administrativa oscila entre diez días y un año de arresto. Ello, sin embargo, es inaceptable en el Estado de Derecho pues de esta forma se permiten actuaciones de la autoridad administrativa que ejercen, pero que en realidad usurpan por mandato legal, típicas funciones judiciales.

Por último, no debemos olvidar que el Derecho penal toma algunas nociones del Derecho

(3) CEREZO, pág. 56.

administrativo, como ejemplo, el concepto de autoridad pública, la noción de orden público, que luego son utilizadas sin modificación alguna por el legislador penal, aunque en ocasiones utiliza conceptos a los que dota de un contenido especial y propio, como por ejemplo, el concepto de pariente cercano a efectos penales.

24. 4 Inconstitucionalidad de la justicia penal administrativa

A nuestro juicio, sin duda alguna, las funciones judiciales que ejercen las autoridades administrativas son contrarias a la Constitución Política vigente en la República de Panamá, ya que las mismas violan o desconocen lo preceptuado en el artículo 2 de la normativa fundamental del Estado panameño, ya que sólo el Órgano Judicial puede administrar justicia.

La justicia policiva o penal-administrativa que ejercen ciertas autoridades administrativas implica que dichas autoridades desarrollan funciones judiciales, pues tienen capacidad legal para decidir causas penales cuando se trate de ciertos delitos de poca o escasa gravedad y pueden, en tal sentido, imponer penas privativas de libertad que en nada se diferencian de las penas que imponen los jueces del Órgano Judicial, pues ya sea que se llame arresto o se le dé otra denominación, la misma implica una forma de privación de libertad que en nada se diferencia de la que resulta por la imposición de una sentencia emanada de autoridad judicial.

Es imperativo, por tanto, la modificación radical de la justicia policiva o penal-administrativa pues los jueces nocturno, corregidores y alcaldes municipales no deben tener capacidad legal para imponer penas que directa o indirectamente priven al sujeto de la libertad individual. Urge, en consecuencia, una modificación legislativa de tal normativa o deberá ser demandada la misma ante la Corte Suprema de Justicia por desconocer el contenido de la Constitución Política vigente.

§ 25. RELACIONES DEL DERECHO PENAL CON EL DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO

Las relaciones del Derecho Penal con el Derecho Internacional Público son cada día más importantes y frecuentes.

Tradicionalmente las mismas han quedado en un plano muy reducido, en donde sólo cobraba interés la relación a propósito de la lucha contra la delincuencia común que se ponía de manifiesto a través de los tratados bilaterales o multilaterales sobre extradición.

También tenía incidencia en esta relación la existencia del principio de inmunidad de Jefes de Estados extranjeros o sus representantes, pues en materia penal los mismos quedaban fuera de la ley penal del país extranjero y aunque cometieran algún hecho delictivo sólo podían responder penalmente por los mismos hechos ante la jurisdicción penal de su propio Estado.

Modernamente las relaciones entre ambos sectores del ordenamiento jurídico cobran mayor importancia debido a los ingentes esfuerzos que a nivel internacional se están llevando a cabo para reprimir el tráfico de drogas, la piratería aérea, la trata de blancas, la discriminación racial, el hurto y robo de vehículos, los delitos contra los derechos de autor, el terrorismo, etc., que en el Derecho penal tienen una especial tutela por el ente estatal.

Aunque Panamá ha suscrito numerosos convenios al respecto, es lamentable que los mismos no tengan mayor fuerza, pues no se han creado algunos tipos delictivos para sancionar penalmente varias de las conductas antes indicadas (v. gr., la discriminación racial).

Por otra parte, los mayores esfuerzos en la lucha internacional contra la delincuencia se observa en las diversas formas de cooperación judicial internacional, de forma que los Estados se asistan mutuamente en la lucha contra la delincuencia que usa las fronteras del Estado para evadir su responsabilidad. En este sentido, es necesario destacar que Panamá suscribió y ratificó la Convención Interamericana contra la Corrupción, de Caracas (1996) (4), algunos Tratados de Asistencia Legal Mutua (5) y numerosos tratados bilaterales para la represión del tráfico de

(4) Ley 42, de 1o. de julio de 1996 (G.O. 23.581 de 8 de julio de 1996).

(5) Con Estados Unidos (Ley 11 de 7 de julio de 1994, G.O. 22.578 de 13 de julio de 1994; Costa Rica/El

drogas y lavado de dinero.

En esta materia, se discute recientemente la necesidad de suprimir la restricción de la extradición de los nacionales, ya que ello es una limitación de enorme significación para el efectivo trabajo de las autoridades judiciales.

No en vano en Centroamérica, en los últimos años, con la cooperación de la Unión Europea se han desarrollados seminarios y jornadas de estudio en los que se observa tal prohibición como uno de los mecanismos que dificultan la cooperación internacional en el lucha contra la delincuencia, sobre todo en lo que respecta a delincuencia o crimen organizado, que tiene unas características propias y muy distintas de la criminalidad convencional.

Recientemente la ratificación por Panamá de la Convención de Roma de 1998, por medio de la cual se crea la Corte Penal Internacional, abre nuevas perspectivas en lo que respecta a una nueva jurisdiccional penal internacional, de modo que no queden impunes algunos crímenes cometidos dentro de las fronteras de los Estados con abuso del poder público que ostentan ciertos gobernantes y en los que se cometen atrocidades contra minorías o sectores de la población que están desprotegidos frente a una mayoría que abusa de su condición y poder político.

Los esfuerzos por crear esta jurisdicción penal internacional pueden verse obstaculizados por el poder de algunas superpotencias, que no han ratificado la Convención de Roma y negocian por separado, con otros Estados, convenios bilaterales para excluir a sus nacionales del ámbito de aplicación del Estatuto de Roma, lo que debe ser enérgicamente rechazado pues vulnera el precepto contenido en el art. 4 de la Constitución Política de la República de Panamá.

Bajo ningún concepto puede el gobierno panameño suscribir convenios bilaterales con los Estados Unidos de América que evitar que los naciones de ésta país queden a fuera del ámbito de aplicación del Convenio de Roma, pues dichas normas son obligatorio cumplimiento por Panamá y no podemos negociar con otros países el no aplicar dicho convenio respecto de los nacionales de dichos países.

Salvador/Guatemala/Honduras y Nicaragua (Ley 39 de 13 de julio de 1995, G.O. 22.827 de 17 de julio de 1995; México (Ley 40 de 30 de junio de 1998, G. O. 23581, de 8 de julio de 1998) y España (Ley 7 de 3 de mayo de 1999, G. O. 23.793, de 11 de mayo de 1999).

§ 26. RELACIONES DEL DERECHO PENAL CON EL DERECHO CIVIL

En el Derecho Penal son muy numerosos los conceptos que vienen del Derecho civil y que son objeto de particular protección a través de las normas penales.

Nociones como "cosa mueble", "cosa inmueble", "padre", "madre", "hijo", "hermano", "cónyuge", "parentesco", "afinidad", "matrimonio", "domicilio conyugal", etc., provienen del Derecho Civil y muchas veces tienen en el Derecho Penal su significación natural, aunque en ocasiones, para efectos penales, pueden adquirir una significación especial.

Además, es muy importante destacar que de todo hecho punible surgen responsabilidades civiles como penales, pero la determinación en algunos casos de aquella es una cuestión que está fuera del Derecho Penal, siendo necesario recurrir, en todo caso, a las normas del Derecho Civil para lograr la reparación e indemnización del daño causado.

De esta forma, la responsabilidad civil que nace del delito, en parte, se encuentra regulada fuera del Derecho Penal por lo que habrá que recurrirse al Derecho Civil para todo lo relacionado con su reconocimiento, extinción, etc. (Véase, a este respecto, los artículos 1971, 1972 y 1973 del Código Judicial).

§ 27. RELACIONES DEL DERECHO PENAL CON EL DERECHO COMERCIAL

Al igual que con otras ramas del ordenamiento jurídico con el Derecho Comercial también tiene el Derecho Penal importantes vinculaciones.

Conceptos como los de "quiebra", "sociedades mercantiles", "sociedades anónimas", "directores", "gerentes", "liquidadores", "administradores", "entre otras, poseen estricta naturaleza comercial y en el Derecho penal son utilizadas con su natural acepción mercantil.

Por otra parte, el notable auge del tráfico mercantil de nuestro tiempo ha permitido que

cada día tenga más adeptos el llamado "Derecho penal económico"(6), en donde nos encontramos con una serie de delitos llamados "económicos".

Esta situación ha motivado que, en opinión de algunos autores, la rama del Derecho penal que se ocupa de esta especialidad se le considere con cierta relevancia dentro del Derecho penal común.

La autonomía de este Derecho penal económico no ha sido aceptada aun por la doctrina moderna. Ello no obsta, sin embargo, para aceptar que existen una serie de intereses económicos que merecen especial atención por parte del Estado, sobre todo en aquellos países en donde está legitimada la facultad del Estado para dirigir e intervenir en la actividad económica.

Además, es necesario el replanteamiento de la naturaleza del principio "*societas non potest delinquere*", ya que ha sido utilizado para burlar la responsabilidad penal por parte de avezados comerciantes, o mejor dicho "delincuentes", quienes usan las personas jurídicas para procurarse un medio de lograr la impunidad de sus comportamientos (7).

En los últimos años, el profesor TIEDEMANN ha realizado importantes investigaciones sobre este tema y otros muy afines aclarando numerosas dudas que hasta ese momento existían (8).

No está demás señalar que hace poco, bajo la dirección del profesor Enrique BACIGALUPO se ha publicado un importante "Curso de derecho penal económico" que plantea las más importantes cuestiones dogmáticas del mismo en nuestros días y de cara a la unificación del mismo en el ámbito europeo de extraordinario valor, sobre todo cuando el Viejo Continente, cuenta con una moneda única, el **Euro**, pues la misma ya circula desde el año 2002 (9).

(6) Cfr: Miguel BAJO FERNÁNDEZ, **Derecho Penal económico aplicado a la actividad empresarial**, Civitas, Madrid, 1978; Esteban RIGHI, "Derecho Penal económico" en **Estudios de Derecho Económico**, Tomo I, México, 1977, Unam, págs. 89 y sgts. Sobre este particular, recientemente, NOVOA MONREAL ha señalado "la existencia de apreciables discrepancias entre los autores" al tratar la problemática llamado "delito económico" (Véase, Eduardo NOVOA MONREAL, "Reflexiones para la determinación y delimitación del delito económico", **ADPCP** Tomo XXXV (1982), Fasc. I (Enero-Abril), págs. 43 y sgts. En general sobre los llamados delitos "económicos" O "socioeconómicos", además de los trabajos antes citados, véase: Miguel BAJO FERNÁNDEZ, "Los delitos contra el orden socioeconómico en el proyecto de Código Penal", **REDUC**, 1980, Monográfico 3, págs. 17 y sgts.; Francisco MUÑOZ CONDE, "La ideología de los delitos contra el orden socioeconómico en el proyecto de Ley orgánica de Código Penal", **CPC**, No.16 (1982), pág.107 y sgts.

(7) José Miguel ZUGALDÍA ESPINAR, "Conveniencia política criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional Societas delinquere non potest", **CPC**, N° 11 (1980) págs. 67 y sgts.

(8) Klaus TIEDEMANN, **Poder económico y delito**, Trad. A. Mantilla V. Ariel, Barcelona, 1985.

(9) Enrique BACIGALUPO (dir), **Curso de Derecho Penal Económico**, Marcial Pons, Madrid, 1998.

Capítulo VIII

EVOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL EN PANAMÁ

§ 28. ANTECEDENTES

Muy poco o casi nada es lo que sabemos de la legislación penal aplicable en el territorio de lo que hoy constituye la República de Panamá antes de la llegada de los españoles a inicios del siglo XVI (1504).

El Istmo de Panamá y Centroamérica han sido objeto de pocos estudios, aunque algunos trabajos de antropólogos y sociólogos han abordado de forma coyuntural el mismo.

Con la llegada de los conquistadores españoles al Istmo de Panamá, los descubridores del Istmo se encontraron con varias etnias aborígenes, las que tenían su propia organización y coexistían separadas entre sí.

Poco es lo que ha llegado a nuestros días del derecho penal aborígen, pues la inexistencia de la escritura entre ellos ha dificultado la conservación de muchas de sus tradiciones.

Ello no es óbice, sin embargo, para señalar la existencia de un sólido sistema penal en algunas etnias aborígenes patrias, pues en el caso de los *Kunas*, que habitan el Archipiélago *Kuna Yala* en el Océano Atlántico, se conocen algunas de sus normas y costumbres en el ámbito del Derecho penal.

Por la tradición oral sabemos que castigaban ciertos hechos punibles como el homicidio,

robo y el adulterio, entre otros, y que utilizaban un amplio catálogo de penas.

Dada la conformación del Archipiélago, que consta de numerosas islas, en cada una de ellas hay una autoridad o *Sáhila*, que dirige junto al Consejo de la isla, los asuntos de la comunidad, y en donde hoy día ciertos delitos son castigados con la expulsión de la comunidad o el internamiento del sujeto en una isla deshabitada, con pocos instrumentos de sobrevivencia, para hacer difícil la estadía en solitario del individuo durante el cumplimiento de la sanción.

La historia y realidad actual del Derecho penal aborigen patrio sigue sumida en la oscuridad, en parte por el temor de los propios aborígenes de mostrar o exponer sus instituciones, lo que sin duda dificulta la labor que deseamos desarrollar en esta obra.

Es de esperar que en un futuro cercano podamos contar con mayores fuentes al respecto, pues la amplia variedad de pueblos aborígenes que existieron en el pasado, algunos de los cuales están condenados a desaparecer en los próximos años, como la etnia *Teribe* de la que no quedan más de dos o tres mil individuos, justifican una investigación profunda al respecto.

§ 29. EL PERIODO DE UNIÓN A COLOMBIA (1821-1903)

29. 1 La legislación penal durante el período de unión a Colombia

Desde 1821, fecha en que Panamá separó de la Corona Española y se unió voluntariamente a la "Gran Colombia" del Libertador SIMÓN BOLÍVAR, lo que hoy constituye la República de Panamá se rigió, en cuanto al Derecho Penal se refiere, por leyes de tradición hispánica.

Durante el período en que Panamá constituyó un Departamento (o Provincia) de Colombia rigieron en el Istmo los Códigos penales colombianos de 1837, 1873 y el de 1890 estaba vigente en el momento en que se produjo la independencia de Panamá de Colombia el 3 de noviembre de 1903.

Las leyes penales vigentes en la Gran Colombia primero y luego en Colombia siguieron siendo leyes de influencia española, como bien apunta la doctrina penal colombiana que se ocupa de tal período.

Los Códigos penales colombianos de 1837 y 1873 seguían siendo elaborados sobre la

base de los modelos hispanos, con lo que Panamá siguió siendo regida por las leyes españolas en esta materia.

El Código colombiano de 1890 siguió rigiendo en Panamá después del 3 de noviembre de 1903, puesto que una de las primeras disposiciones del nuevo gobierno ordenó que siguieran vigentes las leyes colombianas que no estuvieran en conflicto con las que se dictasen en lo sucesivo por las autoridades de la nueva República (1).

29.2 El Código colombiano de 1890

El último Código penal colombiano que rigió en Panamá fue el 1890. Estaba vigente en el Istmo al momento en que se produjo la independencia el 3 de noviembre de 1903, como ya quedó expresado anteriormente.

Este Código constaba de 911 artículos y estaba dividido en tres libros. El LIBRO PRIMERO se ocupaba de los "Delitos, delincuentes y penas en general. Graduación de los delitos y aplicación de las penas"; el LIBRO SEGUNDO trataba de los "Delitos que afectan principalmente a la Nación o a la sociedad o que sean cometidos por empleados públicos; el LIBRO TERCERO regulaba lo relativo a los "Delitos contra los particulares y sus penas".

Si tuviéramos que efectuar un juicio de valor sobre el Código colombiano de 1890 tendríamos que señalar que es un texto sumamente represivo, adornado por un casuismo exagerado y, como bien señala el jurista colombiano ESTRADA VÉLEZ, "significó un regreso en las instituciones penales" de aquel país (2).

§ 30. EL PERIODO REPUBLICANO

30.1 Los intentos frustrados

Cuando tan solo habían transcurrido unos días de la independencia de Panamá de Colombia se nombró la primera Comisión Codificadora de Panamá, a la que se encomendó

(1) Decreto numero 4, de 4 de noviembre de 1903. Gaceta oficial número 1, de 14 de noviembre de 1903.

(2) Federico ESTRADA VÉLEZ, **Manual de Derecho Penal**, Edijus, Medellín, 1975, pág.30.

preparar los textos que permitieran que el país se rigiera por leyes auténticamente panameñas (3).

Para la redacción del Proyecto de Código Penal se designó a los señores Inocencio GALINDO, Juan A. HENRÍQUEZ y Abraham JESURIN, a quienes se les concedió un plazo breve.

La Comisión antes mencionada no pudo cumplir con el encargo de elaborar un Proyecto de Código Penal, pues mediante Ley 37 de 1904 se autorizó al Presidente de la República para nombrar una Comisión de tres ciudadanos "competentes e idóneos" para redactar los proyectos de código. Para tal efecto, se designó al Dr. Belisario PORRAS quien debía elaborar el Proyecto de Código Penal.

Siendo el mismo Dr. PORRAS Presidente de la República en 1913 se nombró una nueva Comisión para elaborar dichos Proyectos y fueron designados para tal labor Facundo MUTIS DURÁN, Julio J. FÁBREGA y Juan A. HENRÍQUEZ. Posteriormente se incorporaron a la citada Comisión Carlos A. AROSEMENA, Santiago DE LA GUARDIA, Ángel UGARTE, Ricardo J. ALFARO, Luis ANDERSON y Óscar TERÁN.

La elaboración del Proyecto de Código Penal estuvo a cargo del Dr. Ángel UGARTE, Magistrado de la Corte Suprema de Honduras, quien fue especialmente contratado para esos efectos.

30.2 El Código Penal de 1916

El Código Penal de 1916 fue aprobado mediante Ley 2 de 1916 (4) y entró a regir a partir del 1 de julio de 1917, fecha en la cual quedó derogado y sin vigencia el Código Colombiano de 1890 que había regido hasta ese momento.

Ese código tuvo como modelo al Código Penal hondureño, pues Ángel UGARTE al elaborar el Proyecto para el cual fue contratado tomó como fuente de inspiración el código de su país; ese código se inspiraba en anteriores códigos hondureños que tenían de fuente al Código

(3) Decreto No.4, de 21 de noviembre de 1903. Publicado en la Gaceta Oficial número 3, de 28 de noviembre de 1903.

(4) Ley 2, de 22 de agosto de 1916. Gaceta Oficial número 2404, de 22 de agosto 1916. Publicada nuevamente en la G.O. número 2418, de 7 de septiembre de 1916.

español de 1870 y al chileno de 1874 (5).

La Ley 2 de 1916 no recogió en su texto el articulado de los códigos que con ella se aprobaron, por lo que se ordenó que dos ejemplares de una edición corregida y esmerada de cada código fueran autorizados con la firma del Presidente y del Secretario de Gobierno y Justicia y depositados en el despacho de éste, dos en la Corte Suprema de Justicia y dos en el Archivo Nacional.

De esta forma, aunque separada de España y Colombia, Panamá se mantuvo fiel a la tradición penal hispánica y nuestras leyes penales siguieron siendo reflejo de una realidad distinta al medio panameño.

El Código Penal de 1916 constaba de 570 artículos y una disposición final. Estaba dividido en dos libros y éstos en capítulos. El LIBRO PRIMERO trataba sobre "Delitos, delincuentes y penas en general; el LIBRO SEGUNDO, por su parte se refería a "Clasificación de los delitos y aplicación de penas".

Este código no era, sin embargo, una fiel copia del Código hondureño, pues, si bien es cierto que se inspira en éste, en numerosos aspectos mejoraba el texto del hermano país centroamericano.

La vigencia del Código de 1916 terminó el 16 de enero de 1923 cuando entró a regir el Código de 1922. El Código de 1916 tuvo una vida efímera, ya que apenas habían transcurrido 5 años y casi 7 meses cuando dejó de regir.

Sobre este código es muy poco lo que se conoce. No tenemos conocimiento de que se haya publicado ningún trabajo sobre el mismo y las pocas referencias que hemos encontrado al respecto han sido formuladas cuando el código ya no estaba vigente.

Este código supuso un avance frente al Código colombiano de 1890 que regía para esa época en Panamá, ya que se redujo el catálogo de delitos e introdujo una clasificación de los delitos atendiendo al criterio del bien jurídico protegido, desechando el sistema del Código colombiano que mantenía el viejo sistema, ya superado en aquella época, de delitos contra el Estado y delitos contra los Particulares.

(5) Cfr: Carlos Enrique MUÑOZ POPE, **La Codificación penal en Panamá**, Universidad Complutense, Servicio de Reprografía, Madrid, 1986, págs.35-44; René SUAZO LAGOS, **Lecciones de Derecho Penal. Parte General**, 3ª edición, Tegucigalpa, 1986.

Finalmente, deseamos anotar que en este código se inicia una tendencia que se mantiene hasta nuestros días: la de eliminar las faltas del ordenamiento penal, que se dejan como infracciones administrativas a cargo de autoridades de tal carácter.

30.3 El Código Penal de 1922

MUÑOZ/VILLALAZ, han señalado que el Código de 1916 no respondía a las necesidades de nuestro medio, por lo que pronto fue designada una Comisión encargada de su revisión (6).

Mediante Decreto 25 de 1918 (7) se nombró una "Comisión Revisora" de los códigos nacionales que quedó integrada por los señores Francisco A. FILÓS, Ricardo J. ALFARO, Julio FÁBREGA y Héctor VALDÉS, a quienes se encomendó la labor de efectuar un estudio comparativo de los diversos códigos y preparar las reformas que dichos códigos necesitasen.

No sabemos si la citada Comisión efectuó el trabajo que le fue encomendado, pues no hay registros de los trabajos de dicha Comisión ni nadie en Panamá ha escrito al respecto.

El profesor AROSEMENA GUARDIA señala que en 1922 el Dr. Juan LOMBARDI presentó un Proyecto de Código Penal a fin de cumplir con la misión que se le había encargado (8). Este Proyecto no era ni más ni menos que una copia casi literal del Proyecto que en 1912 había elaborado José Vicente CONCHA para Colombia.

Este Proyecto se aprobó mediante Ley 6, de 1º de noviembre de 1922 (9), y empezó a regir a los sesenta días de su sanción, tal como disponía el artículo 380. Era Presidente en ese momento el Dr. Belisario PORRAS.

La vigencia efectiva del Código de 1922 empezó el 17 de enero de 1923 y terminó de regir el 20 de marzo de 1983, ya que el 21 de marzo entró a regir el Código aprobado mediante Ley 18 de 1982.

(6) MUÑOZ RUBIO/GUERRA DE VILLALAZ, pág. 97.

(7) Decreto 25 de 7 de marzo de 1918. Gaceta Oficial número 2866, de 17 marzo de 1918.

(8) Rubén AROSEMENA GUARDIA, "Notas y documentos sobre el Código Penal Panameño" en **Anuario**, Universidad de Panamá, Vol. V, 1962, pág. 260.

(9) Gaceta Oficial número 4049, de 8 de diciembre de 1922.

La fuente directa del Código de 1922, como hemos señalado anteriormente, se halla en el Proyecto que CONCHA elaboró en 1912 para Colombia teniendo como modelo al Código italiano de 1889 (Zanardelli).

El Código de 1922 estaba estructurado en dos libros: LIBRO PRIMERO "De la ley penal en general; y LIBRO SEGUNDO denominado "De las diferentes especies de delitos".

Constaba de 383 artículos y no contenía regulación alguna sobre las faltas o contravenciones, delitos electorales y contrabando.

A pesar de que el Código de 1922 es una copia casi literal del Proyecto colombiano de 1912, existen algunas diferencias substanciales entre ambos textos. Así, por ejemplo, el Proyecto colombiano regula las faltas o contravenciones en el Libro Tercero, contiene una detallada regulación de los diversos períodos de aislamiento a que están sometidos los sujetos privados de libertad, entre otras.

Sobre este código es relativamente poco lo que se ha escrito. Es por ello que en 1962 AROSEMENA GUARDIA decía que: "Sin temor a equívocos, podemos afirmar que no existe aun en el Istmo una tradición penal auténticamente panameña. Si examinamos los tres aspectos fundamentales en que se exterioriza nuestra ciencia, el doctrinal, legislativo y jurisprudencial, advertimos sin mayor esfuerzo que -lamentablemente- la realidad panameña en el campo penal ofrece al estudioso conquistas genuinamente nativas de verdadera trascendencia científica" (10).

Respecto del Código de 1922 JIMÉNEZ DE ASÚA ha dicho que es "un código de viejo espíritu en el que las penas se mantienen clasificadas como en los de la antigua fecha, sin que figuren otras medidas que el manicomio para los enfermos mentales y el "encerramiento" de los menores en una "casa de corrección o educación", que se hallaban en el Código español de 1870. Hasta el castigo atenuado de los semiresponsables, se conserva en Panamá. También es censurable el tremendo casuismo en la aplicación de las penas" (11).

Nosotros por nuestra parte podemos señalar que el Código de 1922 era un texto aceptable para la época en que fue aprobado en Panamá, pero viejo para la segunda mitad del siglo veinte.

(10) AROSEMENA GUARDIA, *Anuario*, cit., pág. 259.

(11) JIMÉNEZ DE ASÚA, I, pág. 1120. El juicio de este autor es, sin embargo, en extremo injusto. En efecto, cuando JIMÉNEZ DE ASÚA se ocupa de la legislación colombiana señala que el texto de CONCHA era "de un técnica estimable, pero de orientación nada audaz" (pág. 1228). Parece que el autor no advirtió que elogiaba el Proyecto colombiano y denigraba al texto panameño que se inspiraba en aquél.

No todo en él era malo. Ciertamente es que habían en ocasiones enormes diferencias en las penas mínimas y máximas para algunos delitos, pero la discrecionalidad del juzgador al momento de individualizar la pena jugaba papel fundamental.

Durante su larga existencia este Código hizo sentir la necesidad de modificar radicalmente su orientación, por lo que fue necesario crear diversas Comisiones a las que se encargó la labor de proponer las reformas que se estimasen necesarias.

Además, al mismo tiempo que se adelantaba la labor antes indicada, se procedió a reformar las penas de numerosos delitos con el fin de sancionar más severamente numerosos ilícitos (principalmente los referentes a los delitos contra la propiedad).

Después de la afirmación de AROSEMENA GUARDIA antes citada es que el Código de 1922 fue objeto de diversos estudios y trabajos por parte de la doctrina patria. El más importante de todos ellos es el Derecho Penal Panameño. Parte General de MUÑOZ RUBIO/GUERRA DE VILLALAZ y los tomos I y II de la Parte Especial de MUÑOZ RUBIO/GONZÁLEZ FERRER (12).

§ 31. LOS PROYECTOS DE REFORMA DEL CÓDIGO DE 1922

31.1 Los primeros esfuerzos

Diversos fueron los intentos de sustituir el Código de 1922 que no dieron resultado positivo alguno.

Los mismos se remontan, al parecer, al 15 de febrero de 1923 (a los pocos días de la vigencia del mismo código) cuando se dictó el Decreto 17 de ese año por medio del cual se nombró una Comisión que debía efectuar una revisión del código recién promulgado (13).

El Decreto en mención justificó la creación de la Comisión aludida, señalando en su parte motiva lo siguiente:

"Que el nuevo Código Penal, elaborado por la Comisión Revisora de la Codificación Nacional fue aprobado sin que el

(12) Campo Elías MUÑOZ RUBIO/Campo Elías GONZÁLEZ FERRER, **Derecho Penal panameño**, Parte Especial, Tomo I (1978), Tomo II (1981), Pub. Dept. Ciencias Penales, Universidad de Panamá, Imprenta Universitaria, Panamá.

(13) Decreto 17, de 2 de febrero de 1923. Gaceta Oficial Número 4049, de 27 de febrero de 1923.

público lo conociera previamente y sin que en la misma Asamblea tuviera lugar la más mínima discusión;

"Que dicho Código encierra disposiciones que ha provocado fuertes censuras de parte de abogados, jueces y agentes del Ministerio Público y que han alarmado a la sociedad;

"Que por estos motivos el Consejo de Gabinete ha considerado inaplazable una revisión concienzuda de la citada excerta así como de las consiguientes reformas que aconseje esa revisión o indique si es preferible la vigencia del Código Penal anterior a la del nuevo" (14).

La misión fundamental de la Comisión era la de recomendar el Órgano Ejecutivo "si es preferible poner vigencia el Código Penal viejo o atenerse al nuevo e indicara el procedimiento que estime conveniente para corregir las deficiencias del Código nuevo".

Para integrar dicha Comisión fueron designados en el mismo Decreto 17 de 1923 los señores Julio J. FÁBREGA, Osvaldo LÓPEZ y Juan Demóstenes AROSEMENA. Como Secretario fue designado José GUARDIA VEGA.

Rendido el informe por la Comisión antes señalada y elaborado un proyecto de nuevo Código Penal al que se le habían introducido las modificaciones que la Comisión consideraba imprescindible, no hemos podido encontrar información alguna que permita afirmar que en la Asamblea Nacional se discutieran ambos documentos.

Posteriormente mediante la Ley 5 de 1926 (15) se nombró una nueva Comisión Codificadora, encargada de elaborar los proyectos de nuevo Código Penal y de Enjuiciamiento Criminal. Para llevar a cabo esta labor se designó a los señores Antonio Papi AIZPURÚ, Honorio GONZÁLEZ GIL y Héctor VALDÉS (16).

Vencido el plazo que fuera concedido a la Comisión para entregar el texto del proyecto,

(14) Decreto 17 de 1923 antes citado.

(15) Ley 5, de 2 de octubre de 1926. Gaceta Oficial Número 4962, de 6 de octubre de 1926.

(16) Decreto 212, de 16 de noviembre de 1926. Gaceta Oficial Número 4994, de 23 de noviembre de 1926.

sin que efectivamente fuera presentado el mismo, se prorrogó la labor de la Comisión citada mediante Decreto 130 de 1927 (17).

En 1928 Héctor VALDÉS, quien había formado parte de la Comisión designada en 1926 para elaborar el proyecto de Código Penal, entregó -pero ya a título personal- el texto de un proyecto de Código Penal. En el apartado siguiente nos referiremos al mismo.

31.2 El proyecto de 1928 (18)

El Proyecto elaborado por VALDÉS carecía de una exposición de motivos que explicara las directrices seguidas por el autor y el contenido mismo del nuevo texto frente al vigente en ese entonces.

En términos generales podemos señalar que este proyecto seguía en sus líneas generales al Código de 1922, si bien lo modificaba de acuerdo con las recomendaciones emanadas de la Comisión nombrada mediante Decreto 17 de 1923.

El Proyecto de VALDÉS constaba de 542 artículos (frente a 383 del Código de 1922) y estaba dividido en dos libros de la siguiente forma: LIBRO PRIMERO: "De la ley penal en general"; y LIBRO SEGUNDO: "De los delitos y sus penas".

Al parecer el texto del proyecto nunca fue discutido en la Asamblea Nacional. Este proyecto, por otra parte, es una muestra elocuente de lo que no puede hacerse en un proceso serio de codificación: copiar indiscriminadamente artículos de textos dispares entre sí. El resultado de esta labor fue desastrosa, pues el nuevo texto era híbrido y no respondía a ningún criterio científico.

Y esto es así, ya que se corre el riesgo de imponer algún texto y no hacer las oportunas correcciones. En efecto, es inconcebible que este proyecto en el artículo 411 señale que el asesinato es sancionado con la pena de presidio si en el catálogo de penas no existe esta modalidad de pena privativa de libertad.

Estimamos, no obstante lo antes señalado, que en algunas materias el Proyecto mejoraba

(17) Decreto 130 de 1927.

(18) **Proyecto de Código Penal para la Rep. de Panamá** preparado por Héctor VALDÉS, miembro de la Comisión Codificadora Penal creada por la Ley 5 de 1928. Imprenta Nacional, Panamá, 1928.

el texto punitivo de 1922 y en muchas otras empeoraba la versión original de 1922.

31.3 El proyecto de 1943

Sobre el Proyecto revisado de Código Penal de 1943 es muy poco lo que conocemos.

MUÑOZ/VILLALAZ, señalan que fueron designados en 1943 los señores Emilio GONZÁLEZ LÓPEZ, Ricardo A. MORALES y Alejandro TAPIA para que revisaran un proyecto de Código Penal que había sido presentado al Gobierno Nacional para su consideración por la Comisión Codificadora (19).

La labor de las personas señaladas se limitó a efectuar una revisión del proyecto ya elaborado por una Comisión previa y no fueron, en consecuencia, los autores del proyecto que revisaron.

Hoy día se desconoce con toda certeza quién fue el autor del proyecto en cuestión. Es posible que sea el Dr. Juan LOMBARDI -autor del proyecto que luego fue Código de 1922- puesto que en 1941 se le encomendó la redacción de un nuevo proyecto de Código Penal (20), pero al respecto no hay seguridad alguna.

La imposibilidad de poder contar con actas, archivos y documentos que expliquen lo sucedido dificulta sobremanera efectuar una reconstrucción de nuestra tradición legislativa reciente (21).

Sobre el texto de 1943 JIMÉNEZ DE ASÚA ha señalado que "no está a la altura que la época exige. La ausencia de medidas de seguridad, el casuismo en la aplicación de la pena y el enunciado taxativo de atenuantes y agravantes copiado del Código español, denuncia su vieja tendencia, aunque técnicamente sea estimable y haya mejorado mucho el texto del Código vigente en Panamá" (22).

QUINTANO RIPOLLÉS, por su parte, señala que "es ciertamente más científico que el

(19) MUÑOZ RUBIO/GUERRA DE VILLALAZ, pág. 99.

(20) Decreto 141 de 9 de agosto de 1941. Gaceta Oficial Número 8586, de 20 de agosto de 1941.

(21) En el año de 1974 cuando se procedió a la remodelación del antiguo Palacio Legislativo, el administrador del mismo ordenó la destrucción de los archivos de la antigua Asamblea Nacional. Muy poco fue lo que se pudo salvar gracias a la intervención de funcionarios interesados en preservar nuestro patrimonio legislativo del período 1904-1968.

(22) JIMÉNEZ DE ASÚA, I, pág. 1121.

vigente, lo que no es decir demasiado, pero persiste quizás aun con mayor fidelidad, y desde luego con mayor acierto, en la línea general del clasicismo hispánico (23).

En nuestro medio, es lamentable, que no exista ninguna copia del texto en cuestión, que sólo hemos podido consultar al obtener en la Biblioteca del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, en 1989, una copia del ejemplar que GONZÁLEZ LÓPEZ en su momento le remitió, con una significativa dedicatoria, a su maestro LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA.

Sobre este particular, no obstante, se puede consultar el breve estudio efectuado por mi alumno POUSA CARIDE en su trabajo de graduación para optar el grado de Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas (24).

31.4 El proyecto de 1952

En vista de que el Proyecto revisado de 1943 no tuvo mayor éxito en la Asamblea Nacional, mediante Decreto-Ley 51 de 1944 (25) se designó una nueva Comisión Codificadora. La misma debía estar integrada, como en efecto, sucedió por personas de reconocida capacidad al servicio del Estado a fin de evitar los gastos en que se incurriría si se contrataba a particulares para tal misión.

Para integrar la referida Comisión fueron designados los señores Miguel Ángel GRIMALDO y Víctor A. DE LEÓN y se les concedió un plazo perentorio para llevar a cabo la labor encomendada (26). Vencido el plazo concedido, sin que hubiesen presentado el proyecto mediante Decreto-Ley de 1947 (27) se reorganizó la Comisión y se le concedió un plazo de cinco meses para terminar su trabajo.

Los sucesivos fracasos de todas las Comisiones obligaron Ejecutivo a nombrar una nueva

(23) Antonio QUINTANO RIPOLLÉS, **La Influencia del Derecho Penal español en las legislaciones hispanoamericanas**, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1953, pág. 149.

(24) Manuel POUSA CARIDE, **El Proyecto de Código Penal de 1943: Enfoque Histórico-Crítico**, Trabajo de Graduación, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá, Panamá, 1993.

(25) Decreto-Ley 51, de 25 de mayo de 1944. Gaceta Oficial Número 9314, de 30 de mayo de 1944.

(26) Decreto N° 967, de 25 de mayo de 1944. Gaceta Oficial N° 9413, de 30 de mayo de 1944.

(27) Decreto-Ley 41 de 21 de julio de 1947. Gaceta Oficial N° 10.367, de 8 de agosto de 1947.

Comisión Codificadora mediante la Ley 11 de 1950 (28).

Producto del trabajo de esta última Comisión es el Proyecto de Código Penal presentado en diciembre de 1952 y del que son autores los señores Manuel A. HERRERA LARA, Dámaso CERVERA, M. A. GRIMALDO, José Dolores MOSCOTE y Benito REYES TESTA.

Muy poco es lo que con seguridad sabemos del proyecto de 1952. Carece de una exposición de motivos y nunca se publicaron las actas, si es que las hubo, de las discusiones de los miembros de la Comisión que lo preparó.

Este Proyecto tuvo escasa difusión en nuestro medio, a pesar que introducía, a diferencia del Código de 1922 y del Proyecto de 1943, un incipiente sistema de medidas de seguridad y regulaba con mayor amplitud la suspensión de la ejecución de la pena.

El Proyecto constaba de 470 artículos. Estaba dividido en un título preliminar y dos libros de la siguiente forma: TITULO PRELIMINAR: "De la ley penal en general"; LIBRO PRIMERO: "Del delito y de las sanciones en general"; y LIBRO SEGUNDO: "De los delitos en particular".

Uno de los méritos de este Proyecto fue el de escoger en su articulado el texto de numerosas leyes penales especiales que para esa fecha existían paralelamente con el Código de 1922. En el Libro Segundo se dedicó especial consideración a los "Delitos contra la economía nacional" hasta ese momento desconocidos en nuestro ordenamiento jurídico-penal.

En general este Proyecto, a pesar de introducir un sistema de medidas de seguridad y de ampliar la suspensión de la ejecución de la pena, no suponía una mejora substancial de nuestra legislación penal.

Por el contrario, adolece de un tremendo casuismo en la descripción de las figuras típicas y utiliza con frecuencia una serie de agravantes específicas para aumentar la penalidad en numerosos delitos.

Fuera de estos defectos de carácter político-criminal, es preciso señalar la existencia de numerosos errores "técnicos" en la redacción del Libro Segundo. En efecto, entre otros muchos errores de esta naturaleza, en ocasiones encontramos que a propósito de las multas mencionaba como moneda el "peso" cuando debió señalar el "balboa". Así mismo, alude a las penas de

(28) Ley 11 de 7 de febrero de 1950. Gaceta Oficial N° 11.138 de 10 de mayo de 1950.

"presidio" y "arresto", cuando en el catálogo de penas las mismas no están previstas (29).

31.5 El trabajo de Faúndes (1967)

En 1967 el Gobierno Nacional contrató los servicios profesionales del Licenciado José Manuel FAÚNDES (30) con propósito de que éste elaborara un Proyecto de nuevo Código Penal.

La labor de FAÚNDES se limitó -ha señalado la doctrina patria- a efectuar una revisión de algunos títulos del Código y en 1968 presentó un informe del trabajo por él realizado.

Del trabajo realizado por el citado profesional se entregó una copia al Ministerio de Gobierno y Justicia, pero no ha sido posible obtener un ejemplar del mismo. El propio FAÚNDES nos ha manifestado que no tiene un ejemplar de su trabajo, ya que remitió la mayoría de las copias al Ministro de Gobierno y Justicia de aquella época para el estudio del mismo, hecho que nunca ocurrió.

Nadie, que sepamos, tiene copia de dicho trabajo. Esta situación nos ha obligado a prescindir de mayores referencias al respecto, lo que es muy lamentable ya que no se trata de un texto antiguo o del siglo pasado sino de un documento de hace apenas unos 32 años, lo que dice mucho de las autoridades de aquel momento.

En nuestro afán por obtener un ejemplar del trabajo en cuestión, llegamos a tener conocimiento de la actuación del Ministro de Gobierno y Justicia que en 1968 ordenó se pagara a FAÚNDES el importe de su trabajo, ya que tenía un ejemplar del mismo a la vista en ese momento. Ya después se produjo el golpe de estado del 11 de octubre de 1968 y nada más se supo del trabajo que ahora comentamos.

§ 32. EL CÓDIGO PENAL VIGENTE

32.1 El Anteproyecto de 1970

El Código Penal vigente es el producto de un largo proceso de gestación, iniciado en

(29) Cfr: Proyecto cit., artículos 184, 186, 188, 217, 387, 397 y 435.

(30) Cfr: al respecto: Gaceta Oficial N° 15.911 de 18 de julio de 1967.

1969 y que solo en 1982 terminó.

En su elaboración es menester distinguir diversas etapas, a saber: A) El anteproyecto de 1970; B) La Revisión del anteproyecto y, C) El Proyecto de 1978. A continuación nos vamos a referir a cada uno de estos aspectos.

El gobierno instaurado con el levantamiento militar del 11 de octubre de 1968, creó una "Comisión Codificadora Nacional" (31) a la que se encomendó la elaboración de los anteproyectos de código civil, penal, judicial y administrativo.

Para la confección del anteproyecto de Código Penal se nombró a Arístides ROYO y se le concedió un plazo de siete meses. Posteriormente, antes de que dicho plazo venciera, mediante Decreto de Gabinete número 349 de 1969 se extendió el término original de siete a diez meses para la presentación de los anteproyectos (32).

La Comisión Codificadora inició labores el 16 de marzo de 1969 y antes de diez meses ROYO presentó el texto de su anteproyecto que fue presentado al Gobierno Nacional el 5 de marzo de 1970 (33). El texto del "Proyecto" de ROYO constaba de 476 artículos y estaba presidido de una "Declaración Preliminar" y una "Exposición de Motivos" (34), y se le dio poca difusión.

A pesar de que el Decreto de Gabinete 121 de 1969 había ordenado la elaboración de "Anteproyecto" el texto confeccionado por ROYO fue denominado por su autor como "Proyecto".

Tiene mucha razón la profesora GUERRA DE VILLALAZ, cuando señala que la "divulgación de este proyecto, como la de los anteriores, ha sido muy limitada; en este caso, su área de difusión se extiende al número de ejemplares distribuidos por el autor" (35).

(31) Decreto de Gabinete N°121, de 8 de mayo de 1960. Publicado en la Gaceta Oficial Número 16.365, de 21 de mayo de 1969.

(32) Decreto de Gabinete N°349, de 14 de noviembre de 1969. Publicado en la Gaceta Oficial Número 16.496, de 1 de diciembre de 1969.

(33) Cfr: Aura E. GUERRA DE VILLALAZ, "Breves comentarios sobre el Proyecto de Código Penal Royo" en **LEX**, Año I, N° 2, Mayo de 1973, págs. 23 y sgts.; Campo Elías MUÑOZ R./Aura E. G. DE VILLALAZ, **Observaciones al Anteproyecto de Código Penal elaborado por el Dr. Arístides Royo**, Universidad de Panamá, Imprenta Universitaria, Panamá, 1975, pág. 1.

(34) El texto impreso, lamentablemente, no recogió la "Declaración Preliminar" ni la "Exposición de Motivos".

(35) A.E.G. DE VILLALAZ, "Breves comentarios ..." cit., **LEX**, Mayo de 1973, pág.25.

Durante el período comprendido entre el momento de su elaboración hasta el año de 1973 prácticamente nada se escribió sobre el Anteproyecto. En gran parte ello se debió, como anota CEVILLE (36), al momento político que vivía el país debido a la reforma constitucional que culminó en octubre de 1972. De esta época son unas breves observaciones formuladas por el Dr. Jaime D. DE LEÓN, Magistrado de la sala penal de la Corte Suprema de Justicia y otra del Licenciado Abelardo HERRERA, Magistrado del Segundo Tribunal del Primer Distrito Judicial, que aparecieron en diarios de la ciudad de Panamá.

Del texto del Anteproyecto elaborado, se hicieron posteriormente dos ediciones: una en la Universidad de Panamá en 1974 con el título de "Anteproyecto de Código Penal", otra, en el Centro de Impresión Educativa del Ministerio de Educación en 1975. Lamentablemente ninguna de estas dos ediciones incorporó el texto de la Declaración Preliminar y la Exposición de Motivos.

La labor de ROYO, como él mismo reconoce (37), siguió muy de cerca la "Declaración de Principios" que ya antes orientaba los trabajos de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo para Latinoamérica. No se crea, sin embargo, que el Anteproyecto tiene como fuente de inspiración exclusivamente al Código Penal Tipo, por lo menos en lo que respecta a la parte general, pues como señala FÁBREGA el autor del Anteproyecto "procura escoger las tendencias actuales que prevalecen en Europa y América Latina, así como con otros matices, en algunos países socialistas" (38).

ROYO ha reconocido que también sirvieron para su trabajo los códigos de Yugoslavia, Bulgaria, Argentina, España, Cuba, Grecia, Italia (1889 y 1930), Perú, Francia, así como los Proyectos de PECO para Argentina, SOLER para Guatemala, PADILLA CASTRO para Costa Rica y JIMÉNEZ DE ASÚA para Venezuela, textos que sirvieron primordialmente para confeccionar la parte general (Libro Primero) del Anteproyecto. Por lo que respecta para la parte especial (Libro Segundo) ROYO manifiesta que su trabajo sigue muy de cerca los lineamientos del Código Penal vigente en esa época, aunque en ocasiones se aparta de aquél en algunas cuestiones trascendentales; además, también señala que toda su labor en el Libro Segundo tuvo

(36) Óscar CEVILLE, "Motivos orientadores de la revisión" (del Anteproyecto de 1970) en *Actas*. Primer Seminario de actualización en Ciencias Penales, Universidad de Panamá, Imprenta Universitaria, Panamá, 1977, pág. 19.

(37) ROYO, "Declaración Preliminar", **Proyecto de Código Penal**, Panamá, 1970, pág. 6.

(38) Jorge FÁBREGA, **La nueva codificación panameña**, Impresora Panamá, S. A., Panamá, 1970, pág. 10.

siempre presente la práctica jurisprudencial patria (39).

La estructura general del Libro Primero podemos señalar que responde con bastante fidelidad a la del Código Penal Tipo, mientras que la del Libro Segundo sigue en cierta forma al Código Penal panameño de 1922 con algunas variantes.

En términos generales podemos señalar que las principales innovaciones que el Anteproyecto de 1970 traía son las siguientes: prohibición expresa de la analogía, mención expresa a la "acción, omisión y comisión por omisión", doble consideración del estado de necesidad (causa de justificación y de inculpabilidad), define el dolo y la culpa, varía por completo la regulación del "error", incluye la obediencia jerárquica y la coacción como causas de inculpabilidad, elimina el "delito frustrado", consagra el concepto de autor en base al criterio del "dominio del acto típico", desaparecen las distintas clases de penas privativas de libertad, que se reducen solo a la de "prisión", utiliza el criterio de "días-multa" para la pena de multa, incluye el "extrañamiento" como pena principal, permite la "sustitución de penas cortas privativas de libertad", consagra la "suspensión condicional de la ejecución de la pena", incluye el "perdón judicial", trae un amplio catálogo de "circunstancias agravantes y atenuantes", introduce los conceptos de "habitualidad, profesionalismo y peligrosidad", incorpora un sistema de "medidas de seguridad" y, finalmente, entre otras más, faculta al juzgador penal para establecer la "responsabilidad civil derivada del delito"; en el Libro Segundo incluye figuras delictivas antes desconocidas en nuestra legislación, tales como: el genocidio, la piratería, la exacción ilegal, la trata de blancas, el incumplimiento de deberes familiares, el homicidio piadoso, la tentativa de suicidio, los delitos de aborto culposo y preterintencional, los delitos contra la economía nacional y la incriminación de las prácticas de monopolio, competencia desleal, uso de derechos ajenos y la insolvencia fraudulenta.

Sin duda el Anteproyecto de 1970 es el texto más acabado que en nuestro país se ha elaborado para sustituir al Código de 1922. Es cierto que adolecía de numerosas fallas, imprecisiones y contradicciones, pero no por ello podemos dejar de reconocer los méritos intrínsecos del trabajo de Arístides ROYO. No en vano MUÑOZ RUBIO/GUERRA DE VILLALAZ afirmaron que el Anteproyecto "en conjunto, supera en gran medida al Código

(39) Una amplia relación de los textos utilizados por ROYO, así como su orientación, puede encontrarse en nuestra tesis doctoral, **La codificación penal en Panamá**, Universidad Complutense, Madrid, 1981, págs. 382 y sgts.

Penal vigente, especialmente en los aportes científicos que hace" (40). Y continuaban señalando que los "defectos formales y sustanciales de que adolece el Proyecto obedecen -sin duda- al breve lapso en que él mismo fue elaborado (10 meses) y al esfuerzo individual que lo generó, tratándose de una obra que por su propia naturaleza, exige el aporte colectivo de los sectores de opinión estrechamente vinculados a la materia" (41).

En un trabajo anterior hemos señalado que "el Anteproyecto es producto de una época determinada y fiel reflejo de las concepciones en ese momento imperantes. Se puede afirmar que a pesar de haber sido elaborado en 1970, se trata de un texto inspirado en principios de la década de los 60, pues en esa fecha se gesta en Chile (1963) el Proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica, que ha servido en gran medida de modelo al Anteproyecto" (42). Esto nos obliga a reconocer que el modelo utilizado por Arístides ROYO no supone casi ningún avance en la materia para aquella época en que aquél se redactó, por lo que poco pudo el Anteproyecto aprovechar de su modelo, que no cabe duda es un modelo de unificación del Derecho Penal en Hispanoamérica, mas no de su reforma como han puesto de manifiesto en reiteradas ocasiones BACIGALUPO y BUSTOS RAMÍREZ (43).

32.2 La revisión del Anteproyecto de 1970

En 1976 se designó una Comisión Revisora del Anteproyecto de 1970, con la finalidad de actualizar sus instituciones a la realidad panameña y para adecuar su texto con otras disposiciones legales del país, tomando en cuenta los cambios producidos en la ciencia penal en los años anteriores y sin perder de vista la última reforma constitucional.

La designación de esta Comisión obedeció, fundamentalmente, a las críticas que MUÑOZ RUBIO/ GUERRA DE VILLALAZ habían exteriorizado en torno al Anteproyecto y

(40) MUÑOZ R./G. DE VILLALAZ, **Observaciones** cit., pág. 161.

(41) **Idem.**

(42) Cfr: Carlos Enrique MUÑOZ POPE, "Perspectivas futuras del Derecho Penal panameño" en **ADPCP**, Tomo XXXI (1978), pág. 344.

(43) Enrique BACIGALUPO, "El sistema de reacciones penales en las recientes reformas y proyectos latinoamericanos" en **ADCPC/CPC**, 1977, No. 2, págs. 3 y sgts. (especialmente, pág. 22); Juan BUSTOS RAMÍREZ, "Consideraciones respecto a la estructura del delito en "la reforma penal latinoamericana" en **La reforma del Derecho Penal**, Univ. Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1980, págs. 23 y sgts.

que vieron la luz en 1975 (44).

Para integrar la Comisión Revisora fueron designados numerosos especialistas en Derecho Penal, jueces, magistrados, miembros del Ministerio Público, sociólogos, psicólogos, maestros, profesores, abogados, sindicalistas y empresarios.

A pesar de los graves inconvenientes que implica nombrar una amplia comisión, por cuanto que muchos miembros no asistían con regularidad, los mas graves inconvenientes que se presentaron en el desarrollo de la revisión fueron causados por miembros de la judicatura, quienes pretendieron transplantar el viejo Código de 1922 -en ese momento vigente- al nuevo texto en elaboración. Se adujo que era "más adecuado mantener la redacción de las disposiciones del Código Penal vigente- en ese momento por considerar que en la práctica han resultado más efectivas o porque en su redacción resultaban más claros y comprensibles que las presentadas por el Anteproyecto de Código Penal" (45).

En el desarrollo de su labor la Comisión Revisora del Anteproyecto de Código Penal trabajó desde julio de 1976 hasta finales de 1978. Producto de su trabajo es el "Anteproyecto revisado" o Proyecto de 1978 que fue entregado al Órgano Ejecutivo en sesión pública efectuada en junio de 1979 (46).

Durante el tiempo transcurrido desde su entrega formal al Ejecutivo hasta finales del mismo año en que fue remitido al Legislativo, el texto elaborado por la Comisión Revisora sufrió cambios y modificaciones sin que sepamos quién o quiénes son responsables de ellos. No faltaron algunos cambios debido a errores gramaticales, pero fueron advertidos a tiempo para su rectificación.

32. 3 El Anteproyecto revisado (o proyecto de 1978)

Luego que el Ejecutivo remitió al Consejo Nacional de Legislación el texto del Anteproyecto revisado se iniciaron distintas consultas a cargo de la Comisión de Legislación del

(44) Estos autores, en sus **Observaciones**, cit. pág. 161, señalaron la necesidad de hacer una revisión completa del Anteproyecto, "destinada a coordinar y reubicar adecuadamente toda materia".

(45) CEVILLE, "Motivos..." cit., **Actas**, pág. 21.

(46) Al respecto, Carlos Enrique MUÑOZ POPE, "Discurso pronunciado en la entrega de los Anteproyectos de código al Excelentísimo Señor Presidente de la República" **LEX**, Año V, N°.13, Mayo-Agosto de 1979, págs. 10-13.

mismo Consejo Nacional de Legislación, con el objeto de indagar acerca de algunos puntos polémicos que traía el texto sometido al Legislativo.

En gran medida la labor de la Comisión de Legislación se limitó a volver a consultar a los miembros de la Comisión Revisora del Anteproyecto de 1970 y a los integrantes del Órgano Judicial y Ministerio Público.

Con fecha 9 de febrero de 1981 la "Comisión de Legislación" del Consejo Nacional de Legislación envió al Presidente del cuerpo legislativo el informe relativo a el proyecto de Código Penal.

El "Informe" en cuestión señalaba que el texto elaborado en 1970 por el Dr. Arístides ROYO "contiene reformas inspiradas en una orientación al humanismo jurídico y complementadas por disposiciones que pretenden servir de base sustantiva a una recta administración de la justicia penal, con la armonización de fórmulas que propician la discrecionalidad del juez con principios tendientes a mantener la seguridad jurídica".

"Las modificaciones al Proyecto introducidas por la comisión Revisora que inició sus trabajos en 1976 sirven al perfeccionamiento de tales reformas".

"Con base a todos los estudios y consultas realizadas, esta Comisión reconoce la factibilidad jurídica y la necesidad social de adoptar el Proyecto de Código Penal con las modificaciones que la referida Comisión Revisora ha presentado" (47).

El texto del Proyecto fue discutido por el pleno del Consejo Nacional de Legislación y aprobado finalmente en diciembre de 1981.

Por iniciativa del Presidente ROYO una copia del texto aprobado en segundo debate, antes de la sanción presidencial, fue remitido a una Comisión de cinco miembros de la Comisión Revisora, quienes en sesiones de 4 y 19 de enero de 1982 advertimos la existencia de "graves errores técnicos" y algunos otros gramaticales y de otro orden (48).

Esta Comisión redactó una serie de observaciones al texto que se le suministró y el Presidente ROYO en ejercicio de sus facultades constitucionales "objetó" algunas disposiciones

(47) Informe de la "Comisión de Legislación" del Consejo Nacional de Legislación sobre el "Proyecto de Código Penal", dirigido al Presidente del mismo con fecha 9 de febrero de 1981.

(48) La mencionada Comisión estaba integrada por Óscar CEVILLE, Aura GUERRA DE VILLALAZ, Carlos PÉREZ CASTRELLÓN, Campo Elías GONZÁLEZ FERRER y Carlos Enrique MUÑOZ POPE.

de acuerdo con las observaciones formuladas por los especialistas.

De vuelta al pleno del Consejo Nacional de Legislación para ser nuevamente considerado el texto del código en segundo debate fueron corregidas algunas disposiciones defectuosas, pero algunas otras permanecieron iguales en su redacción.

El texto definitivo del Código fue aprobado a mediados de 1982 y posteriormente, en agosto, remitido al Órgano Ejecutivo para su sanción. Mediante Ley 18, de 22 de septiembre de 1982, fue sancionado el nuevo Código y publicado en la Gaceta Oficial de 6 de octubre de 1982 siendo Presidente Ricardo DE LA ESPRIELLA y Ministro de Gobierno y Justicia Justo FIDEL PALACIOS.

Por iniciativa del entonces Vice-Ministro de Gobierno y Justicia, JORGE FEDERICO LEE se ordenó la impresión de una cuidadosa edición del nuevo código, labor que llevó a cabo la antigua Imprenta Nacional. Pocas veces hemos tenido en el país una edición oficial de un texto legal, por lo que es importante destacar este evento, pues a partir de dicha edición se han sucedido numerosas ediciones privadas, muchas de las cuales no están a la altura de la edición oficial original.

§ 33. LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL VIGENTE.

El Código Penal de 1982 ha sufrido numerosas modificaciones en lo que respecta a los delitos en particular, siendo las principales modificaciones el aumento de la pena en materia de delitos contra el honor, delitos contra el patrimonio y delitos contra la salud pública.

Es sintomático que el legislador panameño no tenga claros objetivos de política criminal al respecto, lo que a dado por resultado aumentos de pena que han modificado o alterado la estructura valorativa del Libro Segundo del Código Penal.

Muchas de las modificaciones introducidas han estado dirigidas a señalar penas cuyo mínimo sea de dos o más años de prisión, lo que en plano procesal implica la posibilidad de decretar u ordenar la detención o prisión preventiva del imputado durante el curso del proceso penal, de forma tal que se introduzcan modificaciones al procedimiento para facultar al funcionario competente a utilizar indiscriminadamente la prisión preventiva en cualquier caso.

La reforma de la Ley Penal material, de esta forma, produce una reforma de las instituciones procesales contenidas en la Ley 3 de 1991, que limitó, entre otros aspectos, la posibilidad de ordenar la prisión preventiva a casos en donde la pena mínima sea menor de dos años de prisión.

Las reformas que han modificado el Código Penal de 1982 han afectado su estructura valorativa de forma severa, toda vez que, por ejemplo, se castiga con más severidad el hurto de una cabeza de ganado (30 meses a 4 años de prisión) que el delito de lesiones (1 a 4 años de prisión). De igual forma se castiga con la misma severidad el hurto de ganado con fuerza en las puertas o cercas (4 a 6 años de prisión) que el robo simple (también 4 a 6 años de prisión). Es inaceptable que el hurto de vehículos en el que intervienen dos o más personas (5 a 10 años de prisión) tenga más pena que el robo a mano armada (5 a 7 años de prisión).

Como se puede observar, se trata de reformas que endurecen las penas del Código, sin ningún criterio definido ni cierto de política criminal, aspecto que ha estado ausente de todo intento de reforma del mismo hasta el presente.

La reciente incorporación del delito de terrorismo, por medio de la Ley 50 de 2003, introdujo al Código Penal algunas figuras delictivas relacionadas con actividades terroristas dejando de lado otras figuras punibles que debieron incorporarse en ese momento, al tenor de lo ordenado por el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas luego de los atentados del 11 de septiembre de 2001 en Nueva York.

Es lamentable, sin embargo, que con ocasión de la ley antes mencionada, se haya introducido un delito relacionado con actividades ajenas por completo al terrorismo y que guarda relación con atentados contra el orden público no previstos en el Código Penal vigente, toda vez que los mismos configuran conductas que en alguna medida limitan los derechos fundamentales de expresión, reunión y manifestación.

No en vano la incorporación de tal delito motivó la interposición de una demanda de inconstitucionalidad contra dicho artículo de la Ley 50 de 2003, por lo que es de esperar que la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de su facultad constitucional de guardar la integridad de la Constitución Política vigente, declare la inconstitucionalidad de dicho delito, tal como fue solicitado por la Procuradora de la Administración al contestar el preceptivo traslado de la demanda en cuestión, interpuesta en su momento por el colega Silvio Guerra Morales.

§ 34. LA EVENTUAL SUSTITUCIÓN DEL CÓDIGO PENAL VIGENTE

Las numerosas reformas introducidas al Código Penal de 1982 aconsejan su sustitución por uno nuevo, de modo que una nueva legislación rija el nuevo siglo. Los intentos de reemplazar el Código vigente surgen en 1992 cuando el legislador JOSÉ ANTONIO SOSSA RODRÍGUEZ presenta ante la Asamblea Legislativa el anteproyecto de ley que crea dos Comisiones Codificadoras para la elaboración de un nuevo Código Penal y un auténtico Código Procesal Penal.

El anteproyecto en cuestión logró convertirse en ley de la República por medio de la Ley 21, de 10 de diciembre, de 1993 (Gaceta Oficial No. 22.432, de 14 de diciembre de 1993) que creó las dos comisiones codificadoras antes mencionadas para reemplazar el Código Penal vigente por uno nuevo (Comisión Penal) y la adopción de un primer Código de Procedimiento Penal (Comisión Procesal Penal).

La referida ley dispuso que en la elaboración del anteproyecto de Código Penal, cuya redacción quedó a cargo de los penalistas J. J. CEBALLOS, ANA BELFON y LUIS CARLOS CABEZAS, se tengan en cuenta los siguientes principios básicos:

- 1. La revisión de las penas de los delitos previstos en el actual Código Penal;*
- 2. La proscripción de las penas de expatriación, confiscación de bienes, torturas, tratos crueles e inhumanos;*
- 3. La tipificación de las conductas ilícitas relacionadas con los delitos ecológicos;*
- 4. La despenalización, atendiendo al delito y al daño causado;*
- 5. La utilización, preferentemente, de penas pecuniarias en sustitución de penas cortas privativas de la libertad;*
- 6. La tipificación de los delitos contra los derechos humanos en armonía con los tratados internacionales;*
- 7. La garantía de los derechos del imputado en el Proceso Penal;*
- 8. La tutela penal de la Seguridad Social, erigida como bien jurídico entre los delitos contra*

la Administración Pública.

La reforma en proceso de elaboración, sin embargo, no tiene una orientación definida y concreta a pesar de los principios básicos antes transcritos y la adopción de un nuevo Código Penal no es suficiente para restablecer la credibilidad perdida en el sistema de justicia penal. Lleva razón, por tanto, GILL cuando advierte que "aún no podemos señalar que los cambios que se proponen son los que requiere la opinión pública, o mejor aun, que demandan o reclaman los nacionales" (49).

El texto completo del anteproyecto de Código Penal fue publicado en varios diarios de la localidad y luego fue objeto de consulta conjunta con el anteproyecto de Código procesal penal, cuya Comisión redactora tuvo el honor de presidir, produciéndose un documento final que fue entregado al Órgano Ejecutivo en su oportunidad.

Al recibir los textos de los anteproyectos, el Órgano Ejecutivo designó una nueva Comisión, ahora integrada por dos funcionarios pertenecientes al Órgano Judicial, dos al servicio del Ministerio Público, dos representantes del Órgano Ejecutivo y dos representantes del Colegio Nacional de Abogados, quienes en un plazo no mayor de cuatro meses, que ya vencieron en diciembre de 1998, deberían rendir un informe sobre los documentos elaborados por ambas Comisiones.

La citada comisión estuvo integrada así: Fabián ECHÉVERS y Carlos CUESTAS, por el Órgano Judicial; José María Castillo y Geomara Guerra de Jones, por el Ministerio Público; Aida JURADO y Aura GUERRA de VILLALAZ, por el Colegio de Abogados y Álvaro VISUETTI y Ricardo RANGEL por el Órgano Ejecutivo.

El hecho de que ECHÉVERS, CUESTAS, JURADO, VILLALAZ y RANGEL sean profesores universitarios alentó una frustrada esperanza en el sentido de que los textos en cuestión significarían un avance en nuestra legislación respecto de los códigos actuales, aunque no debe dejarse de mencionar los intentos de algunos de mantener en los nuevos documentos la letra y el espíritu de los principios que rigen el caduco y obsoleto proceso penal que actualmente está vigente en el Código Judicial de 1987.

El trabajo de esta nueva comisión ya está concluido y en marzo de 1999 se entregó el

(49) GILL, pág. 48.

resultado de su labor. Nadie sabe, en estos momentos, el futuro de dichos anteproyectos y sería muy aventurado adelantar un pronóstico sobre los mismos.

Quizás más importante por el momento sea, a nuestro juicio, publicar el texto final de la revisión del anteproyecto de 1997 y los criterios que usaron los miembros de la Comisión Revisora para arribar al texto final que han entregado al Organo Ejecutivo.

Antes de entregar esta obra al editor hemos tenido conocimiento de la presentación de los anteproyectos de código penal y código procesal penal a todos los miembros del Gabinete del Presidente Pérez Balladares para que opinen sobre el mismo y se estudie la incidencia económica que ambos tendrán en el Presupuesto de la Nación para la próxima vigencia fiscal.

Los textos no fueron, sin embargo, aprobados por el Consejo de Gabinete y no fueron remitidos a la Asamblea Nacional para su eventual consideración. Parece que en la discusión del texto del anteproyecto de Código Penal un Ministro consideró inconveniente la inclusión de la figura delictiva del enriquecimiento ilícito, pues **temía** que la nueva legislación se le aplicara a quienes estaban por dejar el cargo en las postrimerías del gobierno que concluía el 31 de agosto de 1999.

Parece que ellos no sabían que la figura delictiva en cuestión ya existe en nuestro ordenamiento penal desde el momento en que entró en vigencia el Código Penal que hoy nos rige y que consagra algunas de esas modalidades delictivas en el artículo 335 vigente.

§ 35. LA LEGISLACIÓN APLICABLE AL ÁREA DEL CANAL DE PANAMÁ

35. 1 Antecedentes

El día 18 de noviembre de 1903, a escasos quince días del nacimiento de la República de Panamá como Estado independiente, las autoridades norteamericanas y el Embajador panameño en la ciudad de Washington celebraron el Tratado del Canal de Panamá, también conocido como "Tratado Hay-Bunau Varilla: o "Convención del Canal Ístmico", por medio del cual se le concedió a los Estados Unidos de América ciertos derechos sobre una parte del territorio panameño a fin de concluir la construcción del Canal que a finales del siglo diecinueve habían

comenzado a construir los franceses (50) .

Mediante una interpretación muy particular del contenido del tratado en cuestión, las autoridades norteamericanas ejercieron absoluto control del área puesta a su disposición, denominada "Zona del Canal", hasta que el 1º de Octubre de 1979 entró en vigencia el nuevo Tratado firmado el 7 de septiembre de 1977, llamado "Tratado del canal de Panamá" o "Tratado Torrijos-Carter" (51).

A partir de la ratificación y entrada en vigencia del Tratado de 1903, hecho ocurrido el 26 de febrero de 1904, una legislación especial rigió en la Zona del Canal hasta que nuestro país recuperó, casi en su totalidad, la jurisdicción sobre dicha parte del territorio nacional (52).

Es nuestra intención exponer brevemente cuál fue el contenido de la legislación penal aplicable durante el período comprendido entre 1904 y 1979 (Zona del Canal bajo control exclusivo de los Estados Unidos de América) y la situación legal a partir de la entrada en vigencia del Tratado del Canal de 1977 (1 de octubre de 1979).

35. 2 *La legislación aplicable a la "Zona del Canal" (1904 - 1979)*

Durante el período comprendido entre 1904 y 1979 la legislación que rigió en la Zona del Canal emanó de diversas autoridades norteamericanas.

En efecto, las primeras disposiciones penales vigentes en la Zona del Canal fueron las que emanaron de la denominada *Isthmian Canal Commission*, organismo colegiado creado por el Gobierno de los Estados Unidos e integrada exclusivamente por ciudadanos norteamericanos, que estaba encargada de dictar las directrices generales sobre la administración y el funcionamiento del Canal.

(50) Aunque los trabajos del Canal se comenzaron en 1880, según SOSA y ARCE, **Compendio de Historia de Panamá**, Editorial Universitaria, Panamá, 1977, pág. 288) "los ingenieros franceses venidos al Istmo en 1881 y 1882, se limitaron a estudios, exploraciones y otros preliminares de la obra del Canal, de modo hasta 1888 no se principió formalmente la excavación".

(51) Véase: Carlos Enrique MUÑOZ POPE y Campo Elías GONZÁLEZ FERRER, **La detención preventiva en el Tratado Torrijos-Carter**, Publicación del Departamento de Ciencias Penales, Universidad de Panamá, 1979; los mismos, **La jurisdicción penal en el Tratado - Torrijos-Carter**, Publ. de Autoridad del Canal de Panamá, Panamá, 1979; Carlos Enrique MUÑOZ POPE, **La Codificación penal en Panamá**, cit. págs. 310-354.

(52) Los Tratados del Canal de 1977 entraron en vigencia el 1º de octubre de 1979, tal como fue ordenado por el Senado de los Estados Unidos al ratificarlos.

En materia criminal deben señalarse las ordenanzas adoptadas por la Comisión del Canal Ístmico mediante las Acts número 3 y 4 de 22 de agosto de 1904, en las que se dictan algunas disposiciones de carácter penal (53).

Posteriormente la misma Comisión dictó la Act número 14, de 2 de septiembre de 1904, por medio de la cual se aprobó el *Penal Code for the Canal Zone*, siendo este el primer cuerpo orgánico de disposiciones penales que rigió en la Zona del Canal (54). La fuente principal del Código en cuestión fue el *Penal Code of California* (55), por lo que durante la vigencia de aquél, la jurisprudencia de los tribunales de California sirvió de base para la interpretación del mismo.

El *Penal Code* de 1904 fue objeto de diversas modificaciones y complementado en varias ocasiones. Fue objeto de reformas a través de algunas *Acts of the Isthmian Canal Commission*, *Executives Orders* y una gran cantidad de *Acts of Congress* (56).

A partir de 1933, mediante *Act of Congress* de 21 de febrero, se cambió la denominación del Código que en lo sucesivo se llamó *Criminal Code of the Canal Zone* (57). Este *Criminal Code* tuvo, sin embargo, una efímera existencia, ya en 1934 se aprobó una nueva legislación para toda la Zona del Canal, el *Canal Zone Code* de 1934, en la que se comprendió en un solo cuerpo legal toda legislación básica y fundamental que regía en la Zona del Canal (58).

De esta manera, al menos, formalmente desapareció el *Criminal Code for the Canal Zone*, ya que de hecho sus disposiciones pasaron a integrar un Título completo del nuevo cuerpo legal (59). Fue así como el *Canal Zone Code* de 1934 absorbió el *Criminal Code* anterior en su Título 5, que contenía todas las disposiciones referentes a "crimes", es decir, infracciones penales en general.

La vigencia del *Canal Zone Code* de 1934 se extendió hasta que entró a regir el Canal

(53) **Canal Zone Code** (1963), Volumen 2, pág. 349. En adelante C. Z. C.

(54) **C. Z. C.**, Vol. 2, pág. 349.

(55) Ricardo LEVENE y Eugenio Raúl ZAFFARONI (**Códigos penales latinoamericanos**, La Ley, Tomo I, Buenos Aires, 1978), sostiene que el "Código de California, uno de los pocos que existen en Estados Unidos, en realidad no era tal, sino una recopilación de leyes penales y penitenciarias, con agregados y algunas enmiendas. Rige en él principio de la expiación, sobre el casuismo y falta la sistemática" (pág. 17).

(56) **C. Z. C.**, Vol. 2, pág. 349.

(57) **C. Z. C.**, Vol. 2, pág. 349.

(58) **C. Z. C.**, Vol. 1, pág. XX; Vol. 2, págs. 349 y 353.

(59) Antes de estos, por tanto, existían por separado el I Código criminal y el Código de procedimiento.

Zone Code de 1963, aprobado en octubre de 1962 y vigente desde el día 2 de enero de 1963 (60).

La nueva codificación para la Zona del Canal vigente desde 1963 procedió del anterior código luego de su revisión y actualización. Constituye este nuevo *Canal Zone Code* la revisión del *Canal Zone Code* de 1934, al que se le hicieron las modificaciones que se estimaron necesarias. En esencia la materia penal no fue objeto de modificaciones substanciales.

A diferencia del *Canal Zone Code* de 1934, que dedicaba el Título 5 a la materia penal y el Título 6, al procedimiento penal, el texto de 1963 abarcó en un solo Título, el 6 todas las disposiciones relacionadas con la materia criminal (sustantiva y adjetiva).

En el *Canal Zone Code* de 1963 las disposiciones penales sustantivas, adjetivas y de ejecución penal estaban contenidas en el Título 6 sobre crimes and criminal procedure: las disposiciones penales referentes a crimes estaban contenidas en el Título 6, Parte I; las normas procesales estaban ubicadas en el Título 6, Parte 2 que se denominaba criminal procedure y la regulación de los aspectos fundamentales de la ejecución penal estaba en el Título 6, Parte 3 bajo el epígrafe *prisons and prisoners*.

Por lo que respecta al contenido del mismo código podemos señalar que a propósito de las infracciones penales (crimes) establece dos categorías distintas, según su gravedad: las infracciones penales consideradas como graves, llamadas felonies, y las infracciones consideradas como leves llamadas misde-meanors, y que podemos traducir como delitos y faltas respectivamente (61).

En torno a la distinción antes señalada giraba en el *Canal Zone Code* de 1963 todo el sistema de sanciones penales. Las penas que el código contenía eran las siguientes: muerte, prisión, multa, destitución del cargo e inhabilitación para tener y disfrutar cargos honoríficos, fideicomiso o beneficios ⁶². Para sancionar infracciones que constituían felonies el código consagraba las siguientes penas: muerte, prisión por más de un año o por el resto de la vida, multa o estas últimas en forma alternativa; para sancionar infracciones que constituían misdemeanors estaban previstas multas menores de 100 dólares o prisión de hasta 30 días o

(60) C. Z. C., Vol. 1, pág. 1.

(61) C. Z. C., Título 6, Parte 1, Capítulo 1, Sección 21.

(62) C. Z. C., Título 6, Parte 1, Capítulo 1, Sección 23.

ambas.

35.3 La legislación aplicable al "Área del Canal"

A partir del 1 de octubre de 1979, fecha en que entraron en vigencia los Tratados del Canal de Panamá de 1977, a la República de Panamá le corresponde ejercer función jurisdiccional en casi todo el territorio que antes se denominó "Zona del Canal".

Tal facultad, ejercida conjuntamente con los Estados Unidos durante los primeros treinta meses de vigencia de los nuevos tratados, supone por parte de Panamá la recuperación de su soberanía en el territorio que antes estaba excluido de la jurisdicción nacional.

Nuestro país solamente no ejerce su jurisdicción cuando los hechos delictivos son cometidos por ciudadanos norteamericanos miembros de la Comisión del Canal, miembros de las fuerzas armadas norteamericanas, del componente civil de las mismas y todos sus dependientes y familiares, siempre que se trate de un delito cometido durante los primeros treinta meses de vigencia de los acuerdos (período de transición), dentro de las áreas e instalaciones puestas por Panamá a disposiciones de los Estados Unidos y cuando se trata de un delito cometido antes de los Tratados.

De acuerdo con los tratados, existen dos regímenes jurídicos que se aplican según la clase de sujeto: según que sean civiles al servicio de la Comisión del Canal o militares miembros de las fuerzas.

Estos tratados contienen una amplia regulación de cuestiones netamente penales y procesales que en esta ocasión no podemos exponer, pero nos remitimos a anteriores trabajos realizados al respecto (63).

(63) Al respecto, confróntese los trabajos mencionados en la cita 2 de este Capítulo.

PARTE SEGUNDA
TEORÍA DE LA LEY PENAL

Capítulo IX

LA NORMA PENAL (ESTRUCTURA Y DESTINATARIOS)

§ 36. DETERMINACIONES PREVIAS

Las normas jurídicas se manifiestan generalmente como proposiciones, entendiendo por tales, como bien anota OCTAVIO, "secuencia de palabras dotadas de significado" ⁽¹⁾.

LARENZ -que en forma magistral se ha ocupado de esta cuestión- señala que las normas de derecho adoptan la expresión "lingüística" de una proposición, de "proposición jurídica"⁽²⁾. Y es que la norma jurídica se manifiesta siempre como una "proposición normativa", ya que formula una regla de conducta que debe ser observada por todas las personas y unida a esta proposición va otra en caso de inobservancia de la anterior.⁽³⁾

De esta manera, en toda norma jurídico-penal generalmente encontramos dos proposiciones sucesivas e íntimamente relacionadas entre sí ⁽⁴⁾. Excepcionalmente, sin embargo, existen normas jurídicas que carecen de una de dichas proposiciones normativas: en estos casos podemos estar en presencia de normas penales incompletas⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ Emilio OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, **Sobre el concepto del derecho penal**, Universidad Complutense, Madrid, 1981, pág. 72.

⁽²⁾ Karl LARENZ, **Metodología de la ciencia del derecho**, trad. castellana de M. Rodríguez, 2ª ed. (de la 4ª. ed. alemana), Ediciones Ariel, Barcelona, 1980, pág. 242.

⁽³⁾ COBO/VIVES, I, págs. 36-37

⁽⁴⁾ LARENZ, Ob. cit., pág. 243.

⁽⁵⁾ MUÑOZ CONDE, **Introducción**, pág. 15.

§ 37. LA ESTRUCTURA LÓGICA DE LA NORMA PENAL

La norma jurídica-penal, al igual que toda norma jurídica, consta de dos partes, estrechamente vinculadas entre sí.

La primera parte es aquella que contiene la descripción del comportamiento que se prohíbe u ordena ⁽⁶⁾, que usualmente recibe el nombre de "supuesto de hecho" ⁽⁷⁾ o "precepto"⁽⁸⁾, mientras que la segunda parte es la que individualiza la "consecuencia jurídica"⁹ o sanción ¹⁰ en que se incurre por desconocer el comportamiento descrito.

Lleva razón, en consecuencia, JESCHECK cuando señala que lo "específico de las proposiciones jurídico penales es que su supuesto de hecho tiene por objeto la descripción de un delito y sus consecuencias jurídicas son penas o medidas"⁽¹¹⁾ ⁽¹²⁾.

En la doctrina penal también es utilizada, en ocasiones, otra terminología para referirse tanto al supuesto o precepto como a la consecuencia o sanción. En efecto, por ejemplo, para aludir a la primera parte de la norma algunos autores utilizan los términos "presupuestos" ⁽¹³⁾ "tipo"⁽¹⁴⁾ y "*praeceptum legis*" ⁽¹⁵⁾, mientras que como sinónimo de consecuencia o sanción se utilizan los términos "consecuencia imperativa" ⁽¹⁶⁾, "punibilidad" ⁽¹⁷⁾ y "*sanctio legis*"⁽¹⁸⁾ .

De lo anteriormente expuesto cabe deducir que tanto el supuesto de hecho como su consecuencia jurídica van generalmente unidos uno tras otro, de modo que en un solo artículo

⁽⁶⁾ Los comportamientos prohibidos son de no hacer (comisión) mientras que los mandatos ordenados son de hacer algo (omisión). Sobre estos conceptos volveremos al tratar de la "acción".

⁽⁷⁾ LARENZ, pág. 243. En este mismo sentido, MUÑOZ CONDE, **Introducción**, pág.14.

⁽⁸⁾ RANIERI, I, pág. 38. En este sentido: TERÁN LOMAS, I, pág. 129; COUSIÑO, pág. 84.

⁽⁹⁾ LARENZ cit., pág. 244. En este sentido, MUÑOZ CONDE, **Introducción**, pág. 14.

⁽¹⁰⁾ RANIERI, I, págs. 38 - 39. Así también: TERÁN LOMAS, I, pág. 129; COUSIÑO I, pág. 84.

⁽¹¹⁾ JESCHECK, pág. 42.

⁽¹²⁾ No debemos perder de vista que en ocasiones el presupuesto no siempre es un delito, ya que algunas veces puede ser un "supuesto de peligrosidad" (o "estado peligroso").

⁽¹³⁾ RODRÍGUEZ DEVESA, pág. 185.

⁽¹⁴⁾ MUÑOZ/VILLALAZ, pág. 116.

⁽¹⁵⁾ Según MUÑOZ/VILLALAZ en nuestra ciencia el precepto debe denominarse "tipo" (pág. 116).

⁽¹⁶⁾ RODRÍGUEZ DEVESA, pág. 185.

⁽¹⁷⁾ MUÑOZ/VILLALAZ, pág. 116.

⁽¹⁸⁾ MUÑOZ/VILLALAZ, sostienen que la sanción, como parte de toda norma jurídica, debe denominarse en **Derecho Penal** "punibilidad" (pág. 116).

está la norma penal descrita en su totalidad. Pero, no siempre ello ocurre así.

En ocasiones, sin embargo, el "supuesto de hecho" no va junto a su "consecuencia jurídica", y sin embargo, todavía estamos en presencia de una norma penal completa. Es lo que sucede algunas veces cuando el legislador ubica una parte de la norma en un determinado artículo del Código Penal y otra parte en otro artículo. Ello obedece a diversas razones, fundamentalmente, de orden técnico (técnica legislativa) o de interpretación. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, en los artículos 243 y 244 del Código Penal en los que sucesivamente en dos artículos distintos se encuentran el supuestos de hecho y la consecuencia del mismo.

En otros casos, muy excepcionales por cierto, una parte de la norma - generalmente el supuesto de hecho- no está descrito por el legislador en la ley penal, sino que hay que acudir a otras normas de diverso rango para integrar la norma de su totalidad. En estos casos nos encontramos ante supuesto de normas penales en blanco de las que nos ocuparemos posteriormente.

La situación normal es que tanto el precepto como su sanción vayan juntas en un mismo artículo de la ley penal. La norma penal completa es la regla general ya que la técnica legislativa así lo requiere en beneficio de todos los destinatarios de la misma norma.

Luego de la anterior exposición no cabe duda que entendemos como sinónimo "norma" y "ley" penal, por lo que debe tenerse presente que no todos los autores utilizan estos conceptos como equivalentes, acogiendo la vieja distinción de BINDING y M. E. MAYER entre norma y ley. ⁽¹⁹⁾

§ 38. LAS NORMAS PENALES EN BLANCO

En la doctrina penal moderna, el problema de las llamadas "normas penales en blanco" es un tema conflictivo, en el que los autores plantean diversas soluciones prácticamente contrapuestas entre sí.

Para un sector de la doctrina ley o norma penal en blanco "aquella cuyo supuesto de hecho viene consignado en una norma de carácter no penal" ⁽²⁰⁾.

Los distintos supuestos en los que algún autor ha creído estar en presencia de normas o leyes

⁽¹⁹⁾ Sobre la teoría de las normas de BINDING véase la obra de Armin KAUFFMAN, **Teoría de las normas**, Depalma, Buenos Aires, 1977, que constituye la exposición más detallada sobre el particular en aquel autor. Sobre el particular, véanse las amplias e importantes referencias en CEREZO, I, pág. 15 y GARCÍA-PABLOS, págs. 165-171.

⁽²⁰⁾ MUÑOZ CONDE, **Introducción**, pág. 18.

penales en blanco podemos exponerlos, al igual que MUÑOZ/VILLALAZ ⁽²¹⁾, de la siguiente forma:

- a) Cuando el complemento de la ley penal en blanco se halla contenido en la misma ley;
- b) Cuando el complemento de la ley penal en blanco se halla contenido en otra ley de la misma instancia legislativa;
- c) Cuando el complemento de la ley penal en blanco se halla atribuido a una autoridad distinta de la facultada para legislar.

A propósito del primer caso, estimamos que no cabe duda alguna de que estamos en presencia de un problema, intrascendente e insignificante, de defectuosa técnica legislativa, que no debemos confundir "con aquellas normas penales completas en las que supuesto de hecho y consecuencia jurídica vienen consignados en distintos artículos del Código" ⁽²²⁾.

Sobre el segundo supuesto, cabe consignar que la remisión a otra norma jurídica del mismo rango de la ley penal ha llevado a ciertos autores a señalar que en casos como este no estamos en presencia de leyes penales en blanco⁽²³⁾, mientras que otros no dejan de replicar que en estos casos estamos en presencia de supuestos "impropios" de leyes penales en blanco⁽²⁴⁾.

En cuanto al último caso, que fue el que sirvió para formulación de la teoría de las leyes penales en blanco por BINDING y que es aceptado como ejemplo por muchos autores ⁽²⁵⁾, algunos autores objetan que a través de normas jurídicas de inferior rango y jerarquía se complemente la ley penal, ya que sólo la ley formal puede establecer el supuesto de hecho y su respectiva consecuencia jurídica ⁽²⁶⁾.

En nuestra opinión sólo es ley o norma penal en blanco la consagrada en el tercer supuesto.

⁽²¹⁾ MUÑOZ/VILLALAZ, págs. 117 - 118; de manera similar: SUASO, pág.76

⁽²²⁾ MUÑOZ CONDE, **Introducción**, pág.18

⁽²³⁾ STAMPA BRAUN, **Introducción**, págs. 32 - 33.

⁽²⁴⁾ JIMÉNEZ DE ASÚA, II, pág. 353.

⁽²⁵⁾ MUÑOZ/VILLALAZ, pág. 118; STAMPA BRAUN, **Introducción**, pág. 33; RODRÍGUEZ MOURULLO, I, págs. 87-90.

⁽²⁶⁾ OCTAVIO considera que este supuesto es "constitucionalmente inaceptable" en el ordenamiento español, por las consecuencias que implica integrar la ley penal con reglamentos o normas de inferior jerarquía a la ley emanada del parlamento y de acuerdo con el procedimiento establecido por la Constitución española (págs. 182-183).

Estimamos que nada obsta para que el legislador, al momento de crear la norma penal remita para alguna parte del precepto, o su totalidad, a lo previsto en otras normas de inferior jerarquía emanadas de diversas autoridades.

Lo que ocurre en este supuesto, es que el legislador evita incorporar al supuesto de hecho el presupuesto o precepto contenido en otra norma de inferior jerarquía, pero ello no equivale a permitir que autoridades que no sean las que legislen determinen el contenido exacto del supuesto de hecho, pues es el propio legislador quien recurre a este mecanismo, en ocasiones por razones de política criminal, de técnica legislativa, etc.

Cuando en estos casos un "reglamento" integra la norma (o ley) penal, no hace otra cosa que adquirir por mandato del legislador el carácter de parte integrante del supuesto hecho.

El peligro radica en el hecho innegable que los "reglamentos" se modifican sin mayores requisitos formales, cosa que no ocurre con la "ley formal" y de esta forma se puede poner en peligro el principio de seguridad y certeza jurídica que en materia de delitos y sanciones penales se consagran en beneficio de la colectividad.

§ 39. LAS NORMAS PENALES INCOMPLETAS

La doctrina penal contemporánea entiende que las normas penales incompletas no son equivalentes a las normas penales en blanco.

En este caso, advierten, se trata de normas que "completan o aclaran el supuesto de hecho o la consecuencia jurídica descritos en otro lugar"⁽²⁷⁾.

LARENZ clasifica las normas incompletas en aclaratorias ("aquellas que, o bien delimitan, más concretamente un concepto o tipo empleados en otras normas jurídicas" o bien especifican o completan el contenido de un término utilizado en su significado general con respecto a distintas configuraciones del caso"); restrictivas (normas que restringen el supuesto de hecho otro concebido tan ampliamente que según parece abarca hechos para los cuales no estaba

⁽²⁷⁾ MUÑOZ CONDE, **Introducción**, pág. 15.

concebido); remisivas ("norma jurídica que en su supuesto hecho remite a otra")⁽²⁸⁾.

Ante casos como estos, corresponde al intérprete integrar las partes de la norma penal a fin de evitar los problemas a los que el "difícil" arte de legislar nos conduce en ocasiones. No en vano RODRÍGUEZ MOURULLO advierte que en "estos casos y otros similares el intérprete debe recomponer la norma, investigando donde se encuentran sus dos elementos esenciales y procediendo, finalmente, a su armónica integración"⁽²⁹⁾.

Recientemente advierte GARCÍA-PABLOS que la "La doctrina, al estudiar las denominadas leyes incompletas, se ha fijado, fundamentalmente, en los preceptos de la Parte General por ser éstos los que responden con mayor evidencia a la finalidad de "completar" o "aclarar" el presupuesto o la consecuencia de las demás proposiciones jurídicas, misiones asignadas a los preceptos "incompletos"⁽³⁰⁾.

§ 40. LOS DESTINARIOS DE LAS NORMAS PENALES

Se discute si las normas penales están dirigidas exclusivamente a los asociados o a los organismos públicos encargados de administrar justicia.

La polémica, en sí, carece de valor práctico tal como han puesto de relieve RODRÍGUEZ MOURULLO⁽³¹⁾ y en nuestro medio MUÑOZ/ VILLALAZ⁽³²⁾.

Sin duda las normas penales que establecen delitos y penas se dirigen en primer término a los sujetos de derecho, quienes deben observar el comportamiento prohibido u ordenado por el supuesto del hecho, por lo que en segundo término se dirigen a los encargados de administrar justicia cuando no se respeta el contenido del supuesto y la consecuencia jurídica cobra vigencia.

El problema, sin embargo, no parece igual cuando estamos en presencia de supuestos de hecho que consagran estados de peligrosidad, en los que la consecuencia jurídica es una medida de carácter penal (seguridad o corrección).

⁽²⁸⁾ LARENZ, págs. 249-254, También VELÁSQUEZ, págs. 92-93.

⁽²⁹⁾ RODRÍGUEZ MOURULLO, I, pág. 89. En este mismo sentido ya se había pronunciado antes STAMPA BRAUN, **Introducción**, pág. 29.

⁽³⁰⁾ GARCÍA-PABLOS, pág. 172.

⁽³¹⁾ RODRÍGUEZ MOURULLO, I, pág. 84.

Para estos casos, se advierte que las normas están dirigidas exclusivamente a las autoridades que administran justicia, puesto -ciertamente- los sujetos "peligrosos" no son capaces de sentir la intimidación de la sanción. De este modo, la norma que consagra estados de peligrosidad no va dirigida a personas "incapaces", ya que ello no conduce a nada.

Lleva razón, por tanto, OCTAVIO cuando señala que "no hay inconveniente para afirmar que las -normas- establecedoras de penas tienen como destinatarios al ciudadano y al juez, en tanto que las previsoras de medidas de seguridad tienen sólo al juez como destinatario"⁽³³⁾.

⁽³²⁾ MUÑOZ/VILLALAZ, pág. 18.

⁽³³⁾ OCTAVIO, pág.101.

Capítulo X

LAS FUENTES DEL DERECHO PENAL

§ 41. CONCEPTO Y DISTINCIONES

La doctrina moderna ha puesto de manifiesto que los autores utilizan el término "fuentes" en diversos sentidos. Sea que se refieran al origen del Derecho o a los medios o formas de manifestación del mismo, nos encontramos con las llamadas "fuentes de producción" y las "fuentes de conocimiento".⁽¹⁾

Aquellas aluden al poder del Estado de dictar normas jurídicas; estas, por el contrario, se refieren a los mecanismos internos que en cada legislación deben cumplirse para que el Derecho sea creado.

Algunos autores utilizan, en cambio, los términos "fuentes directas" y "fuentes indirectas", según que tal o cual fuente sea creadora de Derecho por sí misma o no. ⁽²⁾

⁽¹⁾ RODRÍGUEZ DEVESA, pág. 165, advierte, con toda razón, que la expresión "fuentes de conocimiento" se utiliza también "para designar las fuentes de información sobre el Derecho positivo y la significación y alcance de las normas".

⁽²⁾ SANTORO, I, pág. 95

El examen de las fuentes del Derecho Penal, sin embargo, no debe efectuarse sin tener presente que la "doctrina de las fuentes del Derecho Penal descansa en la teoría general de las fuentes del Derecho" ⁽³⁾ como norma jurídica que se rige por los mismos principios rectores que gobiernan la teoría de las fuentes de el Derecho, salvo las modificaciones que en beneficio del sujeto las leyes penales especialmente consagran.⁽⁴⁾

Las limitaciones específicas que a la teoría de las fuentes del Derecho se le anteponen en el Derecho Penal permiten destacar que la ley penal, es decir, la ley emanada del Órgano Legislativo mediante el procedimiento que para tal efecto consagra la Constitución, es la única fuente inmediata y directa de hechos punibles y sanciones.⁽⁵⁾

No obstante lo antes señalado, es preciso reconocer que la analogía, en algunos casos es fuente de derecho en el Derecho Penal panameño⁽⁶⁾, pero no de hechos punibles ni de sanciones penales.

Luego de estas consideraciones podemos concluir con que la ley formal es la única fuente de derecho en el Derecho Penal capaz de establecer hechos delictivos y señalarles sanción, aunque otras fuentes tienen también la capacidad de ser creadoras de Derecho Penal.

§ 42. LA LEY PENAL

42.1 Concepto

La ley penal es una norma jurídica de carácter general producida de acuerdo con el procedimiento que señala la Constitución y emanada de quien tiene la facultad de legislar.

⁽³⁾ RODRIGUEZ DEVESA, pág. 165.

⁽⁴⁾ STAMPA BRAUN llama la atención al hecho de que en "el derecho penal la teoría de las fuentes posee especiales características, las cuales en ciertas ocasiones, han querido ser erróneamente desdibujadas por los partidarios de reservar la teoría que nos ocupa, igual que la relativa al método, a una teoría general del derecho, aplicable a todas las ramas del mismo" (**Introducción**, pág. 172).

⁽⁵⁾ SAINZ CANTERO, pág. 321, señala que las "peculiaridades que en materia de Derecho Penal presenta la teoría de las fuentes encuentra su **razón y fundamento** en la especial severidad de las sanciones que el Derecho Penal administra y en la importancia de los bienes jurídicos a que afectan las disposiciones penales (vida, libertad, honor, etc.) lo que hace que sea exigible, de modo más cuidadoso e intenso que en otras ramas del Derecho, las garantías que para el destinatario de las normas suponen la **certeza y seguridad jurídica**".

⁽⁶⁾ En nuestro ordenamiento penal vigente la analogía, sin embargo, es fuente de derecho penal, como tendremos oportunidad de comprobar más adelante (Cfr. Cap. XII).

En nuestro medio "Ley" es la disposición jurídica que emana de la Asamblea Legislativa, luego de ser discutida y aprobada en distintos debates y finalmente sancionada y promulgada por el Presidente de la República y el respectivo Ministro de Estado.

La cualidad fundamental de la Ley es que sólo ella puede establecer hechos punibles (delitos o estados peligrosos) y prever las correspondientes sanciones (sean penas o medidas de seguridad).

Como consecuencia de lo antes expuesto, es preciso destacar que sólo la Ley puede establecer los tipos penales y su correspondiente sanción. El principio de legalidad de los delitos y las penas es una consecuencia directa e inmediata de tal situación, de la misma forma que no pueden imponerse medidas de seguridad que no hayan sido establecidas previamente en la propia Ley Penal.

Finalmente, para concluir este apartado, es necesario señalar que en nuestro medio también tiene el carácter de "Ley" los Decretos de Gabinete dictados durante el período comprendido entre 1968 y 1972 y algunos "Decretos Legislativos" aprobados con anterioridad a la Constitución de 1946, aunque la mayoría de ellos, en materia penal, están hoy día derogados.

42. 2 *El principio de legalidad*

42. 2. 1 *Contenido y significación*

De acuerdo con este principio, nadie puede ser sancionado por un hecho si éste no está previsto como punible por medio de una Ley antes de la realización del mismo ni sometido a sanciones distintas de las previstas con anterioridad por la propia Ley. Estamos en presencia de un principio de tal trascendencia y connotación que, en la actualidad, el mismo se ha convertido en un verdadero derecho fundamental en favor del ciudadano al tiempo que constituye una exigencia básica del Estado de Derecho como bien ha apuesto de relieve JAEN muy recientemente ⁽⁷⁾

Tradicionalmente el principio es conocido con el aforismo latino *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Contra de las apariencias, su origen no es romano pues su formulación se la debemos a FEUERBACH, autor alemán del siglo pasado, que en su obra *Lehrbuch des gemeinen in*

⁽⁷⁾ Jaén, Los principios superiores cit., pág. 13.

Deutschland gültigen peinlichen Rechts (Giessen, 1801) puso de relieve, entre otros aspectos, la necesidad de una ley previa para imponer una pena ⁽⁸⁾.

La importancia capital del principio ha dado por resultado que el mismo tenga en nuestro medio, al igual que en otros numerosos países, rango constitucional.

La doctrina penal moderna destaca diversas consecuencias de este principio en relación con las garantías individuales y en relación con la técnica de elaboración de las leyes penales.⁽⁹⁾

Así por ejemplo, con relación a la teoría de las fuentes del Derecho Penal es preciso recordar que sólo la ley puede establecer hechos delictivos y señalarles la correspondiente sanción.

La consecuencia directa de ello radica, afortunadamente, en que no pueden establecerse hechos delictivos ni sanciones penales por analogía.

En relación con las garantías individuales, el principio de legalidad supone:

- a) Que sólo puede considerarse como punible el hecho que ha sido previamente señalado como delictivo por la ley;
- b) Que a un hecho definido como delictivo sólo puede imponérsele la sanción penal previamente establecida en la ley;
- c) Que la ley penal sólo puede ser aplicada por los organismos jurisdiccionales creados para tal fin, de acuerdo con el procedimiento previsto en el ordenamiento jurídico y con las garantías de que goza todo sujeto.

Por lo que respecta a la técnica de elaboración de las leyes penales, debemos anotar la necesidad de que se establezcan con toda claridad y precisión los diversos hechos punibles y sus correspondientes sanciones.

En última instancia, en virtud del principio de legalidad de los delitos y las sanciones todo individuo tiene seguridad y certeza jurídica, puesto que en todo momento puede saber qué comportamientos están prohibidos u ordenados por la ley mediante la amenaza de una sanción penal.

⁽⁸⁾ Paul Johann Anselm Ritter von FEUERBACH, Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania, Trad. de la 14a. edición alemana por E. R. Zaffaroni e I. Hagemeyer, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, pág. 63.

⁽⁹⁾ ANTÓN ONECA, pág. 88, atinadamente señala que "en lo criminal no cabe recurrir a ninguna otra fuente, al menos en lo que se refiere a la definición de delitos y determinación de penas".

Finalmente debemos destacar con GARCÍA-PABLOS que el principio de legalidad implica "una garantía trascendental del administrado y toda restricción a su contenido afectará, en consecuencia a derechos fundamentales"⁽¹⁰⁾.

42. 2. 2 El principio de legalidad en el ordenamiento panameño.

Ya hemos señalado que el principio de legalidad tiene rango constitucional en nuestro país.

En efecto, en el artículo 31 de la constitución Política de 1972, luego de las reformas de 1978 y el Acto Constitucional de 1983, se dispone que "solo serán penados los hechos declarados punibles por ley anterior a su perpetración y exactamente aplicable al acto imputado".

El Código Penal por su parte, con una redacción más moderna y completa señala en su artículo 1º que "Nadie podrá ser procesado ni penado por un hecho no descrito expresamente como delito por la ley vigente al tiempo de su comisión ni sometido a medidas de seguridad que la ley no haya establecido previamente.

La regulación del principio de legalidad en el Código Penal supone, por tanto, que:

- a) Nadie puede ser juzgado por un hecho que no esté previsto como delictivo por la ley;
- b) Nadie puede ser sometido a penas que no estén previamente señaladas por la ley para determinados hechos delictivos;
- c) Nadie puede ser sometido a medidas de seguridad que la ley no haya establecido con anterioridad a la comisión del hecho que las motiva;
- d) Nadie puede ser sancionado como responsable de un hecho delictivo por "analogía";
- e) Nadie puede ser sancionado por un hecho que no estaba previsto como delictivo para la fecha de su realización;
- f) Nadie puede ser sometido a penas o medidas de seguridad distintas de las previstas para cada delito.

Como se desprende de lo anterior, la inclusión de las medidas de seguridad supone un nuevo avance en esta materia, pues la misma también es una sanción penal que se impone como consecuencia de una infracción penal.

⁽¹⁰⁾ GARCÍA-PABLOS, pág. 239.

42.2.3 El principio de legalidad en el anteproyecto de 1998

AL igual que en el Código Penal vigente en el Anteproyecto de Código Penal de 1998 se consagra también el principio de legalidad de los delitos, las penas y las medidas de seguridad.

En efecto, el art. 1 del citado anteproyecto dispone lo siguiente: “Nadie será penado sino por las acciones u omisiones descritas expresamente como delito o falta por una ley vigente al tiempo de su ejecución”. “Las medidas de seguridad sólo serán aplicadas cuando se den las condiciones que establece la ley”.

Dicho texto, como se observa, mantiene las líneas generales del principio de legalidad de las penas, pero omite una obligada referencia sobre el particular respecto de las medidas de seguridad. Sería aconsejable que se adicione el texto antes citado, de modo que se incluya también la referencia a las medidas de seguridad.

§ 43. LA COSTUMBRE

Por costumbre entendemos, siguiendo a ALBALADEJO, "la práctica efectiva y repetida de una determinada conducta"⁽¹¹⁾, cuando concurren los siguientes requisitos:

- a) **El uso** es decir, "la realización de actos externos, de manera uniforme general, duradera y constante".
- b) **La voluntad general** de la respectiva comunidad "de regular jurídicamente de aquella manera el punto de que se trate"; y,
- c) Sin que el comportamiento en cuestión sea contrario el ordenamiento jurídico.⁽¹²⁾

Todo lo antes expuestos nos conduce directamente a negar la capacidad de las costumbres de crear hechos punibles e imponer sanciones.

Tradicionalmente la doctrina penal niega que la costumbre sea fuente de derecho en nuestra ciencia. MUÑOZ/ VILLALAZ han señalado que "Teniendo plena vigencia en el Derecho penal el principio de legalidad, es fácil comprender por qué el derecho consuetudinario (la costumbre)

⁽¹¹⁾ Manuel ALBALADEJO, **Derecho Civil**, Tomo I, Librería Bosch, Barcelona, 1970, pág. 72.

⁽¹²⁾ Al respecto, confrontese, ALBALADEJO, I, págs. 73 - 76.

no puede tener en él la eficacia que se le reconoce en otros ordenamientos jurídicos⁽¹³⁾.

En la actualidad, sin embargo, la cuestión presenta nuevos ángulos que merecen cierta consideración. En efecto un sector de la doctrina señala que la costumbre no puede fundamentar la punición de comportamientos no previstos por la ley como delictivos, pero ello no significa que las normas consuetudinarias no sean fuentes de Derecho Penal.

Así, por ejemplo, no podemos negar la existencia de eximentes o atenuantes en los que la costumbre es un elemento importante de las mismas.

El elemento consuetudinario juega un papel fundamental cuando el sujeto actúa en cumplimiento de un deber legal o en el ejercicio legítimo de un derecho (art. 19) o cuando se establece la atenuante de análoga significación (art. 62, núm. 8) que "deba ser apreciada por su analogía con las anteriores **o por peculiares condiciones del ambiente** " (lo subrayado es nuestro).

Desde este punto de vista, la costumbre es fuente de Derecho Penal porque el mismo ordenamiento penal recurre al criterio consuetudinario para resolver la cuestión.

Como hemos podido observar, el valor de la costumbre es reducido en nuestro medio, siendo imposible que la costumbre establezca hechos delictivos o derogue los existentes.

En los últimos meses, sin embargo la doctrina de la Corte Suprema de Justicia ha adquirido significativa importancia, puesto que el Pleno o la Sala Penal de dicha Corporación de Justicia han adoptado decisiones trascendentales en la interpretación y aplicación de las normas penales y procesales, que deben ahora tenerse en cuenta siempre.

Así, por ejemplo, ha decidido la Sala Penal importantes cuestiones que resaltan el valor de los derechos fundamentales en el proceso penal, lo que se traduce en una mayor protección del ciudadano en el Estado de Derecho frente al poder de otras autoridades jurisdiccionales.

§ 44. LA JURISPRUDENCIA

44.1 Concepto de jurisprudencia

Usualmente se conoce como **jurisprudencia** a la doctrina que emana de los tribunales de

⁽¹³⁾ MUÑOZ/VILLALAZ, pág. 119.

justicia cuando resuelven una cuestión. Técnicamente, por el contrario, es la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia al decidir un determinado asunto en **casación**.

VELÁSQUEZ señala que el término "jurisprudencia" se refiere a tres cuestiones distintas en el mundo jurídico: a) como sinónimo de ciencia del derecho; b) como el conjunto de pronunciamientos judiciales emanados de autoridades judiciales y administrativas y, c) como conjunto de decisiones "dictadas en sentido concordante" sobre un aspecto determinado (¹⁴).

44.2 Valor de la jurisprudencia penal

Sea que se entienda en uno u otro sentido, la decisión de la Corte Suprema de Justicia al resolver un recurso de casación constituye doctrina probable, pero no obliga a los tribunales inferiores cuando se planteen el mismo asunto.

Para que esta jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia tenga tal valor, es preciso que existan tres fallos en un mismo sentido sobre determinada cuestión de derecho.

Esta jurisprudencia, sin embargo, no impide que la Corte Suprema de Justicia, al tratar nuevamente el mismo punto de derecho, cambie de doctrina si estima que las decisiones anteriores no se ajustaban a derecho.

En nuestro medio sin embargo, el valor de la jurisprudencia de nuestros tribunales es muy reducido. Frecuentemente los inferiores desconocen las orientaciones jurisprudenciales de los superiores, lo que contribuye a fomentar un clima de inseguridad o incertidumbre jurídica.

En algunos casos, la Corte Suprema de Justicia mantiene determinado principio en una resolución judicial y luego los inferiores desconocen el contenido de tal orientación en el mismo proceso por medio de una resolución posterior. Esto sin lugar a dudas, es inaceptable.

44.3 La jurisprudencia constitucional como fuente del Derecho penal

El tema es, de por sí, de enorme importancia y trascendencia en la actualidad. No cabe duda que la jurisprudencia constitucional tiene un valor significativo y de mayor trascendencia que la jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia, aunque ambas procedan de la misma

autoridad en nuestro país.

En Panamá, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia por mandato constitucional ejerce las funciones de Tribunal Constitucional, ya que sólo el Pleno desempeña el control de la constitucionalidad.

Por tal razón, la jurisprudencia constitucional es de enorme trascendencia, ya que tiene la virtualidad de derogar normas jurídicas que se estimen contrarias a la Constitución, lo que implica una forma de fuente del Derecho, pero en sentido negativa.

Tal jurisprudencia constitucional no crea una norma penal, pero puede declarar que una norma determinada es contraria a la Constitucional y derogarla jurisprudencialmente, con efecto **erga omnes**, ya que ese es el efecto primordial del control de la constitucionalidad en el Pleno de la Corte Suprema de Justicia patria.

El control de la constitucionalidad que desempeña nuestra Corte Suprema de Justicia se ejerce al conocer las demandas de inconstitucionalidad de leyes, decretos, decretos-leyes, resoluciones judiciales o administrativas y, en general, cualquier acto o parte del mismo, que sea acusado de contrariar el texto de la Constitución. También se ejerce tal control constitucional al conocer las advertencias de inconstitucionalidad que se hagan en un proceso determinado, cuando la autoridad o una de las partes, consideren que una norma que deba aplicarse en el proceso pueda ser violatoria de la Constitución.

§ 45. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

De acuerdo con el Código Civil cuando existe una disposición legal aplicable al punto controvertido (art. 13), se aplicará la analogía y en su defecto, la doctrina constitucional, las reglas generales de derechos y la costumbre.

(¹⁴) VELÁZQUEZ, pág. 76.

Rápidamente se observa que la jerarquía normativa de las reglas generales de derecho no le permite mayor relevancia en el Derecho Penal actual.

Para los efectos de crear hechos delictivos y sanciones penales el valor de los principios generales del derecho es nulo, toda vez que la vigencia del principio de legalidad no permite otra solución ⁽¹⁵⁾.

Un principio general del Derecho Penal es que sólo la ley penal puede establecer hechos delictivos e imponer sanciones. Siendo esto así, no queda mas remedio que reconocer que los mismos no pueden fundamentar la existencia de delitos ni sanciones, pero sin duda constituyen un elemento adicional en la labor de interpretación de la misma ley penal.

Corresponderá al intérprete, al momento de indagar acerca del contenido de la ley penal, profundizar en una amplia gama de aspectos, a fin de aclarar el sentido y finalidad de la respectiva norma.

Para efectos de la interpretación, los principios generales del derecho "podrán constituir un elemento más" ⁽¹⁶⁾, digno de tomar en consideración.

§ 46. LA DOCTRINA CIENTÍFICA

La doctrina científica, u opinión de los autores, no es fuente de Derecho Penal.

Al igual que los principios generales del derecho, el valor de la doctrina de los autores juega un papel importante en la interpretación de la ley penal.

"La doctrina -sostiene TERÁN LOMAS- constituye un valioso instrumento esclarecedor del sentido de la ley"⁽¹⁷⁾. Y es que la opinión de renombrados autores contribuye a reforzar la interpretación que se hace de una determinada disposición de la ley penal.

Así entendida la misión de la doctrina, su influencia dependerá, en mayor o menor medida, del prestigio del autor que se invoque para reforzar o sustentar una opinión.

⁽¹⁵⁾ Cfr: RODRÍGUEZ MOURULLO, pág. 69.

⁽¹⁶⁾ TERÁN LOMAS, I, pág. 123 y 127.

⁽¹⁷⁾ TERÁN LOMAS, I, pág. 123.

Capítulo XI

INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL (I): CLASES DE INTERPRETACION

§ 47. CONCEPTO DE INTERPRETACIÓN

"Interpretar las normas jurídicas es fijar el sentido de los textos en que se hallan formuladas. Esta operación de fijación del sentido del texto es necesaria, incluso allí donde su tenor literal no parece ofrecer problemas" ⁽¹⁾.

La labor del intérprete se dirige a indagar el contenido y alcance de la norma en relación con un asunto particular. Lleva razón BETTIOL, por tanto, cuando señala que "El drama de la interpretación radica en tratar de poner de acuerdo la norma penal, abstracta y genérica por naturaleza, con lo concreto y variable del caso particular"⁽²⁾.

En principio podemos señalar que toda norma jurídica debe ser interpretada ⁽³⁾, no sólo porque

⁽¹⁾ COBO/VIVES, pág. 103. En opinión de MEZGER I., pág. 145, la interpretación de la ley "es el descubrimiento y determinación de su propio sentido al objeto de aplicarla a los casos concretos de la vida real".

⁽²⁾ BETTIOL, pág. 124.

⁽³⁾ En este mismo sentido, RODRÍGUEZ MOURULLO, pág. 103.

en ocasiones nos hallamos ante términos oscuros, sino puesto que a veces nos encontramos con términos no definidos en la ley, o que resultan incompletos o equívocos ⁽⁴⁾.

Así por ejemplo, tenemos el caso del aborto previsto en el art. 141 del Código Penal, en donde el legislador ha previsto como delito la conducta de quien "provoque el aborto de una mujer con el consentimiento de ella". En este caso, sin embargo, el legislador no ha señalado qué debemos entender por "aborto".

Es por ello que el intérprete tendrá que señalar qué es lo que la ley ha querido señalar como aborto, pues es bien sabido que existen diversos conceptos del mismo, según que se le defina desde un punto de vista médico, jurídico, social, etc.

"La necesidad de la interpretación -señala LARENZ- puede, además resultar de que dos normas jurídicas ordena, para un hecho igual, consecuencias jurídicas que mutuamente se excluyen"⁽⁵⁾.

La interpretación debe dirigirse a precisar el contenido o voluntad de la ley, dejando de lado, **prima facie** la voluntad del Legislador ⁽⁶⁾. En la interpretación el intérprete realiza una labor de precisión de conceptos, pues su finalidad principal es la de poner de relieve el sentido de las palabras de la ley.

La interpretación es, sin lugar a dudas, una labor muy importante. En épocas pasadas se discutió acerca de la conveniencia o inconveniencia de la interpretación, puesto que se pretendía reservar esta labor para el propio legislador.

Célebre exponente de esta corriente fue Cesare BONESANA, Marqués de BECCARIA, para quien "en todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto" ⁽⁷⁾.

Estando superada la corriente antes señalada, aparece en un primer plano el problema del "método" de la interpretación.

MEZGER considera que toda interpretación esta orientada a descubrir los fines de la misma

⁽⁴⁾ Véase, al respecto, LARENZ, pág. 308 y sgts.

⁽⁵⁾ En este caso nos encontramos frente al problema del "concurso aparente de leyes", del que nos ocuparemos en la siguiente lección.

⁽⁶⁾ En este sentido, también COUSIÑO, I, pág. 99.

⁽⁷⁾ Césare BONESANA, Marqués de Beccaría, **Tratado de delitos y de las penas**, trad. de Gmo. Cabanellas, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1978, pág. 63.

ley (interpretación teleológica) y que por naturaleza es "creadora"⁽⁸⁾.

Se ha señalado que la interpretación no puede quedar al arbitrio absoluto e incontrolable del propio intérprete ⁽⁹⁾. Ello ha dado por resultado la utilización de criterios estables para guiar la labor del intérprete, de forma tal que se revista de certeza y seguridad a la propia interpretación.

Esta cuestión, sin embargo, nos introduce directamente al tema de las clases de interpretación, que tratemos a continuación.

§ 48. CLASES DE INTERPRETACIÓN

Según el sujeto que realiza la interpretación, ésta puede ser de dos clases: pública o privada; según los medios utilizados: gramatical o teleológica; y, finalmente, según los efectos de la misma: declarativa, restrictiva, extensiva y progresiva.

Veamos cada una de ellas en particular:

48. 1 Conforme al sujeto

De acuerdo con el sujeto que la hace, la interpretación puede ser pública (oficial) o privada (doctrinal).

Interpretación pública es la que realiza algún organismo estatal, en el ejercicio de sus funciones. Esta interpretación puede ser, a su vez, auténtica o judicial.

La interpretación auténtica es la que realiza el propio legislador al crear la norma jurídica y definir en ella un determinado concepto.

Un ejemplo de esta clase de interpretación lo encontramos en el art. 68 del Código Penal, que nos señala que "para efectos de la ley penal, se considera parientes cercanos el cónyuge y los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad".

Esta clase de interpretación tiene validez **erga omnes**, puesto que ha sido realizada a través de

⁽⁸⁾ MEZGER, I, págs. 148 - 149.

⁽⁹⁾ Así: LARENZ, pág. 315.

una norma jurídica que afecta a todos los habitantes del territorio nacional.

La interpretación judicial es la que realiza el órgano jurisdiccional al resolver conflictos jurisdiccionales o peticiones ante él elevadas mediante el ejercicio del derecho de acción.

Esta clase de interpretación sólo tiene validez frente al caso particular que motiva el fallo jurisdiccional, y en esto se diferencia substancialmente de la interpretación auténtica, que nos afecta a todos.

Interpretación privada o doctrinal es la que realizan los juristas, es decir los autores.

La mayor o menor influencia que la interpretación doctrinal puede ejercer sobre quien debe resolver el punto controvertido dependerá exclusivamente del renombre o prestigio del autor invocado.

Esta clase de interpretación no vincula al intérprete para nada, quien puede desechar la interpretación de tal o cual autor y hacer caso omiso de la misma.

48.2 Conforme a los medios

A propósito de los medios utilizados, nos encontramos con la interpretación gramatical y con la interpretación teleológica.

Mediante la interpretación gramatical "se trata de investigar la voluntad de la ley atendiendo al significado propio de las palabras con que esté expresada" ⁽¹⁰⁾.

A esta clase de interpretación aluden los artículos, 9, 10 y 11 del Código Civil, que a la letra disponen:

"**Artículo 9.** Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá 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".

⁽¹⁰⁾ MUÑOZ/VILLALAZ, pág. 132.

"**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 aparezcan claramente que se han tomado en sentido diverso".

Mediante la interpretación teleológica se busca averiguar verdadera significación de las palabras de la ley, haciendo uso de diversos elementos auxiliares.

MUÑOZ/VILLALAZ sostiene que esta interpretación "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"⁽¹⁾.

Entre los elementos que contribuyen en tal sentido, los autores antes citados destacan los siguientes:

- a) **El elemento sistemático**, que se ocupa de relacionar la norma con otras de acuerdo con la ubicación que las mismas tiene en el ordenamiento positivo;
- b) **La ratio legis**, que indaga el objetivo que se persigue con la creación de determinada norma.
- c) **El elemento histórico**, que nos muestra cual ha sido la trayectoria o evolución de la norma hasta nuestros días;
- d) **El derecho comparado**, según que ésta haya tenido alguna influencia en la creación de otro, por lo que las soluciones dadas allá son de importancia para resolver los conflictos aquí planteados;
- e) **Los elementos extrajurídicos**, que generalmente intervienen en la creación del Derecho positivo (factores económicos, políticos, sociales, etc.).

En cuanto a esta clase de interpretación es necesario señalar que tanto el criterio gramatical como el teleológico contribuyen a realizar una adecuada interpretación de las normas jurídicas, puesto que ambos criterios se complementan a fin de permitir que el intérprete realice una labor

⁽¹⁾ MUÑOZ/VILLALAZ, PÁG. 132

seria y fundada en consideraciones reales.

48. 3 Conforme a los efectos

De acuerdo a sus efectos, o resultados, se ha señalado que la interpretación puede ser declarativa, restrictiva, extensiva y progresiva.

Se ha sostenido que toda interpretación es declarativa ⁽¹²⁾, por cuanto que es necesario, como advierte BETTIOL, "una perfecta coincidencia entre el contenido y la manifestación de la voluntad de la ley."⁽¹³⁾

La interpretación es restrictiva cuando el intérprete reduce el alcance de las normas jurídicas, habida consideración que tiene un contenido y alcance que desbordan su finalidad.

Por lo que respecta a la interpretación extensiva, se señala que ésta interpretación se da cuando se busca ampliar el alcance y ámbito de aplicación de determinadas palabras o conceptos contenidos en la ley, todo ello de acuerdo con la finalidad de la misma ley.

Finalmente, a propósito de la interpretación progresiva se señala que la misma no sólo supone indagar acerca del alcance y contenido de la ley, sino que por medio de ella se logra adaptar el contenido o sentido de la misma ley a los constantes cambios y avances registrados en la sociedad, cuando la evolución de la sociedad supera la evolución de las propias normas.

§ 49. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA "ANALOGÍA"

Hemos señalado con anterioridad, que una de las cualidades o características fundamentales del Derecho Penal reside en el hecho de que sólo la ley formal puede establecer hechos punibles y señalar la correspondiente sanción.

Esto quiere decir que, como consecuencia de la vigencia del principio de legalidad de los delitos y las penas, en materia de fuentes del Derecho Penal sino es la ley no puede crearse Derecho Penal.

⁽¹²⁾ MUÑOZ/VILLALAZ, pág. 135.

⁽¹³⁾ BETTIOL, pág. 134.

Sucede, sin embargo, que en ocasiones la misma ley penal le concede cierto valor jurídico a la analogía como fuente de Derecho Penal, aunque no para fundamentar la creación de nuevos tipos delictivos ni su correspondiente sanción.

Como consecuencia de ello, hoy se reconoce que en Derecho Penal la analogía es fuente de derecho ⁽¹⁴⁾.

Y es que la analogía aunque no puede establecer hechos delictivos, ni imponer sanciones, tiene la facultad o capacidad para fundamentar la existencia de causas que extingan la responsabilidad penal o la atenúen apreciablemente.

En efecto, no existe inconveniente alguno para reconocer que la analogía es fuente de derecho en nuestro ordenamiento penal, en todos aquellos casos en donde se trate de enervar o atenuar la responsabilidad criminal, puesto que el propio Código Penal en su art. 66, número 8 concede tal valor (atenuante de análoga significación) ⁽¹⁵⁾.

Recientemente ha cobrado importancia, a propósito de la analogía, la distinción entre analogía en **bonam partem** y analogía en **malam partem**, toda vez que la primera debe ser siempre aceptada ya que es utilizada en beneficio del sujeto "supuestamente" responsable; la analogía en **malam partem**, sin embargo, no puede ser acogida, ya que el propio Código Penal le priva de cualquier eficacia, puesto que no se puede fundar la punibilidad de ningún hecho por analogía, ni agravar la responsabilidad penal del sujeto por analogía.

Esto es así ya que el art. 5 del Código Penal señala que "Ningún hecho podrá tenerse por punible ni imponerse sanción alguna, mediante la aplicación analógica de la Ley penal", consecuencia directa de la vigencia del principio de legalidad.

Finalmente, para concluir este apartado, debemos señalar que en el Anteproyecto de Código Penal de 1998 se consagra una disposición que prohíbe la analogía. En efecto, en el art. 4 del citado anteproyecto se dispone que "Ningún hecho será considerado delito en base a la analogía".

⁽¹⁴⁾ RODRÍGUEZ DEVESA, pág.169

⁽¹⁵⁾ Enrique ORTS BERENGUER, **Atenuante de análoga significación**, Universidad de Valencia, Valencia, 1978.

Capítulo XII

INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL (II): EL CONCURSO APARENTE DE LEYES

§ 50. CONCEPTO DE CONCURSO APARENTE DE LEYES

Hemos señalado en la lección anterior que, en ocasiones, al intérprete se le presentan casos en los que aparecen diversas normas aplicables para solucionar un problema, pero la aplicación de una de ellas impide la aplicación de las demás.

En esos casos, estamos en presencia de lo que la doctrina denomina "concurso aparente de leyes", puesto que tal concurso es realmente "aparente", ya que como bien anota RODRÍGUEZ MOURULLO, "en realidad, sólo una ley es aplicable".⁽¹⁾

Diversas denominaciones ha recibido este supuesto concurso en la doctrina. Por otra parte, no existe unanimidad de criterio ante su ubicación sistemática.

Unos autores, utilizan la expresión "concurso de leyes"⁽²⁾. Otros, como ANTON ONECA, prefieren la expresión "concurso de disposiciones legales"⁽³⁾. ESTRADA VÉLEZ, en el derecho colombiano, alude al "concurso aparente de normas penales"⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ RODRÍGUEZ MOURULLO, pág. 114.

⁽²⁾ RODRÍGUEZ DEVESA, pág. 194.

⁽³⁾ ANTON ONECA, pág. 461.

⁽⁴⁾ Federico ESTRADA VÉLEZ, **Derecho Penal**, , pág. 68; también en España, SAINZ CANTERO, pág.

Por lo que respecta a su ubicación sistemática, es inmensa la mayoría de autores que tratan de este tema al estudiar la interpretación de la ley penal⁽⁵⁾. Una minoría sin embargo, incluyen el estudio de esta cuestión al tratar del "concurso de delitos" ⁽⁶⁾.

Independientemente de su denominación y ubicación, podemos definir esta situación señalando que este tipo de concurso se da "cuando aparentemente vienen en aplicación varias leyes penales, pero una de ellas excluye a las demás"⁽⁷⁾.

Lo esencial en este tipo de concurso, es el escoger qué norma será la que debe aplicarse al caso concreto quedando excluida la posibilidad de aplicar alguna otra al mismo caso.

"La idea básica común a este grupo de supuestos -anota JESCHECK- es la de que el contenido de injusto y de culpabilidad de una acción punible puede ya determinarse exhaustivamente con la ayuda de una de las leyes penales que entran en consideración, de suerte que desaparece una ulterior necesidad de pena" ⁽⁸⁾.

Diversas son las soluciones que se han elaborado para resolver este concurso aparente de leyes. En la doctrina alemana se señalan tres posibles soluciones al respecto; especialidad, subsidiariedad y consunción ⁽⁹⁾. La doctrina española, por el contrario, añade otra solución: el principio de alternatividad ⁽¹⁰⁾.

Veamos, a continuación, cada una de estas soluciones doctrinales.

§ 51. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

De acuerdo con este principio, toda vez que entre las posibles normas aplicables existe una relación de género a especie, la norma especial, aquella que contiene todos los elementos de la

370.

⁽⁵⁾ RODRÍGUEZ DEVESA, pág.194; RODRÍGUEZ MOURULLO, pág.114; MUÑOZ/VILLALAZ, pág.140; SAINZ CANTERO, pág. 370.

⁽⁶⁾ Entre otros: ANTON ONECA, pág. 461; JESCHECK, pág. 1035.

⁽⁷⁾ RODRÍGUEZ DEVESA, pág. 191.

⁽⁸⁾ JESCHECK, pág. 670.

⁽⁹⁾ Así, véase por todos: JESCHECK, págs. 671 y sgts.; WESSELS, págs. 236 y sgts.; WELZEL, pág. 321 y sgts.

⁽¹⁰⁾ Cfr. entre otros: ANTON , pág. 461 y sgts.; RODRÍGUEZ MOURULLO, págs. 114 y sgts.

general y otros adicionales, será de aplicación excluyendo la posibilidad de aplicar.

En estos casos, se dice que *lex specialis derogat legi generali*.

Habrán una relación de género a especie cuando cometido un hurto agravado por la circunstancia de cometerlo de noche en edificio o lugar destinado a habitación, la norma aplicable será la prevista en el art. 184, numeral 2 del Código Penal, siendo imposible la aplicación del art. 181 del mismo Código, que sólo sanciona la figura básica de hurto.

Igual ocurre con el homicidio agravado previsto en el artículo 132, número 2, que regula el homicidio premeditado, puesto que la aplicación de esta disposición impide que se aplique el art. 131 que trata del homicidio simple.

§ 52. PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

De acuerdo con este principio, cuando entre dos normas o disposiciones legales hay una relación de subsidiariedad, es decir, que una tenga carácter subsidiario frente a otra, la aplicación de esta última impide la aplicación de aquella.

En estos casos, se señala que *lex primaria derogat legi subsidiariae*.

Acertadamente ha señalado Filippo GRISPIGNI que "Las más importantes disposiciones subsidiarias son las relativas a la tentativa, forma de manifestación del delito que es punible sólo cuando no se ha producido la consumación"⁽¹⁾.

Un ejemplo de subsidiariedad lo encontramos en el art. 336 del Código Penal, que castiga el abuso innominado de autoridad, siempre que el comportamiento del servidor público no sea constitutivo de algún otro hecho arbitrario descrito en la ley penal.

Es evidente que estamos en presencia de una norma de aplicación subsidiaria frente a tipos como los del "peculado", "concusión", "corrupción", entre otros, por lo que si no se aplica alguno de éstos últimos, es posible que el acto arbitrario quede englobado, en forma subsidiaria, en el abuso de autoridad antes señalado.

⁽¹⁾ GRISPIGNI, I, 2. pág. 484.

§ 53. PRINCIPIO DE CONSUNCIÓN ⁽¹²⁾

De acuerdo con este principio, se aplica una determinada norma cuando el desvalor que ella conlleva abarca el desvalor que el legislador ha previsto en otra.

Queda patente, en consecuencia, que la relación de consunción es -como bien anota RODRÍGUEZ DEVESA- "de orden valorativo"⁽¹³⁾.

En estos supuestos, se señala que *lex consumens derogat legi consumptae*.

GRISPIGNI señala que "Cuando el hecho previsto en una norma está comprendido en el hecho previsto por otra norma, porque ésta tiene más amplio alcance, se aplica solamente la última norma"⁽¹⁴⁾.

En opinión de este autor, "la mayor amplitud de la norma puede resultar de la naturaleza del bien tutelado, el cual comprende también el tutelado por la otra norma, o de la naturaleza de los medios empleados o de los efectos producidos, o bien puede resultar de que encare como elemento constitutivo o circunstancial el hecho previsto por la otra norma"⁽¹⁵⁾.

Habría una relación de consunción cuando cometido un robo, se excluye la posibilidad de aplicar las normas del hurto, puesto que el robo (art. 185 del C. P.) supone apoderarse de una cosa ajena mueble (igual el hurto del art. 181) mediante violencia o intimidación en las personas.

En este supuesto, la aplicación de la norma que sanciona el robo excluye o impide que se sancione por hurto, puesto que, si bien es cierto que todo robo supone apoderarse de una cosa ajena mueble, otros elementos adicionales, en este caso, la violencia o intimidación en las personas, dan nacimiento a una figura punible distinta cuya gravedad es mayor y, en consecuencia, abarca la conducta de menor gravedad.

⁽¹²⁾ GRISPIGNI, I, 2, pág. 481 denomina a esta relación "principio de la inclusión".

⁽¹³⁾ RODRÍGUEZ DEVESA, pág. 196.

⁽¹⁴⁾ GRISPIGNI, 1,2, pág. 481.

⁽¹⁵⁾ GRISPIGNI, 1,2, pág. 481.

§ 54. PRINCIPIO DE ALTERNATIVIDAD

La doctrina señala que existe relación de alternatividad en "aquellos supuestos en que el legislador ha valorado una misma conducta según distintos criterios" ⁽¹⁶⁾.

En la doctrina, no obstante, reina disparidad de criterios a este respecto ⁽¹⁷⁾.

El problema surge, en esencia, cuando un mismo comportamiento está descrito como punible en dos normas con sanciones distintas.

En el derecho comparado muchas veces no encontramos soluciones legislativas a este problema. En algunas legislaciones, por ejemplo, la española, expresamente se señala que en estos supuestos deberá aplicarse la sanción más grave.

La doctrina penal moderna concede especial importancia a este caso de concurso cuando se trata de disposiciones previstas en el Código Penal y en las leyes penales especiales (militares, por ejemplo).

Para nosotros el asunto carece de relevancia, toda vez que en base a los principios de especialidad y subsidiariedad encontremos la solución deseada, aunque en ocasiones la ley posterior implicará una reforma tácita de la ley anterior.

§ 55. EL CONCURSO APARENTE EN LA LEGISLACIÓN PANAMEÑA

55.1 La cuestión en el Código Penal vigente

A propósito del concurso aparente poco es lo que encontramos en nuestra legislación penal vigente.

En el art. 4, inc. 2º del Código Penal se recoge el principio de especialidad, según el cual "la disposición especial prevalecerá sobre la general".

Para estos casos, la norma especial tiene preferencia toda vez que contiene los mismos elementos característicos que la norma general, más otros elementos adicionales que la hacen

⁽¹⁶⁾ SAINZ CANTERO, pág. 374.

⁽¹⁷⁾ RODRÍGUEZ DEVESA, págs. 200- 201

distinta de ésta.

Esta relación la encontramos cuando nos hallamos en presencia del homicidio de un pariente cercano, ya que se excluye la aplicación del homicidio simple (art. 131 del Código Penal) por la del art. 132, numeral 1 que consagra el homicidio agravado en virtud de tal relación de parentesco; la encontramos también en el hurto básico del art. 181 del Código que queda fuera de aplicación si se comete el hurto con abuso de confianza (art. 183, numeral 5 del Código Penal).

55.2 El concurso aparente en el Anteproyecto de 1998

El Anteproyecto de Código Penal de 1997 nada dispone sobre este particular. Una norma equivalente al art. 4, inc. 2 del Código vigente no está prevista en el anteproyecto.

Ello no impide, sin embargo, que por efecto de la interpretación que debe hacer el juzgador se llegue a la solución correcta en cada caso particular, pues la solución que brinda el principio de especialidad parece ser aplicable a todo supuesto.

Capítulo XIII

VALIDEZ ESPACIAL DE LA LEY PENAL (I): TERRITORIALIDAD Y EXTRATERRITORIALIDAD

§ 56. PLANTEAMIENTO

Para determinar cuál es el ámbito espacial de la ley penal se han elaborado una serie de principios, según que se le conceda mayor importancia a lo que ocurre dentro del territorio del Estado o a lo que atente contra ciertos derechos importantes de los que el Estado o sus habitantes son titulares.

En este sentido, es usual encontrar en los autores estos cuatro principios fundamentales: a) principio de territorialidad; b) principio de personalidad; c) principio real o de defensa; y, d) principio de universalidad o de derecho mundial⁽¹⁾.

De acuerdo con el principio de territorialidad el Estado sanciona todos los hechos delictivos cometidos dentro de su territorio, con absoluta independencia de la nacionalidad del sujeto pasivo de infracción.

Lo realmente importante del principio de territorialidad de la ley penal es que quedan sometidos a la ley penal del Estado respectivo todos los hechos punibles cometidos dentro de su territorio.

Existen otros principios que se consideran de menor importancia, o que son consecuencia de alguno de los ya mencionados, tales como el de inmunidad, el principio del domicilio, el

⁽¹⁾ Así, entre otros, los siguientes autores: BUSTOS RAMÍREZ/VALENZUELA VEJAS, pág.39; MUÑOZ/VILLALAZ, págs. 152 - 153; COUSIÑO, II, págs. 165 y sgts.

principio del derecho de bandera y el principio de administración de justicia por representación.⁽²⁾

Según el principio de la personalidad, también llamado de la nacionalidad, el Estado hace responsable a sus nacionales por cualquier hecho punible cometido por ellos, independientemente del lugar de comisión del mismo.

Este principio permite que la ley del Estado persiga a sus nacionales donde quiera que se encuentren y los haga responsables por cualquier infracción a su legislación penal.

El principio real o de defensa faculta al Estado para sancionar cualquier hecho delictivo cometido en contra de sus intereses, sean estos públicos (del Estado) o privados (de los particulares) sin que sean necesarios que el hecho mismo sea cometido dentro de su territorio.

Aquí tiene importancia la naturaleza del bien jurídico protegido, ya que el Estado debe interesarse en estos comportamientos que le afecten de modo colectivo o particular.

Finalmente, el principio de universalidad o del derecho mundial pone especial atención en el hecho de que al Estado le interesa aplicar su propia ley penal a cualquier hecho punible, aunque ocurra fuera de su territorio, si las necesidades así lo aconsejan.

Este principio va dirigido a sancionar las infracciones que se cometen en contra de la humanidad, con independencia de quienes lo cometen, donde lo realizan y en contra de quien se realizan.

Los restantes principios, no son otra cosa que una consecuencia de los anteriores, como tendremos oportunidad de señalar posteriormente.

§ 57. LA TERRITORIALIDAD DE LA LEY PENAL PANAMEÑA

De los cuatro principios fundamentales antes enunciados nuestro país, al igual que muchos otros Estados, consagra con preeminencia el principio de la territorialidad ley penal.

Este principio supone, que "la ley primitiva se aplica todos los delitos realizados en el

⁽²⁾ BUSTOS RAMÍREZ/VALENZUELA VEJAS, pág. 39.

territorio del Estado, sean nacionales o extranjeros el sujeto activo y el pasivo de la infracción"⁽³⁾.

De acuerdo con el artículo 15 de la Constitución Política vigente "Tanto los nacionales como los extranjeros que se encuentren en el territorio de la República, estarán sometidos a la Constitución y a las Leyes".

La ley en general y, por ende, la ley penal en particular, es fundamentalmente territorial, pues tiene vigencia en un determinado territorio y es aplicable a todas las infracciones cometidas dentro de dicho territorio.

Según nuestro Código Penal "La ley penal panameña se aplicará a los hechos punibles cometidos en el territorio nacional y demás lugares sujetos a la jurisdicción del Estado, salvo las excepciones establecidas en las convenciones y reglas internacionales aceptadas por la República de Panamá". (art. 7, inc. 1)

El texto antes transcrito supone la vigencia plena del principio de territorialidad de la ley penal panameña, puesto que rige todos los hechos punibles cometidos dentro del territorio nacional. En el Anteproyecto de Código Penal de 1998 se consagra la territorialidad de la ley penal panameña en el art. 13, con una fórmula parecida o similar a la consagrada en el art. 7 del Código vigente.

El es, sin lugar a dudas, una consecuencia obvia y evidente del poder soberano que el Estado tiene sobre el territorio panameño, lo que supone la inaplicabilidad de leyes extranjeras al hecho cometido.

Este principio, sin embargo, no tiene aplicación absoluta puesto que el mismo Código en el párrafo citado reconoce que hay algunas excepciones al mismo "establecidas en las convenciones y reglas internacionales aceptadas por la República de Panamá".

Por lo que respecta al concepto de territorio, el propio Código Penal se encarga de señalar en el artículo 1, inciso 2 que "para efectos de la ley penal constituyen el territorio de la República, el área continental o insular, el mar territorial, la plataforma continental, el subsuelo y el espacio aéreo que lo cubre. Se consideran también territorio nacional las naves y aeronaves panameñas y todo aquello que según las normas del Derecho Internacional responde a ese concepto".

La Constitución Política vigente, por su parte, nos señala en su artículo 3, inciso 2, que "El

⁽³⁾ ANTÓN ONECA, pág. 113.

territorio de la República de Panamá comprende la superficie terrestre, el mar territorial, la plataforma continental submarina, el subsuelo y el espacio aéreo entre Colombia y Costa Rica de acuerdo con los Tratados de límites celebrados por Panamá y esos Estados".

Como podemos observar, la Constitución nos trae un concepto "geográfico" de territorio, que no siempre coincide con el concepto jurídico-penal del mismo, puesto que en nuestro caso el concepto de territorio previsto en el Código Penal es más amplio que el consagrado en la Constitución.

En la doctrina moderna se critica con acierto disposiciones como lo antes señalada, puesto que se aduce, con fundamento, que los textos penales no deben definir conceptos, y mucho menos lo que debemos entender por territorio, ya que ello es materia propia del Derecho Internacional Público⁽⁴⁾.

Y es que debemos tener siempre presente que por territorio "se entiende no sólo la propia **tierra** (continente o islas), sino también todos los otros lugares o espacios donde la soberanía, del Estado ejerce su autoridad y jurisdicción"⁽⁵⁾.

§ 58. LA EXTRATERRITORIALIDAD DE LA LEY PENAL PANAMEÑA

58.1 Planteamiento

A pesar de haber reconocido la territorialidad de la ley penal panameña, no podemos negar que en ocasiones nuestras leyes penales permiten imponer sanciones por hechos punibles cometidos fuera del territorio nacional.

Estos supuestos, sin embargo, se supone que deben ser excepcionales, ya que conceden valor a las leyes penales por hechos cometidos fuera de la jurisdicción de la ley respectiva.

Siendo ello así, hay que reconocer la existencia de casos en los que se da la extraterritorialidad de la ley panameña, pues el Código Penal permite sancionar hechos ocurridos en el extranjero, es decir, fuera de nuestras fronteras.

Nuestro Código Penal acoge en cierta forma los principios de personalidad, de defensa y de

⁽⁴⁾ BUSTOS RAMÍREZ/VALENZUELA VEJAS, pág. 42.

⁽⁵⁾ RODRÍGUEZ MOURULLO, pág. 144.

universalidad, ya que en diversos artículos encontramos la esencia de los mismos, si bien en unos casos de forma limitada, pero en otros, lamentablemente, es una forma amplia y desmesurada.

Y decimos esto, toda vez que alguno de estos principios no ha sido recogido en forma restringida y excepcional, pues en el caso del principio real o de defensa, la amplitud del mismo está en contradicción con el principio de territorialidad, al que ciertamente se le resta importancia y jerarquía.

58. 2 El principio de personalidad

La consagración del principio de personalidad la encontramos en el artículo 9 del Código Penal que permite aplicar la ley penal panameña a hechos ocurridos en el extranjero, cuando se trate de alguno de los siguientes casos:

- a) Se perpetren contra algún panameño o sus derechos;
- b) Se cometan por servidores públicos o agentes abusando de sus funciones o con violación de los deberes de su cargo o mandato;
- c) Sean cometidos en el extranjero por personal al servicio del Estado panameño y no hubieren sido juzgados en el lugar de comisión en virtud de inmunidad diplomática o funcional.

En los dos últimos supuestos, es obvio, que la ley penal panameña debe ser aplicada al caso particular de que se trate, ya que el sujeto tiene inmunidad en el lugar donde se encuentre y no deben quedar impunes los delitos que eventualmente pueda cometer en el extranjero. Con respecto al primer supuesto, sin embargo, estimamos que la territorialidad de la ley penal panameña ha sido concebida en forma desmesurada, ya que no parece lógico que Panamá tenga competencia sobre delitos cometidos contra panameños o sus derechos en cualquier lugar fuera de nuestras fronteras, pues es inconcebible tal situación.

Sin duda, la norma es muy amplia y debe restringirse la misma, sólo, a los casos en donde la justicia del lugar respectivo no haya investigado el asunto por razón de discriminación u otra causa que suponga algún abuso de poder de la autoridad del lugar correspondiente.

En el Anteproyecto de Código Penal de 1998 también se consagran normas que fundan la extraterritorialidad en un criterio de nacionalidad. En efecto, en el art. 15 de citado texto, que

incluye un supuesto que no se corresponde con el criterio bajo examen, se dispone lo siguiente: “También es aplicable la ley penal panameña a los delitos cometidos en el extranjero, cuando:

1. Produzcan o deban producir sus resultados en el territorio panameño;
2. Sean perpetrados en perjuicio de un panameño, siempre que el autor ingrese a nuestro territorio y no haya sido juzgado en otro país;
3. Sean cometidos por agentes diplomáticos, funcionarios o empleados panameños que no hubiesen sido juzgados en el lugar de su comisión por razones de inmunidad diplomática:
4. Sea negada la extradición de un panameño que haya delinquido en el extranjero; y
5. Se trate de delitos que por tratados o convenciones vigentes, la República se haya comprometido a reprimir aún cuando no fuesen cometidos en el territorio nacional, siempre que el acusado se encuentre en Panamá”.

A simple vista se observa, es lamentable, la confusión de incluir como numeral 5 un criterio que no guarda relación el de la nacionalidad, y que tiene más afinidad con el principio de universalidad (Véase: infra, 58.4).

58.3 El principio real o de defensa

Encontramos el principio real o de defensa en el artículo 8 de del propio Código Penal, que a la letra dispone: "Se aplicará la ley penal panameña a los hechos punibles cometidos en el extranjero contra la personalidad jurídica del Estado, la salud pública, la economía nacional y la administración pública, y cuando se falsifiquen documentos de crédito público, el papel sellado, los timbres oficiales y la moneda panameña o cualquier otra moneda de curso legal en la República, siempre que, en este último caso, se compruebe que se destinaban a ser introducidas al territorio panameño".

A este principio alude, el artículo 9, número 1º del Código Penal, cuando establece que se aplicará la ley penal panameña por hechos cometidos en el extranjero si "producen o debieran producir sus resultados, en todo o en parte, en el territorio panameño".

En el Anteproyecto de Código Penal de 1998 también encontramos consagrado este principio.

El mismo está consagrado en términos muy parecidos al Código vigente en el art. 14, por lo que omitidos la reproducción del mismo.

58.4 El principio de universalidad

A propósito del principio de universalidad, es frecuente encontrar en algunos Códigos la posibilidad de aplicar la respectiva ley penal a hechos punibles ocurridos en cualquier lugar cuando se trate de delitos contra la humanidad y el supuesto delincuente se encuentre en el territorio del país que pretenda juzgarlo.

En nuestro ordenamiento penal encontramos este principio en el artículo 10 del Código Penal, que a la letra dispone textualmente lo siguiente: "Independientemente de las disposiciones vigentes en lugar de la comisión del hecho punible y de la nacionalidad del imputado, se aplicará la ley penal panameña a quienes cometan hechos punibles previstos en los tratados internacionales ratificados por la República de Panamá". "Para que los delitos a que se refiere el párrafo anterior sean susceptibles de enjuiciamiento y sancionados en Panamá se requiere que el imputado se encuentre en el territorio de la República".

No cabe duda alguna que, en estos casos, la conveniencia de juzgar en el propio territorio a quien cometió delitos previstos en tratados internacionales es incuestionable, ya que no se puede permitir la impunidad de ciertos delitos contra la humanidad.

Casos como el homicidio, la tortura y la desaparición forzada de personas son hechos que no deben quedar impunes cuando se ejecutan desde las altas esferas de poder, lo que hace que los mismos queden en la más absoluta impunidad en el territorio respectivo, pues nadie juzga al dictador o hombre fuerte del momento cuando ya no ejerce el poder político que mantuvo en el pasado. El caso Pinochet pone en evidencia que debe existir una justicia penal internacional, de forma que ningún otro país debe arrogarse, a nivel particular, jurisdicción para conocer de tales casos.

§ 59. SENTENCIA EXTRANJERA Y COSA JUZGADA

Con respecto a la eficacia de la sentencia penal dictada en el extranjero, el Código Penal en su artículo 11 dispone que la sentencia absolutoria, en principio, produce los efectos de cosa

juzgada, mientras que la condenatoria sirve para determinar la calidad de reincidente del sujeto.

No obstante lo antes señalado, el Código Penal en su artículo 12 dispone que la sentencia absolutoria no tiene carácter de cosa juzgada si se trata de los hechos punibles previstos en el artículo 9 del mismo Código Penal; pero en lo que respecta a la sentencia condenatoria, la misma se tomará en cuenta para disminuir la sanción resultante de la nueva condena cuando se trate de las infracciones consagradas. en el artículo 9.

§ 60. CONSIDERACIONES FINALES

Lo expuesto hasta ahora, nos permite concluir con la afirmación de la territorialidad de la ley penal panameña.

Las excepciones que el Código Penal vigente consagra frente al mismo, no implican que deje de tener valor y vigencia.

Es lamentable, sin embargo, que otros principios, como el de **personalidad** o de **defensa**, en algunos casos, tengan extremada amplitud. En este sentido, no podemos menos que criticar el precepto que permite sancionar en Panamá cualquier delito cometido en el extranjero contra un panameño o sus derechos (art. 9, numeral 2) ⁽⁶⁾.

Preceptos como el antes indicado son considerablemente peligrosos pues da margen a que se sancionen nuevamente en Panamá delitos cometidos en el extranjero contra un panameño o sus derechos, a pesar de que los mismos pueden haber sido sancionados previamente en el lugar de comisión.

Por lo que respecta a los restantes principios (principio del derecho de bandera, principio del domicilio, principio de inmunidad y principio de administración de justicia por representación) es preciso destacar que los mismos son secundarios frente a los cuatro principios fundamentales, pues destacan, en cierta forma, las excepciones a especiales manifestaciones de cada uno de ellos.

Así, por ejemplo, el principio de inmunidad, referido a los diplomáticos, supone la

⁽⁶⁾ BUSTOS RAMÍREZ/VALENZUELA VEJAS, pág. 44.

inaplicabilidad del principio de territorialidad de la ley penal, por lo que el respectivo diplomático se rige, fundamentalmente por el principio de personalidad; el de bandera, es una especial manifestación del principio de territorialidad, pues los buques y aeronaves con bandera panameña son, por una ficción legal, territorio panameño, y, el de administración de justicia por representación, permite sancionar los nacionales cuya extradición es requerida por otro Estado, por delitos cometidos fuera del territorio nacional, cuando la extradición es improcedente.

Adicionalmente a los principios mencionados, JAKOBS en su obra hace pocos años traducida al español, incluye el llamado principio de justicia supletoria que entiende en sentido estricto como "el reverso de la ausencia de extradición" y en sentido amplio como "toda punición de un hecho que también otro Estado podría llevar a cabo legítimamente"⁽⁷⁾.

⁽⁷⁾ JAKOBS, pág. 135

Capítulo XIV

VALIDEZ ESPACIAL DE LA LEY

PENAL (II): LA EXTRADICION

§ 61. CONCEPTO

Muy ligada al tema del ámbito espacial de validez de la ley penal esta la institución conocida como la extradición.

Ello se debe, fundamentalmente, a la vigencia preeminente del principio según el cual la ley de un Estado sólo se aplica en su territorio, por lo que ésta institución busca evitar la impunidad de los delitos con la simple salida del territorio respectivo de quienes han realizado una infracción penal.

"Institución íntimamente vinculada -anota SAINZ CANTERO- con los problemas que plantea la aplicación de la ley penal en el espacio es la extradición, que trata de resolver lo que resulta cuando el individuo que ha cometido un delito en un Estado determinado logra escapar a la acción de las autoridades policiales o judiciales del Estado donde delinquiró y busca refugio en otro Estado"⁽¹⁾.

La extradición ha sido definida por MUÑOZ/VILLALAZ como un acto de colaboración punitiva internacional, que consiste en la entrega de un individuo, inculpado o condenado, que se

⁽¹⁾ SAINZ CANTERO, pág. 427

encuentre en el territorio del Estado, a otro Estado diverso, para ser juzgado en éste o sometido a la ejecución de una pena ⁽²⁾.

En opinión de JIMÉNEZ DE ASUA ⁽³⁾ la extradición "consiste en la entrega que un Estado hace a otro Estado de un individuo acusado o condenado, que se encuentra en su territorio, para que en ese país se le enjuicie penalmente o se ejecute la pena".

COUSIÑO sostiene que la extradición "comporta la entrega de un delincuente para su juzgamiento por el país que lo solicita o para el cumplimiento de la condena que ya ha sido librada en su contra" ⁽⁴⁾.

COBO/VIVES, por su parte, anotan que la extradición "consiste en la remisión de un individuo, por parte de un Estado, a los órganos competentes de otro, para que sea enjuiciado por los Tribunales de este último, si ya lo otro, para que sufra la pena impuesta" ⁽⁵⁾.

Partidario de esta opinión también es CEREZO, para quien la extradición "consiste en la entrega de un delincuente por parte del Estado en cuyo territorio se ha refugiado a aquél que competente para juzgarle o para ejecutar la pena o la medida de seguridad impuesta" ⁽⁶⁾.

Las opiniones anteriores, salvo la de CEREZO que añade la problemática de las medidas de seguridad, destacan en términos generales la esencia de la extradición. Otros autores, sin embargo, prefieren aludir a diversos elementos fundamentales de la institución bajo estudio, sin que hasta el momento se haya obtenido consenso al respecto ⁽⁷⁾.

En opinión de BUENO ARÚS, destacado monografista español de este tema, los elementos sustanciales del concepto de extradición son los siguientes ⁽⁸⁾:

- a) "Una manifestación de voluntad, que se expresa externamente en una conducta de hacer";
- b) "acto de Derecho Internacional" entre Estados;

⁽²⁾ MUÑOZ/VILLALAZ, pág. 158

⁽³⁾ JIMÉNEZ DE ASÚA, II págs. 883 - 884

⁽⁴⁾ COUSIÑO, pág. 200

⁽⁵⁾ COBO/VIVES, pág. 200.

⁽⁶⁾ CEREZO MIR, pág. 262

⁽⁷⁾ Cfr. Confrontese al respecto, por ejemplo, a Guillermo J. FIERRO, **La Ley Penal y el Derecho Internacional**, Depalma, Buenos Aires, 1977, págs. 221 y ss.

⁽⁸⁾ BUENO ARUS, **Estudios** cit., págs. 47-48.

- c) "objeto del acto es la entrega o traslado forzoso de una persona desde el territorio de un Estado al territorio de otro";
- d) "la causa es debido a la existencia de un pacto entre ambos Estados o la existencia de una ley interna que les permite; además, presupone la comisión de un delito";
- e) "la finalidad del acto es facilitar el enjuiciamiento criminal de la persona reclamada, o a la ejecución de la sentencia anteriormente impuesta";
- f) "el procedimiento en que consiste la extradición es un procedimiento jurídico, reglado por el Derecho positivo (interno e internacional)".

§ 62. UBICACIÓN SISTEMÁTICA

Diversas son las teorías que se han expuesto para precisar la esencia jurídico de la extradición.

Muchas de estas teorías, es importante destacar, ponen de relieve algunos aspectos inherentes a la rama del derecho a la que se dedica quien estudia esta cuestión.

Ello se debe, fundamentalmente, a que la extradición es un tema que interesa no solo al Derecho penal, sino también al procesal e internacional.

Desde un punto de vista jurídico-penal la extradición supone la vigencia del **ius puniendi** del Estado requirente que impide de esta forma la impunidad de los delitos sometidos en su jurisdicción.

Como una institución eminentemente procesal se advierte que la extradición requiere la interposición de una demanda (petición) entre Estados, regulada mediante normas que garantizan al sujeto requerido su oposición a la misma.

Finalmente, como tema de Derecho Internacional, la institución que analizamos supone una relación entre dos Estados, como sujetos de Derecho Internacional. Por lo que, en ocasiones, deberá regirse la misma por lo dispuesto en tratados bilaterales o multilaterales.

§ 63. NATURALEZA JURÍDICA

Respecto de la naturaleza jurídica de la extradición existen dos posiciones bien definidas al respecto, según que la misma constituya un acto político o un acto jurisdiccional.

En opinión de algunos autores, la extradición es un político por cuanto es facultad del Estado concederla o no en base a criterios de reciprocidad.

Para otros autores, sin embargo, la extradición es un acto jurisdiccional, pues requiere de un juicio ante los tribunales de justicia, quienes resolverán sobre la procedencia o improcedencia de la petición de extradición, no antes sin brindarle al sujeto requerido la oportunidad de defenderse y oponerse al pedido mismo.

Lo antes expuestos pone de manifiesto que la problemática de la naturaleza jurídica de la extradición va individualmente unida a la solución legal que en cada ordenamiento exista para su tramitación y decisión.

Es por ello que en la doctrina penal MUÑOZ/VILLALAZ⁽⁹⁾ destacan tres sistemas fundamentales en orden a la concesión de la extradición:

- a) Sistema francés, fundamentalmente jurisdiccional;
- b) Sistema norteamericano, típicamente jurisdiccional;
- c) Sistema belga-holandés, que brinda garantías al sujeto requerido, pero que deja a la discreción del gobierno la concesión de la extradición.

§ 64. FUNDAMENTO

La mayoría de los autores que se ocupan de la extradición coinciden en señalar que la misma se fundamenta en un ideal de justicia, puesto que evita que los delincuentes huyan de la sanción prevista para la infracción cometida con solo salir de las fronteras del Estado en que han delinquido.

Su razón de ser inmediata es evitar la impunidad de los delitos; su finalidad inmediata, mantener la vigencia del principio penal según el cual la normal convivencia pacífica de los asociados requiere que quien cometa una infracción de ley penal sea sancionado en la medida que sea necesario para prevenir nuevas infracciones (prevención general) y para actuar, en la medida de lo posible, sobre el propio delincuente (prevención especial).

No en vano RODRÍGUEZ MOURULLO ha señalado atinadamente que sin la extradición "muchos delitos quedarían impunes y la lucha contra la criminalidad, en la que debe estar interesada toda comunidad internacional, se vería notoriamente mermada"⁽¹⁰⁾.

Para MUÑOZ/ VILLALAZ el fundamento de la extradición radica en "las necesidades de la defensa social, es decir, impedir que los delincuentes se sustraigan consecuencias que puedan derivarse de sus actos estableciéndose en el extranjero" ⁽¹¹⁾.

§ 65. CLASES

Existen numerosos criterios que permiten sustentar diversas de extradición. BUENO ARÚS ⁽¹²⁾ destaca las siguientes clasificaciones:

- a) "extradición de hecho y de derecho";
- b) "extradición por imperio internacional y por imperio interno";
- c) "extradición gubernativa, judicial, mixta y policial (pseudoextradición)";
- d) "extradición instructoria (de procesados) y ejecutoria (de condenados)";
- e) "extradición voluntaria (consentimiento del interesado) e impuesta";
- f) "extradición activa, pasiva, de tránsito, reextradición, cuasiextradición y ampliación de extradición".

De todas estas clases de extradición, la última categoría es una de las más frecuentemente mencionadas por autores (activa, pasiva y en tránsito).

⁽⁹⁾ MUÑOZ/VILLALAZ, pág. 159.

⁽¹⁰⁾ RODRÍGUEZ MOURULLO, pág. 168.

⁽¹¹⁾ MUÑOZ/VILLALAZ, pág. 158.

⁽¹²⁾ BUENO ARUS, *Estudios* cit., págs. 51-52.

La misma pone énfasis en que la extradición es una facultad del Estado requirente para la entrega del delincuente al Estado requerido (extradición pasiva). Se habla de extradición en tránsito cuando el sujeto extraditado pasa por un tercer Estado.

§ 66. FUENTES

Diversas son las fuentes que regulan la extradición.

Las mismas, en esencia, pueden ser de carácter interno o internacional. Estas aparecen contenidas en tratados, o pactos internacionales; aquellos, en normas jurídicas del propio Estado.

Excepcionalmente, en defecto de los tratados y de normas jurídicas internas, juega un papel importante la reciprocidad, quedando el Estado favorecido (requerente) obligado a actuar en igual sentido en el futuro respecto del Estado requerido.

En el aspecto interno, la extradición en nuestro país está regulada por el Código Judicial actualmente vigente ⁽¹³⁾.

Por lo que respecta a la normativa internacional, es preciso destacar que Panamá, ha suscrito numerosos convenios bilaterales y multilaterales de extradición.

En efecto, convenios bilaterales tenemos con Estados Unidos ⁽¹⁴⁾, Ecuador ⁽¹⁵⁾, Colombia ⁽¹⁶⁾, México ¹⁷, Italia ¹⁸, y Gran Bretaña ¹⁹ y España ²⁰. Convenios Multilaterales en los que Panamá forma parte son: el firmado en La Habana el 13 de febrero de 1928, que aprobó el Código de Derecho Internacional Privado (Código de Bustamante) ²¹, el firmado en Montevideo el 26 de

⁽¹³⁾ Con la vigencia del Código Judicial se incorporó a este texto la regulación de la extradición, quedando derogada la Ley 44 de 1930 que constituía una legislación penal complementaria al margen del Código Penal y del Código Judicial.

⁽¹⁴⁾ Ley 75, de 14 de junio de 1904. Gaceta Oficial 32, de 30 de junio de 1904.

⁽¹⁵⁾ Ley 46, de 28 de enero de 1911. Gaceta Oficial 1352, de 16 de febrero de 1911.

⁽¹⁶⁾ Ley 16, de 27 de septiembre de 1928. Gaceta Oficial 5380, de 6 de octubre de 1928

⁽¹⁷⁾ Ley 401 de 20 de noviembre de 1930. Gaceta Oficial 5876, de 2 de diciembre de 1930.

⁽¹⁸⁾ Ley 41 de 20 de noviembre de 1930. Gaceta Oficial 5876, de 2 de diciembre de 1930.

⁽¹⁹⁾ Ley 5, de 26 de enero de 1907. Gaceta Oficial de 27 de enero de 1907.

⁽²⁰⁾ Ley 47, de 15 de julio de 1998. Gaceta Oficial 23.588 de 17 de julio de 1998.

⁽²¹⁾ Ley 15 de 1928. Gaceta Oficial número 5402, de 17 de noviembre de 1928.

diciembre de 1933, que aprobó la Convención Americana sobre Extradición ²² y la Convención Interamericana sobre Extradición (Caracas, 25 de febrero de 1981) que reemplazó la anterior de Montevideo ²³.

§ 67. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA EXTRADICIÓN

En nuestro país la extradición se rige por lo dispuesto en los tratados internacionales y, en defectos de éstos, por las disposiciones contenidas en el Código Judicial (arts. 2496 y sgts.)²⁴.

De acuerdo con nuestra Constitución Política (art. 24), el Estado panameño no puede extraditar a sus nacionales bajo ningún concepto, ni a los extranjeros por delitos políticos.

La concesión de la extradición requiere del cumplimiento de un procedimiento, en el que se brinda al sujeto requerido diversas garantías en su favor.

En ausencia de convenios o tratados internacionales, el Código Judicial regula la extradición en atención a dos supuestos distintos: A) la extradición de personas reclamadas por autoridades panameñas y, B) la extradición de personas reclamadas por autoridades extranjeras.

67.1 Extradición por solicitud de autoridades panameñas

En este caso, la regulación aparece en los arts. 2497 a 2499 del Código Judicial.

Para lograr la extradición de un sujeto, las autoridades solicitarán al Ministerio de Relaciones Exteriores que la solicite y en la petición correspondiente deberá comprobarse:

1. Si el sujeto fue sancionado, la sentencia condenatoria y los elementos de prueba que sirvieron de fundamento para el fallo, si no constan en el mismo;
2. Si el sujeto es un procesado, copia del auto de prisión preventiva o de enjuiciamiento, así

(²²) Ley 4, de 27 de septiembre de 1938. Gaceta Oficial 7881, de 5 de octubre de 1938.

(²³) Ley 29, de 23 de diciembre de 1991. Gaceta Oficial 21.942, de 30 de diciembre de 1991.

(²⁴) El profesor Hipólito GILL en nuestro medio llega a la misma conclusión cuando afirma que "La extradición tiene como fuente los convenios internacionales y supletoriamente las leyes internas de los respectivos Estados que regulan el instituto cuando no existen aquellos convenios" (pág. 130).

como las pruebas antes aludidas;

3. Una relación de los hechos investigados, cuando no consten en los documentos antes mencionados;
4. Todas las disposiciones legales aplicables, sobre el delito, la prescripción de la acción penal y de la pena; y,
5. Los datos personales que permitan identificar al sujeto.

Para que la extradición solicitada sea procedente, es preciso que el delito en cuestión esté sancionado con pena privativa de libertad, al menos en el momento de la infracción.

67.2 Extradición por solicitud de autoridades extranjeras

La misma aparece en los arts. 2500 a 2516 del mismo Código. Al igual que la anterior forma de extradición, ésta requiere la solicitud correspondiente al Ejecutivo, por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores y que el sujeto requerido esté en el territorio nacional.

Un principio básico en esta modalidad de extradición lo constituye el llamado **principio de doble incriminación**, en virtud del cual sólo concede la extradición por delitos que sean infracciones tanto en el Estado requeriente como en el Estado requerido (Panamá). ⁽²⁵⁾

Junto con la solicitud de extradición, el Estado requeriente deberá acompañar cierta documentación de vital importancia para la concesión de la misma.

En efecto, es imprescindible acompañar los mismos documentos que antes mencionamos cuando es Panamá quien pide la extradición (copia de la sentencia condenatoria, si fuere el caso, copia de las disposiciones legales aplicables, etc).

Panamá, por su parte, puede negar la extradición si:

1. El sujeto es panameño por nacimiento o por nacionalización, antes de cometido el hecho punible;
2. Los tribunales panameños son competentes para juzgar dicho hecho punible;
3. A juicio de Relaciones Exteriores la persona será juzgada por un delito distinto del que

⁽²⁵⁾ Enrique GIMBERNAT ORDEIG, Estudios de Derecho Penal, Tecnos, 3ª. Edición, Madrid, 1990, págs. 114 y sgts.

motiva la petición de extradición;

4. La solicitud hubiere sido negada anteriormente, por el mismo delito, con los mismos fundamentos y respecto del mismo sujeto;

5. La persona reclamada ya cumplió la sanción, haya sido indultada o amnistiada por ese hecho en el lugar donde lo cometió o en Panamá.

6. La acción penal o la pena están prescritas en el lugar de comisión del hecho o en Panamá;

7. El sujeto es perseguido por delitos políticos o la extradición obedece a móviles políticos;

8. El delito tiene pena de muerte en el lugar de su comisión, salvo formal compromiso del Estado requeriente de aplicar una distinta (menos severa);

9. La persona requerida está cumpliendo condena en Panamá o está sometida a proceso por nuestras autoridades; en esta caso, no obstante, la extradición si se concede, se diferirá hasta que el sujeto cumpla la pena impuesta por las autoridades panameñas; y,

10. El sujeto requerido fue juzgado en Panamá por el mismo delito que justifica el pedido de extradición; y,

11. Así lo dispone el Órgano Ejecutivo, en forma razonada.

El procedimiento de la extradición es breve, sumario, pero dotado de garantías en favor del sujeto, que incluso puede recurrir ante la Sala Segunda, de lo Penal, de la Corte Suprema de Justicia, para oponerse al pedido de extradición formulado en su contra.

En este caso, la decisión final del Ejecutivo requerirá que la Corte Suprema de Justicia rechace las objeciones formuladas por el sujeto requerido, en cuyo caso, si ello ocurre, le queda vía libre al Ejecutivo para conceder o negar la solicitud de extradición.

Solo nos falta añadir que, negada la solicitud de un nacional, Panamá se obliga a juzgar al sujeto por el hecho punible como si hubiera sido cometido en territorio panameño.

CAPITULO XV

VALIDEZ TEMPORAL DE LA LEY PENAL

§ 68. GENERALIDADES

La validez temporal de la ley penal se halla condicionada por su entrada en vigencia y su derogación ⁽¹⁾. El tiempo entre uno y otro momento es el período de vigencia real o propio de la norma penal, que en ocasiones se ve excedido por situaciones especiales.

Una ley penal, por ejemplo, y en esto no se diferencia del resto de las leyes, tiene aplicación generalmente a partir de su vigencia. La ley penal es irretroactiva, pues se aplica a hechos que ocurrirán con posterioridad a su vigencia.

En algunos casos, sin embargo, como veremos después, la ley penal se aplica a hechos ocurridos antes de su vigencia o se aplica aun después de derogada la misma. En estos casos, nos encontramos ante supuestos de **retroactividad y ultraactividad** de la ley penal.

Luego de lo antes expuesto, podemos concluir que, en principio, la ley penal es irretroactiva, ya que sólo en casos excepcionales se aplica a hechos ocurridos fuera de su vigencia.

⁽¹⁾ No compartimos la opinión de los autores que consideran que la validez transcurre entre el nacimiento (creación) de la ley penal y su derogación, pues el nacimiento de la misma ley no siempre coincide con su entrada en vigencia. Sobre el particular, atinadamente, SAINZ CANTERO, pág. 386.

§ 69. NACIMIENTO DE LA LEY PENAL. FASES

La creación de la ley penal se desarrolla a través de una serie de fases o etapas sucesivas, entre las cuales debemos destacar las siguientes: a) la iniciativa; b) la discusión; c) la sanción; d) la promulgación (publicación) y, e) la vigencia. Excepcionalmente, entre la promulgación y subsiguiente publicación media un período llamado **vacatio legis**, plazo en el cual la ley no está vigente pero ya está creada.

La reforma constitucional de 1983, que nos regresa afortunadamente a la práctica vigencia de la Constitución de 1946, en mal momento desplazada por la llamada "Revolución" del 11 de octubre de 1968, modificó el sistema legislativo vigente en el país entre octubre de 1968 y noviembre de 1984.

Quedan atrás los días en que la función era ejercida por el Consejo de Gabinete o por un Legislativo designado en forma de **sui generis**, con miembros que eran elegidos en forma directa y otros que provenían de la Asamblea de Representantes de Corregimiento.

69.1 Iniciativa

En principio podemos señalar que la expedición, modificación, reforma o derogación del Código Penal requiere la aprobación de una ley orgánica, la que a su vez exige un tratamiento distinto de las demás leyes denominadas por la Constitución como **ordinarias** (Artículo 159 de la Constitución).

Como consecuencia de ello, la iniciativa legislativa para estos efectos está en poder de "Comisiones permanentes de la Asamblea Legislativa", de los "Ministros de Estado, debidamente autorizados por el Consejo de Gabinete" y, en algunos casos, por la "Corte Suprema de Justicia, el Procurador General de la Nación y el Procurador de la Administración, siempre que se trate de la expedición o reforma de los códigos nacionales".

Sólo a ellos corresponde la iniciativa legislativa para establecer normas penales, pues sólo ellos poseen iniciativas parlamentarias para estos casos.

69. 2 Discusión

Toda ley orgánica debe ser aprobada en tres debates por el Órgano Legislativo, en tres días distintos.

De acuerdo con la Constitución Nacional (art. 160) el debate que se le da al de la ley en la respectiva Comisión equivale al primer debate del mismo proyecto, paso previo a que el mismo sea considerado en segundo y tercer debate.

En el segundo y tercer debate el proyecto de ley debe obtener el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Legislativa, pues tales exigencias se consagran en la Constitución exclusivamente para las leyes orgánicas, a diferencia de las leyes ordinarias que requieren la aprobación de la mayoría de los legisladores asistentes a la sesión correspondiente (art. 159 de la Constitución).

69. 3 Sanción

Luego de aprobada la ley penal el Órgano Legislativo, es menester la sanción de la misma por el Órgano Ejecutivo.

Corresponde al Presidente de la República sancionar las leyes emanadas del Órgano Legislativo dentro del plazo de treinta (30) días hábiles a partir de su aprobación legislativa. Luego el mismo Presidente de la República ordenará su promulgación.

La "sanción" presidencial es el acto en virtud del cual el Presidente de la República autoriza o aprueba la creación de la norma, en este caso, la ley penal, recibida del Órgano Legislativo, previo cumplimiento de las formalidades vigentes en la materia.

En caso de no estar de acuerdo con la misma ley, el Presidente no la sanciona y procede a **vetarla** (veto) en ejercicio de sus facultades constitucionales.

69. 4 Promulgación

La promulgación de la ley penal, como de toda ley, equivale en nuestro ordenamiento a su publicación en la Gaceta Oficial.

En Panamá se identifican los términos "promulgación" y "publicación" toda vez que el Código Civil y la Constitución sólo hacen referencia a la promulgación de las leyes.

La promulgación de las leyes es de significativa importancia, ya que la misma determina la entrada en vigencia de la ley, salvo que en la ley se disponga otra cosa.

Toda ley debe ser promulgada a más tardar seis (6) días después de su sanción, según lo preceptúa la Constitución (art. 167).

En esencia, la promulgación implica poner en conocimiento de todos, la existencia de la ley, a fin de que se observe lo en ella prescrito.

69.5 "*Vacatio Legis*"

Si bien es cierto que la mayoría de las leyes entran a regir a partir de su promulgación, la misma Constitución (art. 167) consagra la posibilidad de excepciones a este principio.

En efecto, puede ocurrir que la ley comience a regir a partir de su publicación, como ha ocurrido recientemente con el Código Penal objeto de este estudio⁽²⁾.

Por otra parte, en algunos otros casos, puede ocurrir que la ley comience a regir en fecha posterior a su promulgación. Ello se da cuando existe un lapso que transcurre entre la promulgación o sanción y la vigencia real y efectiva de la misma ley.

Este lapso, denominado **vacatio legis**, implica que la ley no está vigente, pero existe al menos formalmente. En este caso, la ley existe pero no rige todavía.

La **vacatio legis** tiene su razón de ser al dilatar la entrada en vigencia de la norma y posibilitar un mejor conocimiento de la misma por los ciudadanos y los encargados de su aplicación. FIERRO a este respecto señala que "tiene por objeto favorecer el efectivo conocimiento de la ley por parte de todos los habitantes y también de los órganos del Estado encargados de su aplicación, siendo frecuente, en materia penal, que dicho período de vacancia de la ley tenga una duración que oscila entre los tres y los seis meses" ⁽³⁾.

⁽²⁾ Confrontose, al respecto, el artículo 391 del Código Penal.

⁽³⁾ FIERRO, Guillermo J. **La Ley penal y el derecho transitorio**, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1978,

§ 70. VIGENCIA DE LA LEY PENAL

70. 1 Consideraciones previas

El principio general que rige la validez de la ley penal en cuanto al tiempo, es el de la irretroactividad de la ley, ya que los delitos se sancionan con la ley vigente en el momento de su realización.

En principio, salvo las excepciones que más adelante veremos, la ley rige hacia el futuro. por lo que tenemos que corregir que la ley penal se encuadra en el mismo principio.

Nuestra Constitución Política consagra este principio su artículo 43, cuando establece lo siguiente: "Las leyes no tienen efecto retroactivo...".

A propósito de las leyes penales, sin embargo, consagra el principio de retroactividad de la ley favorable al reo en el artículo antes citado.

En el plano legislativo, este principio también está consagrado en el artículo 1º, del Código Penal, que a la letra preceptúa: "Nadie podrá ser procesado ni penado por un hecho no descrito expresamente como delito **por la ley vigente al tiempo de su comisión**, ni sometido a medidas de seguridad que la ley no haya establecido previamente". "Las infracciones de la ley penal se dividen en delitos y faltas; las últimas las define y castiga el Código Administrativo" (El subrayado es nuestro).

Un principio idéntico se establece en el art. 9 del anteproyecto de código penal de 1998, que sobre el particular dispone lo siguiente: "Los delitos son penados de acuerdo con la ley vigente al tiempo de la acción u omisión, independientemente de cuando se produjo el resultado....".

70. 2 El problema de la "retroactividad"

En algunos casos, la ley penal se aplica a hechos ocurridos antes de su vigencia. Este fenómeno es conocido como **retroactividad**.

La retroactividad consiste en aplicar a un hecho una ley que no estaba vigente al tiempo de su comisión.

Esto sólo ocurre, por expreso mandato constitucional y legal, cuando la nueva ley que se

aplica retroactivamente es más favorable al reo que la ley vigente al tiempo de comisión de la infracción.

Este principio está recogido en el artículo 43 parte final de la Constitución Política panameña, que textualmente dice así: "En materia criminal la Ley favorable al reo tiene siempre preferencia y retroactividad, aun cuando hubiese sentencia ejecutoriada".

En el Código Penal encontraremos recogido expresamente este principio, cuanto a casos todavía no resueltos, en el artículo 13 que a la letra dispone: "Si con posterioridad a la comisión del hecho punible se promulgará una nueva ley, y no se hubiere decidido definitivamente el caso, se aplicará al procesado la ley más favorable".

En forma más concreta y específica, en el artículo 14 del mismo Código encontramos el principio concebido en los siguientes términos: "La ley penal que prive el carácter criminoso a un hecho definido como tal, la que suprima o aminore una pena y la que en cualquier forma modifique favorablemente para el reo las disposiciones penales, se aplicará desde que entre en vigencia, aunque haya sentencia ejecutoriada". " Para los efectos de este artículo se procederá de oficio o a petición de parte".

Luego de lo antes expuesto, podemos concluir en que nadie puede ser sancionado por un hecho que no constituya delito al tiempo de su comisión o que haya dejado de serlo antes de decidirse definitivamente el caso.

Por otra parte, en materia penal sólo es retroactiva la ley que sea más favorable al reo, aunque haya sentencia ejecutoria (art. 14). El principio previsto en el art. 13 del Código Penal se aplica a hechos sometidos a proceso, cuando la nueva ley es más favorable que la vigente al tiempo de su comisión del ilícito.

Entendemos como "ley más favorable al reo" aquella que atenúa en cualquier medida la responsabilidad criminal del sujeto o elimina el carácter de ilícito del hecho cometido.

Para lograr establecer este aspecto, es menester valorar ambos textos legales en su conjunto y decidir cuál brinda resultados menos graves al sujeto, labor que debe efectuar el juzgador teniendo presente que no es posible mezclar preceptos de ambas leyes para resolver el caso en concreto. No en vano MUÑOZ/VILLALAZ han señalado al respecto "que no será factible tomar algunos elementos 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" (4).

A nuestro juicio, se atenúa considerablemente la responsabilidad penal del sujeto cuando la nueva ley establece una pena distinta de la anterior, siendo que la nueva pena trae un mínimo y un máximo que son menores que los previstos en la ley vigente al tiempo de comisión del hecho punible.

En este sentido, se atenúa considerablemente la responsabilidad del sujeto cuando se consagran una serie de atenuantes en la nueva ley que no estaban previstas en la ley vigente al tiempo de comisión, de modo que la aplicación de tales atenuantes reduzca la pena impuesta al sujeto.

Por último, estimamos que también es ley penal más favorable al reo aquella que consagra una serie de nuevas instituciones penales que favorecen considerablemente al sujeto, aunque no reduzca el grado de su responsabilidad penal. Este es el caso del nuevo Código Penal, que frente a numerosas disposiciones penales idénticas en su parte especial respecto del Código anterior, consagra una serie de instituciones en beneficio del reo (suspensión condicional de la ejecución de la pena, reemplazo de penas cortas privativas de libertad por reprensión o días-multa, etc.).

En el Anteproyecto de Código Penal de 1998 se consagra, a propósito de la retroactividad, unos principios similares a los expuestos anteriormente respecto del Código Penal vigente.

En efecto, los arts. 10 y 11 del anteproyecto consagran dicha retroactividad, incluso cuando no se haya cumplido la totalidad de la pena. El anteproyecto consagra que, en caso de duda sobre que ley es más favorable, debe aplicarse como favorable la ley que solicite el imputado o su defensor.

70.3 El problema de la "ultraactividad"

En ocasiones la ley penal se aplica a un hecho cometido durante su vigencia, pero en momentos en que tal ley ha sido sustituida por otra nueva. En estos casos, estamos ante

(4) MUÑOZ/VILLALAZ, pág. 149-150. Una amplia exposición sobre la ley más favorable a sido explicada por JACOBS, explicaciones abundantes sobre los supuestos que se pueden dar y la punibilidad correspondiente (GUNTER JACOBS, **Derecho Penal**. Parte General, Marcial Pons, Madrid, 1995, págs. 120 - 126).

supuestos de ultraactividad.

Esto ocurre, generalmente, porque la nueva ley es más desfavorable que la vigente al tiempo de comisión del hecho, siendo imposible, aplicar retroactivamente una Ley que es más grave que la derogada, que continúa vigente para los hechos ocurridos durante su vigencia temporal.

Este principio de "ultraactividad" es una manifestación máxima del principio **tempus regit actum**, según el cual el hecho cometido se rige por la ley vigente al tiempo de su comisión (con la excepción de la retroactividad, como hemos tenido la ocasión de comprobar).

El reconocimiento de este principio implica el tener que aceptar que la ley penal puede ser aplicada más allá de su vigencia, pues a pesar de estar derogada con carácter general frente a nuevos hechos, continúa vigente para aquellos hechos que ocurrieron durante su vigencia y que no están amparados bajo la retroactividad de la nueva ley.

§ 71. DEROGACIÓN

Podemos señalar que una vez derogada la ley, en principio, deja de tener vigencia y no puede ser aplicada a hechos ocurridos después de derogada.

En ocasiones la derogación de una ley penal ocurre en forma expresa por el legislador, en otras ocasiones, lamentablemente, dicha derogación no es expresa, sino tácita.

Sería lo deseable que toda derogación sea expresa, con indicación de la fecha en que la misma se produce.

Una excepción al principio según el cual la ley solo rige durante su vigencia y deja de estar vigente luego de derogada, la encontramos cuando nos referimos a supuestos de ultraactividad, a los que nos referimos anteriormente y a ello nos remitimos.

§ 72. LA LEY INTERMEDIA

En algunos casos ocurre que luego de cometido un hecho, se dicta una nueva ley que deja de estar vigente en el momento de decidirse sobre la responsabilidad del sujeto.

NOVOA afirma que en estos casos la sucesión de leyes no se reduce a dos de ellas, sino a tres distintas. En su opinión, ello ocurre cuando "el delito haya sido cometido bajo el imperio de una ley, que otra distinta esté vigente en el momento de enjuiciarse el hecho y que entre ellas se hayan interpuesto una o más leyes que rigieron una época intermedia pero que fueron reemplazadas por la última. Esas leyes que se interponen entre las dos vigentes al momento del hecho y al momento del juicio, se denominan leyes intermedias" (5).

Sobre el particular, es preciso destacar que en la doctrina es mayoritario el criterio de que la ley intermedia favorable al reo debe tener aplicación al momento de juzgarse el hecho, si ella es más favorable que la ley vigente al momento de su comisión o de su juzgamiento, aunque no haya sido vigente en ninguno de dichos momentos. MUÑOZ/VILLALAZ (6), NOVOA (7) y COUSIÑO (8) participan de este criterio, que no es compartido por CEREZO (9).

Este último autor, en efecto, sostiene que tal criterio "carece de base, pues la ley intermedia no estaba en vigor en el momento de la realización de la conducta delictiva y ha sido ya derogada en el momento del juicio" (10).

Nosotros, siguiendo el criterio mayoritario, estimamos que la ley intermedia más favorable que las otras debe ser aplicadas en su favor, pues por expreso mandato constitucional que se deduce de las normas antes citadas tal ley intermedia es de obligatoria aplicación en beneficio del sujeto.

§ 73. LA LEY TEMPORAL Y LA LEY EXCEPCIONAL

Entendemos por leyes temporales aquellas que consagran en su propio texto el plazo de vigencia para ellas señalado.

Leyes excepcionales son aquellas que se dictan para hacer frente a determinadas

(5) NOVOA, I, pág. 199.

(6) MUÑOZ/VILLALAZ, pág. 151.

(7) NOVOA, I, pág. 199.

(8) COUSIÑO, págs. 124-126.

(9) CEREZO, pág. 225.

(10) CEREZO, pág. 225.

circunstancias que requieren de medidas más enérgicas que las previstas en la legislación ordinaria. Como ejemplo de ellas, se citan en la doctrina aquellas leyes que se dictan por razón de una guerra, una alteración grave del orden interno, etc.

El objeto fundamental de estas leyes es el aumentar las penas establecidas para determinados hechos ilícitos o crear nuevas figuras delictivas por razón del momento que las requiere para garantizar un clima de paz y tranquilidad.

En la doctrina moderna se discute si los hechos realizados durante la vigencia de leyes temporales o excepcionales deben ser juzgados conforme a ella, cuando las circunstancias que motivaron la expedición de la ley han desaparecido o cuando la misma ley está derogada por haberse cumplido el plazo preestablecido. La pregunta, en esencia, es si se aplica la ley temporal o excepcional ya derogada o si se aplica la ley que la sustituyó, cuando está es más favorable al sujeto en virtud del principio de retroactividad de la ley más favorable.

Un sector de la doctrina estima que la ley temporal o excepcional debe aplicarse ultraactivamente, es decir, aunque esté derogada, ya que de lo contrario la prohibición se tornaría ineficaz al saberse de antemano su derogación al cumplirse el plazo de vigencia fijado en la misma o al desaparecer las circunstancias que motivaron su expedición.

Partidario de esta opinión es GRISPIGNI ⁽¹¹⁾, quien señala que "La razón por la cual dichas leyes están reguladas de manera diferente a las leyes penales comunes, consiste en el hecho de que de otro modo la prohibición penal sería ineficaz, en cuanto, conociéndose de antemano su próximo cese, podrían ser violadas con la certeza de no ser objeto de la sanción penal", pues en su opinión el art. 3, ap. 2 del Código Penal italiano le permite tal interpretación.

Otro sector doctrinal, por el contrario, estima que la solución al conflicto planteado se resuelve siguiendo los criterios ya antes expuestos, en torno a la retroactividad de la ley más favorable⁽¹²⁾.

En nuestra opinión, dada la elevación a rango constitucional del principio de retroactividad de la ley más favorable, aunque haya sentencia ejecutoriada, la solución no puede ser otra que la de aplicar la ley más favorable al sujeto, aunque ello signifique que pierdan sentido y razón de ser ambas leyes.

⁽¹¹⁾ GRISPIGNI, pág. 190.

⁽¹²⁾ En este sentido; ANTÓN ONECA, pág. 110; RODRÍGUEZ DEVESA, pág. 218 y CEREZO, pág. 226.

§ 74. EL TIEMPO DE REALIZACIÓN DEL DELITO

En ciertos delitos la determinación de la ley aplicable se torna difícil, toda vez que la realización del mismo sucede durante la vigencia de leyes sucesivas.

SAINZ CANTERO pone de manifiesto que algunos problemas se presentan al tratar de establecer cuál es la ley aplicable en casos de delitos de acción fraccionada, delitos a distancia, delitos de resultado diferido, delitos permanentes y delitos habituales, en los que es posible que parte de la conducta se realiza al amparo de una ley y el resto, o el resultado, se produce bajo la vigencia de otra⁽¹³⁾.

A pesar de las diversas soluciones planteadas para tales problemas, la expresa consagración del principio de retroactividad de la ley más favorable obliga a resolver la cuestión tomando como ley aplicable aquella que sea más favorable al sujeto⁽¹⁴⁾.

⁽¹³⁾ SAINZ CANTERO, pág. 406 y sgts.

⁽¹⁴⁾ En este mismo sentido: NOVOA, I, pág. 201.

CAPITULO XVI

VALIDEZ PERSONAL DE LA LEY PENAL

§ 75. GENERALIDADES

Algunos autores destacan la importancia del estudio del ámbito personal de validez de la ley penal, a fin de resaltar la inexistencia de fueros o privilegios en favor de determinados grupos o clases sociales.

A diferencia de lo que ocurría en tiempos pasados, las personas no tienen una especial protección por razón de su clase social cuando se le imputa la posible comisión de un hecho delictivo.

Han quedado atrás, y pertenecen a la historia de la humanidad, los tiempos en que los "nobles juzgaban los hechos cometidos por sujetos de su misma clase social, de forma tal que la impunidad de los hechos delictivos era propiciada cuando personas acomodadas eran los responsables de los mismos.

Sabemos que con el advenimiento de la República Francesa esta situación cambió "radicalmente", pues la vigencia del principio de "igualdad" ⁽¹⁾ de todos los ciudadanos no permitió que se continuasen con estos abusos.

⁽¹⁾ Confróntese el art. 1º de la Convención de los Derechos del Hombre, ONU, 1948.

§ 76. EL PRINCIPIO DE "IGUALDAD DE TODOS ANTE LA LEY"

De acuerdo con el art. 19 de la Constitución Nacional "no habrá fueros ni privilegios personales ni discriminación por razón de raza, nacimiento, clase social, sexo, religión o de ideas políticas". Además, en el art. 20 de la norma constitucional se consagra el principio de igualdad de los panameños y extranjeros ante la ley, aunque en el mismo se establezcan ciertas limitaciones a los extranjeros.

A propósito de la ley penal, sin embargo, el propio Código Penal en su art. 15 se sienta el principio general de la ley penal se aplica sin ningún tipo de distinciones en cuanto a las personas. Encuentra así acogida el principio según el cual todas las personas son iguales ante la ley penal².

Quiere ello decir, en consecuencia, que en principio todas las personas son iguales ante la ley y a ella están sometidas todas por igual.

Existen, no obstante, algunas excepciones que el propio Código Penal consagra, sin duda, en concordancia con postulados constitucionales o principios generales del Derecho Internacional Público consagrados en otros textos jurídicos de obligatoria observancia.

§ 77. EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE IGUALDAD

Tradicionalmente se ha señalado que constituyen excepciones al principio de igualdad de todas las personas ante la ley las siguientes: a) los representantes diplomáticos; b) los Jefes de Estado extranjero en el territorio nacional; y c) los parlamentarios, por razón de sus opiniones en la Cámara Legislativa.

Desde un punto de vista sistemático, la cuestión debemos enfocarla desde una perspectiva distinta, según se trate de excepciones que encuentran su fundamento en la propia Constitución o en Convenios Internacionales.

Por lo que respecta a las excepciones consagradas en la Constitución Nacional, debemos

⁽²⁾ El art. 20 de la Constitución Política recoge este principio.

señalar que las mismas no se limitan a las opiniones de los parlamentarios, pues en ciertos casos el Presidente de la República también goza de inmunidad ⁽³⁾ y los Legisladores en los términos establecidos en la Constitución ⁽⁴⁾.

En estos casos, sin embargo, la inmunidad no está consagrada en beneficio de determinadas personas, pues, por el contrario la misma ha sido consagrada en beneficio de quienes ostenten tales cargos o desempeñen dichas funciones.

No estamos, en consecuencia, ante casos de excepciones personales sino de excepciones funcionales como bien anotan MUÑOZ/VILLALAZ⁽⁵⁾, pues "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".

En cuanto a las excepciones consagradas en el Derecho internacional, cabe señalar que las excepciones usuales han sido establecidas en favor de los Jefes de Estado extranjero que visitan otro país y a favor de los representantes diplomáticos, dependientes y demás personal extranjero al servicio de la Misión.

Estas excepciones tienen su fundamento legal en el Código de Derecho Internacional Privado, también conocido como Código Bustamante, aprobado mediante ley 15 de 1928.

Respecto a los Jefes de Estado, el art. 297 del mencionado Código consagra su inmunidad; por lo que respecta a los representantes diplomáticos, empleados extranjeros de la misión diplomática y sus familias, el art. 298 del mismo Código consagra igual principio.

Por otra parte, es necesario destacar, que la existencia de estos casos de inmunidad hacen al sujeto irresponsable frente a la legislación interna del país en que se encuentren, pero en nada impiden, que se les sancione de acuerdo con la legislación de su propio Estado.

Finalmente, en el Anteproyecto de Código Penal de 1998 se prevé, en el art. 16, la inmunidad de los Jefes de Estado extranjero en el territorio nacional, la de los diplomáticos y demás personas que gocen de la misma según el Derecho Internacional y las previstas para los casos consagrados en la Constitución Nacional.

⁽³⁾ Véase el texto del art. 186 de la Constitución Política, que también es aplicable a los Vicepresidentes de la República.

⁽⁴⁾ Véase el art. 149 de la Constitución Política.

⁽⁵⁾ MUÑOZ/VILLALAZ, pág. 165.

§ 78. EL PROBLEMA DE LAS PRERROGATIVAS PROCESALES

Especial consideración merece el tema de las prerrogativas procesales o funcionales, en donde no encontramos "inmunidad" alguna, pero sí el privilegio de no ser sometido a juicio alguno sino ante determinadas autoridades, que por expreso mandato legal son las únicas legalmente capaces para conocer de las causas penales seguidas en contra de ciertos funcionarios.

Razones político-criminales no permiten que un Ministro de Estado o un Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial sea juzgado como responsable de lesiones culposas por un "Juez Municipal", autoridad ésta que tiene inferior jerarquía que aquellos, correspondiéndole en todo caso tal enjuiciamiento a la Corte Suprema de Justicia, en virtud de expreso mandato legal.

En estos casos, no existe inmunidad a favor del funcionario, pero si el derecho a ser juzgado - por razón su cargo- por autoridad de mayor o igual jerarquía que ellos y que, en principio, no podrá ser intimidada o coaccionada en beneficio del funcionario cuya jerarquía podría afectar la recta administración de justicia.

En este sentido, es clara y precisa la interpretación del art. 16 del Código Penal, que a la letra dispone: "La comisión de un hecho punible por un servidor público a cuyo favor exista prerrogativa funcional, no impide que la autoridad competente, previo cumplimiento de las formalidades legales, le aplique las sanciones previstas en la ley penal".