

CARLOS ENRIQUE MUÑOZ POPE
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Panamá

ESTUDIOS PENALES

Panamá, 1999

Carlos Muñoz Pope
Apartado 4792
Panamá 5, Panamá

Primera edición, 2000
Carlos Enrique Muñoz Pope
Reservados todos los derechos
Impreso: Publicaciones Jurídicas de Panamá
Edición dirigida: Sadid N. Assias Sossa.
Colaboración: Guadalupe Scout.
Apartado Postal: G, Zona 4, Panamá
Teléfono: (507) 270-4622

www.penjurpanama.com

A mis padres

www.penjuranama.com

Prólogo

Esta publicación recoge, entre otros, algunos trabajos efectuados en torno a temas de cierto interés académico que me han permitido disertar ante un público muy selecto en el desarrollo de cursos, seminarios o conferencias organizados en el país o en el extranjero.

El trabajo sobre la importancia de la teoría del delito. Enfoque desde el Estado constitucional. Causalismo y Finalismo constituye la conferencia que dicte el día 19 de noviembre de 1999 en la Escuela Judicial, en el marco del Seminario para el mejoramiento de la Administración de Justicia, organizado para magistrados, jueces, fiscales y defensores públicos con el apoyo de Unión Europea.

Aunque es el trabajo más reciente, aparece de primero en atención de la trascendencia del mismo. El texto prácticamente reproduce, sin alteración alguna, la intervención que realicé en el seminario mencionado a solicitud de los responsables del programa para el mejoramiento de la administración de justicia en Centroamérica y Panamá, que desde San José (Costa Rica) dirige mi querido amigo D. Luis Fernando Solano, Magistrado de la Corte Suprema del hermano país.

El tema de dicha exposición fue sugerido por los propios organizadores del evento, lo que pone de manifiesto una realidad: los servidores públicos que intervienen en el sistema de la justicia penal, al menos en Panamá, no tienen una cabal idea y comprensión del contenido de la teoría del delito, cuestión de vital importancia para el

eficaz cumplimiento del trabajo que se les ha encomendado. Por tal razón, aunque la cuestión de las escuelas está totalmente superado hoy día, sea cual sea la afiliación doctrinal del individuo que interviene en la aplicación del Derecho, es imprescindible una amplia y coherente formación dogmática de los participantes en la administración de justicia, pues de lo contrario sus actuaciones estarán carentes de fundamento y respeto por la normativa vigente en el momento respectivo, lo que supone inseguridad jurídica para todos y, por lo menos, un grave peligro para la vigencia del principio constitucional de legalidad de los delitos, las penas y las medidas de seguridad.

Por su parte, el estudio intitulado “Estado de la legislación criminal panameña en el Quinto centenario del Encuentro de Dos Culturas” reproduce la conferencia pronunciada con ocasión de los 500 años de la llegada de Cristóbal Colón a tierras americanas en la sede del Colegio Nacional de Abogados de la Provincia de Colón en octubre de 1992.

El trabajo sobre “Estado de Necesidad y responsabilidad civil” constituye mi contribución al Libro Homenaje publicado con Colombia en honor del profesor D. Enrique que recién edito en 1999.

Respecto del trabajo intitulado “Alternativas a la pena de prisión en el ordenamiento penal panameño” puedo señalar que el mismo reproduce, salvo muy pequeñas modificaciones, el escrito preparado hace varios años para el Libro Homenaje al profesor E. ZAVALA VAQUERIZO, de Ecuador, del que no tengo mayor información hasta la fecha.

Sobre el escrito que se ocupa de la “Responsabilidad penal en casos de accidentes de tránsito” debo señalar que constituye la

conferencia que en 1997 pronuncié en el Seminario organizado por Instituto Panameño de Derecho Procesal, con motivo del programa de actividades de la mencionada entidad académica.

La exposición sobre “Redes de explotación sexual de menores” reproduce la conferencia que pronuncié en 1997 en el Congreso Universitario de Alumnos de Derecho Penal que organizó la Universidad de Salamanca, evento en el que intervine por gentil invitación del Rector Magnífico de dicha Universidad, mi querido amigo y antiguo compañero de la Universidad Complutense de Madrid, el profesor D. Ignacio Berdugo y Gómez de la Torre.

El estudio sobre “El delito de violencia intrafamiliar en el Código penal panameño” reproduce la conferencia pronunciada en 1999 en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Santa María La Antigua, de Panamá, dentro del marco de actividades programadas por el Centro de Estudiantes de Derecho de la citada institución universitaria.

El lector de esta publicación no encontrará en la misma erudición ni mayor elocuencia que la simple intención de plantear una situación crítica que merece mejor regulación legal, por lo que me sentiría muy satisfecho si logro despertar alguna inquietud entre mis benevolentes lectores.

INDICE

	Pág.
Importancia de la teoría del delito. Enfoque desde el estado constitucional de derecho (causalismo y finalismo)	8
Estado de la legislación criminal panameña en el v centenario del encuentro de dos culturas	32
Estado de necesidad y responsabilidad civil	53
Alternativas a la pena de prisión en el ordenamiento penal panameño	67
La responsabilidad penal en casos de accidentes de tránsito	83
Redes de explotación sexual de menores	107
El delito de violencia intrafamiliar en el Código Penal Panameño	128

IMPORTANCIA DE LA TEORIA DEL DELITO. ENFOQUE DESDE EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO (CAUSALISMO Y FINALISMO)

I. INTRODUCCION

El título de esta exposición implica, no tengo que señalarlo, el estudio de una cuestión de dogmática penal actual, pues gira en torno a la importancia de la teoría del delito en nuestros días, lo que equivale a plantear la trascendencia de la estructura y sistema de la teoría del delito en la actualidad.

No se crea, sin embargo, que el tema es exclusivamente teórico, pues la realidad pone en evidencia que es necesario un cierto grado de abstracción para comprender que la labor del juzgador impone la necesaria aplicación de conocimientos teóricos a los casos que llegan al conocimiento del administrador de justicia, quien termina decidiendo junto a su experiencia práctica, el futuro del procesado: absuelto de los cargos que se le imputan o declarado responsable de los mismos luego de un proceso seguido de acuerdo con las formalidades legales que le haya

garantizado su derecho de defensa y demás derechos consagrados en su favor en el ordenamiento constitucional, penal y procesal penal.

Plantear en Panamá esta cuestión nos permite recordar toda la amplia evolución que durante el presente siglo ha experimentado la teoría del delito, de forma que la práctica que se desarrolla en los tribunales de justicia se nutra de la misma y al realizar la misión que se le encomienda al juzgador, éste - el juez-, la lleve a cabo dentro de los parámetros constitucionales y legales que correspondan, pues no podemos concebir una administración de justicia penal de espaldas al marco teórico que en los últimos cuarenta años domina prácticamente sin oposición significativa.

Aunque el título de esta exposición reduce la discusión de la importancia de la teoría del delito a la problemática de las teorías causalista y finalista nuestra intención es brindar una amplia exposición sobre dicha importancia, sin tener que concentrarnos exclusivamente en las teorías antes mencionadas, pues la lucha entre los partidarios de la teoría causalista y la teoría finalista es un aspecto histórico que no merece ser reproducido en esta breve intervención, pues obviamente ello excede con creces el objetivo de nuestra intervención. Además, las teorías causalista y finalista no son las únicas que merecen consideración, pues algunos conceptos han sido reelaborados y superados por los partidarios

de otras teorías, distintas a las ya mencionadas (como la teoría de la acción social). Hoy día, por otra parte, existen otras corrientes que no tienen cabida en esta ocasión, pero que merecen sin duda alguna nuestra eventual atención pues sus elaboraciones no pueden ser incluidas dentro de la corriente finalista.

En el panorama de la dogmática penal de nuestros días la lucha entre causalistas y finalistas terminó hace mucho tiempo, aunque el sistema de la teoría del delito que domina en nuestros días coincide en muchos aspectos con los postulados o conclusiones de los partidarios de la teoría finalista, también conocida usualmente como teoría de la acción final.

No se crea, sin embargo, que todo aquel que propugne por una sistemática moderna es necesariamente partidario de la teoría finalista o, al menos, pueda ser considerado como tal, ya que ello no es cierto.

En efecto, muchos de los postulados o conclusiones propugnados por partidarios de la teoría finalista son aceptados también por autores que no podemos tildar de finalistas, pero dichos postulados o conclusiones son resultados de una evolución que llega a consecuencias idénticas o similares a las finalistas pero por otra vía o fundamentación, como bien ha puesto de manifiesto **SILVA SANCHEZ** en una de sus últimas

publicaciones¹.

Para citar un ejemplo: quizás sea ROXIN² el autor más importante de la dogmática penal de nuestros días y su elaboración del sistema de la teoría del delito coincide en gran medida con los postulados o conclusiones promovidos y defendidos por los partidarios de la teoría finalista, pero nadie hoy día se atreve a incluir a dicho autor como partidario de dicha orientación dogmática.

II. TRASCENDENCIA DEL TEMA

No cabe duda alguna hoy día, que la dogmática tiene enorme importancia para la ciencia del Derecho penal.

Ello por dos razones fundamentales: por una parte, porque la dogmática referida al Derecho penal se ocupa de brindar una forma de entender los conceptos y postulados fundamentales, para luego conectarlos entre sí y producir un sistema coherente de principios y

¹ Jesus-María Silva Sánchez, Consideraciones sobre la teoría del delito, Ad-Hoc, Buenos Aires, págs. 13 y sgts.

² Véase, otras obras del prof. Claus Roxin en nuestro idioma, las siguientes: Dogmática penal y política criminal, Idemsa, Lima, 1998; Autoría y dominio del hecho en Derecho penal, Marcial Pons, Madrid, 1998; Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Civitas, Madrid, 1997; Política criminal y estructura del delito, PPU, Barcelona, 1992; Problemas básicos del Derecho penal, Reus, Madrid, 1976; Teoría del tipo penal, Depalma, Buenos Aires, 1979; Iniciación al Derecho penal de hoy, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1981; Culpabilidad y prevención en Derecho penal, Reus, Madrid, 1981.

nociones que sistematizados oportuna y correctamente nos permitirán entender y aplicar las normas dentro de un contexto distinto del que se deduce de la simple interpretación de cada una de ellas en forma aislada. Por ello, como afirma ROXIN, la dogmática se “preocupa de la interpretación, sistematización y desarrollo de los preceptos legales y las opiniones científicas en el ámbito del derecho penal”³; por otra parte, toda vez que la misma supone un amplio grado de desarrollo de los conceptos, permite que el juzgador lleve a cabo su misión con un elaborado y amplio nivel de conocimientos, lo que le permite abordar los problemas que enfrenta en su diario bregar con mayor claridad y precisión, lo que contribuye a la seguridad jurídica y estabilidad de sus decisiones.

En la medida en que exista un escaso desarrollo dogmático en nuestro país, la labor de los jueces penales se entorpece y dificulta, pues las decisiones de los mismos se fundamenta en concepciones aventuradas y carentes de una base conceptual que es imprescindible y necesaria en esta labor.

Y no cabe la menor duda que ello es peligroso y contraproducente para el Estado de Derecho, pues en el mismo se requiere la existencia de una

3 Claus Roxin, Política criminal y estructura del delito. PPP, Barcelona, 1992, pág.

justicia, sobre todo en materia penal, que funde las decisiones en el Derecho positivo. Más concretamente, es necesario que el juzgador conozca y entienda los principios constitucionales y legales, de modo que desarrolle la labor que se le encomienda desde una perspectiva respetuosa de los derechos fundamentales y legales del individuo.

Cuando el juzgador carece de una sólida formación dogmática sus decisiones se fundan en toda clase de consideraciones, menos en la ley, pues no sabe interpretarla ni conoce su íntimo contenido, lo que imposibilita que pueda desarrollar con eficacia y responsabilidad la misión que se le encomendó.

Lleva razón, por tanto, GIMBERNAT cuando sostiene que “cuanto menos desarrollada esté una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales, más dependerán del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución”⁴

III. DOGMÁTICA PENAL Y PROCESO PENAL

La importancia de la dogmática penal en nuestros días es evidente, ya que el juzgador tiene que operar con categorías conceptuales a diario y el éxito de su labor, en mayor o menor medida, depende de una

35.

⁴ Enrique Gimbernat Ordeig, ¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal? en Estudios de Derecho Penal, Tecnos, 3 ed., Madrid, 1990, pág. 158

adecuada formación dogmática y un sistema de la teoría de los presupuestos de la punibilidad -teoría del hecho punible- que organice y sistematice tales conceptos.

Cuando el art. 22, inc. 1o. de nuestra Constitución señala que “Toda persona detenida debe ser informada inmediatamente y en forma que le sea comprensible, de las razones de su detención y de sus derechos constitucionales y legales correspondientes” nos está señalando la necesidad de garantizar, entre otros derechos, que toda persona involucrada en una infracción penal tiene derecho a no ser privada de libertad sino es por la comisión de un delito.

De igual forma, en el mismo art. 22, pero ahora en el inc. 2o., se reconoce que toda persona acusada de haber cometido un delito debe ser siempre considerada como inocente mientras no se pruebe su culpabilidad en un juicio público, juicio que debe ser desarrollado en forma oral, con intermediación entre las partes y el juzgador, con tiempo suficiente para cuestionar las pruebas de la parte acusadora y con oportunidad de ejercer su propia defensa o delegar ésta en un abogado está exigiendo una cierta formación jurídica en el tribunal de la causa, pues delito no es cualquier comportamiento ni cualquier hecho que el Ministerio Público, el querellante o el propio tribunal quieran considerar como tal.

Aquello que el art. 22 de la Constitución patria denominada como delito es una construcción teórica de enorme trascendencia, que tiene que ser entendida por todos los operadores del sistema penal de una misma forma, pues delito no puede ser un determinado concepto o noción para unos y tener otro contenido o significación para otros.

Lo expuesto hasta el momento supone, por tanto, la necesidad de lograr una adecuada capacitación doctrinal del juzgador, de forma que tenga un dominio completo del fenómeno delictivo, tanto en el ámbito sustantivo como adjetivo. La ejecución penal en esta etapa, aunque de enorme trascendencia en su oportunidad, es irrelevante hasta el momento de dictar sentencia condenatoria. Cobra vigencia, sin embargo, y ello es obvio e indudable, al momento de su puesta en práctica por la autoridad administrativa correspondiente.

Nuestra experiencia, sin embargo, nos indica que los operadores del sistema penal se contentan con un cierto dominio de las formas procesales, que en ocasiones pervierten en perjuicio del imputado, so pretexto de garantizar una justicia penal **eficaz** y **retributiva** pues no se quiere ser **garantista** bajo ningún concepto.

En los últimos años asistimos en nuestro medio a un acentuado carácter represivo de algunos integrantes del sistema de justicia penal, lo que se produce por medio del desconocimiento de elementales

principios del Derecho penal, sea material o formal, lo que sin duda debe ser enérgicamente rechazado por todos.

Tildar de garantista a un juzgador en nuestro medio equivale a insultarlo y colocarlo en una difícil situación personal frente a sus compañeros, sus superiores o la sociedad. No obstante lo anterior, la esencia de la labor del juzgador es la de ser garantista, pues debe defender los derechos del imputado o procesado para fundar una decisión condenatoria contra el mismo que se ajuste al ordenamiento jurídico, única resolución que debe ser defendida y respetada por todos ya que la misma se pronuncia dentro del respeto de ordenamiento jurídico vigente.

IV. LA NOCIÓN DE DELITO EN LA ACTUALIDAD

A) Planteamiento

Si bien es cierto que por delito se entiende, desde inicios del presente siglo, la existencia de una **acción típica antijurídica y culpable** no puede dejar de reconocerse que las teorías causalista y finalista o, si se quiere decirlo de otra forma, la teoría del delito que podríamos denominar como clásica, la denominada teoría causalista, y la teoría del delito más moderna o actual, denominada teoría finalista o de la acción final, difieren en el contenido de cada uno de dichos términos, pues la teoría inicialmente expuesta por Hans WELZEL partió de diferentes

postulados o principios de los que se utilizaron para formular el concepto delito en la teoría causalista imperante en aquella época, luego de las reformulaciones que se le introdujeron a la misma por obra o influencia de los partidarios del neokantismo y de algunas de las demoledoras críticas expuestas por los partidarios de la Escuela de Kiel.

Mientras que la teoría causal fue revitalizada por los aportes de numerosos autores a partir de consideraciones críticas de la corriente neokantiana y MEZGER es el principal exponente de la teoría neoclásica o neocausalista en Derecho penal, razón por la cual la acción se entiende en sentido causal a partir de la causalidad o experimentación en boga por razón de la irrupción de las ciencias naturales y la experimentación a finales del siglo pasado o principios del actual, lo que justificó que se entendiera la acción como producción de una mutación en el mundo exterior con un resultado apreciable por los sentidos, la teoría de la acción final parte de un concepto llamado ontológico de acción, que viene dado por razón de la vinculación del legislador a estructuras lógico-objetivas previas al mismo.

De inmediato el concepto inicial sobre el cual debe descansar cada teoría tiene distinta significación y contenido, pues la acción en el sistema causalista propugna por un concepto unitario de acción, comprensivo tanto del hacer positivo como del hacer negativo (omisión), mientras que

en el sistema finalista la acción tiene una connotación muy distinta de la omisión, con lo que se rompe el sistema unitario del delito en el causalismo y neocausalismo para encontrarnos con subsistemas en el finalismo, donde el delito de comisión se distingue o separa del delito de omisión al igual que el delito doloso del culposo.

B) El concepto de delito en el Código Penal panameño

Cual es, sin embargo, el concepto de delito que se acoge en nuestro ordenamiento penal? Una pregunta anterior, no obstante, debe ser ¿existe algún concepto de delito en nuestro Código Penal?

La respuesta a ésta última pregunta, evidentemente, es negativa. Nuestro Código Penal no tiene una definición de delito, aunque de hecho podamos afirmar que en el mismo existen referencias parciales a la noción de delito.

En efecto, si del contexto del art. 17 se observa que el hecho punible o delito propiamente dicho puede ser cometido por acción u omisión encontramos que nuestro Código no consagra un concepto de acción comprensivo tanto del hacer positivo como del hacer negativo, lo que es muy significativo.

Por otra parte, en el inc. 2 del citado art. 17 se incluye una referencia a la comisión por omisión por omisión, toda vez que dispone que “Cuando

se incrimine el hecho en razón del resultado producido, también lo realiza quien tenía el deber jurídico de evitarlo y no lo impidió pudiendo hacerlo”.

La fórmula en cuestión, sin embargo, hemos advertido con anterioridad que presenta algunos problemas en su aceptación, pues permite incriminar como delito impropio de omisión cualquier comportamiento que no esté descrito expresamente como delito si el sujeto no impidió el resultado de un delito de comisión que no ha causado ni producido si, al menos, tenía el deber jurídico de evitarlo.

Ya la más importante doctrina penal de nuestros días ha puesto de manifiesto los enormes riesgos que se corren al incriminar de esta forma los delitos impropios de omisión, usualmente conocidos como de comisión por omisión, pues se puede vulnerar el principio de legalidad al no describir expresamente la acción u omisión que se quiere incriminar, situación incompatible hoy día con el principio de legalidad de los delitos y las penas, postulado cardinal del Derecho penal moderno y del Estado de Derecho de nuestros días.

Por otra parte, del texto del art. 30 del mismo código se observa que nadie puede ser declarado culpable de un delito si el mismo no ha sido realizado con dolo o culpa por el sujeto, lo que implica reconocer que el delito debe suponer, al menos, una acción u omisión descrita por el legislador, es decir, típica, de un sujeto que se comporta en forma dolosa

o culposa y que para ser penado debe ser declarado previamente culpable por su proceder.

En ningún artículo del Código encontramos que la acción u omisión descrita por la ley a título de dolo o culpa para ser culpable debe ser previamente antijurídica, pero aunque no lo diga el Código no puede castigarse al sujeto si tal acción u omisión no son contrarias a derecho, pues de lo contrario serían justificadas por razón del cumplimiento de un deber legal, ejercicio de un derecho, defensa necesaria o estado de necesidad justificante.

V. LA TEORÍA DEL DELITO EN LA ACTUALIDAD

A) Planteamiento

El desarrollo actual de la dogmática penal moderna pone de manifiesto la existencia de cuestiones claves en la teoría del delito, que se entienden y aceptan de una manera distinta para los penalistas que no comparten los postulados y criterios surgidos como consecuencia de la teoría causalista.

Los principales aspectos de la teoría del delito de nuestros días que se entienden de una forma radical respecto de la teoría causalista, entre otros, son los siguientes: 1. la distinta concepción de la acción y omisión; 2. la nueva concepción del tipo penal; 3. la nueva concepción del injusto;

4. el contenido de la culpabilidad; y, 5. la aceptación del nuevo concepto de autor a partir de la teoría del dominio del hecho. Omitimos toda referencia al problema de la imputación objetiva, ya que el mismo es ajeno a la esencia de nuestra intervención. Veamos, a continuación, brevemente estas cuestiones:

B) La distinta concepción de la acción y la omisión

Para los partidarios de la teoría causal, la acción comprendía la omisión. Por tal razón, eran partidarios de un concepto unitario de acción que abarcaba tanto el hacer como el no hacer. Según los seguidores de esta teoría, el delito estaba dividido en dos partes, claramente diferenciadas entre sí, pues una era exclusivamente objetiva (tipicidad y antijuridicidad) y la otra exclusivamente subjetiva (la culpabilidad).

Este concepto de acción no tomaba en cuenta el contenido de la voluntad, por lo que el mismo era ajeno a la acción y debía estudiarse al momento de ocuparse de la culpabilidad.

Las insuficiencias del concepto clásico de acción, puestos de relieve por un amplio sector de la doctrina penal de aquella época, dieron como resultado un concepto neoclásico de acción, sobre todo por razón de la influencia de los partidarios de la filosofía neokantiana.

Para los seguidores de la teoría neoclásica, también denominada

neocausal o neocausalista, el contenido de la voluntad debía tomarse en cuenta ya en la acción misma, lo que implicaba que ella dejada de ser neutra. Así mismo, los partidarios de la teoría neoclásica pusieron de manifiesto la existencia de elementos normativos y subjetivos en la tipicidad y antijuridicidad, con lo que se vino abajo la división del delito en parte objetiva y parte subjetiva.

MEZGER es el principal y más conocido exponente de la teoría neoclásica del delito y del concepto neoclásico de acción. Para dicho autor, el hacer y el omitir son conceptos que están referidos a un valor, por lo que ello le permite al célebre maestro alemán propugnar por un concepto superior de acción que él denomina “acción en sentido amplio”, lo que le permitió mantener la omisión junto a la acción como formar de acción aunque no quede aquella contenida en ésta.

Aunque el sistema neoclásico mantiene el concepto naturalística de acción, pone énfasis en el aspecto valorativo de la acción en sentido amplio, lo que permitió que la acción fuese concebida como “comportamiento humano” o “comportamiento voluntario”.

WELZEL y los partidarios del finalismo, por el contrario, desechan el concepto causal de acción y señalan que el legislador se encuentra condicionado por una serie de estructuras lógico objetivas previas, de las que no se puede librar. La acción así entendida, es un concepto

prejurídico en donde la conducta es acción final dirigida hacia determinado resultado.

La acción para el citado autor, por tanto, supone un comportamiento dirigido por la voluntad hacia la obtención de determinados fines, ya que la voluntad final es el factor que configura y dirige el proceso causal de producción de eventos. Por ello, sin duda alguna, quedó sentenciado que sólo el comportamiento humano es “ejercicio de actividad final” en tanto que “la causalidad es ciega”.

Las principales consecuencias del finalismo en la teoría de la acción imponen necesariamente reconocer el acierto de vincular el contenido de la voluntad a la acción misma, pues no es posible considerar el comportamiento del sujeto sin tomar en cuenta el contenido implícito de su actuar, sea positivo o negativo (acción u omisión).

Una consecuencia sistemática de la forma de entender la acción se traduce en una nueva concepción de la teoría del hecho punible o teoría del delito, que de una teoría unitaria pasó a una teoría subdividida según se trate del delito de comisión doloso, el delito de comisión culposo, el delito de omisión doloso y el delito de omisión culposo.

A partir de este momento, ya no tenemos una teoría del delito, única y homogénea, pues tenemos cuatro teorías distintas, de las que la teoría del delito de comisión doloso es la más importante y más desarrollada y a

partir de la cual se han reelaborado todos los conceptos.

C) La nueva concepción del tipo penal

Si bien es cierto que los partidarios de la corriente neoclásica pusieron de relieve la existencia de elementos subjetivos dentro de la parte objetiva del delito, no fue hasta la exposición inicial de WELZEL cuando quedó patente que la estructura del tipo penal era la que contenía una parte objetiva y otra subjetiva y que carecía de sentido hacer la tajante distinción del delito en una parte objetiva y otra parte subjetiva, lo que luego permitió aceptar mayoritariamente la existencia de elementos subjetivos también en la antijuridicidad.

De esta forma, todo lo que antes se refería a la tipicidad (sujeto activo, sujeto pasivo, conducta típica y objeto material) se adscribía al tipo objetivo en tanto que se sacaba el dolo y la culpa de la culpabilidad y se traía al tipo subjetivo.

Como consecuencia de lo anterior, la acción típica ahora es dolosa o culposa según que el sujeto realice la acción con dolo o por culpa, lo que conduce a consecuencias sistemática totalmente distintas entre la teoría causalista y la teoría finalista.

Hoy día prácticamente se cuentan con los dedos de la mano los

autores que se mantienen en la teoría tradicional, lo que supone una abrumadora acepción de la teoría finalista o, al menos, de todas sus principales consecuencias dogmáticas.

Para los seguidores de la teoría finalista, el tipo subjetivo del delito de comisión doloso está integrado fundamentalmente, pero no exclusivamente, por el dolo y ello implica que cuando el sujeto realiza la acción por error sobre algunos de los elementos de tipo objetivo se excluye el tipo subjetivo y estamos en presencia de una nueva forma de error, el denominado “error de tipo”, que en caso de ser invencible afirma la inexistencia de la tipicidad de la acción misma.

En el delito de comisión culposa, por otra parte, se encuentran algunos de los más importantes aportes efectuados por los finalistas al Derecho Penal de nuestros días, pues tuvieron el enorme acierto de poner de manifiesto la verdadera esencia del delito culposo. Sobre todo en lo que respecta a los delitos culposos como tipos abiertos y como delitos de infracción de un deber.

Por tal razón, en la actualidad se reconoce la trascendental importancia del desvalor del resultado junto al desvalor de la acción, pues no siempre la acción configura un resultado reprochable ya que en muchas ocasiones tanto o más reprochable es el simple acto realizado aunque no produzca un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico.

D) La nueva concepción del injusto

En materia de antijuridicidad WELZEL, en su célebre obra, cuya undécima edición se publicó en 1969, puso de relieve la importancia del injusto como cuestión distinta de la antijuridicidad.

Para el maestro alemán, la “antijuridicidad es siempre la desaprobación de un hecho referido a un autor determinado. Lo injusto es injusto de la acción referida al autor, es injusto personal⁵. No en vano el citado autor ponía de relieve que la antijuridicidad es un predicado o atributo de la acción, en tanto que el injusto es un sustantivo.

Actualmente la teoría del injusto personal tiene nuevas connotaciones. Ello se debe, fundamentalmente a ROXIN, quien aboga por la sustitución de la antijuridicidad por la noción de injusto, pues dicho autor ha puesto de manifiesto que “En la categoría del injusto se enjuicia la acción típica concreta, incluyendo todos los elementos reales de la respectiva situación, conforme a los criterios de la permisón o prohibición”⁶. Para el eminente maestro y, sin duda, máximo exponente de la dogmática penal de nuestros días, sólo las acciones típicas pueden ser injusto personal en

⁵ Hans WELZEL, **Derecho penal alemán**, 4ta. edición traducida de la 11ma. edición alemana, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993, pág. 74.

⁶ Claus ROXIN, **Derecho Penal** cit., pág. 219.

tanto que la antijuridicidad no es propia del Derecho penal, sino de todo el ordenamiento jurídico, como todos sabemos, lo que pone de relieve que hay acciones que pueden ser contrarias a derecho fuera del Derecho Penal y en nuestro campo de estudio son acciones irrelevantes.

Por todo lo expuesto, es evidente que la noción de injusto cobra trascendental importancia para nuestra ciencia en la actualidad, ya que la acción típica en sí es el injusto que debe referirse a la culpabilidad para luego, cuando se afirma ésta última, imponer una pena por tal comportamiento.

Antes de concluir esta breve referencia a la teoría del injusto penal, es necesario poner de manifiesto la incidencia del comportamiento del ofendido (víctima en la terminología actual) en la criminalidad, pues en ocasiones la delincuencia que desarrollan algunos autores requieren del concurso de la víctima para la configuración de algunos tipos penales muy particulares.

En ciertos delitos, cuya enumeración a título de ejemplo no viene al caso en esta oportunidad, existe algún grado de responsabilidad de la víctima en la producción del delito, pues sin tal concurso del ofendido el ofensor no podría haber cometido el delito y ello debe ser tomado en cuenta por el juzgador al momento de valorar en su totalidad las acciones

de uno y de otro para arribar a la conclusión de que el supuesto ofensor infringió la ley penal y luego individualizar la pena que le corresponde al citado infractor de la norma penal ya declarado penalmente responsable del delito de que se trate.

E) El nuevo contenido de la culpabilidad

Como quedó antes expuesto, la teoría de la acción final sacó de la culpabilidad el dolo y la culpa y los ubicó en la tipicidad, dentro del tipo subjetivo.

¿No ha quedado sin contenido, por tanto, la culpabilidad en el nuevo sistema que ahora se propone? Es obvio que la respuesta debe ser negativa.

En efecto, ahora la culpabilidad se reduce a comprobar la capacidad de culpabilidad del supuesto infractor, que el sujeto tenía conocimiento del carácter antijurídico de su comportamiento y que el mismo pudo haber actuado de una manera distinta.

La consagración del conocimiento del actuar antijurídico en el sujeto constituye el punto de partida para la aceptación del error de prohibición, cuando el mismo es invencible e inevitable, ya que quien no sabe ni puede saber que actúa antijurídicamente no infringe la norma penal correspondiente.

Queda superada de esta forma la vieja distinción del error en error de hecho y error de derecho, que tantas soluciones desafortunadas permitió en el pasado y se introduce la noción de error de prohibición que supone falta de culpabilidad cuando el sujeto no conoce ni podía conocer el carácter antijurídico de su actuar.

En última instancia, no habrá tampoco culpabilidad en el actuar cuando al sujeto no pueda reprochársele haber podido actuar de una manera distinta, ya que la exigibilidad de una conducta conforme a derecho supone capacidad de actuar sin infringir la norma penal correspondiente. De ahí que en casos de no poder exigir al sujeto que haya actuado de una manera distinta se erige en causa de inculpabilidad para los partidarios del nuevo sistema mayoritariamente dominante en nuestros días.

F) La aceptación del nuevo concepto de autor a partir de la teoría del dominio del hecho

Con la avasalladora irrupción del finalismo en la dogmática penal moderna, el concepto de autor tuvo que ser reformulado.

ROXIN, en su importante monografía sobre el particular⁷, puso de relieve las deficiencias de las diversas teorías expuestas hasta el momento sobre la autoría penal, construyendo un nuevo concepto de autor a partir de la noción inicial de WELZEL sobre la teoría del dominio del hecho.

Al tiempo que acepta una distinción entre autor y partícipe, ROXIN construye un concepto restrictivo de autor que no puede fundarse en las viejas teorías formal-objetiva ni material-objetiva. WELZEL y ROXIN parten del criterio de dominio del hecho como aspecto rector de la noción de autor.

El criterio del dominio del hecho, sin embargo, no puede ser ni un criterio totalmente indeterminado ni vago, ni tampoco un concepto fijo o fijado del que puede extraerse deductivamente la solución de todos los casos, pues en realidad es un concepto abierto en el se deja el encargado de aplicar el Derecho un cierto margen de solución al caso concreto pero siempre a partir de un principio regulativo o indicador de la dirección que tiene que seguir el mismo⁸.

A partir del criterio del dominio del hecho, esencia del nuevo concepto

⁷ Claus ROXIN, **Autoría y dominio del hecho en Derecho penal**, Marcial Pons, Madrid, 1998.

⁸ Miguel DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, **La autoría en Derecho penal**, PPU,

de autor, ROXIN construye la noción de autor teniendo en cuenta que en ocasiones el autor tiene el dominio de la acción (autoría en sentido estricto), pues el sujeto “realiza todos los elementos del tipo de propia mano”, ya que en todos los supuestos tiene el dominio del hecho; en otras ocasiones, tiene el dominio de la voluntad (autoría mediata), pues en ocasiones realiza el tipo penal valiéndose de otro que actúa como instrumento; y en otros casos, los sujetos tienen el dominio funcional del hecho (coautoría), pues en virtud de acuerdo previo varios sujetos co-realizan el hecho punible.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

La exposición que antecede pone de manifiesto, sin duda alguna, la importancia de la formación dogmática del juzgador, quien desarrolla su misión en torno a conceptos jurídicos que deben ser entendidos y aplicados en forma correcta y uniforme por todos los operadores del sistema penal.

Es lamentable el escaso desarrollo de la dogmática penal moderna en nuestro medio, ya que el avance de la misma en otras latitudes implica un mejor trabajo de los sujetos encargados de administrar justicia y una

justicia diseñada para que la misma sea eficiente y respetuosa de los derechos fundamentales del individuo.

Debemos superar cuanto antes el estado actual de poco desarrollo de dicha dogmática, pues la adecuada y amplia formación del juzgador es una garantía de su labor y una carta de presentación para nuestra administración de justicia.

La correcta y adecuada formación dogmática del juzgador es imprescindible para que el mismo desarrolle a cabalidad su labor, pues flaco favor se le hace a la administración de justicia si los juzgadores resuelven los asuntos de su competencia con soluciones dogmáticas carentes de base y con una fundamentación doctrinal superada tiempo atrás.

ESTADO DE LA LEGISLACIÓN CRIMINAL PANAMEÑA EN EL V CENTENARIO DEL ENCUENTRO DE DOS CULTURAS

I. INTRODUCCIÓN

El tema que nos hemos propuesto desarrollar permite efectuar un estudio del problema penal en el más amplio sentido de la expresión, ya que el mismo no puede quedar reducido al estudio de la legislación penal contenida en el Código Penal, pues es necesario recordar que también debemos ocuparnos del ordenamiento procesal que regula la forma de imponer el castigo al transgresor de la norma penal sustantiva y, por qué no, de aquel sector del ordenamiento que se ocupa de la ejecución de las penas y medidas privativas de libertad.

Especial atención debemos brindarle a la jurisdicción de menores existente en nuestro país, pues la misma impide que los menores de 18 años de edad puedan ser juzgados por la jurisdicción penal ordinaria y ello, a juicio de algunos, puede favorecer la impunidad en ciertos casos.

II. SITUACIÓN ACTUAL DE LA LEGISLACIÓN PENAL SUSTANTIVA

La llegada de los españoles a nuestra América permitió que en nuestras tierras rigieran un sinnúmero de disposiciones legales de todos conocidas, pues se permitió que algunas normas vigentes en la Península también rigieran en los nuevos territorios y, en otras ocasiones,

se dictaron normas especiales para regir sólo en el Nuevo Mundo.

JIMÉNEZ DE ASÚA, en el Derecho Comparado, se ha ocupado de esta legislación⁹, lo mismo que MUÑOZ/VILLALAZ¹⁰ en nuestro medio, por lo que estamos relevados de mayores referencias al respecto.

En orden a la legislación más reciente, debemos poner de manifiesto la influencia del Derecho penal español en nuestro derecho codificado, al punto de tener que reconocer que nuestro primer Código Penal de la Era Republicana era de ascendencia española.

En efecto, el Código Penal de 1916 tiene sus antecedentes más mediatos en el Código Penal español de 1870, pues el Codificador de la época se inspiró en el Código hondureño de 1906, que había utilizado el modelo español con bastante fidelidad.

Hoy día, sin embargo, la situación es distinta. Luego de derogado el Código de 1916 empieza la influencia de la legislación penal italiana, pues el Código Penal de 1922 tiene como fuente mediata al Código Penal italiano de 1889, usualmente conocido como Código de Zanardelli,

9 Luis JIMÉNES DE ASUA, **Tratado de Derecho Penal**, Tomo I, 2ª. Edición, Editorial Losada, S.A., Buenos Aires, págs. 893- 933.

10 Campo Elías, MUÑOZ/ Aura GUERRA DE VILLALAZ, **Derecho penal panameño**. Parte General, Ediciones Panamá Viejo, S.A., 2da. edición, Panamá, 1980, págs. 87- 90.

a través del Proyecto Concha de Colombia (1912).

Sabido es que Zanardelli, Ministro de Gracia y Justicia, utilizó como fuente para su proyecto, el texto vigente en la Toscana, aunque se le introdujeron al nuevo texto otras modificaciones provenientes de diversas fuentes.

Al aprobarse un nuevo Código Penal panameño en 1982, vigente desde el 23 de marzo de 1983, la influencia italiana en nuestro ordenamiento penal cesó, pues el Código actual responde a otra orientación.

Sin temor a equivocarnos podemos afirmar que nuestro Código Penal vigente se halla imbuido de las concepciones penales dominantes en la década de los años 60, cuando se gesta en Chile el proyecto de elaborar una codificación penal unitaria para Latinoamérica.

El Código Penal Tipo para Latinoamérica es el texto más importante utilizado por ARISTIDES ROYO para elaborar su anteproyecto de Código, al punto que en el Libro Primero del texto vigente se sigue con bastante fidelidad al Proyecto de Código Penal Tipo antes mencionado.

¿Cuál es, sin embargo, el estado actual de nuestra legislación penal común? ¿Podemos continuar con dicho texto hasta el próximo siglo?

La respuesta, obviamente, debe ser negativa.

El Código Penal vigente fue el producto de una transacción en el seno de la Comisión Revisora del Anteproyecto, por lo que el mismo debe tener una vigencia efímera.

A diez años de su aprobación, recordemos que es del 18 de septiembre de 1982, el Código muestra algunas inconsistencias muy importantes, que deben corregirse.

Los medios de comunicación nos ponen de manifiesto, a cada rato, los numerosos crímenes que se realizan a diario, sin que la sociedad pueda hacer frente a la ola de criminalidad que nos azota.

En la Asamblea Legislativa cursan actualmente numerosos anteproyectos y proyectos para modificar el Código Penal, unos propuestos por los legisladores y otros por el Ejecutivo o Comisiones de la propia Asamblea Legislativa.

Con suma preocupación debemos manifestar nuestro temor por tantas reformas parciales al Código Penal, que de ordinario se plantean sin tener una visión integral del problema criminal en nuestro medio.

Se pretende modificar el Código Penal para endurecer las penas en el hurto de ganado, el homicidio, y, sobre todo, aumentar el máximo de la pena privativa de libertad (que hoy es de 20 años) hasta un máximo de 30 años.

Los legisladores tratan de incorporar nuevas figuras delictivas

para enfrentar acciones que merecen cierta forma de sanción, pero no debe reunirse necesariamente a la sanción penal.

Otra reforma parcial, trata de incriminar el "tráfico de influencias" y hasta se habla de bajar la edad de inimputabilidad de los menores (de 18 años) hasta 16 años de edad.

El desfase del Código vigente frente a nuestra sociedad actual es evidente, lo que ha obligado a presentar tantos proyectos o anteproyectos de reforma. Las reformas antes planteadas, sin embargo, no serán suficientes para actualizar el Código a la última década del presente siglo ni muchos menos para la sociedad que tendremos en el siglo veintiuno.

Hoy día requiere un nuevo Código Penal, en el que los valores del individuo y la colectividad encuentren la protección que los mismos merecen, incriminando, de ser necesarias, conductas que afectan intereses colectivos o difusos, en los que nadie en particular es titular del bien jurídico lesionado pero todos somos víctimas o perjudicados por una acción que eventualmente afectará nuestro ecosistema.

Basta ya de parches, remiendos y torniquetes a nuestro Código Penal, pues necesitamos un nuevo Código que integralmente enfrente el problema de la delincuencia, castigando severamente los delitos contra la vida e integridad de los sujetos con mayor rigor que los delitos contra el patrimonio; castigando, de la misma forma, los delitos relacionados con

drogas y las múltiples modalidades de encubrimiento del dinero proveniente de las drogas; sancionado con gravedad los atentados contra el ecosistema o medio ambiente que nos rodea, pues de lo contrario iremos disminuyéndolo en pocos años.

III. SITUACIÓN ACTUAL DE LA LEGISLACIÓN PENAL ADJETIVA

En el plano procesal penal, la situación jurídica en nuestro medio no es mejor que la antes planteada.

Si bien rigieron las normas españolas hasta el siglo pasado, en nuestra vida republicana no se han dado las transformaciones que la sociedad panameña necesita.

Esta situación se debe, fundamentalmente, a la anacrónica legislación procesal que ha regido en el Istmo, que se ha visto agravada por la existencia de una legislación procesal codificada en un sólo texto para la organización judicial, procedimiento civil, procedimiento penal e instituciones de garantía.

A pesar de los grandes avances en nuestro ordenamiento procesal civil, el proceso penal todavía sigue anclado en concepciones del siglo diecinueve. A pesar de la nueva codificación, el proceso penal panameño mantiene un acentuado sistema "inquisitivo", al tiempo que se

mantiene todavía una estructura e instituciones por doquier superadas.

Y esto es así, ya que todavía se mantiene vigente la estructura procesal de la época de unión a Colombia, en donde existían cuatro niveles de jurisdicción (Jueces Municipales, Jueces de Circuito, Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Corte Suprema de Justicia) que tiene su correspondencia de igual distribución en el Ministerio Público (Personeros Municipales, Fiscales de Circuito, Fiscales de Distrito Judicial y Procurador General de la Nación).

Tal distribución jurisdiccional tiene su natural consecuencia en la fijación de la competencia, ya que los delitos de escasa gravedad están atribuidos a las autoridades de inferior jerarquía y sólo algunos, por razón de causas especiales, a la Corte Suprema de Justicia, lo que trae consigo que el grueso de los delitos estén radicados en las jerarquías intermedias de la administración de justicia.

A nuestro juicio tal distribución ya no se justifica, pues deben crearse tribunales de primera instancia para conocer todas las causas, que luego sean revisadas por otros tribunales de exclusiva competencia en segundo grado, con lo que desaparecería la extraña condición de los Tribunales Superiores de ser entes mixtos, pues conocen causas en ambos grados. Lo mismo debe ocurrir con la Corte Suprema de Justicia, ya que su actuación como tribunal de apelación debe eliminarse,

quedando su misión fundamental la de ser Tribunal de Casación y excepcionalmente tribunal de única instancia frente a supuestos muy concretos y excepcionales.

Urge, por tanto, modificar la estructura de nuestro sistema jurisdiccional de modo que hayan tres niveles de tribunales con funciones establecidas en atención a su jerarquía. Un buen ejemplo de lo expuesto, lo encontramos en la justicia laboral panameña que sólo tiene jueces de primera instancia, los llamados Jueces Seccionales de Trabajo, el tribunal de apelación, llamado Tribunal Superior de Trabajo, y el Tribunal de Casación, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, que también ejerce otras importantes funciones.

Por otra parte, los más importantes defectos en nuestro ordenamiento penal adjetivo se derivan de la ausencia de un auténtico Código Procesal Penal, pues la sola existencia de un texto completo para regular el proceso penal, aunque se llame Ley de Enjuiciamiento Criminal o como se le quiera denominar, es preferible a nuestra situación actual.

Hoy día, es un hecho conocido por los presentes, tenemos un Código Judicial que regula la Organización Judicial, el Procedimiento Civil, el Procedimiento Penal y las Instituciones de Garantía en un sólo texto que contiene más de 2627 artículos, de los que unos 1510 artículos pertenecen a la regulación procesal civil y aproximadamente unos 600

artículos se ocupan de regular todo el proceso penal.

Es obvio que tal distribución supone que en materia procesal penal no están incluidas todas las disposiciones necesarias, pues el Código Judicial permite que en aquellos aspectos que no hay regulación en el proceso penal se apliquen las normas del proceso civil en lo que sea compatible con la naturaleza del proceso penal (art. 1971 del C.J.), con lo que, se supone, se completa la materia criminal sin tener que volver a regular algunas materias ya incorporadas en el proceso civil (pruebas, recursos, incidentes, etc.)

La situación, sin embargo, no es la esperada. Aunque el legislador trató de efectuar una economía legislativa, la ausencia de ciertas figuras e instituciones del Libro sobre proceso penal no puede llenarse con las normas sobre el proceso civil, ya que ambos procesos tienen finalidades muy distintas entre sí y los vacíos que se presentan en el proceso penal no pueden ser abordados con la misma perspectiva del proceso civil.

Es imperativo, por tanto, una codificación procesal penal que ponga a disposición de las autoridades y demás sujetos que intervienen en el proceso claras reglas que regulen toda la materia.

De otra parte, es necesario efectuar importantes modificaciones al proceso penal panameño, que lo adecue a los modelos más modernos,

de modo que el juzgador sea un individuo verdaderamente objetivo e imparcial, que funde su condena en una acusación previa y que la misma se fundamente en pruebas practicadas ante el Tribunal de primera instancia.

Es imprescindible, por tanto, limitar la eficacia del sumario a sus verdaderas dimensiones, pues sólo debe servir para justificar el encauzamiento del individuo, sin que lo actuado en el mismo pueda fundamentar la condena del imputado.

En los sistemas procesales actuales, la acusación es indispensable, pues el juzgador no puede por su cuenta actuar si previamente no lo exige el Estado, por medio del Ministerio Fiscal, o el afectado (sujeto pasivo de la infracción, como acusador particular).

IV. SITUACIÓN ACTUAL DE LA LEGISLACIÓN PENITENCIARIA

En el país no existe una verdadera legislación penitenciaria, pues las diversas normas que existen abordan el problema carcelario desde una perspectiva hoy superada.

Las cárceles todavía hoy, al menos en Panamá, son lugares de castigo y sufrimiento, en donde el interno no sabe si saldrá luego de cumplir su pena.

El hacinamiento, tráfico de drogas, corrupción policial y los abusos sexuales son situaciones cotidianas y regulares en nuestros centros penitenciarios.

El mal, sin embargo, no es reciente, pues ya JUSTO AROSEMENA denunciaba en su obra "El Estado Federal" dicha lamentable realidad. Lo que ocurre en el mundo de la prisión, un mundo "aparte" al que no estamos acostumbrados, es aberrante e implica un desconocimiento de su gravísima situación.

La Isla Penal de Coiba, la Cárcel Modelo en la ciudad Capital y la Cárcel de Colón son lugares que dejan atrás a la Isla de Diablo y Lecumberri, tan sobradamente conocidas por la amplia literatura existente sobre éstas últimas.

En Panamá estamos funcionando con las instituciones carcelarias de la primera mitad del siglo XX, cuando todavía no éramos 750,000 panameños, lo que implica que ahora con casi 2.5 millones de habitantes tenemos cárceles que soportan 4 ó 5 veces su capacidad de internos, muchos de los cuales efectúan sus necesidades en el piso, duermen sobre el concreto, visten harapos y son mal alimentados.

Diez años después de sancionado el Código Penal vigente, todavía faltan los centros especiales que ordena el Título sobre Medidas de Seguridad contenido en dicho Código (Título V, Libro I).

En lo que respecta a las mujeres, la realidad afortunadamente no ha sido tan desastrosa.

El Centro Femenino de Rehabilitación Especial (Cárcel de Mujeres) en la ciudad de Panamá es una excepción a tan desconcertante realidad penitenciaria, que debe implementarse también en otras latitudes necesitadas de una institución particular para las mujeres, que bajo ningún concepto pueden estar alojadas en la misma institución con los varones, como ocurre en la Cárcel de Colón.

El país carece de una política penitenciaria, tan necesaria para enfrentar el problema, cada vez más crítico de la delincuencia. Desde 1984 existe un Anteproyecto de Ley Penitenciaria y otras propuestas elaboradas por el Consejo Técnico de Asesoría Penitenciaria que merecen ser tomados en cuenta ahora que en democracia las instituciones penitenciarias deben quedar fuera de los cuarteles policiales (antes militares), de modo que especialistas en la materia suman la dirección de tales instituciones en asociación con equipos multidisciplinarios.

V. ESPECIAL CONSIDERACIÓN SOBRE LA JURISDICCIÓN DE MENORES

No hemos querido concluir este breve estudio, sin dejar de ocuparnos de la problemática de la jurisdicción de menores en Panamá.

De acuerdo con la Ley 24 de 1951, por medio de la cual se estableció el Tribunal Tutelar de Menores, corresponde a la jurisdicción de menores conocer, entre otros aspectos, de las conductas que impliquen transgresión a las leyes, decretos o reglamentos que aparejen responsabilidad penal o den lugar a sanción correccional a los menores de 18 años.

La mencionada Ley también atribuía al Tribunal competencia para conocer de casos de corrupción de menores y otros delitos cometidos por adultos, cuando el sujeto pasivo de la infracción era un menor de edad (art. 5, Ley 24 de 1951).

En vista de lo antes expuesto, queremos llamar la atención sobre dos aspectos fundamentales: 1) la competencia de la jurisdicción de menores para conocer de delitos cometidos por adultos en perjuicio de menores de edad; y 2) el proceso penal seguido contra los menores ante el Tribunal Tutelar de Menores.¹¹

Por lo que respecta a la primera cuestión, llama poderosamente la atención que jueces de menores todavía hoy, con un nuevo Código Judicial, pretendan incoar procesos penales en contra de adultos por supuestos delitos cometidos en perjuicio de menores de 18 años de

11 Leyes posteriores, de esta década, modificaron radicalmente esta legislación.

edad.

Si bien es cierto que el espíritu de la Ley 24 de 1951 fue el de establecer una amplia jurisdicción que brindara especial protección a los menores de 18 años de edad, pues, en adelante no serían juzgados por la jurisdicción ordinaria, la competencia del Tribunal de Menores para juzgar adultos es inaceptable.

Aunque el art. 5 de la Ley 24 de 1951 permitía tal posibilidad, hoy día, por razón de la vigencia del nuevo Código Judicial, la jurisdicción ordinaria es la única competente para conocer de las causas penales seguidas contra adultos por delitos cometidos en perjuicio de menores de edad.

El poder penal del Estado para imponer sanciones penales por la comisión de delitos no puede quedar en manos del Tribunal de Menores cuando se trate de adultos, pues tal función es extraña a la naturaleza de la jurisdicción de menores.

Por otra parte, sólo el Ministerio Público tiene facultad para investigar y perseguir los delitos establecidos en las leyes penales vigentes, de modo que sólo la jurisdicción ordinaria podrá aplicar las penas que correspondan luego de un proceso seguido con todas las garantías que establecen la Constitución y la Ley.

Pretender que el Tribunal Tutelar de Menores investigue y juzgue

delitos cometidos por adultos en perjuicio de menores contradice los principios y garantías establecidos en la Constitución, Código Judicial e instrumentos de derechos humanos suscritos y ratificados por la República de Panamá, pues ante la jurisdicción de menores no hay un auténtico proceso penal con el respeto de todas las garantías que deben brindarse al adulto, como ocurre en el proceso penal regulado en el Código Judicial.

Si recordamos que el Juez del Tribunal Tutelar de Menores actúa como funcionario o juez de instrucción en el sumario, y decide sobre la eventual responsabilidad, tenemos que concluir que en nuestro medio existe en esta materia un sistema inquisitivo, donde una misma autoridad investiga, persigue al delincuente y condena al sujeto, lo que a todas luces supone concentrar en una misma persona todo el poder penal del Estado que debe estar distribuido entre varios para que haya más objetividad e imparcialidad a la hora de decidir el fondo de la pretensión.

La situación recién planteada ha sido abordada también por la Corte Suprema de Justicia en dos fallos del año 1991.

En efecto, en Auto de 6 de febrero de 1991, al resolver un conflicto de competencia entre el Tribunal Tutelar de Menores y la Juez Primera del Circuito de Veraguas, Ramo Penal, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, aceptando el criterio del Procurador General de la

Nación, consideró que la "Ley 24 de 1951 establece que la jurisdicción del Tribunal Tutelar de Menores es de naturaleza "privativa" cuando se trata de casos de "adultos acusados . . . de ejecutar actos en perjuicio de los derechos consagrados en favor de menores de edad".

En esa decisión, que no compartimos, la Sala Penal también señaló que "sólo la autoridad de menores puede aprehender, investigar y decidir estas causas, razón por la cual, cuando durante el curso de la instrucción de unas sumarias o de la sustanciación de un proceso por la vía ordinaria se compruebe que es ésta la naturaleza del caso, debe declinarse de inmediato toda la actuación ante la autoridad competente, que lo es la autoridad de menores".

En otra ocasión, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, al resolver demanda de inconstitucionalidad en contra de decisión del Juez Seccional de Menores de Colón y San Blas, que abrió causa criminal en contra de un adulto por supuesto delito de corrupción de menores, y contra decisión del Juez del Tribunal Tutelar de Menores, que confirmó el anterior enjuiciamiento, declaró inconstitucionales tales resoluciones, pues sólo el Ministerio Público puede investigar los delitos cometidos por adultos y sólo el Órgano Judicial puede decidir tales causas, ya que la Ley 24 de 1951 debe entenderse modificada por, entre otras leyes, el Código Penal de 1982 y el Código Judicial aprobado por las leyes 29 de

1984 y la 18 de 1986.

A juicio de la Corte Suprema de Justicia, corresponde "al Ministerio Público la instrucción de los hechos punibles tipificados en la Ley penal ordinaria y específicamente en el artículo 1978 incluye la corrupción de menores y ultrajes al pudor entre los delitos que se persiguen de oficio, pero cuyo sumario no puede instruirse sino por querrela de la parte agraviada cualquiera que sea su edad, de su representante legal, si es menor, o de una persona que ejerza sobre ella la guarda, aunque no sea tutora ni curadora legal".

En el fallo antes mencionado el Pleno de la Corte Suprema también sostuvo que "las normas que permitían al Tribunal Tutelar de Menores juzgar e investigar a un adulto, por corrupción fueron derogadas tácitamente por el nuevo Código Judicial, en virtud de que ninguna autoridad puede imponer una sanción penal por la comisión de un delito si la instrucción del caso no se rige por las normas del proceso penal común que atribuye tal competencia al Ministerio Público".

En cuanto a la segunda cuestión, debemos llamar la atención sobre el proceso penal seguido contra menores ante el Tribunal Tutelar de Menores, ya que en la mayoría de los casos, bajo pretexto de la existencia de una jurisdicción especial, protectora de los menores, se les juzga de una manera inaudita, sin que se defiendan, en algunos casos,

los verdaderos derechos del menor.

En la jurisdicción de menores no siempre se protegen los intereses del menor, que no tiene derecho a defensa legal ni asistencia jurídica durante el curso de todo el proceso.

Esta situación es muy lamentable, pues se coloca al menor en situación de indefensión frente al Estado, que no siempre tiene que resolver verdaderamente qué es lo mejor para el menor.

La situación que hemos planteado también se repite en el derecho comparado con alguna frecuencia, lo que supone sin duda una tendencia que debe ser combatida, y lo está siendo en verdad, por quienes nos ocupamos del proceso penal como una garantía para el imputado y, por supuesto, para el menor al que también deben garantizarse los mismos derechos de defensa, imparcialidad, contradicción, etc.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

Ya para concluir esta intervención debemos manifestar nuestra preocupación por el estado actual de nuestra legislación criminal, pues la misma no se adecua a la realidad actual.

Es necesario, por tanto, que tomemos conciencia de nuestra crítica situación y se haga un esfuerzo por remediar la problemática planteada.

Ya en la Comisión de Gobierno, Justicia y Asuntos Constitucionales de la Asamblea Legislativa existe un borrador de anteproyecto de Ley por medio del cual se crea una Comisión Codificadora encargada de preparar nuevos anteproyectos de Código Penal y un auténtico Código Procesal Penal.

El país necesita normas jurídicas adecuadas al momento en que hoy nos toca vivir, sin que volvamos a repetir negativas experiencias pasadas, al copiar inmisericordemente textos elaborados para sociedades radicalmente distintas a la nuestra.

Ha llegado la hora que nuestros códigos y leyes sean auténticamente panameños, sin que ello signifique dar la espalda a las instituciones jurídicas existentes fuera de nuestras fronteras. Un nuevo Código Penal es importante, pero un auténtico Código Procesal Penal es imprescindible para que la justicia penal funcione y no hayan más decepciones y frustraciones en la sociedad panameña, pues el proceso penal debe determinar, rápidamente y sin mayores demoras, en no más de cuatro o, a lo sumo, seis meses, si el sujeto es o no responsable de la infracción penal que se le imputa.

No puede permitirse que continúe una legislación que permite que el proceso penal dure hasta cinco años, en donde la detención preventiva de todo sujeto imputado de la comisión de un delito que lleva pena

mínima de cinco años es automática y sin derecho a libertad bajo fianza.

Todo imputado se presume inocente, mientras no se pruebe su culpabilidad en juicio público que le garantice todos sus derechos y tiene derecho a estar en libertad provisional mientras no se le considere responsables mediante sentencia firme. Lo contrario es perpetuar un sistema injusto e inhumano, que incluso viola el derecho humano a la libertad personal que se consagra en el numeral 5 del artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos, suscrita y ratificada por nuestro país.

Addenda:

Años después de pronunciada ésta conferencia, la Cárcel Modelo fue derribada. La legislación de menores fue sustituida totalmente y se nombraron Comisiones que redactaron anteproyectos de Nuevo Código Penal y Código Procesal Penal (pendientes aún de consideración legislativa).

ESTADO DE NECESIDAD Y RESPONSABILIDAD CIVIL

I. INTRODUCCIÓN

Este breve estudio comparado sobre la regulación de la responsabilidad civil en los casos de estado de necesidad en el nuevo Código Penal de España respecto del Código Penal de Panamá constituye mi modesta contribución al libro que amigos, colegas y discípulos prepararon y publicaron en honor del profesor D. Enrique Bacigalupo y que se publicó muy recientemente en Colombia.

Para su inclusión en esta publicación he eliminado solamente las referencias propias de la publicación, que se relacionaban con mi amistad y trato personal con el Maestro Bacigalupo, quien tantos amigos tiene en Panamá luego de sus diversas visitas al país en los años ochenta.

II. DELIMITACION DEL TEMA

El tema de la responsabilidad civil derivada del delito es de por sí

muy amplio, situación que nos impone la necesidad de circunscribir esta colaboración a un aspecto concreto de la misma, de modo que podamos plantear la cuestión en el nuevo ordenamiento penal español y en el código panameño.

Sin duda tratar de la responsabilidad civil derivada del delito es cuestión de sumo interés tanto para el Derecho Penal como para el Derecho Civil, a pesar de que se trata de una institución del Derecho Privado que debiera analizarse desde la perspectiva del Derecho Civil.

Algunos códigos penales modernos, sin embargo, contienen normas sobre el particular simple y sencillamente por razones de economía: que el juzgador penal resuelva tal responsabilidad en la misma resolución que decide sobre la culpabilidad del procesado para lograr que el ofendido o perjudicado, términos que no son sinónimos, pueda obtener la rápida reparación del daño que se le causó con el delito cometido en su contra.

En los códigos penales que no contienen estas normas sobre responsabilidad civil derivada del delito, luego de dictada la correspondiente sentencia penal contra el procesado, el ofendido o perjudicado con el delito tiene que recurrir a la jurisdicción civil para tratar de obtener la indemnización del daño que se le produjo, a menos que una norma especial en el proceso penal autorice al juzgador a recurrir a

la normativa civil contenida fuera de la legislación penal.

Una normativa sobre responsabilidad civil derivada del delito en el ordenamiento penal es, sin duda alguna, conveniente, ya que la misma permite evitar gastos y pérdida de tiempo para lograr, si tiene suerte y un buen abogado que lo represente, una decisión judicial favorable a la pretensión que se ejerza.

No se requieren muchos esfuerzos para advertir que la responsabilidad civil en casos de causas de justificación es cuestión interesante, sobre todo si se afirma, como ocurre en el presente, que no puede derivarse consecuencia alguna contra el sujeto que actúa amparado en una excluyente de antijuridicidad.

Si bien es cierto que la existencia de una justificación en el comportamiento del sujeto torna la acción típica en lícita, es decir, en conforme a derecho, ¿por qué razón se consagra una excepción a dicho principio en el caso del estado de necesidad, cuando para precaver un mal mayor se sacrifica un bien o interés de menor jerarquía o valor?

En esta oportunidad, frente a un tema en extremo amplio, sólo abordaremos la problemática de la responsabilidad civil derivada de la acción típica justificada por razón del estado de necesidad, es decir, de la responsabilidad civil derivada de un comportamiento típico adecuado a derecho en ambos ordenamientos penales.

En Panamá, el estado de necesidad justificante implica que está permitido el comportamiento de quien para salvar un bien jurídico de mayor valor sacrifica, menoscaba o lesiona un bien jurídico de menor valor, mientras que el estado de necesidad inculpante, que supone salvar un bien sacrificando otro de igual valor (y por qué no de mayor valor o jerarquía), no justifica tal comportamiento, pues el mismo sigue siendo antijurídico pero resulta no ser culpable.

El estado de necesidad justificante, por tanto, supone una acción típica justificada, de la que no puede deducirse consecuencia penal alguna, pero de la que emanan ciertas consecuencias de naturaleza civil.

La anterior consideración impone la necesidad de señalar que en la legislación penal panameña el estado de necesidad tiene una doble consideración, inusual en el contexto latinoamericano, tanto como causa de justificación cuando el bien sacrificado tiene menor valor o jerarquía que el bien salvado y como causa de inculpabilidad, cuando el bien salvado tiene igual valor o jerarquía que el bien sacrificado.

En la mayoría de las legislaciones latinoamericanas vigentes, así como en la doctrina dominante en nuestro Continente, el estado de necesidad se consagra como causa de justificación, a partir del reconocimiento de quien salva un bien de mayor valor al sacrificar para

ello un bien de menor valor no contradice el ordenamiento jurídico¹².

La situación en España, por su parte, es similar a la planteada respecto de Panamá, pues la doctrina reconoce la existencia de un estado de necesidad justificante respecto de otro estado de necesidad exculpante¹³.

III. LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

A) Regulación de la cuestión

El nuevo código español alude a la cuestión en la regla 3ra del artículo 118, que en su parte pertinente, a la letra dispone lo siguiente:

"Artículo 118.

1. La exención de la responsabilidad criminal declarada en los números 1º, 2º, 3º, 5º y 6º del artículo 20, no

12 Una posición distinta y minoritaria puede observarse, en forma reciente, en Fernando MEZA MORALES, "Estado de necesidad. Naturaleza jurídica. Consecuencias", en Estudios de Derecho, Universidad de Antioquia, marzo de 1997, Volumen LVI, págs. 115 y sgts.

13 Véase, por todos, los siguientes autores: E. BACIGALUPO, Principios de Derecho Penal. Parte General, 3ra. ed., Akal, Madrid, 1994, págs. 151- 155; M. COBO DEL ROSAL/ T.S. VIVES ANTON, Derecho Penal. Parte General, 4ta. ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1996, pág. 477; S. MIR PUIG, Derecho Penal. Parte General, 4ta ed. PPU, Barcelona, 1996, pág. 450 y F. MUÑOZ CONDE/M. GARCÍA ARAN, Derecho Penal. Parte General, 2da. ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1996, pág. 341.

comprende la de la responsabilidad civil, que se hará efectiva conforme a las reglas siguientes:

.....

3a. En el caso del número 5° serán responsables civiles directos las personas en cuyo favor se haya precavido el mal, en proporción al perjuicio que se les haya evitado, si fuera estimable o, en otro caso, en la que el Juez o Tribunal establezca según su prudente arbitrio.

Cuando las cuotas de que deba responder el interesado no sean equitativamente asignables por el Juez o Tribunal, ni siquiera por aproximación, o cuando la responsabilidad se extienda a las Administraciones Públicas o a la mayor parte de una población y, en todo caso, siempre que el daño se haya causado con asentimiento de la autoridad o de sus agentes, se acordará, en su caso, la indemnización en la forma que establezcan las leyes y reglamentos especiales.

.....".

B) Consideraciones sobre el particular

Del contexto del artículo antes transcrito, se deducen ciertos aspectos de suma importancia para el estudio que nos interesa, ya que

del mismo se infieren reglas muy particulares a propósito del sujeto obligado a reparar el daño causado y en lo que respecta a la forma de fijar o distribuir el monto de la reparación que resulte pertinente.

A propósito del primer aspecto, es evidente que la regla en cuestión no impone la obligación de reparar el daño causado al sujeto que actúa bajo condiciones de estado de necesidad, ya que es posible que el mismo no se haya beneficiado de tal comportamiento.

No cabe duda, sin embargo, que cuando el sujeto que actúa en estado de necesidad obtiene un beneficio o provecho al lesionar un bien jurídico ajeno, tal sujeto actúa justificadamente y tiene la obligación de reparar el daño producido por razón del beneficio o provecho que obtuvo o preservó con su actuación.

La situación será distinta, por ejemplo, si el beneficiado con el estado de necesidad justificante no es quien queda favorecido con la excluyente de antijuricidad, pues en este caso la responsabilidad civil recae en el sujeto que obtuvo el beneficio o provecho con la acción típica que se halla justificada por el ordenamiento penal.

La solución planteada por el Código español es, a todas luces, correcta, ya que el sujeto que no es responsable del mal o peligro que se ha evitado no debe sufrir la pérdida del bien o interés sacrificado por el individuo que actuó en estado de necesidad justificante, toda vez la

persona beneficiada con el daño producido ve salvaguardado su bien o interés y no debe obtener un beneficio a costa de la pérdida sufrida por el titular del bien o interés sacrificado.

El enriquecimiento del titular del bien o interés salvado no debe privar sobre el menoscabo del titular del bien o interés sacrificado, ya que ello supone una forma de enriquecimiento ilícito que el ordenamiento penal no debe promover o tolerar pues el Código español diferencia claramente, como anota QUINTERO OLIVARES, "quién ha actuado en estado de necesidad y quién se ha beneficiado de ese estado de necesidad, y liga la obligación de reparar a la obtención de un provecho a costa de otra persona"¹⁴.

Por lo que se refiere al segundo aspecto, que guarda relación con la forma de fijar o distribuir la reparación que corresponda, el nuevo texto punitivo español dispone que el monto en cuestión se establecerá en forma proporcional al daño que se haya evitado, lo que implica diversas soluciones, según que sea un solo individuo el que se haya beneficiado o que hayan sido varios los favorecidos con el daño causado al bien o interés ajeno.

14 Gonzalo, QUINTERO OLIVARES, "De las personas civilmente responsables" en, **Comentarios al Nuevo Código Penal**, G. Quintero Olivares editor, Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 580.

Corresponderá al juzgador, en este caso, establecer el monto proporcional de la reparación que deberá abonar el sujeto beneficiado o favorecido con el sacrificio del bien o interés de menor valor, para lo cual deberá seguir las reglas generales establecidas para tal efecto.

En este caso, el juzgador, sea Juez o Tribunal, al establecer el monto del daño resarcible o la indemnización que deberá pagar el sujeto civilmente responsable debe señalar, razonadamente, las bases en que fundamente su decisión, lo que es imprescindible para apreciar la motivación de la resolución judicial correspondiente, pues ya sea que se fije en forma proporcional o según estimación del propio juzgador, siempre deberán constar los criterios utilizados para arribar a tal decisión.

Algunos problemas pueden aparecer a la hora de establecer el monto de los daños "morales", que difícilmente pueden ser objeto de prueba, por ejemplo, el dolor sufrido por la víctima, mientras que los daños "materiales" deben ser probados fehacientemente en toda su extensión.

MONTÉS PENADES, al tratar el comentario del artículo 115 del Código Penal español, en lo que respecta a la indemnización del daño moral, sostiene que la indemnización de éste no es susceptible de prueba, e incluye entre los mismos "el dolor, la disminución de las

condiciones o aptitudes básicas y las repercusiones que la lesión puede tener para el futuro profesional de quien la sufre y para su propio desenvolvimiento en la vida"¹⁵ .

Finalmente, es preciso señalar el acierto de la regla 3ra. del artículo 118 ya citado, en el sentido de prever soluciones para el caso de que no sea posible asignar las cuotas que representen el valor de la reparación cuando la misma se distribuya entre varias personas.

Para este caso, cuando no es posible en virtud de la equidad que el Juez o Tribunal establezca el monto de las cuotas que cada obligado debe abonar para cubrir la reparación correspondiente, ni la misma pueda ser establecida por asimilación, o cuando sean las Administraciones Públicas o la mayor parte de una población, siempre que el daño se haya causado con el asentimiento de la autoridad o de sus agentes, según sea el caso, la indemnización se establecerá de acuerdo con lo que establezcan las leyes y reglamentos especiales.

Nos parece, sin duda, atinada la previsión del legislador, pues no siempre se podrá en estos supuestos de responsabilidad de una Administración Pública, o sus agentes, o frente a la mayoría de una

15 Vicente MONTÉS PENADÉS, "Comentario al artículo 115", en la obra coordinada por T.S. VIVES ANTÓN: Comentarios al Código Penal de 1995, Tirant lo blanch, Valencia, 1996, pág. 615.

población, establecer equitativamente el monto de la reparación ni las cuotas en las que se puede dividir la misma, por lo que se deben prever soluciones especiales que deben ser adoptadas en forma particular por leyes y sus respectivos reglamentos.

IV. LA CUESTIÓN EN EL CÓDIGO PENAL PANAMEÑO

A) Regulación del tema

El Código Penal panameño aprobado en 1982, pero vigente a partir del 23 de marzo de 1983, dedica el artículo 122 a la regulación de la responsabilidad civil derivada del delito en casos de causas de justificación.

La norma en cuestión, a la letra, dispone lo siguiente:

"Artículo 122. En todos los hechos amparados por una causa de justificación, sus autores están exentos de responsabilidad civil, excepto el caso de estado de necesidad previsto en el artículo 20 cuando se afectan bienes patrimoniales".

B) Observaciones sobre el particular

La norma transcrita, como se podrá observar, es muy breve y

deficiente.

Si bien es cierto que no se necesita señalar que en casos de justificación no se produce responsabilidad civil, el Código sólo exonera de tal responsabilidad por hechos justificados a los autores de la acción típica justificada, con lo que deja por fuera a los posibles partícipes del mismo (instigadores y cómplices), lo que nos parece incomprensible.

Si el legislador eximió de toda responsabilidad civil al autor de la acción típica justificada, no existe argumento válido alguno para excluir de tal beneficio al partícipe del mismo, pues éste intervino a título de instigador o cómplice en una acción típica que el ordenamiento penal considera lícita.

Por otra parte, el Código sólo permite que haya responsabilidad civil por una acción típica justificada por el estado de necesidad, sólo cuando se afecten bienes patrimoniales, lo que no tiene justificación ni razón de ser.

En efecto, la lacónica regulación antes transcrita no es muy acertada ya que parte del supuesto que al salvar un bien o interés de mayor valor o jerarquía sacrificando un bien o interés de menor valor o jerarquía, sólo debe repararse el daño causado cuando al evitar el daño mayor se produjo un daño contra bienes patrimoniales.

Es evidente, sin embargo, que no siempre se salvan o preservan

bienes o intereses a costa del sacrificio de bienes patrimoniales, ya que la realidad nos muestra situaciones en tal sentido.

Bien puede ocurrir que el sujeto afecte la integridad física de una persona para salvar la vida, sin que haya una agresión injusta, actual o inminente que autorice una defensa necesaria.

En este caso, sin embargo, parece que de la regulación del artículo 122 antes transcrito, no se puede exigir la reparación del daño causado, pues no hubo afectación de bienes patrimoniales en la acción típica justificada por la necesidad mencionada.

Tal solución, sin lugar a dudas, es injusta y contraria a la dignidad del ser humano, pues brinda protección jurídica al patrimonio sacrificado y olvida los restantes bienes o intereses que merecen todo tipo de tutela jurídica por razón de actuaciones determinadas por la necesidad.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Las consideraciones que anteceden, sin duda alguna, ponen de manifiesto la deficiente regulación de la responsabilidad civil en casos de estado de necesidad en el Código penal panameño, situación que no se observa en el nuevo Código penal español que está mejor redactado en este tema.

En momentos en que Panamá se prepara para la adopción de un

nuevo Código Penal, la oportunidad es propicia para reformular la problemática antes estudiada y regular con mayor propiedad la cuestión, pues es indudable que hay responsabilidad civil en casos de estados de necesidad cuando se sacrifica un bien o interés no patrimonial para salvar o precaver otro bien o interés de mayor valor o jerarquía.

La legislación penal panameña debe adecuarse a la realidad de las cosas, siempre que ello sea factible y coherente, por lo que la nueva codificación penal española puede ser el punto de referencia, al menos, en esta materia. Amanecerá y veremos.

ALTERNATIVAS A LA PENA DE PRISIÓN EN EL ORDENAMIENTO PENAL PANAMEÑO

I. LA CRISIS DE LA PRISIÓN

La prisión está en crisis. Esta afirmación, que es una opinión muy generalizada entre los cultivadores de las ciencias penales, no necesita mayores explicaciones.

Todos asistimos al espectáculo de la institución penitenciaria como modelo de lo que no queremos que sea la sanción privativa de libertad.

Los problemas de hacinamiento, maltrato, degeneración, corrupción sexual y muchos otros que son innecesarios destacar nos obligan a pensar en nuevas formas de penar para reemplazar a la pena de prisión, sea ésta llamada "reclusión", "prisión", "arresto", "presidio", "penitenciaria" o de muy diversas maneras como ocurre en el Derecho Comparado actual.

La pena privativa de libertad, sin embargo, no fue la pena histórica por excelencia en el Derecho criminal, pues las penas corporales y las penas infamantes fueron las sanciones más utilizadas hasta tiempo relativamente reciente.

No fue hasta el Siglo XVIII cuando el encarcelamiento de las personas deviene en una forma sistemática de penar, pues hasta ese momento la cárcel sólo se utilizaba para "retener" al sujeto mientras le llegaba el turno de "ejecutar" la pena que se le había impuesto.

Muchos son los factores que justifican buscar alternativas a la pena de prisión. De todos ellos, a nuestro juicio, uno de los más importantes gira en torno al fracaso de la "idea resocializadora", pues los autores han tenido que reconocer que el fin de "resocialización" que se atribuía a la pena privativa de libertad es prácticamente inalcanzable.

Siendo ello así, por qué penar con la pena privativa de libertad si generalmente son mayores los perjuicios que emanan de ella frente a los beneficios que su aplicación puede producir.

La pena privativa de libertad generalmente no resocializa ni corrige a quien no quiere ser resocializado ni corregido, ni mucho menos puede realizar estos fines si, como se dice con mucha insistencia y no poca razón, primero no corregimos el modelo de sociedad que tenemos para que sirva de parámetro en la "reeducación" de los sancionados.

Ante el fracaso del encarcelamiento como sanción penal, que podemos hacer para enfrentar el problema de la delincuencia? La respuesta a esta interrogante no es fácil.

No es fácil porque, es evidente, no tenemos nada mejor que la pena privativa de libertad para sancionar los delitos graves; sin embargo, cuando se trata de infracciones menos graves o leves, se levanta todo un arsenal de posibles sustitutivos de la pena de privación de libertad que las legislaciones modernas toman en cuenta.

II. LOS SUSTITUTIVOS PENALES EN DERECHO COMPARADO

El Derecho Comparado muestra una amplia gama de instituciones que tienen la virtualidad de operar como verdaderas "alternativas" a la privación de libertad como sanción penal.

Esta amplia gama de instituciones tiene una muy diversa regulación, que varía de país a país, de acuerdo a las condiciones sociales de cada medio en particular.

No pretendemos decir que ya desde mañana podemos importar algunas de estas instituciones, pero al menos podemos considerar algunas de las ventajas que las mismas implican.

La existencia de estas instituciones en el Derecho Comparado, si embargo, no es de por sí garantía de éxito, pues es obvio que ello no es

así.

Poner en práctica alguna de las medidas alternativas a la prisión existentes en Derecho Comparado no es fácil, ya que se requiere tomar en cuenta otros factores adicionales al "problema jurídico", que son los que en definitiva incidirán en el éxito o fracaso de la institución.

En el Derecho Comparado durante la década de 1970 era mayoritaria la consideración de la necesidad de sustituir las penas cortas privativas de libertad, ya que una pena de privación de libertad de uno, dos, tres o hasta seis meses no regenera ni reeduca a nadie.

Muy por el contrario, la ejecución de una pena corta privativa de libertad con una duración como la antes indicada, se afirma todavía hoy, en algunos países, es contraproducente.

Excepcionalmente algunos autores consideran conveniente una pena corta de privación de libertad como eficaz, si con ello se consigue "estremecer" al sujeto para hacerle tomar conciencia del problema de la ejecución de una pena privativa de libertad. Algunos autores, por tanto, plantean o replantean la conveniencia del "encarcelamiento" por uno o varios días, como modo de obligar al sujeto a conocer el mundo de la prisión por un momento, de modo que pueda "experimentar" o "sufrir" los riesgos que implica una ejecución mayor de dicha privación de libertad.

También es prácticamente mayoritaria la opinión de que, en

ocasiones, la pena privativa de libertad de hasta un año debe reemplazarse por una sanción distinta, de modo que el sujeto no ingrese en prisión pero sufra una pena en atención al delito, por lo general, leve que debe haber cometido para recibir una sanción de esta duración.

Aparecen en este momento, las sanciones alternativas siguientes:

- a) penas pecuniarias
- b) arresto de fin de semana
- c) reprensión (amonestación) judicial
- d) arresto domiciliario
- e) perdón judicial
- f) trabajo comunitario

Conviene hacer algunas precisiones de la pena de "arresto fin de semana" y la pena de "trabajo comunitario".

El arresto de fin de semana parte del supuesto del encarcelamiento del sujeto por períodos breves, que generalmente no superan las 40 horas en un fin de semana, de modo que el sujeto tenga la posibilidad de laborar y permanecer junto a su familia durante los días hábiles.

Aunque el arresto de fin de semana es una pena privativa de libertad, no cabe duda alguna que es una respuesta a las necesidades de prevención especial sin afectar en demasía al sujeto que no debe ver

afectado su trabajo ni su vínculo familiar en estos breves períodos de privación de libertad.

Por lo que respecta al trabajo comunitario, esta modalidad de sanción implica la obligación del sujeto de trabajar en actividades de interés comunitario o colectivo por períodos que debe establecer el Tribunal de la causa, atendiendo las circunstancias del caso en particular.

Generalmente la condena se establece fijando un número de horas de trabajo comunitario, que debe el sujeto cumplir para evitar su ingreso en prisión. La pena de trabajos comunitarios evita el encarcelamiento que podría llegar hasta 6 meses de prisión.

A propósito de penas mayores de un año y que no pasan de dos, tres o hasta cinco años en alguna legislación vigente, la alternativa prevista es la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, también llamada "condena condicional" en otros países.

La anterior descripción no agota, sin embargo, el amplio catálogo de posibilidades en cuanto a sancionar sin tener que recurrir a la pena privativa de libertad.

En algunos ordenamientos jurídicos se han empleado con variada fortuna otros mecanismos, que en ocasiones no tienen una verdadera naturaleza penal, pero que conviven con las instituciones penales en orden a brindar alternativas a la pena de privación de libertad.

Estamos hablando, por tanto, de la posibilidad de suspender el fallo (aplazar su emisión), dispensar la dictación de la pena y renunciar el Estado a la persecución penal (principio de oportunidad en el proceso penal).

El panorama antes expuesto no deja de ser, sin lugar a dudas, interesante. Tendremos que aprender, tarde o temprano, del Derecho Comparado para enfrentar el problema de la prisión siempre en crisis. No obstante esta afirmación, es preciso que se tomen en cuenta los factores sociales, políticos y económicos del medio panameño, pues importar instituciones extranjeras sin estudiar su posible adecuación a nuestro medio es un error que no podemos volver a cometer.

Finalmente, para concluir este apartado, es necesario llamar la atención sobre la necesaria existencia de controles para el eficaz funcionamiento de las alternativas a la pena de privación de libertad, ya que de lo contrario la institución sería letra muerta.

De la misma forma, deberán tenerse en cuenta los posibles incumplimientos de las obligaciones o restricciones que la ejecución de tales sustitutivos conllevan, ya que ello obligará a tener en cuenta el eventual quebrantamiento de las sanciones alternativas y las consecuencias que del mismo emanen.

III. LOS SUSTITUTIVOS PENALES EN NUESTRA LEGISLACIÓN

En nuestro Código Penal vigente se recogen, por primera vez en nuestra legislación, varias instituciones que constituyen verdaderas alternativas a la pena de prisión.

Nos referimos a las siguientes: conversión a días-multa y reprobación pública o privada como alternativas a las penas cortas de privación de libertad y a la suspensión condicional de la ejecución de la pena como alternativa a las penas de privación de libertad de hasta dos años de duración.

Veamos cada una de ellas, en forma particular.

A) SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA

1. Cuando procede la suspensión de la ejecución de la pena

La pena de prisión ya impuesta no se aplica y se suspende su ejecución cuando no excede de 2 años la pena de prisión impuesta, siempre que se den los siguientes requisitos:

- a) que el reo haya observado antes de la comisión del hecho punible una vida ejemplar de trabajo y cumplimiento de sus deberes y que con posterioridad al acto delictivo haya demostrado arrepentimiento;

b) que se trate de un delincuente primario; y

c) que se comprometa a hacer efectiva la responsabilidad civil, si se le hubiere condenado a ello, en un término prudencial que el Tribunal señalará, a menos que causas justificadas le impidan cumplir dicha obligación.

2. Qué obligaciones conlleva la suspensión

a) puede implicar para el sujeto la sujeción a la vigilancia de las autoridades del Ministerio de Gobierno y Justicia.

Ello significa, por tanto, que en el Ministerio de Gobierno y Justicia debe existir un Departamento encargado de la ejecución sujeción que puede ser impuesta en la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

A diez años de la vigencia de la institución, todavía no existe tal organismo administrativo.

La experiencia pone de manifiesto, sin embargo, que tal seguimiento no existe ni se han establecido las condiciones mínimas necesarias para que tal vigilancia se pueda dar en la realidad.

b) implica la imposibilidad de cometer un nuevo hecho punible durante el tiempo en que dure el período vigencia

de la suspensión (que es entre 2 y 5 años como máximo).

3. Cuando puede ser decretada tal suspensión

Los tribunales de la instancia tienen facultad para conceder de oficio o a petición de la parte, la suspensión condicional de la ejecución de la pena mientras en proceso no esté en etapa de ejecución.

Y decimos que tienen tal facultad hasta que no se inicie la ejecución de la pena de prisión impuesta, ya que la labor del juzgador termina cuando el sujeto ya reputado como "sancionado" está a órdenes del Departamento de Corrección del Ministerio de Gobierno y Justicia.

En nuestro ordenamiento legal los tribunales penales no tienen injerencia en la ejecución penitenciaria, ya que tal labor es de exclusiva responsabilidad de la autoridad administrativa (Órgano Ejecutivo vía Ministerio de Gobierno y Justicia).

4. Es una facultad discrecional del Tribunal o es un derecho del sancionado

La institución ha sido concebida como una facultad del Tribunal, que puede concederla o no en atención a las consideraciones particulares de cada caso en concreto.

En toda concesión de la suspensión, sin embargo, deben

cumplirse con los requisitos antes enunciados y que aparecen consagrados en el artículo 78 del Código Penal.

5. Efectos del cumplimiento del término impuesto en la suspensión de la ejecución de la pena.

Para los efectos penales, el simple transcurso del período de suspensión que no debe ser nunca menos de dos años ni mayor de cinco implica la extinción de la pena, que se entiende cumplida en su totalidad (aunque una parte de la misma haya sido cumplida por el sujeto observando buena conducta en libertad), siempre que el sujeto haya cumplido las obligaciones que se le hayan fijado al concederse la referida suspensión.

B) CONVERSIÓN A DÍAS-MULTA

La pena de prisión que no excede de 1 año podrá ser sustituida por días-multa, cuya cuantía no deberá ser menos de 25 ni mayor de 75 días-multa, tal como lo dispone el art. 82 del Código Penal vigente.

Tal normativa, sin embargo, ha sido modificada indirectamente por obra del art. 2398 del Código Judicial, que al respecto permite que el juez de la causa al dictar sentencia definitiva puede reemplazar la pena de prisión no mayor de tres años cuando no se encuentren reunidas las condiciones que el permite suspender condicionalmente la ejecución de

la pena, lo que implica una reforma del citado artículo 82 que, de hecho, trastoca todo el sentido de política criminal en el Código Penal.

Ahora, con la situación planteada, la suspensión condicional de la ejecución se pueda dar en casos de penas que no excedan dos años de prisión y el reemplazo de las penas, cuando no procesa la suspensión, puede favorecer a sujetos con sentencias de hasta tres años de prisión, lo que es un contrasentido inexplicable.

Es lamentable, sin embargo, que no haya ningún requisito previo para la conversión a días-multa, pues el sujeto puede estar condenado por hurto, estafa o apropiación indebida de una fuerte suma de dinero y salir favorecido con una pena pecuniaria insignificante, que pagará con el importe del beneficio que se produjo con su actuar ilícito, pues en el Código Penal no se exige la reparación del daño como requisito previo a la concesión de la conversión de la prisión a días-multa.

C) REPRESIÓN PÚBLICA O PRIVADA

La represión, por su parte, se podrá aplicar cuando se trate de penas de prisión que no excedan de seis meses.

A juicio del Tribunal, la represión podrá ser pública o privada e irá acompañada de la advertencia al sujeto de que si delinque de nuevo en el plazo de un año se le hará cumplir, junto a la nueva pena por el hecho en que incurra, la que le fue sustituida por la represión.

Las consideraciones antes expuestas ponen en evidencia las diferencias existentes entre las figuras que se regulan dentro del reemplazo de las penas cortas de privación de libertad y la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

A propósito de la conversión a días-multa y de reprensión no es necesario que se trate de un delincuente primario ni que se cumplan con las otras condiciones a que aluden los artículos 78 y 79 del Código Penal; por otra parte, la aplicación del reemplazo de las penas cortas de privación de libertad parece estar condicionada a la inaplicabilidad de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ya que primero debe tratar de favorecerse al sujeto con la suspensión y luego, si ello no procede, y la pena no excede de un año se podrá aplicar la conversión a días-multa o la reprensión según considere o decida el tribunal.

IV. PROBLEMAS PRÁCTICOS EN LA APLICACIÓN DE LOS SUSTITUTIVOS PENALES EN NUESTRA REALIDAD PROCESAL

Numerosos han sido los problemas prácticos que han surgido por razón de la aplicación de la conversión a días-multa, reprensión pública o privada y suspensión condicional de la ejecución de la pena.

La experiencia de estos once años de vigencia del Código Penal de 1982, que rige desde marzo de 1983, nos ha señalado que cada

tribunal ha entendido las normas objeto de nuestro anterior análisis de muy diversas formas.

En algún tribunal se ha concedido la suspensión, la conversión o el reemplazo sin escuchar la opinión del Ministerio Público; en otro, sin notificar al Ministerio Público de la decisión adoptada.

A veces, se pretende exigir que el sujeto manifieste su arrepentimiento en la indagatoria o en algún momento procesal anterior a la sentencia, negando la sustitución cuando no se efectuó tal declaración en virtud de la consideración de inocencia que hacía el imputado a lo largo del proceso.

La situación se llevó hasta extremos insostenibles, pues en el caso de los delitos culposos en materia de tránsito el imputado no reconoce su responsabilidad generalmente hasta que se le declara culpable, con lo que se hacía imposible suspender la pena porque no había habido un "arrepentimiento" oportuno.

En otros casos, la sustitución se ha concedido después de ejecutoriado el fallo, situación que no ha permitido la suspensión en algún proceso seguido ante otro Tribunal.

Muy recientemente se ha llegado a conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena cuando la misma está siendo ejecutada y el sujeto a órdenes del Departamento de Corrección, lo que

sin lugar a dudas es totalmente irregular.

El juzgador penal termina su actuación con la remisión del proceso al Departamento de Corrección y carece de facultad para actuar a partir de ese momento.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Las consideraciones antes expuestas ponen en el tapete de discusión la polémica sobre la conveniencia o inconveniencia de las llamadas penas cortas de privación de libertad que desde hace más de tres décadas existe en el ámbito científico del Derecho penal.

En el ordenamiento penal panameño la situación está planteada sin mayor discusión, pero a corto plazo la creación de una Comisión Codificadora para redactar un nuevo Código Penal y un auténtico Código Procesal Penal traerán el tema nuevamente a discusión por todos los sectores involucrados en problemas de esta naturaleza.

Finalmente, deben cesar aquellas prácticas contrarias a la ley de conceder una medida de reemplazo o suspensión de la ejecución de la pena a quien ya está cumpliendo la sanción impuesta por la autoridad ya que ello es irregular y supone una extralimitación de funciones por parte del servidor judicial correspondiente, quien siempre debe notificar al Ministerio Público de cualquier decisión que adopte sobre el particular.

Ignorar al Ministerio Público al conceder una suspensión de la ejecución o al reemplazar la pena impuesta implica que la decisión no está notificada y que la misma no puede ser ejecutada mientras ello no ocurra.

www.penjuranama.com

LA RESPONSABILIDAD PENAL EN CASOS DE ACCIDENTES DE TRANSITO

I. INTRODUCCION

El tema de la responsabilidad penal en casos de accidentes de tránsito es materia inherente al Derecho penal, que por su estrecha relación con la temática de este Seminario sobre "responsabilidad civil", conviene a juicio de los organizadores exponer en esta intervención.

La cuestión, sin duda alguna, plantea el problema de la culpa en toda su extensión, ya que tratar de la responsabilidad penal en casos de tránsito es abordar el tema de las lesiones culposas y el homicidio culposo en particular, al tiempo que se deberá considerar también el problema de la "falta" correspondiente, cuando la incapacidad del ofendido no exceda los límites que la convierten en delito en nuestra legislación penal.

Antes de ocuparnos de esta cuestión, sin embargo, consideramos necesario efectuar algunas consideraciones de carácter general sobre estos temas, de modo que enfrentemos algunos aspectos básicos o

fundamentales sobre tema.

Sobre el particular, por tanto, debemos abordar el problema del bien jurídico protegido y su relevancia jurídicopenal en nuestro ordenamiento, de modo que analicemos la cuestión desde una perspectiva valorativa. Por otra parte, es necesario considerar con detenimiento el problema de la culpa en el Derecho penal vigente y estudiar las diversas manifestaciones de la misma frente al accidente de tránsito.

II. PROBLEMATICA DE LA CULPA EN LA ACTUALIDAD.

A) IMPORTANCIA DE LA CULPA

Las infracciones culposas han adquirido enorme importancia en el siglo en que nos toca vivir, sobre todo a partir de la proliferación de los vehículos a motor.

En tiempos pasados lo que hoy conocemos como delito culposo tenía otra connotación, hasta el punto que las primeras codificaciones se ocupan del mismo bajo la impropia e inexacta denominación de "cuasidelitos".

Modernamente, sin embargo, la evidente expansión de la tecnología industrial nos pone la infracción a título de culpa en un plano de importancia tal, que en determinados países son más los delitos de lesiones y homicidio cometidos a título de culpa que los cometidos en

forma dolosa.

Sólo en casos de tránsito, por ejemplo, las muertes que se producen en nuestro medio son enormes frente al caso de los homicidios dolosos que se producen en otras circunstancias.

La experiencia de los últimos años es muy elocuente, pues en ocasiones en nuestro medio se supera la media de una muerte por día en las carreteras, hecho que no ocurre respecto del homicidio doloso en todas sus otras manifestaciones.

B) CONCEPTO DE CULPA

En nuestro ordenamiento penal vigente, el sistema de la culpa supone la descripción de cada figura en forma específica, de modo que existe lo que en doctrina se denomina un sistema o numerus clausus, por lo que sólo se consideran delitos culposos los que están expresamente descritos como tales.

Nuestro Código Penal se ocupa de la culpa en el artículo 32 que a la letra dispone lo siguiente: "Obra con culpa quien realiza el hecho legalmente descrito por inobservancia del deber de cuidado que le incumbe de acuerdo con las circunstancias y sus condiciones personales y, en el caso de representárselo como posible, actúa confiado en poder evitarlo".

La norma transcrita, como se ha podido observar, tiene una doble

connotación: por una parte, se ocupa de la llamada culpa sin representación o culpa inconsciente y luego de la culpa con representación o culpa consciente.

En la primera, el sujeto realiza el hecho culposo sin siquiera tener idea alguna de su actuación contraria a la ley, mientras que en el segundo caso, el agente prevé el posible resultado dañoso que su conducta puede acarrear, pero confía que su habilidad o destreza impedirán que el mismo se produzca.

A ciencia cierta, sin embargo, no se que es mas grave, si la primera o la segunda. Un sector de la doctrina penal moderna, mayoritario, considera a la culpa sin representación más grave que la culpa con representación, sobre todo por la frecuencia mayor con que esta se produce respecto de la culpa con representación.

En lo particular, estimo más grave los casos de culpa con representación que los supuestos de culpa sin representación, pues en la primera el sujeto conoce las posibles consecuencias de su actuar y aún así realiza la conducta que da por resultado el daño o menoscabo del bien jurídico protegido. En estos casos, no hay una simple actitud irresponsable o inadecuada, pues el agente sabe que su proceder puede acarrear un daño o lesión, que él cree que puede evitar, pero que se produce de todas formas.

Aquí el comportamiento del sujeto raya con el dolo, pues la diferencia entre culpa con representación y dolo eventual es difusa y susceptible de confusión en la práctica.

Por otra parte, no podemos pasar por alto la problemática propia del proceso penal, en donde no siempre se logra comprobar la existencia del dolo eventual, pues los problemas probatorios que el mismo implica son de enorme trascendencia y dificultad.

III. HOMICIDIO CULPOSO EN CASOS DE TRANSITO

A) EL TIPO PENAL

En nuestro ordenamiento jurídico penal vigente no existe una norma que incrimine el delito de homicidio culposo cometido en un accidente de tránsito, por lo que se tiene que recurrir a la figura del homicidio culposo que está descrito y sancionado en el artículo 133 del Código Penal, cuando de homicidio culposo en casos de tránsito se trata.

La norma en cuestión dispone a la letra lo siguiente:

"Artículo 133. El que por culpa causa la muerte de otro, incurrirá en prisión de 6 meses a 2 años e interdicción hasta por 2 años del ejercicio del arte, profesión u oficio por medio de los cuales se ocasionó la muerte.

Si del hecho resulta la muerte de varias personas, o la de una sola y la lesión de una o varias personas la sanción

será de 2 a 4 años de prisión e interdicción del ejercicio, arte, profesión u oficio por el mismo término después de cumplida la pena principal.

Las sanciones señaladas en los párrafos anteriores se aumentarán de una sexta a una tercera parte cuando el hecho punible se cometa en un accidente de tránsito y el autor se dé a la fuga".

Como se puede observar, la única referencia al accidente de tránsito en la norma transcrita opera como una agravante de responsabilidad penal, para el caso en que el sujeto activo del delito se dé a la fuga, tema que abordaremos más adelante.

B) EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y LA ESCALA VALORATIVA DEL LIBRO II DEL CÓDIGO PENAL

El homicidio culposo, como todo delito de homicidio, protege la vida humana independiente.

En el Código Penal panameño el homicidio doloso simple tiene establecido una pena de prisión que oscila entre 5 y 12 años, en tanto que el homicidio doloso agravado tiene pena que va de 12 a 20 años de prisión.

No es de extrañar, por tanto, que el homicidio culposo tenga pena de prisión que oscila entre 6 y 24 meses de prisión en la figura básica y

de 2 a 4 años de prisión en la forma agravada.

El Código Penal patrio, sin embargo, ha sido objeto de muy importantes modificaciones en su Libro II, sobre los delitos en particular, con lo que se han aumentado considerablemente las sanciones en delitos en donde su protege un bien jurídico de inferior valor o jerarquía que la vida humana independiente, lo que sin duda es una aberración.

Parece que en nuestro medio se considera más importante, y digno de mayor tutela penal, el hurto de una cabeza de ganado que la protección de la vida humana independiente en el caso del homicidio culposo, pues mientras este se castiga con pena que oscila, en la forma básica, entre 6 y 24 meses de prisión, en el hurto pecuario se estableció una pena que va de 30 meses a 6 años de prisión.

En el ordenamiento penal panameño es más grave hurtarse una cabeza de ganado que causar por culpa la muerte de una persona, situación que desde todo punto de vista dogmático o de política criminal es insostenible y perjudicial.

A nuestro juicio, el Legislador ha equivocado la punibilidad prevista para estas figuras, ya que nunca se puede pretender proteger con mayor énfasis el bien jurídico patrimonio frente al bien jurídico "vida humana independiente", pues aunque se trate de un delito culposo el homicidio representa un desvalor de más trascendencia que el hurto de

una cabeza de ganado.

Es un desatino que la legislación penal panameña otorgue más protección jurídica al patrimonio que a la vida humana independiente, por lo que es de esperar que se tomen correctivos para superar tan desafortunada situación.

C) EL TIPO PENAL DEL ART. 133 DEL CÓDIGO PENAL

A propósito del tipo penal del homicidio culposo, en esta ocasión, nos interesa destacar lo que se refiere a la conducta típica, muy en especial lo que respecta a la acción, las clases de culpa y al resultado típico.

Por lo que respecta a la acción, no cabe duda que estamos en presencia de un delito que no castiga un determinado comportamiento, sino que el mismo incrimina la producción de un resultado concreto.

En el homicidio culposo no interesa la forma como se causa la muerte, pues lo importante es la causación de dicho resultado, con absoluta independencia de la forma (acción u omisión) o medios utilizados para el mismo.

Cuando tratamos del homicidio culposo en accidente de tránsito estamos en presencia de un homicidio culposo cometido en el ejercicio de una actividad normalmente lícita, que deviene en punible por razón del resultado producido que es ilícito.

Aquí el sujeto activo puede estar autorizado para conducir vehículos a motor, pero no ha conducido con el cuidado debido que es necesario en estos casos y ha causado el resultado muerte que se le imputa por no haber adoptado el cuidado necesario para no producir dicha muerte.

Al sujeto no se le sanciona por el hecho de conducir el vehículo, pues es muy probable que tenga autorización para ello, es decir, licencia de conducir, por lo que su actuación inicial es lícita y conforme a derecho, situación que se torna distinta cuando se produce, por culpa en su actuar, el resultado dañoso que implica la pérdida de la vida del sujeto pasivo de la infracción.

Un problema distinto surge cuando, sin tener licencia o autorización para conducir vehículos a motor, el sujeto causa la muerte de una persona en un accidente de tránsito. En este caso, la falta de autorización o licencia de conducir, que acredite la destreza o habilidad del sujeto en la actividad, configura una falta que normalmente queda absorbida por la infracción de mayor gravedad, situación que no es correcta.

En efecto, no es igual causar una muerte al conducir un vehículo a motor teniendo licencia para conducir que causar dicha muerte con el vehículo para el cual no se tiene permiso de conducir. En este último

caso, la conducta del sujeto es más grave toda vez que la ausencia de autorización o legitimación para conducir implica que al realizar esta actividad el sujeto realiza acciones peligrosas que ponen en riesgo bienes jurídicos de numerosas personas. Estamos, sin duda, en presencia de una actividad que debe ser castigada severamente, pues se están creando "riesgos" que no deben existir.

Por lo que respecta a las clases de culpa, es importante destacar que el homicidio culposo en accidente de tránsito implica un actuar positivo del que se derivan consecuencias no queridas por el agente, lo que usualmente se identifica con la llamada "imprudencia" que no debe ser identificada con otras formas conocidas de culpa como lo son la "negligencia" y la "impericia".

En materia de accidentes de tránsito, la doctrina pone de manifiesto la existencia de otra forma de culpa distinta a las mencionadas anteriormente, pues junto a la imprudencia, negligencia e impericia, también se reconoce la "inobservancia de los reglamentos, órdenes o prescripciones de la ley".

A propósito del resultado típico, es obvio, poco lo que podemos anotar, ya que el mismo supone causar la muerte de la persona por culpa (imprudencia o inobservancia de los reglamentos, órdenes o prescripciones de la ley) por parte del sujeto activo del delito.

En casos de accidentes de tránsito, el resultado muerte debe producirse como consecuencia del conducir vehículos a motor, ya que de lo contrario la muerte del sujeto pasivo no podrá imputarse al agente y en este caso si no hay muerte podrá haber delito de lesiones o la muerte se habrá producido con circunstancias ajenas al accidente en cuestión, por lo que será necesario en su caso establecer si la misma se produjo por la falta de cuidado de alguien en el ejercicio de otra actividad o por otra razón que aquí no podemos considerar.

D) CONSIDERACIONES DE "LEGE FERENDA"

Sobre el particular, es importante destacar que actualmente existe un Proyecto de Ley preparado por la Procuraduría General de la Nación para agravar las penas en casos de homicidio culposo causado por medio de accidentes de tránsito.

En este proyecto, se aumentan sustancialmente las penas a los conductores de vehículos que ocasionen la muerte de otras personas al conducir sus vehículos a motor.

Tuve la oportunidad de ver el Proyecto en su etapa de elaboración por el personal de la Procuraduría y no estoy seguro si el mismo fue presentado a la consideración de la Asamblea Legislativa, por lo que omitiremos toda referencia al mismo en esta oportunidad.

IV. LESIONES CULPOSAS EN CASOS DE TRANSITO

A) EL TIPO PENAL

El delito de lesiones culposas en nuestro ordenamiento penal está consagrado en el artículo 139 del Código Penal, que a la letra dispone lo siguiente:

"Artículo 139. El que por culpa cause a otro una lesión personal que produzca incapacidad superior a 30 días, será sancionado con prisión de 6 meses a 2 años o de 25 a 100 días-multa.

En toda condena por lesiones culposas se impondrá la sanción de inhabilitación para el ejercicio de las profesiones o actividades que han dado lugar al resultado, en la medida en que el tribunal lo estime pertinente, atendida la importancia del daño producido".

A diferencia del homicidio culposo, el delito de lesiones culposas no contiene referencial alguna al caso de lesiones culposas causadas en accidentes de tránsito, situación que plantea la conveniencia de uniformar criterios sobre el particular, ya que en materia de lesiones a personas también el problema de la fuga tiene importancia y sin duda es cuestión que se presenta con demasiada frecuencia en nuestro medio.

B) EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Poco es lo que tenemos que señalar en esta ocasión sobre el

bien jurídico protegido en el delito de lesiones culposas.

Como todos sabemos, el mismo protege como bien jurídico la integridad de la persona, bien jurídico de significativa importancia pero de menor trascendencia o valor que la vida humana independiente que es el bien que se protege en el homicidio, sea doloso o culposo.

La integridad de la persona implica un estado de bienestar físico y psíquico merecedor de protección penal, por lo que se castiga todo comportamiento que afecte dicha integridad, no importando al legislador si el menoscabo implica un daño físico o psíquico, pues en definitiva la salud del individuo es lo que interesa en todo caso.

No consideramos conveniente extendernos más en este aspecto, por lo que nos remitimos a nuestras Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial, (Publicación del Departamento de Ciencias Penales, Facultad de Derecho, Universidad de Panamá, Tomo I, Panamá, 1988) escritas en colaboración con la profesora Dra. Virginia Arango Durling.

C) EL TIPO PENAL DEL ART. 139 DEL CÓDIGO PENAL

La figura de las lesiones culposas en nuestro ordenamiento penal vigente, como ocurre en la mayoría de los textos penales actuales, está configurada en torno a la producción de un resultado dañoso, con absoluta independencia de las formas o medios por las cuales se produce el mismo.

Como se podrá observar del contexto del tipo del artículo 139 del Código Penal, la conducta típica en este delito implica un determinado comportamiento: causar una lesión personal que produzca incapacidad superior a 30 días, cuando tal resultado se debe a una actuación "culposa" del agente.

A diferencia del delito de lesiones dolosas, en donde el Legislador se interesó en describir las lesiones que se tipificaban como delito y fijó las penas para los mismos, en el caso de las lesiones culposas no fue necesario individualizar cada una de las mismas, pues lo que interesa es la producción de una incapacidad superior a 30 días como consecuencia de la lesión culposa que se infiere al ofendido.

El problema fundamental del delito de lesiones culposas gira en torno a la existencia de una pena relativamente leve, o insignificante, frente a los eventual magnitud de la lesión causada, pues el Legislador estableció una pena alternativa: prisión de 6 meses a 2 años o de 25 a 100 días-multa.

Esta situación hoy día es inaceptable, pues es frecuente la producción culposa de lesiones de cierta magnitud y trascendencia permanente en la víctima, que en muchas ocasiones no tiene reparación del daño causado y la pena que se impuso al sujeto no representa una correspondencia con el mal causado.

Quizás la solución antes propuesta no sea aceptable para muchos o, en apariencia, contraria a algunos postulados modernos del Derecho Penal, pero es necesario que haya proporcionalidad entre el mal causado y la pena que se imponga al sujeto activo del delito.

Hoy en día, sobre todo en casos de accidentes de tránsito, es necesario reconsiderar la pena en este delito, de forma que se establezca una pena leve para casos de incapacidades breves, en donde el daño producido sea de poca significación frente a la lesión donde se causan daños de consideración y en los que se debería establecer una penalidad mayor.

Aunque el principio de culpabilidad nos imponga limitaciones, las mismas pueden permitir soluciones coherentes a situaciones como las expuestas con anterioridad, pues de lo contrario estaremos brindando soluciones que no se correspondan con la realidad de los hechos del diario acontecer de los individuos.

D) CONSIDERACIONES DE "LEGE FERENDA"

Los argumentos antes expuestos, sin duda alguno, ponen de manifiesto la necesidad de modificar el delito de lesiones culposas y establecer algunas distinciones sobre el particular.

Por una parte, es necesario considerar la conveniencia de establecer un tipo penal para las lesiones culposas producidas en

accidentes de tránsito, tomando como agravante de las mismas el conducir sin autorización (licencia para conducir), el haber ingerido alcohol más allá de los límites que se establezca por la Ley, no un simple reglamento, y el haberse dado a la fuga.

Por otra parte, debe establecerse como agravante en las lesiones culposas la producción de lesiones grávisimas que afecten en forma permanente al ofendido, de forma que el juzgador tenga una escala penal para escoger la pena que corresponda en atención al grave daño causado.

En ningún caso, sin embargo, debe entenderse que estamos propugnando un sistema de responsabilidad penal de carácter objetiva, ya que ello está proscrito en el Derecho penal de culpabilidad que propugnamos y defendemos constantemente y que se entiende mayoritario en la Ciencia del Derecho Penal de nuestros días.

V. LA FALTA DE LESIONES CULPOSAS EN CASOS DE TRÁNSITO

Como todos sabemos, el delito de lesiones culposas se convierte en una simple falta de lesiones, tanto dolosa como culposa, cuando la incapacidad producida por la lesión no excede de 30 días.

En estos casos, el Código Judicial, en su art. 175, atribuye competencia a las autoridades administrativas, también llamadas o denominadas autoridades de policía, para conocer y decidir estas

causas.

Para tal fin, las autoridades de policía, sean jueces de tránsito o alcaldes municipales, no utilizan el Código Judicial ya que ellos recurren al procedimiento administrativo previsto para tal fin en el Reglamento de Tránsito.

Sobre el particular, es importante señalar que la falta de lesiones, sean dolosas o culposas, está descrita en el artículo 2 de la Ley 112 de 1974, sobre justicia administrativa, y la sanción está prevista en el artículo 3 de la citada Ley, por lo que las mismas permiten pena de 10 días a 1 año de arresto, siendo admisible en estos casos la conmutación de la misma por una pena de multa que pueden establecer las propias autoridades administrativas.

VI. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN CASOS DE ACCIDENTES DE TRÁNSITO

A) LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN CASOS DE DELITOS DE HOMICIDIO Y LESIONES CULPOSAS

Sobre el particular, es importante destacar el sistema vigente en nuestro medio, que por razones que desconozco es objeto de aplicación muy controvertida.

Creo que es de todos conocido, que el Código Penal (arts. 119 - 130) regula en el Título VI del Libro Primero lo que el legislador en su

oportunidad denominó "responsabilidad civil derivada del delito", de modo que las consecuencias civiles de ilícito penal se decidan, en la medida de lo posible, en la sentencia penal correspondiente.

En nuestro Código Penal hay, sin embargo, un error sobre el particular, ya que no es cierto, como dispone el art. 119, que de todo delito emana responsabilidad civil para las personas que resulten culpables del mismo, pues tal responsabilidad sólo surge cuando del hecho punible se ha producido un daño en perjuicio de alguien.

Es obvio, por tanto, que no habrá responsabilidad civil para los culpables del delito si del mismo no se ha producido daño contra una persona.

Por otra parte, uno de los problemas más importantes que se presentan en materia de responsabilidad civil derivada del delito, denominación que por cierto no es la más correcta ni adecuada, como bien ha anotado un importante sector de la más destacada doctrina penal española de nuestro días, es la que se refiere al trámite procesal que se establece para su satisfacción.

En nuestro medio la responsabilidad civil que se deriva del daño producido por el delito no puede ser decretada de oficio por el juez penal, ya que se requiere solicitud del interesado dentro del proceso penal, en los términos y condiciones establecidos para ello. Estamos en

presencia, sin lugar a dudas, de una justicia rogada, de modo que el juzgador no puede reconocerla de oficio aunque tenga los elementos de juicio para tasarla.

Cuando el artículo 120 del Código Penal dispone que la sentencia condenatoria dictada en el juicio penal podrá ordenar la indemnización del daño causado y la restitución de la cosa o su valor equivalente, nos dice que el Juez del proceso penal puede imponer las consecuencias civiles que se deriven del ilícito penal en la medida en que ello le sea solicitado por el afectado y se establezca el monto de la misma.

Para tal proceder, sin embargo, no existe unanimidad de criterios pues si bien es cierto que el Código Judicial exige que el interesado demande su reparación por medio del incidente que establece el artículo 1989 del citado cuerpo legal, cada juzgador entiende y aplica esta norma de muy distinta manera.

En efecto, hay jueces que exigen una demanda para solicitar la reparación civil, la dan en traslado y se abre a pruebas en el incidente, por analogía con el Libro II del Código Judicial, pero hay otros que reciben la demanda incidental y la resuelven en la sentencia de la causa penal sin mayor trámite.

Es indudable, sin embargo, que este último proceder es incorrecto, ya que el mismo significa que no hay contradictorio sobre el

particular y ello implica, en cierta forma, indefensión contra el sujeto a quien se impone la obligación de reparar el daño causado, pues no ha tenido oportunidad de oponerse a la pretensión civil y ha sido escuchado sobre el particular.

Otro aspecto digno de resaltar es el régimen de jurisdicción sobre el particular, ya que es importante establecer si el ofendido, su representante legal o heredero pueden demandar por separado la reparación del daño causado con el delito sin que haya concluido o, en ocasiones, iniciado el proceso penal respectivo.

A nuestro juicio, la reparación del daño causado por el delito impone la necesidad de solicitar tal reparación, por medio del citado incidente, dentro del proceso penal, por lo que -en principio- no se puede demandar por separado al infractor de la norma penal.

La experiencia de nuestro medio, sobre el particular, nos pone de manifiesto que es frecuente que los abogados demandemos por la vía civil la reparación del daño producido por el infractor de la norma civil sin tomar en cuenta que el juez civil carece de jurisdicción para pronunciarse sobre una de las consecuencias del delito, consecuencia de naturaleza civil que debe ser apreciada por el tribunal de la causa penal correspondiente.

Sobre el particular, sin embargo, hay excepciones. Se trata de los

casos en donde el ofendido recurre a la vía civil para que el responsable civil de los daños causados asuma la reparación de los mismo, o cuando el proceso no a continuado por una de las causas que el propio Código establece. Además, en casos de perjuicios causados por quien se beneficia del estado de necesidad el titular del bien afectado tiene derecho o vía libre para pedir la reparación del daño causado aunque se haya producido un sobreseimiento definitivo en la esfera penal, pues quien pierde una cosa que no motivó el peligro que dio margen al estado de necesidad no tiene por qué sufrir la pérdida correspondiente.

No cabe duda que, en este caso, la existencia de una causa de justificación torna lícita la conducta del sujeto que destruye un bien o valor ajeno de menor jerarquía para salvar un bien o valor de mayor jerarquía, pero ello no implica que el dueño del bien o valor sacrificado deba asumir la pérdida correspondiente.

B) LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LOS CASOS DE LA FALTA DE LESIONES

Sobre el particular, poco es lo que podemos añadir a lo expuesto anteriormente, que en esencia se aplica de la misma forma a este supuesto.

En materia de procedimiento la cuestión, afortunadamente, es menos complicada. En efecto, la rapidez con que se resuelve el juicio de

tránsito facilita que el sujeto afectado con la falta de lesiones obtenga una decisión de la autoridad administrativa en la que se ordene al infractor reparar el daño causado, con lo que el ofendido sólo tiene que cuantificar el monto del daño y reclamar el mismo ante la jurisdicción ordinaria.

En estos casos, la resolución administrativa emanada del juez de tránsito, o del Alcalde Municipal en aquellos lugares donde no existe aquel, sirve para promover la liquidación de la resolución, de forma que el sujeto pasivo de la infracción ya cuenta con una declaración a su favor que sólo necesita ser objeto de liquidación por el juez civil.

La resolución de la autoridad administrativa equivale a una declaración judicial sobre la responsabilidad civil del sujeto activo de la infracción (condena en abstracto), siendo únicamente necesaria la discusión sobre el monto de los daños causados, lo que se logra por medio de un mecanismo especial previsto en el Libro Segundo del Código Judicial, sobre procedimiento civil.

VII. EL PROCESO PENAL EN LOS DELITOS DE HOMICIDIO Y LESIONES CULPOSAS CAUSADAS EN ACCIDENTES DE TRANSITO

El tema objeto de este apartado, sin duda alguna, excede de la problemática bajo estudio, es decir, la responsabilidad penal en casos de homicidio y lesiones culposas.

A pesar de ello, sin embargo, consideramos necesario efectuar algunas consideraciones sobre el particular, ya que es conveniente señalar ciertas situaciones que se presentan con frecuencia en este tipo de casos.

Sin tener que señalar lo que se relaciona con la competencia para instruir el sumario y quien es el tribunal de la causa para decidir la eventual responsabilidad del imputado, estimo necesario plantear algunos problemas que se presentan con frecuencia en estos procesos.

En esencia, creo necesario dejar sentada mi preocupación por la práctica de los agentes de policía de solicitar a las partes involucradas en el accidente que firmen el "parte policivo" en blanco, para que luego ellos completen el mismo en sus oficinas y dibujen lo que pudieron apreciar de la o las versiones recibidas en el lugar de los hechos.

Nadie debe firmar un "parte policivo" de tránsito en blanco, ya que ello se presta a toda clase de interpretaciones.

Por otra parte, considero que los agentes de tránsito de la policía nacional no son las personas más idóneas para participar como peritos en el proceso penal, por lo que sería conveniente la designación de un cuerpo oficial de peritos, con formación o preparación necesaria para ello, para que actúen en estos casos.

Cuantos de nosotros no hemos observado actitudes de los

agentes de policía que sólo tienen explicación en vista de su poca o escasa formación cultural o científica en esta materia.

VIII. CONSIDERACIONES FINALES

Luego de las consideraciones que anteceden, queda patente que en el actuar culposo del sujeto activo, tanto en el delito de homicidio culposo como en el de lesiones culposas, hay un comportamiento descuidado del individuo que por no actuar con el cuidado debido produce el resultado dañoso no querido pero evitable si hubiera puesto más cuidado en su actuación.

La esencia del delito culposo, por tanto, es la infracción del deber cuidado que se le imputa al sujeto por diversas razones, ya que en ocasiones ha creado riesgos innecesariamente o ha permitido que el riesgo se produzca, lo que debe comprobarse desde una perspectiva distinta de las viejas teorías de la causalidad tal como propugna la doctrina y jurisprudencia más reciente en otras latitudes (Alemania y España, por ejemplo).

Para impulsar un resultado a título de culpa no basta que se produzca el resultado no querido y que éste haya sido previsible, pues la simple relación de causalidad no es suficiente para afirmar el delito a título de culpa, pues es necesario comprobar la imputación objetiva y subjetiva del hecho a la existencia o incremento intolerable del riesgo que

ha causado el resultado no deseado.

REDES DE EXPLOTACIÓN SEXUAL DE MENORES

I. INTRODUCCION

La delincuencia no se estanca y, sin dudas, está en constante evolución. Los delitos que se relacionan con la libertad sexual adquieren significativa importancia y trascendencia en el mundo en que nos toca vivir.

En materia sexual son profundos los cambios que se han producido en los últimos tiempos. Las diversas e importantes publicaciones de DIEZ RIPOLLES dan cuenta del cambio habido en esta temática.

Poco es, sin embargo, lo que se regula en los textos penales modernos sobre abuso sexual de menores o utilización de menores de edad para prácticas sexuales indebidas. Algunas legislaciones, no obstante, incriminan algunos comportamientos de los adultos que

realizan prácticas sexuales con menores de edad.

La mayoría de dichas legislaciones, es lamentable decirlo, sólo se ocupan del fenómeno en su aspecto individual, dejando de lado la consideración del problema objeto de esta intervención.

En materia de explotación sexual de menores, la experiencia de los últimos años pone en evidencia que estamos en presencia de una desgarradora situación: la explotación sexual de menores es una realidad frecuente, en la que se observa la intervención, en sentido muy amplia, de personas pertenecientes a todo estrato social.

Las prácticas sexuales con menores es una realidad que mancha la conciencia de nuestra sociedad, a las puertas del siglo veintiuno, pues la utilización de menores de edad para las mismas ofende el sentimiento generalizado de dicha sociedad, que muchas veces no quiere ver ni reconocer la magnitud del problema.

Esta última afirmación, no obstante, no debe entenderse como que es generalizado el abuso sexual que tienen como objeto del mismo a los menores de edad, ya que los medios de comunicación han puesto de relieve que tales abusos son cometidos, con mucha frecuencia, por sujetos de alto poder económico y de mucha ascendencia social en la sociedad moderna, lo que apunta a la existencia de organizaciones dedicadas al suministro de menores de edad para satisfacer los bajos

instintos de personas, generalmente del sexo masculino, que obtienen placer de tal forma de contacto sexual.

En última instancia, parece que tales placeres se obtienen de forma constante y especial por individuos de edad avanzada, a los que no le es posible la relación sexual heterosexual a la que está acostumbrada la sociedad.

Antes de abordar la problemática objeto de esta intervención, estimamos conveniente plantear la situación actual de la protección penal del derecho a la sexualidad que se establece en beneficio de los menores de edad en el mundo que nos toca vivir, para luego entonces dedicarnos al tema que se nos asignó.

II. PROTECCIÓN PENAL DE LA SEXUALIDAD DE LOS MENORES EN LATINOAMÉRICA

La generalidad de los códigos penales latinoamericanos tratan los delitos que se relacionan con la libertad sexual de los menores dentro de los títulos que se ocupan de la libertad sexual, ya sea que se denominen de ésta u otra forma análoga.

Así, por ejemplo, se ocupan de la protección penal de la sexualidad de los menores, desde una perspectiva muy tradicional los códigos penales de Panamá, Argentina, Bolivia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Nicaragua y Paraguay para mencionar sólo alguno de ellos.

En un inicio pretendimos incluir el estudio de la legislación mexicana, pero la existencia de un Código para el Distrito Federal y otros tantos para cada Estado (o provincias) nos convenció de la imposibilidad de abarcar dichos textos.

En Panamá, país en el que ejerzo mis actividades docentes y forenses, se incrimina el abuso sexual de los menores en el Libro Segundo del Código Penal de 1982, denominado "De los delitos", en el Título VI sobre "Delitos contra el pudor y la libertad sexual" (artículos 216 a 231).

En dicha legislación, se castiga como violación carnal el acceso carnal con sujeto pasivo que no hubiere cumplido catorce años (tres a diez años de prisión), el acceso carnal con mujer doncella mayor de catorce y menor de dieciocho años (uno a tres años de prisión), los abusos deshonestos con menor que no hubiera cumplido catorce años (tres a seis años de prisión), la sustracción o retención con fines deshonestos de menores de doce años (dos a cuatro años de prisión), la misma conducta anterior cuando se trata de un menor de doce y que no tenga más de quince siempre que haya dado su consentimiento para su sustracción o retención (seis meses a tres años de prisión), la corrupción de menores de 18 años (dos a cuatro años de prisión), la corrupción de menores de doce años (agravante de la anterior desde un tercio hasta la

mitad de dicha pena), el promover o facilitar la prostitución de personas (dos a cuatro años de prisión), el promover la prostitución de menores de doce años la mujer y catorce años el varón y el promover o facilitar la entrada o salida del país de un menor de doce años para que ejerza la prostitución (dos a seis años de prisión).

En esta legislación, como vemos, no se castigan las conductas que hoy nos congregan en este evento, ni la tenencia y tráfico de pornografía infantil.

Es de esperar, sin embargo, que en el Anteproyecto de Código Penal que se presentará al Órgano Ejecutivo en breve se introduzcan los figuras delictivas que sancionen tales comportamientos, lo que sin duda contribuirá a una mejor protección de la menor edad.

Argentina, cuya codificación penal data de 1921, trata de los abusos sexuales contra menores en el Libro Segundo, "De los delitos", Título III sobre "delitos contra la honestidad" (artículos 118 a 133).

Este código tipifica como violación el acceso carnal con menor de doce años (6 a 15 años de privación de libertad), prevé el estupro de mujer honesta mayor de doce y menor de quince años (tres a seis años de privación de libertad), castiga el promover o facilitar la corrupción o prostitución de menores de edad (las penas oscilan entre dos y quince años de privación de libertad, según que la víctima sea mayor de

dieciocho y menor de veintidós años y en el caso más grave, que sea menor de doce años), la conducta anterior se castiga severamente mediante engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier medio de intimidación o coerción o cuando el autor fuese ascendiente, marido, hermano, tutor o persona encargada de la educación, guarda o hiciere vida marital con el menor (diez a quince años de privación de libertad), los abusos deshonestos con menores de doce años (seis meses a cuatro años de privación de libertad), promover o facilitar la entrada o salida del país de un menor de edad para que ejerza la prostitución (tres a seis años de privación de libertad), sanciona el rapto de una menor de doce años (dos a seis años de privación de libertad) y el rapto de menores que sean mayores de doce años y no tengan quince años con su consentimiento (seis meses a dos años de privación de libertad).

Como se ha podido observar, dicha legislación adolece de los mismos defectos que la legislación panameña.

En Bolivia, el Código Penal de 1972, dedica en el Libro Segundo, denominado "Parte Especial", el Título XI a los "Delitos contra las buenas costumbres" (artículos 308 a 325).

La codificación citada incrimina de manera muy especial la violación de menores de edad que no hubieren llegado a la pubertad

(diez a veinte años de privación de libertad), el estupro de mujer que hubiere llegado a la pubertad y no tuviere diecisiete años (dos a seis años de privación de libertad), sustraer o retener con fines lascivos a un impúber (uno a cinco años de privación de libertad), sustraer o retener a mujer púber honesta y menor de diecisiete años, con su consentimiento (seis meses a dos años de privación de libertad), corrupción de menores (uno a cinco años de privación de libertad), corrupción de menores de doce años (uno a seis años de privación de libertad) y promover o facilitar la corrupción o prostitución de menores de diecisiete años (dos a ocho años de privación de libertad).

Como queda patente, la anterior legislación no incrimina las conductas que nos congregan en este evento, ni otras que las modernas tecnologías de la comunicación permiten realizar impunemente.

Costa Rica, por su parte, se ocupa de estas cuestiones en el Código Penal de 1970 en el Título III, sobre "Delitos sexuales" del Libro Segundo, "De los delitos", en los artículos (artículos 156 a 175).

En dicha normativa, se castiga la violación de un menor de doce años (cinco a diez años de prisión), el acceso carnal con mujer honesta mayor de doce y menor de quince años (uno a cuatro años de prisión), el abuso deshonesto con menor de doce años (dos a cuatro años de prisión), el sustraer o retener con fines libidinosos una menor de doce

años (dos a cuatro años de prisión), sustraer o retener con fines libidinosos una mujer honesta mayor de doce y menor de quince años, con su consentimiento (seis meses a tres años de prisión), promover la corrupción de un menor de dieciseis años, aunque medie consentimiento de éste (tres a ocho años de prisión), la corrupción de menores de doce años (cuatro a diez años de prisión), promover o facilitar la prostitución de menores de dieciocho años (cuatro a diez años de prisión) y el promover o facilitar la entrada o salida del país de menores de edad para que ejerzan la prostitución (cinco a diez años de prisión).

Se puede observar, sin mayores comentarios, que dicha legislación no incluye los temas que hoy nos interesan y por los cuales nos hallamos ante Ustedes.

El Código Penal de Ecuador se ocupa en el Libro Segundo, que trata "De los delitos", en el Título VIII sobre "Delitos sexuales" (arts. 505 a 532), de algunos delitos contra la libertad sexual que se configuran con miras a la protección penal de los menores de edad.

La codificación citada se ocupa de establecer diversas figuras delictivas en materia de libertad sexual, siendo la figura básica la de atentados contra el pudor en perjuicio de menores de catorce años (uno a cinco años de prisión), consagra una agravante para el caso de atentados cometidos contra menores de doce años (tres a seis años de

reclusión menor), prevé una figura para el caso de los atentados al pudor, cuando media violencia o amenazas contra la persona de un menor de catorce años (cuatro a ocho años de reclusión mayor) y la misma figura respecto de una persona menor de doce años (ocho a doce años de reclusión mayor), el estupro con mujer honesta mayor de catorce y menor de dieciocho años (tres meses a tres años de prisión) y una pena agravada si la mujer honesta fuere mayor de doce y menor de catorce años (dos a cinco años de prisión), se incrimina exponer, vender o distribuir impresos o figuras contrarias a las buenas costumbres (uno a seis meses de prisión y de cuarenta a cuatrocientos sucres de multa), incrimina las tradicionales formas de raptó: arrebató o hacer arrebató, con fines deshonestos, a un menor de más de siete años (uno a cinco años de prisión y de cuarenta y cien sucres de multa), se agrava la conducta anterior cuando la menor ofendida es una niña menor de dieciseis años (tres a seis años de reclusión menor) y una última modalidad, cuando la ofendida consintiere la acción, pero tuviere más de dieciseis años y menos de dieciocho años (uno a cinco años de prisión), sanciona la corrupción de menores (dos a cinco años de prisión), consagra una modalidad agravada de la anterior, cuando los menores tuvieren más de catorce años (pero no señala la pena), prevé otra agravante para la corrupción de menores, cuando se trate de menores

que no hayan cumplido catorce años (tres a seis años de reclusión menor) y consagra otra agravante, cuando el menor no haya cumplido doce años de edad (cuatro a ocho años de reclusión menor).

Este Código Penal, al igual que los anteriores, omite la incriminación de las conductas que nos interesan sobre la explotación o abuso sexual de menores, ya que se mantiene dentro de los parámetros tradicionales al respecto.

Lo poco que existe en el Código del Ecuador, lamentablemente, se ocupa del problema de la libertad sexual desde el plano individual, con escasa técnica legislativa y exagerado casuismo a la hora de proteger al menor de edad de conductas que afectan su desarrollo en materia de sexualidad.

Sobre el particular, debemos digno de destacar la ausencia de conductas que incriminen la utilización de menores para la prostitución.

En Guatemala, cuyo Código Penal es de 1973, los abusos sexuales contra los menores están tipificados en el Libro Segundo, "Parte Especial", Título III sobre "Delitos contra la libertad y la seguridad sexuales y contra el pudor" (artículos 173 a 200).

La legislación del citado país centroamericano incrimina como violación el hecho de yacer con mujer menor de doce años (seis doce años de prisión), prevé una figura agravada, cuando la violación se

produce con víctima menor de diez años y la misma fallece (pena de muerte), castiga el acceso carnal con mujer honesta mayor de doce y menor de catorce años (uno a dos años de prisión) y si la víctima tiene catorce y menos de dieciocho años se atenúa la pena (seis meses a un año de prisión), el acceso carnal con mujer honesta, cuando media engaño o promesa de matrimonio, si la víctima tiene doce y menos de catorce años (uno a dos años de prisión) y si la víctima fuere mayor de catorce años, esta condición permite una pena reducida (seis meses a un año de prisión), los abusos deshonestos contra menores de doce años (dos a seis años de prisión), contra mayores de doce años y menores de dieciocho años (seis meses a tres años de prisión) y cuando se trate de menores de diez años la pena se agrava hasta dos terceras partes de las antes mencionadas, la sustracción o retención, con su consentimiento, con fines sexuales, de mayores de doce y menores de dieciseis años (seis meses a un años de prisión), el rapto de menores de doce años (cuatro a diez años de prisión), promover, facilitar o favorecer la prostitución o corrupción sexual de menores (dos a seis años de prisión), la misma conducta anterior, cuando la víctima es menor de doce años (agravante hasta dos tercios de la pena anterior), inducir o prometer mediante pacto la prostitución o corrupción sexual de menores (uno a tres años de prisión), las diversas formas de proxenetismo y rufianismo,

aunque se relacionen con menores de edad, se sancionan con penas de multa y promover, facilitar o favorecer la entrada o salida de personas, para ejercer la prostitución (uno a tres años de prisión), pena que se agrava cuando se trate de menores de doce años (aumento en dos terceras parte de la sanción antes mencionada).

En Honduras, cuyo Código Penal data de 1984, los abusos sexuales contra menores de edad, aparecen descritos y sancionados en el Libro Segundo, denominado "Parte Especial", Título II sobre "Delitos contra la libertad sexual y la honestidad" (artículos 140 a 154).

Dicho cuerpo legal incrimina como violación el acceso carnal del varón con persona de uno u otro sexo, cuando se produce con fuerza suficiente o intimidación, así también cuando la víctima es menor de doce años (tres a nueve años de reclusión), los actos de lujuria, distintos del acceso carnal, con menor de doce años (dos a cuatro años de reclusión), el acceso carnal con doncella mayor de doce y menor de veintiún años, si media abuso de autoridad o de confianza (dos a cuatro años de reclusión), la misma conducta anterior, si media engaño (uno a tres años de reclusión), el rapto de una mujer honesta, mayor de doce y menor de veintiún años, con su consentimiento (seis meses a dos años de reclusión), la misma conducta anterior, si la víctima es menor de doce años (cuatro a seis años de reclusión), promover o facilitar la prostitución

o corrupción de menores de edad (treinta y dos a ochenta meses de reclusión e impedir que menores de edad abandonen el ejercicio de la prostitución (treinta y dos a ochenta meses de reclusión).

Sin duda alguna, las pocas conductas descritas como punibles dejan fuera de castigo muchas conductas sexuales cometidas en perjuicio de menores de edad, lo que es necesario corregir dentro de la citada codificación.

A propósito del Código Penal de Nicaragua, aprobado en 1974, podemos señalar que se ocupa de los abusos sexuales contra menores en el Libro Segundo, que no tiene denominación, Título I sobre "Delitos contra las personas".

En los capítulos VIII y IX trata de los delitos de violación y otras agresiones sexuales y corrupción, prostitución, proxenetismo o rufianería, trata de personas y sodomía (artículos 195 a 204). Por otra parte, en el Título XIV, sobre "Delitos de carácter internacional" se incluye una disposición que nos interesa, como comprobaremos posteriormente.

En éste Código, se incrimina el delito de violación con pena de quince a veinte años, previéndose que en caso de menores de diez años la pena sea el máximo de la sanción antes señalada, el estupro se configura como el acceso carnal con persona mayor de catorce años y menor de dieciseis, si medió engaño, al igual que el acceso carnal con

mayor de dieciseis años que no haya tenido antes dicho acceso carnal (tres a cinco años de prisión), también se considera estupro, el acceso con menor de dieciocho y mayor de catorce, siempre que éste se encuentre bajo autoridad, dependencia, relación de confianza o nexo familiar (dos a cuatro años de prisión), sustraer o retener con propósitos sexuales a un menor de catorce años (cuatro a diez años de prisión), los abusos deshonestos con menores de catorce años (tres a seis años de prisión) y con menores de diez años (hasta doce años de prisión), promover, inducir, facilitar o favorecer la corrupción sexual de una persona menor de dieciséis años (cuatro a ocho años de prisión), pena que se agrava hasta doce años de prisión, si la víctima del delito anterior es menor de doce años, reclutar personas dentro o fuera del país, o introducirlas al mismo, para que ejerzan la prostitución, se castiga con pena de prisión de diez años si la víctima es menor de catorce años.

Finalmente, en esta codificación se incluye una figura, dentro de los delitos de trascendencia internacional, que permite sancionar a los que se dediquen al tráfico internacional de mujeres o niños destinados a la prostitución o comercio carnal (tres a cinco años de privación de libertad).

El Código Penal de Paraguay, aprobado en 194, es uno de los textos penales más viejos del Continente americano. Se ocupa de los

abusos sexuales contra menores de edad en el Libro Segundo, "De los hechos punibles y sus penas", Sección Primera "De los delitos y sus penas" en el Capítulo XII sobre "Delitos contra el pudor y la honestidad pública " (artículos 314 a 333).

De acuerdo con este cuerpo legal, se tipifica como delito de violación agravada el acceso carnal con una menor de once años (ocho a doce años de penitenciaría), con pena menos grave, cuando el acceso carnal se tiene con menor que haya cumplido once años y no pase de dieciseis años (seis a diez años de penitenciaría), se incrimina el ultraje del pudor de las personas, con violencia o intimidación o valiéndose de la imposibilidad de la víctima de defenderse, cuando ésta es menor de doce años (veinte a cuarenta meses de penitenciaría), el estupro de una mujer virgen menor de dieciseis años, si media simulación de matrimonio, abuso de facilidades ocasionales o familiares o por medio de maquinaciones capaces de sorprender la buena fe (uno a tres años de penitenciaría), cualquier acceso carnal con menor de doce años, si el hecho no configura un delito más grave (diez a veinte meses de penitenciaría), promover y facilitar la corrupción de menores de doce años (dos a cuatro años de penitenciaría), las mismas conductas anteriores, con menores de quince años o mayores de quince (uno a tres y diez a veinte meses de penitenciaría, respectivamente), facilitar la

prostitución o corrupción de menores (cinco meses a dos años de penitenciaria, según la edad de la menor), el rapto de menores de doce años (tres a seis años de penitenciaría), el rapto de mayores de doce años y menores de quince años (dos a cuatro años de penitenciaría).

Como se observa, las penas en este Código se fijan en atención a la edad de las víctimas, siendo mayores cuando menos edad tiene la persona y menores cuando la edad va en aumento (entre once y diecisiete años). Tales distinciones, sin embargo, nos parecen innecesarias, pues bastaría fijar una pena agravada cuando el delito se cometa contra un menor de doce años y otra cuando el menor tenga doce años y no llegue a dieciocho años.

III. LAS ORGANIZACIONES DEDICADAS A LA EXPLOTACIÓN SEXUAL DE LOS MENORES

A) Consideraciones de "lege lata"

Luego del repaso de las legislaciones antes mencionadas, podemos colegir que las mismas abordan el problema de la explotación sexual de los menores desde una perspectiva individual, dejando de considerar la situación de las organizaciones, sean nacionales o internacionales, dedicadas a la explotación sexual de los menores.

La regulación legislativa vigente en la mayoría de los países estudiados alienta la existencia de organizaciones dedicadas a la

explotación sexual de los menores, ya que en las mismas no hay una tipificación precisa de tales comportamientos, los que sin duda deben ser considerados delictivos.

La anterior afirmación, sin embargo, no debe inducir a pensar que no hayan algunas normas penales que puedan ser aplicadas en algunos casos, pues en la mayoría de los países consultados existe la figura delictiva de "asociación ilícita", por medio de la cual se pueden sancionar algunos comportamientos delictivos de las personas pertenecientes a dichas organizaciones criminales, aunque no hayan cometido el abuso sexual contra los menores, pues la simple existencia de la organización para tal fin, permite castigar tal proceder.

Algunos problemas, sin embargo, se presentan a la hora de juzgar las conductas que implica una organización dedicada a la explotación sexual de los menores, pues en ocasiones las personas que dirigen tales grupos operan fuera de las fronteras del Estado y el brazo de la justicia sólo alcanza a unos cuantos individuos que no siempre tienen el control y dirección de la empresa criminal.

Por otra parte, en algunas ocasiones nos encontramos que estas organizaciones criminales dedicadas a la explotación sexual de menores operan bajo el amparo y protección del poder público, ya que personas de enorme poder político y económico utilizan los servicios de estas

organizaciones para la satisfacción de sus bajos apetitos sexuales.

La existencia de redes u organizaciones dedicadas a la explotación sexual de menores de edad, fundadas u operativas no interesa en este momento, a la sombra del poder público es una realidad nada extraña al mundo actual, lo que implica un enorme grado de corrupción en diversos estamentos del engranaje gubernamental.

En gran medida, la existencia de tales organizaciones criminales se debe a la precaria condición en que sobreviven millones de menores de edad en el mundo actual, pues la miseria, falta de educación y desintegración familiar son factores que contribuyen a tal situación.

Por otra parte, la falta de políticas oficiales respecto de los menores en muchos países contribuye a crear las condiciones que permiten que se creen o establezcan organizaciones dedicadas a la explotación sexual de los menores, lo que implica de una forma u otra facilitar la existencia de una amplia delincuencia organizada que no sólo se dedica a la explotación de menores, sino de adultos que deslumbrados por una vida de lujos y comodidades caen frente a las tentaciones que se les presenta.

En este momento, por otro lado, no podemos pasar por alto la existencia de una amplia gama de sociedades que se dedican al secuestro de personas, adultos y menores de edad, generalmente del

sexo femenino, para su venta como esclavas sexuales.

B) Consideraciones de "lege ferenda"

Sin tener que renunciar a la consideración del Derecho penal como ultima ratio legis, es necesario considerar la incriminación de aquellos comportamiento que implican la existencia de organizaciones dedicadas a la explotación sexual de los menores, ya que sin duda alguna tales agrupaciones realizan conductas merecedoras de una sanción penal.

Por otra parte, la incriminación de nuevos comportamientos debe extenderse a la utilización de las nuevas tecnologías de la información para los mismos fines, ya que lo importante es evitar la creación o funcionamiento de organizaciones para tal comercio, independientemente del mecanismo utilizado para el mismo.

De la misma forma, deberán castigarse severamente la producción, tenencia y distribución de material pornográfico, películas y otros similares, cuando se utilicen menores de edad en los mismos, ya que el Estado no puede permitir que menores de edad sean utilizados para ellos.

Aquí el problema no es si la persona tiene derecho o no a acceder a un material determinado (pornografía), sino que no deben utilizarse menores de edad para la producción de tales materiales, ya que

ello debe estar prohibido en todo momento y en todo lugar.

El problema, lamentablemente, no se resuelve castigando nuevos comportamientos delictivos, pues todos sabemos que ello no es suficiente para erradicar tal situación.

Urgen, por tanto, políticas oficiales respecto de los menores de edad y la familia, que brinden alternativas a los menores. Sin duda, una mejor educación y cultura es significativa en este sentido, lo mismo que programas de apoyo y promoción de la familia, ya que en gran medida los menores explotados sexualmente se encuentran en situación de abandono familiar y social, sin que nadie vele por sus necesidades diarias.

Esta cruda realidad, imperante en muchas ciudades del Continente americano, favorece la actuación de las organizaciones dedicadas al tráfico de menores de edad para su explotación sexual, lo que en muchas ocasiones se extiende hasta los propios adultos.

C) Algunas consideraciones criminológicas

Un aspecto que no podemos pasar por alto cuando nos ocupamos de la explotación sexual de los menores por organizaciones dedicadas al mismo, es el problema que se presente cuando los responsables de dichas organizaciones aprovechan la estructura que tienen para realizar otros hechos delictivos, al amparo de sus contactos y

conexiones.

Nos referimos, sin duda, al tráfico de drogas que coexiste en forma paralela con la explotación sexual de seres humanos, pues una lleva a la otra.

En este caso, la explotación sexual de menores de edad alienta o favorece en algunos casos que los individuos trafiquen drogas para que los clientes de sus menores se coloquen en una posición de "éxtasis" o disfrute de tales placeres, lo que puede traer consecuencias nocivas no sólo para el adulto sino también para el menor que puede sufrir toda clase de agresiones físicas (lesiones o muerte) o iniciarse o reafirmarse en el consumo de drogas ilícitas.

También puede ocurrir que el adulto abuse del alcohol cuando "se divierte" sexualmente con el menor de edad, lo que puede inducir al menor afectado a ampliar sus horizontes con el consumo y abuso de alcohol, pues el mismo ya está presente en su vivir diario.

EL DELITO DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR EN EL CÓDIGO PENAL PANAMEÑO

I. INTRODUCCIÓN

Mediante la Ley 27, de 16 de junio, de 1995 se introdujo al Código Penal vigente un nuevo capítulo al Título V del Libro Segundo, en virtud del cual se incriminaron como infracciones penales los delitos de violencia intrafamiliar y maltrato de menores.

Los orígenes de las nuevas figuras delictivas no están muy claros, pero parece que en los años 1994 y 1995 los directivos de la Fundación para la Promoción de la Mujer pusieron las quejas de que los más graves homicidios ocurridos en ese momento y muchos otros comportamientos que configuraban delitos de lesiones personales de los que eran víctimas las mujeres provenían de sujetos que tenían vínculos familiares o relaciones estables con ellas, lo que inclinó la balanza para incriminar tal comportamiento.

El resultado final de las gestiones de la citada fundación fue la

elaboración por la Procuraduría General de la Nación del Proyecto de Ley que resultó en el texto que ahora nos ocupa.

Cual ha sido el balance de los casi cuatro años de vigencia de la citada Ley, así como la configuración de los delitos en ella consagrados, es el tema que nos interesa en esta oportunidad.

II. EL NUEVO DELITO DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

A) Planteamiento

Con la Ley 27 de 1995 se introdujeron al Código Penal el nuevo capítulo V al Título V del Libro Segundo, lo que permitió la incorporación al texto punitivo de los artículos 215-A, 215-B, 215-C y 215-D.

El artículo 215-C se ocupa del delito de maltrato de menores y el mismo no guarda relación con nuestra intervención, por lo que omitiremos toda referencia al mismo.

Los artículos 215-A y 215-B describen los nuevos tipos penales en materia de violencia intrafamiliar, al tiempo que establecen las penas para los mismos. El artículo 215-D no contiene ningún nuevo delito sobre violencia intrafamiliar, pero consagra una disposición nueva que incrimina como delito la omisión de denunciar ante la autoridad la existencia de un delito de violencia intrafamiliar.

A continuación, por tanto, nos ocuparemos de los tipos delictivos

de violencia intrafamiliar y de omisión de denunciar la existencia de tal delito.

B) Los nuevos tipos penales de violencia intrafamiliar

El nuevo artículo 215-A dispone lo siguiente:

“El miembro de una familia que agreda física o psicológicamente a otro miembro, será sancionado con 6 meses a 1 año de prisión, o con medida de seguridad curativa, o con ambas.

En caso de agresión psicológica, debidamente comprobada por el médico psiquiatra forense, el agresor primario será sancionado con la aplicación de medida de seguridad curativa, conforme al Artículo (sic) 115 del Código Penal, debidamente vigilada por el Departamento de Corrección.

En caso de incumplimiento de la medida de seguridad curativa, el juez podrá sustituirla por prisión de 6 meses a 1 año.

Para los efectos de este capítulo, con miembros de una familia, las personas naturales unidas por el vínculo de parentesco o matrimonio, y quienes convivan con ellos de manera permanente, con exclusión de aquellos cuya convivencia esté fundada en vínculos de carácter

contractual”.

Por su parte, el nuevo artículo 215-B, dispone lo siguiente:

“Si la conducta descrita en el artículo anterior produce el debilitamiento permanente de un sentido o de un órgano, o una señal visible y permanente en el rostro; o si inferida a una mujer encinta apresura el alumbramiento, la sanción será de 2 a 4 años de prisión.

Si la conducta descrita en el artículo anterior produce daño corporal o psíquico incurable, la pérdida de un sentido, de un órgano o extremidad; impotencia o pérdida de la capacidad de procrear; alteración permanente de la visión, deformación del rostro o del cuerpo, de por vida, o incapacidad permanente para el trabajo, la sanción será de 3 a 5 años de prisión”.

C) El nuevo delito de omisión de denunciar la existencia de violencia intrafamiliar

En el artículo 215-D, también creado por la Ley 27 de 1995, se incrimina una figura delictiva nueva y distinta de las anteriores, pues ahora se castiga tener conocimiento de la existencia de algún delito de violencia intrafamiliar y no hacer la correspondiente denuncia ante la autoridad, no importa que el sujeto activo sea funcionario público o un

particular, con o sin relación alguna con los afectados por dicha violencia.

Dicho artículo, a la letra, dispone lo siguiente:

“El funcionario público o el particular que tenga conocimiento de la ejecución de un hecho tipificado como violencia intrafamiliar o maltrato de menores, y no ponga en conocimiento de las autoridades la comisión del delito, será (sic) sancionado (sic) con 50 a 150 días multa.

En caso de no probarse la comisión del delito, el funcionario público o el particular quedará (sic) exento (sic) de cualquier responsabilidad legal por razón de la denuncia”.

Como se puede observar, los nuevos delitos de violencia intrafamiliar no hacen ni más ni menos que reproducir, con muy ligeros y criticables cambios, los viejos delitos de lesiones personales que ya consagraba el Código Penal vigente desde el momento de su adopción.

Es evidente, por tanto, que el delito de violencia intrafamiliar es un vulgar delito de lesiones personales creado a partir de la existencia del vínculo familiar o convivencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo o víctima directa de la acción delictiva que ahora se tipifica expresamente.

Este último delito en parte es innecesario, por cuanto que ya existe en el Código Penal un delito similar en el art. 342, aunque

ciertamente referido solamente a los servidores públicos.

El referido artículo 342 dispone lo siguiente:

“El servidor público que, en el ejercicio de sus funciones, tenga conocimiento de la ejecución de un hecho punible que dé lugar a procedimiento de oficio y omita dar cuenta de ello a la autoridad competente, será sancionado con 25 a 100 días-multa”.

III. ANÁLISIS DEL NUEVO TIPO PENAL DEL ART. 215-A DEL CODIGO PENAL

A) La figura delictiva

En este delito se incrimina la modalidad básica de la violencia intrafamiliar de una forma exageradamente vaga, si cabe la expresión.

La norma incrimina al miembro de una familia que agrede física o psicológicamente a otro miembro de la familia y le impone una sanción que bien puede ser alternativa (6 meses a 1 de prisión o una medida de seguridad curativa) o también puede ser copulativa (ambas sanciones: prisión y medida de seguridad curativa).

A propósito del tipo (que es la parte de la norma que describe el comportamiento que se quiere prohibir u ordenar conminándolo con una sanción), la norma bajo estudio es ambigua pues tipifica como acción punible “agredir física o psicológicamente a otro miembro de la familia”.

El término agredir, sin embargo, pareciera denotar la acción de atacar o ejercer algún tipo de violencia contra otro. En el Diccionario de la Lengua Española, agresión denota el hecho de emprender o ejecutar, o al menos intentar, una acción contra alguien para matarlo, herirlo o hacerle daño sin justificación.

Es evidente que agresión física alude a violencia o ataque físico, mientras que agresión psicológica supone una coacción o intimidación contra el sujeto pasivo, que lo coloca en estado de angustia y perturbación sin llegar, necesariamente, a una enfermedad de naturaleza psicológica o psiquiátrica.

El problema que suscita la descripción de la acción típica, por tanto, es que no especifica con la precisión necesaria la entidad de la agresión que debe configurar tal acción, pues con la misma se puede castigar una agresión que signifique un golpe o una lesión personal a la víctima sin que necesariamente le haya producido alguna incapacidad a ella o le suponga a la misma una forma de coacción que amenace su tranquilidad por razón de una actuación amenazante o intimidante que le produzca una perturbación psicológica.

Si tomamos en cuenta que los artículos 215-A y 215-B han tenido como punto de referencia los diversos tipos de lesiones previstos en los artículos 135, 136 y 137 del Código Penal, se observa sin mayores

esfuerzos que en las lesiones se requiere un daño corporal o psíquico que incapacite a la persona por más de 30 días lo que no se exige en el delito del art. 215-A.

Aquí en el delito de violencia intrafamiliar del art. 215-A el legislador ha prescindido de la incapacidad o de algún daño verdadero y cuantificable a la víctima, es decir, de un resultado en perjuicio del sujeto pasivo de la infracción, lo que es peligroso ya ello puede permitir castigar a cualquier miembro de la familia por una acción contra otro miembro de la misma aunque no se le haya causado verdadero daño alguno.

La norma, por tanto, parece querer castigar cualquier ataque contra los miembros de la familia cuando tal ataque proviene de otro miembro de la misma familia, con absoluta independencia de la entidad de la agresión y sin importar que la agresión haya causado o no alguna lesión.

No me cabe duda alguna, en consecuencia, que tal forma de tipificar el delito de violencia intrafamiliar en el art. 215-A del Código Penal puede prestarse a abusos de parte de las supuestas víctimas, que no necesariamente deben ser las mujeres, aunque frecuentemente éstas sean las víctimas de sus parejas u otros familiares que convivan con ellas.

B) La sanción para el supuesto agresor primario en las agresiones

psicológicas

La norma bajo examen permite que en caso de la primera agresión, al llamado agresor “primario” sólo se le apliquen medidas de seguridad curativas conforme al artículo 115 del Código Penal, cuando se trata de agresiones de tipo psicológico.

El artículo 115 del C.P. dispone que “El término máximo de duración de las medidas de seguridad que impliquen internamiento será de 20 años, salvo las de carácter curativo que subsistirán mientras duren las causas que las motivaron”.

Sin mayores problemas se deduce de la norma antes citada que al sujeto hallado responsable del delito de violencia intrafamiliar por primera ocasión sólo se le aplicarán medidas de seguridad curativas, pero los genios que redactaron la ley se olvidaron que las medidas de seguridad en el Código Penal panameño se aplican a inimputables o a sujetos que el propio código identifica como necesitados de tal medida.

En efecto, en el art. 112 del Código Penal se dispone que “Las medidas de seguridad se aplicarán así:

1. Los enfermos mentales, toxicómanos habituales, alcohólicos y los sujetos de imputabilidad disminuida serán destinados al hospital psiquiátrico o a los establecimientos de tratamiento especial y educativo;

2. Los delincuentes habituales o profesionales serán destinados a colonias agrícolas, en donde estarán sujetos a un régimen especial de trabajo; y

3.

.....

..... “.

Como se aprecia de la norma antes mencionada, las medidas de seguridad curativas, es decir, aquellas que impliquen tratamiento especializado en un hospital o centro especial o curativo, presuponen la existencia de un sujeto inimputable, un toxicómano, un alcohólico o un sujeto con imputabilidad disminuida, pero no un sujeto que es plenamente responsable de lo que hace.

No cabe duda, por tanto, que aunque el Código disponga en su art. 110 que las medidas de seguridad educativas y curativas “tienen por objeto la modificación de la conducta y personalidad del sujeto, a fin de evitar la repetición de hechos punibles y se aplicarán en establecimientos especiales o en secciones adecuadas de los centros penales” tales medidas no se pueden aplicar al caso de la violencia intrafamiliar ya que tal individuo no se ajusto a los requerimientos o presupuestos que tales medidas conllevan en nuestro código penal, siendo inaplicable también el numeral 5 del art. 113 que permite que se apliquen medidas de

seguridad fuera de los cuatro numerales iniciales del mismo artículo, ya que ello se refiere a otra cuestión. El poco tiempo que disponemos, sin embargo, nos impide adentrarnos en este tema.

C) La sanción para el agresor que no es primario

Si tomamos en cuenta que sólo cuando se trate de agresión psicológica el agresor considerado como “primario” puede ser sancionado con medidas de seguridad de tipo curativo debemos colegir que todas las agresiones físicas o la reincidencia en agresiones psicológicas exigen la imposición de una pena privativa de libertad, lo que es contradictorio con la sanción prevista en el tipo básico del delito que nos ocupa.

La redacción del párrafo o inciso segundo de este artículo es incongruente con el párrafo inicial del mismo, en donde se deja en forma alternativa o copulativa, a criterio del juzgador, la individualización de la sanción que merezca el responsable de la agresión correspondiente.

Esta situación, lamentablemente, es fuente de confusiones y dificulta la recta aplicación de la norma, pues no hay seguridad o certeza jurídica en lo que respecta la sistema de sanciones previstas en la propia Ley.

D) Las consecuencias de la aplicación de medidas de seguridad curativas

Llama poderosamente la atención, por otra parte, que el art. 215-A del Código Penal imponga la supervisión del cumplimiento de la medida de seguridad curativa por medio de la vigilancia de debe efectuar la Dirección de Corrección del Ministerio de Gobierno y Justicia.

Nunca una medida de seguridad durativa es vigilada por corrección, ya que ellos -como bien saben todos ustedes- no tienen la estructura necesaria para cumplir con sus funciones primordiales y menos tendrán oportunidad de cumplir con una vigilancia en estas condiciones.

Piensen que Corrección no cuenta con el personal ni con personal preparado para dar vigilancia al sujeto que asiste a terapias educativas y curativas para no seguir con las formas de agresión que incrimina la Ley, lo que supone una función que la citada entidad pública nunca podrá cumplir.

Para qué impone el legislador atribuciones que no pueden ser cumplidas por la autoridad. No supone esto, en alguna medida, un craso desconocimiento de la realidad nacional.

E) El concepto de miembro de la familia

De acuerdo con el párrafo final del artículo que nos ocupa, miembros de la familia son todas las personas unida por vínculo de parentesco o matrimonio y las que convivan con ellos de forma

permanente, salvo que la convivencia esté fundada en vínculos contractuales.

Como se aprecia, el concepto de miembro de la familia para los fines de este delito no coincide con el concepto civil de pariente y menos con el concepto penal del mismo, pues en ambos casos no forman parte de la familia todos los que conviven en la misma, si al menos no tienen un cierto grado próximo o cercano de relación por razón de consanguinidad o afinidad. Por otra parte, el concepto de miembro de la familia que se consagra en el art. 215-A del Código Penal se extiende a todas las personas que conviven en el seno familiar, independientemente del grado de parentesco que tengan entre sí, si al menos no hay una vinculación contractual entre ellos (relación de trabajo).

IV. LOS TIPOS PENALES DEL ART. 215-B

A propósito del nuevo art. 215-B del Código Penal es necesario poner de manifiesto sin ambigüedad alguna, que estamos ante la reproducción lisa y descarada de los delitos de lesiones personales previstos en los arts. 136 y 137, a los que sólo se han introducido las necesarias modificaciones para que los mismos tengan la fisonomía de delitos de violencia intrafamiliar.

El único cambio que hay en el nuevo 215-B respecto de los arts. 136 y 137 en que se eliminó del tipo de lesiones graves (art. 136) la

referencia a la incapacidad por más de 30 días, pues los tipos de violencia intrafamiliar han sido contruidos sin alusión alguna a la incapacidad causada a la víctima, hecho que estimamos muy peligroso desde todo punto de vista.

Si bien es cierto, que la figura de violencia intrafamiliar puede ser elaborada por el legislador sin tomar en cuenta la incapacidad que se le produce a la víctima, tal situación permite que se configure como violencia intrafamiliar cualquier agresión por insignificante que sea, pues el tipo respectivo no exige tal extremo y se puede castigar cualquier tipo de agresión por leve que sea la misma. La existencia de resultados adicionales sólo sirve para agravar la pena que le corresponde al agresor, lo que no tiene nada objetable, pues si no existe la figura que nos ocupa de todos formas la acción respectiva configurará un delito de lesiones personales graves o leves de los arts. 136 y 137 del C.P.

V. PROBLEMATICA DEL CONCURSO APARENTE DE LEYES EN LA MATERIA

Un aspecto digno de considerar en esta oportunidad es el analizar la existencia de un eventual concurso aparente de leyes entre los tipos penales consagrados en el art. 215-B y los tipos penales previstos en los artículos 136 y 137 en los que se puede apreciar la circunstancia mixta (atenuante o agravante) de parentesco.

Sin duda alguna, por razón de la aplicación del art. 4, párrafo final, del Código Penal cada vez que un pariente cercano cometa una acción que configure una de las agresiones que constituya delito de lesiones de los arts. 136 y 137 se deberá aplicar el art. 215-B, salvo que estemos en presencia de una lesión que sólo produzca incapacidad por más de 30 días sin ninguna otra consecuencia, en cuyo caso deberá aplicarse el art. 215-A del Código Penal que incrimina un comportamiento más leve que el que se incriminaría si se aplica la pena por la lesión personal producida.

Un detenido estudio de los delitos de lesiones personales frente a los delitos de violencia intrafamiliar pone de manifiesto que más pena se puede imponer por la vía de las lesiones agravadas por razón del parentesco entre víctima y sujeto activo que la pena que puede resultar por las figuras de violencia intrafamiliar.

Si hacemos un ejercicio de individualización de las penas de los artículos 136 y 137 con la apreciación de la agravante de parentesco del art. 68 del Código Penal podemos concluir que la pena en estos casos puede llegar en el caso del art. 136 a una pena de 16 a 48 meses cuando en el art. 215-B párrafo inicial la pena que puede resultar es de 24 a 48 meses de prisión, en tanto que en el caso del art. 215-B párrafo final, que tiene pena de 36 a 60 meses de prisión la pena que puede

resultar del art. 137 con la agravante de parentesco puede oscilar entre 32 y 64 meses.

En algunos casos, la pena por la vía de las lesiones agravadas puede ser igual o superior a la máxima aunque es necesario reconocer que la mínima puede ser siempre inferior a la prevista en el art. 215-B del C.P.

Si observamos que por la vía de las lesiones agravadas la pena máxima puede ser igual o mayor que la prevista en el art. 215-B qué sentido tiene, nos preguntamos, el introducir los nuevos tipos penales que nos ocupan en esta ocasión.

Parece que la respuesta no es de carácter penal material, sino de trascendencia procesal pues en el caso del art. 215-B procede la detención preventiva de los imputados, lo que no siempre puede obtenerse por la vía de las lesiones, pues algunas tienen penas inferiores a dos años de prisión, presupuesto básico e imprescindible para la adopción de la detención preventiva.

VI. EL NUEVO TIPO PENAL DEL ART. 215-D DEL CÓDIGO PENAL

Vinculado al tema que nos ocupa, pero sin referirse directamente al mismo, tenemos el delito previsto en el art. 215-D del Código Penal, introducido también al texto punitivo patrio por medio de la Ley 27 de

1995.

Se trata, sin duda alguna, de una modalidad específica de omisión del deber de denunciar ante la autoridad de la comisión de un delito de violencia intrafamiliar o maltrato de menores, que guarda relación con el ya comentado delito previsto en el art. 342 del C.P.

En esta modalidad delictiva, al igual que en el art. 342 citado, se castiga la omisión del funcionario público o del particular que tiene conocimiento de la existencia de delitos de violencia intrafamiliar o maltrato de menores y omite denunciar tales delitos ante la autoridad competente para la investigación y eventual sanción de los mismos.

Llama la atención que en el delito que nos ocupa se haya introducido un párrafo adicional al previsto en el art. 342, de forma que expresamente se deja constancia que no hay responsabilidad penal alguna contra el funcionario público o particular que denunciaron los hechos que motivaron la instrucción sumarial si de la misma no se deduce la comisión de delito alguno, pues se quiso dejar claramente establecido que los denunciantes en estos casos no deben tener temor a ser objeto de represalias por los responsables de la violencia o maltratos objeto de la denuncia ante las autoridades competentes.

No está demás señalar que tal párrafo sale sobrando, pero como incentivo a los que tienen conocimiento de los delitos de violencia

intrafamiliar o maltrato de menores se incluyó tal precepto, con el fin de garantizar que los denunciante no puedan ser responsabilizados por la denuncia que no prospera.

Creo que tal párrafo, sin dudas, está demás, pues el denunciante no se hace responsable de la denuncia que formula y el mismo no responde por su actuar ante la autoridad, pues al respecto vale lo dispuesto en los artículos 2024 y siguientes del Código Judicial. La única responsabilidad que le cabe al denunciante por la denuncia formulada, a mi parecer, es la que se deduce de la falsa denuncia a que alude el art. 351 del Código Penal.

VII. CONSIDERACIONES POLITICO-CRIMINALES

A este respecto, es necesario destacar que, a mi juicio, estamos en presencia de una modalidad delictiva innecesaria, que está siendo mal utilizada tanto por los particulares como por los funcionarios del Ministerio Público.

Las normas en cuestión permiten, de hecho, llevar ante las autoridades de la jurisdicción penal problemas particulares propios de la jurisdicción civil, donde uno de los cónyuges denuncia o acusa al otro de hechos que no existen o que se exageran, con el propósito de lograr que los Fiscales de Familia actúen en su defensa, con lo que se solucionan momentáneamente conflictos familiares que quedan pendientes de

solución definitiva.

La jurisdicción de penal en algunos casos está siendo utilizada indebidamente para que las partes obtengan soluciones que en la vía familiar no se pueden lograr, con lo que hace indebido uso del poder penal del Estado para enfrentar soluciones que deben ser de competencia de algunas autoridades de policía.

No es posible que so pretexto de amparar o proteger a una parte, generalmente más débil, en una relación familiar se adopten decisiones provisionales que suponen una ruptura del vínculo familiar sin más trámite y prueba que la versión de una de las partes, que está siendo objeto de especial protección por la jurisdicción penal y en la que no se discute el problema de fondo que enfrenta a las personas.

Por último, estimamos que este delito en la forma como está concebido en nada o en muy poco protege la institución familiar y que, en última instancia, perjudica a la familia pues impone a la autoridad ciertas obligaciones que en definitiva inciden en la separación o ruptura del núcleo familiar.

VIII. CONSIDERACIONES FINALES

Mi experiencia en relación con los delitos de violencia intrafamiliar es nula, pues no he tenido la ocasión de intervenir en proceso de esta naturaleza.

Flaco favor le hace el Estado y el Derecho penal a la institución familiar si tenemos que incriminar como delito las agresiones en el seno de la familia, pues nadie dude que los tipos de lesiones que producen los resultados previstos en los arts. 136 y 137 deben castigarse de alguna manera si los mismos se producen en el ambiente familiar.

En esta materia, no se que actualidad tiene o puede tener el viejo adagio que entre marido y mujer nadie se debe meter. Creo que estamos en una sociedad que cada vez se deshumaniza más y que la violencia intrafamiliar es una de esas tantas situaciones que se producen por la falta de valores en el seno familiar.

A mis años todavía recuerdo las viejas enseñanzas de mis abuelos, todos fallecidos, que me insistían de niño que a las niñas no se les pega cuando le halaba el cabello a mi hermana por una travesura que ésta me hacía.

Aquí hay un problema de educación, pues el niño que crece en un ambiente en donde se respeta a los miembros de la familia no cometerá estos abusos en su vida adulta y el niño que crece viendo al padre o a sus tíos golpeando a su madre o a sus tías es un niño que en el futuro el será quien agrede a su mujer o a las personas de su entorno familiar.

Mi experiencia en la materia me indica que la ley penal no es la solución al problema intrafamiliar y que poco puede hacer el Derecho

penal al respecto, pues sacar al sujeto de la casa y alejarlo de la familia no es la solución, sobre todo si es el que mantiene, con sus aportes, al grupo familiar.

Que no pase con la violencia intrafamiliar lo que está ocurriendo desde la vigencia del actual Código Penal con el incumplimiento de deberes alimentarios, pues la ley penal ha sido causante de más incumplimiento por algunos sujetos irresponsables.

www.penjuranama.com