

CUADERNOS DE CIENCIAS PENALES

INSTITUTO PANAMEÑO DE CIENCIAS PENALES

AÑO II

ENERO-DICIEMBRE 1999

No. 2

CONTENIDO

| | | | |
|---|----|---|-----|
| Presentación | 7 | El corpus juris europeo | 101 |
| | | <i>Manuel Jaén Vallejo</i> | |
| DOCTRINA | | Sobre la víctima | |
| Las opciones de la reforma | | en el proceso penal | 146 |
| procesal penal en Panamá | 9 | <i>Julio Miguel Leal</i> | |
| <i>Andrés A. Almendral Cruz</i> | | La aplicación de agravantes | |
| El derecho a la prueba | 17 | y atenuantes penales | 155 |
| <i>Luis Mario Carrasco</i> | | <i>Carlos E. Muñoz Pope</i> | |
| La inimputabilidad en | | JURISPRUDENCIA | |
| el anteproyecto de ley | | Extractos de Jurisprudencia | |
| de responsabilidad penal | | de la Sala Segunda, de lo Penal, | |
| para la adolescencia | 25 | de la Corte Suprema de Justicia .. | 167 |
| <i>Argelis Escudero E.</i> | | <i>Por: Luis C. Tapia</i> | |
| Los procedimientos de prueba | | LEGISLACIÓN | |
| en la responsabilidad médica: | | Texto del anteproyecto | |
| La historia clínica. La prueba | | de Código Penal de 1999 | 173 |
| pericial. El informe forense | 39 | BIBLIOGRAFÍA | |
| <i>Juan M. Fernández Del Torco Alonso</i> | | ARANGO DURLING, Virginia; | |
| Anotaciones sobre | | <i>Las causas de inculpabilidad</i> | 261 |
| la autoría mediata | 58 | INFORMACIONES | |
| <i>Alberto González Herrera</i> | | XIV Encuentro Panamericano | |
| Consideraciones sobre | | de Derecho Procesal | 263 |
| el agente provocador | 65 | | |
| <i>Silvio Guerra Morales</i> | | | |



PANAMÁ VIEJO
Panamá, 1999

SOBRE LA VICTIMA EN EL PROCESO PENAL

JULIO MIGUEL LEAL
Abogado.

SUMARIO: I.- Introducción. II.- Constitución de querellante titular de la pretensión civil. III.- Oportunidad para la constitución de querellante titular de la pretensión civil. IV.- Desistimiento de la acción civil derivada del delito. V.- Procedibilidad de la acción civil derivada del delito. VI.- Competencia para conocer de la acción civil derivada del delito. VII.- El tercero civilmente responsable. VIII.- Medidas asegurativas de la responsabilidad civil derivada del delito.

I.- INTRODUCCION.

La aprobación de la Ley 31/1998, de 28 de mayo, publicada en la Gaceta Oficial Nº23,553 de 29 de mayo de 1998, de protección a las víctimas de los delitos, y la inserción en ella de una nueva sistemática en el ejercicio de la acción civil derivada del delito, nos obliga a plantear la nada sencilla tarea de tratar de dilucidar los problemas que representan en el proceso penal el ejercicio de la acción civil derivada del delito por parte de la víctima una vez que se constituya en querellante titular de la pretensión civil, como también el cambio de permitir el ejercicio de la acción civil derivada del delito contra el tercero civilmente responsable tanto en el propio proceso penal como en la vía civil.

La nueva Ley nos lleva a comentar las reformas introducidas a la acción civil en el proceso penal para así despejar las dudas y vacilaciones que se dan en nuestro medio cuando se trata de ejercitar la acción civil derivada del delito ante los Tribunales de justicia. Últimamente, el problema de la reparación de los daños causados al sujeto pasivo de la infracción penal ha vuelto a merecer el interés de nuestro legislador, a raíz de la promulgación de la reciente Ley 31/1998.

Como se podrá observar la reforma acometida por la Ley 31/1998 nos parece superflua y aun contraria a la verosímil finalidad perseguida por el legislador de proteger a las víctimas de los delitos, por cuanto, crea un régimen de ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal menos favorable para la propia víctima, ya que, en los términos en los que se encuentra redactada dicha Ley, la víctima no tiene posibilidad alguna de ejercitar la acción civil en la etapa de la investigación criminal como mecanismo idóneo que le permita ante el evento de un sobreseimiento el pago de una indemnización que repare en lo posible las consecuencias jurídicas del delito.

Téngase presente, que la Ley 31/1998 ha desaprovechado, sin duda, la oportunidad de adecuar el procedimiento de la acción civil dentro del proceso penal, en este sentido debemos ser críticos, pues, la nueva Ley se ha limitado a hacer matizaciones, supresiones o

adiciones de pequeña entidad al Código Judicial omitiendo toda referencia al régimen de oposición a la constitución del querellante titular de la pretensión civil dentro del proceso penal.

II.- CONSTITUCION DE QUERELLANTE TITULAR DE LA PRETENSION CIVIL.

Dicha Ley 31/1998 exige que la víctima que aspire, constituirse como parte en el proceso civil reparatorio en sede penal, como actor civil, ejercitando la acción civil conjuntamente con la acción penal, deberá constituirse en querellante en las condiciones previstas en el artículo 14 de la Ley 31/1998, que subroga el artículo 1986 del Código Judicial, asegurándole a la víctima del delito la intervención necesaria para acreditar los medios de prueba que conduzcan a demostrar la naturaleza y cuantía de los daños y perjuicios que se le hayan causado producto del hecho punible (artículos 14, *in fine* y 15 Ley 31/1998).

La valoración y cuantificación de los daños producto de un acto ilícito penal, la realizaran los Tribunales mediante los medios probatorios establecidos en el Código Judicial y ateniéndose a lo dispuesto en el Título VI del Libro I del Código Penal (artículo 1988 *in fine* del Código Judicial, subrogado por el artículo 12 de la Ley 1/1988; Gaceta Oficial N°20,961 de 7 de enero de 1988). Como se podrá observar nuestro ordenamiento procesal penal nos remite a los medios de pruebas contenidos en el Libro II, Título VII, Capítulo I, artículo 769 y ss. del Código Judicial y a cualquier otro medio que funde la convicción del juzgador, siempre y cuando no estén expresamente prohibidos por la ley, ni violen derechos humanos, ni sean contrarios a la moral o al orden público y mucho menos incompatible con la naturaleza del proceso penal, ateniéndose siempre, claro está, a lo dispuesto en el texto sustantivo penal, esto es, al Título VI del Libro I del Código Penal.

III.- OPORTUNIDAD PARA LA CONSTITUCION DE QUERELLANTE TITULAR DE LA PRETENSION CIVIL.

En lo que hace a la oportunidad en que esa constitución de querellante como titular de la pretensión civil dentro del proceso penal debe hacerse, hemos de señalar que el Código Judicial la enmarca con toda claridad en el artículo 1989 del Código Judicial antes citado. En efecto, la constitución como querellante titular de la pretensión civil puede efectuarse una vez ejecutoriado el auto de enjuiciamiento pero en cuanto a su oportunidad preclusiva de tal derecho guarda silencio, conceptuando por nuestra parte que tal etapa preclusiva le viene impuesta a la víctima del delito una vez que se dicte la resolución judicial que fije la fecha para el juicio oral. Consideramos pertinente advertir que por la ausencia de una norma que provea al respecto en el Código Judicial, puede darse una solución sustitutiva a tal ausencia, aplicando lo dispuesto en el artículo 2274 del Código Judicial.

IV.- DESISTIMIENTO DE LA ACCION CIVIL DERIVADA DEL DELITO.

Hemos de advertir también que el querellante titular de la pretensión civil que no incoare su demanda incidental en la oportunidad fijada en el artículo 1989 antes citado, y dictada la correspondiente resolución judicial que fije la fecha para el juicio oral sin que hasta ese momento se hubiese concretado la correspondiente demanda incidental, se deberá entender que dicho querellante titular de la pretensión civil ha desistido en forma tácita de ella, lo que implica a nuestro modo de ver una renuncia tácita a la acción civil derivada del delito. Una vez precluida dicha oportunidad el querellante titular de la pretensión civil no podrá incoar la acción civil derivada del delito contra el infractor de la norma penal ante la jurisdicción civil, toda vez que esta jurisdicción sólo conocerá de manera excepcional de la acción civil derivada del delito en supuestos especiales en que el querellante titular de la pretensión civil la ejercite dentro de la acción penal y ésta no pueda proseguir por una causa que suspenda el proceso penal (suspensión condicional del proceso penal), o por enajenación mental sobreviniente del sujeto pasivo de la acción penal, o cuando la víctima del hecho punible opta por demandar al tercero civilmente responsable ante la jurisdicción civil, en cuyo caso la acción civil podrá ser ejercitada ante la jurisdicción civil de manera excepcional y en los términos antes descritos, por lo que tal jurisdicción civil sólo podrá aplicar las normas contenidas en el texto punitivo, tal como lo señala el artículo 977 del Código Civil y sólo en lo que el Código Penal no hubiese previsto se aplicara de manera supletoria el texto sustantivo civil como lo señala el artículo 975 del Código Civil. Cfr. los artículos 1982-A, 1986, 1989, 1990 y 1991 Código Judicial.

Por parecernos suficientemente adecuado al tema hacemos nuestro lo expuesto por LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA cuando dice que *“buena parte de la doctrina entiende que la letra del art. 1092 C.C. (artículo 977 Código Civil panameño) no impide que, además de las reglas del Código Penal, sean aplicables las del Código Civil, en su virtud de Derecho supletorio, aunque la acción civil de responsabilidad se ejercite en la vía penal, pues estamos tratando de cuestiones civiles y no penales. En todo caso, según opinión doctrinal unánime, el Código Civil puede aplicarse en la vía penal con carácter supletorio”*.¹

Hemos de señalar también que nuestro Código Civil coincide con la doctrina anterior al disponer en su Título Preliminar, artículo 14, ordinal 2 que cuando las disposiciones que regulen una misma materia estuviesen en diversos Códigos o Leyes (Código Civil y Código Penal) se preferirá la disposición del Código o Ley especial sobre la materia que se trate, v. gr., cuando la acción civil se incoe por delitos contra el honor se aplicará la ley especial sobre la materia como lo es la Ley 1/1988, de 5 de enero, publicada en la Gaceta Oficial N°20,961 de 7 de enero de 1988, referente a los delitos de calumnia e injurias; y en los casos no previstos por el Código Penal se aplicará el Código Civil sólo de manera supletoria como se desprende del contenido del artículo 975 del cuerpo legal antes citado.²

V.- PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION CIVIL DERIVADA DEL DELITO.

¹ LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, Carmen. **Efectos civiles del delito y responsabilidad extracontractual**, Editorial tirant lo blanch, Valencia, 1997, págs. 46 y 55.

² GOMEZ CALLE, Esther. **La responsabilidad civil de los padres**, Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1992, págs. 123 y 124.

Téngase presente, que solamente queremos dejar bien en claro que el ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal sólo la podrá promover la víctima del delito cuando se encuentre pendiente de decisión la acción penal (artículo 1990, párrafo 1° *in fine* del Código Judicial) y ello es así, por cuanto en tanto, en nuestro medio la acción penal tiene prevalencia sobre la acción civil, pero no en forma tan absoluta que la acción civil pierda su autonomía y naturaleza, ya que la acción civil puede ejercitarse separadamente de la penal, según lo expuesto anteriormente, cuando la víctima del hecho punible opta por la jurisdicción civil.

De lo expuesto resulta que en nuestro medio se da clara preferencia a la acción que afecta al orden público, esto es, a la acción penal sobre la civil (artículos 1989 y 1990 del Código Judicial) en los casos de concurrencia de ambas acciones por derivar de los mismos hechos, salvo que se declare por resolución definitiva dictada en el proceso penal que nunca existió el hecho de que la acción civil hubiese podido nacer (artículo 1996 del Código Judicial).

Podemos colegir, entonces, hasta el presente que la procedibilidad de la acción civil derivada del delito sólo la podrá intentar la víctima del delito una vez se haya constituido en querellante dentro del proceso penal (artículo 14 Ley 31/1998), esto es, que el sujeto dañado por el hecho punible u otra persona, sean estos, su cónyuge, el conviviente en unión de hecho, los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, y el heredero testamentario cuando acuse la muerte del causante (artículo 1 Ley 31/1998), que pretenda incoar su pretensión civil contra el civilmente responsable para reclamar la restitución de la cosa y la indemnización de los daños y perjuicios causados al sujeto pasivo de la infracción penal podrá ocurrir al proceso penal o civil, en cuyo caso, de ocurrir a la vía civil, dicha jurisdicción aplicará sólo las normas del Código punitivo.

VI.- COMPETENCIA PARA CONOCER DE LA ACCION CIVIL DERIVADA DEL DELITO.

Con estos antecedentes y a nuestro modo de ver los Tribunales civiles no tienen competencia para decidir si los hechos de los que trae causa la responsabilidad civil eran o no constitutivos de delitos, por lo que convenimos en señalar que pretender que un Tribunal civil conozca de una acción civil que tienda a la reparación de los daños o perjuicios provenientes de la responsabilidad civil derivada del delito daría lugar a una causal de nulidad común a todo proceso (artículo 722, ordinal 2 Código Judicial), como lo es la falta de competencia del Tribunal civil para ordenar la restitución de la cosa o la indemnización de perjuicios contenida en el artículo 120 del Código Penal.

Convencidos de tal afirmación expresamos una vez más que los Tribunales civil no tienen la competencia para decidir si los hechos de los que trae causa la responsabilidad civil eran o no constitutivos de delitos. En consecuencia, la falta de competencia del Tribunal civil se pone de manifiesto por la remisión que hace el propio artículo 978 del Código Civil a lo normado por el Libro IV, Título XVI, Capítulo II del cuerpo legal antes

citado, por lo que en nuestra humilde opinión se deja por fuera las obligaciones nacidas por la culpa o negligencia penalmente punibles.

La doctrina científica que representa en esta materia las opiniones más modernas de la ciencia jurídica expresa que el problema no es de jurisdicción competente, sino de normativa aplicable.³

Existe una variada y confusa interpretación doctrinal sobre la cuestión, al punto que se expresa que tanto la pretensión civil ex delicto y la pretensión civil extracontractual se separan sólo en su articulación procesal; lo que explicaría que si el perjudicado se reserva la acción civil ex delicto, para ejercitarla en vía civil, la reclamación que nació al amparo del Código Penal, se substancie y fije ahora según el Código Civil. La doctrina expresa que la obligación no ha cambiado, sólo el orden jurisdiccional competente. Ello implica, que si el juez penal resuelve sobre la acción civil para reparar los daños, ésta queda agotada y no pueden plantearse en vía civil pretensiones referidas al daño ex delicto.⁴

Sin embargo, por un problema histórico que data de la codificación española en nuestro medio el problema lo es de competencia mientras siga existiendo la doble regulación contenida en el Código Civil y no de normativa aplicable.⁵

Mención aparte también merece destacarse el hecho que *“cuando un Tribunal civil haya de pronunciarse sobre un tema de responsabilidad civil derivado de un delito [.....] declarados así en resolución dictada por un Tribunal penal, habrá de aplicar las disposiciones del Código punitivo, de acuerdo con el artículo 1092 Código Civil (artículo 977 Código Civil panameño) y no las correspondientes al Capítulo II del Título XVI del Libro IV, aunque en muchos casos en los que se produzca un sobreseimiento [...], y las partes acudan a la vía civil, el Juez de este orden jurisdiccional puede aplicar el artículo 1903 Código Civil (artículo 1645 Código Civil panameño), si se dan los supuestos de esta norma al no tener competencia para decidir si los hechos de los que trae causa la responsabilidad civil eran o no constitutivos de delitos o faltas y sí para afirmar que se trata de una acción u omisión en la que intervino culpa o negligencia (art. 1902 y ss. Código Civil) (artículo 1644 y ss. Código Civil panameño).”*⁶

LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA por su parte, “da por sabido que la llamada “responsabilidad civil extracontractual” (en el sentido que recibe el término cuando el acto dañoso es un simple ilícito civil) no agota las consecuencias civiles derivadas de los hechos delictivos, la llamada “responsabilidad civil derivada del delito” o no es exactamente “responsabilidad extracontractual” o, si lo es, tiene un contenido más amplio

3 YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. **Aspectos civiles del nuevo código penal**, Dykinson, Madrid, 1997, pág. 31.

4 SAINZ-CANTERO CAPARROS, María Belén. **El ilícito civil en el código penal**, Editorial Comares, Granada, 1997, pág. 72.

5 Sobre el particular, en el Derecho español véase a YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *“El perturbador artículo 1092 del Código civil: Cien años de errores”*, **Centenario del código civil**, Tomo II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, págs. 2109 y ss. En igual sentido véase a BUSTO LAGO, José Manuel. **La antijuricidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual**, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1998, pág.269, nota 120 y 272.

6 RUIZ VADILLO, Enrique. “Responsabilidad civil”, **Comentarios a la legislación penal**, Tomo V, Volumen I, Editorial de Derecho Reunidas, Madrid, 1983, págs. 359 y ss.

*que la responsabilidad civil regulada en el Capítulo II del Título XVI del Libro IV del Código Civil, y, en cualquier caso no puede identificarse con ella. Continúa señalando la autora citada que lo que parece inexacto es sostener que toda consecuencia civil de los hechos delictivos debe enmarcarse en la responsabilidad civil extracontractual y que esta funciona de igual modo cuando se trata de hechos delictivos y no delictivos (puede funcionar igual en algún caso, pero no en todos). La doble regulación no es lo ideal y tampoco pretende decir la autora citada que el proceso penal sea el inadecuado para resolver cuestiones civiles. Sin embargo, la doble regulación persiste, y mientras se sigan decidiendo en el proceso penal las cuestiones civiles derivadas de los hechos delictivos no parece adecuado pretender acomodar todas ellas a la llamada “responsabilidad extracontractual”.*⁷

La misma doctrina debe ser admitida en nuestro medio, ya que tal dualidad de regímenes por ilícito penal e ilícito civil es una dualidad más bien formal de ejercitarse o poder ejercitarse, ante Tribunales de distinta jurisdicción y en procedimientos concebidos bajo distintos principios lo demuestran tanto las normas del propio Código Civil, Penal y Judicial.

VII.- EL TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE.

La nueva Ley 31/1998 encierra un vacío en cuanto a las consecuencias que se derivan de la posibilidad que tiene la víctima del delito de incoar la acción civil contra el tercero civilmente responsable dentro del proceso penal, para los efectos de la restitución y la indemnización de los daños y perjuicios. En efecto, según se desprende del artículo 14 del texto legal antes citado y de otras normas concordantes, el querellante titular de la pretensión civil que opte por incoar su acción civil dentro del proceso penal contra el tercero civilmente responsable podrá encontrarse con la situación en que el Tribunal de instancia absuelva al sujeto pasivo de la acción penal en cuyo caso estimamos que nada impide que el Juez penal condene al tercero civilmente responsable salvo que el ejercicio de tal acción civil se encuentre excluido por lo prescrito por el artículo 1996 del Código Judicial. En consecuencia, a los terceros civilmente responsables que se les reclame tal responsabilidad civil derivada del delito serán juzgados conjunta o separadamente ante la jurisdicción penal o civil según la víctima opte por una u otra jurisdicción (artículo 14 Ley 31/1998 y artículo 125 Código Penal).

VIII.- MEDIDAS ASEGURATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO.

Dados los amplios e imprecisos términos en que aparece redactada la Ley 31/1998 es ambivalente en la finalidad de proteger a la víctima del delito para obtener una pronta reparación del daño. Sin embargo, el secuestro como medida cautelar de tipo real introducido en nuestro proceso penal por el artículo 4 de la Ley en comento tiende a garantizarle a la víctima que la persona declarada civilmente responsable cumplirá con su

7 LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, Ob. Cit., págs. 20 y 26.

deber de reparar los daños y perjuicios producto de su conducta criminal. En consecuencia, estas medidas cautelares de tipo real están encaminadas a lograr dentro del proceso penal el cumplimiento de la obligación civil derivada del delito.

Por último, bastará señalar por ahora que a la mencionada Ley 31/1998 no le es indiferente el sujeto que cumplirá la prestación reparatoria, y así en su artículo 30 se obliga al Estado a través del <<*fondo especial de reparaciones a proveer asistencia médica o económica inmediata, de manera parcial o total o en forma supletoria, a la víctima.... por causa del delito.... esta indemnización estatal no exime de responsabilidad a las personas civilmente responsables por el delito, y el Estado podrá ejercer contra ellas las acciones necesarias destinadas a recuperar las sumas adelantadas a las víctimas*>>. Como se podrá observar la norma en comento consagra un verdadero Derecho de reembolso en materia de responsabilidad civil a favor del Estado.

LA APLICACIÓN DE AGRAVANTES Y ATENUANTES PENALES

CARLOS E. MUÑOZ POPE
Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad de Panamá.

SUMARIO: I. Introducción. II. Las dos decisiones del juzgador. III. De la pena abstracta a la pena concreta. IV. La apreciación de las circunstancias. V. Especial consideración de la circunstancia mixta prevista en el artículo 202 del Código Penal. VI. Consideraciones Finales.

I. INTRODUCCIÓN

Tratar de la aplicación de las atenuantes y las agravantes es tema de enorme significación para el Derecho Penal moderno y, en especial, sancionado, ya que el mismo implica abordar la problemática de la individualización judicial de la pena luego del proceso penal que termina con la declaración del juzgador que aprecia responsabilidad penal en el imputado por razón de los cargos formulados en su contra en el auto de enjuiciamiento.

Al abordar el tema de la aplicación de atenuantes y agravantes nos enfrentamos con la difícil cuestión de los criterios que debe utilizar el juzgador en primera o en segunda instancia para llegar a la conclusión que la pena abstracta que para un caso determinado establece el Código Penal debe cuantificarse en una cantidad determinada para que responda de ella el sujeto que previamente fue declarado responsable de la realización del delito que motivó el desarrollo del proceso penal respectivo.

La trascendencia del tema, por tanto, es evidente. Ya no estamos ante una cuestión meramente teórica, pues en este momento el juzgador debe individualizar la pena abstracta en una cantidad concreta que será impuesta a quien fue declarado penalmente responsable por la realización del ilícito penal.

El tema que nos ocupa tiene en la doctrina penal moderna enorme trascendencia y significación, lo que ha llevado a ROXIN a poner de relieve la importancia del “derecho de medición (o de determinación) de la pena”¹ dentro del contexto de las ciencias penales. No en vano en algunos ordenamientos penales existen numerosas reglas para la determinación de la pena, lo que impone un complicado uso de combinaciones normativas en atención al grado de desarrollo del delito, las clases de aportes brindados en la realización del mismo y la concurrencia de delitos, lo que justifica que en algunos códigos se establezcan penas en atención a grados mínimo, medio y máximo y ello, en ocasiones, hace complicada la individualización de la pena en cada caso en particular.

1 Claus ROXIN, Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Civitas, Madrid, 1998, pág. 45

En nuestro medio, por supuesto, el tema ha sido objeto de poca consideración por parte de la doctrina patria. Sólo ARANGO DURLING² y GILL SUAZO³ se han ocupado del mismo, si bien desde una perspectiva distinta.

En códigos como el nuestro, lamentablemente, pocas son las reglas o criterios con los que cuenta el juzgador para realizar esta delicada misión, pues salvo la existencia de pocas disposiciones sobre el efecto en el ordenamiento penal vigente hacen difícil dicha labor, que muchas veces se produce en la mente del juzgador sin que en la sentencia quede constancia, con el detalle necesario, de las apreciaciones efectuadas por la autoridad judicial al momento de imponer la sanción que estime procedente.

En esta exposición, a continuación, nos ocuparemos de la normativa existente sobre el particular en nuestro ordenamiento penal. Ello implica, por tanto, ocuparnos de lo dispuesto en los artículos 56, 57, 69 y 70 del Código Penal de 1982, todavía hoy vigente únicas normas del dicho cuerpo legislativo que se ocupa del particular.

II. LAS DOS DECISIONES DEL JUZGADOR

Si bien todos sabemos que el Código Penal consagra la punibilidad de todas las figuras del Libro Segundo en forma abstracta, es decir, que para todo delito se establece en teoría una pena que oscila entre un mínimo y un máximo, es muy importante lograr establecer con propiedad la pena que resulta imponer al sujeto declarado penalmente responsable de un determinado ilícito penal.

Todos los delitos previstos en nuestro ordenamiento penal incriminan los comportamientos con una pena abstracta, pues aunque no sabemos a ciencia cierta cuál es la que resultará para un caso determinado, la misma tiene que ser escogida por el juzgador de entre dos cantidades distintas, pues el legislador al crear la norma jurídicopenal estableció todas las penas con dos cantidades distintas: con ello se permite que el juzgador escoja en cada caso la que considere más conveniente, siempre según las circunstancias del caso en particular de que se trate.

Esta fórmula abstracta prevista por el legislador al momento de establecer la norma jurídicopenal es, sin duda alguna, acertada pues desde la época de Napoleón se ha establecido que los jueces deben tener algún margen de discrecionalidad para cuantificar la pena de todos los casos sometidos a su consideración, pues la experiencia contraria resultó, o al menos se mostró, en su oportunidad inconveniente.

Debe recordarse que en la versión original del Código Penal de Napoleón se establecían las penas para cada delito en una cantidad fija y determinada, sin que el juzgador tuviera la oportunidad de escoger entre un límite mínimo y otro máximo, lo que pronto se observó

2 Virginia ARANGO DURLING, **Las consecuencias jurídicas del delito**, Ediciones Panamá Viejo, Panamá, 1998, págs. 49-106.

3 Hipólito GILL SUAZO, **La individualización judicial de la pena**, Gabinete de Estudios Culturales, Panamá, 1996, págs. 64 y sgts.

contraproducente, pues delitos cometidos en condiciones muy distintas debían ser penados con la misma cantidad de pena, lo que resultaba inexplicable e injusto en muchos casos.

A raíz de la primera modificación al Código Penal de Napoleón se introdujo un sistema de penas en abstracto que permitía que cada delito tuviera una pena mínima y otra máxima, de modo que cada juzgador pudiera escoger entre dichos límites a la hora de decidir cada responsabilidad, atendiendo en cada caso las propias y particulares situaciones presentes en cada delito.

Ello se ha mostrado más conveniente que el sistema original del Código de Napoleón y es generalmente frecuente que los códigos penales adopten dicho sistema, lo que implica en todo caso dotar al juez penal de un amplio radio de discrecionalidad para establecer la penal de forma concreta para cada caso sometido a su consideración.

Esta cuestión, sin embargo, pasa frecuentemente desapercibida en los sistemas jurídicos como el nuestro, en donde al momento de establecer la responsabilidad penal del procesado no se hace ninguna distinción entre la declaración de responsabilidad y la cuantificación de la pena, pues normalmente el ordenamiento procesal penal no recepta dicha división del procedimiento como sí ocurre, por ejemplo, en los sistemas de corte anglosajón o en los procesos que en nuestro medio se siguen ante el jurado de conciencia.

La operación que se hace para determinar la cuantía de la pena que debe imponerse al sujeto declarado culpable en el proceso penal anglosajón o en nuestro proceso con intervención de jurados es diametralmente opuesto a la verificada por el juez en el proceso penal ante un tribunal de derecho, pues en el primero se dicta una decisión sobre la responsabilidad penal del sujeto y en una sesión distinta, ocurrida días después, se discute sobre la pena de que debe imponerse y sobre todas las cuestiones personales del sujeto que deben tomarse en cuenta para producir una pena adecuada al caso de que se trate mientras que en el segundo, ante un tribunal de derecho, el juez penal constata la culpabilidad del sujeto en la sentencia y en la misma resolución, unas líneas más abajo, le impone la pena líquida por la que debe responder el sancionado, muchas veces sin mayores consideraciones de fondo o con breves referencias a circunstancias que se aprecian muchas veces de conjunto.

No cabe duda alguna, por tanto, que es un acierto de las legislaciones anglosajonas discutir primero la responsabilidad penal del sujeto o su culpabilidad, para luego en una decisión ulterior considerar todos los factores personales que influirán en la cuantificación de la pena, con lo que podemos afirmar que las dos decisiones del juicio penal juegan un papel transcendental en la determinación de la pena que finalmente resultara. Las dos decisiones del juicio penal, que en la doctrina se conoce la cesura del juicio penal, se observan como más convenientes que la modalidad prevista en sistemas como el nuestro, donde no hay tiempo para discutir única y exclusivamente sobre la cuantificación de la pena.

Algunos dirán que esta nueva discusión impone la necesidad de una nueva audiencia en el juicio penal, lo que supone una nueva notificación a los sujetos del proceso, no siempre accesibles a los funcionarios del tribunal para la práctica de la misma y que ello recargue el

proceso, de suyo ya complicado con la celebración de la audiencia preliminar y la audiencia de fondo, pero el diseño de este sistema conduce a soluciones más justas en todos los casos.

III. DE LA PENA ABSTRACTA A LA PENA CONCRETA

La primera labor de juzgador a la hora de establecer la pena en concreto que le deberá imponer al infractor de la norma penal es la de determinar la pena básica o inicial, sobre la cual comenzará la individualización de la sanción correspondiente.

En tal sentido, el juez debe escoger entre los límites mínimo y máximo de pena que tiene señalado el delito en particular de que se trate, pues no hay forma de cuantificar las circunstancias atenuantes y/o agravantes si el juez no tiene una pena preliminar de referencia, que en ocasiones será la pena a imponer si no hay circunstancias que la modifiquen posteriormente.

Para este caso, el Código Penal consagra en el art. 56 unos criterios que deben ser utilizados por el juzgador para escoger la pena inicial sobre la cual, si procede, se harán los aumentos y disminuciones que correspondan por razón de las agravantes y/o atenuantes que reconozca respecto del sujeto ya declarado penalmente responsable del delito.

En este sentido, el propio Código dispone que “El juez fijará la penal dentro de los límites señalados para cada delito, teniendo en cuenta los siguientes factores:

1. Los aspectos objetivos y subjetivos del hecho punible;
2. La importancia de la lesión o del peligro;
3. Las circunstancias de modo, tiempo y lugar;
4. La calidad de los motivos determinantes;
5. Las demás condiciones personales del sujeto activo o de la víctima en la medida en que haya influido en la comisión del hecho punible;
6. La conducta del agente, anterior, simultánea o posterior al hecho punible; y
7. El valor o importancia de la cosa”.

De acuerdo con nuestro Código Penal, la labor que el juzgador realiza al momento de escoger entre el mínimo y el máximo establecido para cada delito sólo tiene en cuenta los criterios antes señalados, lo que nos permite afirmar que estamos en presencia de una delicada labor que tiene prácticamente al sujeto a merced del juez correspondiente, pues nada le obliga a partir del mínimo o del máximo, por más insignificante que sea el caso o por más escandaloso que sea el mismo.

Sobre este particular, es preciso recordar, la constante y reiterada orientación jurisprudencial de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, según la cual la labor de individualización de la pena en abstracto a una pena concreta que hace el juez en el caso queda a su discrecionalidad y dicha labor no puede ser recurrida en casación, ya que se trata de actuaciones discrecionales del juez, que no están sometidas al control de la casación penal.

Es evidente, por cierto, que en atención al escaso daño producido o al escaso valor de la cosa objeto material del delito puede el juzgador preferir partir del mínimo de la penal

prevista por el legislador para el delito de que se trate, en tanto que en atención al enorme daño causado o en vista del enorme valor del objeto material del delito puede el juzgador partir de una pena distinta de la mínima o iniciar la cuantificación con la pena máxima prevista por el legislador, decisiones que no pueden ser objetadas desde ningún punto de vista en atención a éste único criterio de individualización.

No cabe duda, sin embargo, que la concurrencia de varios de los factores previstos en el art. 56 del Código Penal deben permitir al juez penal razonar la pena inicial que resulte en cada caso, lo que no siempre sucede pues no hay norma alguna en el proceso penal que imponga dicho proceder.

En consecuencia, es posible que frente a un ilícito que ha producido escaso daño, por razón de las circunstancias de modo, tiempo y lugar y de los motivos determinantes, el juzgador pueda partir de una pena inicial distinta de la mínima prevista por el legislador para el delito de que se trate y, sin duda, tal proceder es correcto. De la misma forma, es posible que frente a un caso de mayor daño causado, en atención a las circunstancias de modo, tiempo y lugar y luego de tomar en cuenta los motivos determinantes, el juzgador pueda partir de la pena mínima establecida en forma abstracta en el delito, lo que no puede tacharse de equivocado.

Por otra parte, debemos señalar que nada impide que un mismo hecho delictivo sea sancionado con penas iniciales distintas a pesar de que estemos en presencia de iguales o parecidas circunstancias, ya que el amplio poder discrecional del juzgador, sobre todo en primera instancia, lo permite.

IV. LA APRECIACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS

Para la apreciación de las circunstancias agravantes y atenuantes comunes, el juzgador debe partir de la pena abstracta ya individualizada inicialmente en una cuantía determinada y luego cuantificar la pena que resulte por razón del reconocimiento de la existencia de circunstancias agravantes para luego, después de ello, apreciar la aplicación de las atenuantes que pudieran existir en el proceso respectivo.

Todo operación de apreciación de circunstancias impone primero la consideración de las que se estimen como agravantes, sean comunes o especiales, para luego tomar en cuenta las que se consideren sirven para atenuar la pena, sean también comunes o especiales.

1. CONSIDERACIÓN DE LAS AGRAVANTES

La aplicación de las circunstancias agravantes supone la existencia de la pena inicialmente impuesta a la que se le suma el o los tramos de pena que resulten por cada agravante.

Si tomamos en cuenta que el art. 70 del Código Penal dispone que “La existencia de circunstancias agravantes en un hecho punible dan lugar al aumento de la pena de una sexta a una tercera parte, por cada agravante...” podemos inferir que el juzgador debe decidir en cada proceso cuanto apreciará de aumento de pena por cada agravante común, lo que

impide siempre dar una regla general sobre el particular, pues en el caso el juez puede sancionar cada agravante con un aumento de hasta la sexta parte de la pena inicialmente impuesta al sujeto y en otro caso puede asignar a cada agravante un aumento mayor, que puede ser del veinticinco por ciento pero nunca superior al treinta y tres por ciento de la penal inicial por cada agravante.

Esto quiere decir, en pocas palabras que en un caso con tres agravantes comunes el juzgador debe aumentar como mínimo tres veces la sexta parte de la pena inicial y nunca más de tres veces la tercera parte de dicha pena, pues en principio por agravantes comunes hay que aumentar no menos de la sexta parte ni más del tercio de la penal inicial impuesta por cada una de ellas.

La última afirmación, sin embargo, debe ser mediatizada ya que por agravantes comunes la pena que puede imponerse no puede ser superior a la mitad de la pena máxima prevista para el delito de que se trate, en cuyo caso un delito de hurto simple, con todas las agravantes comunes que aparezcan no puede ser penado con más de 3 años de prisión (dos años es la pena máxima para el delito y un año adicional por todas las agravantes, pues las mismas no pueden producir más del cincuenta por ciento de la pena máxima del delito en forma adicional).

Esta última regla es muy importante, ya que el párrafo final del art. 70 del Código Penal señala que por agravantes la pena resultante no deberá exceder la mitad del máximo de la pena fijada para el delito.

Por lo que respecta a las agravantes especiales, que están previstas en el Libro Segundo del Código Penal, a propósito de cada delito en particular, no procede la consideración del aumento de la sexta parte ni más de la tercera parte de la penal inicialmente prevista, ya que ellas tienen un régimen distinto.

En efecto, en el Libro Segundo las agravantes especiales tienen su propia forma de penalidad, ya que en el delito de que se trate se debe indicar que en caso de agravación la pena no será menor de tanto ni mayor de tanto. En ocasiones, sin embargo, la agravante se aprecia aumentando hasta en un determinado por ciento la pena sobre la pena del tipo básico, lo que en ocasiones no permite soluciones coherentes, pues no hay un término mínimo ni máximo por razón de la agravante de que se trate.

Es el caso previsto, por ejemplo, en el art. 214 del Código Penal que impone una agravante de pena para el incumplimiento de los deberes familiares cuando el sujeto activo, para eludir el pago correspondiente, renuncia empleo. En este caso, el aumento de pena previsto es de “una tercera parte” de la pena prevista en el art. 213.

Finalmente, en algunos casos incomprensiblemente el legislador impuso una agravación de pena de hasta el doble de la prevista para la figura básica, lo que deja un enorme margen de discrecionalidad en el juzgador. Si el tipo de estupro del art. 219 prevé una pena de 1 a 3 años de prisión, cómo se entiende que el estupro agravado (por razón de promesa de matrimonio o si el hecho lo comete un pariente, ministro de culto que la víctima profese, tutor, maestro o encargado, por cualquier título, de la educación, guarda o

crianza de la víctima) tenga una pena aumentada hasta el doble. Aquí se pone límite máximo a la agravante, pero no se dice nada del límite mínimo de la misma, en cuyo caso nada puede impedir que el juzgador aprecie una cantidad insignificante.

2. CONSIDERACIÓN DE LAS ATENUANTES

De la misma forma, la apreciación de las circunstancias atenuantes comunes se rige por lo dispuesto en el art. 69 del Código Penal y siempre deben ser tomadas en cuenta luego de haber considerado y cuantificado las circunstancias agravantes, ya que así lo dispone el párrafo segundo del art. 57 del Código Penal, que a este respecto textualmente dispone lo siguientes: “En caso de concurrencia de circunstancias que hagan aumentar y de circunstancias que hagan disminuir la pena, se empezará por el aumento y luego se harán las disminuciones, pero esta operación se efectuará sobre la pena señalada originalmente por el Tribunal”.

Para la aplicación de las atenuantes comunes, el propio Código Penal en el art. 69 dispone que “Cada una de las circunstancias atenuantes mencionadas en el artículo 66 da lugar a que se le reconozca al procesado una disminución de la pena de una sexta a una tercera parte”. “En ningún caso la pena así rebajada será inferior a l mínimo señalado en los artículos 47 y 48”.

De esta forma, podemos colegir que el Juez penal en la aplicación de las atenuantes comunes debe decidir el porcentaje de la pena inicialmente prevista que rebajará por cada atenuante que haya reconocido en favor del procesado, cantidad que deducirá por cada atenuante que haga valer en favor del sujeto, pero nunca sin traspasar los límites mínimos establecidos en los artículos 47 y 48 del Código Penal, es decir, sin imponer pena de prisión que sea inferior a 30 días ni pena de días-multa inferior a los 25 días-multa.

Todo lo recién expuesto, por tanto, evidencia que por muchas que sean las atenuantes de pena que el juzgador reconozca en favor del procesado, la pena que resulte imponible nunca deberá ser menor de 30 días de prisión o 25 días-multa, pues aunque estemos en presencia de tres o cuatro atenuantes comunes nunca se podrá conceder una rebaja de 1/3 de la pena inicialmente individualizada para cada atenuante, pues ello pugna con la parte final del artículo 69 como ya hemos señalado.

En otro orden de ideas, cuando se trata de atenuantes especiales que están previstas en el Libro Segundo del Código Penal, la forma de aplicar cada atenuante es distinta a todo lo que hemos mencionada, ya que en estos casos el propio delito señala en qué proporción se rebaja la pena de la figura básica, lo que nos releva de mayores comentarios al respecto.

Sucede en algunos delitos, como por ejemplo en el caso de los delitos contra la libertad individual, que el legislador consagra una atenuante de pena en función de actos posteriores a la consumación del delito, en los que el hecho de poner en libertad a la víctima de una privación ilegal de libertad antes de que se inicie el procedimiento penal, siempre que no se haya alcanzado el objeto que el sujeto activo se proponía y sin que se le haya causado perjuicio alguno a la misma, admite que se reduzca la pena de la mitad a las dos terceras partes de la prevista por el delito en cuestión.

V. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA CIRCUNSTANCIA MIXTA PREVISTA EN EL ARTICULO 202 DEL CÓDIGO PENAL

El referido artículo del Código Penal, previsto en el Capítulo VIII del Título IV del Libro Segundo, que consagra disposiciones comunes a los delitos contra el patrimonio, permite que si el valor de la cosa material del delito o el perjuicio causado fuere de mucha consideración el Tribunal puede aumentar la pena inicialmente prevista hasta en la mitad de máximo de la señalada por el delito de que se trate y permite, en sentido inverso, atenuar la pena hasta en la mitad del mínimo si la cosa material objeto del delito o el perjuicio causado es de muy poco valor o significación, lo que supone un enorme margen de arbitrio o discrecionalidad en favor del juzgador.

No obstante lo anterior, las reglas de atenuación antes mencionada no se admiten en favor de sujetos sancionados por delitos de extorsión o robo, ya que tales delitos están excluidos expresamente de tal situación.

No cabe duda, por tanto, que en los delitos patrimoniales el Código ha mantenido un viejo y obsoleto criterio de atenuación o agravación de la pena, que muchas veces raya con cierta forma de responsabilidad objetiva, pues en algunos casos la conducta del sujeto pasivo se realiza sin conocer el valor o monto de bien o caso objeto material del delito, por lo que no debe hacerse descansar la pena del ilícito en función de mucho o poco valor de objeto material del delito, hecho criticado y cuestionado desde hace muchas décadas por la más importante doctrina penal de nuestros días.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

La exposición que antecede pone en evidencia que no hay criterios concretos para la cuantificación de las penas y de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal en nuestro ordenamiento penal, lo que implica enormes márgenes de discrecionalidad en favor del juzgador.

Que el juzgador tenga cierto margen de discrecionalidad es un hecho que nadie debe cuestionar, pues es el representante del Órgano Judicial quien debe tomar las decisiones que afecten al particular en esta materia.

Lo que consideramos realmente negativo y contraproducente es la constante práctica de preveer agravantes comunes que prácticamente duplican la penal prevista para el tipo penal respectivo, como sucede en ciertos delitos relacionados con drogas donde la pena oscila entre 8 y 15 años de prisión y por agravantes su puede aumentar la pena de una tercera parte hasta la mitad de la misma, lo que da margen para pensar que la pena que resulta puede ser superior a los veinte años de prisión.

Esto, sin duda alguna, es muy peligroso, pues nadie puede ser penado con prisión de más de 20 años en nuestro medio, como bien he tenido la oportunidad de señalar cuando desempeñé el cargo de Magistrado Encargado en la Sala Segunda, de lo Penal, de la Corte Suprema de Justicia.

En última instancia, se necesitan más normas que regulen la forma de cómo aplicar las atenuantes y agravantes, pues no debe ser posible que siempre una agravante quede

compensada con la apreciación de una atenuante, pues si hay que aumentar siempre $1/6$ o $1/3$ y luego disminuir $1/6$ o $1/3$ por atenuante, habrá modificación alguna por razón de tales cuestiones accesorias al hecho punible.

Muy sana es, al respecto, la posición de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que acostumbra apreciar las agravantes para aumentar $1/6$ y a las atenuantes les reconoce $1/3$, con lo que siempre que se trate de una sola de cada circunstancia, el sujeto sale favorecido en el resultado final.

Por otra parte, es necesario uniformar el criterio de cuantificación de cada una de las circunstancias, pues la práctica pone de manifiesto que primero se aumenta y luego sobre el resultado que tal labor produzca se atenúa la pena, con lo que se contraviene el texto del artículo 70 como ya quedó expuesto.

Finalmente, es preciso destacar, que nuestro ordenamiento jurídico no consagra norma alguna que fije parámetros para dar vigencia al principio de proporcionalidad de la pena, que informa todo el moderno Derecho Penal, ya que los vagos criterios sobre individualización y aplicación de circunstancias no proporcionan tales elementos de juicio que se estiman indispensables hoy día.