

Colección penjurpanama

LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO

Virginia Arango Durling / Campo Elías Muñoz Arango

**Virginia Arango Durling
Campo Elías Muñoz Arango**

**LAS CONSECUENCIAS
JURÍDICAS DEL
DELITO**

Colección penjurpanama

2020

ISBN: 978-9962-13-559-3



9 789962 135593

Las consecuencias jurídicas del delito

**CAMPO ELÍAS MUÑOZ ARANGO
VIRGINIA ARANGO DURLING**

Las consecuencias jurídicas del delito

Colección penjurpanama

2020

DERECHOS RESERVADOS

1ª edición, 2020

© Virginia Arango Durling

© Campo Elías Muñoz Arango

E-mail: varangodurling@gmail.com

Obra Independiente:

ISBN 978-9962-13-559-3

Directora de la Colección:

Virginia Arango Durling

Catedrática de Derecho Penal

Universidad de Panamá

Dirección de edición:

Asesorías en Ediciones Gráficas.

Alvaro Gómez Astúa.

Tel/fax: (506) 2551-2373

E-mail: asesoriasgraficas@yahoo.com

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

*A Carlos Muñoz Pope, padre de mis hijos,
Campo Elías, Carlos Enrique, Catherine y
Carlos Ernesto Muñoz Arango,
por su contribución académica y
profesional en el campo del
Derecho Penal.*

PRÓLOGO

En esta tercera edición presentamos la teoría de la pena, medidas de seguridad y responsabilidad civil luego de haber actualizado la obra de conformidad con el Código Penal del 2007, y con las principales corrientes dogmáticas del Derecho Penal, conjuntamente con mi hijo Campo Elías Muñoz Arango.

Al igual que la obra anterior, está dirigida fundamentalmente a estudiantes universitarios de segundo año, que se enfrentan con el Derecho Penal por primera vez, luego de haber abordado las partes iniciales del curso que tratan de los fundamentos generales de la disciplina, la teoría de la ley penal y la teoría del delito.

De la lectura de esta obra el lector apreciará que nos hemos ocupado de todos los aspectos relacionados con las consecuencias jurídicas del delito en el Código Penal panameño de 2007, y esperamos con ello contribuir con el estudio de estos aspectos que muchas veces son ignorados por quienes tienen que administrar justicia en nuestro país.

No queremos concluir este prólogo sin dejar de agradecer a nuestros maestros la Dra. Aura Guerra

de Villalaz y Dr. Campo Elías Muñoz Rubio por sus enseñanzas cuando cursamos las asignaturas de Derecho Penal, Parte General y Parte Especial, y por otro lado, hacer un reconocimiento al Dr. Carlos Muñoz Pope, por su contribución académica y bibliográfica en materia de Derecho Penal en nuestro país, padre de mis hijos, Campo Elías, Carlos Enrique, Catherine Emelina y Carlos Ernesto Muñoz Arango.

Panamá, 21 de octubre de 2020.
Virginia Arango Durling

ÍNDICE

PRÓLOGO.....	9
ABREVIATURAS	21
CAPÍTULO I	
CUESTIONES GENERALES SOBRE LA PENA	
I. CONCEPTO DE PENA	37
II. CARACTERÍSTICAS DE LA PENA.....	38
III. FUNDAMENTO Y FINES DE LA PENA.....	39
IV. CLASIFICACIÓN DE LAS PENAS.....	45
A. Clasificación Doctrinal.....	45
a) Según su autonomía	46
b) Según la disponibilidad de imposición otorgada al juzgador	47
c) Las penas según el bien jurídico que afecten al delincuente.....	47
B. Clasificación de las penas en la Legislación Panameña	51
1. Introducción	51
2. Las penas Principales.....	53
3. Las Penas sustitutivas	61
4. Penas Accesorias.....	66
5. Especial Consideración a la pena de muerte	71
BIBLIOGRAFÍA ADICIONAL.....	75

CAPÍTULO II
APLICACIÓN DE LAS PENAS

I.	LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA.....	79
A.	Generalidades	79
B.	Individualización Legal.....	80
C.	Individualización Judicial	81
D.	Individualización Administrativa o de Ejecución.....	83
E.	La Aplicación de la Pena en la Legislación Penal Panameña	84
II.	LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICADORAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL.....	86
A.	Introducción	86
B.	Fundamento y Naturaleza Jurídica	86
C.	Clasificación de las circunstancias	88
1.	<i>Atendiendo a sus efectos</i>	89
2.	<i>Atendiendo a la mayor o menor precisión en que esten concebidas</i>	89
3.	<i>Desde el punto de vista de su aplicación</i>	89
4.	<i>En atención a su naturaleza o su calidad</i>	90
5.	<i>Atendiendo a la relación cronológica de aparición de las circunstancias</i>	91
6.	<i>En cuanto a la extensión de sus efectos o su previsión legal</i>	91
7.	<i>En atención a su fundamento</i>	91
D.	Las circunstancias en el Código Penal Panameño	92
1.	<i>Introducción</i>	92
2.	<i>Las Circunstancias Atenuantes Comunes en el Código Penal (art.90)</i>	92
3.	<i>Las circunstancias agravantes en el Código Penal Panameño (art.88)</i>	98

III.	UNIDAD Y PLURALIDAD DE DELITOS	110
A.	Introducción	110
B.	El delito continuado	111
1.	<i>Nociones fundamentales</i>	111
2.	<i>Elementos del delito continuado y su regulación en el Derecho Penal Panameño</i>	114
3.	<i>Consideraciones finales</i>	118
C.	El Concurso de Delitos	118
1.	<i>Cuestiones Fundamentales</i>	118
2.	<i>El Concurso ideal o formal</i>	122
3.	<i>El Concurso Real o Material</i>	130
4.	<i>Especial consideración al Concurso Medial</i>	134
	BIBLIOGRAFÍA ADICIONAL	136

CAPÍTULO III
LA EJECUCIÓN DE LA PENA

I.	LA SUSTITUCIÓN O ALTERNATIVAS A LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD	141
A.	Concepto de sustitutivos o alternativas penales	141
B.	Los Nuevos planteamientos sobre la pena y los sustitutivos penales.....	143
1.	<i>Planteamiento</i>	143
C.	Acerca de la finalidad y función de los sustitutivos o alternativas penales	145
D.	Principios que promueven los sustitutivos penales.....	147
1.	<i>El principio de Intervención mínima</i>	147
2.	<i>La gravedad de las penas y el principio de intervención mínima</i>	148
3.	<i>El principio de Humanidad de las penas</i>	149
4.	<i>Principio de Proporcionalidad</i>	149

5. Principio de Resocialización	153
E. Clasificación de los substitutivos o alternativas penales.....	154
1. Substitutivos penales auténticos y no auténticos.....	154
2. Substitutivos de la prisión puros o de primer grado o mixtos	155
3. La clasificación de Antón Oneca.....	155
4. La clasificación de Sainz Cantero	156
5. Medidas substitutivas punitivas, restrictivas de libertad, de seguridad o defensa social y de tratamiento médico o educativo	156
6. Otros criterios de clasificación.....	158
F. Los substitutivos penales en el derecho comparado.....	159
1. Descargo absoluto o condicional	159
2. El perdón judicial.....	159
3. Las binding over	159
4. Las amonestaciones o sanciones morales	160
5. La probation.....	160
6. Sursis o remisión condicional.....	161
7. Prohibiciones de ejercer determinadas actividades o las inhabilitaciones	161
8. Los servicios en provecho de la comunidad	162
9. La semilibertad (semidetención y el arresto de fines de semana.....	165
10. El arresto domiciliario y el confinamiento.....	170
III. LOS SUSTITIVOS PENALES EN EL CÓDIGO PENAL DE 2007. LA SUSPENSIÓN Y REEMPLAZO.....	173
A. Introducción.....	173
B. La Suspensión condicional de la ejecución de las penas	174
1. Introducción	174

2. Nociones fundamentales.....	175
3. Requisitos.....	179
4. Condiciones, Obligaciones, efectos y aplicabilidad.....	182
C. El Reemplazo de las Penas Cortas	183
1. Nociones previas.....	183
2. El reemplazo de las penas cortas en el Código Penal del 2007	184
IV. EL APLAZAMIENTO Y SUSTITUCIÓN DE LA PENA PRINCIPAL.....	189
A. Introducción.....	189
B. El aplazamiento	190
V. LIBERTAD CONDICIONAL.....	193
A. Introducción	193
B. Requisitos de la libertad condicional.....	195
1. Que se trate de una pena larga privativa de libertad:	195
2. Haya observado buena conducta durante el período de la condena	195
3. Que haya cumplido dos tercios de su condena..	197
4. Que por su conducta intachable demuestre el reo un interés en la readaptación	197
C. Obligaciones para la concesión de la Libertad Condicional	197
D. Efectos de la Libertad Condicional.....	198
BIBLIOGRAFÍA ADICIONAL	199

CAPÍTULO IV LA EXTINCIÓN DE LA PENA

I. INTRODUCCIÓN	203
II. NOCIONES GENERALES.....	204
III. LAS CAUSAS QUE EXTINGUEN LA PENA.....	206

A.	Planteamiento	206
B.	De las causas que extinguen la aplicación de la pena, en particular	206
1.	<i>La muerte del sentenciado y el cumplimiento de la condena.</i>	206
2.	<i>La amnistía por delitos políticos</i>	208
3.	<i>El Indulto por delitos Políticos</i>	216
4.	<i>La prescripción de la pena</i>	222
5.	<i>El perdón de la víctima</i>	225
6.	<i>La Rehabilitación</i>	227
BIBLIOGRAFÍA ADICIONAL.....		238

CAPÍTULO V LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

I.	NOCIONES GENERALES.....	241
A.	Concepto de Medidas de Seguridad	241
1.	<i>En el plano doctrinal</i>	241
2.	<i>En el ámbito legislativo y doctrinal panameño</i>	243
3.	<i>Las medidas de seguridad frente a las penas</i> ...244	
B.	Notas breves históricas sobre las Medidas de Seguridad	246
1.	<i>Las medidas de seguridad en el ámbito histórico antiguo hasta la edad moderna</i>	246
2.	<i>Las Medidas de Seguridad en el Contexto Histórico Panameño</i>	251
II.	NATURALEZA JURÍDICA.....	254
A.	Planteamiento	254
B.	Naturaleza jurídica de las medidas de seguridad: Criterios Unitarios y Dualistas	255
1.	<i>Introducción</i>	255
2.	<i>Teorías monistas o unitarias</i>	255

3.	<i>Teorías Dualistas</i>	257
4.	<i>Sistema vicarial</i>	260
C.	Naturaleza Jurídica: Las Teorías Administrativas y Penales	262
1.	<i>Las teorías administrativas</i>	262
2.	<i>Las teorías penales</i>	264
D.	Naturaleza Jurídica: de Las Medidas de Seguridad según el campo de acción en el derecho ...266	
1.	<i>Introducción</i>	266
2.	<i>La medida de seguridad como medio de tutela jurídica</i>	266
3.	<i>Las medias de seguridad en el ámbito de la actividad preventiva de la administración (Cfr: Barreiro, cit. p. 89, Olesa Muñido, cit. p. 133).</i>	268
4.	<i>Las medidas de seguridad de carácter jurídico penal</i>	268
III.	FUNDAMENTO Y FINES DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD	269
A.	Fundamento	269
B.	Fines	270
C.	Justificación	271
1.	<i>Teorías negativas</i>	272
2.	<i>Teorías Justificativas</i>	273
IV.	CLASIFICACIÓN DOCTRINAL DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD	274
A.	Introducción	274
B.	Clases de Medidas de Seguridad	275
1.	<i>Las Medidas de seguridad en atención a sus fines</i>	275
2.	<i>Medidas de Seguridad en atención si implican o no una privación de libertad</i>	277

3.	<i>Medidas de seguridad según se afecte el sujeto en su condición física o su patrimonio, o según el bien jurídico afectado</i>	279
4.	<i>Medidas de Seguridad en cuanto a su fundamento Predelictuales y Postdelictuales</i> .	281
5.	<i>Otros criterios de clasificación</i>	283
V.	CLASIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD EN PANAMÁ.....	284
A.	Antecedentes al Código Penal del 2007	284
1.	<i>El Código Penal de 1982</i>	284
B.	La clasificación de las medidas de seguridad en el Código Penal del 2007	300
VI.	APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD	301
A.	Introducción y Condiciones de Aplicabilidad .	301
1.	<i>La Comisión de un Hecho Previsto como Delito</i>	303
2.	<i>La Peligrosidad del Reo</i>	305
VII.	EJECUCIÓN Y APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD EN LA DOCTRINA Y LEGISLACIÓN PANAMEÑA.....	316
A.	Principios que rige en materia de medidas de seguridad	316
1.	<i>Planteamiento</i>	316
2.	<i>El Principio de Legalidad</i>	316
3.	<i>Principio de Jurisdiccionalidad</i>	320
4.	<i>Principio “Regis tempus actum” la retroactividad y su vigencia en las medidas de seguridad</i>	322
5.	<i>Las medidas de seguridad y su aplicación en el espacio</i>	322
B.	Las medidas de seguridad respecto las personas en el Código Penal del 2007	323

C.	Elección y concurso de medidas de seguridad.....	324
D.	Duración y Revisión de las Medidas de Seguridad	326
1.	<i>La Duración</i>	326
2.	<i>Revisión de las medidas de seguridad</i>	327
E.	El lugar del cumplimiento de la medida de seguridad	328
F.	Sustitución y Transformación.....	329
G.	Suspensión, Cese y Extinción de la medida de Seguridad.....	330
	BIBLIOGRAFÍA ADICIONAL.....	331

CAPÍTULO VI

RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO

I.	CONCEPTO	335
II.	CLASES.....	336
III.	NATURALEZA JURÍDICA.....	337
IV.	LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO EN PANAMÁ.....	338
A.	Introducción. Los sujetos responsables y los favorecidos	338
B.	Contenido y extinción de la responsabilidad civil.....	342
1.	<i>Indemnización del daño material y moral</i>	343
2.	<i>La restitución de la cosa</i>	344
C.	Actos que generan responsabilidad civil y otras cuestiones	346
D.	La víctima y la ley 31 de 28 de mayo de 1998	347
	BIBLIOGRAFÍA ADICIONAL.....	349

ABREVIATURAS

ACEVEDO,	José Rigoberto, Derecho Penal General y Especial Panameño. Comentarios al Código Penal, Taller Senda, Panamá, 2008.
AGUDELO BETANCUR,	Nodier Agudelo Betancur, Curso de Derecho Penal, Esquemas del delito, 2a. edición, Editorial Lenatipia, Santa Fe de Bogotá, 1993.
ANTOLISEI,	Francesco Antolisei, Manual de Derecho Penal, Parte General, Uteha, Buenos Aires, 1960.
ANTÓN ONECA,	José Antón Oneca, Derecho Penal, Parte General, 2a. edición, Akal, Madrid, 1986.
ARANGO DURLING,	Virgina, Derecho Penal. Parte General, Fundamentos y la teoría jurídica del delito, Ediciones Panamá Viejo, 2a edición, Panamá, 2017.
ARANGO DURLING,	Virginia, Las consecuencias jurídicas del delito, Ediciones Panamá Viejo, 2a edición, Panamá, 2003.

- ARENAS, Antonio Vicente Arenas, Comentarios al Código Penal, Editora ABC, Bogotá, 1969.
- ARGIBAY MOLINA/
DAMIANOVICH José, Argibay Molina/Laura Damianovich y otros, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 1972.
- ARROYO DE LAS HERAS/
MUÑOZ CUESTA, Alfonso Arroyo de las Heras y Javier Muñoz Cuesta, Manual de Derecho Penal, El delito, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1985.
- ARTEAGA , Alberto Arteaga, Derecho Penal, Parte General, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984.
- BACIGALUPO (1978), Enrique Bacigalupo, Lineamientos de la teoría del delito, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1978.
- BACIGALUPO (1984), Enrique Bacigalupo, Manual de Derecho Penal, Parte General, Temis, Bogotá, 1984.
- BAYARDO BENGOA , Fernando Bayardo Bengoa, Derecho Penal Uruguayo, Tomo II Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1977.
- BETTIOL , Giuseppe Bettiol, Derecho Penal, Parte General, Temis, Bogotá, 1965.

- BRUNO, Aníbal Bruno, Diritto Penale, Parte Generale, Tomo II, Forense, Río de Janeiro, 1978.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan Bustos Ramírez, Manual de Derecho Penal, Parte General, Ariel, Barcelona, 1995.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, Obras Completas, tomo I, Derecho Penal, Parte General, Ara editores, Lima, 2004
- BUSTOS RAMÍREZ/
HORMAZÁBAL MALARÉE, Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, Lecciones de Derecho Penal, Vol. I, Editorial Trotta, Madrid, 1997.
- CAIROLI, Milton Cairoli, Curso de Derecho Penal Uruguayo, Parte General, Tomo I, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1985.
- CAMAÑO ROSA , Antonio Camaño Rosa, Derecho Penal, Editorial Bibliográfica Uruguaya, Montevideo, 1957.
- CARNELUTTI, Francesco Carnelutti, Lecciones de Derecho Penal, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952.
- CARRARA, Francesco Carrara, Programa de Derecho Criminal, Vol. II, Editorial Temis, Bogotá, 1957.
- CASTEJON MARTÍNEZ, Federico Castejón Martínez, Derecho Penal, Reus, Madrid, 1931.

- CEREZO MIR, José Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, Tomo III*, Tecnos, 1998.
- COBO DEL ROSAL / VIVES ANTON (1994), Manuel Cobo del Rosal/ Tomás Vives Antón, *Derecho Penal, Parte General*, Universidad de Valencia, Valencia, 1994.
- COBO DEL ROSAL / VIVES ANTON (1996) Manuel Cobo del Rosal/ Tomás Vives Antón, *Derecho Penal, Parte General*, Universidad de Valencia, Valencia, 1996.
- CÓRDOBA RODA/ RODRÍGUEZ MOURULLO, Juan Córdoba Roda/Gonzalo Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código Penal, Tomo II*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1972.
- COUSIÑO MCIVER, Luis Couisiño Mciver, *Derecho Penal Chileno, Tomo II*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1975.
- CUELLO CALÓN , Eugenio Cuello Calón, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1975.
- CUELLO CONTRERAS Joaquín Cuello Contreras, *El Derecho Penal Español. Curso de Iniciación, Parte General*, Civitas, Madrid, 1998.
- CURY, Enrique Cury, *Derecho Penal, Parte General Tomo II*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1985.

- DEL ROSAL, Juan Del Rosal, *Tratado de Derecho Penal Español, Parte General, Vol. II*, Imprenta Aguirre, Madrid, 1968.
- DE MIGUEL PÉREZ , Isidro De Miguel Pérez, *Derecho Penal. Principios Generales*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1963.
- DÍAZ ROCA, Rafael Díaz Roca, *Derecho Penal, Parte General*, Techos, Madrid, 1996.
- ESTRADA VÉLEZ , Federico Estrada Vélez, *Derecho Penal*, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1991.
- ECHEBERRY Alfredo Echeberry, *Derecho Penal, Parte General, Tomo IV*, Editora Nacional Gabriela Mistral, Santiago de Chile, 1976.
- FERREIRA DELGADO, Francisco Ferreira Delgado, *Teoría General del delito*, Temis, Bogotá, 1988.
- FERRER SAMA Antonio Ferrer Sama, *Comentarios del Código Penal, Tomo I, II, III*, Sucesores de Nogues, Murcia, 1948.
- FIANDACA/ MUSCO Giovanni Fiandaca/Enzo Musco, *Diritto Penale, Parte Generale Zanichelli*, Bologna, 1985.
- FONTAN BALESTRA, Carlos Fontan Balestra, *Tratado de Derecho Penal, Tomo VI*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1981.

- GARCÍA PABLOS, Antonio García Pablos, *Derecho Penal, Introducción*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1995.
- GARCÍA RAMÍREZ Sergio García Ramírez, *Introducción al Derecho Penal Mexicano*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1981.
- GILL Hipólito Gill, *Teoría del Delito*, Impresora Panamá, Panamá, 1996.
- GIMBERNAT Enrique Gimbernat, *Introducción a la Parte General del Derecho Penal Español*, Universidad Complutense, Madrid, 1979.
- GÓMEZ BENITEZ Manuel Gómez Benitez, *Teoría Jurídica del delito, Derecho Penal, Parte General*, Civitas, Madrid, 1984.
- GRISANTI AVELEDO Hernando Grisanti Aveledo, *Derecho Penal, Parte General*, 3a. edición, Repromul, Valencia, 1981.
- GRISPIGNI Filipo Grispigni, *Derecho Penal Italiano*, Vol. I, Depalma, Buenos Aires, 1949.
- GUERRA DE VILLALAZ/ VILLALAZ DE ALLEN, Aura; Grettel, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Litho editorial Chen, Panamá, 2009.
- JAKOBS Gunther Jakobs, *Derecho Penal, Parte General*, Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, Madrid, 1995.

- JESCHECK (1978) Hans Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Tomo II, 3ra edición, Traducción de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1978.
- JESCHECK (1993) Hans Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Traducción de José L. Manzanares, Editorial Comares, Granada, 1993.
- JIMÉNEZ DE ASUA (1970) Luis Jiménez de Asua, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo III, 2a. Edición, Editora Losada, Buenos Aires, 1964.
- JIMÉNEZ DE ASUA (1967) Luis Jiménez de Asua, *La Ley y el Delito*, 5a edición, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1967.
- LANDECHO VELASCO/ MOLINA BLASQUEZ Carlos Ma. Landecho/Concepción Molina B., *Derecho Penal Español, Parte General*, Tecnos, Madrid, 1996.
- LASCURAIN SÁNCHEZ, Juan Antonio (Coordinador), con Prologo de Gonzalo Rodríguez Mourullo, *Introducción al Derecho Penal*, Thomson Reuters, Civitas, Madrid, 2011.
- LUZÓN CUESTA Diego Luzón Cuesta, *Compendio de Derecho Penal, Parte General*, Gráficas Garvayo, Málaga, 1985.
- LUZÓN CUESTA, Diego, *Compendio de Derecho Penal, Parte General*, Dykinson, S.L., Madrid, 2011.

- LUZÓN PEÑA Diego Luzón Peña, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, Editorial Universitas, S.A., Madrid, 1996.
- MAGGIORE Giuseppe Maggiore, *Derecho Penal, Parte General*, Vol.II. Temis, Bogotá, 1965.
- MANTOVANI Ferrando Mantovani, *Diritto Penale, Parte Generale*, Cedam, Padova 1979.
- MANZINI (1948) Vincenzo Manzini, *Tratado de Derecho Penal*, Traducción de Santiago Sentis, Ediar, Buenos Aires, 1948.
- MANZINI (1996) Vincenzo Manzini, *Tratatto di Diritto Penale Italiano*, Utet, Milano, 1996.
- MAURACH Reinhart Maurach, *Tratado de Derecho Penal*, Traducción Juan Córdoba Roda, Vol. I, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962.
- MENDOZA TROCONIS José Mendoza Troconis, *Curso de Derecho Penal Venezolano*, Parte General, Tomo III, Empresa El Cojo, S.A., Caracas, 1972.
- MERKEL A. Merkel, *Derecho Penal*, La España moderna, Madrid, s/f.
- MEZGER Edmund Mezger, *Derecho Penal, Parte General*, Traducción por Conrado Finzi, 6a. edición, Din Editora, Buenos Aires, 1981.

- MIR PUIG (1984) Santiago Mir Puig, *Derecho Penal, Parte General*, 2a. edición, Promociones Publicitarias Universitarias, Barcelona, 1984.
- MIR PUIG (1990) Santiago Mir Puig, *Derecho Penal, Parte General*, 3ra. edición, Ediciones PPU, Barcelona, 1990.
- MIR PUIG (1996) Santiago Mir Puig, *Derecho Penal, Parte General*, PPU, Barcelona, 1996.
- MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARAN (1993) Francisco Muñoz Conde/ Mercedes García Arán, *Derecho Penal Parte General*, Universidad de Sevilla, 1993.
- MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARAN (1995) Francisco Muñoz Conde/ Mercedes García Arán, *Derecho Penal, Parte General*, Tirant Lo Blanch, Barcelona, 1995.
- MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARAN Francisco/Mercedes. *Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004.
- MUÑOZ POPE Carlos Muñoz Pope, *Lecciones de Derecho Penal*, Tomo II, Universidad de Panamá, Panamá, 1984.
- MUÑOZ RUBIO/ GUERRA DE VILLALAZ Campo Elías Muñoz Rubio/ Aura Guerra de Villalaz, *Derecho Penal Panameño*, Ediciones Panamá Viejo, Panamá, 1980.
- NOVOA MONREAL Eduardo Novoa Monreal, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1966.

- NÚÑEZ Ricardo Núñez, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, ediciones Lerner, Buenos Aires, 1972.
- OCTAVIO DE TOLEDO/
HUERTA Emilio Octavio de Toledo /Susana Huerta, *Derecho Penal, Parte General*, Editor Rafael Castellanos, Madrid, 1986.
- ORTS BERENGUER/
GONZALEZ CUSSAC, Enrique/José L., *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, 4a edición, Tirant Lo Blanc, Valencia, 2014.
- PAEZ Esteban Paez, *Derecho Penal, Parte General, Mejoras*, Barranquilla, 1977.
- PACHECO, Joaquín Francisco Pacheco, *El Código Penal. Concordado y Comentado*, Tomo I, II, III, Imprenta Viuda de Perinat y Compañía, Madrid, 1856.
- PAGLIARO Antonio Pagliario, *Principi di Diritto Penale, Parte Generale*, Seconda edizione, Giuffrè, Milano, 1980.
- PAGLIARO/TRANCHINA Antonio Pagliario/ Giovani Tranchina, *Instituzioni di diritto e procedura penale*, Giuffrè editore, Milano, 1974.
- PAVÓN VASCONCELOS, Francisco Pavón Vasconcelos, *Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General*, 4a. edición, Porrúa, México, 1978.

- PEÑA CABRERA, Raúl Peña Cabrera, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 3ra. edición, Sesator, Lima, 1983.
- PÉREZ, Luis Carlos Pérez, *Derecho Penal, Parte General y Parte Especial*, Temis, Bogotá, 1984.
- PETROCELLI, Biaggio Petrocelli, *Principi di diritto penale*, Casa editrice Jovene, Tomo I, Napoli, 1964.
- PIOLETTI, Ugo Pioletti, *Manuale di diritto penale*, Casa Editrice Eugene Jovene, Napoli, 1969.
- PISAPIA , Gian Domenico Pisapia, *Instituzioni di diritto penale, Parte Generale e Parte Speciale*, Cedam, Padova, 1965.
- POLAINO NAVARRETE Miguel Lecciones de Derecho Penal, *Parte General*, Tomo I-II, Tecnos, Madrid, 2013
- PUIG PEÑA, Federico Puig Peña, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo III, Eder-sa, Madrid, 1955.
- QUINTANO RIPOLLES, Antonio Quintano Ripolles, *Curso de Derecho Penal*, Tomo II, (1963) Edersa, Madrid, 1963.
- QUINTANO RIPOLLES, (1966) Antonio Quintano Ripolles, *Comentarios al Código Penal*, Eder-sa, Madrid, 1966.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo Quintero Olivares, *Derecho Penal, Parte General*, (1986) Editora Gráficas Signos, Barcelona, 1986.

- QUINTERO OLIVARES (1996), Gonzalo Quintero Olivares y Otros, Curso Derecho Penal, Parte General, Cedecs, Barcelona, 1996.
- QUINTERO OLIVARES Gonzalo. Con la colaboración de Fermín Morales Prats. Parte General del Derecho Penal, Thomson Reuters, Aranzadi, 4a edición, Pamplona, 2010.
- RANIERI, Silvio Ranieri, Manual de Derecho Penal, Tomo I, Temis, Bogotá, 1975.
- REYES ECHANDIA, Alfonso Reyes Echandia, Derecho Penal, Parte General, 10 edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1986.
- RODRIGUEZ DEVESA/ SERRANNO GOMEZ José Ma. Rodríguez Devesa, y Alfonso Serrano Gómez, Derecho Penal Español, Parte General, 16ta edición, Madrid, 1994.
- RODRIGUEZ MOURULLO Gonzalo Rodríguez Mourullo, Derecho Penal, Parte General, Ediciones Civitas, Madrid, 1978.
- RODRIGUEZ RAMOS, Luis Rodríguez Ramos, Compendio de Derecho Penal, Parte General, 2a. edición, Ediciones Trivium, Barcelona, 1985.
- ROMEO CASABONA/ SOLA RECHE/ BOLDOVA PASAMAR Carlos María, Esteban y Miguel Angel (Coordinadores) Derecho penal, Parte General. Introducción. Teoría jurídica del delito, Editorial Comares, Granada, 2016.

- ROMERO SOTO, Luis Romero Soto, Derecho Penal, Parte General, Temis, Bogotá, 1969.
- ROXIN, Claus Roxin, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Civitas, Madrid, 1997.
- RUÍZ, Servio Tulio Ruíz, Teoría del Hecho Punible, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1980.
- SAINZ CANTERO José Sainz Cantero, Lecciones de Derecho Penal, Parte General, Bosch, Barcelona, 1985.
- SÁNCHEZ TEJERINA, Isaías Sánchez Tejerina, Derecho Penal Español, Tomo I, Reus, Madrid, 1945.
- SANTANELLO, Giuseppe Santanello, Manuale di diritto penale, Giuffrè editore, Milano, 1957.
- SANTORO, Arturo Santoro, Manuale di diritto penale, Tomo I, Editrice torinese, Torino, 1958.
- SILVELA, Luis Silvela, Derecho Penal, Parte General y Parte Especial, Establecimiento Tipográfico de Ricardo Fé, Madrid, 1903.
- SOLER, Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, Tomo IV, TEA, Buenos Aires, 1970.
- SUÁREZ MIRA-RODRÍGUEZ, Carlos (Coordinador), Manual de Derecho Penal, Parte General, Thomson- Civitas, Madrid, 2006.

- SUAZO LAGOS, René Suazo Lagos, Lecciones de Derecho Penal, Parte General, Tegucigalpa, 1980.
- TERÁN LOMAS, Roberto Terán Lomas, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Astrea, Buenos Aires, 1980.
- VON LISTZ, Franz Von Listz, Tratado de Derecho Penal, Traducción por L. Jimenez de Asua, 20a edición, Reus, Madrid, 1917.
- WELZEL, Hans Welzel, Derecho Penal Aleman, Parte General, 11a. edición, Trad. de J. Bustos Ramírez, y Sergio Yañez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1970.
- ZAFFARONI, Raúl Zaffaroni, Tratado de Derecho Penal, Tomo I, Parte General, Ediciones Ediar, Buenos Aires, 1983.
- ZUGALDÍA, José M., Derecho Penal, Parte General, Tirant lo blanch, Valencia, 2002.

Capítulo I

CUESTIONES GENERALES SOBRE LA PENA

Cuestiones generales sobre la Pena

I. CONCEPTO DE PENA

El término “pena” significa castigo, dolor físico, tormento o sentimiento corporal o moral que se impone a quien ha violado un precepto y proviene del latín “*poena*”, que significa castigo, suplicio, o del griego “*ponos*”.

El origen de las penas es antiguo y se manifiesta en la “venganza privada”, limitada con posterioridad en el tali3n, recogida en el C3digo de Hammurabi, la Ley de las XII Tablas, y que m3s tarde fuera reemplazado por la pena p3blica (Ve3ase: SCIME, p. 115 y ss).

El concepto de pena es variado en la doctrina pero tiene como elementos comunes el considerarlo como una consecuencia de la violaci3n de la ley penal, que implica un mal o sufrimiento impuesto al culpable por la autoridad judicial tal como lo indican connotados autores, (SOLER, P. 342, ANTON ONECA (P. 477), WELZEL (p. 326), FONTAN BALESTRA (p. 239), MAGGIORE (p.266) COBO DEL ROSAL Y VIVES ANTON (p. 723).

Otros desde el punto de vista de la penolog3a. SANDOVAL HUERTAS (p. 27), expresan que, “la pena es

la última reacción institucional de carácter judicial o administrativo, ante la comisión de un hecho penalmente punible por parte de un sujeto imputable”, por lo que debe ser impuesta conforme al principio de legalidad (CUELLO CALON (p. 691-2).

II. CARACTERÍSTICAS DE LA PENA

Las penas reúnen las siguientes características de acuerdo a la doctrina: Son personales, o individuales, son públicas, iguales, proporcionales, entre otras (PEÑA CABRERA (p. 357), REYES, RODRÍGUEZ DEVESA (p. 880).

La pena es personal, porque recae exclusivamente sobre los culpables, y en consecuencia se extingue a la muerte del culpable; y los herederos no responden por las acciones penales, pero sí por las consecuencias civiles. Este principio de personalidad de las penas hace que las mismas no trascienden a terceros no culpables del hecho cometido como a bien lo han indicado, RODRIGUEZ DEVESA (p. 880) y CUELLO CALON (p. 691).

De igual forma, al reconocerse el principio de legalidad, la pena solo puede imponerse cuando se trata de hechos previstos en la ley penal, “*nullum crimen, nulla poena sine lege, nulla poena sine iudicio u nemo iudex sine lege*”, por autoridad judicial y solo puede ser revocada por otra norma legal o por indulto o amnistía (PEÑA CABRERA, p. 357).

De otra parte, REYES (p. 349) ha explicado que la pena debe ser proporcional al hecho delictivo cometido, es consecuencia del carácter retributivo de la

pena, y en tal sentido debe existir una “proporcionalidad cualitativa que tiene en cuenta la naturaleza de la infracción, así como también su proporcionalidad cuantitativa (BORJA MAPELLI -TERRADILLOS BASOCO, (p. 45 y aunque el mismo se encuentra limitado por la mayor pena que se le atribuye a los reincidentes.

Además de lo anterior, la pena tiene un carácter inderogable porque debe ser ejecutada por el delincuente, aunque tenga limitaciones en los casos de libertad condicional y condena condicional (Veáse: PEÑA CABRERA, p. 357, BORJA MAPELLI y TERRADILLOS BASOCO, p. 45 y ss).

Otras características de la pena, son su aflicción, porque implica un sufrimiento para el reo o condenado, y aunque modernamente la pena tiene otras finalidades, no puede negarse que consiste en un sufrimiento o una modificación para el reo, por la pérdida o la suspensión de sus derechos, personales, sociales o económicos, tal como indican, ANTOLISEI (1982, p. 561) y REYES (p. 349), y es igualitaria, porque se rige por el principio de igualdad fijado en la ley penal, de es “*sine exceptione personarum* además de que no deja de tener un carácter público, dado que el Estado es que fija y ejecuta la pena y es de conocimiento público (RAMÍREZ DELGADO, Penalogía, p. 49).

III. FUNDAMENTO Y FINES DE LA PENA

En el caso de las *teorías absolutas*, la doctrina ha indicado que la pena no es medio para ningún fin, sino que constituye la mera sanción del delito, su función

no trasciende los límites de su intimidación y su entidad, acción y finalidad se agotan (RIVACOBÁ, 1993, p. 17), en otras palabras, desde la perspectiva de esta postura, se castiga al delincuente para reparar o retribuir el daño causado por la violación del delito, son meramente retributivas (ARANGO DURLING, 2003, p. 15).

En consecuencia, lo fundamental es la imposición de la pena al sujeto, puesto que se entiende que se pena porque se delinquirió y no hay que buscar ninguna otra razón para imponerla (MUÑOZ POPE, 2003, p. 44).

Por su parte las *teorías relativas*, también denominadas teorías de la prevención, consideran que la pena tiene como medio otros fines, prevención general y prevención especial, en el primer caso, actúa de manera intimidante para evitar las violaciones a la ley penal, en el segundo, actúa sobre el sujeto que ha delinquirido para que no cometa nuevos delitos (ARANGO DURLING, 2003, p. 15).

Desde esta perspectiva la pena se concibe como un medio para alcanzar otros fines, siendo el más destacado exponente de la prevención general Feuerbach, pues siguiendo a este autor lo más importante es la intimidación o coacción que se opera sobre los individuos desde el momento de la creación de la norma penal, mientras que VON LISTZ, es por el contrario el más destacado exponente de la prevención especial (FEUERBACH, 1840, p.5. MUÑOZ POPE, 2003, p. 45).

Y por último, tenemos las *teorías mixtas*, que consideran que la pena no solo tiene un carácter retributivo, sino que cumple también finalidades de pre-

vención, criterio que es compartido por la doctrina mayoritaria.

Ahora bien, las teorías tradicionales de la pena han sido criticadas de ahí que se hayan presentado en la doctrina otras alternativas, que de conformidad con algunos autores pueden agruparse en las corrientes abolicionistas y las funcionalistas, en las que en el caso del primer criterio no se han impuesto, pues el Derecho Penal no muestra signos de extinción en la actualidad, sino más bien de transformación por la influencia de los cambios, que traen consigo los nuevos tiempos (BUSATO/MONTES HUAPAYA, 2005, p. 246).

En lo que respecta a las *teorías funcionalistas*, cabe mencionar, que nos encontramos ante dos posturas: la postura de JAKOBS (prevención general positiva), y otra más moderada de ROXIN (prevención general positiva desde postulados garantista).

Y es que las modernas teorías de los fines de la pena, pueden agruparse siguiendo *la prevención general positiva*: en prevención general como fundamento de la intervención del derecho penal, y la prevención general que busca limitar a la prevención general intimidatoria, señalando como partidario de la primera a WELZEL (versión ética, se conecta la pena con la conciencia ético social) y a JAKOBS (versión sistémica, como una muestra de la vigencia de la norma (RUIZ/AGUDELO BETANCUR y otros, 2002, p. 37, VILLAVICENCIO, 2006, p. 61).

Y en ese sentido, se sostiene que estas nuevas concepciones sobre la pena, atienden a una función utili-

taria de la pena, es decir, de *prevención general positiva*, pues se afirma que mediante la aplicación de la pena se ratifica constantemente la vigencia afectiva de las normas penales (del orden jurídico-penal en general) que han sido vulneradas, en cuanto que se contraponen al delito, la pena, reforzándose de este modo la confianza general en todo a la vigencia de aquellas normas (JAÉN VALLEJO, 1998, p. 45).

En otras palabras, la *teoría de la prevención general positiva* sostiene que la legitimidad del derecho penal, del ejercicio del *ius puniendi* por el Estado, radica en mantener la confianza de la sociedad en la vigencia de la norma, en consecuencia las penas se aplican para demostrar que la norma está vigente, el autor que comete el delito defrauda la confianza de todos en la vigencia de la norma y entonces, para restablecer esa confianza, aunque no empíricamente, hay que aplicar una pena. Esta es la función del Derecho Penal" (JAÉN VALLEJO, 1998, p. 48).

Así pues, partiendo de puntos de vista sistémicos o estructura-funcionalistas de la moderna sociología, se considera que la función de la pena es la *prevención general positiva*, en otras palabras, dado que el delito es un comportamiento divergente respecto de los modelos aceptados de conducta y de las expectativas sociales institucionalizadas expresadas en normas (comunicaciones de deseos en forma de imperativos u órdenes), la pena debe servir al fin socialmente útil de reforzar la convicción colectiva en torno a la vigencia de la norma violada, fomentar los lazos de integración y de solidaridad social, frente a los posibles infractores

y afianzar la confianza institucional en el sistema (ZUGALDÍA ESPINAR 2002, p.68, JAKOBS, 1995, p. 9).

En efecto, hay que reconocer que el delincuente ciertamente actúa en contra de una norma, pero que con ello no necesariamente daña la vigencia social de la norma en forma duradera. Pues cuando el delincuente es tratado como delincuente, es decir, es castigado, ello demuestra la vigencia social plena de la norma. El delincuente ha puesto en duda su vigencia para sí mismo, pero la sentencia recaída en su contra establece claramente lo que hizo sin razón" (JAKOBS, 2008, p. 97).

Como es de suponer, esta nueva teoría critica las teorías de *prevención general* tradicionales, pues sostiene que los fines de estas no pueden verificarse (teoría de la *prevención negativa*) sobre todo en lo que respecta a las dificultades de *resocialización*, sin embargo, también tiene sus puntos débiles como es el de carecer de criterio para la limitación de la cantidad de pena aplicable al autor del delito (ZUGALDÍA ESPINAR, 2002, p. 70).

Las objeciones y críticas a la postura de Jakobs no han faltado, y han sido planteadas desde la perspectiva doctrinal, destacando, entre otros, que la eliminación de los límites del *ius puniendi* tanto en su aspecto formal como material conduce a la legitimación y desarrollo de una política criminal carente de legitimación democrática (QUINTERO OLIVARES, 1996, p.133).

Por lo que respecta a la *prevención general positiva limitadora*, su exponente además de Schmidhäu-

ser, ha sido ROXIN, con su teoría unificadora dialéctica, centrando su postura por las diferentes etapas que atraviesa la pena, a saber: creación de la norma, individualización judicial y ejecución, partiendo de la idea que ni la prevención general ni la especial consideradas de modo independiente y excluyente, pueden sustentar y legitimar los fines de la pena, pero no se yuxtapone un fin tras otro sino que se vinculan en un sistema lógico fines de prevención general y especial (SERRANO MAILLO, 1999, p. 156, RUIZ, AGUDELO y otros, 2002, p. 38).

Para tales efecto, la prevención general, opera en la fase de la conminación de la pena actuando sobre los sujetos, mientras que la prevención especial, sigue teniendo vigencia en la fase de imposición o individualización de la pena, la cual debe proceder a la aplicación de la misma con ciertas limitaciones, pero se indica también que aquí opera de manera conjunta con la prevención especial, y finalmente, en la ejecución de la pena, lo que predomina es la prevención especial positiva, es decir, la resocialización (RUIZ, AGUDELO y otros, 2002, p. 39).

En ese sentido, se sostiene que en la fase segunda debe ser el criterio de la proporcionalidad lo fundamental para la imposición judicial de la pena (SUÁREZ MIRA-RODRÍGUEZ, 2006, p. 448), de manera que como haya señalado la doctrina (VILLAVICENCIO, 2006, p. 69), se acoge ROXIN no a la retribución completa de la pena, sino a un elemento importante, que es el principio de culpabilidad, evitando de ese modo que se perjudique la dignidad humana.

En efecto, sostiene ROXIN (1997, p. 99), que el defecto que les es propio a todas las teorías preventivas, cual es el que su enfoque no entraña en sí las barreras del poder sancionador, necesarias en un Estado de Derecho, se remedia óptimamente mediante una prohibición del rebasamiento de la culpabilidad. Según esto, la pena tampoco puede sobrepasar en su duración la medida de la culpabilidad aunque intereses de tratamiento, de seguridad o de intimidación revelen como deseable una detención más prolongada.

IV. CLASIFICACIÓN DE LAS PENAS

A. Clasificación Doctrinal

Históricamente han existido diversas clases de penas desde las más infamantes, como la de azotes, flagelación, lapidación, destierro, hasta las que recaen sobre la vida de la persona (pena de muerte) o sobre los bienes patrimoniales de la persona o, por el ejercicio de determinados derechos.

Ahora bien, a medida que ha ido evolucionando la sociedad muchas de esas penas han desaparecido, otras se mantienen, sin embargo, cada vez se orientan los estudiosos del Derecho Penal hacia sistemas modernos de punición en donde se respeten los derechos humanos de las personas.

Son tan variadas las clasificaciones doctrinales y legislativas sobre las penas que en este instante no vamos a entrar a abordar de manera individualizada como lo hicimos previamente (ARANGO DURLING, 1998), sino que procederemos a presentar nuestra

clasificación tomando en cuenta lo indicado por la doctrina nacional y extranjera((Vid: MUÑOZ RUBIO y GUERRA DE VILLALAZ, p. 400 y ss, PEÑA CABRERA, p. 366-7) ,BUSTOS RAMÍREZ (p. 557) , por lo que a continuación nos referiremos a algunas de ellas.

En este contexto partiremos de la clasificación de las penas según su autonomía, la disponibilidad otorgada al juzgador, y el bien jurídico que afectan.

a) Según su autonomía

En primer término, tenemos, que según su autonomía las penas pueden ser penas principales y autónomas. Esta clasificación atiende así las penas pueden imponerse independientemente de otras, o si por el contrario se encuentran subordinadas a otras para su imposición. En este sentido, tenemos las penas principales que aparecen señaladas en cada figura delictiva y que pueden imponerse por sí solas, a diferencia de las penas accesorias, que para su imposición requieren que previamente se haya fijado una pena principal, en otras palabras, este tipo de penas derivan de la pena principal, (Vid: MUÑOZ RUBIO y GUERRA DE VILLALAZ, p. 401) las penas pueden agruparse en Principales, NOVOA MONREAL (p. 324) y CURY).

En nuestro país, tenemos las penas principales, penas sustitutivas y accesorias, y en el caso de estas últimas requieren de la aplicación de una pena principal.

b) Según la disponibilidad de imposición otorgada al juzgador

En segundo lugar, las penas pueden agruparse según la disponibilidad de imposición otorgada al juzgador: penas copulativas y alternativas; más otros se refieren a penas alternativas y paralelas, en atención al criterio legislativo que los prevé (Vid: MUÑOZ RUBIO y GUERRA DE VILLALAZ, p. 420, PEÑA CABRERA, p.366).

Así tenemos, que las penas copulativas, son penas que le imponen al juzgador la obligación de aplicar todas las penas previstas en la norma legal, mientras que las alternativas, dejan al arbitrio del juzgador la elección entre dos o más penas, mientras que las penas paralelas, (PEÑA CABRERA, p. 366), son penas de la misma naturaleza, es decir, penas privativas de libertad, generalmente, pero que se distinguen por el modo y formas de su ejecución. Ejem.: penitenciaria o prisión.

c) Las penas según el bien jurídico que afectan al delincuente

Las penas según el bien jurídico protegido que afectan al sujeto que delinque: penas corporales, privativas de libertad, restrictivas de libertad, privativas de derechos y pecuniarias o patrimoniales.

Son *penas corporales* las que recaen sobre la integridad corporal o la vida del reo, y tienen por objeto suprimir su existencia, en otras palabras arrebatarle la vida, como consecuencia de su imposición; o por

el contrario, infligirle dolor físico (Vid: CUELLO CALON, p. 799).

Históricamente las penas corporales como la pena de azotes, flagelación tenían el propósito de causar sufrimiento y dolor al atentar contra la integridad física de la persona privada de su libertad, conjuntamente con otras como la pena de castración, mutilación, aunque también dentro del catálogo de penas corporales estén aquellas que extinguen la vida del reo, como sucede con la pena de muerte.

De igual forma, tenemos *las penas privativas de libertad* que se caracterizan por restringir la libertad del sujeto sentenciado mediante internamiento o encierro en un establecimiento penitenciario que provoca el aislamiento temporal, o perpetuo sometido a un régimen especial (LANDROVE DIAZ, p. 56).

Dentro del catálogo de estas penas podemos apreciar que reciben diversas denominaciones: apreciar, relegación, prisión, reclusión, arresto, penitenciaría, internamiento, etc, aunque hay otras como el arresto de fines de semana que es de cumplimiento discontinuo.

No faltan además de las anteriores, las Penas Restrictivas de Derecho, que son aquellas que limitan el ejercicio de un derecho personal del detenido o restringen la libertad de tránsito ambulatoria del sentenciado sin privarlo totalmente de su libertad (Vid: PEÑA CABRERA, p. 367).

A diferencia de las penas privativas de libertad no conllevan un internamiento del sujeto en un centro penitenciario, sin embargo, limitan la libertad del mis-

mo por la imposición de vivir en determinado lugar o territorio o en la obligación de residir en una área específica (Vid. MIR PUIG, p. 790 y LANDROVE, 1976, p. 89). En este contexto, valga mencionar, la pena de extrañamiento o expulsión del territorio nacional, la pena de destierro, las cuales tienen en común que el sujeto debe cumplir la pena fuera del territorio nacional, el confinamiento (no puede salir de un determinado lugar), la sujeción a la vigilancia de las autoridades que implica que puede desplazarse pero debe notificar a las autoridades (Vid: GRISANTI, p. 358), y la restricción domiciliaria o arresto domiciliario en la que el sujeto debe cumplir la pena en su domicilio. (Vid: NARVAEZ MUÑIZ, p. 369 y ss).

En tercer término tenemos las *penas Privativas de Derechos*, que tienen por objeto restringir o limitar al delincuente el ejercicio de ciertos derechos civiles y políticos, o actividades que la ley establece, que en Roma se conocieron con las denominadas "*capitis diminutio máxima*" o "*media*".

Dentro de esta categoría de penas tenemos las siguientes: Inhabilitación para ejercer alguna industria, profesión o cargo, Inhabilitación política o privación de cargos o empleos públicos y políticos y la Interdicción civil o privación de la administración de los bienes al reo, y en la actualidad tenemos además la privación del derecho de conducir vehículos de motor, de tenencia de armas, de residir en determinados lugares, o realizar trabajos en comunidad.

En lo que respecta a la inhabilitación es una "pena principal o accesoria que se impone como consecuen-

cia de la comisión de un hecho ilícito y que consiste en privar al reo del ejercicio de ciertos y determinados derechos o de una gama de derechos por tiempo limitado o a perpetuidad, con fines de prevención especial y general y para lograr la resocialización del reo". (p. 15)

Se distinguen dos tipos de inhabilitaciones: especiales (privación de empleo, cargo profesión u oficio) y la inhabilitación absoluta o general de la privación de un empleo o cargo público, de un derecho electoral, de obtener otros cargos por comisiones públicas o de la suspensión de toda pensión, jubilación o retiro, que a su vez pueden ser perpetua o temporal (Vid: RODRIGUEZ PALMA, p. 46).

Además de las anteriores, tenemos la pena de Interdicción, que implica la privación de todo derecho que le corresponda al padre, tutor o curador, en virtud de la patria potestad, tutela o curatela (Vid: BETTIOL, p. 688).

Por último, tenemos las *penas patrimoniales*, con orígenes en la antigüedad que se caracterizan porque afectan el patrimonio del condenado, haciendo efectivo su pago o importe en una cantidad de dinero que debe pagarle al Estado o en la pérdida de los bienes al Estado, que comprenden la pena de multa, de comiso, y de caución, y en fecha más reciente la pena de días multa.

Esta penas tienen la ventaja de que el condenado con ella evita la deshonra y no sufre el peligro de corrupción (Vid: MANZANARES, p. 3-7), como suce-

de con la multa, aunque la falta de pago trae como consecuencia la Conversión de la multa en prisión, o arresto sustitutorio, y se extingue por la muerte del condenado.

Por lo que respecta a la pena de caución, considerada como una medida de seguridad para algunos (MANZANARES, p.255, QUINTANO RIPOLLES, p.336) con orígenes en el derecho consuetudinario de Francia e Inglaterra, consiste en la obligación o en el compromiso por parte del condenado a dar seguridad de buena conducta como una medida para conservar la paz y en tal sentido se ha referido MENDOZA TRONCONIS (p. 251).

En el catalogo de penas patrimoniales la caución no aparece regulada tal como lo disponía el Código Penal de 1982, sin embargo, si está regulada la pena de Comiso, que consiste en la pérdida de los instrumentos con que se cometió el delito así como también, de los efectos que provengan de el.

B. Clasificación de las Penas en la Legislación Panameña

1. Introducción

El Código Penal del 2007 establece las diversas categorías de penas que contempla el código penal panameño según el bien jurídico que afectan: privativas de libertad, restrictivas de derecho, privativas de derecho, pecuniarias, aunque para ello las clasifica en tres grupos distintos: penas principales, sustitutivas y accesorias. Además de lo anterior, hay que señalar

que la generalidad del Código Penal en la Parte Especial, no se oriente hacia penas copulativas, sino la aplicación de una sola pena o en otro caso penas alternativas, a diferencia del Código Penal de 1982 que aplicaba para algunos hechos punibles pena de prisión y de días multa.

En ese sentido el Artículo 50 dice lo siguiente:

1. Principales:
 - a. Prisión.
 - b. Arresto de fines de semana.
 - c. Días-multa.
 - d. Tratamiento terapéutico multidisciplinario.
2. Sustitutivas:
 - a. Prisión domiciliaria.
 - b. Trabajo comunitario.
3. Accesorias:
 - a. Multa.
 - b. Inhabilitación para ejercer funciones públicas.
 - c. Inhabilitación para el ejercicio de determinada profesión, oficio, industria o comercio.
 - d. Comiso.
 - e. Prohibición de portar armas.
 - f. Suspensión de la licencia para conducir.
 - g. Suspensión de la patria potestad y el ejercicio de la tutela.
 - h. Inhabilitación para el ejercicio de cargos, oficios o profesión en parque, parvularios, cen-

tros escolares, campos o centro deportivos y áreas aledañas para su desarrollo integral.

- i. Prohibición de residir en determinado lugar (Ley 21 de 2018)

2. Las penas Principales

2.1 La pena de Prisión

La legislación panameña únicamente prevé como pena privativa de libertad la pena de prisión, no así otras penas como las de Reclusión (con duración de un día hasta veinte años), la de Prisión (desde un día hasta 18 años) y la de Arresto (desde un día hasta dieciocho meses) (art. 19), previstas en el Código Penal de 1922.

La pena de prisión prevista en el art. 52 del Código Penal vigente presenta como características:

Es una pena principal, privativa de libertad que limita o restringe de manera temporal la libertad del sujeto, teniendo la obligación de cumplirla en los establecimientos que determine la ley.

Tienen una duración de seis meses hasta treinta años, y puede ser no mayor de cincuenta años tratándose de concurso de delitos.

La pena de prisión tiene como fin la prevención general, especial, reinserción social, retribución justa y protección del sentenciado.

El tiempo cumplido de la pena en detención provisional se computa como parte de la pena cumplida.

La pena de prisión puede ser conmutada de conformidad con los artículos 57 y 58 del Código Penal.

El artículo 57 reformado mediante la Ley 4 de 17 de febrero de 2013, se orienta a evitar el hacinamiento en centros penitenciarios, de manera que en su conjunto establece distintos supuestos que favorecen no solo al sentenciado, sino también aquellos que se encontraban en detención preventiva, y para los efectos también es necesario tomar en cuenta lo previsto en la Ley 55 de 2003 y el Decreto Ejecutivo 393 de 25 de julio de 2005, que regula y reglamentan el Sistema Penitenciario.

A nuestro modo de ver la redacción de la norma no es la más aconsejable, dado su carácter repetitivo, sin embargo, lo fundamental es que tanto el juez de cumplimiento como el Juez de Garantías, Juez de cumplimiento, la causa tienen facultad para conmutar la pena privativa de libertad a favor del sentenciado y del privado de libertad provisional, con su consentimiento, en programas de estudio, trabajo o enseñanza dentro (detención preventiva) o fuera del centro penitenciario (al sentenciado), previa evaluaciones de la Junta Técnica Penitenciaria (art.48).

El precepto indica que el Juez de Cumplimiento puede autorizar trabajo remunerado en una institución pública como medida alterna al cumplimiento de la pena principal, siempre y cuando no haya cometido delito en el ejercicio de funciones públicas.

Ahora bien, el código no determina las particularidades de los distintos programas a que hace referencia

este precepto y que permiten conmutar la pena privativa de libertad del sentenciado o del detenido preventivamente, por lo que para ello deba remitirse a la Ley 55 de 2003 que crea el Sistema Penitenciario y el Decreto 393 de 25 de julio de 2005 que lo reglamenta, aunque consideramos que es necesario que se concreten los tipos de trabajo, a fin de que los mismos cumplan con los fines de resocialización del privado de libertad, y no seas contrarios a principios internacionales que rechazan el trabajo forzado en las prisiones.

El Juez de Cumplimiento (art.58) previa evaluación de la Junta Técnica Penitenciaria (art.48). Decreto 393 de 25 de julio de 2005), puede otorgar al sentenciado otros beneficios adicionales distintos de los previstos en la norma que precede, de manera que las horas que dedique el sentenciado al trabajo, estudio o enseñanza constituyen un beneficio que se computa a su favor, tomando en cuenta que su objetivo no es solo la disminución del hacinamiento carcelario sino también la resocialización del sentenciado.

2.2 La pena de arresto de fines de semana

Se entiende por pena de arresto de fines de semana o arresto de tiempo libre aquella pena privativa de libertad consistente en el internamiento del condenado en un centro penitenciario, depósito municipal o centro policial; más próximo al domicilio de aquél, durante un número de horas a la semana, que coincidan con el tiempo de ocio del sujeto, durante tantas unidades semanales como se establezca en la senten-

cia condenatoria. (VALMAÑA OCHAÍTA, SILVIA, *Sustitutivo*, p. 11).

La pena de arresto de fines de semana, nace como forma de ejecución de las penas cortas privativas de libertad, es decir, como indica HIGUERA y GUIMERA (p. 29) como una “experiencia o ensayo penitenciario”, una forma para la ejecución de las penas cortas privativas de libertad, frente a la ejecución normal y de carácter continuo, concretamente en Bélgica en 1963, como forma de ejecución, sin considerarlo como pena autónoma o independiente.

En este sentido, afirma VARONA GÓMEZ (p. 148) siguiendo a HIGUERA GUIMERA que nació y se concibió para hacer la condena carcelaria más humana y menos desocializadora, en definitiva, como un mecanismo equiparable a otros beneficios penitenciarios como el tercer grado o la libertad condicional y añade el autor, que aunque se introduzca en los ordenamientos jurídicos como sanción penal autónoma, parece que sigue pesando su procedencia penitenciaria, ligada a un propósito de humanización de las penas carcelanas y no a un afán decidido por encontrar sanciones alternativas a la pena.

En nuestro país la pena de arresto de fines de semana se introduce en el Código Penal del 2007 como una pena principal, y se orienta fundamentalmente hacia la prevención especial, pues con ella no se aísla al condenado de su entorno de relación social, y puede seguir haciendo su vida familiar, no pierde su trabajo o empleo, su vida profesional y por último no lo expo-

ne al contagio criminal y a la subculturas del mundo de las prisiones y cárceles. (HIGUERA GUIMERA, p.89).

La pena de arresto de fines de semana según nuestra legislación es una pena privativa de libertad de cumplimiento intermitente o discontinuo de detención semanal los fines de semana por cuarenta y ocho horas, que tiene un mínimo de doce y un máximo de doscientos fines de semana por la comisión de un solo delito (art.54). Pero tampoco, puede excluirse la posibilidad del arrestado que en otros días de descanso semanal pudiera continuar con la misma (art.55).

Se prevé que se cumpla en un centro penitenciario, y lo preferible sería en una celda individual, sin embargo, debe indicarse que no se estaría favoreciendo en lo mas mínimo la reinserción social de aquellos sujetos cuando no existe una infraestructura deseable para los mismos, es decir, separado de otros delincuentes (BERDUGO, p. 49).

El incumplimiento de la pena de arresto de fines de semana convierte esta pena en prisión (art.56) cuando el sujeto infrinja el reglamento de ejecución, cometa otro delito y cuando haya ausencias y tardanzas injustificadas según lo disponga el reglamento.

Por otro lado, aunque se permite para toda clase de delincuentes, hay limitaciones por cuando no se aplicará cuando se trate de delitos contra la vida y la integridad personal, violencia doméstica, contra la libertad e integridad sexual y contra la trata de personas, si la víctima es mujer (art.54).

2.3. La Pena de Días Multa

La pena de Días multa tiene su origen en los países escandinavos y fue el profesor Johan Thyren, quien la propuso en Suecia, en 1916, y aparece en nuestro país en el Código Penal de 1982, y actualmente está prevista en numerosos países.

La pena de Días multa es (CURY, p. 388) tiene la ventaja de fijar la multa en atención al caudal o rentas del delincuente a su situación económica, de ahí que “un individuo menesteroso y otro acaudalado que han incurrido en el mismo hecho punible, pueden ser condenados a idéntica cantidad de días multa, los cuales no obstante, traducirse en sumas muy diferentes, significarían para ellos un sacrificio, patrimonial, y por consiguiente, un mal semejante”.

En nuestro país esta pena se caracteriza por ser una pena principal, es pecuniaria e igualitaria, y coincidimos con GONZALEZ y GARITA (p. 29) que al igual que las penas privativas de libertad que deben ser proporcionales a la personalidad del imputado, para conseguir una finalidad rehabilitadora”, también en el caso de las penas pecuniarias deben ser proporcional a la situación económica del condenado con el objeto de “personalizar la sanción”.

Por otra parte, en cuanto a los límites para la fijación del importe del día multa, se fija en atención al ingreso del condenado...etc, de tal forma, que si el “reo viviese del producto de su trabajo, el día multa no podrá exceder el 50% de su salario diario” (art.59).

La pena de Día multa tiene una duración mínima de 50 días multa y el máximo de 500 Días multa, de conformidad con el artículo 59 del Código Penal vigente, y la forma del pago consiste en una suma de dinero, o en su defecto, pueda amortizarse mediante trabajo libre remunerado, para lo cual las autoridades competentes determinaran los trabajos computables para estos efectos(art-60).

De lo antes se desprende que el legislador ha establecido como sustitutivo de la pena de días multa, “el trabajo libre remunerado”, aunque se haya señalado que ha sido muy poco utilizado en los países que lo establecen, y por otra parte, resulta contradictorio su sustitución si la persona que no paga, no tiene ocupación (Vid: GONZALEZ y GARITA, p. 54 y ss.).

Por lo que respecta al plazo del pago de Días multa, se permite de conformidad con el artículo 59 del Código Penal, que pueda pagarse en un plazo señalado”, y a falta de pago se convertirá en pena de prisión equivalente (art.61). Sobre esto último ha expresado la doctrina (GONZALEZ y GARITA, p. 58 y ss.), que esta medida” encubre una situación de desigualdad”, dado que la duración de la pena de prisión está basada en aspectos meramente económicos.

Sin lugar a dudas, la pena de Días multa presenta una diversidad de ventajas para el delincuente, más que nada le permite alejarse del internamiento de los centros penitenciarios, sin embargo, es eminentemente retributiva, graduable, intimidante y reparable.

2.4 Tratamiento terapéutico multidisciplinario

El artículo 62-A establece lo siguiente: El tratamiento terapéutico multidisciplinario consiste en un programa de intervención para evaluación diagnóstica pretratamiento, intervención psicoeducativa y evaluación de eficacia y seguimiento de programa, estructurado según la conducta punible, realizado por profesionales titulados, cualificados y acreditados en ciencias del comportamiento y psicología y psiquiatría clínicas, con la colaboración de trabajo social y enfermería en salud mental, dirigido a modificar las actitudes, creencias y comportamientos de la persona agresora.

Este precepto introducido mediante la Ley 82 de 2013, cataloga el tratamiento terapéutico multidisciplinario como una pena, siendo incongruente con lo señalado en el artículo 200 que castiga la violencia doméstica que lo delimita como medida de seguridad.

Es preocupante lo anterior por las razones que a continuación explicaremos y con ello recomendamos una reforma legislativa cuanto antes: a) La reforma penal es incongruente con el principio consagrado en el artículo 8o que indica que las medidas de seguridad solo se aplicarán a los inimputables, b) Por su naturaleza, este tratamiento es una medida de seguridad, no una pena, y c) Porque de manera excepcional se introduce la aplicación de penas copulativas (prisión y tratamiento penitenciario), que modifican la sistemática del Código Penal del 2007, que de manera exclusiva solo fija una pena, o en su defecto penas alternativas.

3. Las Penas sustitutivas

El Código Penal del 2007 en los artículos 63 a 67, nos trae de manera innovadora las penas sustitutivas la prisión domiciliaria y el trabajo comunitario, que desde el punto de vista doctrinal constituyen de por sí categorías de sustitutivos penales creados para contrarrestar los efectos de las penas privativas de libertad (ARANGO DURLING, 1998).

Con ello se persigue que se cumpla con el fundamento y finalidad de la pena, así como de la necesidad de la misma, y se persigue evitar la realización de nuevos hechos delictivos, a través de la prevención especial, procurando la enmienda del delincuente. En el mismo orden de ideas sostienen GRACIA MARTIN (p. 263) que la sustitución de la pena se rige por razones de prevención especial que indican la conveniencia de no ejecutar la pena privativa de libertad impuesta; sin menoscabo de las exigencias de la prevención general.

3.1 La prisión domiciliaria

El artículo 63 dice lo siguiente: “La prisión domiciliaria consiste en la privación temporal de la libertad y se cumplirá en el domicilio o la residencia del imputado o en cualquier otro lugar que el Juez de Conocimiento determine.

Para determinar el lugar donde se cumplirá la prisión domiciliaria, el Juez de Cumplimiento tomará en consideración la seguridad de la víctima y la ubicación de la casa o habitación en que se cumplirá; además, señalará a la persona que, suficientemente

identificada, deberá comprometerse en garantizar el cumplimiento de las obligaciones impuestas a la persona sancionada”.

El precepto establece la prisión domiciliaria como una pena sustitutiva, también conocida como arresto domiciliario o confinamiento, implica que el sujeto debe cumplir la sentencia no en la cárcel, sino en su propia casa o domicilio.

La prisión domiciliaria constituye otras de las formas previstas en la doctrina como sustitutivos de las penas privativas de libertad, aplicables en ocasiones para personas mayores de edad o que tienen incapacidad médica.

Es de notar la deficiente técnica legislativa en la regulación de la prisión domiciliaria porque este precepto no indica a quienes se aplica la prisión domiciliaria, por lo que hay que remitirse al artículo 108 que determina que se aplican: a) una mujer grávida o recién dada a luz, b) una persona que padezca enfermedad grave científicamente comprobada que le imposibilite el cumplimiento de la pena en el centro penitenciario, y c) que tenga una discapacidad que no le permita valerse por sí mismo.

Este tipo de pena sustitutiva tiene ventajas y desventajas para el sentenciado, en primer término, porque le permite la readaptación social fuera del centro penitenciario, pudiendo laborar, recibir asistencia médica y asistir a un centro educativo, y por otro lado, porque el sentenciado no puede salir de su domicilio sin autorización, y de incumplir con tales obligacio-

nes debe afrontar las respectivas consecuencias jurídicas (art.64).

3.2 El trabajo comunitario

La pena de trabajos en beneficios de la comunidad consiste en la prestación servicios no retribuida y voluntaria que se constituye como una alternativa a las penas privativas de libertad en la que el acreedor del castigo repara el daño provocado por el hecho delictivo prestando un servicio a la comunidad (LAMO RUBIO (*Penas y..*, p. 157 JORGE KEM, *Sustitutivos de la prisión*, p.89).

El artículo 65 del Código Penal del 2007 dice lo siguiente: “ El trabajo comunitario podrá ser aplicado por el Juez de Conocimiento o por el Juez de Cumplimiento a quien ha sido condenado o esté cumpliendo una pena que no exceda de cinco años de prisión. En el segundo supuesto, será necesario el visto bueno de la Junta Técnica Penitenciaria.

Todo trabajo comunitario requerirá del consentimiento escrito del beneficiario y solo se realizará en instituciones públicas de salud o educativas o en casos de calamidades. Se computará a favor del sentenciado un día de prisión por cada cinco días de trabajo realizado.

Esas condiciones no se aplicarán cuando sea una persona sancionada por delito contra la libertad e integridad sexual en perjuicio de una persona menor de catorce años”.

Como se observa, nuestro código penal contempla este sustitutivo como una pena sustitutiva, que a diferencia de la prisión domiciliaria está mejor redactada.

Del precepto se desprende que pueden beneficiarse del trabajo comunitario tanto los sujetos que han sido condenados o los que estén cumpliendo la pena siempre que no exceda de cinco años de prisión

El trabajo comunitario debe ser voluntario, tiene ausencia de retribución, y el objeto del mismo consiste en participar de actividades públicas, de salud, educativas o incluso en calamidades. Este tipo de pena sustitutiva, aunque el código penal no lo indique tiene carácter temporal y en ningún momento debe atentar contra la dignidad del condenado (DE SOLA DUEÑAS, GARCÍA ARAN y otros (p. 62) MAPELLI CAFFARENA y TERRADILLOS BASOCO (p. 177),

En la reforma penal mediante Ley 21 de 2018, se prohibió la aplicación del mismo en los casos de delitos contra la libertad e integridad sexual cuando se trate de persona menor de catorce años.

Por su parte, el Artículo 66 dice lo siguiente: Para la aplicación de lo establecido en el artículo anterior, la autoridad competente velará por el cumplimiento de las condiciones siguientes:

1. La ejecución se desarrollará bajo la supervisión del Juez de Cumplimiento, quien solicitará informes periódicos sobre el comportamiento del sentenciado y el desempeño del trabajo a la administración, entidad pública o asociación en que se preste el servicio.

2. El trabajo no atentará contra la dignidad del sentenciado.
3. El trabajo comunitario se desarrollará en jornadas de trabajo dentro de periodos distintos al horario normal de sus labores, sin que exceda de la jornada extraordinaria que determine la ley laboral panameña.

De conformidad con lo anterior, el trabajo comunitario es una manifestación del principio de prevención especial, y se configura como una alternativa capaz de permitir que el condenado adquiera hábito laboral y permanezca conectado con la sociedad, por lo que es necesario que el Juez de cumplimiento supervise el desarrollo y comportamiento del condenado sujeto a trabajo comunitario a través de informes periódicos.

Lo anterior implica que la ejecución del trabajo comunitario en ningún momento debe afectar la dignidad del condenado, y por otro lado, debe indicarse la jornada normal de labores, sin que exceda de la jornada extraordinaria que determine la ley laboral panameña.

Finalmente, el artículo 67 señala lo siguiente: “Antes de iniciarse la ejecución del trabajo, el Juez establecerá las condiciones y los días en que deba prestarse.

El Juez de Cumplimiento podrá suspender el trabajo comunitario si el sentenciado viola las condiciones establecidas sobre el tiempo, modo y lugar en que deba prestar el servicio; en consecuencia, el sentenciado tendrá que cumplir el resto de la pena que le fue impuesta”.

El primer párrafo tiene relación con el anterior, respecto a las condiciones del trabajo comunitario, y si bien el trabajo comunitario tiene como objetivo la prevención especial positiva y es un beneficio para el condenado, no por ello el legislador, puede obviar que en caso de su incumplimiento el sujeto tenga consecuencias penales.

Antes de terminar, es recomendable la regulación del trabajo comunitario, pues imprescindible que se fije en la ley cuales son las condiciones de tiempo, modo y lugar que el sentenciado incumple, que lo pueden llevar a cumplir el resto de la pena que le fue impuesta (ARANGO DURLING, 1998).

En conclusión, el trabajo comunitario presenta indudables ventajas, entre las que se destacan, su carácter regenerador, como manifestación del principio de prevención especial y su adecuación al principio de prevención general por lo que de reparación del daño causado a la sociedad entraña VAELLO ESQUERDO (p. 37).

4. *Penas Accesorias*

Las penas accesorias son aquellas que derivan de la aplicación de una pena principal, y aunque es incomprendible que tenga una duración mayor de la pena principal, es obvio, que el artículo 68 debe indicarlo, a fin de evitar que se repitan abusos que se han dado en la administración de justicia.

En principio el primer párrafo del artículo 68, resulta innecesario por su alcance dogmático y por la referencia en torno a la individualización de la pena

accesoria, mientras que el segundo párrafo, determina el carácter obligatorio de la pena accesoria, que en algunos casos es a nuestro modo de ver no sea posible su aplicación, por lo que debe ser discrecional para el juzgador.

Dentro del catalogo de penas accesorias previsto en el Capítulo IV del Título III Las penas del Código Penal están comprendidas las penas siguientes:

- a) La pena de multa
- b) Inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas;
- c) Inhabilitación para el ejercicio de una profesión, oficio industria o comercio;
- d) Comiso
- e) Prohibición de portar armas
- f) Suspensión de licencia de conducir
- g) Suspensión de patria potestad y capacidad para ejercer la tutela.

A continuación examinaremos brevemente cada una de ellas.

4.1 **La pena de multa**

Con la pena de multa se evita el cumplimiento de la pena en un centro penitenciario, la deshonra del condenado, pero tiene por efecto afectar el patrimonio del condenado, porque debe hacer efectivo su pago o importe en una cantidad de dinero que debe pagarle al Estado por el daño causado por el delito. En ese contexto el Artículo 70 dice lo siguiente: La pena de multa consiste en una sanción pecuniaria que será

igual al doble del beneficio recibido, si lo hubiera, del incremento patrimonial o del daño causado debidamente cuantificado.

La ley penal determina la fijación de la pena en base a un criterio legal, que toma en cuenta la situación económica del sancionado, y tiene la ventaja de que el Tribunal puede fijar un plazo para su pago no mayor de doce meses (art.71).

En caso de incumplimiento de la pena de multa, se convierte en pena de prisión, a razón de un día por cada cien balboas (\$100.00).

La pena accesoria de multa permite que pueda amortizarse con trabajo libre remunerado en un plazo no mayor de tres años, aunque es necesario que haya pagado la tercera parte de la misma o que la multa no sea superior a diez mil balboas (B/.10,000.00) (art.72).

4.2 Pena de Inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas

Se trata de una pena privativa de derechos de carácter temporal y no perpetuo, que impide al condenado el ejercicio de cargos públicos y de elección popular, que se extingue con la rehabilitación (art.118), que usualmente no aparece consagrada en los delitos de la parte especial, y que a nuestro juicio tomando en cuenta el aumento de los delitos contra la administración pública, debería ser de carácter perpetuo, y no temporal como sucede en la actualidad.

La pena de inhabilitación tiene un carácter temporal y se determina en atención a la clase de hecho

delictivo, y esta se extingue por medio de la rehabilitación (art.115).

4.3 Pena de Inhabilitación para el ejercicio de una profesión, oficio, industria o comercio

Al igual que la pena de inhabilitación analizada previamente, es una pena accesoria y privativa de derechos, sin embargo, en el caso presente, tiene por finalidad limitar o restringir el ejercicio de una profesión, industria o comercio, que tiene relación con el delito cometido (art.74).

Cabe destacar, que este tipo de pena no se establece de manera taxativa en las figuras delictivas previstas en el Libro II del Código Penal, quedando al arbitrio del juzgador su imposición de acuerdo a las condiciones y situaciones del hecho delictivo en particular. Esta pena, podrá aplicarse por ejemplo, en el caso de los médicos que cometieron un hecho delictivo, como abuso de sus funciones, permite en casos excepcionales que pueda el reo ejercer su profesión en el establecimiento penitenciario, y puede el condenado solicitar la rehabilitación conforme a los artículos 115 y ss. del Código Penal.

4.4 La Pena de Comiso

Con este tipo de pena pecuniaria, considerada por algunos como una medida de seguridad sui generis (MANZANARES, 255) el Estado se adjudica aquellos efectos empleados o provenientes del hecho delictivo realizado por el sujeto, salvo aquellos instrumentos o

efectos que sean de pertenencia de un tercero no responsable del hecho (art.75).

Por “instrumentos empleados en la realización del delito (MANZANARES, p. 261 y ss.), debe entenderse los medios empleados para la comisión del mismo, entre los cuales tenemos las armas en la producción de la muerte o lesiones, los útiles para el robo, las instalaciones creadas para la estafa”, mientras que por efectos provenientes del delito, señala CÓRDOBA RODA (p. 200) que “los mismos están constituidos por los objetos producidos por el delito; vgr. por los documentos o monedas falsificadas y los comestibles adulterados, y en consecuencia, no son efectos los que “representan el objeto de la infracción”.

Por lo que respecta al concepto de “cosas de lícito comercio es ambiguo e inexacto, según muchos autores y en opinión de CÓRDOBA RODA (p. 200) “las cosas son de ilícito comercio en cuanto a su transmisión está sometida a ciertas prohibiciones”, como prohibiciones implícitas, no a las personas titulares de la pertenencia- piensese vgr. en los incapaces- sino a los objetos mismos vgr. las armas, estupefacientes y explosivos”.

4.5 Prohibición de portar armas y suspensión de licencia de conducir

En cuanto a la primera, este tipo de pena accesoria y privativa de derechos, tiene carácter temporal y consiste en restringir el derecho a obtener, poseer y utilizar cualquier tipo de armas, por razones de seguridad pública como consecuencia de un hecho delictivo tomando en cuenta la peligrosidad del sen-

tenciado, aunque en la práctica se cuestione su aplicabilidad Interdicción legal.

Por lo que respecta a la segunda, igualmente reune las características de ser una pena accesoria, privativa de derechos y de carácter temporal que en este caso se impone como consecuencia de la peligrosidad del sujeto en la conducción de cualquier medio de transporte.

4.6 Suspensión de patria potestad y capacidad para ejercer la tutela

Nuestra legislación vigente contempla la Interdicción legal dentro de las penas accesorias previstas en el art. 78 del Código Penal, y en el caso en particular consiste en la privación de los derechos civiles relativos a la patria potestad y de la aptitud para ejercer la tutela.

Esta clase de pena puede aplicarse en los casos en que los padres, tutores o curadores hubieren cometido hechos delictivos en perjuicio de sus hijos, pupilos, tal es el caso por ejemplo, de los casos de Incesto, Violación, Incumplimiento de deberes familiares, etc.

La imposición de este tipo de pena accesoria queda al arbitrio del juzgador atendiendo la gravedad y la situación del hecho delictivo en particular, toda vez que expresamente el Libro II del Código penal no la establece taxativamente para los diversos delitos.

5. Especial Consideración a la Pena de muerte

La pena de muerte es una pena corporal porque recae sobre un bien jurídico, que es la vida del con-

denado, y si bien ha desaparecido de muchas legislaciones y se promueve su abolición, por otro lado hay legislaciones que aún la prevén para determinados hechos delictivos.

En nuestro país, (MUÑOZ RUBIO y GUERRA DE VILLALAZ, p. 406) la pena de muerte estuvo prevista en el Derecho Indígena y en el Derecho Indiano y luego se consagró en la Carta Política Panameña de 1904 en el artículo 139 en los términos siguientes:

“La Ley solo podrá imponer la pena de muerte por el delito de homicidio cuando revista caracteres atroces. Esto, mientras no existían buenos establecimientos de castigos o verdaderas penitenciarias en la República”.

Posteriormente, en 1918 fue abolida la pena de muerte mediante Acto Legislativo de 226 de diciembre de 1918, y a partir de ahí los textos constitucionales expresamente han señalado que en nuestro país no habrá pena de muerte.

Por otra parte, señalan algunos autores que en nuestro país se han ejecutado tres penas de ejecución de muerte de relevancia política, como son la de Vasco Núñez de Balboa descubridor del Mar del Sur (en el siglo XVI), la de Pedro Prestan (1885) y la Victoria-no Lorenzo (1903).

Tradicionalmente, el tema de la pena de muerte ha sido objeto de una debatida polémica, por parte de la doctrina, en la cual surge dos posturas mayoritarias: las corrientes a favor de la pena de muerte o

no abolicionista, y las corrientes abolicionistas, o que rechazan la pena de muerte.

Las corrientes abolicionistas como se desprende de su denominación están a favor de la abolición o rechazo de la pena de muerte por razón de que esta en contra del respeto a la vida humana, da lugar a errores judiciales al llevar a personas inocentes a la muerte, e inútil e innecesaria, es odiosa, desproporcional, impide la enmienda del condenado, determina la existencia del verdugo, es un abuso de fuerza del Estado, es una pena cruel e inhumana, no acaba con la delincuencia ni el crimen, es irreparable, constituye un desquite o escarmiento, es contraria a los fines de la pena, constituye un verdadero asesinato judicial legalizado, no guarda relación con el principio de humanidad de las penas, es contraria a los principios de eliminar físicamente a las personas, en donde lo “único que se consigue es hacer morir rápido al reo” (Veáse MUÑOZ POPE, *La Pena Capital en Centroamérica*, p. 50).

De igual forma, debe señalarse que los convenios sobre derechos humanos a nivel mundial, Pacto de Derechos Civiles y Políticos, y por otro la Convención Americana de 1969 y su Protocolo, establecen limitaciones a los países que han abolido la pena de muerte para restablecerla y la prohíben a los menores de 18 años, mujeres y ancianos en los que la tienen vigente, inclusive por delitos políticos, comunes conexos con políticos.

Por su parte, las corrientes no abolicionistas, o partidarias de la pena de muerte, o pena capital, señalan que es útil, intimidante, justa y necesaria, es un instrumento de defensa social y elimina los sujetos peligrosos.

Ahora bien, la aceptación o rechazo de la pena de muerte, es un asunto que no puede resolverse netamente en el plano jurídico o técnico, un asunto que debe tratarse como han señalado algunos autores desde el punto de vista netamente humano, moral y religioso y es como ha indicado RODRÍGUEZ DEVESA “una controversia que se encuentra matizada por una carga emocional. Es en el fondo una cuestión sentimental en la que se agitan bajo la capa de los argumentos supuestamente racionales, los más profundos afectos. El temor a que el criminal sumamente peligroso se vea algún día en libertad y amenace de nuevo gravemente la seguridad que trata de garantizar el ordenamiento frío, en la misma medida en que consideraciones religiosas o humanitarias llevan al problema a niveles idealistas de espaldas a la realidad”.

Ciertamente, que las legislaciones modernas, con algunas excepciones, son abolicionistas, al igual que la doctrina penal moderna (LANDROVE, p. 37 y ss.), sin embargo, algunos Estados la han reincorporado en sus leyes, mientras que otros la han perfeccionado y conservado, como es el caso de Estados Unidos.

BIBLIOGRAFÍA ADICIONAL

ARANGO DURLING, Virginia, “Argumentos contra la pena de muerte” en **El Panamá América**, 12 de agosto de 1996, p.7A; ARANGO DURLING, Virginia, “No a la pena de muerte” en **El Panamá América**, 21 de noviembre de 1995; BERSTAIN, Elías, **La Pena - retribución y las actuales concepciones criminales**, Depalma Editores, Buenos Aires, 1982; DE LAMO RUBIO, J. **Penas y medidas de seguridad en el nuevo código**, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1997; GARCÍA PABLOS, Antonio, **Estudios Penales**, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1984; GONZÁLEZ, Daniel/GARITA, Ana, **La multa en los códigos penales latinoamericanos**, Depalma, Buenos Aires, 1990; LANDROVE DÍAZ, Gerardo, **Las consecuencias jurídicas del delito**, Tecnos, Madrid, 1992/ 1997; MANZANARES, J.L. **La pena de muerte**, Maribel Artes Gráficas, Madrid, 1977; MUÑOZ GOMEZ, Jesús, **El concepto de pena, un análisis desde la criminología crítica**, Ediciones Forum, Santa Fe, Bogotá, 1992; MUÑOZ POPE, Carlos E., **La pena capital en centroamérica**, Ediciones Panamá Viejo, Panamá, 1974; RIGHI, Esteban/ FERNÁNDEZ, Alberto, **Derecho penal**, Hammurabi, Buenos Aires, 1996; RIVACOBÁ, Manuel, **Función y aplicación de la pena**, Depalma editores, Buenos Aires, 1993; RODRÍGUEZ PALMA, Bernardo, **La inhabilitación en el derecho penal**, Lerner editores, Bogotá, 1984; SANDOVAL HUERTAS, Emiro, **Penología, parte general**, Universidad Externado de Colombia, 1982; SCIME, Salvador Francisco, **Pena y libertad**, Pensamiento jurídico editora,

Buenos Aires, 1986; SILVELA, Luis, **El derecho penal**, Establecimiento tipográfico de Ricardo Fé, Madrid, 1903; ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel, **Fundamentos de derecho penal**, Universidad de Granada, Granada, 1991.

Capítulo II

APLICACIÓN DE LAS PENAS

I. LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA

A. Generalidades

La individualización de la pena “ es como la adecuación de la reacción punitiva, en naturaleza y grado, al sujeto acreedor a ella, realizada en función de la importancia del delito y la personalidad del actuante” (ARGIBAY MOLINA, p. 277), y si bien es un criterio modernamente aceptado no fue hasta 1869 cuando los autores WAHLBERG y SALEILLES publicaron una obra al respecto, según advierte CHICHIZOLA (p. 24 y ss.), sin dejar de mencionar que ya la Escuela Clásica y Positiva debatieron al respecto.

Con toda razón, hoy en día, se advierte que la determinación de la pena al sujeto que ha delinquido exige una proporcionalidad de carácter valorativo, en atención a la personalidad del sujeto del delito, pues se castiga al autor y no al hecho (PEÑA CABRERA, p. 359) y se toma en cuenta los elementos que rodearon el hecho delictivo, la personalidad del agente activo, la gravedad de la conducta, y la tarifa legal existente (Vid: MUÑOZ y VILLALAZ, p. 424 y ss.).

Al examinar, el tema de la individualización de la pena, observaremos que se presentan tres etapas: legislativa, judicial y ejecutiva o administrativa, aunque hoy en días muchos autores coinciden en que se reduce a las dos primeras, dado que la administrativa se ocupa del derecho penitenciario (CHICHIZOLA, p.24).

B. Individualización Legal

La individualización legal es la que prevé el legislador para cada figura delictiva, y esta se presenta a juicio de algunos autores, en dos momentos: el primero y fundamental se cumple cuando el legislador crea la figura delictiva y adecua la pena en atención al bien jurídico tutelado, tomando en cuenta el ofendido y el segundo, cuando el legislador establece elementos que agravan o disminuyen la pena (CHICHIZOLA, p.56, NUÑEZ, p.337).

En este sentido, la ley establece una tarifa legal para cada hecho delictivo de manera abstracta y general, pero con un intervalo legal, es decir, “ con un mínimo y un máximo para el mismo o como señala RODRÍGUEZ DEVESA (p. 933) fija la clase de pena y su magnitud absoluta o relativa”.

Ahora bien, en cuanto a los medios que se vale el legislador para obtener la individualización legal tenemos los siguientes:

- a) jerarquía del bien jurídico protegido que es objeto de tutela,
- b) la fijación de circunstancias atenuantes y agravantes de la pena,

- c) la calidad de sujeto activo y del sujeto pasivo,
- d) las condiciones de modo, tiempo y lugar,
- e) el establecimiento de medidas de seguridad para inimputables en reemplazo de penas,
- f) establecimiento de beneficio a favor de los delincuentes primarios,
- g) agravación de penas a reincidentes,
- h) fijación de medidas seguridad a delincuentes habituales
- i) el cuántum de la multa a la situación del condenado,
- j) conjugación de penas principales y accesorias,
- k) el cuántum de la pena, de tal forma que no resulte inoperante.

Para terminar, la individualización legal sostiene la doctrina que, “no es más que el intervalo penal fijado por el legislador al momento de crear la norma” (Vid: MUÑOZ RUBIO y GUERRA DE VILLALAZ, p. 425).

C Individualización Judicial

La verdadera individualización de la pena se inicia cuando el juez determina la pena en la sentencia condenatoria, con respecto a un caso concreto y con relación a un delincuente determinado; dado que la individualización legal como hemos indicado, es abstracta y general (CHICHIZOLA, p.88).

En estos términos, si bien se reconoce el margen de discrecionalidad del juez, no por ello la ley no puede dejar de fijar límites a la misma para evitar los abusos

que puedan afectar los derechos individuales y enervar la eficacia de la represión de los delitos, en que está interesada toda la sociedad (CHICHIZOLA, p.88), de ahí que nuestra legislación en el artículo 79 establezca un mínimo de elementos o factores que deben tomarse en consideración para que la pena sea lo más justa y equitativa.

En este contexto, el artículo 79 manifiesta que el Juez dosificará la pena tomando como fundamento los siguientes aspectos objetivos y subjetivos:

1. La magnitud de la lesión o del peligro y la mayor o menor voluntad de dañar.
2. Las circunstancias del modo tiempo y lugar;
3. La calidad de los motivos determinantes.
4. La conducta del agente, anterior, simultánea o posterior al hecho punible.
5. El valor o importancia de la cosa”.
6. La condición de inferioridad o superioridad y las ventajas y desventajas existentes entre el agente y la víctima;
7. Las circunstancias del modo tiempo y lugar;
8. Las demás condiciones personales del sujeto activo o pasivo, cuando la ley no las considere elementos del delito o circunstancias especiales.

Con todo acierto el juez ejercita el llamado arbitrio judicial dentro de los límites legales, y esto no afecta la individualización de la pena, y más bien la favorece, pues evita la utilización de criterios indefinidos

que desnaturalizarían su propósito. SUAZO LAGOS (p. 221, GIL. 82)

En conclusión sostiene SUAZO LAGOS (p. 221) la determinación judicial se caracteriza, porque el juez ejercita el llamado “arbitrio judicial” que es la “facultad que el legislador otorga al Juez para que dentro de ciertos límites de libertad, seleccione entre el mínimo y máximo de la pena correspondiente a un delito y las circunstancias en que el mismo se ha cometido, la pena que corresponda aplicar en el caso concreto”.

D. Individualización Administrativa o de Ejecución

El tema de la individualización administrativa o de ejecución es objeto de análisis por regla general, en la doctrina dentro del tema del cumplimiento o ejecución de las penas privativas de libertad y no en la determinación de la pena (Vid. MIR PUIG, p. 760 y ss.).

La individualización administrativa o de ejecución se presenta en la etapa de ejecución de la pena privativa de libertad, en la cual el sujeto tras la determinación legal y judicial, debe iniciar el cumplimiento de la pena impuesta.

El cumplimiento de las penas privativas de libertad debe regirse por una serie de pautas que establece la ley a fin de que el sujeto esté orientado a la reeducación y reinserción social.

De acuerdo a CHICHIZOLA (p. 125), la individualización ejecutiva de la pena, está vinculada a ciertas disciplinas como son la Penología, las ciencias peni-

tenciarias, las políticas penitenciarias y el derecho ejecutivo penal.

Así, por ejemplo, en el caso de nuestra legislación la Constitución vigente en su artículo 27 establece los principios generales que deben regir en el sistema penitenciario panameño para el cumplimiento de las penas privativas de libertad, mientras que en el Código Penal hallamos otros vgr; la libertad condicional.

En otros países, la individualización administrativa o penitenciaria de las penas privativas de libertad recae: a) Libertad condicional, b) Beneficios penitenciarios puede adelantarse la libertad condicional, cuatro meses por cada año de un cumpliendo de prisión efectiva, si concurren ciertas condiciones favorables, c) Redención de penas por el trabajo;

En conclusión, la individualización administrativa produce una serie de consecuencias positivas al sistema penitenciario, pues parte del principio del respeto de la persona humana y de los derechos inherentes e intereses jurídicos afectados por la condena.

E. La Aplicación de la pena en la Legislación Penal Panameña

En la legislación panameña, se establecen algunos criterios de Individualización Legal, más por lo que respecta a la Individualización Judicial específicamente el Capítulo IV del Título III Penas) en su artículo 79, establece una serie de parámetros que deberá tener en cuenta el juzgador al momento de deter-

minar la pena, al cual nos hemos referido previamente al examinar la individualización judicial.

En este contexto el artículo 79 nos dice lo siguiente:

“El Juez dosificará la pena tomando como fundamento los siguientes aspectos objetivos y subjetivos:

1. La magnitud de la lesión o del peligro y la mayor o menor voluntad de dañar.
2. Las circunstancias del modo tiempo y lugar;
3. La calidad de los motivos determinantes.
4. La conducta del agente, anterior, simultánea o posterior al hecho punible.
5. El valor o importancia de la cosa”.
6. La condición de inferioridad o superioridad y las ventajas y desventajas existentes entre el agente y la víctima;
7. Las circunstancias del modo tiempo y lugar;
8. Las demás condiciones personales del sujeto activo o pasivo, cuando la ley no las considere elementos del delito o circunstancias especiales.

Por otra parte, el artículo 80 fija las penas para los autores, instigadores y cómplices primarios, el artículo 81, a los cómplices secundarios y el artículo 82 determina la pena para los casos de delito en grado de tentativa.

Más adelante, en el Capítulo VII, Circunstancias atenuantes y agravantes, se establece la individualización de la pena cuando se trate de hechos que concreten circunstancias agravantes y atenuantes (arts. 91-97).

II. LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICADORAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL

A. Introducción

Las circunstancias modificadoras de la responsabilidad penal son elementos accidentales del delito, “*accidentalia delicti*” que tienen efectos directamente sobre el quantum de la pena, y no afectan la esencia del delito.

En consecuencia las circunstancias van a tener por objeto determinar una mayor o menor gravedad del delito, y en todo caso una modificación de la pena, agravación o atenuación de la misma (MUÑOZ RUBIO Y GUERRA DE VILLALAZ, p. 433).

En opinión de BUSTOS RAMÍREZ, (p. 525) las circunstancias del delito son elementos accidentales nominales o innominados dentro de la estructura del delito, que influye en la determinación de la pena; mientras que para SAINZ CANTERO (p. 181) son “elementos accidentales del delito, objetivo y subjetivo, a cuya concurrencia la ley asocia el efecto de aumentar o disminuir la pena que ha de imponer al autor”.

B. Fundamento y Naturaleza Jurídica

Determinar el fundamento de las circunstancias no es tarea fácil en la doctrina, pues los autores no se muestran coincidentes al respecto, algunos lo asocian con la antijuricidad y culpabilidad (ANTÓN ONECA, p.

333) otros exclusivamente con la culpabilidad (CUELLO CALÓN, p. 547, y JIMENEZ DE ASÚA, La Ley, p. 443).

En este sentido, MIR PUIG (p. 679), manifiesta que “si las circunstancias agravan o atenuan la pena es en principio, por que aumentan o disminuyen la cantidad del injusto o de la culpabilidad del hecho. De ahí que importe decidir que circunstancia afectan el injusto y cuales la culpabilidad”.

Por otra parte, para aquellos que circunscriben las circunstancias con la culpabilidad podemos recoger las opiniones de JIMENEZ DE ASUA (p. 443) y GÓMEZ BENITEZ (p. 448) en cuanto que el primero sostiene que influyen sobre la culpabilidad determinando así una mayor o menor peligrosidad del agente, a lo que GÓMEZ BENITEZ indica que ayudan a medir y concretar la culpabilidad.

También están aquellos partidarios de explicar las circunstancias al margen de la teoría jurídica del delito, al sostener que estas no afectan el delito, pero sí influyen en la mayor o menor gravedad de la pena (COBO DEL ROSAL y T.S. VIVES ANTÓN, cit. p. 611), y en esta línea tenemos las opiniones de QUINTANO RIPOLES (p. 410) y otros que señalan que las circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal afectan “únicamente el aspecto de la cuantía de la punición”.

Finalmente, no faltan otros autores que manifiesten que también pueden existir razones político criminales (QUINTERO OLIVARES, p. 599) fundadas en la función o finalidad que se le quiere dar a la reacción penal.

En lo que respecta a la determinación de la naturaleza jurídica de las circunstancias modificativas de

la responsabilidad penal en principio se debatió sobre su naturaleza objetiva y subjetiva (SILVELA, p.300) distinguiendo así las agravantes (objetivas) de las atenuantes (subjetivos o personalidad del autor y peligrosidad del mismo), a lo que se añadió una postura ecléctica o intermedia por cuanto las agravantes se les podía otorgar también una naturaleza objetiva, subjetiva o mixta, siendo partidarios de esta postura QUINTANO RIPOLLES (p. 225) y ANTON ONECA (p. 385).

Hoy en día se considera que no tiene sentido indagar la naturaleza jurídica de las circunstancias desde esa perspectiva (Cfr: GONZÁLEZ CUSSAC, p. 169), y se afirma que siguiendo el concepto y fundamento de las circunstancias modificadoras de la responsabilidad penal, la naturaleza jurídica de estas descansa en constituir “causas de medición de la pena”, tal como lo indican también COBO DEL ROSAL Y VIVES ANTÓN (p. 487).

C. Clasificación de las circunstancias

Hay diversos criterios para agrupar las circunstancias, aunque la mayoría de estos parte de las legislaciones de cada país. En este contexto, algunos autores suelen agruparlas: Circunstancias comunes, atenuantes y agravantes; otros prefieren denominarlas genéricas y específicas; en agravantes, atenuantes y mixtas, en subjetivas y objetivas, en comunes y especiales, personales, materiales y en nominadas e innominadas (Cfr: CURY, p. 101, LANDECHO, p. 404).

A continuación pasaremos abordar las circunstancias y su clasificación, sin dejar de prestar atención a

aquellas que tienen una mayor importancia doctrinal y legislativa.

1. Atendiendo a sus efectos

Las circunstancias atendiendo a sus efectos suelen clasificarse en Atenuantes, Agravantes y Mixtas (CURY, p. 100 y BUSTOS RAMÍREZ, p. 1044). Son circunstancias atenuantes aquellas que tienen por objeto variar o modificar la pena de manera cuantitativa, de tal forma que la misma sea más benigna, mientras que las agravantes, por el contrario, consisten en que el hecho es castigado de manera más severa o con una pena mucho más grave (CURY, pág. 100).

Por su parte, las circunstancias mixtas a juicio de CURY (p. 100) son las que en ciertos casos tienen por objeto atenuar, y en otros agravar.

2. Atendiendo a la mayor o menor precisión en que esten concebidas

En esta clasificación tenemos las circunstancias en nominadas e innominadas, siendo las primeras aquellas que están expresamente señaladas en la Ley o Innominadas, cuando no se detallan o están comprendidas de manera general en una cláusula general, quedando al arbitrio del Juez, el determinarlas. Así tenemos circunstancias agravantes y atenuantes nominadas o innominadas (BUSTOS RAMÍREZ, p.414).

3. Desde el punto de vista de su aplicación

En este grupo tenemos las circunstancias generales y especiales. Las circunstancias generales, también

se les conoce con el nombre de circunstancias comunes y se caracterizan porque aparecen descrita en la parte general de los códigos o por el contrario son aplicadas a todos los delitos, siendo extensivas a un número indeterminado de delitos, que así lo admitan (MUÑOZ RUBIO Y GUERRA DE VILLALAZ, p. 435).

Por su parte, son circunstancias especiales, las que expresamente la ley prevé para cada hecho delictivo, o aparecen en la parte especial el código, pudiendo tener consecuencias atenuatorias o agravatorias, y en consecuencia solo pueden ser aplicadas a la disposición infringida.

4. *En atención a su naturaleza o su calidad*

Según su naturaleza tenemos las circunstancias Subjetivas y Objetivas. Las subjetivas son aquellas que consisten “en la disposición moral del delincuente en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal”, y se caracterizan porque tienen por efecto agravar o atenuar la responsabilidad penal de los que intervinieron en el hecho delictivo. Estas circunstancias subjetivas, también son denominadas “personales” pues “miran a las condiciones o cualidades personales del agraviado o del sujeto activo del delito” (Cfr: MUÑOZ RUBIO Y GUERRA DE VILLALAZ, p. 436).

Por lo que respecta a las circunstancias objetivas, también conocidas como fácticas modifican la responsabilidad penal del sujeto atenuando o agravando el quantum de la pena en atención a los medios empleados en la realización del hecho delictivo o a la ejecución material del hecho (Cury, p. 102).

5. *Atendiendo a la relación cronológica de aparición de las circunstancias*

En primer lugar, tenemos las circunstancias antecedentes, que son aquellas que se dan cuando la situación de hecho personal o material existe antes de la realización del hecho delictivo (ej. premeditación, parentesco), concomitantes, cuando se presentan al momento de ejecutar el delito (violencia entre las personas o cosas, ensañamientos, etc) y subsiguientes, cuando se presentan con posterioridad a la ejecución y consumación del delito (vgr. reintegro de caudales y efectos en el hurto, peculado, reparación del daño causado, etc.) (MUÑOZ RUBIO Y GUERRA DE VILLALAZ, p. 436).

6. *En cuanto a la extensión de sus efectos o su previsión legal*

En esta categoría se aprecian las circunstancias agravantes y atenuantes, se dividen en genéricas y específicas, siendo las primeras las que son aplicables a cualquier delito y la ley las prevé de manera expresa, mientras que las circunstancias específicas, son aquellas que operan para determinada clase de delito y taxativamente están en la ley (CURY p. 100).

7. *En atención a su fundamento*

En este grupo tenemos las circunstancias calificantes y privilegiantes, reconociendo que son integrantes de la tipicidad, y no son en sí accidentes del delito, y según CURY tienen importancia para resolver algunos problemas del concurso aparente de leyes penales, sin embargo, por las enormes dificultades que presenta

no entraremos a efectuar un análisis de la misma. (Cfr: CURY, p. 101).

D. Las circunstancias en el Código Penal Panameño

1. Introducción

Legislativamente las circunstancias han estado reguladas en nuestro país, y en concreto el Código Penal de 1922 distinguía entre circunstancias agravantes y atenuantes, de igual forma el Código Penal de 1982, como sucede con la actual legislación, que reproduce en general lo previsto en la legislación derogada.

Cabe resaltar, que algunas circunstancias atenuantes han desaparecido del catálogo, como son las eximentes incompletas, la confesión espontánea y la supina ignorancia del agente, en la cual el sujeto ignora el carácter delictuoso del hecho realizado, y que para los efectos a partir del Código Penal del 2007 constituye el error de prohibición como causa de inculpabilidad.

A continuación procederemos a referirnos a esta materia.

2. Las Circunstancias Atenuantes Comunes en el Código Penal (art.90)

2.1. Haber actuado por motivos nobles o altruistas

Se disminuye la responsabilidad penal del agente, tomando en consideración la “nobleza o el altruismo”, es decir, la humanidad, piedad o caridad que lo determinó a ejecutar el mismo. Hay una situación

de “menor culpabilidad”, ya que el sujeto demostró menor capacidad delincencial, dado que los motivos que lo indujeron al delito, reflejan la naturaleza de la personalidad del agente, con claro valor moral o social - honor, patriotismo, caridad (MAGGIORE p. 35 REYES, p. 383).

No se trata en consecuencia de delincuentes empecinados, porque quienes ejecutaron el hecho lo realizaron conforme a ideales humanos (filial, caridad, moral, etc.) de ahí que merezcan ser castigados con “benevolencia” hasta donde la ley lo permita (PAEZ POLO, p. 365), siendo además necesario que se reflejen objetivamente en el hecho, “moralidad o utilidad social” con respecto al ánimo del agente (BETTIOL, p. 457).

2.2 No haber tenido la intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo

Se atenua la pena “por no haber tenido la intención...”, es decir, no haber pretendido producir un determinado resultado de tanta gravedad, y a juicio de MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARAN (p. 426), tiene perfecta cabida en los sistemas de responsabilidad objetiva, en la que el sujeto responde por resultados ocasionados por su actuación voluntaria.

En opinión de BUSTOS RAMÍREZ (p. 529), no se trata propiamente de una circunstancia, sino más bien de un correctivo y es lo que se conocía como la atenuante de preterintencionalidad, que a juicio de PUIG PEÑA (p. 78), refleja una desproporción entre el resultado producido en la realidad y el perseguido por el sujeto, por lo que sugiere el autor que la presente circunstan-

cia exige, en primer lugar la intención de realizar un delito, que se haya producido un mal, que ese daño material sea más grave de lo que se quería producir, y que la lesión más grave que se ha ocasionado, sea de la misma especie que la que se ha querido ocasionar.

2.3 Las condiciones físicas o psíquicas que colocaron al agente en situación de inferioridad

Es de observar, que en algunos textos legales, se hace alusión a las condiciones de inferioridad psíquica determinadas por la edad, el sexo, o por circunstancias orgánicas transitorias.

En opinión de ciertos autores (REYES, p. 386), algunos trastornos orgánicos pasajeros (estados febriles, cefaleas, y la edad), determinan condiciones psíquicas que colocan al agente en situación de inferioridad respecto a la víctima, señalándose específicamente que hay fenómenos conocidos, como el mensturio, la gravidez o el puerperio, que pueden provocar trastornos bio-psíquicos más o menos intensos que desenvuelven reacciones criminosas, ciertamente la misma se refiere a los casos que alteran la psiquis del sujeto.

En la actualidad, estas circunstancias en el derecho comparado comprenden, la embriaguez no habitual, la minoría de edad, y los estados pasionales.

2.4 El arrepentimiento, cuando por actos posteriores a la ejecución del hecho el agente ha disminuido o intentado disminuir sus consecuencias

Se trata de una circunstancia que es posterior al hecho punible (BUSTOS RAMÍREZ, p. 529), de manera

que deba surgir después de cometido el mismo, a raíz de su perpetración, de ahí que el arrepentimiento “tardío” durante el juicio, solo tiene efectos para la regulación de la pena, según la mayor o menor extensión del delito (LABATUT, p. 313).

En consecuencia, debe tratarse de un arrepentimiento libre y decidido por el culpable, que en algunos países exige que se presente antes de que el individuo tenga conocimiento de la apertura de la diligencia policial, atenuándose la pena por razones político criminales, de fomentar la reparación del daño o la persecución judicial, pero no por la disminución de la culpabilidad del agente, pues se acepta inclusive cuando lo hace el individuo por el único móvil de disminuir la pena (MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARAN, p. 427 Y MIR PUIG, p. 692).

En el caso de nuestra legislación el arrepentimiento, no se le establece requisitos de “espontaneidad”, y coincidimos con la doctrina que para que se dé esta circunstancia deben concurrir, dos elementos; un elemento subjetivo (arrepentimiento espontáneo) y objetivo de reparar o disminuir los efectos del delito.

Finalmente, el código habla de disminuir es decir, de hacer menor los efectos o consecuencias del delito, más no de reparar, que implica una extensión mayor (vgr. La restitución o resarcimiento íntegro) y no de satisfacer al ofendido (pagar enteramente lo que se debe), ni mucho menos de confesar a las autoridades la infracción (Cfr. EDUARDO CALDERÓN SUSIN, *Arrepentimiento espontaneo*, p. 220 y ss.).

2.5 La colaboración efectiva del agente

Esta circunstancia tiene orígenes en convenios internacionales, en concreto el Convenio de las Naciones Unidas sobre tráfico ilícito de drogas de 1988, la Ley 121 de 2013 como la Ley 4 de 2017, y existen numerosos fallos jurisprudenciales relacionados con delitos de tráfico de drogas donde se ha aplicado como atenuante, que sirva para el esclarecimiento de los hechos investigados o a la identificación de las personas responsables (STS 4 de junio de 2014).

2.6 Haber cometido el delito en condiciones de imputabilidad disminuida

No compartimos el criterio del legislador del 2007 de incorporar como atenuante la inimputabilidad disminuida, a diferencia de la legislación derogada que les aplicaba medidas de seguridad, porque con ello deja desprovisto de la aplicación a quienes necesitan de un tratamiento por razones de su personalidad y de defensa social.

En estos casos usualmente siguiendo el sistema vicarial se aplican conjuntamente con la pena la medida de seguridad, y se acumulan ambas, y se comienza por la aplicación de la última, y se computa el período de internamiento como cumplimiento de la pena: la aplicación de la medida no podrá rebasar el tiempo de la pena, de manera que alcanzado este, queda extinguida antes de dicho límite, el Tribunal puede darla por cumplida o reducirla. Con ello, no se permite la vulneración del principio "*non bis in idem*". (ROMEO CASABANO, p.84 JORGE BARREIRO, p.184)

2.7 Cualquier otra circunstancia no preestablecida por la ley que, a juicio del Tribunal deba ser apreciada

Esta atenuante cumple una función y juega el papel de cláusula general, pues el legislador no ha querido limitar el catálogo de las circunstancias atenuantes (DEL RÍO JIMÉNEZ, p.39), dando lugar a una "interpretación analógica" aceptada por la ley, siempre que sea *in bonam partem*".

En este contexto, es perfectamente viable en los casos de confesión espontánea, cuando el sujeto asume su responsabilidad, no huyendo después de consumado el mismo y expresa su arrepentimiento "*post factum*" (REYES, p. 385), al igual que sucede con las eximentes incompletas.

A propósito de estas últimas, hay que recordar que representan un escalón intermedio que racionalmente se interpone entre la exención y la completa responsabilidad", y su aplicación solo es estimada cuando no concuerdan, los requisitos esenciales de la respectiva eximente, es decir, faltan los restantes (CÓRDOBA RODA, *Las Eximentes incompletas*, p. 24), como sucede por ejemplo en los casos de enajenación y trastorno mental transitorio, legítima defensa, estado de necesidad, fuerza irresistible, miedo insuperable, obediencia debida y cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho, oficio o cargo (MUÑOZ, CUESTA, ARROYO DE LAS HERAS y GOYINA HUERTA).

3. *Las circunstancias agravantes en el Código Penal Panameño (art.88)*

De acuerdo con el código penal, las circunstancias agravantes ordinarias comunes, son aquellas que no están previstas como elemento constitutivo o como agravante específica de un determinado hecho punible.

3.1. **Abusar de superioridad o emplear medios que limiten o imposibiliten la defensa del ofendido**

La naturaleza de la agravante en este caso recae en el concepto de “abuso” que se somete al ofendido o a la víctima en una situación de desventaja, de desigualdad de fuerzas, que puede apreciarse en los delitos contra las personas.

Lo fundamental de esta agravante, como indica PACHECO (p. 227), es el hecho de que el agente se vale de su superioridad, abusando de la confianza para causar daño a quien puede ser menor, o a quien se fía de su honradez, señalando que solo seres rebajados pueden cometer tales vilezas.

Se trata de una agravante de carácter personal, que está relacionada con la forma de comisión del delito, el empleo de medios o modos o formas que busquen la indefensión de la víctima, y en la cual se aprovecha el agente.

A nuestro juicio, el abuso de superioridad se contempla de una manera amplia, excluyéndose la superioridad de naturaleza jerárquica, y abarcando la superioridad física en el sexo, la edad, la robustez, de esta manera abusan de superioridad el varón sobre

la mujer, el niño y el anciano sobre el enfermo (PUIG PEÑA, p. 184 y ss.).

3.2 **Ejecutar el hecho por medio de inundación, incendio, veneno, explosión, varamiento de buques o avería causada a propósito en nave o aeronave, descarrilamiento de tren, o el empleo de otro medio que pueda ocasionar grandes estragos o cometer el hecho aprovechándose de los expresados siniestros u otra calamidad semejante**

Se trata de una variedad de circunstancias en la que se aumenta la pena del agente, por razón de la ejecución de un delito de “peligro común” en la que puede producirse graves perjuicios a la comunidad por el empleo de medios extraordinarios de suma gravedad, mientras que a su vez se aumenta la pena por razón del medio empleado “veneno”, que en este último caso ciertamente buscan la indefensión de la víctima.

En opinión de PACHECO (p. 221), el envenenamiento refleja una perversidad extrema, la más cobarde de las alevosías mientras que el incendio y la inundación suponen una barbarie feroz que puede producir males sin límite.

No cabe duda, que se fundamenta la agravación de la pena, porque como sea advierte, se emplean medios catastróficos, destructivos capaces de ocasionar estragos, calamidades, o cualquier otro, poniendo en peligro una gran cantidad de bienes jurídicos y afectándose un número indeterminado de personas (BUSTOS RAMIREZ, p.538, LABTUT GLENA, p.322).

3.3 Actuar con ensañamiento sobre la víctima

Se obra o actúa con ensañamiento, cuando se aumenta deliberadamente e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causándole padecimientos innecesarios en la ejecución del delito, de ahí que se trate de otro modo de ejecución del delito mediante el cual se agrava la pena.

En opinión de QUINTANO RIPOLLES (p.451), hay un exceso de dolo, un lujo de maldad, que se traduce en una serie de actos criminales innecesarios y que denotan una “gratuita crueldad”, pues el agente persigue “causar males innecesarios a la víctima”, de manera deliberada, tanto es así que el agente siente placer en aumentar deliberadamente la afección de la víctima, por perversidad, sadismo, egoísmo, o avaricia, de ahí que sostenga BUSTOS RAMÍREZ (p.543), que los males posteriores no cuentan (cortar en pedazos el cadáver para encubrir el delito) y subjetivamente, lo que se exige es la motivación de aumentar el dolor del ofendido. (PACHECO, p.223)

En nuestra legislación penal, en el delito de homicidio, se castiga con pena más severa, cuando se ejecutan medios atroces, aumentando innecesariamente el dolor de la víctima.

3.4 Cometer el hecho a cambio de precio o recompensa

El elemento que aumenta el desvalor del acto del agente, fundamentalmente es el móvil de lucro, es decir, el ánimo de lucro, que se manifiesta por el precio o la recompensa. Lo que mueve al agente del delito y lo

que es reprochable es el ánimo de lucro ya que denota una mayor perversidad, y afecta únicamente a quien cometió el hecho delictivo, por su naturaleza personal (MIR PUIG, p.705).

En opinión de BUSTOS RAMÍREZ (p.533), esta circunstancia está integrada por elementos objetivos, la existencia de un precio (una determinada remuneración) (recompensa) o una promesa (retribución futura) de carácter pecuniario, y de realizar (subjetivamente).

3.5 Emplear astucia fraude o disfraz

Las tres circunstancias enunciadas, denotan una mayor peligrosidad en el agente, pues se vale de engaños, (astucia y de otras maniobras engañosas, el fraude, y del disfraz, para facilitar la ejecución del delito, de ahí que algunos hayan indicado que las tres están emparentadas con la alevosía (QUINTANO, p.437, BUSTOS RAMÍREZ, p.534).

Se trata de elementos empleados por el delincuente, de naturaleza objetiva (fraude, astucia y disfraz) y del ánimo de engañar, confundir y consecuentemente provocar la indefensión de la víctima (QUINTANO, p.439 y BUSTOS RAMÍREZ, p.534).

De acuerdo a MIR PUIG (p.641) el agente facilita la impunidad de su delito, escondiéndose detrás, garantizándose el no ser descubierto y evadirse de la justicia, por lo que el disfraz constituye como sostiene QUINTANO (p.438) un eventual obstáculo para la justicia.

Por su parte, la astucia se representa por la sagacidad, ardid para engañar a las personas, sin riesgo

ni peligro (MENDOZA TRONCONIS, p.91), mientras que el fraude, significa, engaño, mentira falsificación, es decir, todo acto contrario a la verdad.

3.6 Ejecutar el hecho con abuso de autoridad, de la confianza pública o las facultades inherentes a la profesión que ejerza el agente o el cargo que desempeña

Se aglutinan en un sólo numeral, diversos supuestos de circunstancias que se relacionan con la ejecución del hecho punible abusando de su condición, ya sea de la profesión que ejerce, del cargo que desempeña, de la confianza pública o del carácter público que desempeña.

Así, tenemos que en primer término, se refiere al abuso de autoridad y de la confianza pública, en donde prevalece en ambos un carácter público del agente, que utiliza el cargo para cometer el delito (BUSTOS RAMÍREZ p.537)

En consecuencia el agente, se ampara en el carácter público del cargo que ostenta, para facilitar la ejecución del delito, y a la vez colocar a la víctima a la indefensión (BUSTOS RAMÍREZ p.537).

Con toda razón, ha indicado LABATUT (p.328) que el agente pone la función pública al servicio de su actuación criminal, lo que se traduce en menor riesgo para el delincuente y en una mayor facilidad para el logro de sus propósitos.

Es como indica PACHECO (p.229) una actuación del agente donde prevalece de su cualidad como medio

para realizar el delito, denotándose algo de alevosía y desigual, en tales personas que no cuidan su carácter y más bien lo amancillan con esa ignominia.

Finalmente, el citado numeral también se refiere a otra clase de abuso, que es el que proviene de la actuación privada, es decir, de un cargo privado, del ejercicio de una profesión, vgr. de un médico que comete un delito de abuso deshonesto.

3.7 Perpetrar el hecho con armas o con ayuda de otras personas que faciliten la ejecución o procuren la impunidad

En este caso se combinan los medios de ejecución del delito que ciertamente aumentan el desvalor del acto al emplear "armas, conjuntamente con el auxilio de otras personas, que persigue por parte del agente facilitar la ejecución del delito y procurar su impunidad.

No cabe duda, entonces, que la concurrencia de varias personas en el delito, "aumenta la certeza de la realización del hecho a diferencia de que fuera una sola, de ahí que éste concurso favorece el propósito criminal y la impunidad (Pacheco, p.235). En el caso del delito de robo, en nuestra legislación observamos que se contempla de manera específica esta circunstancia agravante.

3.8 Cometer el hecho punible con escalamiento o fractura

Escalar, significa, subir, lo que a juicio de PACHECO (p.244) cuando se salta, por "cima de pared, o aunque sea vallado, siempre que presente resistencia y ofrez-

ca de ordinario seguridad, mientras que fractura, se da cuando se abre, por medios violentos con rompimiento o destrozos, puertas, caja o cualquier otra cosa que cierra y guarda algún sitio.

En opinión de NOVOA (p.79) el escalamiento lo hay cuando se entra por vía no destinada al efecto, por rompimiento de pared o de techos, o fracturas de puertas o ventanas. Lo que interesa aquí, es que existe la idea de penetración de modo ilegítimo y no por las vías regulares, denotando así “más resolución, mas impedimento, cuando tenemos que salvar, estorbar, que cuando la obra es fácil, sencilla, asequible a un individuo menos preparado, el crimen moral es de seguro mayor y esto alarma a la sociedad”.

3.9 Haber cometido el hecho punible con abuso de las relaciones domésticas, prestación de obras o de servicios, de cohabitación o de hospitalidad:

En esta variedad de circunstancias agravantes, se destaca un elemento común, que es la “confianza”, la necesaria para convivir en sociedad con las personas que frecuentemente tratamos y a la cual le depositamos nuestra “confianza”, por razón de amistad, de trabajo, de profesión, o por el simple hecho de habitar en una misma casa (LANDECHO, p.423).

Esta situación, de “confianza” es la que anima y utiliza el agente para ejecutar el hecho punible, con cierta relación de “alevosía” o deslealtad, hacia la víctima de manera que se justifique el aumento del desvalor del acto (BUSTOS RAMÍREZ, p.536).

3.10 Embriaguez preordenada

Estamos ante una forma de agravación de la pena, consistente en haberse colocado el agente en estado de embriaguez o de dependencia de drogas, de manera deliberada, ya sea para darse mayor valor, o procurar una excusa, lo que supone en el agente un comportamiento doloso.

Por consiguiente, se justifica el aumento de la pena, porque el sujeto al tiempo de cometer sus actos no lo era, pero si lo era en el momento en que lo ideó, cometerlos o puso en marcha el proceso causal que desemboca en la acción típica (MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARAN, p.395.)

3.11 Cometer el hecho en contra de personas vulnerables

En este apartado hemos reunido las agravantes contempladas en el numeral 11 y 12 del Código Penal, que afectan directamente a personas vulnerables como son los menores de edad y los discapacitados.

En primer término, el numeral 11, se refiere a cometer el hecho contra una persona con discapacidad, cuando la discapacidad implique una condición de vulnerabilidad o contra una persona incapaza de velar por su seguridad o su salud. Esta agravante tiene orígenes en la Ley 42 de 1999, y persigue aumentar en las situaciones señaladas por la ley.

En segundo lugar, el numeral 12, se refiere a otro grupo de sujetos vulnerables en las que se les afecta

sus derechos como son los menores de edad cuando son utilizados para la ejecución de hechos delictivos.

3.12 Reincidir en la ejecución de un nuevo hecho punible

3.1.2.1 Introducción

Cuando se aprobó el Código Penal del 2007 la reincidencia no estaba contemplada, posteriormente mediante Ley 67 de 2009 se introduce fundamentándose a juicio del legislador por el aumento de la delincuencia y razones de política criminológica.

Una lectura al precepto, advierte que se contempla la reincidencia genérica y real, y que la reincidencia nunca prescribe. De conformidad con lo anterior, la cualidad de reincidente es perpetua, y no se fijan situaciones que pudieran excluir la reincidencia a diferencia de lo que indicaban los artículos 71 y 72 del Código Penal de 1982, hecho que a nuestro modo de ver es negativo y violenta el principio de culpabilidad.

En el artículo 89 se determina el concepto de Reincidente de la siguiente manera: “Es reincidente uien despues de haber cumplido una sentencia condenatoria sea declarado responsable por la ejecución de un nuevo hecho punible. En este caso, se la aplicará la sanción que corresponde al nuevo hecho aumentado hasta en una cuarta parte”.

Como se aprecia la reincidencia en nuestro país tiene una virtualidad agravatoria, de manera tal que se orienta a fundamentar la misma en razón de que el reincidente es un “criminal, más perverso, que con

su conducta demuestra un desprecio y rebeldía frente a los valores jurídicos (MIR, p. 712), o en otro caso en la teoría de la alarma social, y en la mayor perversidad del agente, que luego de repetir una conducta demuestra una “extraordinaria resistencia y persistencia antijurídica (MANZINNI, p. 462, MARTÍNEZ DE ZAMORA, p. 50).

Con ello queda cerrado el dilema de configurarla (MARTÍNEZ DE ZAMORA (p. 64): a) como un problema de peligrosidad del sujeto, o como una mayor culpabilidad b) o contemplar la posibilidad de reconocerle efectos atenuantes, a juicio de algunos autores, dado que la comisión de un segundo delito demuestra la insuficiencia de las leyes y de la sociedad para prevenir y corregir la delincuencia, la inutilidad en el sistema de las penas (MENDOZA TRONCONIS, p. 98), de ahí que GONZALEZ CUELLAR (p. 295) manifieste que el reincidente no es más peligroso que el resto de los delincuentes”.

3.1.2.2 Clases de reincidencia y Prescripción de reincidencia

Hay diversos tipos de reincidencia que a continuación vamos a pasar a explicar.

La Reincidencia genérica y específica, es según el tipo o calidad del delito cometido por el sujeto, siendo la primera, cuando el sujeto vuelve a realizar un hecho delictivo después de haber cumplido una condena, en la cual el nuevo delito es distinto al anterior.

Por su parte, la reincidencia específica, es cuando el sujeto ha cumplido la condena y comete un nuevo

hecho delictivo que es de la misma naturaleza o especie que el anterior. Así se cita por ejemplo, a Juan que se le condenó por un delito de hurto, y después comete otro delito, también de hurto. (Cfr: SOLER, p. 429 y ARGIBAY MOLINA, p. 372)

También tenemos la Reincidencia real, verdadera y reincidencia ficta o impropia que atiende a si el sujeto cumple o no la condena. Así tenemos, reincidencia real, verdadera o propia, cuando el delincuente después de haber cumplido la condena anterior, comete otro hecho delictivo.

Por su parte, la reincidencia ficta o impropia, se presenta cuando el sujeto vuelve a realizar un hecho delictivo, sin haber cumplido la condena en virtud de sentencia condenatoria.

En otras palabras, la declaración de reincidencia se pronuncia, aunque no haya sido ejecutada la condena por el delincuente, es decir sin conceder importancia a que la pena todavía no ha operado en forma alguna sobre el condenado (ARGIBAY MOLINA, p. 370).

Finalmente, tenemos la Reincidencia internacional y multirreincidencia.

En la primera de ellas, se refiere a aquellos supuestos en los cuales las sentencias dictadas por tribunales extranjeros son apreciadas como reincidencias vgr. delitos relacionados con falsificación de monedas, estupefacientes, prostitución. etc. (RODRÍGUEZ DEVESA, p. 750), mientras que lamultireincidencia, se distingue entre multirreincidencia genérica, específica, e impropia.

La primera, se presenta cuando se trata de dos o más condenas anteriores por delitos, siempre que en alguno de ellos se hubiera ya apreciado la agravante de reincidencia, mientras que la multireincidencia específica, se trata de dos o más delitos semejantes, y finalmente, la mutlireincidencia impropia, cuando el sujeto hubiera sido culpable condenado dos veces a privación temporal de permiso de conducir, por delitos previstos en el artículo 340bis a), en el artículo 565, párrafo I, o ambos. (GONZALEZ CUELLAR, La reincidencia, p. 303)

En cuanto a la prescripción de la reincidencia existen tres sistemas: el de Temporalidad, Perpetuidad y el Ecléctico. Con el sistema temporal, la reincidencia no es permanente, sino pasajera o temporal, de tal forma que transcurrido cierto tiempo, si el sujeto comete un delito no se toma en cuenta para calificar al sujeto como reincidente. Por otro lado, está el sistema perpetuo o permanente, aceptable ya que la reincidencia no desaparece (MENDOZA TRONCONIS, p.106), a diferencia del sistema ecléctico que pretende ser un criterio conciliador de los antes expuestos, “mantiene el criterio de la perpetuidad en la apreciación de la reincidencia, disminuye el efecto agravante de un modo proporcionado al tiempo transcurrido entre la liquidación de la pena anterior y la comisión de un nuevo delito” (MENDOZA, p. 106).

3.13 Planificar, coordinar u ordenar la comisión de un hecho punible desde un centro penitenciario

Mediante Ley 62 de 2013, se introdujo esta agravante tomando en cuenta que algunos hechos delictivos fueron planificados desde esos lugares.

III. UNIDAD Y PLURALIDAD DE DELITOS

A. Introducción

El estudio de la Unidad y Pluralidad de delitos plantea resolver la aplicación de la pena cuando estamos ante varios delitos realizados por un mismo sujeto en las cuales no media sentencia condenatoria.

En este contexto, se afronta el problema de determinar, cuando ciertos hechos realizados por un mismo sujeto, han de ser considerados como un solo delito (delito continuado), y cuando varios hechos ejecutados por el mismo configuran varios delitos (concurso ideal y concurso real).

En nuestro país, los artículos 83 a 87 del Código Penal contemplan el concurso ideal o formal (art. 83), el concurso real o material (art.84) y el delito continuado, como sucede en el derecho comparado, sin embargo, a partir de la Ley 68 de 2009 se cambia el tratamiento penal para el concurso ideal que se regía por el sistema de absorción, fijando un tratamiento idéntico en cuanto a la pena tanto para el concurso real o material, como el concurso ideal, según el artículos 86 y 87 del código penal.

Cabe recordar que antes de la reforma penal mediante la Ley 68 de 2009, el texto previo indicaba que “Hay concurso real cuando mediante varias acciones independientes, comete varios delitos. En este caso se aplicará la acumulación jurídica que establecen los artículos 86 y 87 de este Código”, aunque en la actualidad tenemos un sistema de acumulación jurídica sui generis, pues limita la pena a lo previsto en el artículo 52 del Código Penal, pero sin embargo, enmarca aspectos del sistema de acumulación matemática.

B. El delito continuado

1. Nociones fundamentales

Sobre el origen del delito continuado no hay concordancia, unos afirman que se debe a FARINACIO Y CLARO, Época de los prácticos de los siglos XV y XVI, (soler), mientras otros sostienen que es idea original de los glosadores y postglosadores BARTOLO DE SASSO FERRATO Y BALDO DE UBALDI del Siglo XIV, (FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, El delito continuado, p. 16).

Cuando se habla de delito continuado, se indica que es la reiterada violación de un mismo tipo prohibitivo en la unidad de culpabilidad dolosa (FERNÁNDEZ CARRASQUILLA (p. 430), en otras palabras, se identifica como una pluralidad de acciones u omisiones realizadas por un mismo sujeto que constituyen por sí misma otros tantos delitos distintos y perfectos unificados por la ley en vista de la identidad de designio criminoso (MUÑOZ RUBIO Y GUERRA DE VILLALAZ (p. 375).

En cuanto a su fundamento, FERNÁNDEZ CARRASQUILLA (p. 17) alude a que no puede descartarse su fin humanitario y piadoso, aunque expresa también que tiene un “fin utilitario” de resolver algunas dificultades probatorias y procesales, y concluye en síntesis que el mismo está inspirado en concordar la pena con la justicia material, y hacer más expedita la administración de justicia penal.

Por lo que respecta a su naturaleza jurídica, podremos apreciar que el tema se ha centrado en determinar si esta figura es una “ficción jurídica” o una realidad natural” (María CASTIÑEIRA, *El delito continuado*, Casa Edit. p. 17), y para ello se centran en dos teorías: Teoría de la Realidad y Teoría de la Ficción (CASTIÑEIRA, p. 17),).

Desde el punto de vista de la teoría de la realidad el delito continuado es un solo delito, es decir, constituye una sola infracción, que se presenta de manera natural, en la que las infracciones efectuadas por el agente integran un singular fenómeno jurídico penal, que constituye un solo delito (GÓMEZ MÉNDEZ, p. 25).

De esta manera, se plantea una verdadera unidad jurídica, surgida de una prístina realidad que ante los ojos del jurista presenta los sucesos humanos cuando son sometidos a valoración penal, varios hechos aislados con características objetivas y subjetivos de un delito unificado por el mismo designio criminal (ARENAS, p.76). (JIMENEZ HUERTA, *La tipicidad*, p. 217).

En síntesis, esta propuesta tesis de su principal expositor ALIMENA, según nos dice CORREA (*El delito*

continuado, p. 154), establece la continuidad delictiva, que reside en la totalidad de las acciones unificadas por la unidad del designio, más sin embargo, no explica como funciona en sus distintos intervalos, que seguramente debe estar en cada una de ellas un “dolo perfecto y autónomo”.

Por su parte la teoría de la ficción es la que tiene más seguidores, y descansa en el elemento psicológico de la unidad de designio (GÓMEZ MÉNDEZ, p.17), y explica que el delito continuado, constituye varios hechos delictivos, varias conductas independientes y diferentes, que por diversas razones, se consideran como una sola infracción.

Históricamente, la institución del delito continuado, sostiene MAGGIORE (p. 555- 6) que es una ficción jurídica, determinada por el principio “favor rei y para librar de la pena a los que habían incurrido en tres robos, mientras que BETTIOL (p. 555), por su parte sostiene que al establecer el legislador la ficción como la que se da en el delito continuado, está tomando conciencia que se está colocando contra la realidad sustancial de los hechos, más por otra parte está rechazando el sistema de acumulación material de penas que correspondería infligir al reo.

Finalmente, tenemos la Teoría de la realidad jurídica, que es una creación del Derecho, en la que el delito continuado, no requiere unidad real, ni se fundamenta en la idea de la ficción, sino simplemente en la utilidad práctica con independencia de que beneficie al reo (MIR, p. 657).

En otras palabras, el delito continuado es una “realidad jurídica” (CASTIÑEIRA p.18) no es una realidad natural, y esta postura se acerca más a la postura de la ficción jurídica.

Por lo que respecta a la legislación penal panameña, se refuerza el concepto de que se trata de una unidad “querida por la ley”, y no de una unidad real.

2. Elementos del delito continuado y su regulación en el Derecho Penal Panameño

En nuestro país el artículo 85 del Código Penal del 2007 consagra el delito continuado de la siguiente manera:

“Se considera un solo delito la infracción repetida de una misma disposición penal cuando revele ser ejecución del mismo propósito criminal. En este caso la pena se aumentará de un tercio a la mitad”.

Al examinar los elementos del delito continuado se distinguen entre elementos objetivos y subjetivos. Los primeros comprenden la pluralidad de acciones, unidad de ley violada y unidad de sujeto pasivo y designio, mientras que los subjetivos, constituyen la unidad de identidad o de ocasión o conexión espacial o empleo. (CUELLO CALÓN, p. 649, CURY, p. 278 y RODRIGUEZ DEVESA, p. 729).

Pero independientemente de lo antes expuesto, en general, los elementos esenciales del delito continuado se reducen a los siguientes: Pluralidad de acciones u omisiones, Unidad de Designio criminoso (ele-

mento intelectual y psíquico) y Violación de la misma disposición penal (ANTOLISEI, p. 406, BETTIOL, p. 596), aunque otros añaden la unidad de sujeto pasivo, de tiempo y de lugar (CORREA (p.22, 29) FERNÁNDEZ CARRASQUILLA y otros (p.165)

Finalmente, en nuestra legislación son elementos del delito continuado: la Pluralidad de acciones, la unidad de lesión jurídica y la unidad de resolución delictiva (Cfr. MUÑOZ RUBIO y GUERRA DE VILLALAZ, p. 380), los cuales pasaremos a analizar a continuación.

2.1 Pluralidad de acciones

La pluralidad de acciones constituye el elemento físico del delito continuado y no es más que una pluralidad de comportamientos o de actos realizados por parte del sujeto activo, que constituyen por sí solas una violación a la ley penal y son ubicables en un tipo legal (GÓMEZ MÉNDEZ, p. 38, CORREA, p.22).

Se trata de una “pluralidad de conducta humanas” regidas por la voluntad y orientadas a un determinado resultado (GÓMEZ MÉNDEZ, p. 38) que debe reunir las características de un delito completo, es decir, tipicidad, antijuridicidad, y culpabilidad (CASTIÑEIRA, p. 38), y que significan una separación cronológica entre una y otra acción (PEÑA CABRERA, p. 342).

2.2.1 Unidad de designio criminal o Unidad de resolución delictual

La unidad de designio criminal o unidad de resolución delictual además de ser el elemento intelectual o psíquico del delito continuado, se configura como

el elemento unificador de las varias acciones que pierden su carácter autónomo al reunirse en un solo hecho delictual (CORREA, p.26).

Esa unidad de designio criminal constituye el elemento subjetivo del delito continuado, que no es más que el propósito, la resolución, el plan delictual, el pensamiento (CORREA pág. 26) que se refiere a que las acciones u omisiones están unificadas por un mismo pensamiento, dirigido a alcanzar un fin con medios determinados. Por lo tanto, si entre una acción y otra ha tenido el agente otro pensamiento o propósito deliberado realizar otros fines con medios diferentes, ya no se puede hablar de “identidad de designio criminal” (MAGGIORE, p.181).

Para los partidarios, de la primera tesis, cuando el legislador se refiere a unidad de designio criminal se refiere a la unidad o identidad de motivos pues a juicio de JIMÉNEZ DE ASÚA (*La ley el delito*, p. 531) se evitan las desigualdades e injusticias, mientras que para otros la fórmula de unidad de resolución unidad de determinación o de designio “criminal”, señala MAGGIORE (p. 181), que son acciones u omisiones unificadas por un mismo pensamiento, dirigido a alcanzar un fin con medios determinados. Por lo tanto, si entre una acción y otra ha tenido el agente otro pensamiento o propósito deliberado realizar otros fines con medios diferentes, ya no se puede hablar de “identidad de designio criminal”.

Por lo que respecta a nuestra legislación, el elemento subjetivo del delito continuado se caracteriza por la unidad de designio”, de ahí que se considere

que “si entre una infracción y otra ha tenido el agente otro pensamiento o propósito, deliberando realizar otros fines con medios diferentes, ya no se puede hablar de identidad de designio criminal” (MUÑOZ RUBIO Y GUERRA DE VILLALAZ, p. 380).

2.2.2 Unidad de lesión jurídica

Este elemento de la estructura del delito continuado es considerado por algunos como un elemento normativo (Correa, p.31), y algunos autores se refieren a él, como Unidad de norma violada, o pluralidad de adecuaciones a un mismo tipo legal (GÓMEZ MÉNDEZ, p. 46).

En nuestra legislación, se alude en la norma bajo la fórmula de “infracción repetida de una misma disposición penal”, haciendo énfasis en que la figura del delito continuado descansa en la identidad o en la violación de una misma norma penal.

En este contexto, se trata de varias acciones que infringen o lesionan al mismo bien jurídico, de cualquiera forma (FONTAN BALESTRA, p. 17), o en otras palabras la violación recae sobre el mismo tipo, básico o especial; lo que “significa que la figura no se altera cuando se modifican las circunstancias temporales, espaciales o modales sin que cambie la adecuación típica fundamental” (REYES, p. 201), o tampoco cuando el hecho está en grado de tentativa y plena consumación (MAGGIORE, p. 513).

Para terminar, debemos indicar que este elemento ha sido objeto de una controvertida polémica, ya que están los que destacan que recae sobre un mismo bien

jurídico, independientemente del hecho realizado (cfr. WELZEL, p. 47, ANTOLISEI, p. 398, JIMÉNEZ HUERTA p. 226) y los que siguen el concepto restringido de la unidad de, disposición legal, es decir, fundamentan el delito continuado en la violación de un mismo artículo (PÉREZ, p. 75).

En opinión de NÚÑEZ (D.P. p. 323), la “unidad propia del delito continuado reside en que el autor prosigue cometiendo el mismo delito con cada uno de los hechos ejecutados”.

3. Consideraciones finales

Para terminar no puede dejarse de señalar que para algunos autores el delito continuado tiene como requisitos secundarios, la unidad de sujeto pasivo, unidad de tiempo y de lugar (Cfr: CORREA p. 36, CUELLO CALÓN, p. 649, CÓRDOBA, Comentarios p. 318, RODRÍGUEZ DEVESA, p. 729).

A este propósito, sostiene ZAFFARONI (Manual, p. 548) que la “continuidad temporal y espacial no es tampoco un requisito invariable del delito continuado, pero puede ser un indicio de la continuidad”.

C. El Concurso de Delitos

1. Cuestiones Fundamentales

El estudio del concurso de delitos, comprende el análisis del Concurso Ideal y del Concurso Real o Material, es decir, la pluralidad de preceptos penales violados, y el tratamiento penal para resolver la aplicación de las penas ante la concurrencia de varios he-

chos punibles realizados por el sujeto en la que se ha creado tres sistemas: Sistema de Absorción, Sistema de Acumulación material y de Acumulación Jurídica.

En este contexto, al hablar de concurso de delitos estamos ante un hecho que constituye dos o más delitos o cuando varios hechos de un mismo sujeto constituye otros tantos delitos, sin que ninguno excluya a otro, con diferentes normas penales violadas y diversidad de bienes jurídicos lesionados (QUINTERO OLIVARES, p.569, MIR PUIG, p.729).

El concurso de delitos, denominado también como Concurso de Infracciones, por COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN (p. 691) se halla delimitado por la presencia de cuatro requisitos fundamentales: pluralidad de infracciones, la unidad o pluralidad del objeto valorado por ellas, la unidad del sujeto al que se imputan, y la unidad de enjuiciamiento.

En lo que respecta a su estudio encontramos que a nivel doctrinal, algunos lo ubican dentro de la teoría del delito, otros en la teoría de la pena, y en teorías denominadas intermedias (SANZ MORAN, El concurso, p. 20 y ss).

De acuerdo a la tesis de V. HIPPEL y R. SCHMIDT, y con opiniones de MORO, supone una relación vinculante con la teoría general del delito, pues el análisis de los hechos debe partir del estudio de la relación de los tipos realizados, que suponen la aplicación del hecho individual al caso particular (Cfr: VIVES ANTÓN, La estructura de la teoría del concurso de infracciones, p. 26).

Para aquellos que lo consideran como un problema de la teoría de la pena, se justifica su inclusión en el orden legislativo, dado que existe concurrencia de varios delitos, que por consideraciones político criminales y con el fin de evitar el “principio *quot crimina tot poena*”, ameritan su estudio dentro de esta materia (COBO DEL ROSAL, 1994, p. 653).

Finalmente, tenemos la postura intermedia o ecléctica, que manifiesta que la teoría del concurso de delitos es un “puente intermedio” entre las teorías de la pena y del delito, de ahí que la analicen dentro de las formas de aparición del delito (SANZ MORAN, p. 21 y ss.).

Ahora bien, para efectos de solucionar la determinación de la pena en caso de concurso de delitos se han creado tres sistemas: Sistema de Acumulación Material, Sistema de Absorción y Sistema de Acumulación Jurídica.

El primero de ello, el Sistema de Acumulación material, es considerado como un sistema radical o extremo para solucionar los problemas de determinación de las penas cuando un individuo incurre en la comisión de varios delitos, ya que consiste en la adición y acumulación de todas las penas de cada uno de los delitos cometidos. (SANZ, MORAN, p. 22). Este sistema, también conocido como acumulación matemática, ha sido objeto de argumentos favorables, así como de críticas, entre otros, por SANZ MORAN (p. 24) que manifiesta que la aplicación punitiva cae en “aritmética penal”, y fracasa, llevando a resultados grotescos y motivando imposición de penas totalmente imagina-

rias con olvido de que, en definitiva no se juzgan sólo delitos, sino a un hombre por sus delitos.

Por lo que respecta al Sistema de Aspersión, se sigue el criterio de aplicar la pena más grave cuando concurren varios delitos realizados por un mismo sujeto. En ese sentido, se sostiene que la pena más grave absorbe a las demás, y es el que se sigue para los casos de concurso ideal o formal. Al igual que el sistema de Acumulación material, ha tenido defensores, basándose en la “simplicidad” de su aplicación, y opositores, dado que es contrario al “principio de responsabilidad por el hecho” dejando de punir los demás delitos, sin dejar de mencionar sus efectos criminógenos (Cfr: SANZ MORAN, p. 25).

Finalmente, tenemos el Sistema de Acumulación jurídica, que constituye conjuntamente con el de Apelación o Exasperación, unas soluciones intermedias.

En el primero, siguiendo a MUÑOZ RUBIO y GUERRA DE VILLALAZ (p. 371) “las penas de varios delitos deben ser mayores que la de uno solo y son aumentadas en relación al número y entidad de los diversos delitos cometidos, pero sin llegar a la suma aritmética de ellas. Es decir, se suman las penas, pero fijando un límite máximo prudencial del cual no puede exceder el juzgador”.

Por lo que respecta al sistema de Aspiración, consiste en la elevación de la pena más severa de los delitos cometidos por el sujeto, señalando sus defensores que tiene enormes ventajas, pues evita la acumulación, no obstante no esta exento de innumerables problemas, según indica SANZ MORAN (p. 32).

Los sistemas de acumulación material y de absorción, son hoy en día, utilizados para solucionar el Concurso real o material, y el Concurso Ideal, en algunos países, más en otras legislaciones, son partidarios de la Acumulación material y de la Absorción ante la concurrencia de varios hechos punibles.

A partir de la Ley 68 de 2009, que modifica el Código Penal del 2007, cabe señalar, que en principio el tratamiento penal del concurso ideal se regía por el sistema de absorción y a partir de la reforma penal se instituye un tratamiento idéntico en cuanto a la pena tanto para el concurso real o material, como el concurso ideal, según el artículos 86 y 87 del código penal.

Lo anterior es criticable, dado que la personalidad del agente en uno y en otro es distinta, tomando en cuenta el criterio de la persistencia criminal que se da en el concurso real o material, y por otro lado, porque el legislador ha creado deficientemente un sistema de acumulación jurídica, tal vez arraigado en una acumulación matemática.

2. *El Concurso ideal o formal*

2.1. Cuestiones fundamentales

El concurso ideal o formal se da cuando mediante una sola acción (u omisión) se lesiona varias disposiciones legales que no se excluyen entre sí (concurso ideal heterogéneo) o varias veces la misma disposición jurídica (concurso ideal homogéneo) (Cfr: CASTILLO, Concurso, p. 56).

En este contexto el fundamento jurídico del concurso ideal, se halla en la doble lesión a bienes jurídicos protegidos penalmente, que se cumple cuando el sujeto realiza un solo hecho, sin que sea posible que el tipo pueda penalmente cubrir ambas lesiones (Cfr: NOVOA MONREAL, p. 262).

Por lo que respecta a la “naturaleza jurídica” del concurso ideal, el tema ha sido estudiado en la doctrina a través de la tesis de la Unidad y de la Pluralidad. En el caso de la teoría de la unidad se ha abordado bajo tres hipótesis: la teoría de la unidad de acción, de culpabilidad y de lesión jurídica, y de la teoría de la unidad de hecho, pero básicamente concluyen en que el concurso ideal es un solo delito.

La teoría de la unidad de acción sostiene que hay concurso ideal cuando una sola acción infringe varias disposiciones jurídicas y esta postura es conocida también como clásica; mientras que la teoría de la unidad de culpabilidad y de lesión jurídica, destaca que el concurso ideal lo característico es la “unidad de determinación” y “unidad de efecto criminoso” (Cfr: CASTILLO, p. 69 y FONTAN BALESTRA, p. 40). Por su parte, la teoría de la unidad de hecho, acepta que el concepto de “unidad de acción” es mucho más amplio, puesto que no abarca únicamente el movimiento de un individuo, sino también el resultado que se produce en el exterior, como consecuencia de la actividad del agente (NINO SANTIAGO, El concurso en el derecho penal, p. 33) Desde la perspectiva indicada, el concurso ideal es una sola acción, con varias lesiones jurídicas

y se incide en que estamos ante un solo delito. (SANZ MORAN, p. 144)

La teoría de la Pluralidad, por el contrario, sostiene que la lesión de varias leyes, consecuentemente constituye varios delitos, de ahí que el concurso ideal es un concurso de delitos (CASTILLO, p. 66). Esta tesis pluralista, tiene como antecedentes a BINDING y VON BURI, y a su principal formulador FRANK, y según manifiesta SANZ (p. 145), el concurso ideal es una pluralidad de delitos y en efecto un concurso de delitos, pues se trata de la lesión de varias leyes penales.

En lo que respecta a las clases de Concurso Ideal distingue la doctrina dos clases: el Concurso Ideal Homogéneo y el Heterogéneo. En el primero la sola acción u omisión realizada por el sujeto concreta un mismo tipo penal, y así por ejemplo se menciona al sujeto que dispara la ráfaga de la metralleta contra tres personas causando la muerte de las tres. Se han producido tres idénticos delitos de homicidio. (Cfr: SAINZ CANTERO, p. 843), o cuando una sola expresión de injuria ofende a varios sujetos (CURY, p.288).

Por su parte el concurso heterogéneo, se presenta cuando una acción u omisión lesiona varias disposiciones legales que no se excluyen entre sí. Así se cita por ejemplo, el disparo que realiza contra una persona que le produce la muerte y le ocasiona daños a un valioso cuadro colgado en la pared que estaba detrás de la víctima (Cfr: JESHECK, p. 658 y SAINZ CANTERO, p. 843).

Finalmente, se admite por algunos autores como JESHECK (p. 659) una tercera categoría de concurso

ideal, denominada “unidad de acción por efecto de abrazamiento”, que tiene lugar cuando dos acciones independientes se encuentran en concurso ideal con una tercera acción, coincidiendo solo en un punto.

2.2. El Concurso ideal en la legislación panameña

El concurso ideal está regulado en el art. 83 y dice lo siguiente:

“Hay concurso ideal o formal cuando el agente mediante una sola acción u omisión infringe varias disposiciones de la Ley penal que no se excluyan entre sí.

El concurso ideal o formal consagrado al tenor del artículo 83 del Código Penal, determina que se sigue la teoría de la unidad de acción (no unidad de hecho), porque con una acción u omisión se violan dos o más figuras penales, y con esa descripción legal se contemplan algunos de sus elementos: la unidad de sujeto activo, unidad de acción y pluralidad de lesiones jurídicas al infringir varias disposiciones de la ley penaljurídicas, aunque algunos autores añaden un elemento adicional, que es la unidad de sujeto activo.

A diferencia del texto original del Código Penal del 2007, nada dice sobre el tratamiento legal del concurso ideal, pues a partir de la Ley 68 de 2009, el legislador decidió darle un tratamiento idéntico al concurso real (arts. 86-87), lo cual elimina la aplicación del sistema de absorción generalmente empleado en el derecho comparado.

Lo anterior es criticable, dado que la personalidad del agente en uno y en otro es distinta, tomando en cuenta el criterio de la persistencia criminal que se da en el concurso real o material, y por otro lado, porque el legislador ha creado deficientemente un sistema de acumulación jurídica, tal vez arraigado en una acumulación matemática

A continuación vamos a referirnos a los elementos del concurso ideal en nuestra legislación penal:

a) Unidad de acción o de hecho

Al examinar este primer elemento del concurso ideal, hay que referirnos brevemente a lo que se entiende por “unidad de hecho o unidad de acción”, ya en las legislaciones al abordar el concurso ideal algunos prefieren hablar de unidad de acción y en su defecto otros, unidad de hecho.

En este contexto, siguiendo la teoría de la unidad de acción, el concurso ideal se construye sobre una sola acción y un solo pensamiento criminoso que ocasiona varias violaciones jurídicas (Cfr: SANZ MORAN, p. 148), en otras palabras, en la concurrencia de varias leyes penales en una acción, aún cuando haya distintas formas de culpabilidad, según indica CASTILLO GONZÁLEZ (p. 59) vgr. realiza dolosamente un delito de daños y produce una lesión culposa, al destruir la cosa.

En opinión de RIGHI y FERNÁNDEZ, (p. 352) la determinación de que exista una acción, es importante dado que evita que la violación de varias normas sea castigada en forma equivalente a la comisión de va-

rios delitos, además de que permite establecer una diferencia con el concurso material o real.

Por lo que respecta, a la unidad de hecho, otros autores como ARTEAGA (p. 381) sostienen que esta expresión es mucho más amplia que el de “unidad de acción”, y la misma alude o quiere decir “unidad de lo realizado por el sujeto objetivamente en razón de la unidad de elemento moral o interno de la unidad de resolución. Por tanto, hay unidad de hecho y concurso ideal cuando el hecho es único en su totalidad, en lo objetivo y en la resolución.

De igual forma indica NINO (p. 31), la unidad de hecho, no solo es significativa de un movimiento de un individuo, sino también el resultado de su actividad, la modificación del mundo externo del agente. ARTEAGA (p. 381)

b) La Unidad de Acto

Señalan los autores MUÑOZ RUBIO y GUERRA DE VILLALAZ (p. 374) refiriéndose a la figura del Concurso ideal en el derogado Código de 1922, que la legislación penal panameña sigue la doctrina clásica, toda vez que hace alusión a un “solo acto” y no usa la expresión “hecho”, que para algunos autores está última tiene una significación más amplia y comprensiva.

Ahora bien, la legislación vigente (1982), sigue igualmente la postura clásica, que construye el concurso ideal sobre la “unidad de acción”, que no dependen del número de realizaciones típicas, ni de una pluralidad de resultados en sentido material, sino más bien de un solo pensamiento criminoso y de una

sola acción que ocasiona varias violaciones jurídicas que pueden comprender un solo acto con un único resultado y varias violaciones jurídicas; un mismo acto con varios resultados heterogéneos, y un solo acto con resultados múltiples homogéneos (Cfr: SANZ MORAN, p. 148).

En consecuencia, la unidad de acto implica la concurrencia de varias leyes penales en una acción, aun cuando haya distintas formas de culpabilidad a juicio de CASTILLO (p. 59) y se trata de una sola acción, que exige unidad de propósito y la conexión espacio-temporal, según SANZ MORAN (p. 148 y ss.).

c) Pluralidad de Lesiones jurídicas

Lo característico en el concurso ideal es que una sola acción y omisión ejecutada por el sujeto debe violar varias veces la misma disposición penal o violar diferentes disposiciones legales que se excluyen entre sí, según enfatiza CASTILLO (p. 63).

Esa unidad de acción, da lugar a una incidencia de pluralidad de disposiciones legales violadas, (QUINTERO OLIVARES, p. 633) una multiplicidad de bienes jurídicos lesionados, es decir, se transgreden varias normas y se violan diferentes bienes jurídicos.

La expresión “varias” y no diversas como señala el legislador, ciertamente alude a una pluralidad de delitos, en consecuencia, se admite entre nosotros el concurso ideal homogéneo y por ende el heterogéneo.

En opinión de REYES (p. 190) la característica del concurso ideal o formal, es la múltiple lesión ocasio-

nada por una sola acción orientada a la producción de un solo resultado, además que tales lesiones jurídicamente independientes son materialmente inseparables.

Finalmente, sostienen RIGHI y FERNÁNDEZ (p. 352), que la pluralidad de lesiones jurídicas, puede asumir distintas modalidades, evidenciándose en los delitos de comisión y de omisión y simultáneamente en los tipos dolosos y culposos.

d) Unidad de sujeto activo

Este elemento, (QUINTERO OLIVARES, p. 63) viene señalado en la norma penal por la expresión “el que con un solo acto, de tal forma que un individuo es el que con un movimiento modifica el mundo exterior produciendo varias lesiones jurídicas. Se trata de la conducta del individuo realizada de manera unitaria desde el punto de vista humano.

Para terminar, el Código penal panameño soluciona el concurso ideal o formal no mediante el principio de Absorción, sino a través del sistema de acumulación jurídica “*sui generis*” del artículo 86, deja una laguna legal porque no se ha fijado el tratamiento desde la perspectiva de la concurrencia de penas distintas en el hecho realizado, a diferencia de lo que ocurría con el Código penal de 1982.

3. El Concurso Real o Material

3.1 Cuestiones fundamentales

Se entiende por concurso real o material de delitos “cuando un sujeto ha ejecutado o participado en la ejecución de dos o más hechos punibles jurídica y fácticamente independientes respecto de ninguno de los cuales se ha pronunciado sentencia condenatoria firme y ejecutoriada”. (CURY, p. 281)

El concurso real o material, consiste en opinión de Sanz Moran (p. 159) en una pluralidad de acciones que corresponden a una pluralidad de delitos, siendo indiferente la conexión existente entre las infracciones concurrentes.

En opinión de algunos autores, como PEÑA CABRERA (p. 346) los hechos son independientes no existe problema de determinación del concurso real o material, sin embargo, puede resultar problemático, si existen algunas conexiones entre los mismos, lo cual obligaría a distinguir entre una “conexión ideológica, ocasional, consecuencial; pero que consecuentemente no deberá ser considerado como concurso real, sino más bien un delito conexo.

En síntesis agregan SOLER (p. 309) y NÚÑEZ, (p. 315) que, se habla de concurso real o material cuando hay una pluralidad de hechos independientes cometidos por una misma persona, es decir, una pluralidad de delitos, que responde al principio “*quot delicta tot poena*”.

3.2 El concurso real o material en la legislación penal panameña

El concurso real o material esta contemplado en los artículos 84-87 del Código Penal, y para los efectos de la penalidad se sigue el sistema de Acumulación Jurídica.

En cuanto a los elementos del concurso real o material podemos señalar los siguientes: Unidad de sujeto activo y pluralidad de hecho punibles, inexistencia de condena anterior, a lo que se incluyen otros como “unidad subjetiva” y unidad de enjuiciamiento (COBOS DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, p. 691).

a) Unidad de sujeto activo

Se trata de un mismo individuo o sujeto (art. 84) que realiza las varias acciones u omisiones independientes, que deben ser juzgadas en un mismo proceso o que debe serlo (CASTILLO (p. 72), elemento que ha sido calificado por otros como, “unidad subjetiva”, pues los diversos delitos solo han de imputarse a “una sola persona, característica inversa de la del concurso de personas en el delito (COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN (p. 691).

b) Pluralidad de hechos punibles

Se requiera la existencia de varias acciones u omisiones independientes, realizadas por un mismo sujeto que infringe varias disposiciones de la Ley Penal (art. 84) entre sí, es decir, que no hay condena firme. (NÚÑEZ, p. 316), Como bien indica MAURACH (p. 461), esta pluralidad de acciones, exige una diversidad de

acciones autónomas cometidas por el autor y daños a bienes jurídicos protegidos.

Por otra parte, la pluralidad de hechos punibles, (SAINZ MORAN, p. 159) debe entenderse como pluralidad de acciones, que corresponden a una verdadera pluralidad de infracciones, o como indica REYES (p. 194) a una pluralidad de adecuaciones típicas, pues puede encuadrar varios tipos penales, de ahí que los mismos puedan cometerse separadamente (concurso sucesivo) o de manera conjunta (concurso simultáneo) Esta pluralidad de delitos o hechos delictivos, realizados por un mismo sujeto, pueden recaer sobre el autor, coautor, inclusive sobre el partícipe, según indica CURY (p. 281).

c) Inexistencia de una condena anterior

Se exige que la pluralidad de hechos punibles realizados por un individuo, no se le haya pronunciado sentencia condenatoria, es decir, que no debe mediar condena por alguno de los delitos concurrentes. (CASTILLO p. 76, SANZ MORAN, p.)

Por último, coincidimos con REYES (p. 194) que en esta pluralidad de acciones y de lesiones jurídicas se exige un cuarto requisito que es la “unidad de procedimiento”, pues los varios hechos realizados en los cuales no ha recaído pronunciamiento definitivo, deben ser investigados en un mismo proceso.

Para terminar, por lo que respecta al tratamiento del concurso real o material los artículos 86 y 87 se refieren a estos aspectos, aunque la redacción no sea la más aconsejable y porque a nuestro modo de ver ha

dejado un vacío legal respecto a las situaciones donde haya una concurrencia de varios hechos punibles que tengan fijadas penas distintas, a diferencia de lo que ocurría en el Código Penal de 1982 y en el texto original del Código Penal del 2007, que no lo hacía solamente con respecto a la misma clase o penas distintas, sino también al número de delitos realizado por el sujeto.

Una ligera lectura al artículo 86 comprueba lo antes señalado, pues el legislador solo se ha concretado al tratamiento de concurso real o material cuando se trate de hechos que tienen idéntica pena.

Como señalamos previamente el artículo 86 establece de manera conjunta el tratamiento de la pena para el concurso ideal o formal y del concurso real o material, aunque la norma haya dejado un vacío legal, a nuestro juicio, porque nada dice cuando se trata de hechos que tienen penas distintas, a menos que con ello se quiera imponer el criterio de aplicación de manera exclusiva de la pena de prisión en estos casos.

Si observamos el Código Penal 2007 en su texto original decía lo siguiente:

Artículo 87.

De sancionarse a una persona por dos o más delitos, si uno de ellos tiene pena de prisión o de arresto de fines de semana y los otros de días-multa, el Juez le impondrá la pena de prisión o de arresto de fines de semana y hasta la mitad de los días-multa.

De sancionarse a una persona por tres o más delitos, si dos o más de ellos tienen pena de pri-

sión o de arresto de fines de semana y los demás de días-multa, el Juez aplicará la pena de prisión o de arresto de fines de semana, de acuerdo con las reglas señaladas en los numerales 1 y 2 del artículo anterior, con un aumento hasta de las tres cuartas partes de las penas sumadas de días-multa que le corresponderían por los otros delitos.

En resumen, el precepto abordado tal como hemos explicado previamente establece un sistema de acumulación jurídica sui generis, pues limita la pena a lo previsto en el artículo 52 del Código Penal, pero sin embargo, enmarca aspectos del sistema de acumulación matemática

4. Especial consideración al Concurso Medial

El concurso medial aparece contemplado en algunas legislaciones, recibiendo el mismo tratamiento del Concurso ideal, como sucede con la legislación española vigente. Este concurso ha sido denominado también jurisprudencialmente, como “concurso instrumental o teleológico” dado que uno de los delitos es el medio necesario para cometer otros delitos.

La peculiaridad de este concurso reside en que las acciones de los dos delitos, están vinculadas por una relación de “medio a fin”, pues se trata de la realización de dos o más acciones ejecutadas aisladamente, en la cual una de ellas es “medio necesario para cometer el u otros delitos”. (cfr: SAINZ CANTERO pág.853).

Ahora bien, la definición legal del art. 77 del código penal español, exige como condición para su con-

sideración unitaria, que “sea medio necesario para cometer otro”, lo cual a juicio de MIR PUIG, debe entenderse como “la necesidad en un sentido concreto requiriéndose solo que en el caso concreto un delito no pudiera producirse sin el otro” (p. 664)

En consecuencia, el concurso medial exige dos o más acciones ejecutadas por el sujeto que dan lugar a un delito, pero que uno de ellos sea un medio necesario para cometer el u otros delitos (cfr: SAINZ CANTERO, p. 853).

Por otro lado, debe señalarse que doctrinalmente, se presentan diversos criterios en cuanto a la naturaleza jurídica de este concurso, pues hay posturas que se apoyan en una modalidad de concurso ideal, basada en la unidad de fin (ANTÓN ONECA, p. 45, CUELLO CALÓN, p. 702), más otros considerando su carácter estructural una subespecie del concurso real (QUINTERO OLIVARES, p. 572) lo vinculan más bien a un concurso real, caracterizado por la realización de medio a fin” (SAINZ CANTERO, p. 853, GIMBERNAT, p. 155).

Para terminar, pareciera más justo la posición ecléctica de MIR PUIG, (p. 663), que siguiendo a CARRARA, sostiene que por consideraciones político criminales amerita no sancionar doblemente al autor por delitos que están unidos por una misma voluntad y plan del autor, siguiendo la misma regla del concurso ideal.

BIBLIOGRAFÍA ADICIONAL

BAIGUN, David, *Naturaleza de las circunstancias agravantes*, Ediciones Panedille, Buenos Aires, 1970; BOIX REIG, Javier, "Reglas de determinación de la pena" en *Comentarios a la legislación penal*, (La Reforma penal del código penal de 1983), Tomo V - Vol. I, editoriales Unidos, Madrid, 1985; CALDERON SUSIN, Eduardo, *Arrepentimiento espontáneo*, Edersa, Madrid, 1990; CAMARGO HERNANDEZ, César, *La premeditación*, Bosch, Barcelona, 1958; CASTILLO, Francisco, *El concurso de delitos en el derecho penal costarricense*, Facultad de Derecho Universidad de Costa Rica, San José, 1981; CASTIÑEIRA, María T., *El delito continuado*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1977; CHICHIZOLA, Mario, *La individualización de la pena*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1967; CORDOBA RODA, Juan, *Las eximentes incompletas*, Instituto de Estudio Jurídico, Universidad de Oviedo, 1966; CORREA, Pedro Ernesto, *El delito continuado*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1959; DEL RIO JIMENEZ, Lorenzo, *Atenuante por analogía*, Editorial General de Derecho, S.L., Valencia, 1995; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, *El delito continuado*, Temis, Bogotá, 1984; GOMEZ, MENDEZ, *El delito continuado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1978; GONZALEZ CUELLAR, Antonio, "La reincidencia" en *Comentarios a la legislación penal*, (La reforma penal del código penal de 1983) Tomo V, Vol. I, Edersa, Madrid, 1985; GONZALEZ CUSSAC, José L., *Teoría general de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad cri-*

minal, Universidad de Valencia, Valencia, 1981; LATAGLIATA, Angel R., *Contribución al estudio de la reincidencia*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963; MARTINEZ DE ZAMORA, Antonio, *La reincidencia*, Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 1971; NINO, Santiago, *El concurso en el derecho penal*, Astrea, Buenos Aires, 1972; RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo, "La Reincidencia" en *Comentarios al código penal de 1995*, Vol. I, Tirant lo blanch, Valencia, 1996; SANZ, MORAN, Angel, *El concurso de delitos*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1986;

Capítulo III
LA EJECUCIÓN DE LA PENA

I. LA SUSTITUCIÓN O ALTERNATIVAS A LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

A. Concepto de substitutivos o alternativas penales

Por “substitutivos penales” se hace referencia a la im-
platación de medidas alternativas a la prisión (OJEDA,
p.38), a la búsqueda de alternativas a las penas cortas
de privación de libertad (CAFFARENA MAPELLI, Terradi-
llos Basoco, p. 105), y en general, como indica Scime (p.
237) a la utilización de medios alternativos o reaccio-
nes penales alternativas (GARCÍA ARÁN, Fundamento, p.
99) tendientes a evitar el encarcelamiento o encierro del
condenado, con graves consecuencias de la prisión.

Se parte, entonces, que los substitutivos penales, tie-
nen por objeto sustituir una pena de prisión, impues-
ta, que posteriormente va a ser sustituida por otra no
privativa de libertad (SARRE IGUINIZ, Improcedencia,
p.89), generalmente la primera de corta duración.

Ahora bien, a nivel internacional las Reglas de To-
kio, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las

medidas privativas de libertad de 14 de diciembre de 1990, señalan que los Estados deben fomentar la necesidad de incorporar “medidas no privativas de libertad, desde la fase anterior al juicio hasta la fase posterior a la sentencia, con el fin de reducir la aplicación de las penas de prisión y “racionalizar las políticas de justicia penal, teniendo en cuenta el respeto de los derechos humanos, las exigencias de la justicia social y las necesidades de rehabilitación del delincuente”.

En este contexto, se indica que “debe acudir a sustitutivos penales que permiten lograr los fines de prevención general y especial inherente a la pena sin aquellos nocivos efectos”, es decir, sustituyendo la pena, cuando sea factible, por otras “medidas penales”, o como indica ESTRADA VELEZ (p. 387) por “previsiones diversas no privativas de libertad, conocidas también por los clásicos como “subrogados penales o instituciones como añade CURY (p. 353).

De esta manera una revisión al derecho comparado y al ámbito doctrinal (SERRANO PASCUAL, Mariano, p. 15), permite señalar que las formas sustitutivas de la prisión se presentan en tres momentos distintos: en la fase anterior a sentencia (principio de oportunidad), en el momento de la sentencia (suspensión, reemplazo) y durante la ejecución de la pena de prisión.

En nuestro estudio, sin embargo, nos centraremos particularmente en la fase de sentencia, de sustitución, de la pena prevista en el Código Penal, Panameño como son la suspensión, la libertad condicional y libertad vigilada, como alternativas en la fase de ejecución de las penas.

B. Los Nuevos planteamientos sobre la pena y los sustitutivos penales

1. Planteamiento

Los sustitutivos penales ciertamente tienen una función y fin que cumplir, y por tanto deben responder a los criterios moderno político criminales, en cuanto al fundamento y finalidad de la pena, así como su relación con la necesidad de la misma.

En este contexto, hace mucho tiempo se han presentado diversas tendencias a favor de las sanciones sustitutivas, ya sea a través del sistema sancionatorio diferenciado, la despenalización o la desinstitucionalización, que en general tienen como criterio reducir el ingreso de las personas en la cárcel, y establecerá como último recurso (ROBLEDO RAMIREZ, p.89 y ss.).

En concreto, se han tenido que cambiar las ideas respecto a las funciones que deben cumplir las sanciones penales, así como la visión sobre los principios que deberían informar su aplicación (ROBLEDO RAMÍREZ, p.88 y ss.), todo ello bajo el conocimiento creciente de la crisis de la pena privativa de libertad.

Las tendencias o propuestas que favorecen las alternativas a la prisión

2.1. Sistema sancionatorio diferenciado

Sostiene ROBLEDO RAMIREZ (p. 89), que las tendencias a favor de las sanciones sustitutivas pueden agruparse en tres: sistema sancionatorio diferenciado, la despenalización y la desinstitucionalización.

El sistema sancionatorio diferenciado también es conocido como “estrategia diferenciada” y es defendido por la doctrina italiana tal como lo señala ROBLEDO RAMÍREZ y DE SOLA DUEÑAS (*Alternativas*, p. 20 y ss.) entendiéndose éste como una política criminal alternativa en donde se protegen los bienes jurídicos relevantes y en donde la cárcel es el último recurso, para recurrir por necesidades de prevención general y neutralización, reservándose las medidas alternativas para los casos en que puedan cubrir una suficiencia intimidadora y neutralizadora.

Partidario de esta tendencia, además de BARATTA, es MANTOVANI (p. 650) que sostiene que es partidario de un sistema sancionatorio diferenciado en contraposición a la única alternativa, la pena clásica de prisión, que conlleve el examen científico de la personalidad del autor del delito y la individualización de la medición y ejecución de la pena.

2.2 La despenalización y la descriminalización

La despenalización consiste en que una determinada clase de ofensas deje de ser tutelada mediante el derecho penal y pase a serlo mediante otros instrumentos de tutela, como pueden ser, el derecho civil o el derecho administrativo, mientras que la descriminalización no es más que dejar sin sanción determinada clase de ilícitos penales.

2.3 La desinstitucionalización

A diferencia de los anteriores términos, la desinstitucionalización implica un total rechazo de que la

ejecución penal se cumpla en privación de libertad, es decir, que se sustituya la pena de prisión por otra alternativa que evite el encarcelamiento de la persona, o en otras palabras que haya una “descarcelación” del sujeto (ROBLEDO RAMÍREZ, p. 96).

La tesis de la desinstitucionalización constituye un movimiento iniciado en Estados Unidos, cuyos proyectos más tarde fueron planteados por las Naciones Unidas, y trajeron como indica ROBLEDO RAMÍREZ (p. 97) el interés de este organismo en el replanteamiento de las medidas alternativas al encarcelamiento, que dieron origen a las Reglas de Tokio.

C. Acerca de la finalidad y función de los sustitutivos o alternativas penales

La crisis de la pena de prisión pone en evidencia en la actualidad, que la misma no reforma al hombre y pareciera ser que en vez de contener la delincuencia, la alentara desencadenando, en su propio ámbito de influencia, innumerables problemas de conducta. Lesiona, indeleblemente, al que por vez primera traspone sus umbrales, asegurando una residencia ordinaria a sus asiduos huéspedes (KENT, p. 29).

Sostiene OJEDA VELASQUEZ (p. 262) que la acción de la cárcel es nefasta para el interno, por posibilidades remotas de readaptarse, por ser víctimas de corrupción de los guardianes desde su ingreso, por ser despojados de su dignidad y de sus pertenencias y por ser sometido a sistemas opresivos.

Todo lo anterior deja claro el fracaso de la prevención especial, porque desde el punto de vista del Derecho Penal como de Política criminal se exige la disminución del encierro sólo a los casos de notable peligrosidad del hombre, y por ello se promueve la incorporación de sustitutivos penales (SCIME, p. 229).

Con toda razón, indica MORILLAS (p. 58) que la crisis de la pena privativa de libertad y su consecuente comprensión como última ratio del Derecho Penal, hace aplicable la misma solo en aquellos supuestos en los que no existan otros medios para proteger a la sociedad o para evitar que el delincuente vuelva a cometer delitos en el futuro, lo cual ha originado intentos a nivel del derecho comparado, a sustituir esta clase de pena.

En este contexto, los sustitutivos penales cumplen una finalidad y tienen una función pues deben eviar la realización de nuevos hechos delictivos, a través de la prevención especial, procurando la enmienda del delincuente.

En ese orden de ideas la sustitución de la pena se rige por razones de prevención especial que indican la conveniencia de no ejecutar la pena privativa de libertad impuesta; sin menoscabo de las exigencias de la prevención general (GRACIA MARTIN, p.263), a lo que agrega RIGHI/FERNANDEZ (p. 42), que la pena debe ser eficaz y en consecuencia no debe ser aplicada, aunque el delincuente la merezca, si al hacerlo se obtiene un efecto social contraproducente sobre todo cuando no permite intentar la readaptación social del condenado, y aumenta los riesgos de reincidencia por efecto del contagio carcelario.

De esta manera los sustitutivos están orientados a evitar la cárcel en los casos en que se puede prescindir de ella (GARCÍA ARAN,p.41), y el principio de resocialización pone de relieve el ámbito de actuación de las sanciones sustitutivas, y por otro lado es el único camino a seguir viable, porque no aparta al condenado de la sociedad (ROBLEDO RAMIREZ, p. 179).

D. Principios que promueven los sustitutivos penales

Existen diversos principios que orientan la creación y fijación de los sustitutivos penales, en el ordenamiento jurídico, unos en un sentido general, como son el principio de legalidad, de culpabilidad, de exclusiva protección de bienes jurídicos, mientras que otros de una manera específica, como son el principio de utilidad, de intervención del derecho penal, el principio de subsidiariedad, el carácter fragmentario del Derecho Penal y los principios derivados del Estado democrático, de humanidad de las penas, proporcionalidad y resocialización (ROBLEDO RAMIREZ p. 146).

1. El principio de Intervención mínima

Hoy en día, nadie discute la necesidad de la pena, tal como lo hemos planteado más adelante, sin embargo, si ha merecido una seria reflexión y una severa crítica, que el Estado bajo la ideología, de la teoría de la convivencia pacífica y de la protección de bienes jurídicos protegidos, y fundamentado en el “*ius puniendi*” o derecho de castigar, se haya excedido al momento de la fijación de la pena.

De ahí, entonces, que cada vez más la doctrina penal, haga énfasis en la misión del Derecho Penal, y a los principios limitadores del poder punitivo del Estado, en virtud de la cual algunos autores (MUÑOZ CONDE, p. 84) se refieren de manera específica al principio de Intervención mínima, en la protección de los bienes jurídicos, mientras que otros aluden a la justicia, como uno de sus límites, (RIGHI, p. 42).

Lo anterior significa, según RIGHI y FERNANDEZ (p. 41) que en virtud, del principio de intervención mínima, las normas penales deben limitarse a proteger los intereses colectivos o individuales cuando ello es imprescindible para la vida en comunidad. Consiguientemente, el remedio penal debe ser utilizado por el Estado en último término, es decir cuando han fracasado todos los instrumentos previos de que dispone.

En opinión de MUÑOZ CONDE (p. 81) el bien jurídico protegido es el fundamento necesario de la intervención del Derecho Penal en la regulación de la convivencia humana, pero no es por si solo el criterio suficiente para limitar el poder punitivo del Estado y agrega que la protección de los mismos a través del Derecho Penal es un problema de política criminal, que debe tomar en consideración, siguiendo a MAYER (p.) una triple cualidad, ser merecedor de protección, necesitado de protección y capaz de protección.

2. *La gravedad de las penas y el principio de intervención mínima*

El principio de intervención mínima tiene consecuencias respecto (MUÑOZ CONDE, p. 85) a la gravedad

de las penas, en las que debe ser criterio orientador, el Principio de Humanidad y el Principio de Proporcionalidad de las penas.

3. *El principio de Humanidad de las penas*

El principio de humanidad de las penas obliga siempre a reconocer que el delincuente cualquiera que sea el delito que haya cometido es un semejante, una persona humana que tiene derecho a ser tratada como tal y a reintegrarse en la comunidad como un miembro de pleno derecho (MUÑOZ CONDE, p.84).

En este contexto, la política criminal de la pena que debe imponerse, es la del tratamiento del delincuente, con la finalidad de devolverle a una vida social libre y consiente, en consecuencia, la pena no debe ser utilizada con el fin de infligir un sufrimiento al reo ni en ella debe verse una satisfacción abstracta destinada a borrar el acto delictivo (LANDROVE, p.22). En todo caso, la retribución de la pena debe hacer que estas sean radical y completamente humanas, compatibles con la noción de dignidad (DE RIVACOBIA).

Tomando en cuenta lo expresado, el principio de humanidad de las penas, promueve la abolición de ciertas de penas (pena de muerte), así como también la sustitución de las mismas, tomando en cuenta que debe tener un trato respetuoso al encarcelado (MUÑOZ CONDE, p. 85).

4. *Principio de Proporcionalidad*

El principio de proporcionalidad plantea de acuerdo a COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON “que la configura-

ción legislativa y la aplicación judicial o administrativa de cualquier clase de medidas restrictivas de las libertades debe adecuarse a sus fines, a su necesidad y en general debe ser proporcional al delito”.

De acuerdo a la doctrina (MAPELLI CAFFARENA y TERRADILLO BASOCO) el carácter de la pena se encuentra en el marco retributivo y en las teorías preventivas y la búsqueda de esa proporcionalidad es tarea que le incumbe de manera prioritaria al legislador, sin dejar de mencionar que la pena proporcionada en concreto, se asume en la decisión judicial (GARCIA ARAN, *Fundamentos*, p. 72).

Sostiene GARCIA ARAN (p. 72) que el principio de proporcionalidad es un límite para la prevención general, los excesos de la pura intimidación y un requisito asegurando la aptitud de las normas para motivar a los ciudadanos, mientras que como límite de prevención especial, no pueden restringirse los derechos de los individuos más allá de la pena proporcionada a su delito, con el pretexto de reeducarlos.

La proporcionalidad de la pena como principio general del Derecho penal, implica como exigencias: que la gravedad de la pena que se debe imponer a un determinado delito, esta íntimamente vinculada al bien jurídico protegido, b) que dicha gravedad depende además de la forma de ataque a ese bien jurídico protegido (MUÑOZ CONDE, p. 85) y que además de lo anterior, la gravedad del delito se determine conforme a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos (MIR PUIG, p. 241).

RIGHI y FERNANDEZ (p. 43) acertadamente señalan que la proporcionalidad de la pena, obliga al Estado a renunciar a imponer penas injustas aun cuando existan fundamentos de utilidad social, por su parte, afirma OJEDA VELASQUEZ (p. 80), que una “pena injusta, desproporcionada a la culpabilidad del autor, no es una pena que pueda influir en el ánimo del mismo, pues, ante la injusticia recibida, éste sentirá nuevos estímulos y una más acentuada rebelión”.

La proporcionalidad de la pena, y su naturaleza retributiva exige que la gravedad de la misma se establezca con el respectivo delito (DE RIVACOBIA, p. 110), pues la pena debe ser proporcionada al mismo, característica señalada muy recientemente en la doctrina por MAPELLI y TERRADILLOS BASOCO (*Las consecuencias*, p.44).

El criterio de la proporcionalidad, ciertamente es una “idea de justicia “ (MUÑOZ CONDE, p. 85, y RIGHI/ FERNANDEZ, p. 43), en el sentido de que los delitos no pueden ser reprimidos con penas más graves que la propia entidad del daño causado por el delito.

En la escala de valores de bienes jurídicos tutelados por el Estado, en los países democráticos la vida humana está más severamente castigada, con respecto a los demás bienes jurídicos, pues como indica OJEDA (p. 75) resulta ilógico que en los países capitalistas se castigue con mayor fuerza el robo de un automóvil estacionado en la vía pública que la privación de la vida, que constituye el máximo de los bienes jurídicos, ya que alrededor de ella giran los demás valores humanos.

Lo anterior exige, entonces, una jerarquización de los bienes jurídicos a tutelar por el Estado, para seguir un criterio político criminal, de adecuación de la punibilidad al delito cometido según el bien jurídico lesionado, pues la conminación de penas desproporcionadas, psicológicamente no corresponde un aumento en el sufrimiento del condenado, porque el dolor termina por entorpecer e inmunizar al hombre. A menudo una sanción corta es más eficaz que una de larga duración. (OJEDA, p. 76).

De otra parte, la gravedad de la pena está íntimamente relacionada al bien jurídico protegido atacado por el delito, y una correcta individualización legislativa, no sólo es necesaria sino también positiva a fin de no conducir el Derecho Penal a una “hipertrofia cualitativa”, características de los estados totalitarios o de un terrorismo penal, que se afianza en penas brutales, amenazas penales que rechazan las ideas de humanidad y de proporcionalidad (MUÑOZ CONDE, p. 84).

En conclusión, existe una vinculación entre el principio de proporcionalidad y la aplicación de las sanciones sustitutivas ya que la intervención estatal “*ius puniendi*”, en la aplicación de las penas debe realizarse dentro de los parámetros antes enunciados, de ahí que indiscutiblemente las sanciones sustitutivas cumplan una función fundamental, al ser sanciones más adecuadas para ser aplicadas a determinadas categorías de delitos y determinados tipos de delincuentes, frente a los cuales sería excesivo, además de inútil y contraproducente imponer y ejecutar una pena corta privativa de Libertad (ROBLEDO RAMÍREZ, p. 171).

5. Principio de Resocialización

Una de las continuas críticas de la aplicación a las penas privativas de libertad, en particular, de las cortas es la que no promueven la resocialización, la reeducación o reinserción social del delincuente. La resocialización se presenta en el momento en que se ejecuta la pena impuesta, porque lo que interesa y debe perseguirse es la reeducación y socialización del delincuente o por lo menos su aseguramiento (MUÑOZ CONDE, p. 50).

La resocialización se indica que no es la única forma de prevención especial, pues ésta puede consistir también y en la mayoría de las penas no privativas de libertad, exclusivamente en intimidación especial, aseguramiento inocuización, lo que puede tener especial trascendencia para sujetos que se nieguen a la resocialización, como puede suceder con delincuentes profesionales incorregibles (LUZÓN PEÑA, p. 56)

Ahora bien, la resocialización debe orientarse en un sentido positivo es decir hacia el “respeto de la legalidad” de la libre decisión del condenado de aceptar someterse, cooperar o negarse al tratamiento de lo contrario, de ahí que se rechace aquella prevención especial de someterlo a una “especie de conejillos de indias” aplicándole medidas o tratamientos que vayan contra su dignidad como persona, trabajos forzados, etc. (MUÑOZ CONDE, p. 52).

En conclusión, el camino más viable hacia la resocialización del condenado es a través de los sustitutivos penales (ROBLEDO RAMÍREZ, p. 178).

E. Clasificación de los sustitutivos o alternativas penales

De acuerdo a la doctrina, existen diversas formas de agrupar las distintas alternativas, o medidas que existen en la actualidad para sustituir la pena privativa de libertad, a fin de evitar el encierro del delincente, en algunas situaciones.

1. *Sustitutivos penales auténticos y no auténticos*

En opinión de COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON (p. 766), los remedios denominados como “sustitutivos penales”, pueden ser o no ser sustitutivos de las penas privativas de libertad, y para ello distingue entre los que no “son estrictamente, auténticos sustitutivos de las penas o medidas, sino que comportan, una mera función suspensiva, su inejecución incompleta, de los verdaderos, al menos en su comprensión estricta, en los que el lugar de la pena privativa de libertad es ocupado por una pena de otra naturaleza y contenido, o simplemente una medida (Cfr. MORILLA CUEVAS, p. 59).

En este sentido, el citado autor se refiere a la remisión condicional y a la libertad condicional, que son más bien “beneficios” o “paliativos” que auténticos sustitutivos penales.

En la actualidad en el derecho comparado se han incorporado fórmulas para sustituir la pena de prisión, y entre estas se mencionan el perdón judicial, la transacción, la binding overs, las amonestaciones, la probation, la remisión condicional, las prohibiciones de ejercer determinadas actividades, el arresto de fines de semanas y otras más.

2. *Sustitutivos de la prisión puros o de primer grado o mixtos*

De acuerdo a GARCÍA RAMÍREZ, (Desarrollo de los sustitutivos, p. 37 y ss.), existen dos categorías de sustitutivos de la prisión, que pueden ser los calificados como “puros o de primer grado”, que no se construyen a partir de la prisión misma o de otros sustitutivos (libertad bajo tratamiento, y la multa, el trabajo en favor de la comunidad), y los sustitutivos mixtos o de segundo grado, que se componen como elementos de la prisión y de otro sustitutivo, que de este modo resulta preordenado o rector del que ahora llamo misto o de segundo grado (semilibertad), a partir de la prisión y de la libertad bajo tratamiento y, aquellos que se sustentan en el motivo o la finalidad de la sustitución (readaptación social), de acuerdo a la autoridad que los dispone (autoridad administrativa o judicial) o en su caso de la oportunidad política, en condiciones de delito.

3. *La clasificación de Antón Oneca*

Para ANTON ONECA (p. 559) los medios propuestos para sustituir las penas cortas punitivas de libertad pueden ser clasificados: en aquellos que consisten en la restauración de castigos predominantes en el antiguo régimen que habían sido abandonados (vgr. corporales) o se han restringido su utilización (la multa), los que mantienen la sanción contra la libertad (vgr. arresto domiciliario o prestación de trabajo) o en sanciones morales o meras advertencias de que el condenado repruebe su conducta.

4. La clasificación de Sainz Cantero

Siguiendo un concepto amplio de “sustitutivos penales”, el autor SAINZ CANTERO (La sustitución, p. 232 y ss.), distingue entre medidas de sustitución anterior a la resolución judicial también en un momento procesal anterior a la resolución judicial sobre la culpabilidad que, pueden ser: la detención o suspensión de la persecución y la transacción.

La suspensión de la persecución es una medida que toma el Ministerio Público en atención a la escasa gravedad del delito y de la personalidad del delincuente, mientras que la transacción procede sólo en los casos de acción pública, y se realiza entre el Ministerio Público y el delincuente, tomando en consideración la escasa gravedad del delito y la peligrosidad del delincuente.

Por su parte, las medidas posteriores a la resolución judicial comprenden entre otras, el descargo absoluto, el perdón judicial, la binding over, las amonestaciones, el arresto de fines de semana, la sursis, la probation, la prohibición de ejercer determinadas actividades y el servicio de provecho de la comunidad.

5. Medidas sustitutivas punitivas, restrictivas de libertad, de seguridad o defensa social y de tratamiento médico o educativo

En opinión de RICO (Medidas sustitutivas, p. 74 y ss.) existen diversas formas de sustituir la pena de prisión y para ello lo agrupa de la manera siguiente:

a. Medidas Punitivas

- Medidas punitivas, restrictivas de libertad que tienen un carácter, punitivo y no suponen una privación completa de la libertad (la semi libertad, el arresto de fines de semana, el trabajo obligatorio en libertad;
- Medidas pecunarias: la multa, la confiscación, la indemnización a la víctima, la reparación simbólica)
- Medidas humillantes como la reprensión

b. Medidas sustitutivas de seguridad

A diferencia de la anterior estas se caracterizan porque persiguen la protección de la sociedad contra la reincidencia y no la retribución o expiación de la falta cometida, y comprenden:

- Medidas de eliminación de la sociedad de los sujetos peligrosos (internamiento, expulsión de extranjeros),
- Medidas de control (confinamiento, sumisión a la vigilancia de las autoridades, el principio de oportunidad), y
- Medidas patrimoniales (confiscación, cierre de establecimiento, caución de buena conducta),
- Medidas restrictivas de libertad (prohibición de residir en un punto determinado, inhabilitaciones.

c. Medidas de Tratamiento

Son medidas de tratamiento médico o educativo, las que se destinan a la cura de los delincuentes, par-

ticularmente en los casos en que bien el comportamiento criminal del sujeto denota ciertas anomalías psíquicas o bien las circunstancias personales del delincuente merecen ser tomadas en consideración (RICO, p. 93).

En este contexto, se ubican en este grupo, las medidas medicinales (internamiento de criminales enajenados o anormales, el tratamiento médico obligatorio y las intervenciones quirúrgicas), las Medidas Educativas (condena condicional, libertad vigilada y la colocación del menor).

6. Otros criterios de clasificación

Dentro de las fórmulas para encontrar alternativas a la pena de prisión, podemos mencionar, la amplia fórmula prevista por GÓMEZ DE LA TORRE, FERRE OLIVE y SERRANO PIEDECASAS (p. 44 y ss), que no sólo mencionan como alternativa la despenalización real de la población carcelaria y su integración en los medios laborales y familiares, sino también otras formas para limitar la permanencia de los condenados en prisión, utilizando modificaciones al sistema tradicional de privación de libertad (vgr. arresto de fines de semana, condena condicional), en la búsqueda de alternativas a la pena de prisión (multa, vigilancia electrónica, y trabajo o prestaciones a favor de la comunidad) y la posibilidad de incorporar soluciones procesales para evitar la imposición de penas de prisión (principio de oportunidad).

F. Los sustitutivos penales en el derecho comparado

1. Descargo absoluto o condicional

Mediante esta medida se persigue omitir el pronunciamiento de la sanción al condenado por el tribunal, cuando se estima que no es necesaria, y puede ir acompañada de la condición de que el delincuente no realizará nuevamente otro delitos en un plazo determinado (Cfr. SAINZ CANTERO, p. 233).

2. El perdón judicial

Se trata del perdón otorgado por el juez, luego de la declaración de culpabilidad y de la condena del sujeto, y se otorga en atención a la insignificancia del delito cometido y a la personalidad del delincuente. Este sistema se aplica en los Países Bajos en caso de delitos de bagatela y en Italia a los menores sentenciados a menos de dos años de prisión, (FERNANDEZ MUÑOZ, p. 154).

3. Las *binding over*

El sujeto declarado culpable por el tribunal, no es condenado a una pena, si promete mantener una buena conducta, más si infringe se le condena a pagar una cantidad de dinero (SAINZ CANTERO, p. 233).

Con este sistema empleado en el Reino Unido y otros países el reo tiene que depositar un dinero que avale su comportamiento durante un tiempo; y si lo infringe, pierde la fianza y es sentenciado. El *binding over* puede sujetarse al cumplimiento de condiciones

(Francia) rehabilitación del delincuente, la disposición para reparar el daño causado y el cese de las molestias producidas por el delito (FERNANDEZ MUÑOZ, p. 150).

4. *Las amonestaciones o sanciones morales*

La amonestación “consiste en una advertencia que el juez dirige al acusado, haciéndole ver las consecuencias del delito que cometió, excitándolo a la enmienda y conminándolo con que se le impondrá una sanción mayor si reincidiera” (DEL PONT, p.693). Esta se efectúa luego de haberse declarado culpable el condenado, y ha sido considerada como una medida humillante (RICO, p. 84), que no tiene carácter intimidatorio en la gran mayoría de las situaciones.

De esta manera, se presenta como un medio apto para atenuar, modificar o sustituir la pena, sin duda más humano y razonable, al tiempo que satisface los intereses de la víctima y se vislumbra como un tratamiento adecuado del delincuente en aras que acepte su responsabilidad. (SANZ MOLAS, p. 379), cuando se trate de infracciones que no suponen un atentado grave a bienes jurídicos.

En nuestra legislación actual se contempla la Represión pública y privada como sustitutivo penal en los artículos 102 y 112 del Código Penal.

5. *La probation*

Una nota característica de la probation, es que el juez luego de haber comprobado la responsabilidad penal del acusado no le impone la pena, sino más bien que el sujeto queda obligado a cumplir una serie de

condiciones de carácter educativo y rehabilitador, durante un tiempo determinado (BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y otros, p. 45).

En general la probation tiene la ventaja de que los antecedentes penales no queda registrados porque el pronunciamiento de la condena queda en suspenso y el sujeto queda sometido a la vigilancia de un oficial de probation durante su libertad (SAINZ CANTERO, p. 234), siempre y cuando el sujeto cumpla con las condiciones estipuladas durante el período de prueba (DEL PONT, p.683).

6. *Sursis o remisión condicional*

Sursis es un modelo de suspensión de ejecución de la pena, en la que el tribunal declara la culpabilidad del sujeto y pronuncia la condena correspondientes, más suspende su ejecución, sometida a ciertas condiciones que debe cumplir el condenado. En nuestro país, está regulada la suspensión condicional o remisión de la ejecución de la pena. Además, de lo anterior, existe otro sistema en el derecho anglosajon que comprende la Probation.

7. *Prohibiciones de ejercer determinadas actividades o las inhabilitaciones*

Sostiene la doctrina que esta clase de pena puede aplicarse al sujeto luego de haberse declarado la culpabilidad, prohibiéndole ejercer determinadas actividades privadas como públicas. (SAINZ CANTERO, p. 234)

Las inhabilitaciones según algunos autores (RICO, p. 92) constituyen medidas restrictivas de libertades y derechos, y su finalidad es la de evitar que personas indignas o desprovistas de las capacidades necesarias realizan ciertas actividades. Existe una variedad de inhabilitaciones, (privación de derechos cívicos y políticos, de derechos de la familia, de permiso de conducir automóviles), que podrían ser aplicadas como medidas sustitutivas, y muchas de ellas han sido criticadas, ya que muchas de ellas “no tienen efectos intimidantes sobre las personas que no poseen sentido agudo del deber cívico, por su desigualdad, pues afectan más o menos duramente al condenado según la profesión que ejerce; y por su rigidez, pues hasta ahora se aplican obligatoriamente sin que el juez pueda efectuar la menor individualización (RICO, p. 93).

8. *Los servicios en provecho de la comunidad*

La obligación de efectuar trabajos gratuitos en provecho de la comunidad, constituye otra medida sustitutiva de la pena privativa de libertad, incorporada en el derecho comparado, que se circunscribe generalmente a trabajos manuales, y asistencia por determinadas horas que debe cumplir el condenado (SAINZ CANTERO, p. 235).

En este sentido, tenemos el trabajo comunitario, es decir, trabajos en beneficios de la comunidad o en bien de la comunidad que tiene como características: la voluntariedad, gratuidad, control judicial, ausencia de retribución, su objeto son las actividades públicas, es de carácter temporal y persigue respetar los

derechos del penado en cuanto no atenta a su dignidad (LAMO RUBIO, *Penas y*, p. 157 y ss. GARCÍA ARAN (*Fundamentos*, p.52)

En cuanto a su finalidad, el trabajo comunitario sostiene VALMAÑA OCHAITA (Silvia, *Sustitutivos penales y ..*, p. 177) que aporta al sistema de alternativas de la pena: de una parte, como manifestación del principio de prevención especial, su carácter regenerador; de otra su adecuación al principio de prevención general por lo que de reparación del daño causado a la sociedad entraña.

Con toda razón han indicado DE SOLA DUEÑAS (p. 62), GARCÍA ARAN, entre otros, que esta pena reúne una serie de condiciones que la configura como una alternativa capaz de evitar la desocialización del condenado, permitiéndole adquirir en algunos casos el hábito laboral y conectándolo con el medio social en lugar de apartarle de él”.

Coincidimos, entonces, que el trabajo comunitario tiene efectos positivos: a) en cuanto a la reducción del uso de la prisión, pues posibilita saldar su cuenta con la sociedad sin mengua para su libertad, su trabajo y en la tranquilidad de su hogar, b) tiene un carácter regenerador, como manifestación del principio de prevención especial y su adecuación al principio de prevención general permitiéndole al delincuente demostrar su intención de reparar el daño, c) impide el aislamiento que produce la prisión y le permite realizar tareas normales a que está acostumbrado y evita el hacinamiento de la cárcel, entre otras. CID MOLINE (*El trabajo*, p. 105 y ss., Kent, p.90 VAELO ESQUERDO (p. 37

No obstante, se señalan también dificultades para la aplicación de este sustitutivo (MARCO DEL PONT, p. 694) como son los siguientes:

1. falta de organismos y de servicios donde se pueda incorporar los individuos sujetos a este régimen de trabajo en favor de la comunidad.
2. la mala impresión que se tiene en los países con grandes porcentajes de desempleo, ya que sostiene que el sistema es injusto porque se le brinda trabajo a quien cometía delitos y no se le da esa oportunidad a los que no lo han cometido.
3. la posibilidad de conseguir “mano de obra barata” en perjuicio del resto de los trabajadores.

En lo que respecta a las condiciones de la pena de trabajo comunitario varían, y según la actual legislación española indica VAELLO ESQUERDO (p. 39) comprenden: el no atentar contra la dignidad del penado, su desarrollo esta bajo el control del Juez o Tribunal sentenciador, el trabajo es facilitado por la administración, no se supedita a logros económicos y gozará de seguridad social el penado, con las característica que dicha jornada de trabajo tendría una extensión máxima de ocho horas y mínima de cuatro.

Conforme a LASCURAIN SÁNCHEZ (p. 288) la sustitución de las penas punitivas de libertad en el nuevo Código Penal Español (1995) tiene como objetivos “la prevención especial positiva”, late en consecuencia del criterio de “primacía del fin de socialización del condenado sobre consideraciones de prevención ge-

neral en ciertos supuestos de delincuencia no grave” (GONZALO RODRIGUEZ MOURRULLO, *Comentarios*, p.).

En igual sentido ha coincidido VAELLO ESQUERDO (p.30) en que la individualización de la responsabilidad penal se hace efectuado en base a necesidades preventivo especiales, mientras que SÁNCHEZ YLLERA (p. 499) sostiene que rondan en tomo a esta institución el efecto preventivo, general y especial de la pena.

En tomo al fundamento de la sustitución es evidente que se renuncia al efecto intimidatorio del encarcelamiento a favor de una respuesta penal menos desocializadora que tenga en cuenta un estudio más concreto del autor del hecho delictivo, sus circunstancias personales -en el momento de la comisión del delito y en el momento de decidir sobre la ejecución de la pena- y su pronóstico del comportamiento futuro. Supone un paso adelante en favor de la aplicación judicial individualizado del sistema de penas anticipándolo, incluso, al momento de la ejecución IGNACIO SANCHEZ YLLERA.

9. La semilibertad (semidetención y el arresto de fines de semana)

9.1 Introducción

La medida restrictiva de libertad conocida como “semilibertad” (RICO, p. 76) pretendía que el beneficiario trabajara en libertad durante el día y se recluyera en el centro penitenciario en la noche, o que por el contrario lo hiciera los fines de semana y los días feriados (DEL PONT, p. 688).

En este sentido, se coincide que el régimen de semi libertad, transición entre la prisión y la vida libre, tiene enormes ventajas rehabilitadoras, y por esa razón fue incorporado en muchas legislaciones como Francia, Bélgica, los Países Bajos e inclusive México.

Es una institución que “permite al individuo permanecer en sociedad con su familia, no perder su trabajo reparar el daño”, aunque lo criticable es la ausencia de trabajo en la prisión por los talleres no funcionan en fines de semana.

Ahora bien, en los últimos tiempos se ha dado, cabida a los “arrestos de fines de semana” en otros países, que implican para el condenado la obligación de permanecer en un centro penitenciario los días sábado y domingo, empleándose la misma para delitos con penas cortas privativas de libertad.

El sistema es variado en los países, en algunos casos la privación de libertad se limita a las horas de la noche, o al tiempo que no esta ocupado por el trabajo, o este estudiando o sometido a tratamiento médico (Cfr. FERNÁNDEZ MUÑOZ, p. 140).

9.2 El arresto de fines de semana

Se entiende por pena de arresto de fines de semana o arresto de tiempo libre aquella pena privativa de libertad consistente en el internamiento del condenado en un centro penitenciario, depósito municipal o centro policial; más próximo al domicilio de aquél, durante un número de horas a la semana, que coinciden con el tiempo de ocio del sujeto, durante tantas unidades semanales como se establezca en la sentencia condenatoria. (VALMAÑA OCHAÍTA, Silvia, *Sustitutivo*, p. 11).

El arresto de fines de semana o arresto semanal (MAPELLI CAFFARENA /TERRADILLOS BASOCO (p. 85) consiste según otros en la obligación del reo de pasar el fin de semana recluido en la institución penitenciaria (ELÍAS CARRANZA y otros, *Sistemas penitenciario*, p. 52).

La pena de arresto de fines de semana, nace como forma de ejecución de las penas cortas privativas de libertad, como una “experiencia o ensayo penitenciario”, una forma para la ejecución de las penas cortas privativas de libertad, frente a la ejecución normal y de carácter continuo, concretamente en Bélgica en 1963, como forma de ejecución, sin considerarlo como pena autónoma o independiente (HIGUERA y GUIMERA).

En este sentido, afirma VARONA GÓMEZ (p. 148) siguiendo a HIGUERA GUIMERA que nació y se concibió para hacer la condena carcelaria más humana y menos desocializadora, en definitiva, como un mecanismo equiparable a otros beneficios penitenciarios como el tercer grado o la libertad condicional y añade el autor, que aunque se introduzca en los ordenamientos jurídicos como sanción penal autónoma, parece que sigue pesando su procedencia penitenciaria, ligada a un propósito de humanización de las penas carcelanas y no a un afán decidido por encontrar sanciones alternativas a la pena.

Por otro lado, el arresto de fines de semana se ha configurado también en el derecho comparado, como una medida de seguridad (vgr. En la ley de Peligrosidad y rehabilitación social española, con fines de prevención especial considerándose como aberración jurí-

dica (SAINZ CANTERO, p. 242) o en una dualidad de pena privativa de libertad, autónoma o independiente.

Sobre el fundamento de esta institución se han presentado diversas tesis, las que alegan la necesidad de evitar suprimir las penas cortas privativas de libertad y buscar otras alternativas, y las que sostienen que reside en la voluntad de evitar la prisión en delitos graves o faltas (MIR, 1996, p. 706).

Lo que sí estamos claros que su idea central es el propósito de humanización de las penas (VARONA GÓMEZ (p. 147), está orientada hacia la prevención especial, HIGUERA GUIMERA(p.89) y tiene enormes ventajas porque no aísla al condenado de su entorno de relación social, y puede seguir haciendo su vida familiar, no pierde su trabajo o empleo, y puede seguir su vida profesional y por último, en general elimina los inconvenientes de la pena privativa de libertad, pues no lo expone al contagio criminal y a la subculturas del mundo de las prisiones y cárceles. LORENZO SALGADO (p.179).

En lo que respecta a las características de la pena de arresto de fines de semana, si bien se reconoce en general como una pena privativa de libertad, no faltan aquellos que rechazan tal consideración afirmando que es una modalidad de la misma (ROBLEDO RAMÍREZ, p. 335).

Y es que se trata de una pena distinta a la prisión tradicional ya que se ejecuta los fines de semana (VERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y otros, p. 48), se cumple de manera intermitente o discontinua (BOLDOVA PASA-

MAR/ALASTUEY DOBON, p.101 MAPELLI CAFFARENA. p.85), o para otros continua porque lo que se fracciona es la ejecución cumpliendola sábados a primera hora, hasta las primeras horas del lunes o últimas del domingo (SAINZ CANTERO, p.235).

Sobre la duración y extensión de la pena de arresto de fines de semana, varía de acuerdo a las legislaciones algunas establecen un máximo de 36 horas, en el caso de Panamá son 48 horas, otras por el contrario fijan fechas de ingreso del condenado los días viernes como hora de entrada y salida el domingo, y excepcionalmente se pueden fijar otros días distintos para su cumplimiento..

Algunos opinan (HIGUERA GUIMERA, p. 108) que el criterio de cumplimiento de las 36 horas no es convincente y sugiere que el mismo se fije en 30 horas, en el sentido de que el arrestado ingresa a las 16:00 horas de la tarde del sábado y saldrá a las 20:00 horas del domingo; alegando que se atenta contra los propios fines que persigue efectivamente esta nueva pena, que no se perturbe la vida familiar y laboral, propuesta más justa y racional porque no son horas adecuadas para dejar en libertad a una persona. Además de lo anterior que la duración de treinta horas podría fomentar el más exacto cumplimiento de la pena VALMANA OCHAITA (p. 118), en tanto de que, de alguna manera, se estaría computando el tiempo que el sujeto invertirá en su desplazamiento hacia y desde el centro penitenciario.

En cuanto a los lugares para su cumplimiento, en algunas legislaciones se establece que debe cumplir-

se en el centro penitenciario más cercano del domicilio, sin embargo, el problema más grave en cuanto a la ejecución de la misma estriba en que en muchos países no hay establecimientos penitenciarios exclusivos para ello y por otro lado, en nada se favorece al condenado de esta pena si no hay separación de los condenados peligrosos respecto de estos sujetos (BERDUGO, p. 49), además de que se considera que los condenados a penas de arresto de fines de semana también deben ser clasificados en dos grupos: los de régimen de absoluto cumplimiento en aislamiento y el segundo grupo, la técnica de la psicoterapia en grupo puede resultar el tratamiento más adecuado (SAINZ CANTERO).

10. El arresto domiciliario y el confinamiento

Con este tipo de pena el condenado no cumple la pena en la cárcel, sino en su domicilio, suele aplicarse a personas mayores de 65 años de edad o en estado de incapacidad médica cuando no le permita estar en prisión, en algunos casos cuando la sentencia no excede de 30 días. (FERNANDEZ MUÑOZ p. 142)

10.1 La multa

Es una pena de carácter pecuniario o patrimonial impuesta de manera principal o autónoma en las legislaciones extranjeras, sin embargo, en los últimos tiempos se ha propuesto para sustituir la pena privativa de libertad, sin embargo, algunos autores son partidarios de la modalidad de Pena de días multa,

ya que puede cumplir fines preventivos generales y especiales que se exigen a la pena. (BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y otros, p. 46)

10.2 La libertad vigilada, la vigilancia electrónica y el confinamiento

La libertad vigilada en algunos países se estima como una medida de seguridad, en otros como un sustitutivo penal o alternativa de la penal.

Los casos de libertad vigilada del declarado culpable, han sido utilizados en la "probation", como "sustitutivos de la pena de prisión", estableciéndose por parte del condenado el compromiso de someterse a la vigilancia de un oficial durante su libertad. En este sentido la nota característica de la probation, con respecto a la condena condicional, es que en la primera el juez luego de haber comprobado la responsabilidad penal del acusado no le impone la pena, sino más bien lo obliga a cumplir una serie de condiciones de carácter educativo y rehabilitador, durante un tiempo determinado (BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y otros, p. 45) mientras que en la última, se dicta la sentencia condenatoria, pero no se ejecuta, quedándose condicionada su ejecución. En este contexto, la probation previsto en el sistema inglés tiene la ventaja de que no quedan registrados antecedentes penales y se le brinda asistencia y orientación individual, supone la suspensión de la ejecución de la condena (RICO, p. 97).

Por otro lado, también tenemos la libertad vigilada como una alternativa a la pena de prisión luego que el condenado a cumplido dos terceras parte de

la pena en un centro penitenciario, como sucede en nuestra legislación y a la cual vamos a referirnos más adelante.

En lo que respecta a la “vigilancia electrónica” o los monitoreos electrónicos, se han introducido como una alternativa en los casos de arresto domiciliarios, (BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, p. 46) o alternativas a las penas cortas privativas de libertad.

Pero además de ello, se indica (ESCOBAR MARULANDA, “*los monitoreos* ., p. 204) que los monitoreos electrónicos, se han empleado: a) en sustitución a la probation o libertad condicional, b) como una condición más para conceder la probation o la libertad condicional c) como condición para salir a trabajar y d) como control de una regla que implique el cumplimiento de un horario.

El monitoreo electrónico, es utilizado en Estados Unidos, el Reino Unido, Suiza, Canada, entre otros, y consiste en un mecanismo de control electrónico que permite saber donde se encuentra una persona, donde se desplaza o si se ha alejado o no de un área determinada. (CID LARRAURI, ESCOBAR MARULANDA, p. 203).

La vigilancia electrónica se realiza a través de diversas modalidades, pulseras o collares conectadas al sujeto que emiten señales electrónicas sobre su ubicación en la cual el sujeto no debe alejarse más de 60 metros de un aparato, en otros casos en brazaletes, que se colocan en la muñeca o el tobillo (monitoreos electrónicos) que envían señales y advierten al operador si la persona se ha trasladado a otro lugar.

Sobre la vigilancia electrónica, y el monitoreo electrónico se han señalado aspectos positivos y ventajas, entre otros, que promueve la resocialización, evitando el desarraigo social y familiar que produce la cárcel, reduce la población penitenciaria, pero se advierte que quedan muchas cuestiones por resolver, como son por ejemplo los efectos de este mecanismo con respecto al derecho a la dignidad e intimidad de la persona (ESCOBAR MARULANDA, p. 219).

Antes de terminar, tenemos el confinamiento que es otra alternativa a la pena de prisión, que consiste en que el juez obliga al culpable a residir en un lugar o región determinada, bajo la vigilancia de las autoridades, y contrapuesto a ello tenemos la prohibición de residir en determinado lugar, cuyo fin es alejar al delincuente de ciertos lugares peligrosos o prohibidos que lo conducirían al delito.

III. LOS SUSTITIVOS PENALES EN EL CÓDIGO PENAL DE 2007. LA SUSPENSIÓN Y REEMPLAZO

A. Introducción

Previamente hemos abordado desde un punto de vista político criminal moderno los problemas que plantean las penas privativas de libertad pues está demostrado que no cumplen con la función de resocializar al delincuente, de ahí que se haya recomendado el establecimiento de “sustitutos penales”, como una

alternativa de resocialización del delincuente dentro de la sociedad.

“Se trata en el fondo de un nuevo sistema penitenciario. La meta es la rehabilitación en libertad, el camino el tratamiento en semi-libertad como puente entre la privación de libertad y el alcance total de ella de acuerdo con la reincorporación a la sociedad”. (CARRANCA y RIVAS, *Sustitutivos de la pena privativa de libertad en la legislación mexicana*, p. 727).

En nuestro país tenemos regulado la Suspensión condicional de la ejecución de la pena (art.98), conjuntamente con el reemplazo de las penas cortas (art.102-112), además de otras instituciones como son la libertad vigilada, libertad condicional y el aplazamiento.

B. La Suspensión condicional de la ejecución de las penas

1. Introducción

La suspensión condicional regulada en los artículos 98 a101 del Código Penal del 2007, también se le conoce como Condena Condicional, o Remisión Condicional o Suspensión Condicional de la ejecución de la pena.

El Artículo 98 dice lo siguiente: La suspensión condicional de la ejecución de la pena procede, de oficio o a petición de parte, en las penas impuestas de prisión que no exceda de tres años, de arresto de fines de semana, de prisión domiciliaria o de días-multa.

El término de suspensión será de dos a cinco años a partir de la fecha en que la sentencia quede en fir-

me y en atención a las circunstancias del hecho y a la extensión de la pena impuesta. La suspensión de la pena no suspende el comiso.

En cuanto a sus orígenes se considera que ha sido aplicada en épocas antiguas en el derecho romano con la “severa interlocutio”, más suele atribuirse por otros al derecho anglosajon (1842), y al sistema belga francés (1888-1891) que es cuando adquiere mayor auge e influencia a través de un movimiento internacional a favor de la condena condicional (CANDIL JIMENEZ, “Consideraciones sobre la condena condicional, su regulación en la legislación alemana, Separata de documentación Jurídica, No. 3, julio-set, 1994, p. 831 y ss.).

2. Nociones fundamentales

Cuando se habla de suspensión condicional de la ejecución de la pena debe entenderse como una facultad que la ley confiere a los tribunales para renunciar a la ejecución de la pena impuesta, otorgándole el beneficio al condenado de cumplir la pena fuera del centro penitenciario.

En nuestra legislación penal vigente, el código establece que es una facultad que se le confiere a los tribunales para suspender condicionalmente de oficio o a petición de parte, la ejecución de la pena que no excede de dos años de prisión (art. 98).

Por lo que respecta a los sistemas que en la actualidad rigen para la Suspensión condicional de la Ejecución de la pena, podemos señalar el Sistema francés, el Sistema angloamericano (probation), el Sistema

Continental Europeo (Sursi), el Sistema Franco-belga, entre otros (Cfr: ANGEL DE SOLA DUEÑOS, y otros).

a) El Sistema francés

En el sistema francés se distinguen dos sistemas de Suspensión, la suspensión con sometimiento a prueba (Sursis avec mise a "Lepreuve) y la Suspensión simple (sursis simple). Con la primera, el sujeto queda sometido a cumplir una serie de condiciones, tales como medidas de vigilancia, mientras que en el segundo, similar a la suspensión condicional, el sujeto no queda sometido a una vigilancia ni se le proporciona asistencia.

b) El sistema Anglo-americano

Con este sistema no se produce la suspensión de la ejecución impuesta, sino el pronunciamiento de la condena por un término de prueba, bajo vigilancia de un funcionario especial (probation officer).

c) Sistema Continental Europeo

Este sistema consiste en que se suspende condicionalmente la pena impuesta por la sentencia con un término de prueba, sin quedar el sujeto sometido a vigilancia, y en caso de que se cometa un nuevo hecho punible, debe ejecutarse la pena.

d) Sistema Franco-Belga (sursi)

Mediante este sistema se pronuncia la condena, pero se suspende su ejecución o cumplimiento que-

dando el sujeto sometido a un período de prueba y sin que implique ninguna obligación.

De los sistemas enunciados, coincidimos con GARRIDO GUZMAN y LANDECHO (p. 579) que los dos sistemas más extendidos (europeo y anglo-americano) presentan ventajas y desventajas, tales como por ejemplo, que con el sistema europeo quedan los antecedentes penales anotados en los registros, mientras que con el sistema anglosajón, al no dar lugar a pronunciamiento de la condena no hay inscripción en el Registro de los penados, preservando mejor al delincuente del estigma infamante que significa la sentencia condenatoria.

En lo que respecta a la naturaleza jurídica de la suspensión condicional, depende en gran parte, del sistema, caracteres, efectos modalidades que en cada caso se asignen o mantengan en torno a ella (NUÑEZ BARBERO, p.14), de ahí que se plantee como una medida de corrección, un medio de individualización de la pena, o un medio de reacción penal, (PEÑA CABRERA, p. 392), en otros casos es un modo de extinción del delito o de la pena (MANZINNI, p. 180), es un acto de gracia, o más bien una sanción moral (ANTÓN ONECA, p. 561).

Así tenemos que para SOLER (p. 421 y ss), la suspensión condicional debe en parte, ser considerada como advertencia dirigida a un delincuente primario (p. 421 y ss), mientras que MAURACH (p. 509) "admite que es una medida judicial, que representa en su ropaje formal, una especial pena privativa de libertad, y materialmente una medida de corrección".

Por otro lado, al examinar el fundamento de la suspensión condicional de la ejecución de la pena puede apreciarse que descansa en razones de política criminal, pues precisamente “se puede renunciar a la ejecución de la misma o incluso a la imposición de la pena misma, si ésta no es indispensable desde el punto de vista de la prevención general y no está indicada desde la perspectiva de los fines de la prevención especial”. (QUINTERO OLIVARES, p. 644)

Lo anterior implica, que se hace necesario limitar a lo imprescindible la aplicación de la pena sobre todo a delincuentes primarios en los cuales la sanción moral es suficiente para que en lo sucesivo se aparten del camino, además de que hay que evitar el mayor número de personas en las prisiones., en otras palabras se pretende con la suspensión sustraer a los delincuentes primarios del ambiente carcelario con el fin de procurar su enmienda y reeducación (LANDROVE (1985, p. 69).

En conclusión, la suspensión condicional tiene efectos positivos: a) El período de suspensión de la pena ejerce sobre el condenado una singular eficacia educadora. b) Evita la reincidencia porque estimula al penado al no delinquir en el plazo señalado y así alcanzar la remisión definitiva de la pena, al tiempo que evita al condenado el ingreso en la prisión durante un tiempo, que aunque corto para lograr su corrección puede ser largo para estigmatizarlo, 3) La remisión condicional permite que los familiares del reo no queden abandonados moral y económicamente”.

3. Requisitos

A continuación pasaremos a abordar los requisitos de la suspensión condicional de la ejecución de la pena en la legislación penal panameña, tomando los artículos 99 a 101 del Código Penal del 2007 que dicen lo siguiente:

Artículo 99. “Serán condiciones indispensables para suspender la ejecución de la pena:

1. Que el sentenciado sea delincuente primario y no haya incumplido la obligación de presentarse al proceso;
- y 2. Que el sentenciado se comprometa o haga efectiva la responsabilidad civil, si se le hubiera condenado a ello, en el término establecido por el Tribunal.

Estas condiciones no se aplicarán cuando sea una persona sancionada por delito contra la libertad e integridad sexual, en perjuicio de una persona menor de catorce años de edad”.

Artículo 100- “La suspensión condicional de la ejecución de la pena será revocada por el Juez de Cumplimiento:

1. Cuando el sancionado no cumple las obligaciones impuestas; o
2. Cuando el sancionado es investigado por la supuesta comisión de un nuevo hecho punible y este es elevado a juicio. La revocatoria implica el cumplimiento íntegro de la pena suspendida”.

Artículo 101. Vencido el término de suspensión, si el sentenciado ha cumplido todas las obli-

gaciones que le hayan sido impuestas, el Juez dictará resolución mediante la cual declarará extinguida la pena”.

a) Tipos de penas sujetas a suspensión condicional

De conformidad con la legislación vigente, la suspensión condicional puede otorgarse tratándose de penas de prisión que no excedan de tres años, de arresto de fines de semana, de prisión domiciliaria o de días multa (art.98).

Una revisión legislativa y doctrinal sobre esta institución permite apreciar que la misma ha estado relacionada con la pena de prisión, como así lo tenía regulado el Código Penal de 1982, para penas no mayores de dos años de prisión. A estos efectos acertadamente sostenía la doctrina que la suspensión condicional sólo puede ser aplicable a las penas de privación de libertad y no a otros tipos de pena, y en principio sólo a las de duración no superior de un año impuesta por el tribunal. (Cfr. CUELLO CALON, p. 640).

b) La conducta del reo antes y después del hecho delictivo

La suspensión condicional, debe tomar en cuenta los antecedentes del reo, naturaleza jurídica del hecho realizado y las circunstancias o elementos que concurrieron en el mismo, para efectos de su concesión (RODRÍGUEZ DEVESA, p. 913), pues su comportamiento previo, hace presumir que “no volverá a delinquir (CURY, p. 364).

En efecto, coincide la doctrina que este se constituya como un elemento para que los tribunales puedan resolverlo esa presunción, aunque en la práctica se resuelve con la verificación de los “antecedentes penales” o la declaración de testigos, pero no con una investigación seria acerca de sus creencias, concepciones religiosas, su carácter, y temperamento, etc.(Cfr. BERNARDO GESCHE, La remisión condicional de la pena, p. 28).

c) El sujeto sea delincuente primario y cumpla con la obligación de presentarse en el proceso

Tradicionalmente la suspensión condicional fue un beneficio que favoreció de manera exclusiva a los delincuentes primarios y no a los reincidentes, sin embargo, a partir del Código Penal del 2007, se establece un concepto *sui generis* de delincuente primario en el artículo 102 de la siguiente manera:

“Para los efectos de la ley pNeal, será considerado delincuente primario quien no ha sido sancionado o sentenciado por autoridad judicial competente dentro de los últimos diez años”.

d) Que se comprometa a efectuar la responsabilidad civil

La suspensión condicional de la ejecución de la pena no afecta la reparación de los daños causados por el delito (SOLER p. 424 y ANTOLISEL, p. 550); y en algunas legislaciones se subordina el cumplimiento a la obligación de resarcir, restituir o reparar el daño.

4. *Condiciones, Obligaciones, efectos y aplicabilidad*

La suspensión condicional es un beneficio procede de oficio o a petición de parte, y durante el término de la suspensión el sujeto debe cumplir con las obligaciones impuestas por el Tribunal, no debe cometer un nuevo hecho delictivo ni haber sido investigado por la supuesta comisión del mismo y este es elevado a juicio.

En cuanto a las condiciones previstas en la ley, no se aplicarán cuando sea una persona sancionada por delito contra la libertad e integridad sexual, en perjuicio de una persona menor de catorce años de edad”.

El incumplimiento de esas obligaciones produce la revocación de la suspensión condicional, y por ende, el cumplimiento de la pena de manera íntegra que había quedado en suspenso (art.101), y a contrario sensu, vencido el término de la suspensión, se considera extinguida la pena.

Antes de terminar, cabe señalar, que el precepto establece dos condiciones para que se de la revocación de la suspensión, muy similares al Código Penal de 1982, salvo lo previsto en el segundo párrafo, que dista de la anterior que ahora indica que el sancionado es investigado por la supuesta comisión de un nuevo hecho punible y este es elevado a juicio.

No cabe duda, que el legislador ha incluido aquí una condición “sui generis”, contraria desde el punto de vista dogmático y jurídico penal, pues la legislación vigente se adelanta a revocar la suspensión con-

dicional, basado en un pronóstico no comprobado de peligrosidad del sujeto lo cual es sumamente riesgoso, porque se pone en peligro la libertad del sujeto, por una mera presunción sin haberse comprobado la culpabilidad del hecho que se le imputa.

C. El Reemplazo de las Penas Cortas

1. *Nociones previas*

La denominación de este Capítulo II, sigue en general lo previsto en el Código Penal de 1982, con la diferencia que la legislación vigente determina como penas cortas la de prisión no mayor de cuatro años, y el arresto de fines de semana.

Y es que la legislación derogada, abarcaba como penas cortas privativas de libertad aquellas penas de prisión inferiores a un año, siguiendo lo señalado por la doctrina. Así las penas cortas privativas de libertad explicaba QUINTERO OLIVARES (p.80) son aquellas cuya duración es inferior a los seis (6) meses o aquellas “cuya duración no es suficiente para poder aplicar al condenado un tratamiento reformador”; mientras que las “penas largas privativas de libertad” serían aquellas que no se encuentran comprendidas en el supuesto anterior.

En lo que respecta a las penas cortas privativas de libertad, valga señalar, que han sido criticadas porque no dan suficiente tiempo para lograr siquiera intentar mínimamente la resocialización, y en cambio son frecuentemente criminógenas, porque pueden servir de escuela de criminalidad” (CUELLO CALÓN, La Moderna

penología, pág. 589), por lo que desde el punto de vista político criminal se promueve la aplicación de este sustitutivo penal, mediante la reprensión pública y privada, o en otros casos en la conversión en días multa.

2. *El reemplazo de las penas cortas en el Código Penal del 2007*

2.1 Consideraciones previas

Este capítulo regula el Reemplazo de las penas cortas, sustitutivo penal como hemos señalado con antecedentes en el Código Penal de 1982, y ha sido reformado en primer término, por la Ley 4 de 17 de febrero de 2017, con miras a que se cumpla el principio de reinserción social y con fines de evitar el hacinamiento carcelario. En segundo lugar, mediante la Ley 21 de 2018, que lo limita en caso de los delitos contra la libertad e integridad sexual en perjuicio de menores de catorce años.

En la legislación vigente, como veremos el reemplazo tiene ciertas particularidades, porque no solo es un sustitutivo para las penas de prisión no mayor de un año, sino que comprende ahora las penas de prisión mayores de cuatro años y la pena de arresto de fines de semana.

En primer lugar, llama la atención la deficiente técnica legislativa que puede apreciarse en este precepto, porque los supuestos de reemplazo que son tres debieron aparecer enlistados de manera coherente. En segundo término, porque resulta contradictorio con el principio de legalidad, porque la reforma penal

del 2017, desconoce el artículo 112 del Código Penal del 2007, que regulaba la reprensión en los mismos términos del artículo 102 derogado. En consecuencia, a partir de la reforma tenemos dos preceptos que regulan la reprensión pública y privada, en el primero, la pena puede ser sustituida siempre que no sea mayor de dos años de prisión, mientras, que en el otro, la pena no debe ser mayor de un año (art.112).

De igual forma este precepto establece el concepto penal “sui generis” de delincuente primario, para efectos de la suspensión condicional y del reemplazo, y es recomendable a corto plazo la reforma legal en materia de reprensión pública y privada.

Por lo que respecta al tercer párrafo en todo caso debió señalar que no se aplica la suspensión condicional tratándose de sujetos que hayan sido sancionados por delito contra la libertad e integridad sexual, en perjuicio de una persona menor de catorce años de edad.

Finalmente, cabe destacar, que la doctrina es partidaria de este sustitutivo penal, porque sirve para la defensa social y la readaptación por vía de prevención especial (GARCÍA RAMÍREZ, Introducción, p. 44).

2.2 El reemplazo de las penas cortas en el artículo 102 del Código Penal del 2007

2.2.1 Introducción

El Artículo 102 dice lo siguiente:

“El Juez de Conocimiento, al dictar sentencia definitiva, podrá reemplazar las penas cortas

privativas de la libertad, siempre que se trate de delincuente primario, o aplicar de forma mixta, en concordancia con el principio de reinserción social y con la realidad del hacinamiento carcelario, por una de las siguientes:

1. La pena de prisión no mayor de cuatro años, por arresto de fines de semana, días-multa o trabajo comunitario.
2. La pena de arresto de fines de semana, por trabajo comunitario o días-multa y viceversa.

Si la pena de prisión impuesta no excede de un año, podrá reemplazarla por reprensión pública o privada, atendiendo al tipo de delito cometido. Para los efectos de la ley penal, será considerado delincuente primario quien no ha sido sancionado o el sentenciado por autoridad judicial competente dentro de los últimos diez años”

Del precepto citado se observa que se contempla el reemplazo para los delincuentes primarios, que tiene por objeto la reinserción social y evitar el hacinamiento carcelario y que el reemplazo consiste en la conversión de la pena de prisión no mayor de cuatro años y la pena de arresto de fines de semana, y en segundo lugar, en la reprensión pública o privada.

2.2.2 La Reprensión

Por lo que respecta a la Reprensión pública o privada, su aplicación en el artículo 102 es para penas de prisión que no excedan de dos años según la Ley 4 de 2017, aunque como consecuencia de la deficiente técnica legislativa la reforma penal del 2017, desco-

noce el artículo 112 del Código Penal del 2007, que ya regulaba la reprensión para hechos no mayores de un año de prisión.

Se entiende por “reprensión” la amonestación de solemnidad dirigida al condenado en audiencia pública del Tribunal o privada aplicables a individuos culpables de hechos de escasa gravedad dotados de sentimiento de la propia dignidad” (CUELLO CALÓN, La moderna penalología, p. 597).

Este sustitutivo penal considerando como una pena moral (RODRÍGUEZ, RAMOS, p. 185) o una medida humillante (RÍOS, José Ma., Medidas sustitutivos de la pena de prisión, p. 73), tiene su origen en el derecho romano con la “severa interlocutio” y en el Derecho canónico con la “monitio canonica”.

De conformidad con el Código Penal vigente la reprensión puede ser de dos formas: Reprensión Pública y Reprensión Privada (arts.102-112).

La Reprensión Pública, se caracteriza porque el sancionado la recibe personalmente en audiencia pública, es decir, a puerta abierta, mientras que en la Reprensión privada, el sancionado la recibe en audiencia a puerta cerrada.

En cuanto al contenido de la Reprensión pública o privada, el art. 112 señala que consiste “en la advertencia conminatoria de que si delinque en el plazo de un año se le hará cumplir, junto a la nueva pena por el hecho en que ha incurrido, la que le fue sustituida por la reprensión”.

Es requisito fundamental para que opere la sustitución impuesta por el tribunal, por la represión, que se trate de una pena privativa de libertad cuya duración no sea mayor de dos años (art. 112), o en otro caso no exceda de un año de prisión (art. 112).

Por otra parte, cabe destacar que la represión como sustitutivo de las penas cortas privativas de libertad, ha sido objeto de severas críticas porque como, opina CUELLO CALON (La moderna penología, p. 597) “no se puede tener influjo más que sobre aquellos delincuentes en los que se mantiene aún viva el sentimiento de la propia dignidad, sobre los desprovistos de sentido moral no producirá efecto alguno”.

Por su parte, LANDROVE (Las consecuencias del delito, 1976, p. 85) indica que la represión pública ha sido puesta en “tela de juicio” por la doctrina, aunque cumpla una función sustitutoria de las penas cortas privativas de libertad.

En nuestro derecho patrio MUÑOZ RUBIO Y GUERRA DE VILLALAZ, (Observaciones, p. 9) al revisar el anteproyecto de código penal de 1970, señalaron en sus observaciones que esta medida era innecesaria toda vez que podrían ser solucionados estos casos a través de la Suspensión condicional de la ejecución de la pena, en algunos países está regulada la misma, aunque en la legislación española a partir del Código Penal de 1995 desapreció..

Ahora bien, desde otro aspecto, BOIX REIG y VIVES ANTON (p. 21) y Otros (BERENQUER, la reforma penal de 1989, TIRANT LO BLANCH, Barcelona, 1989, p. 44), manifiestan que es acertado la conservación de la represión

pública, en la legislación española tras la reforma de 1989, toda vez que su eficacia es potencialmente mayor con respecto a la represión privada, y parece una “pena propia de un país civilizado que siente respeto por sus instituciones, y no está demás indicar que se hace uso de la misma en los tribunales anglosajon.

IV. EL APLAZAMIENTO Y SUSTITUCIÓN DE LA PENA PRINCIPAL

A. Introducción

En el Capítulo IV bajo el título de aplazamiento y sustitución de la ejecución de la pena principal, se consagran cuatro supuestos en los cuales se puede aplazar y sustituir las penas de prisión, arresto de fines de semana o de días multa por una pena de prisión domiciliaria, en determinadas situaciones en que la persona sancionada se ve impedida de cumplir o continuar con la ejecución de la pena, que comprenden los siguientes supuestos: a) Persona mayor de 70 años o más, b) Mujer grávida o recién dada a luz, c) Persona que padezca enfermedad grave, científicamente comprobada que le imposibilite su cumplimiento de la pena, y d) Persona que posea discapacidad que no le permita valerse por sí misma.

Es importante recordar que tanto la suspensión condicional, el reemplazo y el aplazamiento de la ejecución de la pena constituyen *sustitutivos penales* por lo que hubiera sido recomendable ubicar estos mecanismos legales bajo un mismo capítulo denominado de

sustitución de las penas, haciendo la distinción entre los diferentes tipos de substitutivos.

B. El aplazamiento

El tema del aplazamiento de la ejecución de la pena en el derecho comparado y en la doctrina ha sido estudiado con poco detenimiento, y normalmente es una institución que aparece en los textos legales dentro de las disposiciones relativas a la Ejecución de la pena, y muy pocas veces se le da un calificativo o denominación especial, o se le da una ubicación en un epígrafe o capítulo dentro del texto legal.

Ciertamente, que el fundamento de esta institución tiene en miras el respeto a la dignidad de la persona humana, que en situaciones especiales se ve impedida de cumplir con la ejecución de la pena impuesta por tribunal, o de continuar con la ya impuesta, o por razones simplemente de política criminal moderna.

En el derecho comparado siguiendo los códigos penales hemos podido apreciar diversos sistemas: aquellos que consagran únicamente el aplazamiento para los que padecen de enfermedad mental al momento de ejecutar la pena, los que lo destinan para las mujeres en estado de gravidez, y por último, los que la establecen para las personas en peligro inminente de muerte.

Por otra parte, no faltan autores como RANIERI (p. 59) que prefieran distinguir entre un aplazamiento o suspensión obligatoria y aplazamiento o suspensión facultativa. En el primer caso, el aplazamiento

se presenta cuando la mujer que está embarazada o ha dado luz con anterioridad menor a seis meses, o cuando el condenado a muerte ha presentado una solicitud de gracia.

Por su parte, el aplazamiento facultativo, recae sobre una solicitud de gracia de aplazamiento de pena pecuniaria o también cuando el condenado a pena de detención se encuentra en estado de grave enfermedad física, o cuando la mujer ha dado a luz más de seis meses y no hay modo de confiar al hijo a persona distinta de la madre, sin dejar de mencionar los supuestos en que el condenado sobreviniere enfermedad mental durante la ejecución de la pena.

Por lo que respecta a nuestra legislación vigente se consagra cuatro supuestos en los cuales se puede aplazar y sustituir las penas de prisión, arresto de fines de semana o de días multa por una pena de prisión domiciliaria, en determinadas situaciones en que la persona sancionada se ve impedida de cumplir o continuar con la ejecución de la pena, que comprenden los siguientes supuestos:

- a) Persona mayor de 70 años o más,
- b) Mujer grávida o recién dada a luz,
- c) Persona que padezca enfermedad grave, científicamente comprobada que le imposibilite su cumplimiento de la pena, y d) Persona que posea discapacidad que no le permita valerse por sí misma.

Ahora bien, en nuestra opinión no se regula de manera apropiada el aplazamiento de la pena, y se

aborda la materia en general, desde el criterio de la sustitución de la pena principal, salvo el supuesto de la mujer embarazada (artículo 108), donde se refleja la naturaleza del aplazamiento y expresamente indica que continuará cumpliendo la pena impuesta, luego de que haya dado a luz o el niño haya cumplido un año de edad.

En este contexto, de manera categórica el artículo 109 determina que la pena se aplaza en el caso de la mujer grávida o recién dada a luz hasta que el niño cumpla un año de edad, de manera que posterior a ella deba continuar con la pena impuesta. En este contexto, estamos ante un aplazamiento de la pena, porque esta se suspende o se difiere, y se reemplaza o sustituye por la prisión domiciliaria, y posterior a las condiciones que establece la ley, debe continuar con el cumplimiento de la misma.

De igual forma, se regula por un lado, la potestad institucional del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, para evaluar si el imputado debe ser transferido a un centro penitenciario para continuar con la pena impuesta, por motivos de enfermedad (art.111), pues si desaparecen esos elementos en los sujetos indicados, debe ingresar nuevamente al centro penitenciario.

En consecuencia el código penal en su artículo 110 establece reglas procedimentales respecto a quien es la autoridad competente para evaluar a las personas que se encuentran en tales condiciones a fin de que puedan acogerse a la prisión domiciliaria o en su defecto continuar con la pena de prisión. Y si bien del

presente precepto se infiere que todos los supuestos previstos en el artículo 108 están sujetos al aplazamiento y cumplimiento posterior de la pena cuando se den las situaciones, cabe señalar, que solo el artículo 109 es el único que de manera expresa determina el aplazamiento de la pena a la mujer grávida y su eventual cumplimiento de la condena.

V. LIBERTAD CONDICIONAL

A. Introducción

La libertad condicional o liberación condicional, es un “sustitutivo de la ejecución de la pena que integra el último grado del sistema penitenciario (QUINTERO OLIVARES (p. 647) que en opinión de VELÁZQUEZ, (Derecho Penal, p. 685) esta dirigido hacia las penas privativas de larga duración, que busca a través de la rebaja del resto de la pena, estimular al reo para que observe buena conducta y recobre su libertad, y obtenga durante el período de prueba la readaptación social.

Con la libertad condicional se impone el principio de enmienda, en el sentido de que luego que el condenado ha expiado parte de la pena y ha dado prueba constante de buena conducta, puede presumirse legítimamente su arrepentimiento, y es equitativo ponerlo en libertad bajo determinadas condiciones (MAGGIORE, p.387).

En este contexto, el fundamento de la Libertad condicional se encuentra en la enmienda del reo que luego de haber cumplido parte de la pena, lo que procede para efectos de los fines de la misma es otorgarle

su libertad, pues resulta innecesario prolongar la internación del mismo en el centro penitenciario.

Es una forma disimulada de sentencia indeterminada, que persigue recompensar la buena conducta observada por el penado, rebajándole la pena, fundamentada en la presunción de que se ha reformado (MENDOZA TRONCONIS, p.277), de su presunta enmienda y de que se ha corregido (CHICHIZOLA, p.150, CUELLO CALÓN, p.824, MAGGIORE, p.387).

Por lo que respecta a la naturaleza jurídica de la libertad condicional ha sido enfocada desde diversas posturas, como un derecho del condenado y deber del juez de concederla, como una gracia o favor del juez, y como un complemento de la ejecución de la pena.

En opinión de NÚÑEZ (p. 348) no se trata de una gracia o favor del juez y es más bien un beneficio al cual el penado tiene derecho, llenando ciertas condiciones previstas por el juez, posición también que ha sido apoyada por PEÑA CABRERA (p. 206), toda vez que está fundamentado este derecho en una norma jurídica.

Esta posición, sin embargo, ha sido criticada por algunos autores que sostienen que la libertad condicional es una medida de excepción limitada a la autoridad judicial y por el tiempo, y que en consecuencia no debe establecerse como un derecho del reo, puesto que todos la solicitarán.

Por lo que respecta, a la tesis de que la libertad condicional es una gracia, debe señalarse que originalmente se le concibió de esa manera ya que se le otorgaba al condenado, más hoy en día, sostienen algunos

autores que es más bien un instituto jurídico que complementa el sistema ejecutivo de la pena privativa de libertad (ARGIBAY MOLINA, p. 215, ETCHEBERRY, p. 162).

Con todo acierto, indica CUELLO CALÓN (p. 824) que es un complemento lógico de los sistemas penitenciarios especialmente del progresivo, que constituye una transición entre la prisión y la vida en libertad.

B. Requisitos de la libertad condicional

De conformidad con el art. 113 del Código Penal panameño para que se otorgue la libertad condicional debe cumplirse con lo siguiente: a) Que se trate de una pena larga privativa de libertad, b) Que haya cumplido dos tercios de su condena, c) que demuestre un interés de readaptación. (Cfr: VELÁZQUEZ, cit. p. 685 y 757 ss).

1. *Que se trate de una pena larga privativa de libertad:*

El sujeto debe haber sido sancionado y haber cumplido dos tercios de su condena y la concesión de la misma se efectúa con el fin de que el reo “purgue” su delito en buena parte, y que por otro tenga la oportunidad de vigilar su comportamiento en el centro penitenciario.

2. *Haya observado buena conducta durante el período de la condena*

La buena conducta durante el periodo de la condena no solo debe referirse al cumplimiento de los reglamentos carcelarios, sino que además, la persona-

lidad del agente debe permitir al juez suponer que el sujeto ha dejado de ser socialmente peligroso.

Se trata de un elemento valorativo (VELÁZQUEZ, p. 757), que depende de un tratamiento penitenciario adecuado, de manera, que si no lo hay no puede pensarse en la readaptación del agente.

La observancia de los reglamentos carcelarios, como requisitos de buena conducta del condenado durante el cumplimiento de la condena, debe comprender el conjunto de todas las normas de disciplina, educación carcelaria, trabajo, etc. donde el penado cumple su condena.

Por otra parte, indica NÚÑEZ (p. 350) que la “observancia con regularidad del reglamento carcelario tiene un valor sintomático *“juris et de jure”* en razón de su adaptación social, respecto que el condenado, por su conducta, está en condiciones de obtener su libertad en forma condicional. La regularidad de la observancia no significa cumplimiento absoluto de los reglamentos, sin infracciones de ninguna especie, sino su acatamiento sin infracciones graves o repetidas durante el lapso del encierro”.

En opinión de PEÑA CABRERA (p. 407 y ss.), la buena conducta no debe confundirse con la obediencia al orden carcelario, con la falta de peligrosidad del condenado, ni debe ser único elemento para acordar su liberación. En consecuencia la liberación condicional no es una fórmula mecánica. Ella responde a una valoración de los méritos del reo. La buena conducta es sólo un factor de esta valoración. Es evidente que un mal comportamiento va a influenciar desfavora-

blemente en el pronóstico que debe efectuarse para cada condenado. Este pronóstico debe ser relativo a la buena conducta en libertad”.

3. *Que haya cumplido dos tercios de su condena*

El sancionado de acuerdo con el código debe haber cumplido dos tercios de su condena impuesta por el tribunal, estamos ante el cumplimiento parcial de la pena, que como se haya señalado, ese cumplimiento de una parte de la pena impuesta es fundamental para poder mantener el poder intimidatorio de la pena, y es un requisito exigido en casi todas las legislaciones” (MUÑOZ RUBIO Y GUERRA DE VILLALAZ, p. 477).

4. *Que por su conducta intachable demuestre el reo un interés en la readaptación*

El reo debe demostrar una buena conducta que haga presumir su enmienda y dé garantías que no incurrirá en nuevos hechos punibles.

En consecuencia, indica ANTÓN ONECA (p. 550) esto no sólo debe referirse a la “conducta disciplinaria” del reo, “puesto que en ocasiones la buena conducta expresa la adaptación del delincuente habitual, y por ello, se añaden las garantías de vida honrada (como ciudadanos pacíficos, y laboriosos), lo cual equivale a decir “civilmente corregido.

C. Obligaciones para la concesión de la Libertad Condicional

El artículo 113 establece como obligaciones del beneficiado de la libertad condicional las siguientes, las

cuales rigen hasta el vencimiento de la pena a partir del día en que el reo obtuvo la libertad condicional:

- Residir en lugar que se le fije y no cambiar de domicilio sin autorización previa.
- Observar las reglas de vigilancia que señala la Resolución.
- Adoptar un medio lícito de subsistencia.
- No incurrir en la comisión de nuevo delito ni de falta grave.
- Someterse a la observación del organismo que designe el Órgano Ejecutivo.

D. Efectos de la Libertad Condicional

La libertad condicional tiene dos consecuencias o efectos: la Revocación y la extinción del resto de la pena. Se revoca la libertad condicional si el beneficiado no cumple con las obligaciones fijadas por el organismo que la concedió, y en este caso debe reintegrarse al establecimiento carcelario y no se computará el tiempo que permaneció libre (art. 114). En sentido contrario, si el sujeto cumplió con las obligaciones impuestas en el artículo 113, así como las del organismo que se la otorgó la pena se considera como cumplida.

Finalmente, no hay limitaciones en cuanto a la concesión de la libertad condicional pues cualquier delincuente, incluyendo los reincidentes pueden beneficiarse de la misma.

BIBLIOGRAFÍA ADICIONAL

BOIX REIG, Javier/ VIVES ANTON, Tomás y BERENGUER, Enrique, La reforma penal de 1989, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989; CANDIL JIMENEZ, Francisco, Consideraciones sobre la condena condicional, Documentación Jurídica, Julio - Set., 1974; CARRANCA Y RIVAS, Raúl, "Sustitutivos de la pena punitiva de libertad según la legislación mexicana", en Revista de la Facultad de Derecho, Tomo XXX, set. - dic., 1980, México; CHACÓN QUINTANAR, Nelson, "Alternativas a la detención y a las penas privativas de libertad en Venezuela", en Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Católica Andrés Bello, 1979 - 1980; DE LAMO RUBIO, J. Penas y medidas de seguridad en el nuevo código penal, Bosch, Barcelona, 1997; DE SOLA DUEÑAS, Angel, Alternativas a la pena de prisión, Instituto de Criminología, Barcelona, 1986; GARCIA RAMIREZ, Sergio, Introducción al derecho penal mexicano, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1981; GARRIDO GUZMAN Y LANDECHO, "Nuevas perspectivas sobre la remisión condicional de la pena" en Comentarios a la legislación penal, La reforma del código penal de 1983, Tomo V, Vol. I, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1985; GESHE, Bernardo, La remisión condicional de la pena, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 1972; KENT, Jorge, Sustitutivos de la prisión, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987; LANDROVE, Gerardo, Las consecuencias jurídicas del delito, Bosch, Casa editorial, Barcelona, 1985; LUZON PEÑA, Diego, Medición de la pena y sustitutivos pena-

les, Publicación del Instituto de Criminología, Universidad Complutense, Madrid, 1979; MUÑOZ POPE, Carlos, "Perspectivas futuras del derecho penal panameño", en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XXXI, Madrid, 1978; MUÑOZ POPE, Carlos, "Fundamento Político-criminales de la revisión del anteproyecto de Código penal" de 1970 en Revista Lex No.11, set.-dic., 1978; NUÑEZ BARBERO, Ruperto, Suspensión condicional de la pena, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1970; PEÑA WASAF, Silvia, La condena condicional en Chile, Universidad de Chile, Valparaiso, 1972; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, Represión penal y estado de Derecho, Editorial Dirosa, Barcelona, 1976; RICO, José Ma., "Medidas sustitutivas de las penas privativas de libertad" en Cuadernos panameños de criminología, Vol. I, Nos. 3 y 4, Instituto de Criminología, Universidad de Panamá, Panamá, 1974; ROBLEDOR RAMIREZ, José, Concepto y principios para la aplicación de los sustitutivos penales, Estudio de su regulación en España y México, Edersa, Madrid, 1996; RUIZ VADILLO, Enrique, "Algunas consideraciones sobre la reforma de las penas privativas de libertad" en Estudios penales, La reforma penal, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago, 1978; SAINZ CANTERO, José, "La sustitución de la pena de privación de libertad" en Estudios penales, La reforma penal, Universidad Santiago de Compostela, Santiago, 1978.

Capítulo IV

LA EXTINCIÓN DE LA PENA

I. INTRODUCCIÓN

El Estado tiene la potestad punitiva el “*ius puniendi*”, de tal forma que habiéndose cometido un hecho delictivo, y tras cumplir con los procedimientos legales, el sujeto responsable se le puede aplicar consecuentemente su respectiva sanción, por haber puesto en peligro o lesionado bienes jurídicos protegidos.

Sin embargo, en algunas ocasiones esta pretensión punitiva suele estar limitada y obstaculizada por el propio legislador (salvo la fuga del delincuente), al determinar las causas que “extinguen la acción penal y las causas que extinguen la pena”.

Modernamente, sin embargo, algunos autores prefieren hablar de las causas de extinción de la responsabilidad penal, o causas que excluyen la punibilidad, para diferenciarlas de aquellas que excluyen un elemento o exculpación, concluyéndose que en el caso de las primeras, se suprime la posibilidad de la sanción, mientras que en las últimas se impide el nacimiento de la responsabilidad penal.

En nuestra legislación vigente el Capítulo I Causas de Extinción, del Título V aborda la Extinción de la pena, y a diferencia de la legislación derogada ha excluido con todo acierto la extinción de la acción penal que es materia netamente procesal, pues estas impiden la facultad de juzgar y no la pronunciar o ejecutar la pena (SOLER, p.1448).

En este contexto, NOVOA MONREAL (p. 436) distingue entre las causas de extinción de la acción penal y de la pena, señalando que en que las primeras “supone algo que impide el ejercicio de la acción penal o al menos, que ella sea llevada hasta su fin, que es la sentencia definitiva firme. Las segundas abarcan solamente en aquellos casos que por sentencia firme se ha impuesto una pena; su efecto consiste en que obstaculiza la aplicación de la pena”.

Con igual criterio, MENDOZA TRONCONIS (p.297) manifiesta que la diferencia entre una y otra, se encuentra determinada porque después de cometido el delito puede anularse sus efectos, sobre la “persecución penal (extinción de la acción) o por la ejecución de la condena (extinción de la pena).

II. NOCIONES GENERALES

El Código Penal vigente se refiere a las causas de extinción de la pena, que alude a aquellas situaciones en la que el Estado declina su derecho subjetivo a imponer una pena (RODRIGUEZ DEVESA, p.669), mientras que en algunas ocasiones se emplea la expresión en un sentido global como causas de extinción de la res-

ponsabilidad penal como así lo contemplaba el Código Penal de 1916.

En opinión de CUELLO CALON, (p. 740) la expresión causas de extinción de la responsabilidad penal es un término muy amplio que comprende determinadas circunstancias que sobrevienen después de la comisión del delito y anulan la acción penal o la pena. Se diferencian de las causas de exención de responsabilidad penal en que éstas son anteriores a la ejecución del hecho (infancia, locura) o coetáneas, es decir, surgen en el momento de su realización (vgr. legítima defensa).

Ahora bien, de acuerdo a PEÑA CABRERA (p.440), las causas de extinción de la responsabilidad penal pueden ser “naturales” (vgr. la muerte del delincuente que impide la aplicación de la pena)” por necesidad de paz social y consolidación de las situaciones de hecho, transcurrido cierto tiempo (prescripción); o por razones en que el propio Estado renuncia a su pretensión punitiva (vgr. indulto, amnistía, etc).

También en la doctrina, encontramos la opinión de LANDROVE, (p.131) que señala que las causas de extinción penal son específicas circunstancias que sobrevienen después de cometida la infracción y anulan la acción penal o la ejecución de la pena”.

Por lo que respecta a la expresión que distinguen entre causas que extinguen la pena y la causas que extinguen la acción penal señalan SOLER (p.1448), que las primeras impiden la facultad de pronunciarse o de ejecutar la pena, mientras que las últimas, impiden la facultad de juzgar.

En lo que respecta a las causas de extinción de la pena, (COBO DEL ROSAL, T. S. y VIVES ANTON, (1996) p.859) pueden ser genéricas (es decir aplicables a todos los delitos, vgr. la muerte del sujeto, cumplimiento de la condena, derecho de gracia, perdón del ofendido, prescripción) y específicas, con especial referencia para determinados delitos, vgr. las excusas absolutorias y las condiciones objetivas de perseguibilidad.

Las causas de extinción de la pena o causas de supresión de la pena (BETTIOL, p.717), “actúan después que la pretensión punitiva se ha reconocido como fundada y ha determinado la aplicación de la sanción penal”.

III. LAS CAUSAS QUE EXTINGUEN LA PENA

A. Planteamiento

En nuestra legislación vigente, son causas que extinguen la aplicación de la pena: la amnistía, y el Indulto por delitos políticos, la muerte del sentenciado, el perdón de la víctima, la prescripción y la rehabilitación (art.115).

B. De las causas que extinguen la aplicación de la pena, en particular

1. La muerte del sentenciado y el cumplimiento de la condena.

En lo que respecta a la muerte del sentenciado (BRUNO, p. 386 y RODRIGUEZ DEVESA, p. 669) o del cul-

pable, es una causa de extinción de la responsabilidad penal que responde, al carácter personalísimo de la pena. Con ello se da cumplimiento al aforismo latino “*mors omnia solvit*” (la muerte lo deshace todo), y ciertamente el Estado le es imposible aplicar la respectiva sanción, sin que esto afecte la responsabilidad civil ni el comiso.

Hoy en día, no se discute acerca de esta causa de extinción de la pena, que por razones biológicas, como es la muerte, impide al Estado la ejecución de la pena, pues como haya señalado DEL ROSAL (Tratado, p. 66), “no es más que una consecuencia del carácter directo y personal de la culpabilidad jurídico penal, y no son transferibles a terceros, pues no cabe la responsabilidad criminal por hechos de otro, y evidentemente desaparecido por razones naturales el autor del delito no puede ser impuesta.

Por otra parte, también añade REYES (p. 410) que desaparecida la persona contra la cual se aplicaría la condena, desaparece por sustracción de materia la sanción impuesta, sin embargo, esto no se hace extensivo a los partícipes, aunque haya fallecido el autor principal.

En lo que respecta a nuestra legislación, el artículo 115 del Código Penal vigente establece que “la muerte del sentenciado y el cumplimiento de la pena extingue la pena” mientras que por su parte, el artículo 122, determina que no se impide el comiso ni la responsabilidad civil.

2. La amnistía por delitos políticos

2.1 Introducción

La amnistía y el indulto son manifestaciones del “derecho de gracia”, es decir, del Derecho del Estado, como único titular del derecho a castigar, a renunciar en todo o en parte a la imposición de la pena, o si ha sido ya impuesta por los Tribunales, a exigir su cumplimiento (RODRIGUEZ DEVESA, p.671).

En opinión de COBO DEL ROSAL (1996) (p. 861) “el derecho de gracia no es más que una supervivencia de épocas pretéritas que ha llegado hasta nuestros días, y en sus manifestaciones más generales por motivaciones netamente políticas. No se trata más que en definitiva, de una renuncia expresa de al ejercicio del poder punitivo del Estado, fundada en razones de convivencia política”.

La doctrina, (COBO DEL ROSAL, 1996, p. 861 y ss) en general, se ha mostrado recelosa de la amnistía y del indulto, pues según algunos autores constituye una “flagrante negación del Derecho Penal vigente, pues por regla general, es la propia ley la que desempeña esa función negadora”.

La “indulgentia principis” (MENDOZA TRONCONIS, p. 305) que comprende la amnistía y el indulto, con orígenes en el derecho antiguo y el derecho romano, han sido criticadas a su vez por los positivistas que consideran que con estos poderes arbitrarios se entorpece la seguridad y la justicia y son contrarios a la defensa social.

Agregan otros sectores en la doctrina, que este derecho de gracia es “incompatible con el Estado de Derecho, si tal derecho de gracia se entiende como una prerrogativa del Jefe del Estado en cuya virtud puede dejar sin efecto las decisiones del orden jurisprudencial penal que ha aplicado las leyes votadas por el Parlamento de ese Estado. Pero desde otro punto de vista, el derecho de gracia aparece como un instrumento que debidamente administrado puede servir para la realización de la justicia material en aquellos casos en que la estricta e inevitable aplicación del derecho dé a resoluciones materialmente injustas o político criminalmente inadecuadas, pues el Derecho positivo (formal) ha de subordinarse a las exigencia de justicia y puede ceder ante postulados político-criminales que resulten incompatibles con su dureza, El Estado de Derecho no lo es porque la justicia formal sea inapelable e invariable, sino por la realización de auténtica justicia” (QUINTERO OLIVARES, p. 582).

En síntesis, la manifestación de la amnistía y el indulto como derecho de gracia debe ser una “excepción y su mantenimiento es favorable, y sería necio pensar que las penas impuestas por magistrados y jueces son tan “justas” y que los mismos son perfectos, de ahí que sirva para corregir algunos defectos sensibles en materia punitiva (RODRIGUEZ DEVESA, p. 672).

2.2 La Amnistía por delitos políticos

La palabra “amnistía, proviene del griego que significa olvido, e históricamente nace con Trásibulo el ateniense que la instituyó después de terribles alter-

naciones en Grecia, con el fin de asegurar la paz, y más tarde son recogidas por los romanos, al derogar la monarquía y sustituirla por la república.

En la época medieval se ha señalado que hubo pocas manifestaciones de la amnistía, sin embargo, históricamente en el Derecho Español, encontramos leyes antiguas que hacían referencia a esta institución, tales como por ejemplo, el fuero real, las Partidas y, la Novísima recopilación.

Así por ejemplo, según las Partidas (Partida VII, Título XXXII) se hablaba de los perdones concedidos por el Rey o el Señor de la tierra, que podían ser general o individual; mientras que en la Novísima Recopilación; el Título XLII de la Ley I, señalaba: que los “perdones generales o especiales, que nos hacemos, se entienden de todos los maleficios como fueron cometidos o perpetrados (salvo alegué traición o muerte segura) y perdonando los enemigos, porque así entendemos, muerte segura se entiende la que fue hecho en tregua o seguridad puesta por Nos o por nuestra carta otorgada por la parte; y que toda muerte se dice ser segura, salvo la que se probaré que fue peleada”.

Históricamente se citan en España, las amnistía de Carlos I en 1552 a favor de los comuneros de Castilla, la de Fernando III de Castilla a los Lara y sus partidarios, la de Felipe V a favor de los catalanes, la de Fernando VII, sin dejar de destacar, las concedidas con posterioridad en el siglo XIX.

2.3 Concepto de Amnistía

Cuando se habla de amnistía (CURY, p. 432), se refiere al perdón o gracia otorgado por el legislador, mediante el cual se extingue la facultad de Estado de ejercitar o hacer efectiva la pena.

No se trata de un perdón o gracia, ni tampoco de la remisión de las consecuencias del delito, MILLAN (p. 370) pues la amnistía no “borra el delito”, y está inspirado en propósitos de apasiguamiento y olvido.

Más para otros, (PEÑA CABRERA, p. 449), la amnistía es una especie de perdón concedida por el Estado, o renuncia de la aplicación de la pena, como expresión de su potestad o en ejercicio de su soberanía, que reside en la facultad legislativa.

2.4 Fuente, Fundamento y Naturaleza jurídica

La concesión de la amnistía es una facultad legislativa de carácter general que extingue la acción penal y la pena ya pronunciada, inspirada en propósitos de apaciguamiento y olvido, según indica MILLAN (p. 450) a fin de aquietar las pasiones exaltadas por la guerra civil, la revolución o las refriegas políticas suscitadas por el ardor de las pasiones y la lucha ideológicas, política y social.

La amnistía tiene un carácter netamente político y circunstancial, según indica SOBREMONTTE (p.63) de ahí que no haya una reglamentación específica”, siendo cada decreto de concesión del beneficio, la fuente por la que habrá de regirse en cada caso”.

En nuestro país, la amnistía es una facultad del Organismo Legislativo, en particular de la Asamblea Legislativa según veremos posteriormente.

Sobre este derecho de gracia (LANDROVE, p.149) se han presentado diversas argumentaciones a su favor, tales como que “permite suavizar el rigor que resulta de la aplicación de las leyes en extremos severos; en los países que mantienen la sanción capital, constituye un medio no desdeñable para atenuar la aplicación de una grave pena; con la gracia se puede reparar, al menos en parte, las negativas consecuencias de los errores judiciales, también permite armonizar criterios de justicia con intereses políticos conyunturales del Estado”.

En opinión de SOBREMONTÉ, (p. 55) “la amnistía supone, en ocasiones, la expresión sincera de una exigencia de justicia y de clemencia que posibilite la convivencia y una reconciliación nacional.

2.5 Clases de Amnistía

De acuerdo a la doctrina (SOBREMONTÉ, p. 62) se distinguen tres clases de amnistía: Amnistía propia que es la que se aplica a la persona que cometió el delito, antes de iniciado o durante el juicio, amnistía impropia, que es concedida después que se ha dictado la sentencia definitiva y finalmente, tenemos, Amnistía generales y parciales, según que abarque o no a todas las personas que intervinieron en el delito, más las amnistías condicionales o absolutas, como se desprende de su denominación exigen o no el cumplimiento de ciertos requisitos que surtan sus efectos.

2.6 Características de la amnistía. Su ámbito de Aplicación

En cuanto a su ámbito de aplicación, con todo acierto se circunscribe al país en que se dicta, y se extiende a hechos pasados o es retroactiva.

Si se dicta antes de la iniciación del proceso (amnistía propia), este no puede iniciarse; y si se ha iniciado la causa y no se ha procesado a nadie debe ser sobreseído definitivamente y se extingue por ello la acción penal; y si existiese sentencia condenatoria, se debe poner en libertad al sujeto (amnistía impropia) se extingue la pena.

Es característica de la amnistía que puede ser dictada y aplicada en cualquier momento con posterioridad a la comisión del delito, antes durante o después del proceso que tenga por finalidad declarar la responsabilidad penal y aplicar la pena.

La fuente de la amnistía según hemos señalado es un medida legislativa dictada por los órganos legislativos de los estados, y en tal sentido recae en el caso de nuestro país en la Asamblea Legislativa, que en su artículo 153 No.6 señala que son funciones legislativas:

- 1...
- 2...
- 3...
- 4...
- 5...
- 6.. Decretar amnistía por delitos políticos

La amnistía habitualmente según indica la doctrina (SOBREMONTÉ, p. 81) recae sobre los delitos políticos, nada impide sin embargo, que recaiga sobre los delitos comunes, aunque para algunos sectores de hacerlo “resultaría dañadas la legitimidad de su aplicación”.

Con toda razón ha manifestado BUENO ARUS (p.3) que el ámbito tradicional de las disposiciones de amnistía ha recaído sobre los delitos políticos “cuya comisión se supone responde a un movimiento de oposición a un régimen político opresor, cuya razón de ser (y la de su punibilidad) cesa al instaurarse un régimen democrático en que todos los ciudadanos tienen vías abiertas de participación”.

Ahora bien, en algunos países la amnistía comprende no solo los delitos denominados políticos, sino también los comunes, como es el caso de la legislación española.

Por lo que debe entenderse por delitos políticos y delitos comunes, debemos señalar que siguiendo a ARENAS (Comentarios, p.73) los primeros son los que atentan contra el orden jurídico del Estado, su forma de gobierno, el régimen constitucional, el funcionamiento o renovación de los poderes públicos. También se consideran políticos los delitos comunes que tienen estrecha conexión con aquellos, como las muertes producidas en un combate, la eliminación del centinela para poder tomarse un depósito de municiones, etc” mientras que los comunes son las que lesionan bienes jurídicos individuales...vgr. vida, patrimonio.

Por su parte ROMERO SOTO (p.332), indica que los delitos políticos pueden ser puros (vgr. los que atentan contra el orden común y político, como el atentado contra la vida del gobernante) y conexos (los que se cometen en el curso de la ejecución de un delito político puro, vgr. los homicidios en una rebelión, y relativos los que atentan contra el orden político y el común, como el atentado por materia políticas contra la vida de un gobierno).

Además de las anteriores características señala MILLAN (p. 85), que la amnistía es de orden público y debe ser declarada de oficio; no es renunciable, es irrevocable, y que en algunas ocasiones a juicio del legislador, puede excluirse a ciertas categorías de individuos, como son los delincuentes habituales, reincidentes, profesionales o de alta peligrosidad.

Por su parte, señala LANDROVE (p. 137), refiriéndose a la legislación española, que esta determina la cancelación automática de los antecedentes penales, de tal forma que no puede “ser tenida en cuenta para fundamentar una agravación de la responsabilidad criminal del sujeto en posibles delitos ulteriores”.

Sin embargo, debe quedar claro que la amnistía no tiene efectos sobre la responsabilidad civil, de ahí que los sujetos deben responder por las consecuencias derivadas del delito.

2.7 Efectos de la amnistía

La amnistía, como hemos dicho es un “perdón u olvido total del delito” (RODRÍGUEZ DEVESA, p. 673), de tal forma que no se tenga el delito como cometido,

y no se puede instruir procedimiento criminal para perseguir al delincuente, por los hechos incluidos en la amnistía.

En consecuencia si se ha iniciado, se suspende el procedimiento, se extingue la acción penal, y si se ha concluido y se ha impuesto una condena, se extingue la pena, aún cuando el sujeto hubiere empezado a cumplir de manera total o parcial la condena.

Sobre lo anterior se ha indicado que la amnistía puede tener lugar antes, durante y después del juzgamiento del hecho delictivo, y que la misma recae sobre todas las consecuencias jurídicas del delito (la pena y las medidas de seguridad), e inclusive a los partícipes del delito. (MILLAN, p. 75)

Ahora bien, la amnistía no elimina los efectos civiles o administrativos, tal como lo señala QUINTANO RIPOLLES (Comentarios, p. 440) ya que solo tiene injerencia exclusivamente sobre la pena y todos sus efectos, las ya o no pronunciadas y ejecutadas.

Finalmente, en la amnistía por (SOBREMONTTE, p.59) “una ficción jurídica la situación de las personas, y el orden de las cosas se restablecen al ser y estado que tenían antes de realizarse los hechos en los cuales se produce o por los que los delincuentes han sido condenados.

3. El Indulto por delitos Políticos

3.1 Introducción

Históricamente el indulto fue concebido en el derecho romano como “*indulgentia generalis comuni*”;

aplicado por los emperadores de manera colectiva a personas condenadas por diversas infracciones, o más bien en muchos otros países, en días festivos o especiales, a los súbditos, impuestos por los Jefes del Ejecutivo.

En la legislación panameña el Indulto fue concebido como causa de extinción de responsabilidad penal en el Código Penal de 1916, para extinguir la pena principal según se desprende del art. 123 que decía así:

3. “Por indulto, el cual solo extingue la pena principal cuando no se extienda a las accesorias, pero no favorece al procesado en cuanto a la reincidencia, nueva delincuencia y demás efectos de las penas señaladas por las leyes”.

Por su parte, el Código Penal de 1922 contemplaba el indulto como causa de extinción de la pena, o acción penal.

3.2 Delimitaciones Conceptuales

El indulto es (RODRIGUEZ DEVESA, 1994, p. 674) la condonación de la pena o la remisión total o parcial de la pena impuesta por sentencia firme.

Etimológicamente la palabra indulto proviene del Latín “*indultum*” que significa condescender, ser complaciente, o indulgente, con las faltas, o más bien con “*indultor, indultoris*” que significa el que perdona, o que favorece (SOBREMONTTE, p.142).

En opinión de LANDROVE (p. 141), el indulto es una manifestación del derecho de gracia estatal que difiere de la amnistía en que sus efectos no son de tanta tras-

condencia como los de aquella, y consiste en la remisión total o parcial de la pena, pero no de sus efectos”.

De igual forma, ha señalado CUELLO CALON (p. 747), que el indulto es la gracia otorgada por el Jefe de Estado a los condenados por sentencia firme remitiéndoles toda la pena impuesta o parte de ellas, o conmutándolas por otra y por otras más leves”.

3.3 Fuente, Fundamento y naturaleza jurídica

La concesión del indulto es una facultad del Órgano Ejecutivo, o del Jefe de Gobierno de un Estado, y recae en la legislación panameña en el Presidente de la República.

El fundamento del indulto es una facultad del Estado que en consideraciones de justicia o para suplir diferencias o de suavizar el rigor de las leyes, ejerce su derecho de gracia.

Sostiene SOBREMONTÉ (p.144), que en un sistema de derecho que se considere justo, debe tener cabida la “gracia, el indulto particular.

En este contexto indica NUÑEZ (p.386), “tiene su fundamento en la idea de posibilitar la justicia a pesar de la limitación e imperfección de la ley penal.

Respecto a la naturaleza jurídica, ciertamente el indulto es una causa de extinción de la responsabilidad penal, mediante la cual el Estado renuncia a su potestad de imposición de la pena dictada por los tribunales.

En este caso, después de realizado el delito, (SOBREMONTÉ, p. 145) se suprime la responsabilidad cri-

minal del sujeto, o sea la obligación de sufrir la pena, pues el Estado como único titular del derecho de castigar renuncia la imposición de la misma.

Sostiene CURY (p. 436) que el indulto es un instrumento de política criminal, de la cual sale el Estado o el legislador, en su caso, conceder una excusa absolutoria de efectos responsables penalmente de uno o más delitos.

3.4 Clases de Indulto

Doctrinalmente, los Indultos han sido clasificados en Indultos Generales e Indultos Particulares, siendo los primeros sumamente criticados por la mayoría de la doctrina.

Los indultos generales, además de perdonar al penado en todo o en parte de la pena, o de conmutarle la pena, por una más suave, tienen la característica que en ocasiones se hacen extensivos a los procesados o imputados, a rebeldes, reincidentes, y puede influir también el responsabilidad civil (Veáse LINDE PANIAGUA, p. 157 y ss).

El fundamento de estas clases de indultos es de índole meramente política o nacional o también en circunstancias económicas o sociales, también puede ser por razones de política criminal.

En opinión de SOBREMONTÉ (p. 145), los indultos generales, estos suponen un “ataque frontal a una adecuada administración de justicia y el respeto a los órganos encargados en administrarla pero sobre todo porque se convierten de este modo los indultos gene-

rales en un instrumento demagógico del poder político para librar ciertos sectores de la clase política del bochorno de un proceso y de una eventual sentencia condenatoria”.

En cuanto a los Indultos particulares, continua el autor previamente citado, estos tienen por objeto conmutar o extinguir cualquier clase de pena (principales o accesorias) a diferencia de los indultos generales beneficia a un condenado por sentencia firme o a todos los condenados por sentencia firme en toda clase de delitos.

El indulto particular, por otra parte, a diferencia del indulto general, no incluye a los no condenados, ni rebeldes, ni habituales, tampoco modifica la responsabilidad civil.

Los indultos particulares, pueden clasificarse de distintas manera, por razones objetivas, (totales y parciales); por razón de la actividad es decir de su forma de aplicación, indultos incondicionales y condicionales, rogados e ipso iure, o por ministerio de la Ley, propios o impropios, y subjetivos; particulares, se refieren a una persona y se otorga en atención a las condiciones de esta persona.

Así por ejemplo, en los casos de indultos totales o parciales, se perdona todas las penas accesorias y principales que han sido aplicadas al condenado, mientras que en los segundos, puede abarcar solamente alguna de las penas impuestas, o parte de ellas aun no cumplidas (veáse - LANDROVE, p. 136).

Esta clase de indulto, beneficia exclusivamente al particular señalado, y su concesión puede proceder por ministerio de la Ley, o ser solicitado por el condenado o sus familiares, y una vez que ha sido concedido no puede ser revocado.

3.5 Efectos del Indulto

El efecto del Indulto es la de extinguir la responsabilidad penal del autor, de manera que en consideraciones de política criminal, se beneficia al condenado de no cumplir una pena, aunque no se exime de responsabilidad civil.

Ahora bien, (MENDOZA TRONCONIS, p.308) es criterio general que el indulto proceda de tres maneras: por condonación de la pena, disminuyéndola o convirtiéndola en otro mal débil o suave.

Finalmente, en cuanto a la legislación panameña el efecto del indulto, es extinguir la pena.

3.6 El Indulto en la Legislación Panameña

El Código Penal de 1922, en su artículo 83, indicaba que “la amnistía o el indulto por delitos políticos, que puede conceder libremente el Presidente de la República de acuerdo con facultad constitucional, extinguen la acción penal y hace cesar la condenación, así como todas sus consecuencias”.

De lo anterior, se desprende que históricamente en nuestro país el Indulto ha sido concebido como causa de extinción de la pena, y de la acción penal, de igual forma en el Código Penal de 1982.

Por lo que respecta, a la legislación vigente, se contempla el indulto como causa de extinción de la pena, y se elimina la situación irregular previa de la legislación derogada.

En cuanto a la amnistía y el indulto por delitos políticos, solo valga señalar, en este momento en que nuestro legislador establece en el artículo 116 numeral que “la amnistía es privativa del Órgano Legislativo y el Indulto le corresponde al Órgano Ejecutivo.

4. La prescripción de la pena

4.1 Introducción

A diferencia de la prescripción de la acción penal; en la prescripción de la pena, se impide la facultad del Estado de imponer la pena, por el transcurso del tiempo luego de haberse dictado sentencia por el Tribunal. Es ese transcurso del tiempo el que destruye los efectos morales del delito en la sociedad, extingue la alarma social de que se le reprima (NUÑEZ, p.387), y en consecuencia la pena (SOTOMAYOR (p. 98), que no se ejecuta después de largo tiempo pierde su utilidad, por haber cesado la alarma social originada por el delito”.

Históricamente, la prescripción de la pena, aparece a finales del siglo XVIII y comienzos del siglo XIV como resultado de la Revolución francesa, y más tarde es incorporada en la legislación alemana, (1838) austriaca (1852, en el Código sardo-italiano (1859), el Código italiano (1889) y en la legislación española en 1848.

Cuando hablamos de prescripción de la pena, se “tiene como presupuesto la existencia de una sentencia de condena y constituye una renuncia del Estado de la potestad de realizar, después de un cierto transcurso de tiempo la pretensión punitiva derivada del delito y reconocida legítima por una sentencia. (MANZINI (p.210).

Finalmente, es importante destacar que la prescripción de la pena según veremos, debe ser declarada de oficio o a petición de parte; es de carácter personal y se aplica a las penas privativas o restrictivas de libertad y penas pecuniarias, más no a otras clases de penas, vgr. privativas de derechos.

4.2 La prescripción en el Código Penal Panameño

Al estudiar la prescripción debe tomarse en consideración tres aspectos: los términos de la prescripción, el cómputo de la prescripción, y la interrupción de la prescripción.

En general, el término de la prescripción de la pena se computa tomando en cuenta, la pena impuesta en la sentencia condenatoria, más no la duración de la pena que se establece para el respectivo delito.

En este contexto, el artículo 119 dice lo siguiente:

“La pena privativa de libertad impuesta por sentencia ejecutoria prescribe en un término igual al de la pena señalada en la sentencia.

Las penas de días multa o de arresto de fines de semana impuestas por sentencia ejecutoriada prescriben a los tres años”.

En los casos de prescripción de la pena son distintos en atención a la clase de pena: prisión, días multa y arresto de fines de semana, y los plazos en opinión de Sotomayor (p.99) deben ser de mayor duración fundamentándose “esta mayor duración, en que el olvido de la infracción requiere de mayor tiempo en la prescripción de la pena, ya que el proceso y la sentencia han cambiado con mayor amplitud el interés público”.

Por lo que respecta al cómputo de la prescripción, se circunscribe al momento en que la sentencia queda firme o ejecutoriada, o adquiere carácter irrevocable (art. 119). Sin embargo, no han faltado otros que establezcan también que se computa desde el día en que se dá el quebrantamiento de la condena, o como es el caso de nuestra legislación, que se refiere a cualquier otra causa que interrumpiere la ejecución de la condena ya empezada a cumplir.

En cuanto a la interrupción de la prescripción el artículo 120 determina que puede presentarse por cualquier acto del Juez de Cumplimiento que tienda a la ejecución de la sentencia y por el pedido de extradición, y a diferencia de la legislación derogada no incluye lo referente a la comisión de un nuevo hecho punible por parte del sujeto.

El efecto de la interrupción de la prescripción, es que deja sin efecto el tiempo transcurrido, el sujeto pierde el término transcurrido y empieza a correr otra vez. En efecto mediante la interrupción se produce la pérdida del tiempo transcurrido por haber sobreveni-

do algún acontecimiento” que la misma ley establece (SOTOMAYOR, p.115).

Por otro lado, el artículo 120 establece también que “cuando se trate de una pena que sea el resultado de un concurso de delitos, se suspenderá la prescripción de la pena durante el período de cumplimiento de una pena previamente impuesta”, mientras que el artículo 121, prohíbe la prescripción de la pena en delitos de terrorismo, contra la humanidad y de desaparición forzada de personas.

5. *El perdón de la víctima*

El perdón del ofendido (CURY, p. 438) es el que se concede al sujeto activo del delito después de la consumación del hecho delictivo. Con la renuncia del ofendido o de la parte agraviada se produce la extinción de la pena.

Sin embargo, si el sujeto ha sido condenado (MENDOZA TRONCONIS, p.300), el perdón otorgado no tiene efecto, para anular la sentencia y el sujeto responde penalmente.

En algunas legislaciones, sin embargo, el perdón del ofendido puede tener “efectos paralizantes, sea de la acción penal, sea de la pena impuesta, en cualquier momento, como es el caso de España.

Es importante, tener presente que esta renuncia y desistimiento (RODRIGUEZ DEvesa, p.670) deben ser irrevocables y expresos no tácitos, y que por otra parte, esta causa de extinción de la acción penal solo ope-

ra para los delitos de acción privada y que requieren querrela.

La doctrina (MENDOZA TRONCONIS, p. 301 y PEÑA CABRERA, p. 440) ha señalado, que el fundamento de esta causa de extinción de la acción penal descansa en el interés del Estado de dejar al arbitrio del sujeto agredido o de sus representantes legales la facultad de decidir con la continuación de la investigación penal, sobre todo cuando se trata de situaciones en que la publicidad puede ser un elemento más dañino y perjudicial, que el castigo al delincuente.

En este caso, sostienen otros autores (LANDROVE, p. 145) que más bien se trata de una “gracia privada” susceptible en los delitos perseguibles mediante denuncia o querrela del agraviado, renunciado el Estado a su poder punitivo y de perseguibilidad, cuando el agraviado desista o renuncie a la misma.

“De lege ferenda” hay que señalar (BUSTOS RAMIREZ, p.599) que su mantenimiento no tiene fundamento y que debería irse a su supresión, sustituyendo los casos en que se aplica por otras instituciones en el ámbito procesal.

Por lo que respecta a nuestra legislación, históricamente el perdón del ofendido aparece en el Código Penal de 1916 como causa que extingue responsabilidad penal “en los delitos que no dan lugar a procedimiento de oficio” (art.123), más tarde en los Códigos Penales de 1922 (art.84) y 1982 (art.92) en la que se determina que la renuncia o desistimiento del agraviado (o parte ofendida) extinguió la acción penal, y hace

cesar la ejecución de la pena en los casos previstos en la ley.

En la actualidad, el Código Penal del 2007 expresamente señala que se extingue la pena en los casos previstos en la ley, sin embargo, son situaciones excepcionales, y a manera de ejemplo podemos mencionar los delitos contra el honor en la que se expresa que la “retractación pública y consentida por el ofendido excluye la responsabilidad penal”.

La doctrina (BUSTOS RAMIREZ, p. 599) ha considerado que los delitos de acción privada, en los cuales opera la causa de extinción de la responsabilidad penal, hoy en día no tienen sentido ni razón, toda vez que no se puede dejar al particular la facultad de sancionar, ya que puede dar lugar a abusos, chantajes, etc. o contrarios a las propuestas persecución de criminalizar.

Finalmente, el artículo 117 señala lo siguiente: “Cuando sean varios los ofendidos, cada uno de ellos podrá otorgar el perdón separadamente. Si uno o más ofendidos no perdonaran, el proceso continuará en lo que respecta a estos. Cuando sean varios los imputados y el ofendido sea uno, el perdón de este beneficiará a todos”.

6. La Rehabilitación

6.1 Cuestiones generales

El origen de la rehabilitación lo podemos hallar en los pueblos antiguos, como una forma del derecho de gracia, en los cuales los Soberanos reconocían el

perdón o la posibilidad de conmutar o de extinguir la pena.

En Roma, la rehabilitación se conocía con la “*in integrurum*” *restitutio*”, y se puede decir que aquí radica su verdadero origen, ya que se encuentra en las Instituciones de Justiniano y el Pretor durante la república, la concedía en los comicios a los condenados o en el Imperio del Senado.

La rehabilitación, en opinión de CUELLO CALON (p. 750), tiende a devolver al que fue penado, la capacidad para el ejercicio de los cargos, derechos, honores, dignidades o profesiones de que fue privado como consecuencia de la condena impuesta.

El término rehabilitación indican algunos autores no resulta muy correcto (MAURACH, p. 496) gramaticalmente se refiere a “habilitar de nuevo o restituir a una persona o cosa a su antiguo estado” (VARGAS, p. 401).

Indica RANIERI (p. 371), que la rehabilitación trae como consecuencia el sustraer al condenado de las penas accesorias y de otros efectos penales de la condena de las penas accesorias y renunciando el Estado, siempre y cuando el condenado, haya dado muestras efectivas y constantes de buena conducta, mientras que ANTON ONECA (p. 180), manifiesta que la rehabilitación es una institución compleja que tiene de acto de gracia su concesión del Gobierno; de prescripción, por el influjo del tiempo destructor de la situación jurídica residual después del cumplimiento de la con-

dena y de acto de justicia, en cuanto es premio de buena conducta que sirve de estímulo para promoverla.

La rehabilitación, en sí constituye un medio de extinción de la pena, para que recupere la reputación moral el condenado que había sido manchada por el delito (MAGGIORE, p. 389) vinculada así a la dignidad de las personas (BUSTOS RAMIREZ, p. 462) y desde el punto de vista de nuestra legislación penal constituye una extinción de las penas accesorias.

Finalmente, la rehabilitación implica que dicha persona no es peligrosa ni temible para la sociedad (Veáse: VARGAS, p. 401).

En lo que respecta a su fundamento y naturaleza jurídica, MAGGIORE (p. 389) explica que la rehabilitación se fundamenta en “razones humanitarias, en cuanto que ayuda al condenado, después de la extinción o la expiación de la pena, a recuperar su reputación moral que ha sido oscurecida por el delito”.

Y es que la rehabilitación (CUELLO CALÓN, p. 752) “tiene por base la corrección del penado y su adaptación a la vida social, e implica la prueba de una vida honrada y laboriosa”.

Con toda razón, indica CAMARGO HERNANDEZ (p. 28), es evidente que el Estado tiene una obligación de desaparecer todos aquellos obstáculos que se opongan a la vida normal del condenado, y debe cesar en consecuencias todas aquellas condenas que persistan (por ej. inhabilitación para cargos públicos), y ser cancelados los antecedentes penales, tomando en cuenta los principios modernos del Derecho penal, que no

solo tiene como fines castigar, sino también prevenir los delitos y sobre todo las reincidencias.

Por lo que respecta a la naturaleza jurídica de la rehabilitación, se han planteado diversas posturas: unas en cuanto que tiene una naturaleza procesal, otra penal, y no faltan aquellos que arguyen sobre una derecho o una gracia concedida a la persona.

En cuanto a su naturaleza procesal o sustantiva, indica CAMARGO HERNÁNDEZ (p. 234) que es una institución jurídica del Derecho Penal, sustantivo, y esto es, “por la sencilla razón de que es una causa de extinción de las inhabilitaciones perpetuas, penas accesorias u otras consecuencias de la condena (antecedentes penales, pérdida de la carrera) según las distintas legislaciones, y por tanto, de naturaleza sustantiva como las demás causas de extinción de la responsabilidad criminal”, aunque para ello requiera de una determinada tramitación y de una regulación del Derecho procesal.

Por otra parte, la rehabilitación como derecho subjetivo, ha sido planteada por CUELLO CALON (p.711) que la fundamenta en un verdadero derecho del condenado. Así sostiene que es un derecho subjetivo del condenado, de ahí que el Estado tenga la obligación de concederla a juicio de CAMARGO HERNÁNDEZ (p. 24) coincidiendo con BAEZA AVALLONE (P.129) y discrepando con QUINTANO RIPOLLES (p. 476) que asegura que es un complemento de los sistemas penitenciarios progresivos y no constituye por ende obligación del Estado en concederla.

En lo que respecta a si se trata de una “gracia”, la doctrina (BAEZA, p. 128 y CAMARGO HERNÁNDEZ p. 24) hoy en día descarta tal apreciación, y más bien lo fundamenta como un “verdadero derecho subjetivo”.

Ahora bien, en cuanto a considerar la rehabilitación como complemento de los sistemas penitenciario este criterio ha sido sustentado por QUINTANO RIPOLLES (p. 456) señalando, que hoy en día, la rehabilitación ha perdido ese caracter de gracia, y no constituyendo un derecho del ciudadano, se ha convertido en un complemento de esta posición que a su vez ha sido compartida por CAMARGO HERNÁNDEZ (p. 27), porque no se opone a su caracter de derecho subjetivo.

6.2 Clases de Rehabilitación

Para BAEZA (p. 176) y CAMARGO HERNÁNDEZ (p. 22) atendiendo al origen de las incapacidades que se extinguen con la rehabilitación, estas pueden ser propias o impropias mientras que otros se basan en otros criterios para clasificar las mismas.

6.2.1 Atendiendo al origen de las incapacidades que se extinguen

Distingue CAMARGO HERNÁNDEZ, (p.22) entre Rehabilitación Propia, que es aquella que extingue los efectos directamente derivados de una condena penal; mientras que la Rehabilitación impropia, tiene por efecto extinguir las incapacidades previstas en resoluciones de carácter no penal, vgr. la del quebrado no fraudulento.

La rehabilitación propia se divide a su vez en Rehabilitación común, y rehabilitación especial, cuando se rige por reglas especiales o generales. Entre estas últimas podemos mencionar, las de los inocentes, la de los absueltos por insuficiencia de pruebas, y la rehabilitación de la memoria de ejecutados o muertos en prisión.

6.2.2 Atendiendo a otros criterios, de clasificación

Dentro de esta clasificación (Veáse: CAMARGO HERNÁNDEZ, P. 176) se toman en cuenta tres criterios: el tipo de incapacidades afectadas, la generalidad o especialidad de las normas reguladoras y la autoridad que conoce la rehabilitación.

De acuerdo al tipo de incapacidades afectadas, estamos ante una Rehabilitación propia e impropia, según recaiga la incapacidad sobre una sanción penal o no penal; mientras, que en cuanto su generalidad o especialidad de las normas reguladoras, se distingue entre rehabilitación común y especial, según se aparten o no de las reglas comunes previstas por el legislador.

Finalmente, de acuerdo a la autoridad que conoce la rehabilitación esta puede ser administrativa, legal o de derecho, judicial o mixta.

En este contexto, estamos ante una rehabilitación administrativa, cuando la concede a título de gracia, el estado o los gobiernos; es Judicial, cuando la encargada de su aplicación es la autoridad judicial; legal cuando se obtiene por el transcurso del tiempo previsto en la ley, o en otras palabras en una facultad

legislativa, y finalmente, mixta, cuando la concede el gobierno, previo informe de la autoridad judicial.

Sobre lo anterior, ha señalado CUELLO CALON (p. 751) que la rehabilitación administrativa, hoy en día, no tiene el carácter de “gracia”, sino más bien es un derecho de los condenados, mientras que en lo que respecta a la clasificación legal, indica CAMARGO HERNÁNDEZ (p.39), “que carece de fundamento, pues indudablemente, la concesión de la rehabilitación por el mero transcurso de un tiempo determinado es contraria a la esencia de este instituto, que se funda en la corrección del penado demostrada mediante la observancia de una intachable conducta”.

Finalmente, concluyen ANTOLISEI (p. 554) y CAMARGO HERNÁNDEZ (p. 40), que de las formas de rehabilitación estudiadas, es la Judicial la más perfecta, pues el condenado se dirige a solicitarla y el tribunal está en el deber de otorgarla y se ajusta a su naturaleza; más no faltan otros autores como BAEZA (p. 190) que sostengan que la rehabilitación legal, es la que más se ajusta a la naturaleza pública de la pena y sus efectos.

6.3 Requisitos, y efectos de la rehabilitación

De la lectura del artículo 118 se puede determinar como requisitos de la rehabilitación, los siguientes: a) el tiempo para solicitar la rehabilitación, b) la buena conducta del condenado, pero no se establece como exigencia el cumplimiento de la responsabilidad civil, que tiene su razón de ser, en la necesidad de que el condenado responda por los perjuicios ocasionados a la víctima, y que de acuerdo con el código esta responsabilidad civil consiste en: 1- la indemnización del

daño material y moral causado a la víctima o su familia o a un tercero; 2- La restitución de la cosa obtenida por razón del delito o en su efecto el respectivo valor.

a) Período para solicitar la rehabilitación.

El tiempo para solicitar la rehabilitación es después de dos años de haber cumplido la pena principal o de haberse extinguido la misma. No se establece ningún tipo de distinción para el caso de que sea reincidente de un delito.

El Código se refiere, por un lado, al cumplimiento de la condena, y por otro, a la extinción de la pena impuesta, que en el caso último recaería exclusivamente, sobre la prescripción, dado que la amnistía y el indulto extinguen todas las penas, inclusive las accesorias (Veáse CAMARGO HERNÁNDEZ, p. 29).

Pero también, el código (CAMARGO HERNÁNDEZ, p. 29) hace referencia al trascurso de cierto tiempo, a partir del cual el penado adquiere el derecho a solicitar la rehabilitación, que claramente, como hemos citado el código señala los plazos a partir del cual empieza a computarse de distinta manera en las legislaciones, ya sea a partir de la cesación de la suspensión, o luego del día en que quedo extinguida la pena o cumplida por el condenado.

b) Que haya observado buena conducta que haga presumir arrepentimiento

En opinión de CAMARGO HERNÁNDEZ (p.30), “la buena conducta posterior a la condena es ele-

mento esencial de la rehabilitación y que encuentra fundamento y razón de ser efectivamente, a el que corregido y readaptado a la vida social, como demuestra con su buena conducta posterior, deben dársele toda clase de facilidades para que continúe por el camino del bien haciendo desaparecer todas aquellas consecuencias de la condena que a veces suponen un insuperable obstáculo para su normal desenvolvimiento en la vida social”.

En otras legislaciones, sin embargo, debe notarse que se hace referencia expresa, que el solicitante de rehabilitación no debe haber delinquido”.

En lo que respecta a los efectos de la rehabilitación, tiene en mente restituir al condenado, en la plenitud de sus derechos privados o restringidos como consecuencia de la condena, pero en concreto, extinguir las penas accesorias o producir la cancelación de antecedentes penales, y tiene efectos retroactivos (CAMARGO HERNÁNDEZ (p. 45) BUENO ARUS (p. 7). Sobre esto último, ha manifestado CUELLO CALON (p. 751), que tiene efectos favorables sobre el condenado, pues el olvido de los antecedentes penales es un elemento importante en la posible readaptación social del condenado, dado que el conocimiento y divulgación de sus condenas anteriores, es con frecuencia un obstáculo para obtener dicha readaptación, más para CAMARGO HERNÁNDEZ (p. 45), puede tener efectos desfavorables, para la determinación de la reincidencia, habitualidad, además que las personas tienen derecho a cono-

cer los antecedentes de las personas, ya sea para un trabajo o cualquier servicio.

Por otra parte, en cuanto a la cancelación de los antecedentes penales (CAMARGO HERNÁNDEZ, p. 48), en el rehabilitado existen diversos sistemas, el inmediato, que lo concede una vez concluido los trámites de la rehabilitación, el Progresivo, que se hace mediante plazos, o el de publicidad restringida, restrictivo para los particulares, pero al alcance de las autoridades publicas, administrativos, judiciales.

Antes de terminar, a diferencia de la legislación derogada no se establece la revocación de la rehabilitación en caso de que el sujeto cometa un nuevo hecho punible (art. 105 CP 1982). En el derecho comparado existen tres sistemas, que pueden producir u originar la revocación de la Rehabilitación: el sistema restringido, el sistema amplio y un sistema ecléctico.

En el primero de ellos, la rehabilitación se produce por la comisión de un nuevo delito previsto en el mismo Título del Código Penal; mientras que en el Sistema amplio, solo se requiere la comisión de cualquier delito; y finalmente, el sistema ecléctico, en la cual se produce la revocación, transcurrido cierto tiempo que establece el legislador.

En opinión de BUENO ARUS (p.8) la comisión de un nuevo delito por el rehabilitado demuestra claramente que no se ha reinsertado el sujeto a la sociedad.

Por otra parte, la aceptación por las legislaciones de uno u otro criterios de revocación de la rehabilitación, trae como consecuencia distintos efectos, según

indica CAMARGO HERNÁNDEZ (p. 51/52). En el sistema restringido la revocación de la inscripción cancelada produce efectos para la apreciación de la reincidencia y para la no aplicación de la condena condicional o de régimen de prueba con relación al delito agravado por la concurrencia de esta circunstancia. Cuando se siga el segundo de los sistemas indicados, podrá hacerse aplicación no solamente de la agravante de reincidencia, sino también de la reiteración y, además, apreciarse la habitualidad: esto es la inscripción cancelada recobra, en este supuesto, su vigor a todos los efectos.

De acuerdo con el tercer sistema, cuando concurren las condiciones indicadas, la condena cancelada producirá, como en el supuesto anterior, plenos efectos: después de transcurrido cierto tiempo adquiere el carácter de irrevocable y, como consecuencia no producirá efecto alguno”.

BIBLIOGRAFÍA ADICIONAL

BAEZA AVALLONE, Vicente, *La Rehabilitación*, Edersa, Madrid, 1983; BUENO ARUS, Francisco, *Una nota sobre la Ley de amnistía*, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1977; BUENO ARUS, Francisco, *La Rehabilitación en el Código Penal Tipo para Latinoamérica*, Madrid, 1977; CAMARGO HERNANDEZ, Cesar, *La Rehabilitación*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1960; GARCIA PUENTE LLAMAS, José, “Nuestra concepción de las excusas absolutorias” en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXXIV, enero-abril, Madrid, 1981; LANDROVE, Gerardo, *Las Consecuencias Jurídicas del delito*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1990; LINDE PANIAGUA, Enrique, *Amnistía e Indulto en España*, Edición Tucan, Madrid, 1976; MARTINEZ PEREZ, Carlos, *Las condiciones Objetivas de Punibilidad*, Edersa, Madrid, 1989; MILLAN, Alberto, *Amnistía Penal*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1958; MORILLAS CUEVAS, Lorenzo, *Acerca de la prescripción de los delitos y de las penas*, Universidad de Granada, Granada, 1980; SOBREMONTTE MARTINEZ, Enrique, *Indulto y Amnistía*, Universidad de Valencia, Valencia, 1990; SOTOMAYOR, Gonzalo Yusef, *La Prescripción Penal*, Editora Jurídica de Chile, Santiago, 1987; VELA TREVIÑO, Sergio, *La Prescripción en materia penal*, Trillas, México, 1985.

Capítulo V

LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

I. NOCIONES GENERALES

A. Concepto de Medidas de Seguridad

1. *En el plano doctrinal*

Las medidas de seguridad constituyen en el derecho penal una de las vías para luchar contra el delito, y como indica GARCÍA ITURBE (Las Medidas de Seguridad, p.35) “son medio tendientes a prevenir la delincuencia mediante el combate de la peligrosidad social encontrada en sujetos que han llevado a cabo ciertos actos de carácter antisocial (delitos o cuasi delitos) y con la finalidad de obtener la adaptación de los sujetos a la vida libre”.

Son en opinión de SOLER (p.402) “medidas de seguridad propiamente dichas cuya acción se ejerce, sobre todo mediante la prevención específica, removiendo en el sujeto las causas que lo llevaron a delinquir”, o “medidas de derecho administrativo, comprendidas dentro de la función de policía de seguridad, que se ocupan de la prevención medida contra personas peligrosas”, según anota GRISPIGNI (Derecho Penal Italiano, p.41).

Para otros como COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON (1996, p. 902), las medidas de seguridad, vienen a ser la consecuencia jurídica de la declaración o comprobación de peligrosidad criminal del sujeto delincuente; más por su parte, ANTOLISEI (p. 558) sostiene que son medios que están orientados a readaptar al delincuente a la vida social, educándolo o curándolo, según su necesidad, de manera que no perjudique a la sociedad.

PEÑA CABRERA (p. 421), coincide en que las medidas de seguridad, son medidas preventivas previstas en la ley dirigidas a que determinadas personas no cometan delitos, incluyéndose a “innocuizar” a los sujetos inimputables peligrosos.

También siguiendo los criterios enunciados, BETTIOL (D.P., p. 770 y ss.), las define como un “medio profiláctico y preventivo de lucha contra el delincuente aplicado respecto de personas socialmente peligrosa con motivo de la comisión de una infracción, y persiguen como indica REYES (D.P., p. 362) la readaptación social y la prevención de delitos, que solo puede obtener sea través del tratamiento y de la educación al sujeto que ha cometido el delito.

Sobre la delimitación conceptual, WELZEL (1993, p. 310), considera que la medida de seguridad, además de proteger a la comunidad impidiendo una futura realización delictual en sujetos peligrosos (medida de seguridad en sentido estricto), por otro, lado persigue la readaptación del autor para una “vida ordenada” (medida de corrección), coincidiendo en ese sentido MAURACH (p. 571) en que la única finalidad de la me-

didada de seguridad es ciertamente el de asegurar a la sociedad frente a las posibles actuaciones que realicen los sujetos considerados como peligrosos.

Con toda razón, ha manifestado ARTEAGA (p. 419) que la aplicación de las medidas de seguridad no están relacionadas con la represión del delito, ni con la culpabilidad del sujeto, sino que su finalidad exclusiva es la de prevenir nuevos delitos y de readaptar a los sujetos, en atención, a su peligrosidad criminal.

En conclusión, las medidas de seguridad consisten en una privación de bienes jurídicos que toman como base y fundamento la peligrosidad del sujeto, orientada a la prevención especial (corrección, curación, separación, innocuización o advertencia individual) y que se propone evitar delitos (Veáse: SAINZ CANTERO, Lecciones, p. 22).

2. En el ámbito legislativo y doctrinal panameño

En el plano legislativo panameño, la concepción expresa de Medidas de seguridad, aparece por primera vez en la legislación vigente, es decir, en el Código Penal de 1982, pues el Código 1922, no decía nada al respecto, y carecía de un sistema científico de medidas de seguridad, tal como lo han indicado MUÑOZ RUBIO y GUERRA VILLALAZ, (D.P.P., p. 499), entre otros.

Por lo que respecta al Código vigente, que sigue el sistema dualista, no nos trae y como es usual, una definición de medidas de seguridad, ni de peligrosidad, sin embargo, del contenido de los artículos 107 y siguientes; se aprecia que tienen por objeto prevenir la realización de hechos punibles y readaptar al de-

lincuente, a través de la educación y curación (Veáse: Fabián Echevers, “Las medidas de seguridad en el nuevo Código Penal” en *Boletín* p.55).

En el plano doctrinal panameño, MUÑOZ RUBIO y GUERRA DE VILLALAZ (D.P.P., p. 499) siguiendo el derecho comparado, han advertido su finalidad meramente preventiva y de readaptación del delincuente mediante la educación o corrección; refiriéndose por su parte, GIL (Elementos, p. 12) que las “medidas de seguridad son la le respuesta que da el Estado a conductas que revisten carácter delictivo o que sin ser delitos llevan aparejada una respuesta institucional frente a su comisión”.

3. *Las medidas de seguridad frente a las penas*

Del examen conceptual doctrinal y legislativo sobre medidas de seguridad, ciertamente, se desprende que existen algunas diferencias entre pena y medida de seguridad, las cuales serán abordadas al analizar la naturaleza jurídica, el fundamento, los fines y otros aspectos sobre las medidas de seguridad, que veremos en el segundo capítulo.

Sin embargo, por el momento, resulta necesario brevemente hacer una enunciación de las diferencias más sobresalientes entre una y la otra, con fines exclusivamente aclaratorios.

Así, tenemos que MUÑOZ RUBIO y GUERRA VILLALAZ (p. 501), en su obra *Derecho Penal Panameño*, presentan como diferencias sustanciales entre pena y medida de seguridad las siguientes:

1. La pena se aplica, luego de haberse cometido el delito; mientras que la medida de seguridad, antes o después (medidas de seguridad predelictuales y postdelictuales).
2. La pena, es una reacción pública, como consecuencia de haber infringido la norma penal, y consiste en un mal que se infringe a quien realizó el delito. La medida de seguridad, tiene una finalidad preventiva, y su aplicación es asegurativa para la sociedad y el delincuente.
3. La pena se mide en atención a la gravedad del hecho realizado, a la culpabilidad del delincuente; mientras que la medida de seguridad, se rige por la peligrosidad del sujeto.
4. La pena tiene carácter eminentemente retributivo, mientras que la medida de seguridad, tiene fines de prevención especial.
5. La pena se orienta fundamentalmente hacia el delito cometido, mientras que la medida de seguridad, toma en cuenta la peligrosidad del sujeto, ya sea que haya o no realizado el delito.

Ahora bien, es importante destacar y según veremos al analizar la naturaleza jurídica de la medida de seguridad, que la distinción entre penas y medidas de seguridad ha planteado el análisis de tres sistemas fundamentales: El dualista, el Monismo y el Vicarial, estableciéndose claramente en el primero, una distinción entre pena y medida de seguridad (BARREIRO, “*Las Medidas de Seguridad en el Derecho Penal Español*”, p. 163) surgiendo así la utilización de la “doble vía” en

el derecho penal, para luchar contra la criminalidad, ante la insuficiencia de la pena o del Sistema monista.

Por otra parte, la crisis de la “doble vía” ha traído como consecuencia la implantación en varias legislaciones del sistema Vicarial (ejemp. Código Penal Español) en la cual se sostiene que la diferenciación entre una y otra es solo “nominal, las penas han de tener el contenido y la función de las medidas de seguridad, y las medidas de seguridad deben estar rodeadas de todas las garantías de la pena” ZUGALDÍA ESPINAR (Fundamentos, p. 142).

B. Notas breves históricas sobre las Medidas de Seguridad

1. *Las medidas de seguridad en el ámbito histórico antiguo hasta la edad moderna*

En la Edad Antigua cuando se trataba de sujetos peligrosos la manera de reaccionar podía consistir en una expulsión de la tribu en que vivía, es decir de la sociedad, y se declaraba como un perpetuo enemigo (Veáse: OLESA MUÑIDO, Las Medidas, p. 22), aunque en el Código Hammurabi existieron métodos más primitivos como mutilación de manos, nariz, pie, o en las Leyes de Manu, en ciertos casos, era posible la aplicación de una multa.

En Grecia, se aplicó el ostracismo, para alejar a los perturbadores de la metrópolis, parecido a la relegatio de Roma, que consistía, en el confinamiento temporal o permanente en una isla u otro lugar, sin perder los derechos como persona, mientras que el

TALMUD establecía la inhabilitación para testificar u organizar asambleas judiciales a los vagos y tahures, a fin de evitar la realización de los delitos (CFR: OLESA MUÑIDO, p. 27), de manera que en general, en estos tiempos se orientaba como indica SENECA, hacia la eliminación del delincuente como un “perro rabioso”, es decir, debe ser eliminado, aunque más tarde indique que la pena no es solo intimidación, sino la de proporcionar seguridad a los buenos, separando a los malos

Por lo que respecta a la Edad Media (CFR: OLESA MUÑIDO, p. 27), tenemos que en el Derecho Islámico se encuentran antecedentes de medidas de seguridad aplicables a reincidentes (consistiendo en una internación indeterminada hasta que se enmendara); para los enfermos mentales, se declara la irresponsabilidad, sin establecer otras medidas al respecto.

También, en este período, se señalan las disposiciones del Rey EDUARDO III (1350) de Inglaterra, contra la vagancia a la vez que se expulsaba a otras ciudades a personas por no tener trabajo; más por su parte en Castilla, el Rey II, castigaba a los vagos con azotes, salvo que el sujeto empiece a trabajar.

En este período, debe destacarse que los teólogos y filósofos consideraban necesario el “castigo” como una reacción social, de ahí que los sujetos reincidentes eran castigados con dureza, con penas tan graves como la muerte.

Hacia el siglo XII, en el derecho francés se hace distinción entre reincidencia y habitualidad en el delito, se justifica la eliminación por la “presunción de

incurregibilidad” y persistencia hacia el delito, criterio también seguido en Inglaterra.

Durante la edad moderna (CFR: OLESA MUÑIDO, p. 36) tenemos que era aplicada la pena de “Galeras” que debía cumplirse en las naves del Rey, según el Real Servicio de Galeras de 1530, en reemplazo de las penas corporales, y en el caso de los moriscos se les aplicaba la pena perpetua de galera.

La pena de galera tenía una duración de acuerdo a la naturaleza del hecho cometido y del sujeto, pero no podía ser menor de dos años, y era aplicada a los vagabundos menores de 20 años, gitanos, rufianes e inclusive a jugadores de naipes.

En algunos casos esta pena podía ser perpetua, como sucedió en Francia e iba acompañada de la pena de confiscación de bienes, y podía ser conmutada, por medio de la amputación de un miembro.

En el siglo XVI, los problemas de vagancia y mendicidad se van agravando y se adoptan diversas medidas para combatirla, así podemos mencionar las disposiciones de 1523, Toledo de 1525, otras de 1534 y 1540, que prohíben pedir limosna, destinándose a cumplir la pena de galeras en unos, casos, y en otros la cárcel, o la pena de destierro. Hacia finales del siglo XVI, las Cortes españolas ordenan la creación de albergues para los mendigos (1596), mientras que en Amsterdam un año previo, se habían establecido, para hombres, seguido en 1598, para mujeres de vida perdida, con fines educativos, y en España en 1661, con el internamiento en la casa de La Galera.

Más tarde, en la R. O. de Carlos III sostiene, “el más caracterizado representante de la persecución de vagabundo y ocioso, el servicio de armas sustituye al de galeras (Según Real Orden de 16-IX-1748), y es este mismo monarca el que ordena que los ineptos fueran recogidos en hospitales y casas de trabajo para iniciarse en un oficio. No obstante mantenerse hasta la Real Orden de 30 de diciembre de 1803, la pena de galeras (con esporádico y dudoso restablecimiento en 1815) y hasta 1829, el destino a las armas de los ociosos, las casas de trabajo son ya un exponente de la corriente que se había consolidado en Europa; el internamiento, concebido éste como manifestación de una política general que responde a la crisis económica del XVII y, parcialmente, del XVIII, mediante intentos de corrección de las fluctuaciones del ciclo económico, a través de la detención meramente innocuizadora, o en forma alternativa, acompañada de la dedicación coactiva al trabajo, de la población marginal y peligrosa” (TERRADILLOS, Peligrosidad Social y Estado de Derecho, p. 33).

También debe señalarse la aplicación de la cláusula de retención de Carlos III de 12 de mayo de 1771 que disponía la prolongación de la pena, para los reos agravados que cumplida su sentencia, se le revelará algún grave inconveniente, comprendida aunque de manera análoga en el ordenamiento francés, previo a la revolución, en la cual el Rey podía internar de manera indefinida a un individuo en la prisión o en la Bastilla (CFR: OLESA MUÑIDO, p. 531).

Ahora bien, las medidas contra los individuos peligrosos constituyeron también la creación de ma-

nicomios criminales en Inglaterra (1860 - 1883), para los alcoholizados (1898), y para los menores (1908), incluyendo la relegación para los multireincidentes.

Por lo que respecta al plano doctrinal, a finales del siglo XIX, las escuelas penales Positiva y Clásica, presentan importantes consideraciones en torno al delito, la primera ve en la pena un hecho natural con miras a la defensa social (prevención y represión), considerando al delincuente como anormal, mientras que la Escuela Clásica, parte del supuesto de que el delito es un “ente jurídico”, de la teoría del “libre albedrío”, y de la retribución por el mal causado.

Las aseveraciones anteriores, inician así como indica OLESA MUÑIDO (p. 64 y ss.) y BERISTAIN (Medidas Penales, p. 42) el camino hacia el examen del concepto de peligrosidad, y hacia el replanteamiento de un Derecho Penal, no exclusivamente “defensista y retribucionista”, (sistema unitario) sino más bien defensista y preventivo (dualista), en donde la Escuela Positiva manifiesta la necesidad de que las medidas de seguridad se apliquen no solamente a los enajenados, sino también a los delincuentes peligrosos, tales como por ejemplo, reincidentes, delincuentes habituales, criterios que más tarde son recogidos por las demás escuelas penales.

Pero además de ello, agrega BERISTAIN (Medidas, p. 40) se ha señalado que los “antecedentes teóricos de las medidas de seguridad maduran principalmente en Alemania (comienzos del siglo XIX) y en Italia (fines del siglo XIX) coincidiendo con la transformación del Estado policía en Estado de derecho.

Por lo que respecta a la sistematización de las Medidas de seguridad, aparecen a finales del siglo XIX, en el anteproyecto suizo (1893) de Karl STOOS (CFR: BERISTAIN, p. 42 y MAGGIORE, p. 397, ARGIBAY, D.P., p. 95), que las establece conjuntamente con la pena, sin embargo, no han faltado autores que indican que si bien se planteo formalmente en aquella época, por otro lado, un proyecto de código penal italiano de 1870 propuesto por LUCHINI, las había conseguido incorporar al Código Penal de ZANADERLLI de 1889, tal como anota DEL ROSAL (Tratado, p. 561).

En este contexto, se ha sostenido que los Código Penales de 1822, 1848 y 1870 español y el Código Zanaderlli establecían medidas para los inimputables, aunque en sentido estricto no lo eran.

2. Las Medidas de Seguridad en el Contexto Histórico Panameño

En primer término tenemos el Código Penal de 1916, texto legal que no hace referencia a las mismas, mientras que el Código Penal de 1922, MUÑOZ RUBIO Y GUERRA DE VILLALAZ (D.P.P., p. 505), tampoco regulaba de manera científica las mismas, aunque en el art. 44 si se hacia referencia al internamiento de un inimputable por razón de su estado mental, por lo que en este último caso, AROSEMENA GUARDIA (Necesidad en Panamá de una legislación sobre medidas de seguridad, p. 109 y ss), manifestaba la necesidad de una legislación al respecto.

En este contexto, el citado autor (ps. 30 y ss) manifestaba su inquietud y la necesidad por el estableci-

miento de las misma en nuestro país, ante su ausencia, en situaciones que lo ameritan como embriaguez habitual, toxicomanías, mendicidad, proxenetismo, prostitución, menores en situación irregular; siendo urgente su adopción a fin complementar la insuficiencia de las penas como instrumentos de la lucha contra la delincuencia, y en resumen establecía como parámetros los siguientes:

1. Es necesario y conveniente legislar sobre medidas predelictivas para los sujetos cuyas personalidades ofrezcan un definido potencial ofensivo.
2. Medidas de seguridad pre y postdelictivas que no vulneren los derechos individuales.
3. Necesidad del estado de velar por la “efectiva asistencia de los medios técnicos para la aplicación de las mismas”.

Ahora bien, con posterioridad a la vigencia del Código de 1922, surgen algunas disposiciones penales que a juicio de autores nacionales (CFR: ECHEVERS, Las Medidas, p. 59) son “consagradorias de medidas de seguridad” o tienen el carácter de medidas de seguridad, aunque no han sido objeto de aplicación práctica (CFR: MUÑOZ RUBIO y GUERRA DE VILLALAZ, D.P.P, p. 506). Así tenemos, en este orden, la Ley 24 de 1951, por la cual se creaba el Tribunal Tutelar de Menores, estableciendo medidas asegurativas, educativas y de vigilancia y rehabilitación a los menores de edad, y en consecuencia para aquellos que cometían delitos.

En la misma línea, la Ley 23 de 1954, establece una medida de seguridad para aquellos que “usen drogas”

(narcóticos, drogas enervantes), a fin de que sean reclusos en un establecimiento de salud, para su recuperación, aunque la creación de los últimos haya sido letra muerta, mientras que la Ley 15 de 1961, establece medidas de seguridad predelictuales para personas de alto índice de peligrosidad social”. Sin embargo, acertadamente expresaba ECHEVERS (Las Medidas, p. 59), que las mismas violentaban “el principio de legalidad” y permitían la incriminación de situaciones y la consiguiente condena de los sujetos involucrados en los casos de simple tenencia de objetos de valor o de instrumentos idóneos para la comisión del delito contra la propiedad, cuando se trate de reincidentes en la comisión del delito contra la propiedad, cuando se trate de reincidentes en la posesión de los artículos. La misma suerte de condena corrían los reincidentes en la comisión de delitos contra la integridad física de las personas que poseyeran instrumentos con los cuales se puedan producir lesiones.

Más adelante, la Ley N^o. 4 de 1966, establece como medida de seguridad el internamiento de mujeres declaradas “sujetas de rehabilitación” (art. 4^o) por tiempo indeterminado que no sea mayor de seis (6) meses ni mayor de dos (2) años, tales como son, las dipsómanas y toxicómanas, las mujeres públicas o de mala vida, las proxenetas y las que directamente vivan de la mendicidad ajena y las que de manera habitual favorezcan la embriaguez de menores. En este caso, se consideran “socialmente peligrosas, y solo se aplican como indica ECHEVERS (p. 60) después de haber cometido una falta, justificándose la imposición de las me-

didadas de seguridad y fundamentada en el principio de legalidad, con una duración indeterminada.

A partir del Código Penal de 1982 se incluye el sistema dualista penas y medidas de seguridad paralelas (ECHEVERS, p. 60 - 1), en el Título V, pero, el sistema que incorpora lastimosamente omitió toda referencia a un elemento doctrinal importante, en esta materia, que es el de la “peligrosidad” (CFR. ECHEVERS, p. 55) sin dejar pasar por alto otras objeciones relativas a la aplicación de las medidas de seguridad, más por el momento solo destacaremos estos planteamientos, pues de manera singular serán examinados en los capítulos sub-siguientes, y finalmente, tenemos el Código Penal del 2007 que regula en la actualidad las medidas de seguridad.

II. NATURALEZA JURÍDICA

A. Planteamiento

Al analizar este tema se indica que debe abordarse tomando en consideración las teorías dualistas y unitarias como medios establecidos para luchar contra el crimen, para más tarde entrar a su carácter jurídico (GARCIA ITURBE, 63), mientras que otros sostienen que para plantear la naturaleza jurídica de la medida de seguridad, se hace necesario delimitar previamente el ámbito de acción de las medidas de seguridad con relación al Derecho Penal (BARREIRO Las Medidas, p. 87) y a otras ramas del Derecho, así como determinar la distinción entre pena y medida de seguridad (OLESA MUÑIDO (p. 120) .

Para otros, sin embargo, siguiendo criterios doctrinales mayoritarios estudio se reduce al examen de dos teorías principales, que son las teorías administrativas y las teorías penales. BERISTAIN (Medidas Penales, p. 76).

B. Naturaleza jurídica de las medidas de seguridad: Criterios Unitarios y Dualistas

1. Introducción

La conceptualización de las medidas de seguridad como medio de tutela jurídica, reviste una controvertida polémica doctrinal según ha indicado MENDOZA TRONCONIS (D.P., p. 202) en torno a su naturaleza jurídica, que principalmente ha sido abordado por aquellos que consideran que la medida de seguridad se asemeja a la pena, y por los que, asumen que tienen un carácter distinto y autónomo.

2. Teorías monistas o unitarias

Las teorías unitarias (CFR: MENDOZA TRONCONIS, p. 202 y GARCIA ITURBE, p. 68) son más antiguas que las dualistas y sus seguidores más representativos son los de la Escuela Positiva, que abogan por la equiparación de las medidas de seguridad y las penas, considerándolas como “sanciones jurídicas” que “tienen un mismo objetivo: la tutela jurídica, un mismo fin “la defensa social”, son medios coactivos que se ejercen sobre el individuo, son coacciones sociales, y se presentan como medios de reacción reconocidos por el Derecho contra “actos antisociales y en consecuencia son antijurídicos” .

Los más destacados exponentes de la postura unitaria, han sido FLORIAN, FERRI, GRISPIGNI, y en opinión de ANTOLISEI (p. 562), nada prohíbe acoger un concepto más amplio de lo que es sanción, para dar cabida a las medidas de seguridad, y en ese sentido, al igual que la pena, las medidas de seguridad constituyen medios de lucha contra el delito y no pueden pertenecer a otra rama distinta del ordenamiento jurídico.

Por su parte, GARCÍA ITURBE (p. 75) propone, “la eliminación de la pena y sus sustitución por una medida de seguridad en todos los casos, y tal medida presenta las siguientes características: un límite mínimo, fijo adecuado proporcionalmente a la gravedad del hecho cometido; y un término máximo insuperable el cual no guarda relación alguna con la gravedad del hecho cometido y podría llegar a ser, incluso idéntico par todos los casos o para un gran número de ellos y que podría fijarse por ejemplo, en veinte, treinta o cuarenta años”.

No obstante, BARREIRO (p. 176/180 - 1) ha sido crítico de la postura de GARCÍA ITURBE, por ser incompleta e imprecisa, pues no soluciona el problema de los delincuentes incorregibles que puede serles aplicables una “medida asegurativa de carácter inocuizador.

En conclusión, el sistema monista ha sido objeto de innumerables críticas, por los diversos inconvenientes que presenta, los cuales pueden reducirse a los siguientes:

1. La unificación de las penas y medidas de seguridad según BARREIRO (p. 180) implica no respetar su distintas naturaleza jurídica.

2. BARREIRO opina que “el problema de las relaciones entre pena y medidas de seguridad no se puede reducir, como pretende el monismo a una simple cuestión práctica que pertenece al ambito de la política criminal.
3. De igual forma, como indica BARREIRO (p. 76/180-1), siguiendo a LISZT, “que las penas y las medidas de seguridad, son como dos circulos secantes: la pena puramente retributiva y la pura medida de seguridad están en oposición pero dentro de la esfera que le es común, puede entrar la medida de seguridad en lugar de la pena y viceversa”.

3. Teorías Dualistas

Las teorías sustentadas por LONGUI, CONTI, VAN-NINI, ROCCO, y de MAURO en Italia, tienen seguidores germanos a BELING, en España, a DORADO MONTERO, SALDAÑA, el Padre Jerónimo MONTES, tal como lo anota OLESA MUÑIDO (p. 114) en su trabajo monográfico sobre el tema que estamos analizando.

El dualismo aparece con STOOS que lo introduce, como otra vía para luchar contra la criminalidad, a través de la medida de seguridad, y no exclusivamente con la pena.

De acuerdo a los seguidores de esta postura, existen semejanzas entre la pena y medida de seguridad, pero también hay diferencias sustanciales entre ambas, la pena persigue la retribución y la represión, mientras que las medidas de seguridad tienen por finalidad la prevención y la asistencia social, es decir, la

prevención inmediata o directa (CFR: GARCIA ITURBE, p. 64, MENDOZA TRONCONIS, p. 203, MAGGIORE, p. 400, Barreiro, p. 166)

Con el sistema dualista (BARREIRO, p. 167), la pena se caracteriza por fundamentarse en la culpabilidad del sujeto, mientras que la medida de seguridad en la peligrosidad, de ahí que la primera sea determinada, y la segunda indeterminada, en razón del cese de la peligrosidad del sujeto.

En opinión de BARREIRO (p. 167), este “sistema presenta graves inconvenientes prácticos, que hace pensar -para ciertos supuestos como es el caso de los jóvenes imputables- en la necesidad ineludible de un tratamiento único, Uno de los problemas fundamentales es el planteado con motivos de la aplicación acumulativa de una pena con una medida de seguridad privativa de libertad. En estos casos se habla que, realmente las consecuencias son un doble castigo referido a una persona”.

Con igual criterio ha coincidido JESCHECK (p. 177) que la crisis de la doble vía, se presenta con las medidas privativas de libertad, en los cuales se anula parcialmente la protección que el principio de culpabilidad otorga al delincuente fijando el límite superior de la pena, puesto que no conectan con la culpabilidad, sino la peligrosidad, y de ese modo posibilitan intervenciones quizás sean más gravosas, y por ello más temibles que las propias penas de larga duración.

En este sentido, el dualismo parte de la aplicación cumulativa de las penas y las medidas de seguridad a una misma persona (MIR PUIG, p. 52), aplicando pre-

ferentemente la pena para cumplir con la necesidad de “satisfacer la exigencia de la justicia, entendida en el sentido de restablecer el orden social perturbado y dar satisfacción al sentimiento de reprochabilidad pública”.

Ciertamente, entonces, el sistema dualista está en crisis, y coincidimos con ROMEO CASABONA (Peligrosidad y Derecho Preventivo, p. 82) que debe ser calificado de injusto y e irracional, dado que implica un doble castigo (no entra a valorar los efectos intimidantes y aflictivos que de hecho suele acompañar a la medida, aunque sean ajenos a su esencia) y considera al delincuente como poseedor de dos personalidades al pretender con este sistema aplicarle un doble tratamiento”.

Por otra parte, otra de las objeciones que se hace al dualismo es la referente a la distinción entre penas y medidas de seguridad, en la cual se señala que existe apenas una ligera diferencia, en su ejecución y finalidad, es decir, más en el ámbito práctico, que teórico (CFR: DEL ROSAL, Tratado, p. 567 - 9).

Ahora bien, no obstante lo anterior afirma BARREIRO (p. 170) que el sistema dualista “tiene sentido y justificación” y que debe adecuarse su formulación a la prevención del delito, tomando en cuenta el estado peligroso del sujeto, a fin de no cosechar fracasos (frente a los autores peligrosos, la medida de seguridad) mediante el respeto de “la dignidad de la persona y los derechos fundamentales de la misma” (RODRIGUEZ MOURULLO, “Medidas de Seguridad y Estado de Derecho, p. 358).

4. Sistema vicarial

La crisis del sistema dualista y monista, lleva a la creación de otro sistema intermedio denominado VICARIAL, o sustitutivo, que ha dado lugar a que se descuenta de la duración de la pena el tiempo del cumplimiento de la medida que se ha ejecutado primero (CFR: ROMEO CASABONA, Peligrosidad y Derecho Preventivo, p. 84).

Sostiene MUÑOZ CONDE Y GARCIA ARAN (p. 609) que el "sistema vicarial se aparta del sistema dualista puro -por el que se acumularían sin más la pena y la medida- ya que consiste en evitar que la duración de la pena y la de la medida se sumen e incrementen así la afflictividad de la privación de la libertad, Básicamente, el sistema consisten en comenzar por la aplicación de la medida y computar el período de internamiento como cumplimiento de la pena: la aplicación de la medida no podrá rebasar el tiempo de la pena, de manera que alcanzado este, queda extinguida antes de dicho límite, el Tribunal puede darla por cumplida o reducirla.

Por su parte, indica, JESCHECK (Tratado, p. 77), que las objeciones al sistema dualista en torno a las dificultades que se presentan con las medidas privativas de libertad (crisis de la doble vía), "desaparecen con el intercambio entre pena y medida a nivel de ejecución, computandose el tiempo de esta al de aquella, y con la posibilidad de que también la medida sea suspendida condicionalmente".

El sistema vicarial, ha señalado la doctrina (ROMEO CASABONA, "Peligrosidad", p. 84) que ha tenido apli-

cación en los semimputables e imputables peligrosos en los casos en que la medida implique internamiento (privación de libertad), para opinión de BARREIRO (p. 184), los postulados del sistema vicarial además, de los antes señalados, exigen que el juez tome en cuenta la personalidad del agente y su necesidad de tratamiento, así como las exigencias de defensa social, en orden a suspender u ordenar el cumplimiento del resto de la pena.

Indudablemente, que este sistema no ha escapado de las críticas de la doctrina, por el excesivo arbitrio judicial, sin dejar de mencionar las confusiones que se plantean entre pena y medida de seguridad (ROMEO CASABONA, Peligrosidad, p. 84 y BARREIRO, p. 188).

No obstante, el sistema vicarial, permite la no vulneración del principio "*non bis in idem*" en cuanto a la aplicación de la pena y de la medida de seguridad aplicada separadamente y es el sistema adoptado en el Código Penal español de 1995, para los estados peligrosos (y semimputables), y que con todo acierto señala MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARAN, prohíbe de esta manera la aplicación de una medida de internamiento si la pena impuesta no es privativa de libertad y evita así, que la duración de la pena y de la medida se sumen e incrementen así la afflictividad de la privación de libertad".

C. Naturaleza Jurídica: Las Teorías Administrativas y Penales

1. Las teorías administrativas

En el campo de la naturaleza de las medidas de seguridad, hallamos autores en la doctrina, que evidencian que estas son ajenas al Derecho Penal, y que forman parte del Derecho administrativo.

En este contexto, afirmaba MANZINI (p. 259) que las medidas son medio de policía, garantizadas jurisdiccionalmente, que no tienen carácter de sanciones jurídicas porque no pretenden hacer obligatoria la observancia de un precepto, ni son consecuencia de la declaración de una responsabilidad jurídica, ni constituyen proporcionadas reacciones de justicia a una actividad lícita, sino que están establecidas en consideración a un peligro social supuesto en la Ley, y observado por el Juez y son modificables y revocables.

En opinión de BATTAGLINI (Diritto Penale, p. 640) las medidas de seguridad prevista en el Código Penal son providencias de policía de aseguramiento, que consisten en una prevención mediada contra las personas, no son una sanción, como indica BETTIOL (Manual, p. 768) están alejadas del Derecho Penal, y no responden a la violación de un precepto penal, sino a la prevención.

MAGGIORE (D.P, p. 405), por su parte, sostiene que la “atracción de las medidas de seguridad a la órbita de las medidas administrativas de policía, es fatal, desde el punto de vista dogmático. Si tienen un solo presupuesto el peligro, y un solo fin: la prevención

de el, tienen que coincidir en todo por todo. La reacción psicológica y jurídica contra el delito, no admite sino dos formas, la represión y la prevención; o responsabilidad y retribución, o peligrosidad y defensa. Una forma intermedia es inadmisibles. Si no queremos identificar las medidas de seguridad con las penas, no nos queda otro camino que ponerlas bajo la figura jurídica de las medidas de policía”.

En conclusión, indica BERISTAIN (p. 77), que la postura administrativa puede resumirse a cinco puntos:

1. las medidas no pretenden imponer un precepto.
2. no son consecuencia de una responsabilidad jurídica.
3. no son reacciones a una acción prohibida.
4. son revocables
5. son discrecionales
6. tienen en cuenta la peligrosidad del agente
7. son esencialmente de índole preventiva.

Ahora bien, esta concepción administrativa de medidas de seguridad ha sido criticada por PAEZ POLO (p. 347) a la vez y no le dan importancia, toda vez que manifiestan que en algunos actos jurisdiccionales aparecen los elementos antes mencionados (vgr. discrecionalidad del juez al aplicar la pena), y por otra parte, la pena persigue la prevención de los delitos a través de su carácter intimidatorio.

Por su parte, SANTORO (p. 608), sostiene que “mucho menos pueden asimilarse las medidas de seguridad a los procedimientos policivos, que según la ley de se-

guridad pública, la autoridad puede adoptar respecto a los individuos socialmente peligrosos pero que no han cometido delitos, en lo cual fundan su petición de que las medidas de seguridad sean suprimidas del Código Penal y del procedimiento Penal, para ser restituidas a la autoridad de la policía ... resulta absurdo refiriéndose a la legislación italiana que el concepto de “medidas de seguridad administrativa” no debe inducir a error, pues el “error depende de creer que solo la represión da lugar a providencia penales, lo cual conduce a pensar que los medios específicamente dirigidos a la prevención especial de los delitos, son extraños al derecho penal”.

2. Las teorías penales

Para los partidarios de esta postura (PAGLIARO, p. 658), las medidas de seguridad no pertenecen al derecho administrativo sino al Derecho Penal pues como sostiene REYES (p. 263) las “medidas son de naturaleza sancionatoria y jurisdiccional, están incluidas en el capítulo de las sanciones, y forman parte del texto penal, y solo se aplican como consecuencia de la realización de una conducta prevista en el tipo penal, y solo pueden ser impuesta por el juez con la culminación de un proceso en que se desprenda su responsabilidad”.

En el derecho alemán, MEZGER (p. 392), ha calificado las medidas de seguridad como “jurídico penales”, señalando que limitan de modo inmediato la pena, mientras que MAURACH (p. 364) solo se limita a respetar su naturaleza administrativa, que original-

mente procede; mas SAUER (p. 364), confirma después de una explicación, su contenido penal.

De igual forma ha admitido DEL ROSAL (Tratado, p. 559) que no cabe “duda que por una serie de normas que no son del caso exponer aquí las medidas de seguridad si son sanciones penales, y su naturaleza es estrictamente jurídica, por cuanto forman parte al lado de la pena, en la lucha contra la criminalidad y atañen tanto a la personalidad del autor cuanto a su forma de comportamiento futuro”.

En este contexto, indica BAYARDO BENGEOA (p. 285) que son “medidas jurídicas” que no tienen esencia retributiva y son consecuencias de “estado social y criminalmente peligrosos.

Ahora bien, en el campo de las medidas de seguridad predelictuales y postdelictuales, la polémica sobre su pertenencia o no al derecho penal, también ha sido controvertida, considerándose que las primeras, no deben pertenecer ni existir en el Derecho Penal, ya que vulneran derechos fundamentales, y violan el principio de legalidad, más para otros su pertenencia o no debe asimilarse tomando en cuenta la legislación positiva de cada país (CFR: ROMERO SOTO, p. 520, Berstain, Medidas, p.81).

Por lo que respecta, a las medidas de seguridad postdelictuales, la doctrina (BERSTAIN, p. 82) coincide en su pertenencia al derecho penal, ya que en su definición queda determinado la misma, tomando en cuenta los principios de legalidad, culpabilidad, humanitarismo y resocialización.

D. Naturaleza Jurídica: de Las Medidas de Seguridad según el campo de acción en el derecho

1. Introducción

El examen de la naturaleza jurídica de las medidas de seguridad, según el campo de acción en el Derecho es en esencia fundamental para abordar el tema de la naturaleza jurídica de las medidas de seguridad.

En opinión de BARREIRO (p. 86) y OLESA MUÑIDO (p. 120) el análisis de la naturaleza jurídica exige un planteamiento previo que permita establecer el campo de acción de las medidas de seguridad como medios preventivos en el Derecho Penal y con relación a otras ramas del Derecho, de ahí que el autor parte del análisis de la medida de seguridad como medio de tutela jurídica, como medida de carácter jurídico penal, en el ámbito de la actividad preventiva de la administración, y en el Derecho Penal del menor.

2. La medida de seguridad como medio de tutela jurídica

De acuerdo a los estudiosos en el campo de esta materia la consideración de la medida de seguridad como medio de tutela jurídica, fue planteada por PETROCELLI y ROCCO, destacando el primero que la medidas de seguridad, en su sentido amplio, es como medio coactivo, mediante el cual el ordenamiento jurídico consigue la sujeción de un interés para tutelar otro a los fines de una ordenada convivencia social" (CFR: BARREIRO, p. 86).

Y en este contexto apreciamos, que las medidas de seguridad (CFR: PEÑA CABRERA, p. 421, BETTIOL, p. 770) conllevan un carácter implícito de tutela, vgr. en el Derecho Penal, como medidas preventivas dirigidas a no permitir que ciertas personas cometan delitos (medidas de seguridad predelictuales), en otras palabras, son medios profilácticos de lucha contra la delincuencia, que permiten alejar de la sociedad y en consecuencia protegerla.

En este contexto WELZEL (p. 310) señala que "además de proteger a la comunidad impidiendo una futura realización delictual en sujetos peligrosos (medida de seguridad en sentido estricto), por otro lado, persigue la readaptación del autor para una vida ordenada (medida de corrección).

Por su parte MAURACH (p. 371), sostiene que la finalidad de las medidas de seguridad es el aseguramiento de la sociedad frente a las posibles actuaciones delictuosas del sujeto considerado como peligroso.

De lo antes se desprende, que las medidas de seguridad como medios de tutela jurídica se aplican tanto en el ámbito administrativo como en el penal pues se trata de tutelar un orden jurídico determinando, sin embargo, debe tenerse presente que las medidas de seguridad "criminales", es decir, que se imponen luego de cometer un delito, y en base a un juicio de probabilidad referido a la futura comisión de delitos, se diferencian de las medidas propiamente administrativas que se aplican a causan de la peligrosidad social del agente (BARREIRO, p. 86).

Para terminar, debe señalarse que en la legislación española a partir del Código Penal de 1995, se derogaron las disposiciones administrativas sobre medidas de seguridad (LPRS/1970).

3. *Las medias de seguridad en el ámbito de la actividad preventiva de la administración (Cfr: BARREIRO, cit. p. 89, OLESA MUÑIDO, cit. p. 133).*

Dentro del ámbito de la administración, también tenemos medidas de seguridad administrativas, tendientes a prevenir la delincuencia, y en este contexto, se establecen una serie de medidas sociales que tienen por objeto operar sobre grandes sectores de la población.

Estas medidas de seguridad persiguen la tranquilidad, el orden, o la seguridad, y tienen como meta tutelar el orden administrativo, y a juicio de OLESA MUÑIDO (p. 133) “no suponen una declaración formal de suspensión, restricción o privación de derechos, aunque si una actividad de conservación y tutela que prácticamente puede determinar una lesión en los derechos individuales”.

4. *Las medidas de seguridad de carácter jurídico penal*

La naturaleza de las medidas de seguridad de carácter jurídico penal, según BERISTAIN (Las medidas Penales, p. 80), ANTON ONECA, (p. 620) y otros la doctrina debe determinarse a partir de la previa comisión de un hecho punible, cayendo dentro de la radio, de las medidas de seguridad postdelictuales, dado que las de carácter administrativo, son las que se imponen

en base a la peligrosidad social (sin delito) o predelictual del sujeto.

La anterior postura, aceptada mayoritariamente, hoy en día, fue ciertamente objeto de una controvertida polémica doctrinal, debatida principalmente por los riesgos en el plano de los derechos de las personas, y por contrariar los principios básicos de legalidad y de seguridad que rigen en el Derecho Penal, a juicio de BARREIRO (p. 90), QUINTANO RIPOLLES (Tratado, p.128) y BERSTAIN (Medidas... p. 80).

III. FUNDAMENTO Y FINES DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

A. Fundamento

El fundamento de las medidas de seguridad coincide la doctrina que recae sobre la peligrosidad (TERAN LOMAS (D.P., p. 445), BERISTAIN, (Medidas, p. 92), SOLER (p. 402), NUÑEZ (p. 392), de manera que “no radica en la comisión de un delito, sino que es suficiente constatar un estado de peligrosidad en relación con un actuar típicamente antijurídico precedente y en referencia a la probabilidad de ulteriores injustos penales” POLAINO NAVARRETE (D.P. , p. 63).

Sostiene CASABO RUIZ (“El fundamento de las medidas de seguridad”, p. 58), que la medida de seguridad deja de tener un fundamento ético, y es utilitario, cuando persigue la readaptación del delincuente o evita la probabilidad de comisión de un delito, pues

solo se justifica en la medida en que sea una “auténtica agresión” o ataque al bien jurídico protegido”.

Para otros, autores, sin embargo, la fundamentación de las medidas de seguridad varía en atención a su clasificación, de ahí que sostenga FONTAN BALESTRA (p. 433) que en las medidas de seguridad curativas, como las que se aplican a los inimputables, su fundamento no solo recae en el peligro individual revelado, a través de una acción típica y antijurídica, sino también en un juicio de atribución (atribulidad) del acto al autor, situación distinta respecto a los imputables, en donde su fundamento descansa en la “peligrosidad”. También añade el autor, que en la internación en los manicomios, el fundamento recae sobre el inimputable a fin de que no se dañe a sí mismo o a los demás, y en la internación en un establecimiento adecuado, que el autor revele condiciones que lo hagan peligroso”.

En suma, el fundamento de las medidas de seguridad es el juicio de peligrosidad del autor, entendido como pronóstico desfavorable referido a la probabilidad de comisión de ulterior conducta criminal (MEZGER, 1989, p. 392).

B. Fines

Las medidas de seguridad, por lo que atañe a sus fines sostiene RANIERI, (D.P., p. 377) puede decirse que “son medios que tienen por objeto prevenir la comisión de futuros delitos por parte de personas que se han manifestado peligrosas, y esta prevención la ejer-

cen readaptando a los autores de hechos dañosos o peligrosos, o tornándolos inofensivos”.

En este contexto, ORTIZ RODRIGUEZ (La Punibilidad y las medidas de seguridad, p. 125) ha indicado que la medida de seguridad tienen fines de curación, rehabilitación y de tutela, destinados los primeros a los enfermos, los segundos a los inimputables u otros para educarles o adiestrarles en trabajo industrial o artesanal, y finalmente, con fines de tutela individual y social.

Con igual criterio se ha manifestado ANTOLISEI (p. 564) en que la única finalidad es impedir que se realicen nuevos delitos.

Ciertamente, entonces, MAGGIORE (D.P., p. 404) la define como una “medida no penal”, después de haberse cometido un delito, se aplica con fines defensivos, no retributivos, es decir no a título de castigo, sino para prevenir que el agente cometa delitos posteriores, exponiendo a peligro el orden jurídico”.

Su objeto, radica en ser un “medio de prevención de carácter administrativo, a juicio de MENDOZA TRONCONIS (p. 204) que se inserta en el Código Penal, por “razones de conexión y de economía funcional”.

En síntesis, las medidas de seguridad constituyen “medios preventivos, dirigidos a evitar que ciertos individuos realicen delitos, y para lograr esos objetivos, debe someterlos a educación y a un tratamiento en general (CFR: REYES, p. 362).

C. Justificación

Un examen al tema bajo análisis, vislumbra una serie de opiniones diversas acerca del porque pueden

y deben aplicarse las medidas de seguridad, y en tal contexto, tenemos las denominadas Teorías Negativas, y Justificativas.

1. Teorías negativas

Sostiene BETTIOL (p. 761 - 2), que la medida de seguridad, es un medio, preventivo y profiláctico de lucha contra la delincuencia, aplicado respecto de personas socialmente peligrosas con motivo de la comisión de una infracción, “encontrándose que es una sanción que tiene su razón justificativa en el delito”. Su finalidad sostiene el autor que es la prevención especial, y criticando el positivismo enuncia que en virtud de esa “defensa social” se puede anular las libertades del individuo, se produce una depreciación del valor del hombre, y se violentan en algunos casos esos derechos individuales por una concepción colectivista que no se adecua a una concepción liberal del Estado.

Por su parte indica BERISTAIN (Medidas, p. 197) que los argumentos de la tesis negativa de BETTIOL descansan en “tres principios sólidos: que el hombre es un ser totalmente independiente, que la esencia de la libertad impide la prognosis de la futura conducta, y que la peligrosidad presupone carencia de libertad”, y añaden, que el hombre no es un ser absoluto, sino un miembro de la sociedad que tiene que someterse a ciertas limitaciones, y que esa libertad del hombre está sujeta a barreras que permiten en determinadas situaciones pronosticar acerca de sus actuaciones futuras, aunque estas sean libres.

De lo antes expuesto podemos señalar, siguiendo a BARREIRO (p. 148) que las medidas de seguridad descansan en una “justificación ética”, de ahí que sea la peligrosidad post delictual la que garantice los derechos fundamentales del hombre frente a posibles intromisiones - justificadas en su libertad”, y por otro lado, resulte inadecuado que bajo el nomen legislativo de “medidas de seguridad” se escondan auténticas penas.

2. Teorías Justificativas

Por lo que respecta al fundamento de necesidad de utilidad social de las medidas de seguridad, los Positivistas como FERRI, GAROFALO y LOMBROSO, han sustentado esta postura, tomando en cuenta que la pena ha sido insuficiente para luchar contra la criminalidad.

Sostiene RANIERI (p. 377) que “existe una evidente necesidad de conservación del estado, para lo cual también se consideran medios indispensables”; mientras que SAINZ CANTERO (Lecciones, p. 22) añade que “sin las medidas de seguridad la sociedad quedaría inerme ante los ataques a los bienes jurídicos perpetrados por individuos como delincuentes de estado o condición, inimputables habituales”.

Con igual criterio, ha formulado MAURACH (p. 571), que las medidas de seguridad persiguen asegurar a la sociedad frente a aquellas actuaciones de sujetos peligrosos.

En conclusión, las medidas de seguridad se justifican en base a una necesidad individual y social, así como también en la utilidad que debe conjugar de

tal forma que no vulnere las garantías individuales del sujeto, pues como indica BERISTAIN (Medidas, p. 96), “solo las medidas necesarias son justas, y así el Derecho Penal puede alcanzar sus metas sin convertirse en el terror penal”.

IV. CLASIFICACIÓN DOCTRINAL DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

A. Introducción

Un examen sobre las clasificaciones de las medidas de seguridad nos permite señalar que existen diversos criterios, desde las perspectiva legislativa y de la doctrina.

En opinión de BARREIRO (p. 124), las medidas de seguridad pueden ser privativas de libertad, restrictivas de libertad, restrictivas de derechos, medidas de seguridad de carácter económico, reeducativas de corrección y medidas curativas.

También GARCÍA ITURBE (p. 141) expone las diferentes especies de medidas de seguridad, desde el punto de vista de algunas legislaciones: curativas, eliminativas, preventivas, educativas, personales, patrimoniales, etc., y con igual criterio se refieren otros autores.

Por su parte, OLESA MUÑIDO (p. 138 y ss) distingue entre medidas de seguridad predelictuales y postdelictuales, medidas de seguridad civiles, sustitutivas y complementarias, medidas de seguridad privativas de libertad, medidas de seguridad corporales, aplicables personas jurídicas, y restrictivas de libertad y patrimoniales.

FONTAN BALESTRA (Tratado, p. 431), prefiere agruparlas en atención a sus fines: curativas, educativas y eliminatorias; más NÚÑEZ (p. 392), las reduce a dos eliminatorias y curativas.

En opinión de REYES (p. 367) y PEÑA CABRERA (p. 424) las medidas de seguridad pueden clasificarse en atención a si implican o no una privación de libertad (medidas detentivas o no detentivas), es decir personales, y las que afectan el patrimonio, medidas de seguridad patrimoniales, criterio que también ha sido sustentado por ANTOLISEI (p. 570), MAGGIORE (p. 412) y RANIERI (p. 390) en el derecho italiano.

Por otra parte, debe mencionarse la clasificación elaborado por LONGHI, en curativas, eliminatorias y reformativas, a la cual hace referencia MENDOZA TRONCONIS (p. 418).

Para terminar, debe traerse a colación la clasificación seguida por el Código Penal Español (1995) en medidas privativas y no privativas de libertad, entre los que establece, el internamiento en centro psiquiátrico, de deshabitación, educativo especial, y la notoria “expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España”(art. 96).

B. Clases de Medidas de Seguridad

1. Las Medidas de seguridad en atención a sus fines

Las medidas de seguridad en atención a sus fines, han sido agrupadas en Medidas de Seguridad curativas, educativas y eliminatorias.

a. Medidas Curativas

Son medidas de seguridad curativas, las que persiguen curar al delincuente inimputable por razón de padecer un trastorno mental, ser toxicómano o bebedor habitual, destinándolo a un tratamiento adecuado en un establecimiento especial.

En opinión de NÚÑEZ (p. 392), las medidas curativas tienden a eliminar la causa determinante de la medida, o son a juicio de MENDOZA TRONCONIS (p. 205), siguiendo a LONGHI, las que “tienen en cuenta las enfermedades físicas del reo como origen de la criminalidad”.

Las medidas de seguridad de carácter curativo (reclusión manicomial) tienen una duración indeterminada, ya que cesan cuando el agente se ha recuperado, o en otras palabras ha desaparecido “ese peligro genérico” de daño que motivó el internamiento (CFR: SOLER, p. 408).

Se sostiene, que las medidas de seguridad de tipo curativo tienen como elemento básico, el interés en que el sujeto no se dañe a si mismo y no dañe a los demás (OLESA MUÑIDO, p. 127), de ahí que el internamiento persigue proteger a la colectividad por razón de su inimputabilidad, vgr. en un hospital psiquiátrico al enfermo.

La medida de seguridad curativa ha sido objeto de polémica en la doctrina en cuanto a su naturaleza administrativa (SOLER, p. 70, BETTIOL, p. 770) y jurisdiccional (Cfr: FONTAN BALESTRA, p. 434), y ciertamente como sostiene JESCHECK (p. 135) la aplicación de la misma requiere de requisitos, por un lado, el hecho

desencadenante, el grado de imputabilidad o personalidad del autor, y la puesta en peligro de la seguridad pública y el pronóstico.

b. Medidas de Seguridad Eliminatorias

En opinión de FONTAN BALESTRA (p. 432), estas medidas se aplican a delincuentes habituales o por tendencia, con fines de prevención especial, o a sujetos que se presentan como incorregibles, según indica NÚÑEZ (p. 392).

En opinión de NOVOA MONREAL (p. 418) y otros, estas medias provienen de la relegación francesa (1885), y de otras clases de medidas que eran aplicables a los incorregibles y peligrosos.

c. Medidas de Seguridad educativas

Las medidas de seguridad educativas persiguen reformar al delincuente, mediante la internación en un establecimiento para su corrección.

Esta clase de medida tiene cierta relación con las denominadas medidas de seguridad reformadoras, aplicables a ociosos y vagabundos y otros supuestos en lo que se persigue la reeducación del sujeto, mediante el internamiento en casas de trabajo, colonias agrícolas o asilos de templanza (MENDOZA TRONCONIS, p. 418).

2. Medidas de Seguridad en atención si implican o no una privación de libertad

a. Medidas de Seguridad no detentivas

Son aquellas que no afectan la libertad del sujeto, ya que no implica una privación de libertad; más por

su parte las detentivas, restringen la libertad individual del sujeto mediante el internamiento en un establecimiento.

Por otra parte, las medidas de seguridad no detentivas, también conocidas como privativas de libertad pueden consistir en una serie de restricciones u obligaciones para el delincuente, tales como por ejemplo, el no concurrir a determinados lugares, la libertad vigilada, o la obligación de realizar trabajos de obras públicas, o por el contrario tener el carácter de una medida preventiva, patrimonial.

También en otras legislaciones se establecen, la residencia en determinados lugares, la privación de licencia de conducir vehículos a motor y ciclomotores, la inhabilitación profesional, y la expulsión del territorio nacional, de extranjeros no residentes legalmente en España.

b. Medidas de Seguridad detentivas

Las medidas de seguridad detentivas pueden agruparse en curativas, eliminatorias o reformatorias, según el fin que se persiga mediante el internamiento.

En este contexto, las medidas curativas persiguen la curación del sujeto (vgr de un enfermo mental, o tóxico-mano), las reformativas, la reeducación del sujeto mediante su internamiento en casas de templanza o colonias, agrícolas, y las eliminatorias, destinadas a sujetos incorregibles o con fines de prevención.

En la actualidad, las medidas de seguridad detentivas se reducen a dos: a las curativas y las educativas,

y en algunas legislaciones se prefiere hablar de medidas privativas de libertad.

3. Medidas de seguridad según se afecte el sujeto en su condición física o su patrimonio, o según el bien jurídico afectado

En opinión de la doctrina, las medidas de seguridad según se afecte la libertad individual del sujeto o recaiga sobre cosas del mismo, puede agruparse en Medidas de Seguridad Personales y Patrimoniales.

a. Medidas de Seguridad personales

Las medidas de seguridad personales, indica BETTIOL (p. 788) que consisten en una “restricción de la libertad individual, mientras que las patrimoniales en la limitación a la disponibilidad de una cosa, aunque ambas se dirigen a prevenir las infracciones”.

Sostiene MAGGIORE (p. 413) que estas medidas limitan la libertad individual y tienden a prevenir los delitos, y por medio, de acciones que tiene en mente eliminar los “coeficientes fisiopatológicos de la delincuencia”; mediante un tratamiento educativo o bien por medios dirigidos a evitarle al agente las ocasiones y los peligros del medio ambiente, y en general, los incentivos para el crimen .

Ahora bien, las medidas de seguridad personales pueden agruparse en diversos criterios, aunque en general, se agrupan en privativas de libertad o no privativas de libertad.

Las medidas privativas de libertad, consisten en el internamiento en un hospital psiquiátrico, u otro

centro de salud para su curación, o un reformatorio judicial, o por otro lado, en una colonia agrícola con fines de readaptación social.

Por lo que respecta a las no privativas de libertad, no suponen una limitación a la libertad individual, y son más bien restricciones a la libertad de movimiento en cuanto a la prohibición de ir a determinados lugares (bares, tabernas), o en la libertad vigilada, y en este último caso la doctrina, las denominadas medidas de seguridad probatorias (Cfr: NOVOA MONREAL, p. 418).

b. Medidas de Seguridad Patrimoniales

Las medidas de seguridad patrimoniales son las que “tienen por objeto cosas y no personas”, según nos indica RANIERI (p. 401) constituyen una obligación especial, y a juicio de PEÑA CABRERA (p. 430) tienen en mente la prevención de los delitos.

Son medidas que tienen “por objeto, en cambio cosas pertenecientes o no al autor, de un hecho previsto por la ley como infracción, aunque dichas medidas tengan también el propósito de prevenir los delitos (BETTIOL, p. 796).

Por su parte, MAGGIORE (p. 414), manifiesta que consiste en “medios de cautela y en la eliminación de cosas que, por prevenir un delito, o por estar de algún modo ligadas a la ejecución de un delito, mantendrían vivos la idea y la atracción del delito”.

En opinión de MANZINNI (p. 424), la diferencia entre las medidas de seguridad personales y patrimo-

niales, es que las primeras siempre consisten en una restricción de la libertad individual, mientras que las últimas, a la vez que persiguen la prevención de los delitos, recaen sobre objetos pertenecientes o no al autor del delito.

Son medidas de seguridad patrimoniales: la Caucción, el comiso; la confiscación o incautación a favor del Estado de dineros, efectos o instrumentos, el cierre de establecimiento y la multa.

4. Medidas de Seguridad en cuanto a su fundamento Predelictuales y Postdelictuales

La doctrina por regla general clasifica las medidas de seguridad en dos grandes grupos: predelictuales (antidelictuales) y postdelictuales, entendiéndose que las primeras, se aplican antes de la comisión del delito, mientras que las segundas, después de haberse cometido este.

Sostiene NOVOA MONREAL (p. 417) que las medidas de seguridad predelictuales se aplican con una genuina finalidad preventiva, y la segunda, “tienden a completar los fines de la pena, una vez que esta ha sido ya cumplida (cuando se trata de una condena por un delito de escasa gravedad o con culpabilidad reducida, pero que ha permitido dar a conocer a un individuo altamente peligroso), bien a suplir con medidas asegurativas la falta de represión que se reconoce en favor de los inimputables” (CFR: VELASQUEZ, Fernando, p. 691).

En opinión de la gran mayoría de los autores, y SAINZ CANTERO (Lecciones, p. 23) las únicas que perte-

necen al derecho penal son las postdelictuales porque “tienen su base y fundamento en la peligrosidad criminal del sujeto y constituyen esencialmente instrumentos de defensa social, que debe ser administrados con cautela y sometidos a estrictos controles legales y judiciales para evitar el riesgo de atentado a las garantías individuales que un uso incontrolado de las medidas de seguridad puede comportar”.

Sin embargo, las opiniones son dispares en la doctrina, de ahí que mientras RODRÍGUEZ MOURULLO (D.P., p. 17) sostiene que las medidas predelictivas que se apoyan en la mera peligrosidad social sin delito constituyen medidas de policía pertenecientes al derecho administrativo, otros COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON (p. 16), MIR (D.P., p. 23) plantean su ubicación dentro del derecho penal.

También tenemos criterios de BETTIOL (D.P. p.770), que considera que las medidas de seguridad postdelictuales tienen carácter administrativo, más por su parte ZAFFARONI (Tratado, p. 458), sostiene que en el caso de los inimputables éstas tienen además un carácter esencialmente “asistencial”.

Por otra parte, OLESA MUÑIDO (Las Medidas, p. 142), sostenía que las medidas de seguridad predelictuales no suponían una violación a los derechos del individuo, sino más bien una tutela de éste y de la Sociedad; sin embargo, hoy por hoy, el Tribunal Constitucional español, ha reiterado en innumerables sentencias, que sólo puede aplicarse medidas de seguridad, cuando el sujeto haya sido declarado culpable de la comisión de un ilícito penal (CFR: MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARAN, D.P. (1995), p. 603).

Finalmente, el Código Penal español de 1995, ha incorporado las medidas de seguridad estableciendo como principio regulador de ellas, su post-delictualidad.

5. Otros criterios de clasificación

También tenemos dentro de la clasificación de las medidas de seguridad, otras formas de agruparlas, siguiendo el criterio de OLESA MUÑIDO (p. 140), en su estudio monográfico, sobre este tema (CFR: además VELASQUEZ, p. 692).

Siguiendo al autor, es posible, referirnos a Medidas de Seguridad, en cuanto a su relación con las penas, sustitutivas y complementarias, clasificación comprendida dentro de las medidas de seguridad postdelictuales.

Las medidas de seguridad sustitutivas de la pena y complementarias de la pena, tiene su aplicación en las medidas de seguridad personales privativas de libertad, y en el primer caso, se sustituye la pena por la medida de seguridad como medio de prevención especial, mientras que la complementaria de la pena, debe ser aplicable para completar el tratamiento penal de “especial inocular”, es decir, se aplica junto a la pena de manera complementaria.

Como ejemplo de medidas sustitutivas podemos señalar, el internamiento en manicomio criminal o en establecimiento educativo para sordos; mientras que son medidas complementarias, el internamiento en establecimiento de custodia, en casas de templanza para delincuentes, para anormales delincuentes y en establecimiento de trabajo para delincuentes.

También se refiere el autor, a otras medidas de seguridad corporales, como por ejemplo, la castración; las aplicables a personas jurídicas y a los extranjeros no residentes legalmente.

V. CLASIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD EN PANAMÁ

A. Antecedentes al Código Penal del 2007

1. El Código Penal de 1982

Previamente a la legislación vigente, el Código Penal de 1982 que introdujo las medidas de seguridad las agrupaba en Preventivas, educativas y curativas (art. 106).

1.1 Las medidas de seguridad Preventivas.

Las medidas de seguridad preventivas consistían en “evitar la conducta delictiva y no consistían en un internamiento, y podían ser de carácter personal y patrimonial (art.107).

En ese sentido, el artículo. 107, indicaba que eran medidas de seguridad de carácter personal las siguientes:

- a. La obligación de presentarse a los organismos especiales encargados de vigilancia que el juez designe;
- b. La prohibición de concurrir a determinados lugares;
- c. La fijación del domicilio, con preferencia a ciertos casos, del lugar de origen del sujeto;

- d. La obligación de abstenerse de bebidas alcohólicas;
- e. La privación de licencias de conducir automotores, y
- f. La prohibición de portar armas.

A continuación examinaremos brevemente cada una de las medidas de seguridad de carácter personal, consagradas en la norma citada.

1.2 Las medidas de seguridad Preventivas de carácter personal

- a. La obligación de presentarse a los organismos especiales encargados de vigilancia que el juez designe

De acuerdo a la doctrina, la presente medida de seguridad es conocida como “libertad vigilada”, y tal como se desprende de la norma implica que el sujeto debe acudir a los organismos encargados de vigilancia que el juez designe, quedando al arbitrio del mismo los términos y tomando en cuenta la peligrosidad del sujeto.

En opinión de NOVOA MONREAL (Curso, p. 418) se trata de una medida de seguridad probatoria, de carácter tutelar que consiste en la sujeción del individuo a la vigilancia de las autoridades.

Por su parte, el Código Penal de 1982 en su art. 112 N°. 3, determinaba que esta medida de seguridad se impondrá en los casos de suspensión de la pena o cuando se termine la pena o la medida de seguridad,

y en este caso será el Tribunal el que decidirá el “tiempo prudencial”.

En este contexto, remitiéndonos a la Suspensión condicional (art. 79), el no cumplimiento de las condiciones, vgr. como sujeción a la vigilancia de las autoridades, produce que la suspensión será revocada (art. 80).

Por otra parte, el código de 1982 dejaba una laguna legal ante los restantes supuestos, al no determinar que medida deberá adoptar el tribunal, ante el incumplimiento de la persona que no acude a las autoridades, que en el caso de otras legislaciones debe ser complementado con una caución dado que revela índices de peligrosidad” (CFR: OLESA MUÑIDO, *Las Medidas*, p. 211).

Un análisis de otras legislaciones permite indicar que se aplica en casos de condena condicional (art. 102 C. P. Costa Rica de 1990), en otras, para los que se benefician de la libertad y suspensión condicional con duración de un mes a dos años (art. 84 C. P. Boliviano), como en el caso de la legislación hondureña (art. 1990) y nicaragüense (art. 99 C. P. 1995).

b. La obligación de abstenerse de bebidas alcohólicas

Ciertamente, la medida enunciada es restrictiva de derechos, por cuanto le impone un deber de limitarse de ingerir bebidas alcohólicas.

La prohibición, de carácter obligatorio está destinada para los condenados por delitos relacionados con el consumo de bebidas alcohólicas, y va dirigida

a evitar, mediante esta orden, que los sujetos cometan nuevos delitos, atendiendo su peligrosidad.

A nuestro modo de ver, esta prohibición debiera estar comprendida dentro de la número 2” prohibición de concurrir a determinados lugares”.

Por otra parte, el código no señala el tiempo de duración de la medida de seguridad, en lo que respecta al mínimo de su ejecución y cumplimiento por parte del culpable.

De igual forma, no se establecen los requisitos necesarios para la aplicación de la misma, de manera que a nuestro juicio y siguiendo otras legislaciones procederá: a) cuando el sujeto haya cometido un delito en estado de embriaguez y b) se haya comprobado de que el delincuente en ese estado tiende a cometer delitos u otros actos de violencia.

c. La privación de las licencias de conducir automotores

Al igual que las otras medidas de seguridad, tiene su fundamento en la peligrosidad del sujeto en inexcusables contravenciones de tránsito o circulación por conducción peligrosa, no obstante, sostiene BERSTAIN (p. 119) que le da poderes excesivos al juez para la aplicación de la misma.

Por otra parte, tampoco se establece el tiempo de duración mínimo de la medida, quedando al arbitrio del juzgador la determinación del mismo.

WELZEL (p. 317), indica que la licencia se retira, no solo porque el autor cometió un delito mientras con-

ducía, sino también porque haya cometido una violación de los deberes del conductor de vehículos.

Por otra parte, MAURACH (p. 317), fundamenta que los presupuestos para la imposición de esta medida de seguridad son: uno formal, requiere que el sujeto haya sido condenado o absuelto por inimputabilidad, relacionado con infracción de reglas la conducción de automóviles y un presupuesto material, que refleje la ineptitud del sujeto para la conducción de automóviles.

Finalmente, cabe destacar, que en otras legislaciones no solo se contempla la privación de derecho a conducir automotores, sino también los ciclomotores.

d. La prohibición de concurrir a determinados lugares

Se trata en este caso de una medida de seguridad de carácter preventivo, pero restrictiva de libertad, que le impone al autor del delito, la prohibición de acudir a determinados lugares.

En este caso, la norma no establece que clases de lugares están prohibidos para el culpable del delito, de manera que queda a discreción del juez el determinar y señalar los mismos.

Ahora bien, la prohibición de concurrir a determinados lugares, puede recaer sobre tabernas y establecimientos de bebidas alcohólicas u otros lugares que a juicio del juez constituyan un ambiente propicio para que el culpable, recaiga en el delito.

El código penal de 1982, sin embargo, no establecía tampoco el tiempo de duración mínima ni máximo de la misma, quedando también este elemento para ser

determinado por el juzgador, tal como lo prevé el C. P. costarricense (art. 102 de 1990, aunque en otras legislaciones se establezca con duración de cinco años (C. P. Español, 1995).

En opinión de OLESA MUÑIDO (p. 267), esta medida “consiste en privar a los intoxicados por el alcohol o por sustancia venenosa, del derecho de concurrir a los establecimientos abiertos al público, donde se expendan bebidas alcohólicas y a los lugares donde se comercia clandestinamente con sustancias narcóticas o donde las condiciones del ambiente, índole de personas que se congreguen, etc. pueden impulsarles al delito”.

En este sentido, el C. P. hondureño (art. 92) la prevé para el condenado por delito bajo influencia de alcohol o drogas por un año, o cuando el delito haya sido motivado por habito vicioso del autor o por sus costumbres o cuando el caso lo requiera (C. P. art. 99) y C. P. Guatemala de 1990).

e. La fijación de domicilio, con preferencia en ciertos casos, del lugar de origen del sujeto

En este caso se trata de una medida de seguridad restrictiva de libertad, pues obliga al sujeto a fijar su domicilio en el lugar de su origen, de manera que se prohíba el residir en otros lugares.

Sostiene ANTOLISEI (p. 575) que “la prohibición es acordada cuando la presencia del condenado es incompatible o al menos inoportuna con el delito cometido, surtiendo efecto después de que la pena ha sido expiada o extinguida de cualquier otro modo”.

Por otra parte, el código penal de 1982 no establecía el tiempo de duración mínimo de la medida bajo análisis, ni tampoco señala a quienes se les puede aplicar, remitiéndose para ello a lo dispuesto en el art. 112 N° 1 y N° 2 del mismo texto legal, sobre la aplicación de las medidas de seguridad, a diferencia de algunas legislaciones como la española (Cód. p.95) que determina un período de 5 años. (art. 105).

Esta medida de seguridad aparecía reglamentada en el Código italiano, mediante la fórmula de “prohibición de residir en uno o más municipios o en una o más provincias”, y a juicio de RANIERI (p. 399), suponía que el sujeto ya había cometido el delito, y se aplicaba en los casos de delitos contra la personalidad del Estado o contra el orden público.

También aparece recogido en el Código Penal de Honduras como prohibición de residir en determinado lugar por un año, o simplemente en el C. P. costarricense de 1990 (art. 102, e) a personas condenadas por homosexualismo o prostitución.

f. La prohibición de portar armas

El Código penal de 1982 establecía dentro de las medidas de seguridad preventivas, la prohibición de portar armas, medida de carácter innovador en nuestro país, que requiere a nuestro juicio, para su aplicación, que el sujeto haya cometido un delito.

Ciertamente, en este caso se exige como elemento la realización de un delito mediante el uso de armas de mucha gravedad, además, de una evidente “peligrosidad” por razón de la personalidad del sujeto.

Para terminar, valga señalar que en nuestra legislación penal se establecen disposiciones, relacionadas con la tenencia de armas.

1.3 Las medidas de seguridad Preventivas de carácter patrimonial

Las medidas de seguridad patrimoniales según el Código Penal de 1982, tienen por objeto afectar las cosas o los bienes pertenecientes al autor del delito, con miras a prevenirle de la realización de nuevos hechos delictivos.

En opinión de MAGGIORE (p. 419) estas consisten en “medidas de cautela y en la eliminación de cosas, que por provenir de un delito, o por estar de algún modo ligadas a la ejecución de un delito mantendrían vivos la idea y la atracción del delito”.

En el Código Penal de 1982, se consagraba como medida preventiva de carácter patrimonial la Caucción, o “cautio de bene vivendo” (art. 109), que de acuerdo a la doctrina puede ser de dos clases: caución de buena conducta y caución de no delinquir (Peña Cabrera, p.430).

En el caso de la primera, admite PEÑA CABRERA (p. 430) siguiendo la legislación peruana que se puede aplicar a los beneficiados con la condena condicional y con la liberación condicional, o al ocioso de conducta desarreglada; más en el supuestos de caución de no delinquir, podría proceder en aquellos casos en que se hubiere amenazado a otro con un delito.

En general, la caución, consiste en no ofender, es decir, que el sujeto debe presentar un fiador que ga-

rantice que no realizará un delito en el futuro, y se obliga a responder patrimonialmente con la cantidad dada en garantía, para el caso de que no lo hiciera (CFR: CAIROLI, p. 205).

Al igual que las otras medidas de seguridad, en particular de las medidas de seguridad personal, requiere también el establecimiento de la peligrosidad del sujeto.

Para terminar, algunas legislaciones como la española omiten toda referencia a esta clasificación.

1.3.1 La caución en el Código Penal de 1982

De conformidad con el art.109 del Código Penal de 1982, la caución de buena conducta, “consiste en la garantía de que el sujeto no perpetrará nuevos hechos punibles y de que cumplirá las condiciones que le sean impuesta durante un período de prueba, que no será menor de un año ni excederá de cinco. Dicha caución podrá ser personal, hipotecaria o mediante certificado de garantía a satisfacción del juez y por el término que señale la sentencia”.

Como se desprende de la disposición citada, taxativamente el legislador panameño hace referencia a la caución de buena conducta, y no a la caución de no delinquir, sin embargo, es obvio que esta medida comprende una característica muy especial, de prevenir la comisión de nuevos hechos delictivos por parte del agente, por “temor de un daño patrimonial”.

El código penal de 1982 no establecía un límite mínimo ni máximo del valor que debe consistir dicha

garantía, tampoco hace referencia a la exigencia de “peligrosidad” del sujeto para su aplicación, y como se deduce no establece cuales son los efectos, en caso de cometerse una infracción, y sí la misma, puede sustituirse por otra medida.

En este contexto, en el derecho comparado observamos que la violación de las normas impuestas (vgr. cometer un hecho delictivo) determina que se haga efectivo, y que se ordene la devolución de la suma depositada al finalizar el plazo, si cumplió con lo establecido por el tribunal (art. 100 C. P. Guatemala de 1990) y art. 93 C. Honduras de 1993).

De igual forma se aprecia, que se establecía que la caución puede ser sustituida por otra medida que estime pertinente, el tribunal, según se desprende del art. 85 del Código Penal Boliviano de 1973.

Por lo que respecta a la duración de la medida de seguridad bajo estudio, en el Código Penal de 1982 oscila, en un período mínimo de un año hasta cinco años, más en otros países, la caución puede tener una duración de seis meses a tres años, como sucede en Bolivia (art. 85), de uno a cinco años, como se determina en los códigos de Honduras y de Nicaragua (art. 93 y 100).

Otro aspecto, que debe tenerse presente en la caución de buena conducta, es que en la legislación panameña, al igual que sucede con otras legislaciones puede consistir en tener una garantía personal, hipotecaria, o una fianza solidaria, además de que tiene carácter eminentemente discrecional por parte del juzgador .

Por lo que respecta a la clase de personas que se les puede aplicar el código nuestro no hace referencia, más a nuestro juicio lo que debe prevalecer en este caso es el “estado de peligrosidad” del sujeto, independientemente de la clase de sujeto.

Finalmente, la Caucción de buena conducta, como medida de seguridad preventiva de carácter patrimonial, y no debe confundirse con la caucción o fianza prestada en un proceso penal, como medio para obtener la libertad provisional.

1.4 Las medidas de seguridad curativas y educativas en el Código Penal de 1982

En el Código penal de 1982 las medidas de seguridad medidas curativas y educativas, tienen por objeto prevenir hechos delictivos, según el art. 110 de ese texto legal, cuando decía así:

“Las medidas 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”.

Se trata de las denominadas “medidas reformativas”, por cuanto persiguen la curación moral y física del condenado, mediante su internación, en casas de curación, asilos de templanza, reformatorios o colonias agrícolas (CFR: *NOVOA MONREAL*, Curso, p. 418, *MENDOZA TRONCONIS*, D.P. V., p. 204).

De acuerdo al art.110 del Código Penal de 1982, las medidas curativas “tienen por objeto modificar la

conducta y la 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 penitenciarios”.

De esta manera, las medidas curativas tienen una finalidad doble: prevenir la realización de hechos punibles y someter al condenado a un tratamientos especiales a fin de curarlo, no solo desde el punto de vista físico, sino también moral.

El internamiento en establecimientos especiales se propone, con el fin de curarlos de diversas anomalías, tales como enfermedad mental, toxicomanía, alcoholismo, o también por razón de que la dependencia de las drogas haya determinado su conducta delictiva (art. 112).

En opinión de NÚÑEZ (p. 788) las medidas de seguridad curativas “tienden a eliminar la causa determinante de la medida”, y tienen en cuenta a juicio de *MENDOZA TRONCONIS* (p. 205) aquellas enfermedades físicas que han originado la criminalidad del reo.

El código penal de 1982 determina que tanto los enfermos mentales, toxicómanos habituales, alcohólicos y sujetos de inimputabilidad disminuida, deben ser destinados a hospitales psiquiátricos o establecimientos de tratamiento especial o educativo (art. 112, numeral).

De igual forma, se establecía que la aplicación de las medidas de seguridad curativas, para los que se encuentren en algunos de los supuestos previstos en el art. 113, que a continuación dice lo siguiente:

“Las medidas de seguridad podrán ser aplicadas en los siguientes casos:

1. Cuando el autor o el partícipe de un hecho punible haya sido declarado inimputable o tuviere disminuida su imputabilidad.
2. Cuando se trate de un delincuente habitual o profesional;
3. Cuando la dependencia psicofarmacológica ha determinado la conducta delictiva del reo, y
4. En los demás casos expresamente señalados en este Código”.

Por lo que respecta, al derecho comparado, el internamiento obligatorio tratándose de medidas curativas, procede en los casos de imputabilidad disminuida, inimputabilidad, cuando el sujeto padezca enfermedades mentales, sordomudez, dipsomanía, o toxicomanía.

Ahora bien, en relación a los “enfermos mentales” debemos entender aquellas personas que padecen de alteraciones mentales, o más bien “trastorno mental”, como se refiere actualmente al código, entendiéndose, como la “falta de capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión “al momento de realizar un hecho punible (art. 24).

El término “toxicomanía” empleado por el legislador, ha sido reemplazado por “farmacodependencia”, conocido comúnmente como drogadicción y por éste, comprende de acuerdo a la Organización Mundial de la Salud, “un estado psíquico y a veces físico, causado por la interacción entre un organismo vivo y un

fármaco o droga que se caracteriza por modificaciones del comportamiento y otras reacciones que comprenden siempre un impulso irreprimible a tomar el fármaco en forma continúa o periódicamente, a fin de experimentar sus efectos psíquico y a veces, para evitar el malestar producido por la privación”.

Los farmacodependientes, que adquieren o poseen drogas para “uso personal”, según el código en el art. 263 F del Código Penal de 1982, les determinaba una medida de seguridad.

Por lo que respecta, a los alcohólicos, debe tomarse en cuenta el concepto médico legal, y a nuestro juicio no se refiere a otras clases de embriaguez, como por ejemplo, la embriaguez pre-ordenada, voluntaria o accidental, sino más bien aquella embriaguez de naturaleza habitual, es decir, que el sujeto tiene la costumbre de hacer uso excesivo del alcohol, y como consecuencia de este hábito se encuentra frecuentemente, en estado de embriaguez (Cfr: ANTOLISEI, p. 462).

Por otra parte, también el código penal incluía dentro de la aplicación de las medidas de seguridad a los sujetos de imputabilidad disminuida, también conocidos como “sujetos semi-responsables”, es decir, aquellos que al momento de realizar el hecho punible tenían su capacidad de entendimiento, disminuida, en otras palabras, se presenta una culpabilidad menor, que radica en los factores psicológicos de la persona (Cfr: JESCHECK, Tratado, p. 400).

En estos casos, lo que procede es una eximente incompleta, pues anota JESCHECK (p. 400 -1) “no pare-

ce justo que sean tratados como perfectamente sanas aquellas personas que, debido a perturbaciones psíquicas, sufren un fuerte menoscabo en su capacidad de entendimiento o de acción”.

En consecuencia, esta imputabilidad disminuida tiene su aplicación, en todos aquellos casos intermedios, entre la enfermedad mental o trastorno mental, así como también en los supuestos de grados leves de oligofrenia, hechos cometidos en estado pasional, así como de la psicopatía, neurosis y anomalías de los instintos.

En relación, con la duración de la medida de seguridad curativa, al igual que sucede con otras legislaciones no tiene un tiempo fijo de duración, sino que queda a juicio del juzgador la determinación de un plazo mínimo de duración.

En este sentido, el codificador panameño prevé como término máximo de duración, 20 años (art. 115) en los casos de internamiento, mientras que en el caso de las medidas curativas subsisten durante el tiempo que duren las causas que lo motivaron.

Esta ausencia de plazo, tiene su fundamento en la “peligrosidad” del sujeto, de ahí que las mismas cesen cuando se haya curado de su padecimiento, siendo necesario determinarlo a través de los peritos, al cumplirse el plazo mínimo (art. 116) (Cfr: TERÁN LOMAS, D.P., p. 471).

De comprobarse su curación concluye la medida de seguridad, más en caso contrario, deberá establecerse un nuevo plazo, sin perjuicio de que pueda revi-

sarse la situación del sujeto, a fin de determinar si subsisten o no las causas que determinaron su aplicación.

En cuanto a los establecimientos donde debe cumplirse la medida de seguridad, el código vigente consagra que se cumplirá en establecimientos de tratamiento especial, en el hospital psiquiátrico o en secciones especiales en los centros penitenciarios (art. 112 - 110), sin embargo, la realidad es que son enviados al hospital psiquiátrico.

3.1 Las medidas seguridad educativas

Son medidas de seguridad educativas, aquellas que persiguen reformar al delincuente y son conocidas también como “medidas de seguridad eliminatorias o reformadoras (Cfr: FONTAN BALESTRA, Tratado, p. 432).

En opinión de NÚÑEZ (p. 392) y otros autores estas medidas son para los incorregibles, para los peligrosos, y se aplican a los sujetos con miras a reeducarlos y con funciones de prevención especial (CFR: NOVOA MONREAL, p. 418).

Se trata de medidas de seguridad que consisten en la internación en una colonia agrícola, o en casas de trabajo o asilos de templanza; más en el caso de nuestra legislación deben cumplirse en colonias agrícolas (art. 112, N°2) siguiendo el Código Penal de 1982.

De acuerdo con el Código Penal de 1982, las medidas de seguridad educativas “persiguen la prevención especial, y tienen por objeto la modificación de la conducta y personalidad del sujeto, a fin de evitar la

repetición de hechos punibles y se aplicaran en establecimientos especiales o secciones adecuadas en los centros penales” (art. 110).

A nuestro juicio, la aplicación de medidas de seguridad educativas, son aplicables a los delincuentes habituales o profesionales (art. 112, N° 2), criterio que se sigue en el derecho comparado, para estos o para individuos antisociales, como prefiere referirse el codificador cubano (art. 80); dado que en nuestro código no se especifica a quienes están dirigidas las mismas.

En cuanto al lugar donde debe cumplirse, el código manifestaba que se internaran en colonias agrícolas (art. 112) sujetos a un régimen especial de trabajo; más por lo que respecta a su duración, se sigue un criterio indeterminado, quedando al arbitrio del juzgador la determinación del plazo mínimo.

Para terminar, cabe resaltar, que en otras legislaciones se admite la aplicación de esta medida de seguridad, también en aquellos casos en que cumplida la pena, se considere que ha sido ineficaz la readaptación del condenado (art. 91 Costa Rica).

B. La clasificación de las medidas de seguridad en el Código Penal del 2007

En el Código Penal del 2007 las medidas de seguridad se aplican de manera especial a los inimputables (art. 8), y tienen por fundamento la protección, la curación, la tutela y la rehabilitación de la persona.

Siguiendo el Título el Capítulo I del Título VI Medidas de Seguridad, estas se clasifican en medidas

de seguridad curativas y educativas, a diferencia de la legislación derogada que hacía alusión a medidas de seguridad preventivas.

Las medidas de seguridad curativas y educativas tienen por objeto el tratamiento del sujeto, a fin de evitar la repetición de hechos punibles y se aplicarán en establecimientos especiales.

Hay que tener presente que la legislación vigente establece medidas de seguridad de internamiento y de carácter ambulatorio, según lo indican los artículos 123 y 125 respectivamente.

De igual forma, el legislador no establece condiciones ni requisitos para la aplicación de las mismas, solo que el sujeto sea un inimputable, aunque con posterioridad en el 2013, la extienda a sujetos imputables, contradiciendo lo consagrado en el texto original del Código Penal del 2007.

VI. APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

A. Introducción y Condiciones de Aplicabilidad

Las medidas de seguridad se aplican a los casos previstos en la Ley, sin embargo, la doctrina y las legislaciones han determinado, que su aplicación está sujeta a dos condiciones: a) la comisión de un hecho previsto por la Ley como delito, y b) la peligrosidad del reo. (Cfr: ANTOLISEI, p. 565).

En este sentido, también ha coincidido MENDOZA TRONCONIS (p. 205) en el hecho de que los jueces la aplican luego de la comisión de un delito, después de haberse comprobado la peligrosidad del agente, de ahí que se tome en cuenta la calidad de la persona o del agente del delito, es decir su personalidad en cuanto se manifieste como un individuo peligroso (CFR: ROMERO SOTO, p. 524).

Por su parte, OLESA MUÑIDO (p. 89) considera que el proceso jurídico de aplicación de las medidas de seguridad, conlleva para el juez el deber de examinar la ley aplicable, la declaración de la existencia de estado peligroso de acuerdo con los índices determinantes tipificados en la Ley; y la imposición de la medida de seguridad legalmente adecuada a las características de ese estado peligroso.

Más adelante, GARCÍA ITURBE (p. 89), señala que el criterio de la peligrosidad constituye la primera condición, no obstante, es conveniente la consideración de otro criterio objetivo, de manifestación externa apreciable, que revele la peligrosidad del sujeto, que es el comportamiento de un hecho punible por el sujeto.

Sin embargo, ha existido la tendencia constante de aplicar excepcionalmente medidas de seguridad, en supuestos en que el sujeto no ha realizado aún un hecho punible, y en aquellos en que el comportamiento no sea punible vgr., como cuando se trata de un delito putativo o delito imposible o de medidas de seguridad predelictivas como sucede en las legislaciones venezolana, italiana, entre otros.

1. La Comisión de un Hecho Previsto como Delito

Sostiene la doctrina que la aplicación de la medida de seguridad por parte del juzgador, exige como condición indispensable que el sujeto haya realizado una conducta punible. (Cfr: ANTOLISEI, Manual, p.565, ORTIZ RODOLFO, La punibilidad y Las Medidas de seguridad, 1987, p. 31).

En este contexto, en principio como sustenta GARCÍA ITURBE (p. 90), para que pueda serle aplicada la medida de seguridad, la persona debe haber cometido un hecho previsto en la Ley como punible.

En otras palabras, el acto realizado debe adecuarse a la descripción que hace el legislador de una figura, delictiva, y debe presentar todos los elementos, desde el aspecto objetivo de la antijuricidad hasta la concurrencia subjetiva de la culpabilidad, ya que supone que no es aplicable ninguna medida de seguridad, si no puede dirigirse ningún reproche al sujeto, ni aún de simple ligereza (caso fortuito).

Las medidas de seguridad en este caso adquieren la connotación de ser postdelictuales, y salvo que la legislación establezca lo contrario (medidas de seguridad predelictuales), este requisito es necesario.

Ahora bien, haciendo un estudio sobre la situación de la aplicación de las medidas de seguridad en el derecho comparado, nos permite manifestar que existen sistemas legislativos en los que se establece la exigencia de la comisión de un delito, para la aplicación de la medida de seguridad; mas por el contrario, otros los establecen como condiciones para su aplicación.

En opinión de algunos autores (BETTIOL, p. 780) la exigencia de que el sujeto haya cometido un delito, no debe ser considerada como una causa de aplicación de la medida, sino más bien como una simple “ocasión de las mismas”; aunque otros, como BAYARDO BENGOA (p. 90) rechacen dicho criterio, al señalar que la medida de seguridad está subordinada a ella, pues se trata de una condición necesaria, a juicio también de GARCÍA ITURBE (p. 90).

Por otra parte, existen legislaciones en las cuales se aprecia la aplicación de las medidas de seguridad, a hechos realizados no considerados como punibles (delito putativo y delito imposible), denominados también como “cuasidelitos”.

Sobre esto último ha indicado GARCÍA ITURBE (p. 91) que se trata de casos en los cuales a “pesar de que revelan una fuerte predisposición al delito, o al menos una peligrosa aptitud para cometerlo, el legislador ha considerado prudente no punirlas en base a criterios de política penal, que si bien puedan justificar la renuncia de la pena, no justifican la renuncia de las medidas de seguridad”.

En conclusión, indica GRISPIGNI (p. 138) el delito cometido es un índice cierto de tal capacidad y es un elemento necesario para el juicio de peligrosidad, pues quien ha cometido el delito está fuera de toda discusión, su capacidad e idoneidad para cometer delitos y de realizarlos nuevamente.

2. La Peligrosidad del Reo

2.1 Introducción

La peligrosidad es el segundo requisito indispensable para la aplicación de las medidas de seguridad, y así como la culpabilidad es el presupuesto subjetivo para la responsabilidad y por ende de la pena su medida, la peligrosidad del sujeto es el presupuesto para la aplicación por el juez penal, de una medida de seguridad.

Afirma, BAYARDO BENGOA (p. 289) que la “peligrosidad es el núcleo de toda una categoría de consecuencias jurídicas del delito, y precisamente de las medidas de seguridad, pues es la razón de su justificación, y es el criterio de determinación de duración de las mismas”.

A finales del siglo 19, la demostrada insuficiencia de la pena para luchar contra el delito, hacia los comportamientos peligrosos, hace necesario formular por la Escuela Clásica y Positiva, un concepto de peligrosidad.

2.2 Concepto de peligrosidad

Se entiende por “peligrosidad” (ROMEO CASABONA, La Peligrosidad y el Derecho Penal, 1986, p. 13-14) aquella cualidad de alguien o algo para producir un peligro, esto es, el riesgo o contingencia de que suceda algún mal con mayor o menor inmediatez. Dicha situación puede venir originada, por tal motivo, por un hecho natural o animal, o bien por una conducta humana”.

Desde el ámbito del Derecho Penal, la capacidad criminal indica ANTOLISEI (p. 475 y ss.) no es “más que

la disposición o inclinación del individuo a cometer hechos en contraste con la ley penal”, es decir, la peligrosidad, es una intensa capacidad criminal.

El concepto de peligrosidad puede apreciarse en la doctrina desde la perspectiva de las teorías afirmativas y negativas, en las que se destaca en las primeras las opiniones de FERRI, GRISPIGNI, FLORIAN, PETROCELLI.

Sostiene GRISPIGNI (p. 89) “que la peligrosidad es un modo de ser de un sujeto, es un atributo, una cualidad de una persona, y con más exactitud “ la condición psíquica de una persona en cuanto probable causa de delito”.

El concepto de peligrosidad reviste diversas clases: peligrosidad predelictual y peligrosidad postdelictual, y peligrosidad social y criminal (Cfr: LANDECHO, Carlos Ma. “Peligrosidad Social y peligrosidad Criminal” p.245 y ss.).

En la peligrosidad predelictual y postdelictual, la clasificación atiende a si el sujeto ha cometido o no una infracción criminal, de ahí que en el caso de la primera, su declaración se realice sin necesidad de que el sujeto haya cometido previamente un delito, mientras que en la peligrosidad postdelictual se exige, que con anterioridad se haya cometido un delito (Cfr: ROMEO CASABONA, p.44).

Por su parte, la peligrosidad social, “consiste en la cualidad de una persona en la que se aprecia la probabilidad de que realice en el futuro una acción socialmente dañosa; mientras que la peligrosidad criminal, es de acuerdo a GRISPIGNI (p. 89), “la capacidad de una

persona para transformarse con probabilidad en autor de delitos”.

2.3 La peligrosidad y el estado peligroso.

Nociones previas.

Para ANTOLISEI (p. 478) La peligrosidad es “un estado de la persona y particularmente el estado de quien cometerá probablemente hechos delictivos”.

En tal sentido sostiene RAINIERI (p. 277), es “un estado del agente que existe independientemente de su actividad futura, y por lo mismo también independientemente de su voluntad, que no forma parte de ella con coeficiente siquico”.

Por su parte, CAIROLI MARTÍNEZ (p. 197) indica que la peligrosidad es un estado compuesto de diversos factores y condiciones y no es una capacidad de orden subjetivo, carácter momentáneo, sino más bien estable, duradero o algo más bien crónico”.

Ahora bien, la noción de peligrosidad también está entrelazada con la expresión “estado peligroso”. La noción de estado peligroso subjetivo del reincidente se planteó en el Congreso de Bruselas de 1889, en 1892, y en otros congresos internacionales en los años siguientes, adoptándose en los mismos la necesidad de que las leyes establezcan medidas especiales de seguridad social contra los delincuentes peligrosos, en virtud de sus antecedentes hereditarios y personales manifestados en crímenes o delitos (CFR: OLESA MUÑOZ, p. 91).

En el Congreso de la Unión Internacional de Derecho Penal en Copenhague en 1913, se incluyeron como supuestos de estado peligroso:

- a) Defectuosos mentales en dos tipos: locos y semi-locos
- b) Rufianes y Tahures en general
- c) vagabundos, sin domicilio fijo y sin medios de subsistencia,
- d) reincidentes

Por “estado peligroso” debe entenderse a juicio de ROMEO CASABONA (“La peligrosidad, p. 126), “aquella situación de la persona en la que se ha probado la existencia de una peligrosidad”, y con todo acierto este elemento es de enorme importancia en la doctrina, pues con ello se está vinculando la peligrosidad al principio de legalidad y se desvirtúa la presunción como único elemento dispensable para la imposición de la medida de seguridad. (Cfr: Cándido CONDE PUMPIDO. “Aspectos sustantivos de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970”, en Temas Penales, Universidad Santiago de Compostela, 1973, p. 199, Jorge BARREIRO, “La reforma de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social” en Comentarios, T. II, Madrid, p. 359).

En este contexto, rige el principio “*nullus status periculosus sine previa lege*”, que prohíbe la aplicación de medidas de seguridad no previstas en la ley.

Los supuestos de estado peligroso vienen definidos en las legislaciones, en algunos casos son de “estado peligroso post-delictum (educación y corrección),

en otros son de “estado peligroso (ante delictum) prevención de delitos con corrección y educación.

Así por ejemplo, en la legislación penal guatemalteca (art. 84 -C P 1990) se establecen nueve índices de peligrosidad, que expresamente no determinan la forma de comprobarse dicha “peligrosidad”, o en el caso de la legislación cubana (arts. 73 - 74), y en el Código Penal de Costa Rica (art. 98 -C. P. 1990), que exige la comprobación del estado peligroso.

2.4 Elementos de Peligrosidad.

Las Condiciones de Peligrosidad

En opinión de GRISPIGNI (p. 116) los elementos constitutivos de la peligrosidad consisten en “aquellos medios de ser y de actuar de la psiquis, de los que, cabe esperar una resolución criminal”.

Por su parte, CAIROLI siguiendo a PETROCELLI considera que son elementos de la peligrosidad, la clase de sujeto activo y pasivo, las condiciones de peligrosidad, y los indicios.

En este contexto, el sujeto debe ser “peligroso”, y pueden ser tanto sujetos imputables como inimputables. La peligrosidad se ha indicado que es una calidad o aptitud psíquica, inclinada a realizar nuevamente delitos, independientemente de las causas múltiples o diversas que pueden crearla, desarrollarla o mantenerla.

Con toda razón ha indicado ANTOLISEI (p. 478) que el “carácter del individuo por razones fácilmente comprensibles, tiene una gran importancia para

determinar la aptitud para el delito. Más aún, puede observarse que no se trata, como es el caso de los elementos que hemos hablado anteriormente, de un mero signo revelador, de un síntoma, sino de la base de la aptitud antes dicha. En efecto la aptitud al delito no es más que una calidad de la constitución psíquica individual”.. Más por lo que se refiere al sujeto pasivo, de la peligrosidad, ciertamente es la sociedad en general, que por el comportamiento peligroso de estos sujetos pone en peligro o lesiona bienes jurídico protegidos.

En relación con los factores causales, como son “aquellos que han tenido influencia condicionante o causal en el proceso de formación de elementos constitutivos”, es decir, de los que cabe esperar una resolución criminal, tenemos los orgánicos, del ambiente físico y del ambiente social, y en opinión de Grispigni (p. 129), “la peligrosidad es tanto mayor cuanto más grande es la influencia de los factores orgánicos respecto a los ambientales en la génesis de la defectuosidad psíquica”.

Ciertamente, entonces se ha sostenido que el ambiente representa una posibilidad, un factor determinante de la delincuencia ANTOLISEL (p. 475), que conjuntamente con las condiciones subjetivas crean la “peligrosidad”, la desarrollan o la mantienen RANIERI (p. 275), y cuya causa como sostienen otros son “capaces de probar ese estado peligroso”.

Por lo que respecta a los índices, manifiesta OLESA MUÑIDO (p. 97) que son “manifestaciones de la persona que admiten inducir su situación y, por lo tanto,

requieren para ser considerados un proceso valorativo. Los delitos constituyen índices ciertos de peligrosidad en el momento en que se cometen; transcurrido el tiempo cobra importancia sobre el hecho su valoración subjetiva”.

En opinión de BAYARDO BENGEOA (p. 174) “los síntomas son indicios de orden subjetivo u objetivo de las que se puede inferir la existencia de condiciones, como extremo de peligrosidad. El síntoma es entonces un elemento exterior de la peligrosidad, siendo el mismo –en sus particularidades– absolutamente variado”, añadiendo el autor que pueden ser indicios de peligrosidad los antecedentes policiales y judiciales del agente.

Ahora bien, el planteamiento de la escuela positivista, en la cual el delito es síntoma o presupuesto necesario de la peligrosidad, ha sido criticado en la doctrina, dado que es injusto y falso en la mayoría de los casos, y no es acertado tal criterio, vgr. en los delincuentes ocasionales y pasionales, en los cuales la recaída en el delito, se fundamenta en las cualidades psíquicas del individuo, en circunstancias exteriores.

En conclusión, se considera GRISPIGNI (p. 130 y ss.) que la significación sintomática del delito es triple, es decir, es el síntoma revelador de: a) una individualidad psíquica, (vida psíquica del autor, temperamento y el carácter), b) una peligrosidad criminal y c) defecto psíquico o imperfección.

2.5 Caracteres o elementos de peligrosidad como estado peligroso

De acuerdo a la doctrina los caracteres de la peligrosidad como estado comprenden la cronicidad, la involuntariedad y la juricidad.

ANTOLISEI (p. 478), sostiene que “la peligrosidad constituye un modo de ser un estado de persona y como tal, no puede tener carácter instantáneo, sino que debe ser más o menos duradera. Una cierta **cronicidad** es connatural a la peligrosidad, lo que significa, sin embargo, que deba tener carácter permanente; puede ser también **transitoria**, lo que sucede cuando es eliminable y precisamente cuando el individuo es susceptible de readaptación a la vida social, como es el caso del adolescente que, sin presentar anomalías psíquicas se haya extraviado por el abandono en que ha sido dejado por los padres”.

Finalmente, en cuanto al carácter de la peligrosidad como jurídico, SANTORO (p. 617) advierte que no es “un status de la persona”, sino un juicio que hace el juez tomando en cuenta consideraciones subjetivas, más por su parte, RANIERI (p. 278), DE MARSICO (p. 438) y SABATINI (p. 569), admiten que la peligrosidad es jurídica ya que tiene importancia para derecho y esta lo regula como consecuencia de los efectos que produce a un bien jurídico protegido.

2.6 Sobre el juicio de peligrosidad o su determinación

La posibilidad de realización de la conducta dañosa por el sujeto, y por ende su calificación de “peligro-

so” conlleva a la determinación de esa probabilidad dañosa, que de acuerdo a la doctrina, dicho pronóstico criminal, debe realizarse a través de algunos métodos de determinación de esa peligrosidad, como son el método empírico-discursivo o científico, y el intuitivo examinados por VIVES ANTON, al abordar la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social española de 1970 (p. 395).

2.6.1 El método científico

La utilización de los métodos científicos en la prognosis criminal, tiene mayor credibilidad y garantía en cuanto al acierto del mismo, y a su vez por las nuevas técnicas y procedimientos que se han ido incorporando, aunque se haya destacado que su utilización práctica requiere una gran infraestructura y tiene un alto costo económico.

La fiabilidad de los métodos científicos ha sido apuntado por VIVES ANTON (Métodos de determinación de peligrosidad, p. 410), al destacar que la prognosis criminal”, debe apoyarse en algún tipo de teoría, de cuyos enunciados generales pueden deducirse los pronósticos concretos, “en consecuencia puede apoyarse en la biología, sociología, no obstante, ninguna de ellas por sí sola se “halla en condiciones de fundamentar teóricamente un pronóstico de peligrosidad”. Sostiene el autor, que se requiere de técnicas de pronóstico en lo que se toma en cuenta factores, unas tablas de pronóstico basadas en métodos matemáticos, de manera que la conducta que seguirá en el futuro el sujeto, puede extraerse, de factores como

que por ejemplo, de la tabla de la educación del padre (una educación dura o extravagante, educados de manera firme o afable) o del buen trabajador.

Ahora bien, continua el autor citado que este método estadístico, se concluye que no predice la peligrosidad individual, y más bien refleja un porcentaje de futuros delincuentes que existieron en un grupo de personas, y por otro hay que agregar, que existen en un mundo variable, de manera que la tabla al aplicarse con posterioridad podría perder su significación, y tal pronóstico sería más bien un juicio al “azar”, y no basado en el método empleado.

En conclusión, el juicio de peligrosidad, es “al mismo tiempo un diagnóstico y un pronóstico, es un diagnóstico en cuanto la determinación de la existencia, en un sujeto, de aquellas particularidades psíquicas por las cuales una persona puede ser llamado “peligroso”, y es un pronóstico en cuanto la prevención del futuro comportamiento criminal del mismo sujeto”.

2.6.2 El método intuitivo

Para ROMEO CASABONA (La Peligrosidad, p. 37) el método intuitivo ha sido utilizado tradicionalmente en la praxis, y se basa en apreciaciones subjetivas del juez sobre el individuo, partiendo de sus experiencias profesionales, sin contar con ningún apoyo científico o técnico que sirva para devolverle en una mayor racionalidad.

Sostienen VIVES ANTON (Métodos de determinación de peligrosidad, p. 410) que “la aplicación de la medida de seguridad tomando como base este méto-

do es sumamente riesgoso, pues se pone en peligro la “libertad ajena”.

La determinación de la peligrosidad es dificultosa en consecuencia al tratar de establecer que factores sirven para fundamentar el “juicio de peligrosidad”, basándose algunos en que el delito, tiene un valor sintomático, y que el juicio de peligrosidad debe tomar en cuenta los siguientes datos:

- a) el delito cometido
- b) la conducta posterior al delito
- c) la vida anterior
- d) los resultados de la pericia antropológica o psiquiátrica. (GRISPIGNI, p. 139 y ss.)

No obstante, todo los inconvenientes de los métodos planteados, es necesario la comprobación del estado peligroso, y no debe reducirse a una mera presunción, como sucede en algunas legislaciones, pues debe concretarse a través de diversos criterios, médicos, es decir, tomando en cuenta el método científico, que tiene mayor credibilidad, con respecto al intuitivo.

VII. EJECUCIÓN Y APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD EN LA DOCTRINA Y LEGISLACIÓN PANAMEÑA

A. Principios que rige en materia de medidas de seguridad

1. Planteamiento

Un examen previo a la ejecución y aplicación de las medidas de seguridad, permite determinar que estas se rigen por algunos principios, como son el de Legalidad, Jurisdiccionalidad, entre otros, necesarios para garantizar los derechos del individuo, objeto de la medida.

2. El Principio de Legalidad

El principio de legalidad rige en materias de medidas de seguridad, ya que “nadie puede ser sometido a dichas medidas si no están expresamente determinadas por la ley ni aplicarse distintas de las establecidas” y de esta forma, se ha querido que no queden al arbitrio del juzgador, respetando así el “principio de legalidad”, de manera que solo el sujeto sometido quede a medidas de seguridad en los casos previamente establecidos (CFR: MAGGIORE, p.406, MANTOVANI, p.768).

En ese contexto, las medidas como indica NOVOA MONREAL (p. 426) están sujetas al principio de legalidad que cumple así un doble función: solo se admiten

las medidas de seguridad señaladas en la ley b) solo se aplican en los casos previstos en la ley.

Se rigen por el principio de legalidad, por ser medidas legales (ROMERO SOTO, p. 524) siendo función de los jueces su aplicación, respetando así la libertad individual.

La medida de seguridad, al igual que la pena tiene que regirse por el principio de legalidad, restringiendo así la interpretación analógica ya que el único origen de la misma es la Ley. (CFR: OLESA MUÑIDO, p. 128-9)

Por otra parte, debe tenerse presente que “el principio de legalidad supone que nadie puede ser declarado peligroso si la situación personal en que se encuentra no ha sido calificada por la ley como estado peligroso” siguiendo a RODRIGUEZ MOURULLO (“Medidas de Seguridad y Estado de Derecho en Peligrosidad”, p. 365 y ss.).

En consecuencia se exigen dos elementos esenciales: la peligrosidad social del sujeto y los índices o estados peligrosos, así como tomar en consideración el fundamento y el contenido de las medidas de seguridad, siendo el criterio de la “peligrosidad criminal” o de la peligrosidad postdelictual, para la vigencia del principio de legalidad (CFR: BAYARDO BENGOA, p. 287).

Y es que la vigencia del principio de legalidad exige en materia de medidas de seguridad dos cuestiones fundamentales: la peligrosidad social del sujeto y los índices de estados peligrosos, o como sostienen otros, en que el hecho esté previsto en la ley como de-

lito, y existe la peligrosidad del reo (CFR: BARREIRO, Las Medidas, p. 145).

Con toda razón ha indicado BERISTAIN (Medidas, p. 86) que el “principio de peligrosidad (nulla mensura sine periculositate) exige la previa peligrosidad como condición inexcusable para la imposición de la medida de seguridad.

Desde otro punto de vista, otro elemento que se deriva del cumplimiento de principio de legalidad, en materia de medidas de seguridad, es que esta exige que sea impuesta en proporción al “peligro” que el individuo representa para la sociedad.

Sostiene JESCHECK (p. 733) que esta proporcionalidad ha “de atenderse a la importancia de los delitos cometidos por el autor, o que quepa esperar que cometa en el futuro, así como en el grado de peligro que aquél representa, o sea la probabilidad de nuevos delitos. En la proporcionalidad de una medida interesa, sobre todo, la “importancia de los delitos previsible”, mientras los ya cometidos pueden ofrecer menor relevancia”.

En el derecho positivo panameño, el principio de legalidad está vigente en el art. 9lo que dice lo siguiente:

“Nadie podrá ser procesado ni penado por un hecho no descrito expresamente como delito por la ley vigente al tiempo de su comisión, ni sometido a medidas de seguridad que la ley no prevea.

De esta forma, el citado precepto expresa el imperio del principio de legalidad en la aplicación de las

medidas de seguridad, en los casos previamente establecidos, rechazando la aplicación de aquellos que no estén señalados en la ley, y fuera de los casos en que no se determine la peligrosidad criminal.

Por su parte, los códigos penales de Honduras (1993) en su art. 80 y de Guatemala (1990) en su art. 84, consagran el principio de legalidad, en materia de medidas de seguridad al señalar que no decretaran sin disposición legal que las autorice o fuera de los casos que la ley determine.

En igual sentido, coincide el Código Penal de Costa Rica (1990), que manifiesta que las medidas de seguridad se aplican solamente a quienes han cometido un hecho punible y exista probabilidad criminal.

También en este aspecto, debe traerse a colación el Código Penal de Cuba, que no hace referencia estrictamente al principio de legalidad, así como otros más.

Ahora bien, en opinión de RODRÍGUEZ DEVESA (p. 8), en la situación actual las medidas de seguridad han defraudado las esperanzas que originaron, pues ciertamente se ha violado el principio de legalidad, aunque se afirme que la imposición de las mismas esta sujeta a índices de peligrosidad”, dado que la aplicación de las medidas predelictuales o postdelictuales siempre obedece a “la futura posibilidad de comisión de un delito, no un delito real y efectivamente cometido, de ahí que el autor sugiera la vuelta al sistema monista, sin que con ello se prescindiera de las medidas de tipo curativo y pedagógico.

Para terminar, el Código Penal Español de 1995, incorpora las medidas de seguridad (previstas en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970) y establece como principios generales de las medidas de seguridad; la post-delictualidad, el pronóstico de peligrosidad criminal y la proporcionalidad.

3. Principio de Jurisdiccionalidad

Las medidas de seguridad indica GARCÍA ITURBE (p. 130) es criterio coincidente en la doctrina, que deben ser aplicadas por el juez, después de haberse dictado la sentencia condenatoria o la absolución del condenado, o en otros casos después de haberse cumplido la pena o extinguida de cualquier otro modo.

El principio de jurisdiccionalidad, funciona como una garantía imprescindible en la aplicación de las medidas de seguridad, pues es el juez el que debe aplicarlas respetando de esta manera las garantías individuales del sujeto (CFR: RANIERI, p. 382).

Sostiene JORGE BARREIRO (Las medidas, p. 152-3) que el “principio de jurisdiccionalidad requiere que el órgano encargado de declarar la peligrosidad y de aplicar las medidas de seguridad sea un juez independiente que actué con ciertas limitaciones”, en consecuencia esto exige que en el proceso penal, el sujeto goce de las medidas necesarias para su defensa (de ser oído, de autodefensa y de alegación); así como también que el control y ejecución de las medidas de seguridad esté a cargo de un órgano jurisdiccional”.

De igual forma coincide COBO DEL ROSAL (“Prevenición y Peligrosidad Social”, p. 128) que la declaración de peligrosidad y la aplicación de medidas debe ser proferida por la autoridad judicial, los jueces y los tribunales, ya que de esa manera se vela por las garantías individuales del sujeto.

Sin duda, RODRÍGUEZ MOURULLO (“Medidas de seguridad y estado de derecho” en Peligrosidad, p. 372) subraya que este procedimiento debe constar de “máximas garantías” no siendo recomendable un “procedimiento simplificado y acelerado ante un juez unipersonal”, y esta jurisdiccionalidad de las medidas de seguridad, implica en consecuencia, que se aplican por los tribunales después de la comisión de un delito; rechazándose así las medidas de seguridad predelictuales (CFR: ROMERO SOTO, D.P., p.524 y BAYARDO BENGOA, p. 286 y ss.).

De igual forma, la jurisdiccionalidad de las medidas de seguridad, conlleva un compromiso legal por parte de las autoridades judiciales, que es la comprobación de la peligrosidad del agente, además, de la condición previa, de haber realizado un hecho previsto como delito. En lo que respecta, al ámbito legislativo hallamos algunas legislaciones, como por ejemplo, el texto penal de Costa Rica (1990) y Honduras (1993) que obligatoriamente señalan que la aplicación de las medidas de seguridad le compete al Juez, en cualquiera de los supuestos enumerados en dicho precepto, entre otros, por causa de enfermedad mental, se interrumpe la ejecución de la pena, prostitución y otros; y con igual criterio lo sustentan el código penal

de Guatemala (1990), el Código Penal Español (1995); mientras que otros omiten toda referencia al respecto (vgr. Nicaragua y Bolivia).

4. Principio “*Regis tempus actum*” la retroactividad y su vigencia en las medidas de seguridad

En el ámbito del derecho penal rige el “principio de irretroactividad” *tempus regis actum*”, salvo los casos concretos de retroactividad, cuando la ley sea favorable al reo.

Por lo que respecta a las medidas de seguridad se ha señalado que las mismas no tienen carácter retroactivo, y por regla general; se rigen por la ley vigente al tiempo de su aplicación (CFR: MENDOZA TRONCONIS, p. 205).

Los planteamientos a favor de la ley vigente al momento de su aplicación de las medidas de seguridad según indica BARREIRO (Las Medidas, p. 156) se reducen a que el fundamento y la naturaleza de la medida de seguridad es diverso a la pena y se fundamenta en el “estado peligroso del delincuente”, de ahí que deba aplicarse la “nueva medida”, dado que es más completa e idónea que la anterior.

5. Las medidas de seguridad y su aplicación en el espacio

De acuerdo a la legislación panameña y siguiendo el art. 18 del Código Penal, las medidas de seguridad se aplican a los hechos cometidos, por nacionales o extranjeros en nuestro territorio.

En opinión de OLESA MUÑIDO (p. 150 y ss), en principio las medidas de seguridad son aplicadas a los hechos que han sido realizados en el respectivo territorio, aún cuando es posible que las propias legislaciones establezcan presupuestos distintos al respecto.

B. Las medidas de seguridad respecto las personas en el Código Penal del 2007

En el Código Penal del 2007 no hay un capítulo destinado a la “Aplicación de las medidas de seguridad”, tal como lo regulaba la legislación derogada y expresaba que podía aplicarse a los enfermos mentales, toxicómanos habituales, delincuentes habituales y profesionales, sujetos de inimputabilidad disminuida, y alcohólicos, (arts. 112 - 113) así como también a los que se encuentren en los siguientes supuestos:

1. Cuando el autor o el participe de un hecho punible haya sido declarado inimputable o tuviere disminuida su imputabilidad;
2. Cuando por causa de enfermedad mental se interrumpa la ejecución de la pena que le fue impuesta;
3. Cuando se trate de delincuente habitual o profesional;
4. Cuando la dependencia farmacológica ha determinado la conducta delictiva del reo,
5. En los demás casos expresamente señalados en este código”.

En la actualidad, su aplicación está restringida a los inimputables (art.8) aunque debe recordarse que

mediante la Ley 82 de 2013 se extiende a sujetos imputables en caso de violencia doméstica que se establece el tratamiento terapéutico multidisciplinario, que por su naturaleza es una medida de seguridad, aunque el Código Penal lo considere como una pena.

C. Elección y concurso de medidas de seguridad

El concurso de las medidas de seguridad se presenta cuando concurren varias medidas, e implica que el juzgador debe escoger entre ellas la que sea más adecuada al delincuente, y por otro, que satisfaga la necesidad de la comunidad (CFR: GARCIA ITURBE, p. 134).

En el concurso de medidas de seguridad priva en el derecho comparado diversos sistemas: el de absorción, el de prevalencia de una especie de medida de seguridad sobre otra y principio de acumulación, el de prevalencia de la peligrosidad presunta, el de absorción en todos los casos, el de libertad vigilada en casa de salud y custodia.

En la elección de la medida de seguridad el juzgador discrecionalmente deberá aplicar la medida preventiva, educativa o curativa, y en consecuencia debe revisar el abanico de posibilidades de especies de medidas de seguridad, sin dejar de pasar por alto, el estado peligroso del individuo, sin embargo, cuando existe concurso de medidas de seguridad, la situación se tornará un tanto complicada, de ahí que se hayan establecido los sistemas enunciados legislativamente o doctrinalmente.

Ahora bien, en opinión de RODRÍGUEZ DEVESA (Algunas cuestiones jurídicas en relación con la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social" en **Peligrosidad Social** cit. ps. 340) en la concurrencia de varias medidas de seguridad, es decir, cuando concurren varios índices de peligrosidad en un mismo sujeto, la solución debe ser la aplicación de medidas curativas, sobre las reeducativas.

Por su parte, WELZEL (p. 369) sostiene que debe examinarse cual medida es la más conveniente para asegurar la protección de la comunidad y cual es la más apropiada y conveniente al delincuente cual le afecta menos, y en general elegir la que menor le afecte al interesado.

Por otra parte, cuando concurren penas y medidas de seguridad, tenemos por ejemplo que al tenor del art. 86 del Código Boliviano de 1973, se ejecuta primero la pena y luego del cumplimiento de la medida de seguridad.

En el caso de la legislación española, la concurrencia de penas y medidas de seguridad (art. 99), conlleva el cumplimiento de la medida, que se abonará para la el de la pena, mientras que la legislación vigente panameña claramente determina que las medidas de seguridad se aplicaran solo a los inimputables.

En nuestro país, no se confrontaron tales problemas sino hasta la Ley 82 de 2013 porque impone conjuntamente la aplicación de pena y medida de seguridad, lo cual provoca no solo una incongruencia con el artículo 80 del Código Penal, sino que a la vez traer un problema de cumplimiento de ambas, por lo que a

corto plazo debe darse una respuesta a esta problemática.

D. Duración y Revisión de las Medidas de Seguridad

1. La Duración

Las medidas de seguridad tienen carácter indeterminado, sin ninguna clase de límites preestablecidos hecho que como indica OLESA MUÑIDO (p. 159 y ss.) y otros se deriva de ser un “medio de prevención especial que exige por lo tanto su permanencia mientras subsista la probabilidad de que el sujeto devenga delincuente”. En este contexto, la duración de ellas debería adecuarse solo a la permanencia de la peligrosidad criminal del agente, y como esto no puede conocerse a “priori” no puede establecerse límites fijos.

Por su parte, BETTIOL (D.P., p. 785), manifiesta que la duración de las medidas de seguridad, por su “magnitud inconmensurable” necesariamente debe ser indeterminada por la peligrosidad del agente, pues de lo contrario se estaría contradiciendo su fin al establecer un término fijo de duración.

Para otros, siguiendo otro criterio, las medidas de seguridad deben establecer un mínimo y máximo de duración (indeterminada relativa) o por el contrario, debería existir un mínimo legal, pero no debe establecerse máximo legal, o la situación inversa.

Los anteriores planteamientos, han sido adoptados por las legislaciones, según veremos, pero lo que sí debe tenerse claro, tal como indica DEL ROSAL (Tratado,

p. 559) que éstas deben ser concretas dentro de ciertos límites de duración, de lo contrario serán más “temibles” que la pena por la incertidumbre de su duración.

Por lo que respecta a nuestra legislación, el Código Penal del 2007 no establece una duración para la medida de seguridad por lo que el Juez debe ordenar su aplicación en base a dictámenes de los médicos legales (art. 124), y los cambios o modificaciones deben estar informados al Juez para su cambio (art.125).

2. Revisión de las medidas de seguridad

Sobre la revisión de las medidas de seguridad debe mencionarse que en la actualidad existen diversos criterios legislativos, aquellos que establecen un tiempo fijo para el reexamen de la peligrosidad, a fin de resolver si la medida a cesado o debe continuar con la misma, más en otros, puede realizarse en cualquier momento, y finalmente, están aquellos que no dicen nada al respecto.

Para terminar, en nuestra legislación, no se determina de manera específica la revisión de las medidas de seguridad, a diferencia de lo que señalaba la legislación derogada en el artículo 116 que decía lo siguiente: “En caso afirmativo, el tribunal deberá establecer un plazo nuevo para la continuidad de la misma sin perjuicio de practicar, en cualquier tiempo, un nuevo examen del sujeto, cuando hubiere razones suficientes para creer que las condiciones que determinaron las medidas de seguridad han cesado.

E. El lugar del cumplimiento de la medida de seguridad

Existen diversos criterios en cuanto al lugar donde deben cumplirse las medidas de seguridad aunque por regla general las legislaciones coinciden en algunos aspectos: establecimiento psiquiátrico, centro de salud, centro de deshabitación, entre otros.

Actualmente, el código penal del 2007, determina que el cumplimiento de las medidas de seguridad curativas y educativas se llevará a cabo en establecimiento especiales, a los cuales ya el Código Penal de 1982 hacía referencia, y que en la actualidad a nivel institucional tampoco existen.

Lo que sí es cierto, es que según la legislación vigente las mismas pueden cumplirse mediante internamiento en centro de establecimiento psiquiátrico, de readaptación, desintoxicación y deshabitación y centro educativo especial o socioterapéutico.

Una novedad de la nueva legislación es que permite el tratamiento ambulatorio (art.124) tomando en cuenta el dictamen emitido por médicos legales, que comprenden el tratamiento psiquiátrico o psicológico externo, en un centro desintoxicación y deshabitación, o en un centro educativo especial o socioterapéutico (art. 127).

Llama la atención el artículo 126 que determina que los inimputables serán internados en un centro de tratamiento psiquiátrico, pero claro está que el legislador está partiendo de los ocasionados por alteraciones mentales.

F. Sustitución y Transformación

Las medidas de seguridad pueden ser sustituidas o transformadas en otras, y para ello es necesario que se disponga en la legislación positiva.

Esta transformación se presenta por ejemplo, cuando por causa de enfermedad psíquica se interrumpa la ejecución de la pena, decretando el juez el internamiento del sujeto en un establecimiento especial, y al cesar la medida debe continuar o iniciar la ejecución de la pena.

La transformación de la medida se sostiene que puede ser “*ex lege*” o por el juez. En el primer supuesto, la propia ley establece la transformación de la medida de seguridad, mas en el segundo, es el juez el que puede sustituirla, vgr. de internamiento en casa de salud, por otra como libertad vigilada (Cfr: GARCÍA ITURBE, p. 139).

En este contexto, existe un criterio amplio que permite reformarlas si se modifica la “*peligrosidad del encausado*” (C. P. de Honduras), como cuando ocurre con los supuestos de vigilancia a la autoridad como cuando ocurre con los supuestos de vigilancia a la autoridad (C. P. Boliviano), finalmente, hay países donde el legislador ha omitido toda consideración al respecto.

Por lo que respecta a la legislación panameña, la transformación de la pena en medida de seguridad, puede ser posible tomando en cuenta que el código penal permite el Aplazamiento de la ejecución de la pena, en caso de enfermedad grave que imposibilite el cumplimiento de la pena.

G. Suspensión, Cese y Extinción de la medida de Seguridad

Por lo que respecta a la suspensión de las medidas de seguridad o su cesación la legislación vigente no dice nada al respecto, salvo el artículo 126 que manifiesta que el encargado de dirigir el tratamiento está en la obligación de informar de los cambios, modificaciones o terminación del respectivo tratamiento.

Nada dice la legislación vigente sobre como se extingue la medida de seguridad, a diferencia de lo regulado en el Código Penal de 1982, que determinaba que prescriben en los términos y las formas señaladas para la prescripción de las penas, (art. 97), y no se extinguen por amnistía ni por indulto, aunque algunos textos legales omiten hacer referencia al respecto.

En este contexto, explica ANTON ONECA (p. 596) que es difícil justificar la institución de la prescripción en el caso de las medidas de seguridad, mientras que JORGE BARREIRO (Las Medidas, p.305), afirma que es imposible que las medidas de seguridad puedan extinguirse por la amnistía y el indulto, dado que el fundamento de la medida de seguridad, radica en la peligrosidad del sujeto y su duración.

Finalmente, sobre el quebrantamiento de una medida de seguridad, nuestra legislación vigente, no dice nada al respecto en este capítulo (véase artículo 397), a diferencia de la legislación española, que taxativamente determina el “reingreso del individuo al centro escogido”, y si se tratase de otras medidas, po-

drá substituirse la quebrantada por internamiento, si se dispusiese al respecto. (art. 100).

BIBLIOGRAFÍA ADICIONAL

AROSEMENA GUARDIA, Rubén, “Necesidad de una legislación sobre medidas de seguridad” en Anuario de Derecho No.7 (1966-67), Universidad de Panamá, Panamá; BARREIRO, Agustín, Las medidas de seguridad, en el Derecho Penal Español, Civitas, Madrid, 1976; BERISTAIN, Antonio, Medidas penales en Derecho Contemporáneo, Teoría legislación positiva y realización práctica, Reus, Madrid, 1974; CASABO RUIZ, José R., “El fundamento de las medidas de seguridad” en Peligrosidad social y medidas de seguridad, (La ley de peligrosidad y rehabilitación social de 4 de agosto de 1970) Universidad de Valencia, Valencia, 1970; COBO DEL ROSAL, Manuel, “Prevención y peligrosidad social” en Peligrosidad Social y Medidas de Seguridad, (La ley de peligrosidad y rehabilitación social de 4 de agosto de 1970) Universidad de Valencia, Valencia, 1970; CONDE PUMPIDO, Cándido, “Aspectos sustantivos de la ley de peligrosidad y rehabilitación social de 4 de agosto de 1970” en Temas Penales, Universidad Santiago de Compostela, Santiago, 1973; CUELLO CALON, Eugenio, La Moderna Penología, Bosch, Barcelona, 1958; ECHEVERS, Fabian, “Las Medidas de seguridad en el Nuevo Código penal” en Boletín de la Academia Panameña de Derecho No.1, Año I, Panamá, 1983; GARCÍA ITURBE, Arnoldo, Las Medidas de seguridad, Ensayo de una teoría general basada en el derecho comparado, Instituto de Ciencias Penales, Facultad de Derecho, Universidad de Venezuela, Caracas, 1967; GRANDA, Rosario, “Medidas

de seguridad en el nuevo código penal”, en Anuario de Derecho No.12, Universidad de Panamá, Panamá, 1983; LANDECHO, Carlos Ma., “Peligrosidad Social y Peligrosidad Criminal” en Peligrosidad y medida de Seguridad (La Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970) Universidad de Valencia, Valencia, 1970; MUÑOZ POPE, Carlos, “Medidas de seguridad y responsabilidad civil en la revisión del anteproyecto de código penal de 1970” en Actas (Primer seminario de actualización) Departamento de Ciencias Penales y Criminológicas, Panamá, 1977; OLESA MUÑOZ, Francisco, Las medidas de seguridad, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1951; ORTIZ, Rodolfo, La punibilidad y las medidas de seguridad, Universidad de Medellín, 1987; RODRIGUEZ DEVESA, José María, “Alegato contra las medidas de seguridad en sentido estricto”, Separata de Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid 1978; RODRIGUEZ DEVESA, José María, “Algunas cuestiones jurídicas en relación con la ley de peligrosidad y rehabilitación social” en Peligrosidad social y rehabilitación social (La ley de peligrosidad y rehabilitación de 4 de agosto de 1970), Universidad de Valencia, Valencia, 1970; RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo, “Medidas de seguridad y estado de derecho” en Peligrosidad social y medidas de seguridad, (La ley de peligrosidad y rehabilitación de 4 de agosto de 1970), Universidad de Valencia, Valencia, 1970; ROMEO CASABONA, Carlos, Peligrosidad y el derecho penal preventivo, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1986; TERRADILLOS, Juan, Peligrosidad social y estado de derecho, Akal, Universidad de Madrid, 1981; VILLAMOR, Fernando, “Las medidas de seguridad en el código penal boliviano, en Temas Penales, Editora Popular, La Paz, 1991.

Capítulo VI

RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO

Responsabilidad Civil derivada del delito

I. CONCEPTO

En nuestra legislación vigente el artículo 128 sostiene que de todo delito emana responsabilidad civil para las personas que resultaren culpables del mismo". Con toda razón, entonces, la norma citada presenta la responsabilidad criminal generada por los delitos, es decir por las infracciones penales.

El origen de la responsabilidad civil derivada del delito en nuestra legislación histórica penal proviene del Código Penal de 1982, pues como lo hayan indicado la doctrina nacional (MUÑOZ RUBIO y GUERRA DE VILLALAZ, p.14, MUÑOZ POPE) "resulta conveniente para el propio juzgador el que determinara en la misma sentencia condenatoria las responsabilidades civiles que emanan del delito, al momento de condenar al autor o partícipe del hecho punible.

En lo que respecta a lo que debe entenderse por responsabilidad civil derivada del delito, recogemos la opinión de PUIG PEÑA (p. 427) que sostiene que es "la obligación que compete al delincuente o a determinadas personas relacionadas con el mismo, de in-

demnizar a la víctima del delito de los daños y perjuicios sufridos con ocasión del hecho punible. El delito produce, a la gentes honradas, el temor y alarma que ocasiona, y un mal individual, el daño que la víctima puede sufrir en su persona, honor libertad o patrimonio. El daño social se intenta reparar mediante la imposición, de la pena, el daño individual mediante la indemnización de carácter civil. Las dos reunidas restauran todo el orden jurídico perturbado.

Finalmente, sostiene LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA (Efectos civiles del delito y responsabilidad extracontractual, p.14) que no todas las consecuencias civiles derivadas de las conductas que resultan ser delito tienen su encaje en la llamada "responsabilidad civil extracontractual" o la llamada responsabilidad civil derivada del delito tiene un contenido más amplio y no siempre coincidente con el de aquella y por ello señala los supuestos de cobro de lo indebido", en los delitos contra la libertad sexual, y abandono de menores.

II. CLASES

Hay varias clases de responsabilidad civil: directas, solidarias y subsidiarias. Las primeras son aquellas que han sido declarado responsables del hecho delictivo, es decir los autores y partícipes, mientras que las subsidiarias es aquella en la cual el sujeto responde cuando el agente del delito declarado culpable no pueda hacerlo, y por último tenemos la responsabilidad civil solidaria pasiva (entre acreedores) es decir de aquellos que son responsables al pago de

los daños y perjuicios provenientes de hecho punible (ABDELNOUR, pág. 125), su acreedor puede solicitarlo a todos o a uno sólo de ellos.

Ahora bien, el Código Penal del 2007 remite todo lo referente a la responsabilidad civil al Código Civil, y se observa en primer término, que se reconoce la responsabilidad solidaria de los autores y partícipes (art. 129), al igual que el artículo 129 lo extiende a lo previsto en el artículo 1645 del Código Civil.

No contempla la legislación vigente presupuestos de responsabilidad civil subsidiaria a diferencia del Código Penal de 1982, que en su artículo 126 indicaba que el Estado, las instituciones públicas, autónomas semi-autónomas o descentralizadas, así como los municipios, responden subsidiariamente en el monto de los daños y perjuicios derivados de los hechos punibles cometidos por sus servidores públicos con motivo del desempeño de sus cargos

III. NATURALEZA JURÍDICA

La responsabilidad civil derivada del delito, es una institución de carácter civil, conectada muy estrechamente con el derecho penal, que surge como consecuencia de las obligaciones civiles derivada del delito y de ese interés de mantener la pacífica convivencia social (SAINZ CANTERO, "La responsabilidad Derivada del delito", en Comentarios a la Legislación Penal, p.).

De igual forma ha coincidido, VELÁZQUEZ (p. 707), que tiene naturaleza civil, pues el hecho de que ella

aparezca regulada en la ley penal no le quita su carácter ni contenido civil máxime que ya se ha mostrado como es posible armonizar la acción penal con la acción-pretensión civil”.

Por otro lado, otro sector de la doctrina sostiene, que la responsabilidad civil derivada del delito (COBO VIVES y ANTÓN, p. 761), tiene naturaleza mixta, civil y procesal, y no faltan aquellos (MORILLA CUEVAS, p. 141) que le otorguen una naturaleza estrictamente penal.

Finalmente, arguyen otros que, tiene naturaleza civil porque por ello prescribe según las disposiciones del Código Civil y no según los del Código Penal (GRISANTI, p. 382), a la vez que añaden otros que el hecho que se resuelve en el proceso penal, tienen motivaciones de economía procesal, evitando con ello que el perjudicado tenga que acudir a un proceso de naturaleza civil.

IV. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO EN PANAMÁ

A. Introducción. Los sujetos responsables y los favorecidos

De acuerdo a nuestra legislación penal vigente, las personas obligadas a la responsabilidad civil por el delito cometido, son aquellas que “resulten culpables como autores, instigadores o partícipes”, en otras palabras, sean responsables criminalmente del mismo (art. 128), siguiendo el criterio doctrinal, que quienes realizan una conducta típica, antijurídica y culpable,

que ocasiona daños al patrimonio económico y moral de la víctima, se exige también la responsabilidad civil, y tienen la obligación de indemnizar todos los perjuicios ocasionados (REYES, p. 425).

De lo antes expuesto se desprende, que son los autores, cómplices primarios y secundarios, los que en primer término y directamente son responsables civilmente, siendo calificados por la doctrina como sujetos activos de la acción civil.

Sin embargo, el Código Penal a continuación plantea diversos supuestos concretos en que las personas, responden: a) quienes hayan sido favorecidos con eximentes de culpabilidad (art.128), b) los supuestos de exoneración de estado de necesidad, c) lo previsto en el artículo 1645 del Código Civil, y d) el Estado Panameño cuando el imputado sea sobreseído o absuelto si ha permanecido en detención provisional por más de dos años (art. 130).

Por lo que respecta a las personas favorecidas en la responsabilidad civil, la actual legislación a diferencia del Código Penal de 1982, omite toda referencia al respecto, pero claro está que es la víctima del delito al tenor de la Ley 31 de 1998, que comprenden no solo la persona individual directamente afectada, sino también su representante legal o tutor (art.1o).

En lo que respecta, al derecho comparado se consideran como personas activas de la responsabilidad civil derivada del delito, a las personas jurídicas, la víctima del delito, los cesionarios y acreedores de la víctima, los acreedores por subrogación (compañías

de seguro), los parientes de la víctima, los herederos de la víctima, las ofensas durante la vida del causante, las ofensas en ocasión de la muerte del causante, las ofensas a la memoria del difunto (MENDOZA TRONCONIS, ps.334 y ss.).

Ahora bien, en relación a las personas jurídicas, nuestra legislación penal no hace referencia a este aspecto, sin embargo, pueden solicitarla, siempre y cuando se hubiere demostrado haber sufrido un daño como consecuencia del delito, vgr. El daño o la lesión de un buen mueble, perteneciente a una empresa. En este sentido, ha señalado MENDOZA TRONCONIS (p. 331), que “las personas jurídicas pueden solicitar reparación cuando el daño lesiona directamente el interés colectivo de ellas, por tanto, una compañía puede reclamar civilmente la restitución de las sumas estafadas por el cajero, un Banco puede reclamar indemnización si se le imputa el desfalco en los caudales ajenos”.

De igual forma, han indicado otros autores que el titular activo de la acción indemnizatoria, puede ser personas jurídicas o sus sucesores, a condición de que sean verdaderos perjudicados (VELÁZQUEZ, p. 709), opinión también compartida por ABDELNOUR (p. 83).

Por otro lado, sobre derechos a las víctimas, consagra una serie de derechos para las víctimas en su art. 2o. que son del tenor siguiente:

1. Recibir atención médica de urgencia cuando la requiera, en los casos previstos por la Ley.
2. Intervenir, sin mayores formalidades, como querellante en el proceso para exigir la responsabi-

lidad penal del imputado y obtener la indemnización civil por los daños y perjuicios derivados del delito.

3. Recibir eficaz protección de las autoridades públicas, por actos que atenten contra su integridad personal y la de su familia, en razón de la cooperación que brinden en cumplimiento de la Ley.
4. Ser considerada su seguridad personal y la de su familia, cuando el juez o el funcionario de instrucción deba decidir o fijar la cuantía de una fianza de excarcelación, u otorgar la concesión de una medida cautelar personal sustitutiva de la detención preventiva en favor del imputado.
5. Ser informada sobre el curso del proceso penal respectivo y, en particular, si éste ha sido archivado, si puede ser reabierto y si es viable el ejercicio de la acción civil derivada del delito, independientemente de que intervenga como querellante.
6. Ser oída por el juez, cuando éste deba decidir sobre la solicitud de archivo del expediente presentada por el Ministerio Público, la suspensión condicional del proceso penal, la suspensión condicional de la ejecución de la pena o el reemplazo de penas cortas de privación de libertad a favor del imputado.
7. Ser oída por el Órgano Ejecutivo, cuando éste deba decidir sobre la rebaja de pena o sobre la concesión de la libertad condicional a favor del sancionado.
8. Recibir prontamente los bienes de su propiedad o de su legítima posesión decomisados como me-

- dio de prueba durante el proceso penal, cuando ya no sean necesarios para los fines del proceso.
9. Recibir patrocinio jurídico gratuito del Estado para coadyuvar con el Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal y para obtener la reparación del daño derivado del delito.
 10. El patrocinio jurídico gratuito lo prestará el Estado sólo a las víctimas que no tengan suficientes medios económicos, de acuerdo con la Ley.
 11. Los demás que señalen las leyes.

B. Contenido y extinción de la responsabilidad civil

En cuanto al contenido de la responsabilidad civil derivada del delito, nuestra legislación vigente en su Título VII Responsabilidad Civil, a diferencia del Código Penal de 1982 (art. 120) no explica que alcance tiene la misma, pues para ello lo remite al Código Civil y a otras disposiciones legales.

En efecto, en primer término, el artículo 1644A hace referencia por un lado, a la indemnización del daño material y moral causado a la víctima a su familia o a un tercero, pero también el artículo 1969 del Código Judicial, determina que “de todo delito nace acción civil para la restitución de la cosa y la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por el hecho punible, contra el autor o partícipe, y en su caso contra el civilmente responsable. En este último caso, la acción podrá intentarse en el proceso penal o podrá intentarla la víctima del delito que se haya

constituido en querellante, en las condiciones previstas en la ley”.

1. Indemnización del daño material y moral

Al hablar de indemnización del daño material y moral causado a la víctima, debe entenderse como el “daño” equivalente al menoscabo o deterioro de una cosa (FERRER SAMA (Comentarios, p. 359), siempre que en virtud de la infracción cause al agente un tal resultado, deberá pues, prescribirse la reaparición, es decir, el resarcimiento del mismo”.

Ahora bien, la reparación del daño causado y la indemnización del daño material o moral causado, presentan problemas interpretativos en el plano penal, aunque como haya coincidido la doctrina en el ámbito civil son empleadas de manera sinónima o diferente, según los casos (QUINTERO OLIVARES, p. 530).

En opinión de NÚÑEZ (p. 407), el daño moral es la molestia que el delito produce en la seguridad personal o en el goce de bienes o la lesión que causa.

Por otra parte, por lo que respecta a la indemnización material y moral, debe entenderse por la primera “aquellos perjuicios que concretan la destrucción, privación, o disminución de bienes de contenido económico, mientras que los morales, son los que afectan intereses de naturaleza psicológica, como el honor, o la honra de la persona (REYES, p. 426).

Con toda razón, ha indicado VELÁZQUEZ (p. 712) que en uno u otro caso, comprende el resarcimiento del daño causado por el ofendido a la víctima, que

puede consistir en un daño material o moral, y en la cual será necesario determinar en el primer caso, “el valor de la cosa sobre la cual recae la infracción o por la estimación del daño causado realizada por perito idóneo (el daño emergente o perjuicio propiamente dicho), y la utilidad que deja de percibirse por el empleo o función de la cosa, o la ganancia de ordinario, se determina por los intereses legales de la cantidad que se fije como monto del daño emergente, (el lucro cesante o perjuicio).

En cuanto al daño moral, el autor citado lo clasifica en daño moral subjetivo, que abarca el dolor, la aflicción o abatimiento generados por la infracción, de imposible evaluación pecuniaria, y el objetivo, o menoscabo patrimonial sufrido como consecuencia del traumatismo psíquico causado por el hecho punible, daños que pueden ser tasados, mediante peritaje.

2. *La restitución de la cosa*

Según el artículo 1969 del Código Judicial, “de todo delito nace acción civil para la restitución de la cosa y la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por el hecho punible, contra el autor o partícipe, y en su caso contra el civilmente responsable. En este último caso, la acción podrá intentarse en el proceso penal o podrá intentarla la víctima del delito que se haya constituido en querellante, en las condiciones previstas en la ley”.

Lo anterior implica, que desde el punto de vista procesal (VALENCIA/TRUJILLO, 2011,p.238) la acción civil derivada del ilícito penal puede ejercitarse junto

con la acción penal o con independencia de ella ante los Tribunales civiles. En el proceso penal sólo podrá intentarla la víctima del delito que se haya constituido como querellante.

En el Código Penal de 1982 se indicaba que la responsabilidad civil comprendía también la “restitución de la cosa obtenida por razón del delito o en su defecto el respectivo valor”, entendiendo por restitución el acto mediante el cual el culpable “da vuelta de la cosa al legítimo poseedor o propietario, ya se trate de bienes muebles sustraídos o apropiados o inmuebles usurpados”. (BERDUGO, FERRE y SERRANO (p. 171)

La restitución supone, entonces, el reintegro de la cosa a quien a consecuencia del delito ha sido, ilegítimamente desposeído de ella (COBO VIVES (p. 879), la vuelta al estado de cosas anterior al hecho punible DÍAZ ROCA (p. 311, es decir, deberá restituirse siempre que sea posible y sobre la misma cosa, dado que hay supuestos de “irrevindicabilidad, opinión también compartida por CUELLO CALÓN (p. 784) (Vgr. Poseedores de cosas muebles de buena fe, compra en venta pública o por prescripción.

Ciertamente, entonces, la restitución es posible, pero para ello deberá remitirse a lo dispuesto en el Código Civil, no obstante, hay situaciones en que la restitución no es posible porque se ha destruido la cosa o se ha perdido, o simplemente porque hay delitos que es improbable que afectan (ABDELNOUR, p. 267), por ejemplo la libertad de las personas, libertad sexual, (CORDOBA RODA, p. 568), por lo que en la práctica se reduce a los delitos patrimoniales.

C. Actos que generan responsabilidad civil y otras cuestiones

La legislación vigente no regula directamente los supuestos de responsabilidad civil en caso de inimputabilidad pues lo remite a la legislación civil (art.1645), responsabilidad de los padres por los perjuicios causados por sus hijos menores o incapacitados, pues como ha indicado la doctrina quien tiene una persona bajo su potestad o guarda legal, debe responder por ello,, siempre que en su actuación hubiere culpa o negligencia pues esta tiene su base en la denominada culpa extracontractual o Aquiliana (RUIZ VADILLO, "Responsabilidad Civil", en Comentarios p. 376).

En cuanto a los supuestos que generan responsabilidad civil si menciona, los hechos en los casos de estado de necesidad, y los referentes a las causas de inculpabilidad. Sobre este último (art. 128), y ha sido considerada pertinente en los casos de obediencia debida. FIERRO (p. 257), mientras que nada contempla sobre los supuestos en los cuales la víctima ha contribuido por su conducta a la producción del daño.

Como sucede con el resto de esta materia la extinción se rige por el Código Civil, por lo que hay que remitirse a los arts. 1044 y sigs, aunque en la doctrina se manifiesta que puede consistir en prescripción, el desistimiento y la transacción. (ABDELNOUR, p. 170 y ss.).

Para terminar, la ley 31 de 1988, en su art. 16 (art. 1995 C.J.) consagra que ni el indulto ni la extinción de acción penal perjudican la acción civil de la víctima.

D. La víctima y la ley 31 de 28 de mayo de 1998

La ley 31 de 28 de mayo de 1998, introduce algunos cambios sustanciales en materia de responsabilidad civil derivada del delito, no solo en el Código Judicial, sino también en el Código Penal, como hemos señalado previamente.

Desde el Código Penal de 1982 la responsabilidad civil puede ser reclamada en el mismo proceso penal, es decir, de manera conjunta, criterio que ha sido aceptado por la doctrina siguiendo principios de economía procesal (GIMENO SENDRA, MORENO CATENA y otros, p. 94), pero también el Código Judicial permite que se pueda intentar la acción en el proceso penal o por la vía civil, y estableciéndole la opción a la víctima de poder intentarlo en el proceso penal (art. 14).

Ciertamente, la ley 31 de 1998 de protección de las víctimas de delito, es positiva, sin embargo, no puede negarse que esta iniciativa legislativa "apresurada y ligera" por diversas razones es incoherente, ambivalente entre otros, y en su "contenido es desdeñadora" de la finalidad de protección de las víctimas, pues elimina el "acusador particular", el querellante (la víctima es auténtica parte en el proceso penal), convirtiéndose en un "poderoso sujeto de control y dominio de la actividad jurisdiccional penal, lo cual conforme al poder casi ilimitado que se les otorga resultará ser peligrosa, y ello por cuanto un gran número de casos quedarán estancados mientras el tribunal o juzgado habrá de realizar ingentes esfuerzos para notificar a la víctima ausente y distanciada del juicio penal", de allí que el juez penal ahora no pueda decidir en cuanto

al archivo del expediente solicitado por el agente instructor, la suspensión condicional de la ejecución de la pena, del proceso el reemplazo de las penas cortas privativas de libertad... (art.2 No. 6) (GUERRA MORALES, Silvio, "Las reformas penales y la justicia panameña" en *La Prensa*, 8/VI/98, p.59 A).

Explica RUIZ VADILLO (p. 364-6) que el principio de unidad de las responsabilidades penales y civiles que "si el Derecho no es eficaz no es nada, y separar la responsabilidad penal de la civil radicalmente, incluso desde el punto de vista del proceso utilizable para su exigencia, es hoy por hoy una quimera que de realizarse haría todavía más premioso, lento, e ineficaz el proceso penal que, a veces, sirve, me atrevería a decir que prioritariamente, para el resarcimiento de los daños y perjuicios a la víctima, aunque desgraciadamente, por una multiplicidad de circunstancias, entre ellas las muchas veces injustificadas declaraciones de insolvencia en las correspondientes piezas de responsabilidad civil, hacen ilusoria la esperanza de los perjudicados en vez de establecer, hasta donde es jurídicamente posible el desequilibrio patrimonial consecuencia del delito".

Para terminar, en lo referente a las víctimas debe tenerse presente lo previsto en el Capítulo V, del Código Procesal Penal, sobre las Medidas de Protección a Víctimas, Testigos y Colaboradores, arts. 331 y siguientes, entre otros, lo relacionado con las medidas de protección a la víctima de violencia doméstica y otros delitos (art. 333).

BIBLIOGRAFÍA ADICIONAL

ABDELNOUR, Rosa María, La responsabilidad civil derivada del delito, Editorial Juriscentro, San José, 1984; BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio, y FERRE OLIVE, Juan Carlos, SERRANO PIEDECASAS, José Ramón, Manual de derecho penal, Editorial Praxis, Barcelona, 1994; CORDOBA RODA, Juan, Comentarios al código penal, Editorial Ariel, Barcelona, 1972; FERRER SAMA, Antonio, Comentarios al código penal, Tomo II, Murcia, 1947; FIERRO, Guillermo, La obediencia debida en el ámbito civil y militar, Depalma, Buenos Aires, 1984; GIMENO SENDRA, Vicente, MORENO CATENA, Victor, CORTES, Valentín, Derecho procesal penal, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1993; GUERRA, Silvio, "Las reformas penales y la justicia panameña" en *La Prensa*, 8 de junio de 1998; LANDROVE, Gerardo, Las consecuencias jurídicas del delito, Tecnos, Madrid, 1996; LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, Carmen, Efectos civiles del delito y responsabilidad extracontractual, Tirant lo blanch, Valencia, 1997; MUÑOZ POPE, Carlos, "Medidas de seguridad y responsabilidad civil en la revisión del anteproyecto de código penal de 1970" en Actas (Primer seminario de actualización) Publicaciones del Departamento de Ciencias Penales, Universidad de Panamá, 1977; RUIZ VADILLO, Enrique, "Responsabilidad civil" en Comentarios a la legislación penal. La legislación del código penal de 1983, Tomo V, Vol. I, Edersa, Madrid, 1985; SAINZ CANTERO CAPARROS, José, "La responsabilidad civil derivada del delito en Comentarios a la legislación penal, Tomo VII, Editorial de Derecho Privado, Madrid, 1994, Valencia, Alexander/Trujillo López, Virgilio, Manual de Obligaciones, Vol. I, Quad/Graphics, Colombia/Editora Novo Art, S. A., Panamá 2011.

El documento “descentralización del Estado para mas eficiencia y democracia” es una guía que tiene como objetivo orientar a los directivos de comités, a dirigentes comunales, consejos consultivos y otras organizaciones que incursionan en la práctica de técnicas legislativas a nivel local y no gubernamental.

Producto de la participación ciudadana, y el involucramiento en la gestión de políticas públicas en las comunidades de nuestro país, se está logrando la conformación de gobiernos locales o bien comités de desarrollo comunal; esto permite el fortalecimiento y desarrollo social de las mismas, pero para ello es importante que estas aprendan a organizarse, y planificar lo que desean lograr para el bienestar común, todo esto lo logran reuniéndose, conociendo sus necesidades y escuchando las propuestas que surgen de ellos mismos.

Por tanto en este documento se detallan los pasos esenciales que se deben seguir en las reuniones de asociación o comité, para desarrollar el curso normal de una sesión y lograr resultados eficientes en los temas a tratar. Pues, una reunión dirigida de forma

ordenada brinda oportunidad a todos los miembros a expresar y sustentar sus propuestas y poder realizar objetivos.

Además, se señala en este documento la función de cada miembro de la junta directiva, así como, la presentación de las propuestas, las votaciones entre otras actividades, de igual forma se detalla la función de las juntas comunales, juntas locales, consejos municipales y provinciales, y quienes conforman dichas organizaciones.