

EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA SEGUNDA, DE LO PENAL, DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Carlos Enrique Muñoz Pope

I. INTRODUCCIÓN.

Con ocasión del Centenario de la República, la oportunidad de presentar un breve estudio sobre la evolución de la jurisprudencia de la Sala Segunda, de lo Penal, de la Corte Suprema de Justicia es tarea de significativa importancia y no exenta de riesgos.

En el transcurso de los cien años de vida independiente en la República han regido las normas penales colombianas que existían al momento de proclamarse nuestra independencia de la hermana República de Colombia y tres códigos penales aprobados por los legisladores patrios.

Esta diversidad de normas penales impide hacer un estudio de cien años de una jurisprudencia que no se produce respecto del mismo texto jurídico, lo que impone una realidad: llevar a cabo la labor encomendada respecto de cada normativa en particular, dedicando mayor atención a la jurisprudencia que interpreta el Código Penal de 1982, vigente desde marzo de 1983 hasta la fecha.

El Código Penal de 1982, sin embargo, ha sufrido gran cantidad de modificaciones en el Libro Segundo, sobre los delitos en particular, por lo que debemos tener presente que la jurisprudencia analizada durante los últimos veinte años puede haber perdido vigencia por razón de reformas posteriores al texto legislativo que sirvió de base para la elaboración jurisprudencial estudiada.

Por otra parte, dada la particular división jurisdiccional patria no siempre la doctrina penal de la Sala Segunda representa una auténtica “jurisprudencia”, ya que dicha Sala actúa, no sólo como tribunal de casación sino como tribunal de segunda instancia respecto de los procesos iniciados en primera instancia por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial.

Como consecuencia de lo anterior, una parte importante de la doctrina penal de la Sala no se produce como tribunal de casación sino como tribunal de segunda instancia, por lo que las decisiones proferidas en tal sentido carecen de la esencia de la resolución de casación y no tienen, en estricto sentido, el carácter de “jurisprudencia penal”.

Esa razón me ha motivado a tratar, en lo que sigue, de estudiar y comentar la evolución de la doctrina penal de la Sala Segunda, pues la amplia y muy importante doctrina de la Sala como tribunal de segunda instancia nos permite una visión mucho mayor y mas amplia que la reducida elaboración de la Sala como tribunal de casación.

No debemos olvidar que la Sala, como tribunal de casación, actúa cuando se admite a trámite un recurso de casación que impugna autos que ponen fin al proceso mediante sobreseimientos definitivos, autos que admiten cuestiones que impiden la continuación del mismo o sentencias de segunda instancia proferidas por Tribunal Superior de Distrito Judicial, siempre que se trate de delitos que tengan pena de prisión superior a dos años.

En adición a lo expuesto anteriormente, es preciso señalar que este trabajo se ocupará solamente de la doctrina penal de la Sala Segunda, dejando de lado la doctrina de la propia Sala sobre cuestiones procesales, ya que ello será de consideración por otro expositor en este Ciclo de conferencias. Tampoco nos ocuparemos de la doctrina penal del propio Pleno de la Corte Suprema de Justicia, ya

que es muy reducida la actividad de la misma en tal sentido.

II. LA DOCTRINA PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA RESPECTO DEL CÓDIGO PENAL DE 1916.

1. El Código Penal de 1916.

Como es del conocimiento general, el Código Penal de 1916 sustituyó la legislación penal colombiana que regía en el Istmo desde 1903 hasta octubre de 1917, fecha en que empezó a regir el primer texto penal producido por las autoridades panameñas, pues uno de los primeros decretos del nuevo Gobierno fue mantener la vigencia de las disposiciones jurídicas que regían al momento de producirse la independencia en la medida en que no fuesen contrarias a las nuevas normas adoptadas por las autoridades recién constituidas.

A pesar de múltiples esfuerzos por dotar al país de un Código Penal auténticamente panameño, las diversas Comisiones nombradas para tal efecto no cumplieron con la labor asignada. No fue sin embargo, hasta 1916, cuando se aprobó la normativa que sustituyó al viejo Código Penal colombiano de 1890 vigente hasta ese momento.

Se trataba de un texto inspirado en leyes españolas, más que nada en el Código Penal de 1870, introducidas al país por medio del Código Penal hondureño de 1906.

Este Código fue el texto punitivo del que se sirvió el Dr. Ángel Ugarte, Magistrado de la Corte Suprema de Honduras, contratado por el Gobierno panameño para redactar el documento básico que luego se convirtió en el primer Código Penal patrio de la era republicana.

La breve vigencia de este Código, sustituido muy pronto, no nos permite

mayores elaboraciones al respecto.

Finalmente, debemos destacar que la Corte Suprema de aquella hora no era como la Corte de los tiempos que corren, pues la integraban solo cinco magistrados que conocían indistintamente de todos los negocios, pues no había la adscripción de magistrados a Salas en particular.

2. La doctrina penal de la Corte sobre el Código de 1916.

Como ejemplo de la labor de la Corte Suprema de Justicia de aquella época hemos seleccionado algunos extractos que de una u otra forma resultan interesantes.

Tal selección, como pueden deducir ustedes, es arbitraria y sin ningún criterio que la oportunidad de encontrarnos con tales decisiones al azar.

2.1 “La embriaguez”.

En materia de embriaguez, la doctrina penal de la Corte en 1920 reconoció que la misma puede ser considerada como circunstancia atenuante, pero no de forma absoluta, negándose tal efecto atenuante a la embriaguez habitual (Registro Judicial, No. 42 de 1920, pág. 383).

Posteriormente la Corte distingue diversos períodos en la embriaguez, señalando que cuando el sujeto se halla en cierto grado o estado de semi-inconsciencia se justifica la reducción de pena (Registro Judicial, No. 43 de 1923, pág. 406).

2.2 “El delito culposo”.

Respecto del delito culposo, la regulación del delito imprudente en el Código de 1916 adolecía de importantes limitaciones, como bien se había denunciado por la doctrina que sirvió de base al texto que ahora se comenta.

Por tal razón, ahora, con el transcurso de los años se entiende que la Corte de la época señalase que el Código de 1916 no distinguía entre homicidio en riña, el voluntario y el involuntario, pues no era cierto que todos esos delitos eran medidos

con el mismo rasero ni se les fijase igual pena, como se afirmó en resolución de 1918 (Registro Judicial, No. 100 de 1918, pág. 1027), a pesar de que previamente había reconocido el delito de homicidio involuntario al amparo de la imprudencia temeraria que se regulaba en un título autónomo del Libro Segundo, fuera y separado del homicidio doloso o intencional (Registro Judicial, No. 39 de 1918, pág. 343).

El viejo Código de 1916 castigaba los delitos dolosos y por una fórmula genérica, al final del articulado del Libro Segundo, se incriminaba la imprudencia temeraria, lo que permitía castigar a título de culpa casi todos los delitos del Libro Segundo en los que se podría construir una figura culposa.

En dicha legislación había una regulación del delito culposo por equiparación a todos los delitos dolosos, lo que sin duda trajo mucha confusión y ambigüedad, hasta que se adoptó el Código de 1922 que en esta materia adoptó el sistema del **numerus clausus**.

2.3 “La justificación”.

A propósito de la justificación, es muy elocuente la interpretación que la Corte hace de la legítima defensa en el texto punitivo de 1916, ya que la misma parece emanada de los más autorizados y vigentes autores de nuestros días en el siglo veintiuno.

Así, por ejemplo, la Corte reconoce la necesidad de la agresión como punto de partida para la existencia de la citada causa de justificación. No en vano señaló en su oportunidad, que quien obra en ejercicio del derecho de legítima defensa, tiene que ser atacado injustamente (Registro Judicial, No. 72 de 1919, pág. 747).

Luego en otra oportunidad, sostuvo que para la existencia de la referida causa se requiere de la necesidad racional del medio empleado para repeler la agresión injusta (Registro Judicial, No. 64 de 1919, pág. 676), lo que al amparo del Código de

1922 se desvirtuó en virtud de la exigencia de proporcionalidad en los medios empleados para la defensa, como veremos en su oportunidad más adelante, y que fue retomado por el Código vigente en el texto del actual artículo 21.

2.4 “Fases de ejecución”.

Por lo que se refiere a la tentativa, en una sucesión de fallos de 1919 la Corte niega toda importancia y trascendencia al inicio de ejecución de actos que no pueden lograr el fin deseado por la inidoneidad de los medios utilizados para el delito, pues se consideró que tal evento no puede ser castigado como tentativa.

En estos casos, la Corte exigió que “es indispensable un acto externo de ejecución que debe contener en sí la posibilidad de alcanzar el fin criminal” (Registro Judicial, No. 80 de 1919, pág. 832), ya que un poco antes había sostenido que “No hay tentativa de delito cuando el medio o el instrumento que debe servir para consumar el acto no es idóneo aunque el reo haya supuesto lo contrario” (Registro Judicial, No. 59 de 1919, pág. 632).

De esta forma, la Corte se adhirió al criterio imperante en la época en el sentido de propugnar por la impunidad del entonces llamado “delito imposible”, en el que los actos realizados no pueden alcanzar el fin deseado por la falta de sujeto pasivo, objeto material o ausencia de condiciones especiales en el sujeto activo, como también propugnaron en su momento Muñoz/Villalaz en su importante obra sobre la parte general del Derecho Penal panameño (Ediciones Panamá Viejo, Panamá, 1978 (2ª. edición, 1980).

2.5 “Calumnia e injuria”.

Al amparo del Código de 1916 se inició la tradición de mantener la distinción entre calumnia e injuria en nuestra jurisprudencia, lo que se ha mantenido a lo largo de estos años.

Ya en 1918 se decía que “una ofensa de carácter genérico, no puede constituir calumnia, sino injuria”(Registro Judicial, No. 36 de 1918, pág. 307), pues siempre se entendió que la calumnia requería imputar falsamente un hecho punible determinado (Registro Judicial, No. 18 de 1921, pág. 160).

2.6 “*Rapto*”.

En materia de rapto, la jurisprudencia en ocasiones adoptó soluciones que ahora parecen contradictorias, pues en un primer momento sostuvo que “siempre que el rapto de una doncella mayor de doce y menor de diez y ocho años siga al estupro de la misma, se cometen dos delitos específicos que merecen penas distintas” (Registro Judicial, No. 16 de 1919, pág. 198) y luego, en decisión posterior concluyó que “la jurisprudencia tiene establecido que el rapto, con miras deshonestas, envuelve el estupro, pues si no es con tales miras, se trata entonces del delito de sustracción de menor, de que trata el artículo 494 del Código Penal. Esta es la jurisprudencia sentada en España sobre las disposiciones que regulan la materia en el Código Penal de aquel país, de donde se tomó el nuestro. Existe, si, una anomalía en nuestro Código a este respecto, pues mientras el solo estupro se castiga en este caso, con seis meses a dos años de prisión, el rapto se castiga con seis meses a un año de prisión, debiendo castigarse como lo hace el Código español, con mayor pena el rapto que el estupro” (Registro Judicial, No. 71 de 1921, pág. 648).

Es evidente que la primera de las resoluciones comentadas sobre rapto era la correcta, pues el rapto no puede absorber el estupro, ya que se trata de concurso de dos delitos que se deben resolver tomando en cuenta los criterios que el Código de 1916 contenía para supuestos de concurso material de delitos. Por otra parte, es indudable que la referencia a la jurisprudencia española estaba equivocada pues la solución en casos de concurso material en España no se resolvía por la aplicación de

la pena del delito más grave sino por la acumulación matemática de las penas de los diversos delitos en cuestión.

2.7 “Robo”.

A propósito del delito de robo, la jurisprudencia mantuvo posiciones que son dignas de elogio, pues llegó a sostener que “la pena de este delito depende del valor de lo robado; y cuando no ha podido establecerse cuantía de ninguna clase, ni determinar la naturaleza de lo robado, no hay más camino que absolver al reo, antes que imponer una pena antojadiza” (Registro Judicial, No. 7 de 1919, pág. 68).

Sin duda la Corte de aquella época actuó con toda propiedad, pues la naturaleza de lo robado y el valor o cuantía del objeto material del robo son cuestiones esenciales que deben acreditarse en un proceso por tal delito, lo que implica en alguna medida un respeto por la necesidad de imponer al acusador la obligación de probar la comisión del delito y que ante tal deficiencia debe absolverse el imputado, que no debe ser sancionado de forma arbitraria e injusta.

Si me ha llamado la atención la concepción que se tenía en aquella época del apoderamiento de cosas por medio de fuerza o violencia, que hoy día no configuran modalidades de robo sino que siguen siendo hurto.

En la doctrina de la Corte de aquellos años, en forma reiterada se sostenía que “Aun cuando es verdad que en el Código Penal no hay disposición alguna que señale expresamente pena al delito de robo cometido con violencia a las cosas, también lo es que estando ese hecho erigido en delito y él no puede quedar sin sanción, debe aplicarse el artículo 511 del citado Código” (Registro Judicial, No. 28 de 1919, pág. 339) que tipificaba el robo con violencia o intimidación no comprendidos en una disposición anterior, con lo que se aplicó una pena que no estaba prevista para el robo

con fuerza en las cosas que no tenía individualización legal de su punibilidad.

En ese mismo sentido, con posterioridad, la misma Corte sostuvo que “constituye este delito el apropiarse el zinc que cubre el techo de una casa o un alambre de púas de unas cercas, puesto que para tomarlos hay que emplear fuerza en los clavos que aseguran esas cosas, desde que de otro modo no es posible tomarlos” (Registro Judicial, No. 28 de 1921, pág. 232).

Se siguió imponiendo una pena no prevista en la ley para el robo con fuerza en las cosas, lo que hoy sería impensable en la Corte Suprema actual, que siempre ha sido muy cuidadosa y respetuosa de los más caros e importantes principios del Derecho Penal moderno.

3. Valoración personal.

No cabe duda que la Corte Suprema de Justicia al amparo de la vigencia del Código Penal de 1916 realizó una labor digna de elogio y encomio, cuando apenas el país contaba con muy pocos abogados y la propia Corte estaba integrada por personas que no tenían formación universitaria.

Sin duda la activa participación de magistrados que ostentaban una larga trayectoria en el medio forense y en los estratos iniciales de la actividad jurisdiccional compensaba la, en ocasiones, formación académica de la que carecían algunos funcionarios del servicio judicial.

De este período es necesario destacar que algunos magistrados han dejado huella en la administración de justicia, pues su labor como administradores de justicia, autores de leyes o nuevos Códigos y, hasta, en ocasiones, recopiladores de la jurisprudencia los han proyectado hasta nuestros días.

Tal es el caso de los señores Juan Lombardi, Dámaso A. Cervera, Manuel A. Herrera Lara y M. A. Grimaldo, para citar sólo algunos de los más conocidos por su

trayectoria.

Parte de la obra jurisprudencial de Manuel Herrera Lara versa sobre la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema que interpretaba el viejo código penal de 1916.

Existe también una brevísima recopilación de jurisprudencia de la que es autor Dámaso A. Cervera.

No existe, sin embargo, estudio dogmático sobre el Código de 1916 que contenga una exposición completa y sistemática de sus disposiciones, por lo que los aportes de la jurisprudencia constituyen los únicos aportes en orden a la interpretación de dicho texto punitivo.

III. LA DOCTRINA PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA RESPECTO DEL CÓDIGO PENAL DE 1922.

1. El Código Penal de 1922.

El Código Penal de 1922 tuvo larga vigencia en el país pues rigió desde 1923 hasta 1983, cuando fue sustituido por el texto punitivo vigente.

A lo largo de sesenta años cobijó una amplia, rica, variada y, en ocasiones, contradictoria jurisprudencia en temas muy concretos.

Se atribuye al Dr. Juan Lombardi la responsabilidad de haber redactado el texto del anteproyecto que sirvió de base al citado Código, aunque tiene como antecedente directo al Proyecto de José Vicente Concha para Colombia (1912), que luego fue el Código Penal aprobado por el legislativo colombiano aunque nunca llegó a regir por diversas posposiciones hasta que se adoptó un nuevo Código en 1936.

Como antecedente remoto del Código de 1922 aparece el Código Penal italiano de 1889, usualmente conocido como Código de Zanardelli.

2. La doctrina penal de la Corte sobre el Código de 1922.

Bajo la vigencia del Código Penal de 1922 la Corte Suprema de Justicia desarrolló una amplia labor, pues los sesenta años de vigencia del texto en cuestión permitieron una elaboración jurisprudencial variada y extensa.

El trabajo que ahora comentamos es fruto de la propia Corte en pleno y a partir del año 1956, con la reforma constitucional de esa época, la división en Salas de tres magistrados permanentes y dos rotativos permite la elaboración de una doctrina jurisprudencial más especializada.

De la misma forma, por lo extenso de la vigencia del Código en cuestión se produjeron interpretaciones erradas y carentes de sustento, como veremos a continuación.

2.1 “La embriaguez”.

En materia de embriaguez, la doctrina de la Corte Suprema llegó a soluciones contrarias al texto del Código de 1922, pues este permitía la apreciación de atenuantes cuando la embriaguez fuere voluntaria y no preordenada.

La Corte, inexplicablemente, sostuvo que la embriaguez voluntaria de un sujeto, “por la cual se produce la muerte a una persona y lesiones a otras, no puede en ninguna forma, considerarse como atenuante, según el artículo 46 del Código Penal. La embriaguez en tal caso es causa agravante”, a pesar de que el mismo artículo citado permitía que tal embriaguez fuese una atenuante y no consagraba, bajo ningún concepto, la embriaguez como agravante (Registro Judicial, No. 65 de 1924, pág. 626).

En resolución de 1928 dispuso que la embriaguez casual es una circunstancia atenuante (Registro Judicial, No. 1 de 1929, pág. 12), lo que tampoco se ajustaba al

Código vigente en ese entonces.

Posteriormente en resoluciones de 1929 y 1934 la Corte volvió a reconocer el carácter de atenuante de la embriaguez voluntaria, tal como se aprecia en las colecciones de jurisprudencia de la época (Registro Judicial, No. 123 de 1929, pág. 1137 y No. 12 de 1934, pág. 234).

En una decisión de 1935, con toda claridad y precisión la Corte sostuvo que “El simple hecho de haber tomado licor el acusado no justifica la reducción de la pena de que trata el artículo 46 del Código Penal. Para ello es necesario que el sujeto se encuentre en estado de embriaguez, en que las facultades mentales se debiliten, por razón del alcohol ingerido” (Registro Judicial, No. 71 de 1935, pág. 1320), criterio que ha informado en gran medida las decisiones que sobre esta cuestión se han ido dando a partir de entonces.

2.2 “La justificación”.

En lo que respecta a las causas de justificación, la normativa contenida en el Código de 1922 fue ambigua y ello contribuyó a toda clase de soluciones, algunas alejadas por completo del texto punitivo entonces vigente.

Durante mucho tiempo la discusión en esta materia se centró en ubicar la defensa necesaria en el artículo 47 o en el 48 del Código Penal de 1922. Prefiero la expresión “defensa necesaria” ya que lo que torna justificada la acción defensiva no es su legitimidad sino su necesidad. No en vano, la moderna doctrina penal se decanta por esta expresión, que se considera más adecuada y precisa que la anterior denominación.

El texto del art. 47 disponía lo siguiente: “No es punible el que ejecuta un acto obligado a ello por una violencia grave e injusta que no ha podido eludir ni resistir de otra manera” mientras que el art. 48 señalaba que “No es punible quien ejecuta un

acto para precaverse a sí mismo o a otro de un peligro grave o inminente, que amenace la vida o el honor, cuando no fue causa voluntaria del peligro quien se ve amenazado por él, y no puede evitarlo de otra suerte”.

Muñoz/Villalaz, en su momento (1977), señalaron que el art. 47 consagraba la legítima defensa y que el 48 se ocupaba del estado de necesidad pero durante largo tiempo en las decisiones jurisprudenciales reinó gran confusión.

No en vano la propia Corte, por mayoría de votos, en 1941 afirmó que la legítima defensa se hallaba prevista en el art. 48 del Código Penal, lo que sirvió de base para la confusión que por largo tiempo existió (Registro Judicial, No. 1 de 1941, págs. 18 y sgts.). Igual confusión se aprecia en resolución de la propia Corte de 25 de mayo de 1948 y en la de 19 de junio de 1957.

Bajo ningún concepto la reacción que surge como respuesta a un ataque previo puede ser estado de necesidad, como entendió erradamente la Corte en las decisiones antes mencionadas, pues esta causa de justificación se basa en una situación de peligro mientras que aquella en un ataque o agresión grave e injusta que sufre la persona, sin haber provocado suficientemente la misma.

También en materia de justificación, la Corte de forma constante exoneró de toda responsabilidad al sujeto que, siendo boxeador, en un enfrentamiento en donde se han respetado las reglas correspondientes, le causó la muerte al oponente.

En dichas resoluciones, la Corte apreció un comportamiento que se consideró justificado, si bien no se deduce claramente la causal de exclusión de la antijuridicidad invocada para ello. En tales casos, la Corte termina profiriendo un sobreseimiento definitivo a favor el sujeto pues afirma que “no comete homicidio el boxeador que en lucha llevada correctamente causa la muerte de su contendor a consecuencia de golpe dado a éste” (Registro Judicial, No. 12 de 1947, pág. 74). A la

misma conclusión había llegado el máximo tribunal en resoluciones de 1924 y 1927.

2.3 “Fases de ejecución”.

Respecto de la tentativa, desistimiento y frustración en el Código de 1922 la jurisprudencia de la Corte demuestra numerosos aciertos y en pocas ocasiones interpretaciones desafortunadas.

Ya desde 1929 la Corte, atinadamente, entendió que la tentativa y el delito frustrado no constituyen un delito especial sino “modalidades del delito que dan lugar a una graduación equitativa de la pena” (Registro Judicial, No. 51 de 1929, pág. 496).

La tentativa a juicio de la Corte existe “cuando se ha dado comienzo a la ejecución del delito, pero ésta se interrumpe por causas ajenas a la voluntad del agente”. Mientras que el delito frustrado existía “cuando el agente ha ejecutado todos los actos propios y característicos del delito, de modo que materialmente el delito queda ejecutado, pero sin que el resultado responda a la intención del agente por causas independientes de su voluntad” (Registro Judicial, No. 8 de 1943, pág. 74).

Llama la atención, por tanto, que en el año 1937 la Corte no haya apreciado la tentativa cuando un sujeto armado con una escopeta, espera a su víctima en el lugar donde sabe que debe la misma pasar y cuando está listo para disparar no se produce el disparo porque un agente de Policía lo impide. A juicio de la Corte “no puede considerarse como principio de la realización del homicidio, y no puede estimarse como tentativa de ese delito, aún aceptando que el sindicado persistiera, hasta el último momento en su propósito. Esos actos no pueden calificarse sino, solamente, como preparatorios del delito de homicidio y no como principio de la ejecución del mismo, puesto que no puede decirse que esa ejecución comienza sino cuando la víctima es efectivamente atacada o agredida” (Registro Judicial, No. 49 de 1937, pág.

965).

A nuestro juicio, el razonamiento antes expuesto carece de validez, ya que el comienzo de ejecución del homicidio no puede coincidir con el ataque o agresión, ya que ello es exigir demasiado.

Basta que el sujeto haya esperado a la víctima con el arma, se haya escondido para no ser descubierto y apunte la misma aunque no dispare para que se pueda apreciar el comienzo de ejecución propio de la tentativa. Por el contrario, el solo hecho de esperar a la víctima sin apuntar el arma utilizada en ese momento todavía no supone el comienzo típico de ejecución y en tal caso puede reconocerse la impunidad del comportamiento desplegado por el sujeto.

En el caso antes mencionado, la conducta del sujeto ya pone en peligro el bien jurídico vida, pues al agente tiene el arma idónea para causar el homicidio, está ubicado en un lugar que le permite llevar a cabo la acción deseada y sólo le falta disparar la escopeta para realizar todos los actos que se requieren para causar la muerte, aunque la misma no se produzca.

Por lo que respecta al desistimiento, la Corte entendió que la voluntariedad del mismo “depende de que la causa independiente de la ejecución, tenga su razón en un cambio enteramente espontáneo del agente, y ha de proceder de un arrepentimiento que recaiga sobre el fin, y no sobre los medios, esto es, sobre las condiciones de lugar, de tiempo y de modo, con las cuales, el malhechor había preparado la ejecución del delito” (Registro Judicial, No. 53 de 1937, pág. 1672), con lo que se evidencia la inadecuada utilización del término “arrepentimiento”, pues el mismo no es el idóneo en este caso.

2.4 “Autoría y participación”.

En cuanto a la problemática de la autoría y participación criminal,

la deficiente regulación de la materia permitió la más variada clase de soluciones jurisprudenciales.

En muchas ocasiones la jurisprudencia fue aplicada a causas en las que se discutía la existencia de sujetos que intervenían en el delito, dando ayuda material durante la consumación del ilícito, por lo que correctamente se entendió que tales sujetos eran los cooperadores inmediatos a los que aludía el art. 63 del viejo Código de 1922.

La Corte en resolución de 22 de mayo de 1963 (Repertorio Jurídico, No. 5 de 1963, pág. 157) hizo la distinción entre cómplices y coautores, lo que me parece fuera de todo contexto, pues el Código de 1922 no regulaba la autoría ni la coautoría.

El 25 de agosto de 1964, desafortunadamente, la Corte sostuvo que “La legislación penal positiva distingue dos categorías de hechos a los cuales corresponde dos categorías de agente: los hechos de participación directa en los actos que determina la Ley y que constituyen la infracción; y los hechos de participación indirecta, los cuales pueden preceder o acompañar la infracción. Los primeros son los autores. Los segundos, los cómplices”.

Tal afirmación adolece de graves defectos, pues los autores no participan de forma directa en el hecho punible o delito, ya que ellos lo realizan; por otra parte, la complicidad también puede existir por actos posteriores a la realización del delito, lo que se quedó por fuera de la explicación de la participación llamada indirecta por la propia Corte.

Es desafortunado que la Corte haya concebido la autoría como una forma de participación directa en el delito, cuando en estricto sentido en el Código de 1922 no regulaba la autoría y la participación criminal quedaba estructurada a través de las formas de cooperación inmediata, determinador (instigador) y cómplice.

Llama la atención que a escasos años de vigencia del Código de 1922 la Corte haya reconocido que “la culpabilidad del cómplice como la de todas las personas que intervienen en la ejecución de un delito, debe apreciarse por sus propios hechos independientes de la criminalidad del autor principal” (Registro Judicial, No. 81 de 1927, pág. 760).

Con esta decisión, se sienta un principio básico de la participación en materia de culpabilidad, pues la misma se califica de forma individual para cada sujeto, lo que no ocurre con la antijuridicidad que es una misma para todo el delito.

Es inexplicable, por tanto, que posteriormente la Corte haya señalado “que para los efectos de la penalidad, que es la misma señalada en el tipo, que se considera autor al que coopera de modo directo y principal en la violación de la ley penal” (Sentencia de 24 de mayo de 1973), ya que dicha afirmación estaba carente de sustento jurídico en ese momento.

En efecto, el Código Penal de 1922 distinguía entre cooperadores inmediatos, determinadores (instigadores), cómplices secundarios y cómplices necesarios, sin que ninguna disposición del Libro Primero del mismo se refiriera al autor del delito.

Era obvio que no se necesitaba ninguna norma para castigar al autor de un delito, pues la pena del delito cometido es la que se aplica al infractor del mismo, pues es el autor de dicha acción u omisión delictiva.

No se entiende, sin embargo, que la corte haya señalado en la resolución antes mencionada, de 1973, que se considera autor al que coopera de modo directo y principal, ya que éste siempre será un partícipe y nunca autor.

El autor no coopera de modo directo ni principal, ya que el autor es el que realiza o, en la terminología usada frecuentemente en nuestro medio de forma incorrecta, al amparo del citado Código, el autor es el que ejecuta el delito.

En lo que se refiere a los diversos delitos en particular, la orientación de la Corte Suprema presenta una cierta homogeneidad en determinados casos, lo que sienta las bases para la constante interpretación de algunos tipos en particular.

2.5 “*Estupro*”.

Por lo que respecta al delito de estupro, que en el Código anterior se denominaba “seducción”, encontramos una constante en la jurisprudencia, en virtud de la cual se presumía, como ahora también ocurre, respecto del estado de doncellez o virginidad de la mujer. La misma jurisprudencia llegó, atinadamente, a exigir la prueba de la afirmación de que la mujer mayor de doce años y menor de diecisiete no era doncella al momento en que había existido la unión carnal.

De forma concisa y categórica se afirmó que “El estado de doncellez o virginidad en la mujer debe presumirse, mientras no se prueba o resulte lo contrario” (Registro Judicial, No. 96 de 1926, pág. 887). En ese mismo sentido en decisiones de 19 de abril de 1929, 9 de enero de 1930, 19 de mayo de 1932, 28 de enero de 1938 para señalar algunos en tal sentido.

Esta orientación, acertada por cierto, se manifiesta en diversas resoluciones desde 1923 como se aprecia en los registros jurisprudenciales respectivos.

2.6 “*Homicidio*”.

También es digna de mencionar, para concluir con la doctrina jurisprudencial que se ocupó del Código de 1922, la posición de la misma Corte Suprema de Justicia en torno a la intención de matar en el homicidio, pues debemos recordar que el Código en cuestión castigaba el homicidio llamado preterintencional y el homicidio con causal.

En tal sentido, bien se puede colegir que la Corte tenía razón cuando señalaba que “con arreglo a nuestra legislación para que el delito de homicidio exista no es

siempre indispensable que de parte del agente activo haya habido intención de matar, pues el acto ejecutado por él se estima y se castiga como tal, si bien con una notable reducción de las penas” (Repertorio Jurídico, No. 5 de 1962, pág. 332).

Veinte años después, en el mismo sentido anterior, la Corte sostuvo que “Para que el delito de homicidio exista no es siempre indispensable que de parte del agente activo haya habido la intención de matar, pues el acto ejecutado por él se estima y se castiga como tal, si bien con una notable reducción de las penas aún cuando la muerte del lesionado no hubiere sobrevenido sin el concurso de circunstancias preexistentes o ignoradas del culpable o de causas que han surgido de un modo independiente de su acto, y también cuando los actos destinados a causar una lesión personal ocasionen la muerte de alguien” (Repertorio Jurídico, No. 10 de 1982, pág. 589).

Acertadamente la Corte reconocía que no siempre en el homicidio había intención de matar, pues en ciertos casos no hay intención de matar y sin embargo se castigaba como homicidio si bien con una pena atenuada por tratarse de un homicidio preterintencional, en el que había intención de solo lesionar y sin embargo se producía un resultado adicional no querido ni deseado por el agente.

Al amparo del Código de 1922 la doctrina penal de la Corte elaboró una desarrollada concepción del delito preterintencional, lo que no impidió que el imputado por el mismo sufriese detención preventiva al estar sindicado de un delito de homicidio, que al tenor del ordenamiento procesal penal estaba excluido del derecho a fianza de excarcelación. Esta injusta situación motivó que, en las labores de revisión y actualización del anteproyecto que luego fue el Código Penal de 1982 la figura del homicidio preterintencional desapareciese del mismo y en su lugar introdujimos, en el delito de lesiones, una nueva figura sobre lesiones agravadas por el resultado muerte, que si admite o permite la fianza de excarcelación del imputado

para que el sujeto goce de libertad provisional durante el desarrollo de todo el proceso penal.

IV. LA DOCTRINA PENAL DE LA SALA SEGUNDA, DE LO PENAL, DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA RESPECTO DEL CÓDIGO PENAL DE 1982.

1. El Código Penal de 1982.

Este Código, como es del conocimiento general, se aprueba en 1982 por medio de la Ley 18, de 22 de septiembre de ese año, y nos rige a partir de marzo de 1983. Tiene como antecedente mediato el Anteproyecto de Código Penal elaborado por Aristides Royo en 1970 y como fuente más directa el anteproyecto de 1970 luego de la revisión y actualización que se le realizó entre 1976 y 1978 en la antigua Comisión de Legislación del hoy desaparecido Consejo Nacional de Legislación, ente que ejerció las funciones legislativas durante los primeros años de vigencia de la Constitución de 1972, todavía hoy vigente con profundas modificaciones en 1983 y otros retoques menores en 1978 y 1995.

A diferencia del código anterior, el texto punitivo vigente ha sido objeto de mayores estudios y publicaciones, que no vienen al caso detallar, pero su interpretación jurisprudencial en la Corte Suprema de Justicia ha estado a cargo de la Sala Segunda, de lo penal, que a partir de 1972 quedó integrada exclusivamente por tres magistrados permanentes.

2. La doctrina de la Sala Penal sobre el Código de 1982.

La Sala Segunda, de lo Penal, de la Corte Suprema ha llevado a cabo una ardua y amplia labor de interpretación y aplicación del Código vigente que podemos calificar de excelente.

Por una parte, porque a la misma se han incorporado –en la mayoría de los casos- profesionales y docentes universitarios que han dejado un huella en su labor jurisdiccional; por otra parte, porque en alguna medida la labor de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial no se ha quedado atrás ni rezagada en la interpretación del Código, lo que ha permitido una pacífica labor de la Corte como tribunal de casación o como tribunal de segunda instancia.

Cierto es que, sin embargo, en algunas muy contadas ocasiones la doctrina penal de la Sala Segunda de la Corte hace llamados de atención a los inferiores jerárquicos, pero ello es algo que podemos calificar de muy excepcional.

Hay que reconocer que en estos veinte años de aplicación del Código de 1982 el trabajo jurisprudencial supera con creces el que se realizó en el pasado, lo que en alguna medida también hay que atribuirlo al texto del citado Código, que superó grandemente las expectativas y colocó al país en la segunda mitad del siglo veinte ya que el anterior, de 1922 debemos recordar, nos tenía en las postrimerías del siglo diecinueve.

A continuación, veamos muy rápidamente la opinión de la Sala Segunda en temas muy puntuales.

2.1 “La embriaguez”.

En esta materia, la doctrina de la Sala ha sido muy desafortunada ya que en numerosos fallos termina diciendo que la embriaguez voluntaria no existe en el Código Penal y sólo reconoce la embriaguez fortuita y la preordenada (Registro Judicial, Enero de 1995, pág. 253).

La misma afirmación se vuelve a repetir en resoluciones de 30 de julio de 1996 (Registro Judicial, Julio de 1996) y de 23 de mayo de 1997 (Registro Judicial, Mayo de 1997, pág. 271).

El 12 de febrero de 1999 la Sala, afortunadamente, rectifica el criterio antes expuesto, pues reconoce que la embriaguez voluntaria puede considerarse como una eximente incompleta, citando para tal efecto una opinión de mi querido amigo y colega de Honduras, el Prof. René Suazo Lagos, ya que es evidente que a la embriaguez voluntaria le falta uno de los elementos necesarios para que se configure como causa de inmutabilidad, pues no es fortuita (Registro Judicial, Febrero de 1999, pág. 272).

En este caso, la Corte atinadamente reconoce la existencia de dicha embriaguez voluntaria en el concepto de eximente incompleta, consagrado en el numeral 7 del art. 66 del Código Penal, que contiene el catálogo de circunstancias atenuantes comunes en nuestro ordenamiento punitivo.

2.2 “Las causas de justificación”.

En esta materia, la Sala Segunda tiene importantes opiniones en torno a la llamada “legítima defensa putativa” y al “cumplimiento de un deber legal”, así como respecto de la propia esencia de la justificación.

Es constante en nuestra jurisprudencia encontrar afirmaciones contundentes sobre la necesidad de acreditar fehacientemente la causal de justificación aducida, ya que no puede presumirse la misma.

Sobre este particular, no cabe duda, que existe una larga tradición en la jurisprudencia en virtud de la cual si la justificación no está plenamente probada en el sumario debe rechazarse el reconocimiento de la misma (Registro Judicial, Mayo de 1992, pág. 2).

Respecto de la defensa putativa, la Corte reconoce que la misma supone un problema de error en el sujeto, ya que el mismo actúa en la forma defensiva bajo el falso entendimiento de que está siendo o será agredido sin serlo realmente.

En efecto, mediante resolución de 5 de febrero de 1993 la Sala sostuvo que “No cabe la menor duda de que estamos en presencia de la denominada legítima defensa putativa o subjetiva que se produce cuando, pese a la falta de algún requisito para que se configure la verdadera legítima defensa, el agente por error se defiende de una violencia injusta que realmente no existía pero que, debido al temor que emerge de los antecedentes y circunstancias reales o personales que acompañan la conducta del agredido, hace que el sujeto activo del delito crea que existe un razonable estado de agresión que requiere ser repelido, pues cree tener sus bienes jurídicos en peligro” (Registro Judicial, Febrero de 1993, pág. 217).

Al año siguiente, la Sala reconoce nuevamente la defensa putativa cuando señala que “todo parece indicar que el sindicado reaccionó frente a una agresión que no existía, movido por el temor que produjo el hecho de sentir la presencia de una persona que caminaba detrás de él, en un área peligrosa” en resolución de 14 de septiembre de 1994 (Registro Judicial, Septiembre de 1994, pág. 118).

El tema, sin duda, requiere de mayor elaboración por la propia Corte, pues la defensa putativa supone, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, un problema de error en la justificación, que se resuelve por medio de la inculpabilidad. A ello, por cierto, no estamos acostumbrados en nuestro medio, sobre todo porque la cuestión del error carece de una adecuada solución en el Código.

Por lo que respecta al cumplimiento de un deber legal, como causa de justificación, la doctrina de la Sala Penal en los últimos años a sido uniforme por lo que respecta al hecho de que agentes de la Policía puedan ocasionar la muerte del malhechor que se bate a tiros con ellos, sin que tal proceder pueda estimarse amparado en la justificación antes señalada.

En resolución de 17 de marzo de 1994 (Registro Judicial, Marzo de 1994,

pág. 129) la Sala aprobó un sobreseimiento definitivo consultado por el Segundo Tribunal Superior del Primer Distrito Judicial, con sede en la ciudad de Panamá, en virtud del cual se reconoció que el agente de la Policía que causó la muerte de un delincuente luego de un robo, configura un caso de cumplimiento de un deber legal, lo que nos parece totalmente inaceptable.

El cumplimiento de un deber legal supone, por cierto, una autorización legal para llevar a cabo una acción que coincide con un tipo penal concreto, por lo que no existe ninguna autorización en nuestro ordenamiento jurídico que permita a un servidor público causar la muerte de una persona. En otros países, sin embargo, el verdugo que ejecuta la pena de muerte impuesta por sentencia ejecutoriada sí cumple con su deber legal.

Este yerro de la Corte, sin embargo, fue rectificado muy prontamente por la propia Sala Segunda, como se puede apreciar en resoluciones de 4 de mayo de 1995 (Registro Judicial, Mayo de 1995, pág. 276) y de 29 de septiembre de 1995 (Registro Judicial, Septiembre de 1995, pág. 222), en la que se afirma que no procede el cumplimiento de un deber legal cuando se trata de la muerte de una persona, pues en este caso se está en presencia de un caso de legítima defensa.

En otra ocasión posterior, el 17 de marzo de 1999 (Registro Judicial, Marzo de 1999, pág. 329) la Sala reconoció que el agente de Policía cumple con su deber legal cuando captura a un sujeto que luego de cometido un hurto trata de darse a la fuga, pero justifica la muerte del mismo en base a la legítima defensa cuando el fallecido se resiste a la detención y forcejea con el agente para desarmarlo, lo que obliga al imputado a velar por su propia vida.

En este caso, sin embargo, la cuestión que no ha sido esclarecida es si hay acción por parte del agente de la Policía, pues la muerte del sujeto pudo ser resultado

de la lucha entre ambos, en cuyo caso estamos ante un fecho fortuito o accidental en el que no hay ninguna responsabilidad por parte del servidor público.

2.3 “*El dolo y la culpa*”.

En pocas ocasiones la Sala incursiona en cuestiones dogmáticas como el dolo y la culpa, por lo que deben resaltarse dos resoluciones de 31 de enero de 1994 (Registro Judicial, Enero de 1994, págs. 205-207) y 19 de enero de 1998 (Registro Judicial, Enero de 1998, págs. 259-261).

En ambos casos la Sala entra a reconocer la distinción entre dolo directo y dolo eventual, lo que le permite mantener la resolución impugnada, que negaba una fianza de excarcelación, sosteniendo que en el proceder del sujeto existía al menos el dolo eventual.

En efecto, el hecho de disparar un arma de fuego, calibre 38, hacia el cuerpo del occiso pone de manifiesto en el sujeto o la voluntad inequívoca de causar la muerte del mismo o la existencia de dolo eventual pues si no quería la muerte del sujeto la misma era previsible dado el medio empleado para la agresión y el lugar de la anatomía donde se produjo el impacto de bala, lo que evidencia en una u otra forma el propósito de causar el daño producido a la víctima, por lo que se mantiene el criterio del inferior que descarta que se esté en presencia de un delito de lesiones con resultado muerte y califica el hecho como un homicidio simple.

2.4 “*Circunstancias atenuantes*”.

En esta materia, es oportuno traer a colación cuatro posiciones muy definidas de la Sala Segunda, por cuanto que las mismas aluden a orientaciones doctrinales que muestran una continuidad en las decisiones de la Corte en estas materias.

En efecto, en lo que respecta a la atenuante de no haber tenido la intención de

causar un mal de tanta gravedad como el que produjo, la doctrina de la Corte evidencia una congruencia de argumentos cuando admite o rechaza la atenuante.

Pocas resoluciones de la Sala se ocupan de esta atenuante de preterintencionalidad, que fue el mecanismo utilizado en la revisión del anteproyecto de 1970, llevada a cabo entre 1976 y 1978, para eliminar el delito preterintencional en el homicidio y en las lesiones, introduciendo la atenuante respectiva que ya existía en el Derecho Comparado.

Así vemos, en resolución de 25 de abril de 1995 que se afirma que “quien usa un arma de fuego y percute la misma en tres ocasiones distintas frente a la víctima no puede alegar que actuó sin haber tenido la intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo; mucho menos si el último disparo, que fue el único que se produjo, impactó a la víctima en la cabeza” (Registro Judicial, Abril de 1995, pág. 197).

En sentido contrario, la Sala en resolución de 10 de marzo de 1999 admitió la atenuante en cuestión cuando señaló que la misma resulta aplicable al caso pues la intención del imputado era únicamente la de interrumpir el proceso biológico del embarazo, destruyendo el feto o producto de la concepción, no así la de causar la muerte de la mujer, lo que sin embargo sobrevino por el procedimiento abortivo utilizado (Registro Judicial, Marzo de 1999, pág. 408).

Por otra parte, por ejemplo, existe una constante doctrina de la Sala en lo que respecta a la atenuante de arrepentimiento, prevista en el numeral 4 del art. 66 del Código Penal, por cuanto que se afirma que no basta que el sujeto se manifieste “arrepentido” en el curso de la audiencia del caso, para que se acepte tal manifestación como verdadera atenuante en su favor,

Por tal razón, la Sala siempre a sostenido, como queda patente en resolución

de 8 de abril de 1992, que “la conducta del sindicado posterior a la comisión del hecho punible no tiene cabida en ninguno de los dos supuestos mencionados, ya que ni disminuyó ni intentó disminuir las consecuencias de los delitos cometidos y para estos efectos no basta con que el agente del delito demuestre su arrepentimiento a través del llanto. La conducta del agente se toma como arrepentimiento cuando, con posterioridad a la comisión del delito y de manera espontánea, demuestra con sus actos un deseo de reparar o intentar reparar los efectos del mismo”(Registro Judicial, Abril de 1992, pág. 17).

Por otra parte, la frecuente forma de apreciar la atenuante de confesión del sujeto (numeral 5 del art. 66 del Código Penal), en virtud de la que se exige la espontaneidad y oportunidad de la misma, para que se reconozca a favor del imputado.

A este respecto, nada más es conveniente señalar que existe una profusa orientación doctrinal de la jurisprudencia de la Sala, que ha logrado perfilar las características de la confesión del sujeto como circunstancia atenuante, como se desprende de las resoluciones de 16 de enero de 1992 (Registro Judicial, Enero de 1992, pág. 29), 27 de octubre de 1994 (Registro Judicial, Octubre de 1994, pág. 275), 4 de julio de 1995 (Registro Judicial, Julio de 1995, pág. 247) y 27 de junio de 1997 (Registro Judicial, Junio de 1997, pág. 329) sólo para mencionar algunas.

Finalmente, en materia de atenuantes, es conveniente señalar que respecto de la atenuante de análoga significación, prevista en el numeral 8 del art. 66 del Código Penal, la Corte presenta una opinión constante en el sentido de no modificar resoluciones que se impugnan con base en la citada atenuante, pues se estima que la misma consagra una atenuación de pena que es discrecional del juzgador.

Por tal razón, la Sala evita entrar a considerar valoraciones discrecionales de

los tribunales de instancia, ya que ello es ajeno a la impugnación por medio de la casación penal, como se deduce de las resoluciones de 30 de junio de 1997 (Registro Judicial, Junio de 1997, pág. 331) y 14 de enero de 1998 (Registro Judicial, Enero de 1998, pág. 257).

2.5 *“Reemplazo de la pena”.*

A este respecto hemos encontrado pocas resoluciones de la Sala, pero las que hemos encontrado arriban a la misma conclusión: el reemplazo de la pena es facultad discrecional del tribunal de instancia y no es susceptible de impugnarse la negación del mismo por medio del recurso de casación.

En tal sentido, es muy elocuente la resolución de la Sala del 12 de mayo de 1995 en la que se afirmó que “estamos en presencia de un auto dictado en segunda instancia por el Tribunal Superior del Segundo Distrito Judicial por medio del cual se confirma el dictado por un inferior que negó la sustitución o reemplazo de la pena privativa de libertad impuesta al señor RSB, lo que hace inadmisibles este recurso. No estamos en presencia de una sentencia en segunda instancia que se impugna en casación sino de un auto que resuelve una cuestión accesoria o incidental que no admite recurso de casación. La Sala no puede pasar por alto que el Tribunal Superior ha admitido y remitido a esta Superioridad un recurso de casación que es manifiestamente improcedente, pues dicho auto no es de aquellos contra los que se puede recurrir en casación según se desprende del contenido del artículo 2435 del Código Judicial. Los autos que deciden la concesión o negación de la suspensión condicional de la ejecución de la pena o el reemplazo de la misma sólo admiten el recurso de apelación, por lo que es inadmisibles el presente recurso de casación”

(Registro Judicial, Mayo de 1995, pág. 280).

Posteriormente, con fecha de 12 de noviembre de 1997, la Corte llegó a la misma conclusión otra vez (Registro Judicial, Noviembre de 1997, pág. 172).

2.6 “Concurso real o material”.

Con inusitada frecuencia, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial al conocer sumarios por homicidio en primera instancia se encuentran con la comisión de otro u otros delitos adicionales, por lo que en ocasiones profieren el auto de enjuiciamiento por homicidio y el otro delito, que en muchos casos es un delito conexo que torna en homicidio agravado el delito contra la vida.

Por tal razón, el jurado de conciencia al proferir la condena respectiva declara la responsabilidad del sujeto por homicidio y robo, pues el primero se produjo con la ocasión de un robo inicial, para facilitar o prepararlo o luego de cometido aquel para facilitar la impunidad del mismo.

En estos casos, la Sala entiende que no existe un concurso real o material de delitos entre homicidio y robo o entre homicidio y violación, ya que estamos, en estricto sentido, ante uno de los homicidios agravados que consagra el art. 132, numerales 5, 6 y 7 del Código Penal.

Llama poderosamente la atención, sin embargo, que en ocasiones la Corte se abstenga de revocar tales decisiones, con base en el argumento de que existe una calificación del jurado de conciencia y que, por tanto, no se puede variar la conclusión a que llegó dicho jurado.

Tal afirmación es pueril y superficial, ya que la determinación de la pena es

labor propia del tribunal de la causa, quien en derecho debe aplicar las normas que sean procedentes, con independencia de la decisión adoptada por el jurado.

Una simple lectura de las resoluciones de 4 de junio de 1993 (Registro Judicial, Junio de 1993, pág. 198), 27 de noviembre de 1995 (Registro Judicial, Noviembre de 1995, pág. 303), 15 de mayo de 1997 (Registro Judicial, Mayo de 1997, pág. 297) y 23 de abril de 1998 (Registro Judicial, abril de 1998, pág. 243) es prueba elocuente de tal problemática.

2.7 “Prescripción de la acción penal”.

En materia de prescripción de la acción penal, la Sala ha mantenido posiciones contrapuestas, ya que en ocasiones adopta la tesis de que la emisión del auto de enjuiciamiento es suficiente para interrumpir la prescripción de la acción en el proceso, tal como se deduce de las resoluciones de 24 de mayo de 1995 y 27 de diciembre de 1995 (Registro Judicial, Diciembre de 1995, pág. 201), en otras ocasiones requiere la ejecutoria de la citada resolución, como se aprecia en resolución de 7 de julio de 1993 (Registro Judicial, Julio de 1993, pág. 144).

En el caso por la desaparición del padre Gallegos la Sala sostuvo que la sola emisión del auto de enjuiciamiento era suficiente para interrumpir la prescripción de la acción; con posterioridad, bajo una elaborada ponencia del Magistrado Humberto Collado, con la que estoy plenamente de acuerdo, sostuvo que la interrupción de la acción requería de la ejecutoria del auto de enjuiciamiento, pues las resoluciones judiciales no pueden surtir efecto si las mismas no están ejecutoriadas.

En resolución de 26 de septiembre de 1994 la Sala señaló que “por los efectos jurídicos que produce una resolución se debe entender el cabal y eficiente cumplimiento de lo que en ella se ordena, el efecto que tiene el auto de proceder de interrumpir la prescripción de la acción penal no se origina en su ejecutoria, sino en el

acto mismo de su emisión, según la recta interpretación del artículo 95 del Código Penal” (Registro Judicial, Septiembre de 1994, pág. 128).

Dicha doctrina fue reiterada mediante resolución de 27 de diciembre de 1995, ya citada, y en resolución de 17 de abril de 1996 (Registro Judicial, Abril de 1996, pág. 143).

Posteriormente, en resolución de 30 de diciembre de 1997 la Sala señaló que “se requiere que el auto de enjuiciamiento esté ejecutoriado para interrumpir la prescripción de la acción penal, porque es sabido que ninguna resolución judicial es eficaz, es decir, puede surtir efectos jurídicos, si no está ejecutoriada, salvo que la ley expresamente disponga otra cosa”, con lo que da vuelta atrás y regresa a lo expresado el 7 de julio de 1993.

La incertidumbre que nos embarga a este respecto no tiene cuando acabar y es de esperar que sea la propia ley la que solucione el tema de una vez por todas, con una reforma expresa que nos libre de tanto cambio de criterio, que en nada contribuye a la seguridad jurídica.

2.8 “Responsabilidad civil derivada del delito”.

Este tema aparece con poca frecuencia en la doctrina de la Sala Penal de la Corte, como se deduce de las reducidas resoluciones que se ocupan del mismo.

En una ocasión, mediante resolución de 11 de junio de 1997 la Sala sostuvo que la responsabilidad civil derivada del delito no puede ser declarada de oficio, por lo que es necesario que el interesado la reclame en el curso del proceso respectivo (Registro Judicial, Junio de 1997, pág. 268).

Más recientemente, sin embargo, al resolver un recurso de casación en el que no se consideraba la cuestión, la Sala de oficio condenó al Estado al pago de una indemnización a favor de una víctima que perdió un ojo a consecuencia de un

comportamiento delictivo de un agente de la Fuerza Pública declarado penalmente responsable del correspondiente delito de lesiones personales.

En esta materia, como es obvio, reina gran confusión y contradicción entre los tribunales de justicia del país. No cabe duda, sin embargo, que la reparación civil sigue la regla de la justicia rogada, que no se declara de oficio y que es imprescindible la previa tramitación, como incidente, de la demanda civil en el proceso penal.

El problema, sin embargo, surge al momento de determinar en qué etapa de proceso se presenta la demanda incidental en cuestión, pues con la reforma al procedimiento penal introducido por medio de la Ley 23 de 2001, ya no existe el plazo que antes se establecía entre la ejecutoria del auto de enjuiciamiento y la resolución que fija la fecha para la audiencia de fondo en los procesos ante jueces municipales y de circuito. Si la audiencia preliminar en tales procesos se convierte en proceso abreviado, no existe plazo para la interposición del incidente que nos ocupa, lo que supone una negación al correcto acceso a la jurisdicción, y ello es, desde todo punto de vista, inaceptable.

En materia de prescripción, por otra parte, también es importante dejar sentada la posición de la Sala, en lo que respecta a la viabilidad del recurso de casación contra el auto que niega tal prescripción.

El tema, es obvio, es procesal y no sustantivo. Ello no impide, sin embargo, que mencione la existencia de dos posiciones distintas al respecto, pues en ocasiones se afirma, con toda propiedad, que los autos que no admiten la prescripción de la acción no son pueden recurrirse en Casación, pues no ponen fin al proceso que siempre sigue su curso, como se aprecia en resoluciones de 19 de abril de 1995 (Registro Judicial, Abril de 1995, pág. 187) y de 25 de agosto de 1998 (Registro

Judicial, Agosto de 1998, pág. 311) e, inexplicablemente, en resolución de 30 de diciembre de 1997 (Registro Judicial, Diciembre de 1997, pág. 165) se diga lo contrario.

Sin duda alguna el auto que niega la prescripción de la acción no es susceptible de ser impugnado por medio del recurso de casación y admitir el mismo a trámite es una forma de favorecer la impunidad, pues la verdadera prescripción de la acción sigue corriendo y sólo se gana tiempo con la complacencia de los propios tribunales de justicia para que se produzca dicha prescripción.

Como dije muy recientemente en el Seminario conjunto de las Cortes Supremas de Costa Rica y Panamá el pasado mes de julio, el tema de la prescripción de la acción merece una detenida consideración.

Es preciso decidir si la presentación de la denuncia, querrela o inicio del sumario es forma de interrumpir la prescripción, que no debe volver a correr más, como ocurre en algún ordenamiento extranjero.

2.9 *“La indebida utilización de la asociación ilícita”.*

En los últimos años asistimos a la indebida utilización de la figura de la asociación ilícita cuando en el hecho punible intervienen tres o más personas, por lo que de hecho tanto el Ministerio Público como muchos tribunales de justicia, tanto en primera como en segunda instancia, han derogado implícitamente todas las normas contenidas en el Código Penal para la participación criminal.

Por tal razón, la Sala ha sido muy enfática al señalar que no procede la utilización de la figura en cuestión cuando no existe evidencia cierta que los sujetos involucrados en el delito se habían concertado para cometer delitos, ya que el acuerdo o intervención de varios sujetos en un solo delito es participación criminal y no asociación ilícita para delinquir.

La asociación ilícita es un delito que se consuma desde el momento en que tres o más sujetos se conciertan para cometer delitos, en plural, por lo que no estamos en presencia de dicho delito por lo solo hecho de haber tres o más personas intervenido en el mismo.

Las normas sobre participación criminal, en este caso complicidad e instigación, por otra parte, deben tomarse en cuenta en la medida que los sujetos no hayan realizado cada uno de ellos la acción descrita como punible, pues en tal caso serían autores y no partícipes del delito.

Por tal sentido, la doctrina de la Sala ha sido muy constante y crítica respecto de los inferiores que desconocen esta realidad, tal como se aprecia en resoluciones de 29 de noviembre de 1995 (Registro Judicial, Noviembre de 1995, págs. 275-278) y 17 de septiembre de 1997 (Registro Judicial, Septiembre de 1997, pág. 228).

2.10 *“La cantidad de droga en la posesión de drogas”.*

En materia de posesión de drogas, el párrafo inicial del art. 260 del Código Penal castiga con pena de 1 a 3 años de prisión al que posea drogas y el párrafo segundo del mismo artículo castiga con 5 a 10 años de prisión al que posea drogas, cuando posea drogas en cantidades tales que se demuestre que pretendía traficar con ella.

A pesar de los trabajos de mi querido amigo y joven colega, el profesor José Abel Almengor, en materia de drogas y la jurisprudencia producida respecto de ellas, es conveniente que me ocupe de un tema en particular sobre tales delitos, sin perjuicio que tales trabajos tengan una completa referencia de la doctrina jurisprudencial al respecto.

En materia de cantidad para la posesión simple o la posesión agravada la Sala tiende diversos criterios, por lo que no es dable ni conveniente una posición única y

constante el respecto. La dosis para uso personal varía de sujeto a sujeto, sobre todo en atención a la clase de droga y a la tolerancia de sujeto a la misma.

Llama la atención, sin embargo, que en resolución de 3 de septiembre de 1997 (Registro Judicial, Septiembre de 1997, pág. 243) la Sala sólo condenó al infractor de la norma por el delito de posesión simple por tratarse de nada más 3.6 gramos de marihuana.

Tal solución, sin embargo, no me parece correcta ya que lo realmente importante no es la cantidad de la sustancia ilícita, sino las dosis que el sujeto tenía en su poder y que podía traspasar a título individual en cualquier momento.

En este caso, los 3.6 gramos de marihuana estaban contenidos en 23 cigarrillos de marihuana, lo que por la cantidad de los mismos, puede deducirse la intención de traficar con los mismos. En casos similares, un sujeto es sorprendido con veinte “piedras” de crack, que tienen un peso tan ínfimo, que no por ello se cataloga el asunto como delito de posesión simple, pues al tenor de nuestro art. 256 cada unidad constituye una dosis y ello no puede configurar una tenencia para el consumo propio que sería impune.

En otra ocasión, por medio de resolución de 16 de septiembre de 1997, frente a 20.74 gramos de cocaína, la Sala estimó que se trataba de una cantidad que denotaba la intención de traficar con dicha drogas, pues la misma no podía estimarse como de uso personal (Registro Judicial, Septiembre de 1997, pág. 265). En resolución de 29 de enero de 1998, la Sala estimó que la cantidad de 29.01 gramos de cocaína encontrados a un sujeto en su residencia configuraban un delito de posesión agravada, a pesar del carácter de consumidor del sujeto, pues otras evidencias le permitía confirmar el criterio de los tribunales de primera y segunda instancia (Registro Judicial, Enero de 1998, pág. 245).

Sin duda la cantidad de muchas dosis o unidades, aunado al hecho de tener moneda fraccionaria o numerosos billetes de un dólar, son elementos suficientes para afirmar que estamos en presencia de un delito de posesión agravada por la cantidad que pone en evidencia la intención del sujeto de traficar con la misma.

2.11 *“La distinción lesiones-tentativa de homicidio”.*

Este es uno de los temas más complicados en los anales de nuestra jurisprudencia penal, como se evidencia con la lectura de los diversos fallos que se ocupan del tema.

Sin pretender enumerarlos todos, muchos de ellos han sido elaborados al amparo del Código Penal de 1922, por lo que debe resaltarse los atinados criterios esbozados por la Sala Penal en los últimos años, con lo que se corrigen los desaciertos de la Corte que interpretó en la década de los años 60 y 70 el Código de 1922.

En efecto, en resolución de 8 de enero de 1998 la Sala expresó que “el factor que determina la diferencia entre un delito de lesiones y un delito de tentativa de homicidio es la intención con la cual el actor comete el hecho punible; y dicha intencionalidad puede determinarse -con las obvias limitaciones inherentes a conocimiento de la mente humana- a partir de las circunstancias que rodean el hecho, el arma utilizada, la forma en que se utilizó el arma, el lugar y cantidad de los disparos, etc.” (Registro Judicial, Enero de 1998, pág. 222).

De esta forma, nuestra jurisprudencia supera una vieja concepción jurisprudencial que permitió sancionar por lesiones verdaderos casos de homicidio en grado de tentativa, pues el elemento subjetivo no siempre se comprueba de forma directa y en muchas ocasiones debe deducirse de elementos objetivos, como bien se

desprende de la resolución antes mencionada.

V. CONSIDERACIONES FINALES.

El panorama jurisprudencial reseñado evidencia que la Sala Segunda, de lo Penal, de la Corte Suprema de Justicia tiene sentado importantes criterios en materias como causas de justificación, circunstancias atenuantes, reemplazo de penas, concurso de delitos y asociación ilícita y que todavía hay oscilaciones en la doctrina referente a prescripción de la acción penal.

Este trabajo, sin embargo, no es indicativo de ninguna orientación concreta y definida sino se estudia la totalidad de la jurisprudencia en un tema y frente a un cuerpo legal determinado.

Nuestro aporte ha puesto de manifiesto algunas variaciones en las materias antes citadas, pero un estudio completo y profundo requiere del estudio sistemático de la jurisprudencia desde la vigencia del Código de 1982, lo que no hemos podido efectuar para llevar a cabo esta intervención.

Ojalá el tiempo nos permita un estudio más abarcador, en la esperanza de ampliar el mismo a la jurisprudencia procesal, de tanto valor y consecuencias para estos fines.