

UNIVERSIDAD DE PANAMÁ
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
DIRECCIÓN DE INVESTIGACIÓN Y POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL

VICERRECTORÍA DE INVESTIGACIÓN Y POSTGRADO

TESIS

**LA PENA ACCESORIA DE INHABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO DE
FUNCIONES PÚBLICAS Y LA REINSERCIÓN SOCIAL DEL CONDENADO**

LICENCIADA SONIA ESTHER DÍAZ RODRÍGUEZ
CÉDULA 3-126-38

DIRECTOR
Dr. CARLOS ENRIQUE MUÑOZ POPE

PANAMÁ, REPÚBLICA DE PANAMÁ

2018

DEDICATORIA

A mis nietos

Yahli Elí, Sonia Sofía, Luna Isabela,
por llenar mis años de alegría...

AGRADECIMIENTO

A ustedes todos, quienes viven en mi alma,

Mucha gracias...

A mi asesor de Tesis, **Dr. Carlos Enrique Muñoz Pope**, y a su esposa, **Dra. Virginia Arango Durling**, por su inagotable labor como educadores, y su valioso aporte al estudio del Derecho Penal, por haberme brindado la oportunidad valiosa de poder recurrir a su capacidad y conocimiento, por su consejo oportuno, por cada libro aportado, a los abogados de nuestro país, mi respeto admiración y reconocimiento por siempre.... Porque enseñar es dejar una huella en la vida de muchas personas. Gracias Maestro de maestros y profesor de profesores.

ÍNDICE GENERAL

	Página
HOJA DE APROBACION.....	ii
DEDICATORIA.....	iii
AGRADECIMIENTO.....	v
INDICE GENERAL.....	vjj
INDICE DE CUADROS.....	xvjj
INDICE DE ILUSTRACIONES.....	xvjjj
RESUMEN.....	xvjjjj
INTODUCCIÓN.....	xix

CAPITULO I

MARCO METODOLÓGICO

1.1. Antecedentes del Problema.....	24
1.2. Justificación.....	24
1.3. Formulación del Problema.....	25
1.4.Objetivos.....	25
1.4.1. Generales.....	25
1.4.2. Específicos.....	25
1.5. Justificación e importancia de la investigación.....	26
1.6. Alcance y Limitaciones.....	26
1.7. Metodología.....	27
1.7.1. Técnicas de recopilación de datos.....	27

1.8. Almacenamiento de datos.....	27
1.9. Fuentes de investigación.....	27
1.9.1. Primarias.....	27
1.9.2. Secundarias.....	28
1.10. Tipo de Investigación.....	28
1.11. Hipótesis.....	29

CAPITULO II

EL IUS PUNIEDI A TRAVÉS S DE LA HISTORIA Y LA FACULTAD SANCIONATORIA ESTATAL

2. Generalidades.....	30
2.1. Momentos históricos y perfeccionamiento del ius puniendi.....	31
2.1.1. La existencia de un ser con autoridad superior.....	31
2.1.2. Las fuerzas naturales.....	31
2.1.3. La Autoridad Absoluta del soberano para castigar.....	32
2.1.3.1. El Código de Hammurabi.....	32
2.1.4. Tras las huellas históricas del contrato o pacto social.....	33
2.1.5. Aportes del filósofo Thomas Hobbes.....	34
2.1.6. Aporte del Filósofo y político inglés John Locke.....	36
2.1.7. Aportes de Juan Jacobo Rousseau.....	37
2.1.8. Aportes de Cesare Beccaria.....	42

2.1.8.1. Consecuencias Jurídicas según Beccaria.....	42
2.1.8.2. Solo el legislador establece leyes.....	43
2.1.8.3. Solo el juzgador sanciona.....	44
2.1.8.4. La concordancia de la pena inversa a la justicia.....	44
2.1.8.5. Interpretación de las leyes.....	44
2.1.8.6. La no oscuridad de las leyes.....	44
2.1.8.7. Proporción entre los delitos y las penas.....	45
2.1.8.8. Errores en la graduación de las penas.....	45
2.2. La limitación a la que debe ser sometido el ius puniendi.....	46
2.3. Sobre los límites del ius puniendi.....	47
2.4. Necesidad de la intervención Mínima del Derecho Penal.....	47
2.4.3. La efectiva protección de Bienes.....	

CAPITULO III

ASPECTOS GENERALES DE LA PENA

3. Concepto de Pena.....	53
3.1. Principio de Legalidad.....	55
3.2. Fines y fundamentos de la Pena.....	57
3.3. La Teoría de la Retribución.....	58

3.3.1. Immanuel Kant y el Imperativo Categórico.....	60
3.3.2. Georg Wilhelm Friedrich Hegel.....	62
3.3.3. Crítica a la teoría Retributiva o Absoluta.....	63
3.4. Teorías Relativas De La Pena.....	64
3.5. Teorías de la prevención especial.....	65
3.6. La pena debe estar dirigida a la prevención del delito.....	68
3.7. Los efectos que conlleva la Teoría de la Prevención Especial.....	70
3.7.1. Peligrosidad criminal.....	70
3.7.2. Prevención especial en sentido estricto.....	70
3.8. Teorías mixtas o de la unión.....	72

CAPITULO IV

IMPLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD ENTRE EL DELITO Y LA PENA

4. Concepto.....	77
4.1. Aspectos o exigencias hay que distinguir en el principio de proporcionalidad de las penas.....	77
4.1.2. La exigencia de adecuación.....	79

4.1.3. La exigencia de necesidad de pena.....	80
4.1.4. La exigencia de menor injerencia posible o de intervención mínima.....	80
4.1.5. La exigencia de fragmentariedad.....	81
4.1.6. La exigencia de subsidiariedad.....	81
4.1.7. La proporcionalidad en sentido estricto.....	81
4.2. Principio de proporcionalidad y la configuración del poder punitivo.....	81

CAPÍTULO V

LAS NUEVAS TENDENCIAS SOBRE EL FUDAMENTO Y FINES DE LA PENAS

5. Generalidades

5.1. Sufrimiento infructuoso.....	85
5.2. Falsa Percepción.....	85
5.3. La rigidez penal excesiva del sistema penal tiene un efecto reproductor de la criminalidad.....	86
5.4. El principio de culpabilidad como medio de limitación de la intervención.....	87

5.5. La cuestión de la culpabilidad y los fines de la pena.....	88
5.6. La corriente de Claus Roxin sobre el fin y justificación de la pena.....	88
5.6.1. La acción.....	93
5.6.2. El tipo.....	93
5.6.3. El injusto.....	93
5.6.4. La responsabilidad.....	94
5.7. El planteamiento de Gunter Jakbos.....	97
5.7.1. La norma como expectativa.....	105
5.7.2. La configuración de la expectativa.....	105
5.7.3. La representación del delito.....	105
5.7.4. La función estabilizadora de la norma.....	105
5.8. La reacción punitiva estatal frente al agente infractor.....	105
5.8.1. Derecho Penal del Enemigo.....	106
5.8.2. Derecho penal de la globalización,.....	109
5.8. 2.1. La globalización.....	111
5.9. La relación Derecho Penal y la Neurociencia y su intervención de la en la dogmática penal.....	112

CAPITULO VI

LA PENA ACCESORIA DE INHABILITACION PARA EL EJERCICIO DE FUNCIONES PÚBLICAS. Y SU EVOLCION EN LA REPÚBLICA DE PANAMÁ

6. La Pena accesoria	
6.1. Concepto.....	117
6.2. Peculiaridades de las penas accesorias de inhabilitación para ejercer funciones públicas.....	121
6.3. Efectos de la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas	121
6.3.1. Automatismo.....	122
6.3.2. Indefectibilidad.....	122
6.3.4. La simultaneidad.....	122
6.4. Aspectos a tomar en cuenta por el juez para sancionar con una pena accesoria de inhabilitación para ejercer funciones públicas.....	124
6.4.1. Gravedad y naturaleza del delito.....	124
6.4.2. Debe tener relación directa con el delito.....	125
6.5. Elementos constitucionales y legales que deben considerarse en la facultad punitiva del Estado Panameño en relación.....	128

a la imposición de la pena accesoria de inhabilitación para ejercer funciones públicas.....	128
6.6. Consideraciones críticas a la pena accesoria de inhabilitación para ejercer funciones públicas.....	130
6.7. La inhabilitación especial. Sus antecedentes en la legislación panameña.....	136
6.8. Derecho comparado.....	149
6.8.1. La legislación en relación a la inhabilitación en la República de Colombia.....	149
6.8.2. En cuanto a la República de Argentina.....	152
6.8.3. La Legislación de la República de España.....	154
6.9. El Sistema Penitenciario.....	158
6.9.1. Visión.....	158
6.9.2. Misión.....	158
6.10. Elementos Sistema Penitenciario.....	159
6.10.1. Las autoridades.....	159
6.10.2. Los encarcelados y las encarceladas.....	159
6.10.3. El personal custodio.....	159
6.10.4. La formación Educativa.....	159
6.10.5. El trabajo.....	159

6.10.6. Marco Jurídico Nacional.....	160
6. 10.7. Constitución Política de la República de Panamá.....	160
6.10.8. Sistema progresivo.....	164

RECOMENDACIONES

PROYECTOS DE REFORMA, PROPUESTA LEGISLATIVA

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

INDICE DE CUADROS

N°	Título	Página
1.	Diez axiomas del garantismo Penal.....	50
2.	Resumen de la Teoría del Delito.....	101
3.	Diferencia entre los planteamientos del funcionalismo Moderado del funcionalismo radical	156

INDICE DE ILUSTRACIONES

N°	Título	Página
1.	Aportes de los filósofos de la ilustración	36
2.	Línea de Tiempo del origen del Estado.....	41
3.	Características del <i>Ius Puniendi</i>	51
4.	Los Postulados de la teorías de la Pena.....	75
5.	La corriente Funcionalista.....	100
6.	La pena accesoria para ejercer funciones públicas en el Código Penal panameño.....	119

Resumen

Este trabajo pretende ofrecer una caracterización de la denominada *pena accesoria de inhabilitación para ejercer funciones públicas*, que permita explicar y sistematizar si su contenido, presupuestos y finalidades, contribuyen a la rehabilitación y reintegración social del individuo que ha sido condenado.

Se toma como punto de partida la conceptualización que ofrece la doctrina en general y la búsqueda del origen y surgimiento histórico del ius puniendi estatal, su evolución y perfeccionamiento. Inmediatamente se presenta el concepto de pena y sus aspectos generales a la legitimación en su imposición por los entes jurisdiccionales, que atendiendo a fines, garantías y derechos constitucionales la justifican, y las puntualidades terminológicas que ofrecen las teorías que la justifican en sus aspectos de prevención tanto general como especial, emprendiendo el debate más actualizado de las concepciones jurídicas más recientes de la dogmática penal.

El expansionismo del Derecho Penal atendiendo a la globalización y la forma como los avances tecnológicos originan la creación de bienes jurídicos nuevos. La exigencia de una mayor intervención del medio más violento que tiene el estado para intervenir y mantener el orden social jurídico.

El Derecho Penal Se realiza conforme a la óptica constitucional la legitimación de la pena accesoria y la desproporción de la misma al ser impuesta mediante sentencia a todos los delitos sin tomar en consideración la relación que guarde con el hecho delictivo.

Emprendemos en derecho comparado un análisis de las legislaciones de países vecinos a fin de buscar una reglamentación que se fundamente en principios de proporcionalidad y de individualización de la pena accesoria de inhabilitación para ejercer funciones públicas, que cumpla con los estándares de la dogmática penal más contemporánea, proponiendo para finalizar este trabajo investigativo con propuesta de reforma al Código Penal, mediante un proyecto de ley que cubra el déficit en la regulación de la misma.

Summary

This work aims to offer a characterization of the so-called accessory penalty of disqualification to exercise public functions, which allows to explain and systematize its content, costs-budgets and purposes, contribute to the rehabilitation and social reintegration of the individual who has been condemned. Taking as a starting point the conceptualization offered by the doctrine in general and the search for the origin and historical emergence of the state *ius puniendi*, its evolution and improvement, the concept of punishment and its general aspects in terms of legitimation in its imposed by the jurisdictional entities that serve the purposes, guarantees and constitutional rights justify it, and the terminological punctualities offered by the theories that justify it in its aspects of both general and special prevention, addressing the most up-to-date debate of the most recent legal conceptions of the criminal dogmatics, and the expansionism of Criminal Law in response to globalization and the way the technological advances that originate the creation of new legal assets, and the demand for greater intervention of the most violent means the state has to intervene to maintain order, Criminal Law, could be achieved In accordance with the constitutional viewpoint, the legitimacy of the accessory penalty and the disproportion thereof by imposing a sentence on all crimes without taking into account the relationship that it maintains with the criminal act, we address in comparative law an analysis of the laws of neighboring countries in order to seek a regulation that is based on principles of proportionality and individualization of the accessory penalty of disqualification to exercise public functions, which meets the standards of the most contemporary criminal dogma, proposing to finalize this work investigative with proposal of reform to the Penal Code, by means of a project of law that covers the deficiency in the regulation of the same,

INTRODUCCIÓN

Esta investigación tiene como principal intención el estudio de la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de funciones pública en la legislación panameña. Se realiza un estudio histórico para determinar el surgimiento de la facultad sancionatoria del Estado o *ius puniend*; desde los inicios de la sociedad cuando se recurría a la venganza personal para solucionar los conflictos que surgían, y que agredían los intereses de la colectividad por parte ciudadano. Se analiza las diferentes corrientes filosóficas que dieran legitimidad a la sanción que el Estado impone.

También se analiza el surgimiento de los principios limitadores de la facultad de castigar del Estado y que garantizan la prevalencia de la norma penal, evitando el abuso en el ejercicio del poder; los se constituyeron en los fundamentos que dan origen a la Constitución para garantizar los deberes, derechos y, garantías que salvaguardan al ciudadano para una convivencia pacífica.

Se efectúa un análisis de las teorías que explican la legitimidad de los fines y función de la pena, de forma que se perciba la imposición de la pena de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas en Panamá. Se realizan un análisis comparando las legislaciones de las Repúblicas de Colombia, Argentina y España, para concluir y proponer una reforma al a imposición de esta pena. Cuestionando su automatización, planteando que la misma no se ajusta al principio de proporcionalidad de la pena.

CAPITULO I
MARCO METODOLÓGICO

1.1. Antecedentes del Problema

Debemos puntualizar no haber encontrado en la bibliografía nacional planteamientos con los que podamos fundamentar nuestra percepción sobre el problema planteado, sin embargo, en Derecho Comparado, en el Código Penal de España y en el de la República de Argentina, la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas es regulada como pena principal, estableciendo criterios determinados como es el tipo de delito, además toman en cuenta los años de sanción para su aplicación a cada caso.

1.2. Justificación

La norma de forma objetiva, impone esta pena a todo condenado por un delito, lo que puede ser excesivo y conducir a la disminución de las posibilidades de reinserción social del condenado, se aspira a que esta pena se limite a los delitos en donde haya un deber de *fidelidad* del sujeto activo (peculado, corrupción) y que se concrete a determinados delitos como aquellos contra la administración pública, u otros que guarden relación directa con el hecho delictivo. Es necesario, una adecuada regulación mediante el establecimiento de requisitos previos para su imposición que elimine la automatización. También habría que analizar si debería imponer como pena principal para determinados delitos, como se regula en otras legislaciones sin que su imposición vulnere el principio de proporcionalidad de la pena.

1.3. Formulación del Problema

La actual regulación de la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas, es impuesta a una gran cantidad de ilícitos, lo que produce efectos muy negativos que perjudican a todo condenado por un delito en donde la misma acompaña irremisiblemente a la pena principal.

1.4. Objetivos

1.4.1. Generales

1. Conocer a profundidad la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas, sus efectos negativos en los condenados y las causas que motivaron su inserción en el Código Penal.
2. Analizar los principios en que se fundamenta la regulación penal panameña de la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas respecto al derecho comparado.

1.4.2. Específicos

1. Estudiar los fines y funciones de la pena accesoria de inhabilitación y los principios en que se fundamenta, desde los postulados de la teoría de la pena.

2. Evaluar para el ejercicio de funciones públicas y, su vinculación entre el delito cometido y la privación del derecho de ejercer funciones públicas la vinculación del delito cometido, y la inhabilitación del derecho de ejercer funciones públicas.
3. Analizar los efectos, ventajas y desventajas de la pena de inhabilitación, en la reinserción social, así como el principio de proporcionalidad de la pena.

1.5. Justificación e importancia de la investigación

El ordenamiento jurídico responde al el principio de legalidad, el cual se define como la obligatoriedad que tienen los intervinientes en la administración de justicia de promover el respeto al cumplimiento de lo establecido en la norma penal, con resoluciones judiciales razonadas y basadas en principios y garantías constitucionales,

Principios como el de culpabilidad y de proporcionalidad de la pena se constituyen junto a los demás en un límite para el ejercer el *ius puniendi* estatal. La regulación de la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas debe ser objeto de revisión, para que se cumplan los fines y funciones de las teorías de la pena en su concepción más actualizada, que involucra la reinserción social del encartado.

1.6. Alcance y Limitaciones

Se ha enfrentado limitaciones como la poca existencia de aportes teóricos sobre este tema, en las bibliotecas nacionales y de las facultades, no solo en la de la universidad de Panamá, sino en varias universidades particulares pero el empeño se mantuvo firme en cumplir y desarrollarlo de forma íntegra.

1.7. Metodología

1.7.1. Técnicas de recopilación de datos:

Bibliografía especializada tanto nacional como internacional, observación directa, tesis, libros, publicaciones de prensa, revisión de resoluciones judiciales,

1.8. Almacenamiento de datos

Todo el material requerido para realizar esta labor ha sido almacenado en medios electrónicos de almacenamiento, lo mismo que en fichas y apuntes.

1.9. Tipo de Investigación

1.9.1. Tipo de investigación: Descriptiva y comparativa los principios constitucionales que rigen el Derecho Penal, al examinar en particular los límites que debe tener el poder sancionatorio del Estado.

1.10. Fuentes de Investigación

La lectura e investigación para la recopilación de información pertinente tanto de las fuentes primarias, como secundaria

1.10.1. Fuentes Primarias: Exhaustiva revisión de bibliografía, lectura en distintas bibliotecas como fuentes teóricas sobre el tema como punto de sustentación y análisis del mismo.

1.10.2. Fuentes secundarias: Trabajos de grado, diccionarios, artículos de periódicos, internet y bibliotecas virtuales, conferencias que no ayudaron a profundizar el tema.

1.11. Hipótesis

Si se regulara adecuadamente la norma que debe regir la imposición de la pena accesoria de inhabilitación para ejercer funciones públicas, se cumpliría con los fines de la pena y el principio de proporcionalidad, y con el fundamento constitucional de reinserción social del condenado.

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO

EL *IUS PUNIEDI* A TRAVÉS S DE LA HISTORIA Y LA FACULTAD

SANCIONATORIA ESTATAL

2. Generalidades

Al esgrimir esta figura jurídica como la facultad que posee el Estado de sancionar al infractor de la norma penal mediante la imposición de una pena como retribución por el mal causado, surge como consecuencia otro mal causado por el delito cometido; por lo tanto surge inevitablemente la pregunta ¿qué persigue el Estado al atribuir una pena y de donde procede esta potestad sancionatoria?

Puede necesariamente formularse la interrogante sobre la legitimidad del Estado con referencia a ese derecho sancionador. Por lo que se impone como necesaria labor a realizar un somero pero aclarador recorrido histórico para localizar el cimiento y apología a la pena impuesta por el Estado es decir, analizar la norma penal, la cual es una ordenación de dos elementos o componentes fundamentales; los cuales son el tipo y la pena.

El tipo penal fue concebido por Ernesto Belling como la descripción de una conducta delictiva y la pena, como la reacción o medida más enérgica del poder coactivo prevista por el Estado para el sujeto activo del delito.

“En principio se puede indicar que el término tipo (tabestand) fue empleado por primera vez por Belling (1906) y dentro de su sistemática positivista, su fundamento era meramente objetivo, desprovisto de elementos subjetivos es decir, consistía en la descripción de la conducta prohibida, por ende, lo subjetivo se encuentra en la culpabilidad. No obstante la sistemática neokantiana (Hegler, Mayer, y Mezger), incorpora los elementos normativos y subjetivos, y mantienen que el tipo es el injusto descrito en la ley, criterios que más tarde son examinados por el sistema finalista y el funcionalismo”. (Durling, 2017. 243)

En cuanto a la pena puede “no hay ni ha habido nunca sociedades sin delitos ni penas. Toda la sociedad humana genera conflictos entre sus miembros que degeneran en graves comportamientos, que dañan profundamente la convivencia. Precisamente frente a comportamientos muy graves para la convivencia es donde el Estado se ha visto obligado a utilizar instrumentos de contención (de los agresores y de la propia sociedad conmocionada) que eviten males mayores, explicando un mecanismo tan tosco como la pena”. (Caffarena, 2014,31)

2.1. Momentos históricos y perfeccionamiento del *ius puniendi*

Los seres humanos en las civilizaciones más primitivas, crearon diversas reglas de convivencia que garantizaban un desempeño pacífico en las relaciones sociales de los integrantes de la comunidad. Se puede deducir que los integrantes de estas comunidades aceptaron la imposición de castigos o sanciones gracias a dos elementos de gran importancia.

2.1.1. La existencia de un ser con autoridad superior

O con superioridad física, que buscó justificar el castigo por considerarlo un mandato divino (tal como explica Federico Engels, en su obra: *El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado*).

2.1.2. Las fuerzas naturales

Las fuerzas naturales ligadas con divinidades o fuerzas sobrenaturales y el temor de diversos castigos enviados por dichas creaturas a quien incumpliera con algunos de los preceptos que mantenía el orden social.

Los estudios antropológicos y sociológicos, realizaos por Malinowski, confirman que el hombre primitivo tenían reglas y normas de conducta en sociedad que los miembros cumplían como necesarias para asegurar la paz y la convivencia social. “El salvaje según el veredicto actual de competentes antropólogos siente una reverencia profunda por la tradición y las costumbres, así como muestra una sumisión automática a sus mandatos. Los obedece "como un esclavo", "ciegamente", "espontáneamente", debido a su "inercia mental" combinada con el miedo a la opinión pública o a un castigo sobrenatural; o también por el "sentimiento, o hasta instinto, de grupo, que todo lo penetra". He aquí lo que dice un libro reciente: "El salvaje está muy lejos de ser la criatura libre y despreocupada que pinta la imaginación de Rousseau. “ (Malinowski, 1985, 22).

2.1.3. La Autoridad Absoluta del soberano para castigar

2.1.3.1. El Código de Hammurabi

Se trata de la primera aparición de las leyes escritas. Cerca del año 1700 a.C., se crea el código del Rey Hammurabi, el cual representa uno de los primeros códigos escritos de la humanidad, por lo tanto tenía según se decía origen divino. Al analizar el contenido de este escrito se puede observar que tenía la finalidad garantizar las reglas a las que tenían que sujetarse los miembros de estos grupos primitivos y evitar los excesos y subjetividad de los jueces de la época.

Consistía en una columna de piedra tallada, la cual el Rey Hammurabi mandó colocar en un lenguaje simple para que todos los que la vieran comprendieran la severidad de sus mandatos. Este Código se presume era una propaganda política para elevar la reputación del soberano que por mandato divino tenía la potestad de exigir el cumplimiento

de estas normas. Aunque antes de aludir a los aportes de grandes e ilustres hombres que contribuyeron a la evolución de esta figura jurídica que nos ocupa conviene puntualizar que pese a la severidad de las leyes babilónicas, resultaron ser un avance en lo que más adelante sería el nuevo sistema jurídico, pues dejaba atrás la venganza personal que alcanzaba a familias completas, cuya sombra aún se muestra persistente en la sociedad actual, en una escalada de violencia de difícil supresión en ciertos grupos sociales (ley del talión). La creación de esta norma, indica la capacidad de organización antigua que podría llegar a tener gran valor para los que recibían estos mandamientos.

En este período histórico el soberano absoluto alcanzaba en su persona todo imperio y señorío, él personificaba *el ius puniendi*; hecho este que se puede resumir en la expresión que se atribuye a Luis XIV, soberano francés “El Estado soy yo”.

Este sistema antiguo de sancionar a todo aquel que se atrevía a quebrantar las normas de conducta establecidas por el soberano al tutelar la paz social, encontró su grieta más profunda en los aportes ofrecidos en los albores de los siglos XVII y XVIII, por grandes pensadores que aportaron y dejaron una huella contundente en el acontecer histórico de esta figura jurídica.

2.1.4. Tras las huellas históricas del contrato o pacto social

En la búsqueda de determinar el umbral de la facultad sancionatoria conferida al Estado, imperiosamente hay que recordar de los aportes y discursos de los ilustres filósofos de épocas anteriores, porque en su evolución se comienza a cuestionar el poder absoluto del soberano en los conflictos sociales. Los pensadores no se conformaron con el planteamiento que involucraba únicamente al soberano y a su poder

punitivo conferido gracias a la divinidad y surgieron los primeros conflictos entre el parlamento y el soberano.

La Constitución como norma de mayor jerarquía autoriza al Estado de Derecho a sancionar, pero además regularizar así el *ius puniendi* no considera que es por ello que la facultad punitiva (de castigar o sancionar) del Estado, no es un derecho subjetivo del mismo, entonces resulta que se constituye en una función del Estado convertido en norma constitucional.

2.1.5. Aportes del filósofo Thomas Hobbes

Thomas Hobbes, filósofo inglés apreciado como uno de los fundadores de la filosofía política moderna y del absolutismo político, en los preludios del siglo XVII, en su obra más conocida el Leviatán (1651) constituye las bases de la teoría contractualista para el Estado y su relación con los demás ciudadanos. Hobbes a sus 81 años, realiza antes de morir una revisión completa de su obra, enfrentándose consigo mismo para asegurarse de no dejar al mundo contradicciones. Su obra recoge postulados liberales como el derecho del individuo, la igualdad de las personas, el carácter convencional del estado civil no se trata de solo meros postulados, para Hobbes la soberanía del monarca es absoluta, indivisible e irrevocable, “ Hobbes aparece ya como un autor liberal, o, incluso como el padre intelectual del modelo político de corte liberal. Con esto se quiere significar, entre otras cosas, que el Leviatán y en la demás obra político-jurídica de Hobbes se encuentra la fuente de la cual emanan la teoría de los derechos naturales del hombre, la defensa de la libertad, el carácter

racional de la ley, el constitucionalismo; o dicho en términos generales, el discurso de los límites del poder estatal” (Echeverri, 2010: 11)

Su obra está encaminada a asegurar y legalizar una acción dominante y desmedida del poder por parte del soberano, abandonando los ciudadanos frente al que ostenta el poder, que sería el soberano. En el concepto creado o convenido del Estado no va surgiendo ni es desarrollado de forma pasiva a través del tiempo para enclavarse en la historia de la humanidad. El Leviatán se levanta como un ser ficticio creado, al que se llamará Estado o República, más vigoroso que los ciudadanos normales, instituido para la aparente protección y defensa del pueblo más débil. Lo llamativo del planteamiento esbozado es que de ahí surge una legitimación del Estado, como si proviniera de los ciudadanos, o sea que el Estado es el resultado de la creación del hombre y no de la deidad. Esto quiere decir que su función es defender a su inventor, pues se ha investido de derechos y garantías de los que ahora es titular con la insistencia en que el Estado debe cumplir con la función para la que fue creado, es decir que *el ius puniendi* estatal debe ser ejecutado sin duda alguna, atendiendo a los principios legales establecidos por su creador, el hombre. En adelante la política liberal la maneja un nuevo personaje histórico y de brillante lucidez, John Locke, este avance histórico llevará a comprender el surgimiento del *ius puniendi* que el Estado debe ser limitado en su poder. Dada la arbitrariedad del ejercicio de las facultades otorgadas. La función dada a este Leviatán es sin embargo, la precedencia del individuo en sobre él.

2.1.6. Aporte del Filósofo y político inglés John Locke

Mientras Hobbes le atribuye funciones ilimitadas al Estado, incluyendo poder sobre la vida y la muerte de los ciudadanos en manos del soberano. A pesar de que los hombres pasaban de su estado natural a un estado cívico, para Locke debían como derecho para el ciudadano conservar su propiedad, lo que limitaba al soberano a despojarlos de sus bienes. Hobbes que promulgaba en cambio a voz en cuello que la finalidad del Estado era proteger al ciudadano, planteaba que el hombre era un animal político naturaleza. Le abrogaba el poder ilimitado sobre la vida y la muerte de los súbditos que le habían sido entregados en el Leviatán como mencionamos en líneas superiores. Este pensador inglés, se acoge al enfoque aristotélico entiende que el hombre es un animal político por naturaleza, arribar a la creación al Estado, sin embargo Hobbes afirma que el hombre es un animal político por educación y necesidad no por naturaleza.

Según Locke es el hombre quien en este proceso continuo de avance histórico, crea la familia y la sociedad hasta arribar a la creación del Estado que representaba según su planteamiento una entidad artificial, creado por los individuos componentes de una sociedad mediante acuerdos, con el fin de alcanzar la armonía y pacífica convivencia y satisfacer necesidades comunes a todos los componentes sociales.

Establece que ese acuerdo o Contrato Social entre el rey y sus súbditos, es de carácter bilateral, por medio de este acuerdo el soberano se obliga a que sus actuaciones se sujetaran al respeto por la ley natural o la ley de razón, cuyo fin es el

de garantizar la libertad de los súbditos como un derecho fundamental sin limitación alguna, paralelo al bienestar del prójimo sin que se cause daño a otro conciudadano.

Deja atrás la concepción natural de Estado, para certificar conceptos indicadores de una relación de bilateralidad entre el representante del Estado y los ciudadanos.

El modelo contractualista inicia con Hobbes y se extiende en una línea de tiempo hasta la modernidad del s. XVII con los postulados de Kant. Este pensador británico uno de los máximos representantes del empirismo inglés, se destacó por ser un perseverante estudioso de la filosofía política de su época, su invaluable aporte a la evolución del llamado *Contrato Social*, contrastó con el planteamiento de su contemporáneo *Thomas Hobbes* sobre las convenciones sociales.

2.17. Aportes de Juan Jacobo Rousseau

Ginebra, Suiza, 1712 - Ermenonville, Francia, 1778) Filósofo suizo. Junto con Voltaire y Montesquieu, se le sitúa entre los grandes pensadores de la Ilustración en Francia. Sin embargo, aunque compartió con los ilustrados el propósito de superar el oscurantismo de los siglos precedentes, en su obra *El Contrato social*, sobre filosofía política, trata principalmente sobre la libertad e igualdad de los hombres bajo un Estado instituido por medio de un contrato social.

Esta obra como una de las iniciadoras de la Revolución Francesa, ella confiere racionalidad y claridad interna a los argumentos sobre liberalismo clásico, movimiento este que consistió en una antítesis al absolutismo del Estado, persiguió que el ciudadano desarrollara sus capacidades y libertades en los ámbitos políticos,

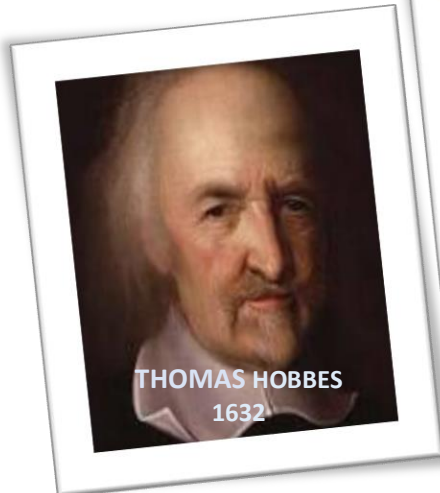
económicos, y religiosos, influyendo en gran manera junto a Montesquieu en la independencia de los Estados Unidos y en la gloriosa Revolución Francesa.

El elemento más destacado del pensamiento rousseauiano se encuentra en su obra del Contrato Social, se centra en el principio “Los hombres tal cual son las leyes tal cual pueden ser” en la introducción de su obra mencionada en este apartado añade además “el hombre ha nacido libre y en todas partes esta encadenado, hay quien se cree amo de los demás, sin dejar de ser más esclavos que ellos” (SALVADOR, 1982: 345)

Vive en los albores del siglo XVIII, para este ilustre pensador la teoría propuesta del Contrato Social conquistó otra dimensión, en efecto Rousseau pone en marcha una corriente de gran avanzada; la importancia de su contribución consistió en hacer despuntar la concepción del papel que juega el soberano, el que debe ser siempre en favor del individuo, son los individuos quienes pactan con él para otorgarle el poder de gobernar constituyéndose en un protector de los intereses colectivo, fundamenta su propuesta en el hecho relevante de que, justamente de ese contrato proviene la autoridad del soberano, acude al *ius naturalismo*, concepto basado en los principios de la Revolución Francesa y consagrado constitucionalmente en la carta magna de muchas naciones florecientes.

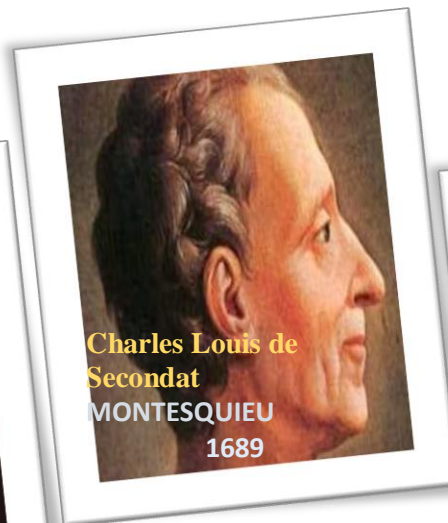
Explica el *ius positivismo* dándole una definición científica a lo jurídico en concordancia a la existencia de una Constitución como norma suprema rectora propuesta por Kelsen.

Ilustración N°1. Los aportes filosóficos a la facultad sancionatoria del estado



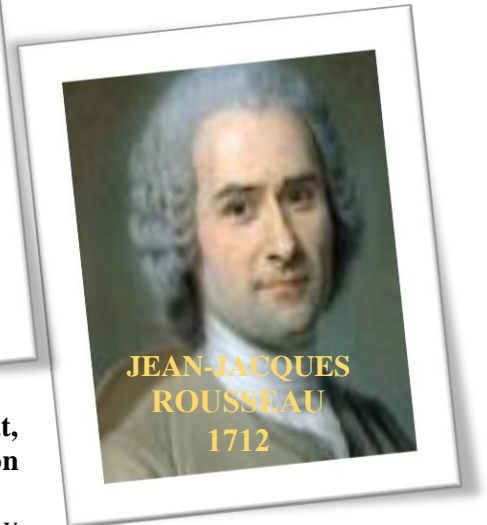
Thomas Hobbes,

Es considerado el teórico por excelencia del absolutismo político, si bien en su pensamiento aparecen conceptos fundamentales del liberalismo tales como el derecho del individuo, la igualdad natural de las personas, el carácter convencional del Estado (que conllevará a la posterior distinción entre este y sociedad civil), la legitimidad representativa y popular del poder político



Charles Louis de Secondat, señor de la Brède y barón de Montesquieu

Fue uno de los filósofos y ensayistas ilustrados más relevantes, en especial por la articulación de la teoría de la separación de poderes, que ha sido introducida en algunas constituciones de varios Estados, con mayor influencia en la Constitución de los Estados Unidos



Jean-Jacques Rousseau

Definido como un ilustrado, presentó profundas contradicciones que lo separaron de los principales representantes de la Ilustración, ganándose por ejemplo la feroz inquina de Voltaire y siendo considerado uno de los primeros escritores del prerromanticismo. Sus ideas influyeron en gran manera a la Revolución Francesa

Fuente: SALVADOR, Giner. Historia del pensamiento Social, Editorial Ariel, S.A. España, 1982.

Al buscar la génesis del *ius Puniendi* nos encontramos que fenómeno jurídico se describe como solo un fragmento del poder del soberano, sin determinar en quien resida el poder si en éste como se concebía en la antigüedad, o por el contrario en el pueblo, como pensamiento moderno.

Para Hobbes y Locke el contrato social tiene necesariamente un elemento metafísico como elemento fundamental, el primero concede a la divinidad la actuación de mediador, el segundo reconoce la ley natural como digna de respeto en la resolución de conflictos, primando el respeto al derecho de la partes contratantes a revocar en unidad de acuerdo, mientras que le concede autoridad al soberano de no encontrarse la actuación de este en equilibrio con el beneficio de los súbditos. Asimismo coincidiendo ampliamente con sus predecesores Rousseau admitió su componente metafísico, sin embargo apoya su idea en el ius naturalismo elevando el mismo a orden constitucional.

Las teorías del *Contrato Social* propuestas estos tres ilustres intelectuales de su época iniciada por Hobbes, continuada por Locke y perfeccionada por Rousseau se conformaron como posiciones ideológicas que tenían su raíz en las antiquísimas instituciones jurídicas de la vetusta Roma en materia civil, que se extratraspolaron al terreno del Derecho Penal; en estas instituciones romanas se reconocen figuras jurídicas como el mandato, la representación, la revocación de mandato, la cesión de derechos, contratos estos definidos como la convención bilateral de voluntades pactadas entre personas naturales o jurídicas.

Línea de tiempo del origen del Estado



Ilustración N°2
Fuente: autogestión

Siendo ya configurados estos elementos estructurales del Contrato Social y retomando nuestra tarea de ajuste a las Ciencias Penales es preciso resaltar la obra de el gran maestro y tratadista milanés Cesare Beccaria.

2.1.7. Aportes de Cesare Beccaria

Beccaria maestro y tratadista milanés abordó con seriedad el origen de las penas en su obra *De los Delitos y las Penas*; afirmó que los hombres encontrándose cansados de vivir sumergidos en conflictos bélicos crearon las leyes buscando la armoniosa convivencia; pero para que esta realidad se hiciera factible era necesaria la colaboración de toda la población en el cumplimiento del cuerpo legal establecido, abogó insistentemente el escritor en que solo debe darse la existencia de la pena si se determina su absoluta necesidad de imposición. Mientras sea tutelada de forma respetable y la seguridad sea absoluta, la libertad que el monarca despliegue sobre cada súbdito, con más justicia serán aplicadas las penas, manteniéndose el derecho real de castigar.

Esta maravillosa joya de la literatura jurídica *De los Delitos y las penas* se engrandece al presentar el tema de las consecuencias en tres contextos como expreso su autor inicialmente, al hacer mención especial a los elementos esenciales en materia de sanción penal.

El demoliberalismo en el que se enmarca el pensamiento del Márquez de Beccaria en la actualidad impulsa a preguntarse si sigue teniendo vigencia, lo que se abordará al avanzar en el razonamiento.

El Sistema Penal Vigente en época de Beccaria: El absolutismo en la concepción y en el ejercicio de la función punitiva y la arbitrariedad en la función judicial, era distintivo del Derecho Penal de lo que se ha dado en llamar “Antiguo Régimen”: la desproporción entre la gravedad de la falta y la severidad de la pena; (AGUDELO B. Nodier, 1990, pág. XVI).

“La crítica del sistema penal existente, una constante en el pensamiento de Beccaria es la combatividad, no existe página de su libro que no reformar pretenda el andamiaje del sistema entonces vigente, a la vez iba perfilando el que creía que debía reemplazarlo. Parece entonces pertinente hacer una breve presentación de las notas más destacadas del sistema que criticaba”. (BECCARIA, 1990).

En cuanto a la ejecución de la sanción que es el tema que nos ocupa en esta obra de los Delitos y las Penas puede extraer dos puntos importantes, Beccaria critica el sistema penal vigente en su época, y por otro lado, es significativa la importancia que tiene su propuesta a un nuevo sistema penal, basado en su lineamiento del neoliberalismo, esto nos conduce a recordar sus planteamientos para precisar como aporta al mejoramiento del sistema penal y en cuanto a la ejecución de la pena. Las consecuencias jurídicas que planteo en su oportunidad este famoso jurista se resumen en el siguiente apartado.

2.1.8.2. Solo el legislador establece leyes

Las penas solo pueden ser establecidas mediante una labor delegada al legislador. Deben estar contenidas en las leyes, ningún magistrado puede o estaba facultado al

antojo de su voluntad imponer una pena que no fuera preestablecida, ni modificarlas por discernir que se trataba de una pena injusta,

2.1.8.3. Solo el juzgador sanciona

El monarca podía establecer leyes generales de obligatorio cumplimiento para todos, pero al ser desobedecida por uno de los miembros de la colectividad le correspondía juzgarlo solo al magistrado cuya sentencia es inapelable.

2.1.8.4. La concordancia de la pena inversa a la justicia

Si se examinase la crueldad de las penas, sería inversa a la justicia.

2.1.8.5. Interpretación de las leyes,

Para el maestro Beccaria no era permitido a jueces en materia criminal interpretar las leyes, este criterio lo esboza en favor del legislador. Recibiendo las leyes como la legítima voluntad de la mayoría, Cesare Beccaria opina que en todo delito debe hacerse un silogismo perfecto. Aunque la justicia sea un principio y perfecto, no es aplicada justamente porque esta labor la realizan hombres imperfectos. Pero en la labor de dar a cada uno lo que corresponde los jueces deben realizar esta labor de la mejor manera posible con imparcialidad.

2.1.8.6. La no oscuridad de las leyes

Las leyes deben ser claras y en idioma entendible, mientras todos puedan tener un entendimiento claro de ellas menores serán los delitos cometidos, su

falta de entendimiento y oscuridad conllevaría al ciudadano a cometer delitos por falta de entendimiento de las mismas.

2.1.8.6. Proporción entre los delitos y las penas

Es necesario que exista proporcionalidad entre un delito y su consecuente sanción, en consideración de que cada delito produce un daño en mayor o menor afectación a la sociedad, por lo que a mayor delito mayor castigo debe producirse en la sanción correspondiente. Determinando una escala en el daño social inmediato y los daños menores a esta por lo que también debe darse un escalonamiento en la determinación de la pena por el delito cometido.

2.1.8.7. Errores en la graduación de las penas

La verdadera medida de los delitos es el daño hecho a la nación. Es decir, cuanto más grande daño se haya hecho a la nación, mayor será el delito, y por lo tanto, la pena.

Una mirada a la realidad lleva a plantear la siguiente interrogante, ¿se ha humanizado el sistema penal, tanto en el procedimiento como en la ejecución de la pena?

2.2. La limitación a la que debe ser sometido el *ius puniendi* ejercido por el Estado

La facultad punitiva del Estado encuentra límites claramente establecidos, ya que no establecer limitaciones de su poder sancionatorio representaría un atraso que fija su mirada en las arbitrariedades de la época primitiva. En el caso de nuestro país, el clamor social sobre aumento de la pena, resulta sencillo, ya sea el aumento de las penas y la creación de nuevos tipos penales, además de penas más severas, aunadas a mas tipos y leyes penales son sinónimo de más seguridad.

Con esta política criminológica del Estado, ignora el aporte del Márquez Beccaria como línea o demarcación del fundamento punitivo estatal, y es que la pena debe ser proporcional al delito, y que constitucionalmente en ningún caso, esta sea objeto de sanciones desproporcionadas al hecho cometido, sino que debe ser aplicada la pena en su justa medida por medio de la individualización penal.

Esta visión torcida una negación de la realidad, social de los centros penitenciarios del país, también las cárceles son degradantes depósitos humanos tienen un discurso y una realidad con mil de voces que claman desde dentro del hacinamiento, y no son escuchadas por las autoridades, es nuestro deseo que la información sobre ellas fomente un adecuado examen de la imposición de las penas por parte del juzgador, que cumple su labor con las limitantes de una legislación y de normas que no son útiles para una imposición e individualización de la pena y, mucho menos para la reinserción social del condenado.

La naturaleza de *ius puniendi* hoy se entiende como una poderosa estructura publica capaz de resolver el conflicto criminal de forma institucional, previsible,

estipulada, igualitaria, legítima y eficaz de un Estado democrático de Derecho en que prevalece la norma.

Es efectiva y racional la administración de justicia? ¿Cómo puede ser medida, y valorada? La misión esencial debe ser, reconocer derechos y garantías fundamentales y exigir su cumplimiento, por lo tanto, una conducta contraria se constituye en un acto delictivo que merece y debe ser penado, siendo esta lesión a la norma penal la razón del surgimiento de un derecho subjetivo a la pena, constituyéndose en la fuente del derecho penal subjetivo. Sólo una adecuada intervención pública garantiza la máxima eficacia preventiva al incremento de la delincuencia.

2.3. Sobre los límites del *ius puniendi*

Para limitar la facultad sancionatoria que tiene el Estado existen los principios como los que a continuación desarrollamos:

2.3.1. Necesidad de la intervención Mínima del Derecho Penal

Hace este principio referencia a la menor injerencia, a la mínima, a la última intervención, considerando al Derecho Penal como el ultimo medio al que debe acudir cuando ya han sido agotadas todas las de control social de carácter formal e informal. Debe ser el Derecho Penal la última *ratio*, a la que se debe acudir, cuando las demás no han logrado resultado positivo.

2.3.2. La efectiva protección de Bienes Jurídicos

Es conocido como el Principio de Lesividad: el Código Penal en el

Artículo 2 que consigna: "...solo se tipifican aquellas conductas y comportamientos cuya incriminación resulten indispensables para la protección de los bienes jurídicos tutelados y los valores significativos de la sociedad y de acuerdo con la política criminal del Estado". El principio se traduce en que el Estado esta efectivamente limitado en establecer penas que no tengan fundamento en la existencia de un bien jurídico por este tutelado y consagrado en el texto constitucional como norma suprema.

Algo más que añadir corresponde al planteamiento de Manuel Lardizábal y Uribe al escribir el Discurso sobre las Penas en el año 1782, dedica el primer capítulo de su obra a examinar todo lo relacionado con el origen de las penas, plantea que no existe pena sin ley, no hay ley sin legislador, ni legislador sin superioridad, supuesta la formación de la sociedad y supuesta la convención de los hombres que cedieron derechos que concedía el estado natural, los que se depositaron en la potestad pública (Lardizábal y Uribe,1982:55).

Tanto Beccaria como para Lardizábal que la coacción que la pena genera de una concepción de un derecho natural de los ciudadanos que es concebido por la divinidad, y de forma contractual entre seres humanos se constituye en un acuerdo de voluntades que da forma bilateral, sacrifica parte de este derecho para que el soberano lo ejerza, en beneficio de la pacífica convivencia.

Con la aparición del movimiento positivista la idea de lo metafísico se considera alejado de un conocimiento real, destacando que la única forma de llegar a este conocimiento es obteniendo el resultado del fenómeno mediante causa y efecto, es decir atribuyéndole al fenómeno una relación causal, sin buscar orígenes metafísicos.

A finales del siglo XIX Franz von Liszt aporta con su teoría causalista del delito, planteada bajo los lineamientos de la corriente vigente el positivismo, reservando para el Estado la regulación de las conductas humanas externas, y el derecho a castigar con pena las acciones delictivas cuyo resultado generara graves daños a los ciudadanos y al Estado.

En cuanto el fundamento estatal a favor del mismo para ejercer *el ius puniendi*, se explica el uso pero no el por qué y para qué del mismo, al escuchar el término *ius puniendi*, se relaciona inmediatamente con la pena, ya que en esta se refleja el carácter sancionador del Estado sino también confronta con la aflicción de la misma.

La conclusión es que *el ius puniendi* se cimienta el derecho y compromiso del Estado de afirmar la armónica convivencia social, asegurando de igual manera los bienes fundamentales de la colectividad inclusive lo del mismo estado, empleando para ello una codificación de leyes y normas penales, integrando en ellas tipo y punibilidad previamente establecidas a la comisión del delito, constituyéndose en la limitante del poder punitivo.

A1. *Nulla Pena sine crimine*

- Principio de Retributividad o de la sucesividad de la pena respecto al delito

A2. *Nullum crimen sine lege*

- Principio de Legalidad, en sentido lato o en sentido estricto

A3. *Nullum lex (poenalis) sine neccesitate*

- Principio de Lesividad o de economía del Derecho Penal

A4. *Nullum necestas sine inuria*

- Principio de Lesividad o de la ofensividad del acto

A5. *Nullum inurias sine actione*

- Principio de materialidad o de la exterioridad de la acción

A6. *Nullum actio sine culpa*

- Principio de culpabilidad o de la responsabilidad.

A7. *Nulla culpa necestas sine iudicio*

- Principio de jurisdiccionalidad,

A8. *Nullu iudicium sine acusatione*

- Principio acusatorio o de la separación entre juez y acusador

A9. *Nulla acussatio sine probatione*

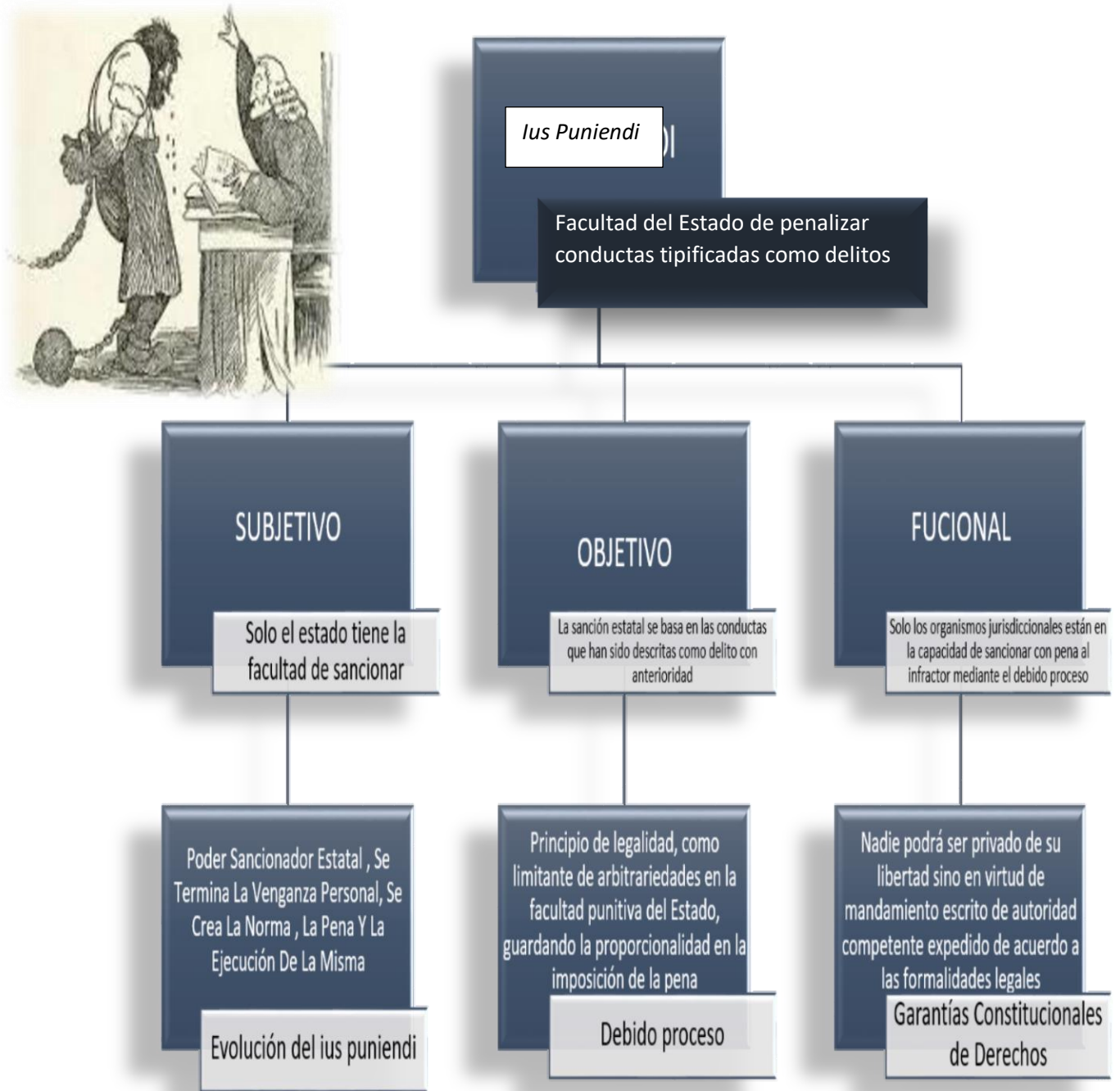
- Principio de la carga de la prueba o de verificación

A10 *Nulla probativo sine defensione*

- Principio contradictorio, o de la defensa o de la refutación

Cuadro N°2: Diez axiomas del Garantismo Pena Fuente: FERRAJOLI, 1995

Ilustración N° 3 Características del Ius Puniendi



Fuente: FERRAJOLI, pág. 332

CAPITULO III

ASPECTOS GENERALES DE LA PENA

III. Puntualidades Terminológicas

3. Concepto de Pena

La expresión pena, obtiene una variada conceptualización, existiendo etimológicamente como pena la palabra procedente del latín *poena* y este del griego (*poine* o multa). Es en la que debemos concretar el concepto de pena de ser la consecuencia jurídica que acarrea una conducta delictiva, definiciones que se ven influenciadas no solo en el ámbito jurídico sino también filosófico. La pena ciertamente ha sido considerada desde su génesis como un mal o un castigo, con todo lo dicho esta definición o concepción del concepto ha tenido que ser sometida a una revisión al amparo de nuevos criterios de política- criminal que establece el Estado.

Para Muñoz Conde la pena se define como el mal que impone el legislador por la comisión de un delito (Conde, 1975:33). No obstante la definición de Muñoz Conde es necesario objetar el hecho que la pena no es impuesta por el legislador sino por un ente jurisdiccional trascurrido un proceso penal mediante sentencia ejecutoriada, con un juez imparcial, la definición planteada por Octavio De Toledo, dice que, la interpretación restrictiva contraria nos conduce a la incongruencia de la definición de Muñoz Conde de que la pena no la impone el legislador sino el tribunal y a la unilateralización del concepto que quedaría solo referido al momento de la imposición concreta , cosa que no es adecuada. (OCTAVIO, 1981:194).

“La pena consiste en la privación o estrictión de derechos, establecida por la ley e impuesta por el Estado por medio de órganos jurisdiccionales y con las garantías de un proceso destinado a este fin, al culpable de la comisión de un delito”. (Castillo, 2017: 27)

Al respecto conviene decir que la pena supone privación o restricción de bienes jurídicos impuesta conforma a la ley, por los órganos jurisdiccionales competentes, al culpable de una infracción penal. (ESQUERDO, S/F:17)

La pena consiste en la privación o restricción de derechos, establecida por la ley e impuesta por el Estado por medio de sus órganos jurisdiccionales y con las garantías de un proceso destinado a este fin, al culpable de la comisión de un delito. (CASTILLO, 2017: 30)

Se entiende comúnmente por pena una institución de Derecho Público que limita un derecho a una persona imputable como consecuencia de una infracción criminal impuesta en una sentencia firme por un órgano jurisdiccional. (CUELLO CONTRERAS, 2014:233)

La pena es, en efecto, uno de los instrumentos más característicos con que cuenta el Estado para imponer sus normas jurídicas, y su función depende de la que se asigne al Estado (MIR PUIG, 1982, Intr.)

Alfonso Reyes Echandía, reflexiona que la pena es definida como la supresión o coartación de un derecho personal que el Estado impone por medio de su rama jurisdiccional al sujeto imputable que ha sido declarado responsable de un hecho punible (Echandia, 1996: 215).

La pena es la consecuencia jurídica del delito, consistente en una privación de bienes jurídicos importantes que se impone al responsable de un delito. Dada la gravedad debe esta prevista en la ley penal ser impuesta por órganos jurisdiccionales al responsable

del hecho delictivo. La pena, constituye el instrumento fundamental del Derecho Penal y, además de darle el nombre le impone una serie de condicionantes. Ya que siendo el instrumento más violento de que dispone el Estado, debe rodearse de garantías y límites.

En ese sentido la racionalidad que se exige al Derecho penal, significa en última instancia, la racionalidad en la imposición de la pena. (Torre, 2015: 53).

Sin embargo para Reinhart Maurach: “El mal de la pena compensa, en virtud de una merma del derecho (del autor), la usurpación del derecho (ajeno) propia del delito”. (BACIGALUPO, s/f:37). Como quiera las explicaciones de Roxin señalando en relación al sentido de la pena impuesta por el Estado “no se trata en primer término de un problema teórico, ni por tanto de reflexiones como las que se suelen hacer en otros campos sobre el sentido de esta o aquella manifestación de la vida, sino es un tema de acuciante actualidad práctica” (ROXIN,1976:11).

3.1. Principio de Legalidad: La pena solo puede ser impuesta conforme a lo establecido en la ley como lo contempla el Principio de legalidad, como efectivamente se afirma en la definición del concepto emitida en líneas anteriores, haciendo sin duda alguna alusión a este principio con el cual se instaura una reacción contra la arbitrariedad en el abuso del poder, excluyendo de esta forma la inseguridad jurídica.

Durante el siglo de XVII e inicios XVIII, la filosofía de aquella época apuntaba a esta dirección con los aportes de Charles Louis de Secondat, Barón de Montesquieu y Jean Jacques Rousseau; sus aportes contenido en el libro *De los delitos y de las penas*, la enunciación al respecto ha quedado plasmada en el libro *De los delitos y de las Penas* de Cesar de Bonesana, *Marqués* de Beccaria, quien señala que:

"...sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos; y que esta autoridad no puede residir más que en el legislador que representa aun toda la sociedad agrupada por un contrato social "(BECCARIA,2005: 74).

La pena, representa un mal para el delincuente, quien en la comisión de un delito siendo culpable, el tipo penal determina la responsabilidad que afrontará por su acción. La pena surge además de acuerdo a lo normado como resultado del actuar delictivo. Es pues una secuela lógica del delito, estableciendo la privación o limitación de incuestionables derechos al delincuente, esta debe estar predicha en una norma penal ser atribuida siguiendo un proceso como retribución en razón del mal derivado a la sociedad por el delito cometido.

Al concepto de pena el mismo se adecua y se enmarca dentro de lo estipulado en la Constitución como norma de máxima jerarquía, conteniendo la misma diversas normas relativas a la sanción penal, garantizando derechos individuales al establecer lo siguiente:

Artículo 31: Sólo serán penados los hechos declarados punibles por ley anterior a su perpetración y exactamente aplicable al acto imputado.

Este precepto constitucional se encuentra desarrollado en el Código Penal vigente instituyendo lo siguiente:

Artículo 9: Nadie podrá ser procesado ni penado por un hecho no descrito expresamente como delito por la ley al tiempo de su comisión, ni sometido a medida de seguridad que la ley no prevea.

Las diferentes posiciones filosóficas y doctrinarias en esta materia, han dado lugar a una discusión en lo relacionado al por qué y a la finalidad que debe perseguir la pena, surgiendo de esta forma las diversas teorías que explican sus razones y finalidad de la pena, las cuales abordaremos posterior a la exposición del surgimiento de la facultad sancionatoria del Estado.

Cuando un Estado utiliza un discurso jurídico penal basado en la arbitrariedad, y es puesto en vigencia con políticas criminológicas lejanas de un estudio científico de la realidad social, solo se obtendrán resultados que dejan desenmascaradas graves fallas sociales, esto tiende a acumular la indignación hasta llegar a la crisis social quedando atrapado en un tipo penal nuevo, el cual es determinado en su composición penal legislativa, por casos particulares, el fenómeno social que le da vida al nuevo delito continua, aunque en la práctica solo se dispone para que la operatividad social funcione, se llega al Derecho Penal, pero no precisamente como última *ratio* sino como un poder para corregir el fracaso social en la lucha contra la creciente criminalidad.

No es de extrañar que en muchas legislaciones penales incluida la panameña, pueden encontrarse muestras de tipos penales que son producto de esa doctrina mágica que pretende resolver todos los dilemas de la delincuencia con esta sencilla fórmula prodigiosa.

3.2. Fines y fundamentos de la Pena, Conviene distinguir entre la naturaleza de las penas y su justificación a los fines, lo que necesariamente tiene que responder a la interrogante ¿Por qué y para qué se impone una pena?

La teorías que pretenden explicar la función y fines de la pena tanto para el condenado como para el resto de los ciudadanos, puede ser entendido desde diversos puntos de vista, entre los principales enfoques está que se imponga bien como retribución o bien como prevención , si se consideramos la pena como una mera retribución se está dirigiendo la mirada al pasado compensando un mal por otro, paralelamente esta considerar la pena como prevención, es mirar hacia el futuro en relación a la evitación de futuras conductas delictivas, tanto en el delincuente inculpado, como por parte de los demás miembros de la sociedad. Hay recordar el deber del Estado de velar por la protección de todos los ciudadano incluyendo al reo, considerándolo como un sujeto que requiere la atención necesaria para que una vez cumplida su deuda con la sociedad pueda ser resocializado y reinsertado a la convivencia y desarrollo personal con el resto de la sociedad.

La pena ha sido objeto de múltiples investigaciones y análisis teóricos, otrora por académicos de diversas áreas de estudio, siendo la más acuciosa la dogmática penal. Entre las teorías que explican el fin y el fundamento de la pena, sobresale la Teoría Absoluta. También la Teoría Relativa y, la Teoría de la Unión. Las interpretaciones más importantes sobre las teorías de Retribución o Absoluta de la pena son las de los filósofos como Immanuel Kant a Georg Wilhelm Friedrich Hegel y a Karl Ludwig Lorenz Binding.

3.3. La Teoría de la Retribución

La teoría que hasta hace poco tiempo dominó en Alemania era la Teoría de la Retribución o de la justicia. “Para esta teoría el sentido de la pena consiste en la retribución

justa, es decir es imponer al delincuente un mal que corresponda al grado de culpabilidad. De acuerdo con ella una culpabilidad leve (por ejemplo un pequeño hurto cometido por motivos humanamente comprensible) corresponde una pena también leve, y una culpa grave (por ejemplo un asesinato por codicia) una pena también grave”. (ROXIN, 1981, pág. 33)

El primordial medio que posee el Estado como signo de resistencia o de reacción ante la comisión de conductas delictivas. La misma se constituye en una restricción de los derechos del individuo que resulte responsable. El orden jurídico predice además de las penas las medidas de seguridad, las cuales son destinadas a atenuar las circunstancias en las cuales el uso de la pena no resulte recomendable su imposición al hecho concreto. De esta forma el sistema de reacción penal se constituye con dos formas de sanción como instrumento de castigo para frenar el delito, las penas y las medidas de seguridad.

Desde tiempos distantes la discusión en lo concerniente a la justificación, fines y fundamentos de la pena ha generado grandes polémicas. Surgiendo en la doctrina penal las diversas teorías que hacen el intento de legitimar la imposición de la pena al culpable de un delito. Precisamente para dar una respuesta a este castigo, las diversas teorías parten desde el punto de vista de retribuir por el mal causado al infractor de la ley penal, pero en su evolución las mismas consideran la utilidad de la pena en búsqueda, no solo de retribuir, sino prevenir y coaccionar de forma general o especial, al individuo o a la sociedad de abstenerse de vulnerar el orden penal establecido y vigente; así como también de explicar los presupuestos que condicionan el ejercicio del *ius puniendi* y la finalidad perseguida por el Estado con la incriminación penal.

Las Teorías Absolutas mediante estos postulados se sostiene que la pena halla su razón de ser en sí misma, única y exclusivamente retribuir al autor de un delito por el mal causado. Halla su origen en la influencia que tuviera las ciencias exactas en las ciencias humanas, un mal negativo, es retribuido con otro mal negativo, dando como resultado que se positivaría las circunstancias dadas; con esta lógica matemática más elemental se plantea la Teoría Retribucionista. No existe según ella la más mínima posibilidad de encontrar fines ulteriores a la imposición de la pena, la pena es absoluta e independiente de cualquier beneficio social. No existe más razón de ser que la pena como castigo. Tema que abordaremos en otro apartado, con mucha más amplitud.

3.3.1. Immanuel Kant y el Imperativo Categórico (1724-1804)

Este filósofo prusiano de la ilustración, se refiere al problema de la pena en diversas obras, pero lo trata de manera expresa en la primera parte de *La metafísica Dei Costumi*, la dedicada a la *Rechtslehre* más precisamente en la parte reservada al derecho público en el ámbito de la doctrina del Estado. Para él la ley penal se constituye en un imperativo categórico, lo que es lo que equivaldría a decir que es un mandato de la justicia. Si la pena se explicase por los fines por los fines de utilidad para la sociedad, entonces se reduciría al reo a una cosa, se le utilizaría como medio para conseguir un determinado fin. Por eso la pena debe imponerse porque se ha cometido un delito, aunque no depare ningún provecho para el reo ni para la sociedad (CASTILO, 2017: 30)

Kant, quien se mantuvo en su posición al establecer que la pena debe ser aunque el Estado y la sociedad no existan. El principio para determinar especie y grado de la pena

es para Kant la forma de *ius talionis*, entendido como un sistema que sirve para punir al que delinque según su “malignidad interna”, olvidando que por ser la pena una institución jurídica, eran los aspectos exteriores del accionar delictivo los que podían y debían tomarse en consideración.

Tanto más porque en su obra *La Crítica de la Razón Pura*, se había teorizado la imposibilidad de conocer, en la realidad fenoménica, la auténtica moralidad íntima de nuestras acciones.

Para Kant la retribución debía ser inflexible, en efecto consideraba la pena de muerte como obligatoria para el asesino y para los que en complicidad con el autor cometieran el delito, aduciendo que solo la muerte puede expiar, solo era una excepción a esto los delitos que cometía el rey hacia sus súbditos infieles, a quienes no se les admitía el derecho a resistirse a la voluntad de castigo desproporcionado del soberano; a diferencia de su discípulo Feuerbach quien no compartía esta ideología.

Así el recorrido histórico realizado hasta este apartado arribamos al conocida relato de la teoría penal que hace una alegoría en relación a una isla: Esta isla que a punto de ser abandonada por sus habitantes, en forma de prosa y sin contenido lógico y humano parafraseando la misma, se instituye que aunque esta sociedad civil se suprimiera con el consentimiento de todos sus habitantes, el último asesino que se encontrase privado de su libertad en una cárcel debería ser ejecutado, para que lleve con su muerte la retribución por la sangre por él derramada, para que no caiga sobre el pueblo que se constituiría en cómplice por no reivindicar a la víctima y no hacer justicia. Esta prosa, afirma que la pena debe existir para que la justicia reine en la tierra. Desmedido es su planteamiento donde

se reflejaba sintetizado el rigor de su postura en cuanto al castigo que debía emplearse, lo que prohió la polémica con los argumentos abolicionistas de Beccaria.

Esta indebida inserción de la función del derecho penal y del Estado en el ámbito de la doctrina del Imperativo Categórico, que Kant definió como ley penal, que origina la Teoría Ético- Retributiva, el arquetipo o modelo de la Teoría Absoluta.

Para Kant el imperativo categórico era “típico de la moralidad”, su postulado ineludible para un efectivo observancia es la libertad, ya que la es característica de la ley jurídica la eventualidad de la coerción, indispensablemente porque por esclarecimiento su obediencia se piensa para el provecho de cualquier desenlace ligado a la persona individual.

En este imperativo kantiano es improbable y equívoco definir como imperativo categórico a una típica ley jurídica como la penal que, además, en el caso de su violación, implica sanciones gravísimas, incluso la muerte. El respeto a la ley selva al máximo accionar estatal, como lo demandaba Kant, en lugar de ser el temor de la pena prevista en la norma lo que debería disuadir al delincuente.

3.3.2. Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831)

El filósofo alemán Hegel, entiende la retribución como restablecimiento de la validez del derecho vía la cancelación de su propia cancelación, que es el delito. Puesto que el delito es coacción, su cancelación también ha de ser necesariamente coercitiva. El modo preciso en que la coacción retributiva se hace jurídicamente operativa puede explorarse de la mano del análisis que Binding ofrece de la posición de la pena como modalidad específica de coacción jurídica. Esta concepción de la

pena como coacción retributiva hace posible examinar críticamente algunas variantes de teorías prevencionistas de la pena, así como relativizar la conexión tradicional, fundamentalmente ligada a Kant, entre retribución y deontología, (MAÑALIS, 2010:16).

Hegel por esta razón concede a los fenómenos delito y pena una dimensión social e intersubjetiva de las que carecían las formulaciones kantianas lo que tiene la sociedad que castiga un valor simbólico equivalente al delito. (FEIJOO,2014: 34)

Admitiendo el delito como la negación del derecho, a la pena como la negación de la negación, que anularía el delito, y restableciendo con esta el derecho, entiende Hegel que el delito solo puede ser enfrentado por el Estado mediante el castigo, sin reconocer a la sanción penal algún tipo de beneficio social o preventivo de la conducta delictiva, es decir que la intimidación y el mejoramiento no son fines de la pena.

Esta construcción pesó irrevocablemente en correlación a la posterior evolución del Derecho penal y, debido a que no constan aún opciones reforzadas, hoy conservan relativa vigencia.

3.3.3. Crítica a la Teoría Retributiva o Absoluta: Las críticas formuladas a esta teoría han tenido un peso significativo descenso, hasta ser abandonado por la doctrina penal, y hoy por hoy sola sirve de referente evolutivo a la sanción penal asentada por el Estado. Se deja de manifiesto la falta de respuesta al límite del *ius puniendi* estatal, estipulado para que debe darse el castigo, pero deja de lado toda utilidad social y preventiva del delito en la sociedad y en el autor del mal, sin fijarle

límite alguno al poder punitivo del Estado. Solo se permite la racionalización de la venganza. La pena no borra el mal causado haciendo vulnerable la idea de retribución, pues solo añade un mal a otro mal, el criterio empuñado por la Ley del Talión no recupera el ojo de la víctima quitándole el ojo al autor. Lamentablemente la evolución del Derecho Penal no ha alcanzado los límites de abandonar la retribución, y algunos lo atribuyen a la y fragilidad de las Teorías Preventivas planteadas como opción. Se le puede determinar de establecer alguna limitación a la sanción estatal.

El principal argumento esgrimido contra la Teoría Retributiva de fundamenta dice que no existe seguridad de que el individuo al momento de cometer el hecho delictivo fuera absolutamente libre y que la pena debe ser impuesta por el uso indebido de esta libertad. Si la pena no puede ser basada en el uso de la venganza como medio, entonces es como una sanción justa como fin principal, aunque si puede ser un fin positivo de la pena orientado inicialmente a otro fin.

3.4. Teorías Relativas De La Pena: La crisis que atravesó la teoría de la Retribución o Teoría Absoluta de la pena dio paso a otra forma doctrinal de definir los fines y funciones de la pena, así surge la llamada Teoría de la Prevención, con argumentos opuestos a la anterior expuesta. Por una parte puede concebirse como la amenaza a los posibles delincuentes (lo que es conocido como la prevención general negativa), como el reforzamiento o afirmación de la norma penal a la vista del resto de los habitantes.

Es decir se le otorga a la pena un fin de mantenimiento del orden público, la conservación de derechos y bienes jurídicos propios del ser humano, trabajando en la conciencia de los ciudadanos y reforzando el manteniendo de las costumbres sociales y la fidelidad a las normas del ordenamiento penal de la nación. En síntesis formando la conciencia social frente a la norma. Esta proposición jurídica se inclina a brindar fundamentos éticos a la pena, se entiende como un medio para la creación de posteriores objetivos, como un instrumento de motivación y un remedio para frenar el delito.

Para Cuello Contreras “la pena no se constituye en un fin en sí mismo sino como lo plantea la teoría retribucionista, plantea que si al mal del delito se le suma el mal de la pena, esto se constituye en una verdadera crueldad gratuita. La pena según las teorías relativas, de ahí su nombre, ha de ser un medio justo para un fin útil. Se castiga el delito que ya se ha cometido para prevenir los delitos en el futuro” (CUELLO, 2014: 25), la Teoría de la Prevención general encierra dos grandes corrientes la Teoría de la Prevención especial y teoría de la Prevención General.

3.5. Teorías de la prevención especial: Esta teoría desarrollada por distintas corrientes de pensamiento penal, entre las cuales está la escuela alemana de Franz von Liszt, también se destaca la escuela del pensamiento criminológico italiano, que contribuyeron a esta tendencia ideológica el correccionalismo y la llamada Escuela de la Defensa Social, cada una de ellas le aporta a esta teoría su característica particular, constituyéndose en la posición contraria a las teorías retribucionistas.

Instituye en sus proposiciones la prevención especial, que propone que el fin de la pena no es otro que desarraigar de la mente del autor, a no cometer futuros

delitos, o evitar la reincidencia que no es más que la versión actual de la teoría. La medida de la pena es solo la necesaria para alcanzar ese propósito, procurando rehabilitar. Al respecto Von Liszt afirma que la prevención especial es la forma de legitimar la sanción penal por parte del Estado, porque solo la pena necesaria es justa.

La denominación de la Teoría Relativa responde a que su orientación está encaminada a evitar el delito, no retrocede a los hechos pasados, sino que ve la justificación de la sanción en prevenir nuevos delitos. Esta idea, influenciada por el determinismo, no acepta la libre voluntad, niega que la culpabilidad pueda ser fundamento y medida de la pena. Von Liszt se propuso clasificar delincuentes considerando que la eficacia de la incriminación requiere que ella se adecue a cada individuo, ensayando corregir, amedrentar o inocuizar, según la personalidad de cada individuo. Para él la prevención especial podría, corrigiendo al corregible mediante la resocialización, intimidando al intimidable, y dejando inofensivo al que es incorregible e intimidable. La necesidad de imponer una pena es la que fundamenta esta teoría.

Como consecuencia del delito, la pena debe poner énfasis en la culpabilidad del sujeto para establecer la medida de la misma, basándose en que la culpabilidad del individuo es la medida de la pena, pues no se debe penar más allá de lo estrictamente necesario en atención a la culpabilidad del infractor, (Muñoz Pope, 2003: 48).

El Estado, como ente conformado por una sociedad, no debe obligar a un individuo a readaptarse siguiendo las reglas socialmente impuestas, en forma coactiva, los ataques y razonamientos a esta creencia se asientan en la imagen que el cimiento y fines de la

facultad sancionatoria estatal, es la corrección, es el fin perseguido y en sí misma no justifica el *ius puniendi*.

No se puede agotar el sentido de la pena en la rehabilitación y readaptación social del condenado y de esta forma evitar la comisión delictiva o la conocida reincidencia que tanto afecta a la sociedad, por lo que la teoría de la prevención especial se ha quedado estancada en su desarrollo, sin dar respuesta o superar las críticas que otrora ha enfrentado.

“El efecto preventivo general se refuerza cuando la pena se aplica al delincuente concreto, porque en ese instante la colectividad advierte que la amenaza de la pena que contiene la ley penal desde su entrada en vigor es una amenaza seria y real”. (Alonso, 2010: 52).

El filósofo Feuerbach, del siglo XIX, le confiere el carácter científico a esta teoría, donde la pena como una amenaza por medios legalmente establecidos y anteriores a la perpetración del hecho tipificado como delito, está dirigida a la colectividad de la sociedad para que el riesgo derivado de la inseguridad que se percibe por la delincuencia sea restringido de su conformación social.

Feuerbach determina la división de un principio básico kantiano: el ejercicio de la libertad de un ser racional no puede contradecir la libertad de otro ser racional. Logra delimitar exactamente entre la potestad penal del Estado, cuestión que no había sido resuelta por los iluministas: “El que se excede en el ejercicio de la libertad jurídica lesiona un derecho esto actuando en contra del fin del Estado, el que transforma esta conducta en un delito aun cuando el probable derecho del Estado no se ve directamente

afectado. Del mismo modo será delictual una conducta si afecto un derecho del Estado como persona jurídica. Habría que decir que Feuerbach es el primero en relacionar al Derecho Penal con los derechos subjetivos, separando la acción policial de faltas administrativas de las acciones delictuales”. (Hormazabal, 1982: 15)

Esta amenaza que se ve materializada en la sentencia, siendo este acto anunciado al resto de la sociedad, como muestra de lo que sucederá de repetirse la conducta reprochada. Siendo la seguridad del cumplimiento de la pena la base para la seguridad colectiva en la administración de justicia, a fin de también reforzar el sentimiento intimidatorio que debe ser producido en la sociedad. Para esta teoría, más bien la prevención general cobra su significado en impedir los delitos futuros mediante la producción del efecto disuasivo en la generalidad de los asociados. Se identifican estas concepciones con el aspecto intimidatorio de la sanción, y se ve reforzada y adquiere su mayor efectividad, con la imposición y ejecución. Según Feuerbach; La ejecución de la pena tiene lugar "para que la amenaza de la ley sea una verdadera amenaza".

3.6. La pena debe estar dirigida a la prevención del delito.

Esta teoría surge para poner a la vista la superioridad de no tener que acudir al discernimiento tradicional de la culpabilidad sino al de motivación del autor, el tipo penal que describe la conducta reprochable y cuyo objetivo obedece mediante la amenaza de la pena para que la misma no se realice. Además, la prevención especial no va dirigida al conjunto de la sociedad, sino a aquellos que ya hayan vulnerado el ordenamiento jurídico. Presenta los efectos que tiene la aplicación de una pena en el individuo a la que va dirigida. Siendo el objetivo primordial evitar que

el individuo que haya cometido una ilegalidad penal, no considera en el futuro repetir la conducta desplegada cuya culpabilidad comprobada lo hace proporcionalmente merecedor de la sanción. Se insiste en que no apunta el sujeto a la sociedad en general sino hacia aquel sujeto que ya vulneró el ordenamiento penal.

El propósito que afilia a la pena en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, de acuerdo al artículo 5° numeral 6 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual señala expresamente que las penas privativas de la libertad tendrá como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

Entre las críticas que enfrenta esa teoría que amenaza legalmente a la sociedad en general por medios legales, está la fundamentación de la sanción Estatal, se encuentra internando el peligro de la taxativa fragilidad para fundamentar cuando el Estado utilice la pena como medio de reprehensión y conservación del orden social establecido.

Las teorías absolutas retribucionistas, en el sentido de que la pena es siempre retribución, son actualmente abandonadas a pesar de que cuentan con un nada desdeñable bagaje histórico y filosófico. A pesar de esta suerte de desprestigio del retribucionismo, no debe olvidarse que, en cierta forma, la retribución puede servir al fin preventivo de la pena como criterio para el establecimiento del quantum y clase de la misma. Esto es la proporcionalidad de las penas, sin ninguna duda es un módulo técnico que sirve útilmente a la prevención, por la comprensión y disuasión de la comisión de delitos por parte del cuerpo social. Una pena desproporcionada puede resultar criminógena. (Quintanar, 2015: 18).

3.7. Los efectos que conlleva la Teoría de la Prevención Especial

La certeza de la prevención especial tiene una doble vertiente, entre los que se encuentran establecidos se pueden esbozar:

3.7.1. Peligrosidad criminal: La concentración del castigo impide que el sometido realice hechos ilícitos, de modo que se busca obviar el riesgo que para la sociedad supone el criminal.

3.7.2. Prevención especial en sentido estricto: Presume el condicionamiento interno del sometido que ha quebrantado la norma para que no vuelva a ejecutar tales contravenciones. Esta necesariamente ligada a la figura jurídica de la reincidencia, e indirectamente unida a la peligrosidad criminal, pues pretende dominar el riesgo que la colectividad sobrelleva con el sujeto criminal.

En un Estado social y democrático de Derecho solo puede ser legítima una pena que posea un fin social, que no pueda ser otro que prevenir futuros delitos. La prevención tanto general como especial es consustancial al carácter de pena en un Estado que tiene como misión intervenir activamente en la disminución de la delincuencia.

Las críticas a la que es sometida esta teoría tienen que ver con cuáles deben ser los supuestos que debe tener el Estado en frente para ejercer su facultad de reprimir o castigar, aduciendo los críticos que esto favorece el terror penal como ocurrió durante la edad media y las arbitrariedades al realizar ejecuciones ejemplarizantes.

Ello podría terminar en una escalada del terror estatal dándole al Derecho Penal una función de más preocupación por su eficacia, que así debe ser, pero dejando en segundo

plano la seguridad y servicio a los ciudadanos. Sin embargo con esta teoría no se hace fácil la tarea de determinar cuál es la afectación punitiva que es necesaria aplicar al delincuente para que los demás miembros de la sociedad se sientan intimidados. Muchos escritores han llamado a este fenómeno la indemostrabilidad de la coacción psicológica. Es difícil demostrar que tan coaccionada se puede sentir la sociedad en general, es decir que tan efectivo resulta ese efecto preventivo general de la pena. Tener la concepción de que la sanción penal del Estado es proporcional al efecto preventivo que debe surtir, se admite de forma inexacta.

El interés de utilizar a un delincuente que quebrantó la norma penal, para atemorizar al resto de la población, siendo el interés mantener el orden social y la estabilidad e interés social en la contención del delito, no es bastante para justificar, la correlación entre el efecto que la pena en él produce, se deja a un lado la dignidad humana, al utilizar a un hombre para conseguir fines para otros hombres. Utilizar al ser humano de esta forma deja la intranquilidad, de un criterio que gravita en la mente de quien hace el análisis necesario a este planteamiento de que el individuo no está siendo sancionado por el hecho delictivo cometido, sino por el comportamiento que otros puedan imitar, o realizar, planteamiento que nos hace recapitular la posición kantiana de que el ser humano sea utilizado como instrumento para prevenir la intenciones de los otros seres humanos.

En estas censuras planteadas para proyectar las carencias de esta teoría de la prevención general, no han promovido al Derecho Penal a despojarse de forma total de su punto de vista.

3.8. Teorías mixtas o de la unión

Con esta denominación se alude a las teorías que reconocen que la pena es retribución proporcionada al mal del delito, pero también se orienta a la realización de fines de prevención general y especial, mediante la prevención de futuros delitos y la resocialización del autor. Se busca pues, una fórmula de compromiso que intente armonizar lo positivo que tienen las teorías absolutas y relativas. (Esquerdo, 2015: 25).

Parece perfectamente claro que tras estas aparentemente incompatibles posiciones se defiende actualmente una postura intermedia que intenta conciliar ambos extremos, partiendo de la idea de retribución como base, pero añadiéndole también el cumplimiento de fines preventivos tanto generales como especiales (Muñoz Conde, 2001:72)

El debate se plantea entre las teorías antes expuestas dejan de manifiesto que debe existir más de un fin al Estado sancionar por la infracción de la norma a un individuo, ninguna de esta agota en si misma el soporte de para su definición.

Las teoría de la unión, adhiere a las escuelas que se dividieron en aparentes posiciones irreconciliables aquellas que defendieron la retribución y las que le atribuían a la pena una prevención general y especial, en un aparente eclecticismo que queriendo agradar a todos, quedo sin satisfacer a nadie. Sin embargo aunque la prevención y la retribución son dos caras de una misma moneda, se le reconoce a esta teoría la virtud de logra la superación de posiciones radicales y extremas de ambas posiciones, se considerara la retribución y la prevención como un solo aspecto de la pena. Conjeturan una composición de fines preventivos y retributivos e intentan conformar un método que acopie los efectos más positivos de cada una de los pensamientos, desarrollados. Es la teoría de la

unión la dominante en el Derecho Penal contemporáneo, su intento no es más que exhibir un fundamento que sea vinculada o de forma coherente con la sanción penal el cual examina ambas teorías en lucha. Con su planteamiento muchos escritores y juristas manifiestan las ausencias de respuestas doctrinarias para justificar debida y categóricamente la facultad de sancionar del estado.

Frecuentemente las teorías mixtas le fijan al Derecho Penal la función de protección a la sociedad, sin embargo, tal ocupación no recubre semejantes peculiaridades en todas las teorías. Se fundamenta conforme al siguiente esquema en dos grandes fundamentos.

- a).** Aquellas que demandan que la defensa de la sociedad haya de fundamentar en la retribución justa y que los resultados de la prevención sólo mantienen un papel suplementario en la retribución.

- b).** Las que sustentan que el cimiento de la pena es la defensa de la sociedad, y a la retribución incumbe únicamente la función de límite máximo de las reclamaciones de la prevención, frenando que lleven a una pena superior a la apropiada por el delito cometido.

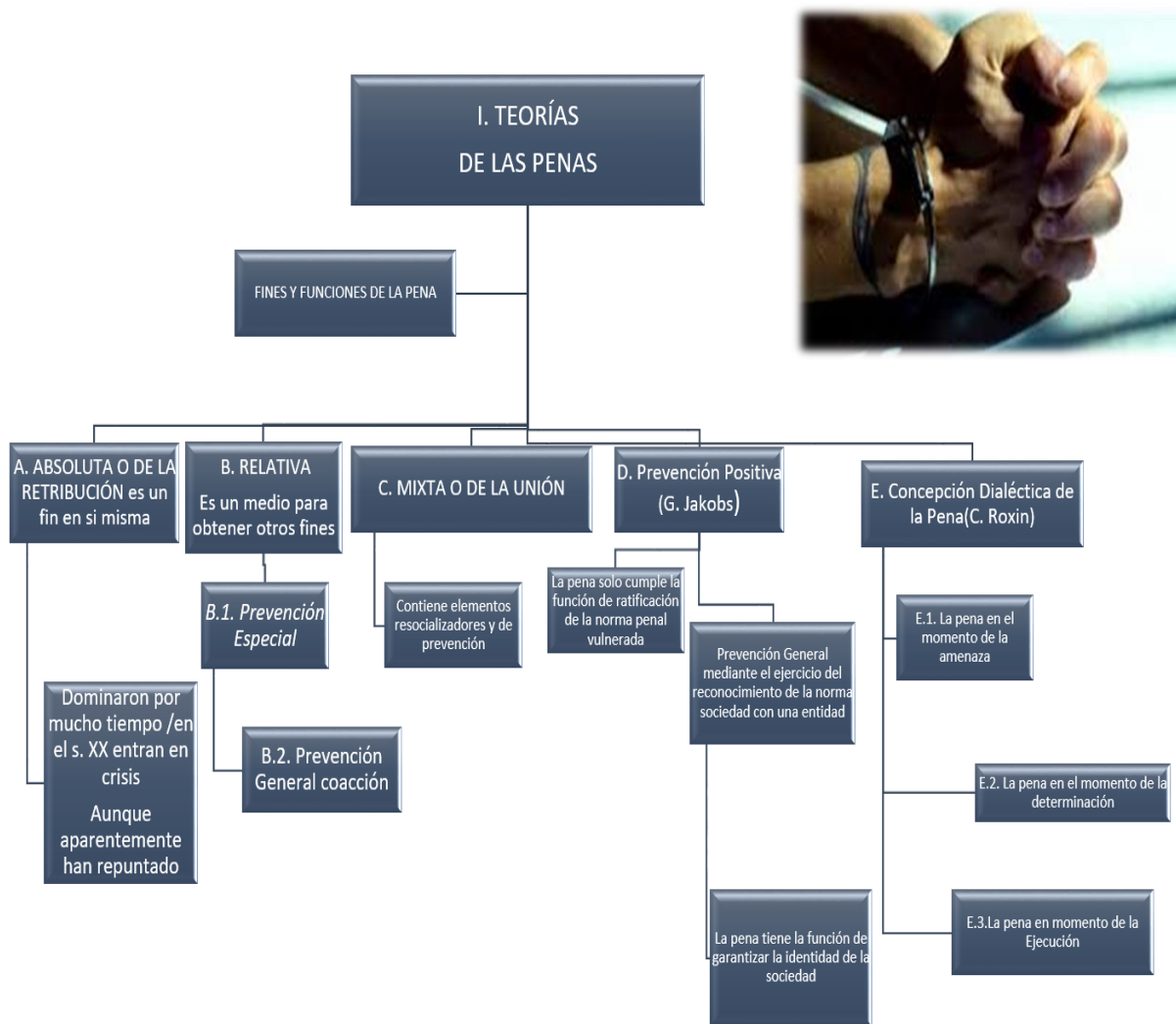
Entre las dualidades de este planteamiento, el amparo de la sociedad es percibida, en el sentido de protección de bienes jurídicos y las conminaciones penales se justifican sólo, y siempre, por la necesidad de protección de bienes jurídicos.

De allí surge una posición intermedia o eclética que pretende resolver el debate generado por las anteriores explicaciones a los fines y funciones de la pena hasta su

aparición, produciendo un punto o posición intermedia entre las posiciones doctrinarias en pugna.

La teoría de más incidencia durante la ejecución sería la prevención especial en su versión moderna, debido a que el sistema penitenciario debe orientarse al logro de la readaptación social del condenado. En síntesis: la teoría de la pena afirma que; la pena sirve a finalidades de prevención especial y general.

Ilustración N° 4. Los postulados de las teorías de la pena



Fuente: autogestión

CAPITULO IV

IMPLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD ENTRE EL DELITO Y LA PENA

4. Generalidades y Definición

Concepto

Término utilizado en el derecho penal para referirse a la idea de que la pena asignada para cada delito debe ser proporcional a la gravedad del daño ocasionado por la comisión del mismo. (MIR PUIG, 2008: 35)

4.1. Aspectos o exigencias hay que distinguir en el principio de proporcionalidad de las penas.

1. La necesidad misma de que la pena sea proporcional al delito.
2. La exigencia de que la medida de la proporcionalidad se establezca con base en a la importancia social del hecho (a su “nocividad social”).

El principio de proporcionalidad se presenta como una figura jurídica de carácter necesario para evitar el uso desmedido de la facultad sancionatoria del Estado a las conductas punitivas, el cual sobrelleva la restricción de un derecho o la privación de la libertad del sancionado.

De gran trascendencia Constitucional el principio de proporcionalidad, se debe admitir que una parte sustancial de este principio se manifiesta dentro del principio de culpabilidad, dado que la adecuación de la pena a la gravedad de la culpabilidad es ya una manifestación de la proporcionalidad que la pena debe guardar con el delito cometido.

Es importante este principio porque se constituye en una limitante al poder punitivo estatal por orden constitucional, además de obligar al legislador a no excederse en

la graduación de la pena en relación directa con el bien jurídico lesionado o puesto en peligro. Al legislador no le es permitido imponer penas inhumanas o degradantes en concordancia con el principio de dignidad humana, y es un deber legislativo que las penas en la composición del tipo penal deban ser proporcional a la gravedad del hecho que debe ser sancionado. Por tanto limitada esta facultad del Estado a lo estrictamente imprescindible y necesario proteger bienes jurídicos de relevancia y protección de carácter penal.

Se considera a este principio como el límite de los límites a los derechos fundamentales, evitando la irracionalidad en la sanción del Estado, y generando con su existencia de orden constitucional una trinchera ante las intromisiones indebidas del *ius puniendi* del Estado. Constituye una herramienta necesaria para lograr la conveniente defensa a los derechos fundamentales.

El Principio de Proporcionalidad tiene carácter constitucional. El mismo procura el equilibrio en el ejercicio del *ius puniendi* y no permite una desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados, lo cual podría dar lugar a un ilegal e injusto enjuiciamiento de la persona.

Este postulado guarda relación con la aplicación de los derechos fundamentales y contempla la judicialidad, idoneidad, adecuación, necesidad, temporalidad y proporcionalidad en toda decisión jurisdiccional. Es algo así como acercar el Derecho Penal a las realidades de las distintas políticas, entre ellas la Política Criminal, del Estado cónsona con el programa constitucional. (Guerra, 2011). También se encuentra íntimamente relacionado con las garantías constitucionales que determinan el debido

proceso mediante el conocimiento de la causa de jueces imparciales autónomos e independientes, y es en consecuencia un claro vínculo con del principio de legalidad.

La legislación penal panameña, en los artículos iniciales, específicamente establece el respeto al dignidad humana, las conductas que al ser tipificada como delito, lesión de bienes jurídicos de gran relevancia para ser tutelados, poner el límite al Estado al utilizar los mecanismos de control social, alcanzando de esta forma una política criminal que haga más eficaz la función del Derecho Penal.

La República de Panamá incluye y rige su ordenamiento por el principio de mínima intervención del Derecho Penal, (*ultima ratio legi*), acatando los convenios internacionales y con ello el respeto a la dignidad humana como derecho fundamental. Por tanto, una reforma constitucional resulta de urgencia necesaria introducir el Principio de Proporcionalidad de forma concreta.

El Principio de Proporcionalidad encuentra sus raíces más profundas que lo sustentan en la Constitución aunque como es señalado no lo recoge expresamente. Suele estudiarse desde dos sentidos, el amplio y el estricto, pero sin embargo el segundo se encuentra intrínseco en el primero, de esta forma el Principio de Proporcionalidad estudia mediante tres presupuestos:

4.1.1. La exigencia de adecuación El mismo enlaza el hecho que el juez o el legislador debe tener la tarea de elegir la sanción adecuada para alcanzar el fin en el que justifica la pena. Debe tomar en cuenta la importancia y jerarquía del bien jurídico tutelado, determinando que la

pena recomendable sea la que cualitativa y cuánticamente se adecua al fin de la pena.

4.1.2. La exigencia de necesidad de pena

Si la pena impuesta es la no necesaria para la conducta del delincuente se ha de ejecutar una grave injusticia por lo que juristas expertos recomiendan por medio de la doctrina penal, los requisitos a cumplir para adecuar la pena a la infracción realizada, los que se relaciona con la labor legislativa y la individualización de la pena por parte del organismo jurisdiccional representado en la figura del juez de la causa al individualizar la pena.

4.1.3. La exigencia de menor injerencia posible o de intervención mínima

El derecho penal no debe ser utilizado de como medio represivo, o para castigar conductas insignificantes; su intervención se origina cuando se ve lesionado un bien jurídico tutelado y solo debe ser utilizado cuando otros mecanismos de control social no dan respuesta a la situación delictiva que afecte el orden social, y que vulnere la norma penal.

4.1.4. La exigencia de fragmentariedad:

El legislador al plasmar la composición del tipo penal, la norma que resulte debe contemplar para el castigo los delitos cuyas lesiones sean susceptibles de ser tuteladas por el Derecho Penal y solo se recurre al Derecho Penal frente a los ataques más graves e intolerables.

4.1.5. La exigencia de subsidiariedad

El Derecho penal solo debe intervenir cuando se demuestre que los otros mecanismos jurídicos y sociales han fracasado en la protección del bien jurídico lesionado. Solo debe ser utilizada su intervención en última instancia. Ultima *ratio*.

4.1.6. La proporcionalidad en sentido estricto

La exigencia que este principio demanda del juez es que realice una valoración y ponderación de la pena de acuerdo a agravantes de la conducta, el bien jurídico tutelado, y tomando en cuenta el fin que se persigue al imponer la sanción. Si la pena aplicada es proporcional al daño causado a la víctima, se relacionan de forma inmediata dos elementos: pena y daño causado.

4.2. Principio de proporcionalidad y la configuración del poder punitivo

La facultad que tiene el Estado para sancionar conductas que lesiona bienes jurídicos, constitucionalmente protegidos, interviniendo en el ejercicio de los derechos humanos, se justifica solo cuando es necesaria esta intervención, no pueden ser protegidos por el Derecho Penal bienes que no se encuentren respaldados en principios y derechos humanos que la constitución consagre, lo que no necesariamente se refiere a que cada derecho del humano reconocido en la Constitución debe ser protegido por un tipo penal desarrollado en la ley, pero si todo tipo penal debe tener sustentación o respaldo constitucional.

El Derecho Penal como cualquier otro sistema que se estructura en base a la creación de normas, las misma deben ser la garantía con las que cuenta el ciudadano para

defenderse ante el poder punitivo estatal, esta garantías hay que utilizarla con pinzas, por al ser una herramienta que puede limitar derechos de las personas que se someten al poder de sanción ejercido por el Estado.

La Constitución de la República como norma de máxima jerarquía, obliga al poder legislativo a adecuarse a una estructura o sistema penal con sus parte dogmática. Al realizar su labor legislativa al definir y crear tipos penales el legislador debe hacerlo basado por una parte en garantizar los Derechos Humanos como factor primordial evitando que estos se vean condicionados, y por otro lado limitar los de aquellos que cometen delito; ante esta disyuntiva el legislador tiene el deber de evitar que víctimas, ante su agresor no quede en impunidad el daño causado, garantizando sus derechos y a la vez obtener un trato justo tanto en el proceso, como en la sanción que este conlleve, siendo proporcional la sanción con el daño causado.

El principio de proporcionalidad provoca que el daño retribuido por la imposición de una pena de ninguna forma puede ser mayor, al daño que se produjo al infringir la norma penal, si la constitución dela República de Panamá establece que el *Sistema Penitenciario* debe está basado en el principio de rehabilitación del condenado, y el Sistema o estructura penal en que se basa el orden social sostiene que la finalidad de la pena es rehabilitar y resocializar, no cabría el uso del sistema para sancionar desproporcionadamente conductas que no estén relacionadas con el daño causado, la Constitución Nacional determina los fines y Derecho Penal, el camino útil o el medio adecuado para para cumplir esos fines, limitado solo por el principio de *subsidiaridad*, es decir cuando otras instrumentos han fracasado en la consecución de estos fines. El derecho penal no puede transgredir los fines, los límites de la disposición constitucional. La *norma*

penal se establece como garantía primaria para los ciudadanos de una nación, estableciendo el marco a por medio del cual los organismos y funcionarios del Estado delimitan sus funciones y competencias y las personas titulares de sus Derechos

La norma Penal tiene que ser observada bajo el cristal de la Constitución y el Derecho Internacional, que consagra los Derechos Humanos, de ninguna forma en un Estado Democrático de Derecho el Código Penal puede ser considerado un ente autónomo que se consolida en sí mismo.

CAPÍTULO V

LAS NUEVAS TENDENCIAS SOBRE EL FUDAMENTO Y FINES DE LA PENAS

5. Generalidades

El terror sigue siendo ahora, como lo fue en tiempos remotos, uno de los elementos de la pena, para Claus Roxin se exhibe como la amenaza de un mal por una lesión a un bien jurídico.

Para Enrique Cury va más allá, él piensa que "... la finalidad de la pena es la prevención general positiva, mediante la amenaza de que quien infrinja determinados mandatos o prohibiciones de derecho, lesionando o poniendo en peligro un bien jurídico, sufrirá un mal que no podrá exceder del injusto culpable en que incurrió (CURY, 2009.pág. 76)

El aumento de las penas no proporciona ningún resultado que contribuya a la depreciación del crimen en la sociedad, contradictoriamente promueve otros efectos que dan lugar a nuevos problemas. La desacertada severidad penal origina numerosos efectos sociales y psicológicos negativos, entre los que encierra subrayar los invariables males sociales que puntualizamos.

5. 1. Sufrimientos infructuosos: Esta persecución penal excesiva que genera mayor afflictividad tiene además la característica de afectar en mayor grado a un sector de la población, incurriendo, en mayoritaria población de los más desprotegidos, que son los que reflejan más vulnerabilidad a la intervención del sistema penal.

5.2. Se establece una falsa percepción: Se engaña a la sociedad, advirtiéndole que mientras mayor es la represividad del Estado, la pena se constituye en un instrumento útil para el control social, generando en los ciudadanos y en la opinión pública, una

seguridad peligrosa, pues no se toman los correctivos para la aplicación de acciones, que sí podrían contribuir a una respuesta acertada en el avance de la lucha contra la criminalidad.

5.3. La rigidez penal excesiva del sistema penal tiene un efecto reproductor de la criminalidad

En este posterior punto preponderamos que las detenciones policiales que diariamente se dan en nuestro país, la inmensa mayoría basada en condiciones sospechosas del individuo en el que se dan conductas sin mayor relevancia, como lo son las conductas en individuos ebrios, consumidores de drogas o drogodependientes, y el abuso y hegemonía de la pena de cárcel, prevista para toda clase de delitos y de autores, sin consideración a la gravedad de las infracciones y a las necesidades y características de los condenados.

Es el propio funcionamiento del sistema sin importar cuál sea su tipo, inquisitivo, acusatorio, o mixto, contribuye al estigmatizar a los imputados de delitos como delincuentes y al ponerlos en contacto muchas veces innecesariamente con los establecimientos de detención y prisión, con el consiguiente riesgo de la desocialización y del contagio criminal a que un porcentaje de estas personas alcanzadas por el sistema penal ingresen a centros penitenciario que se encuentran muy lejos de honrar los derechos humanos de personas que enfrentan su deuda con la sociedad al ser condenados con una pena principal privativa de libertad.

Además de lo antes mencionado los efectos que produce el aumento de la pena en cualquier sociedad nunca son los esperados, y por tal razón las autoridades encargadas de

elaborar las políticas criminales deben de tratar de buscar medidas más acordes con el estado de desarrollo de la humanidad y de un sistema penitenciario basado en el principio constitucional de rehabilitación social del penado. Al aumento de la pena es uno de los medios más infructuosos e ilusorios para prevenir los crímenes en la sociedad.

Para corroborar los efectos de esta ficticia medida de prevención que dé como resultado una disminución de la criminalidad se puede aludir a un sin número de situaciones, sin embargo desde que el hombre ha vivido en sociedad su intención, su proyecto, su finalidad primordial ha sido promover, originar, suscitar resultados positivos con la crecimiento de la penalidad y el tiempo transcurrido tras grandes esfuerzos desplegados en esta tarea humana ha demostrado que no ha resuelto absolutamente nada al respecto para mantener el orden social.

Si hacemos una regresión histórica en las diversas legislaciones de américa latina, nos podemos percatar de que existe unanimidad en los distintos operadores de justicia, pese a los grandes esfuerzos realizados el aumento de los índices delictivos y la sensación de inseguridad no se refleja ninguna disminución significativa, y la sensación de inseguridad no disminuirá, por el solo hecho de que el Estado imponga penas más severas para los infractores de la ley penal, como ocurre en muchos países de América Latina.

5.4. El principio de culpabilidad como medio de limitación de la intervención

Se instituye en la responsabilidad penal, y tiene numerosas alcances prácticos. La transcendental es que se requiere culpa del autor (dolo o imprudencia) para que exista injusto penal y, por consiguiente la respectiva sanción aparejada al aforismo jurídico *nulla poena sine culpa*.

5.5. La cuestión de la culpabilidad y los fines de la pena

La cuestión de la culpabilidad y los fines de la pena ha sido durante largo tiempo pieza fundamental de la Ciencia Penal.

5.6. La corriente de Claus Roxin sobre el fin y justificación de la pena

La obra de *Roxin* activará, el resultado de reglamentar, desenvolver y examinar desde la iniciación las categorías habituales de la teoría del delito (tipicidad, antijuridicidad, y culpabilidad) en una clara de su función político-criminal. El planteamiento de Roxin en los años setenta, representa un aporte innegable para el Derecho Penal su variedad de temas expuestos como lo son las teorías de la pena, teoría del derecho, derecho penitenciario, autoría y participación, imputación objetiva, teoría de la responsabilidad, derecho procesal penal, sin duda alguna ha enriquecido el debate y la discusión jurídico penal, abriendo las posibilidades a una pensamiento preventivo y de política criminal en el desarrollo del sistema de normas penales.

Claus Roxin exterioriza en su concepto en la orientación necesaria, reformando el modelo de un pensamiento desde examen a los derechos y garantías constitucionales.

Según su ponencia jurídica se aproximan, al punto de partida ontológico del finalismo y la elaboración normativa de las categorías dogmáticas, pero se desvía en la medida en que limita esa tarea a la estabilización del sistema o a la prevalencia de la norma, para la estabilidad y armonía del orden social. Claus Roxin defiende la unidad del sistema

entre la política criminal y el Derecho Penal como una tarea inaplazable del ordenamiento penal jurídico.

Según este ilustre jurista se debe tomar en cuenta los elementos de la teoría del delito desde la tipicidad antijuricidad y culpabilidad y, desarrollarse los mismos bajo una visión de política criminal que garantice un derecho penal que funcione con más eficacia, lo que necesariamente redundará en el planteamiento de Roxin de cinco formas o métodos de percibirse

1. El principio El principio *nullum crimen sine lege*, es un razonamiento regente para considerar el elemento de la tipicidad en la teoría del delito.
2. La teoría de la imputación objetiva es para Roxin un medio de política criminal que se hace necesario que la función para establecer una limitante tipificación a los delitos de resultado, estableciendo como meta inicial que la función del Derecho Penal, debe ser estructurada para la protección de los individuos que conforman la sociedad, de los riesgos no permitidos desde el punto de vista de la política criminal adoptada por el sistema.
3. Al referirse a las causas de justificación, debe realizarse conforme a los principios de ordenamiento social.
4. La categoría de la responsabilidad, o principio de culpabilidad debe ser instrumento de política criminal más determinante para la limitación en la imposición de la pena. De allí surge la doble limitante que es la característica principal del planteamiento de Roxin, la pena nunca debe ser impuesta sin una fundamentación que la justifique de prevención, pero

tampoco debe ser impuesta sin el elemento fundamental *“la culpabilidad”*, o más allá de la proporcionalidad por el daño causado.

5. Como punto final los derechos fundamentales deben ser referentes en la necesidad de imponer una pena excluyendo la sola retribución o castigo en lo que sea tolerable desde la óptica de la prevención, y tomando en cuenta los mecanismos de exclusión de la responsabilidad.

Deben existir, por ende, en todo derecho penal, según Roxin, un conjunto a lo que él denomina «finalidades rectoras» que están en la base de cualquier solución a los problemas prácticos del derecho. Esta orientación a la que el maestro llama orientación teleológica, es un concepto que en apariencia parece de difícil comprensión no es más que la necesidad de que el Derecho Penal y toda su estructura normativa debe funcionar en base a “fines”. No puede ni debe existir una solución jurídica que sea totalmente ajena a esas finalidades. De allí que, quedan excluidas a priori las soluciones axiológicamente ciegas. Si al momento de resolver un caso concreto se respetan las finalidades valorativas presentes en la ley, entonces se garantiza así la justicia sistemática de la solución.

Los aportes del Claus Roxin, adquiere una gran aceptación internacional, al introducir una concepción de la teoría del delito con el método del funcionalismo penal, al encuadrar los juicios de política-criminal dentro de la dogmática penal, concretamente en la teoría del delito.

Plantea Roxin que deben existir en toda estructura penal las denominadas por él “finalidades rectoras”, las cuales van a dar respuesta a todas las interrogantes que traen consigo los problemas que se presenten y debe ser tarea del derecho penal resolverlos.

Explica que cuando esas finalidades rectoras son la base de la estructura penal este hecho de forma inmediata, contribuye a garantizar la justicia al caso que se pretenda resolverse, bajo el imperio de la norma, como Derecho Penal vigente.

La política criminal se ve directamente influenciada por las finalidades rectoras, al ser basadas en las cualidades *valorativas de la ley*, de esta forma enseña Roxin que se alcanza una solución sistemática al problema penal. Aduciendo además que los presupuestos que conforman la punibilidad, aplicada al individuo que delinquiró tienen que ser orientada en dirección a esos fines que busca el derecho Penal, y no a ningún otro fin extraño a este, de esta forma se suprime todas las soluciones que se alejen de este fin.

En cambio, cuando las finalidades rectoras se convierten directamente en configuradoras del sistema, queda de antemano garantizada la justicia en el caso concreto en la medida en que ello es posible en un derecho vinculado a la ley; ya que toda constelación de casos se reconduce al fin de la ley. Por la misma razón, el sistema sólo puede descartar aquellas soluciones de problemas que sean incompatibles con sus fines.

Las tres ideas fundamentales a las que Roxin llama doctrina teleológica, político criminal, y la orientación valorativa, son el ángulo de la discusión procedente ante sus planteamientos. El análisis y examen necesario que se desprenden de estos tres aspectos de la tesis es que los esos no se constituyen en un aporte novedoso a la dogmática penal, la primera posición en someterse al observación en su planteamiento.

El sistema racional-final o teleológico funcional del Derecho Penal según este autor el causalismo y el finalismo tienen mucho en común, a pesar de las diferencias, en la construcción del sistema de la teoría del delito basada en la causalidad y la conducción dela

acción, dice que este sistema en cual es producto de su creación es muy diferente, basándose en los fines del Derecho Penal y la pena. Construyendo el sistema en valoraciones de política criminal que son ubicadas posteriormente a los fines. Las cual llamo racional- final- o funcional. El pensamiento central es que el injusto se edifica de acuerdo a la función que debe tener el Derecho Penal.

La teoría del funcionalismo puesta en vigencia por el autor en cuestión significo un gran avance en el sistema clásico de la percepción de la conducta delictiva, dando esta teoría jurídica a conocer que lo injusto del hecho, no debe basarse o depender de elementos de carácter únicamente objetivos, sino que debe tomarse en consideración, los elementos subjetivos como la intención del autor de cometer el acto delictivo (dolo).

Limitando de forma inmediata la expansión del injusto, la cual se limitaba solamente a la causalidad. Se reconoce además que la culpabilidad no se puede tomar en consideración únicamente en la relación psicológica entre el autor del delito y el hecho.

Retomando las posturas doctrinales de Roxin la estructura del Derecho pena, solo puede ser de político criminal, restableciendo que los postulados de la punibilidad estatal debe seguir el camino demarcado por los fines del Derecho Penal, en su obra el maestro Roxin, el sistema tradicional con sus categorías básicas, deben ser instrumentos de valoración bajo la óptica de política criminal, siendo por tanto irrenunciable en su sistema teleológico. Considerando el concepto teleológico como aquello que se relaciona directamente con la teleología, es pues la teleología la doctrina basada en las llamadas causas finales, es decir fines como una rama de la metafísica. Las categorías básica descritas las consideramos a continuación según la posición teleológica.

5.6.1. La acción: para este distinguido tratadista quien haya realizado una acción, la misma es el resultado de una valoración, la cual debe consistir en que la conducta debe imputársele a quien con su conducta realice una acción, o se le atribuya una omisión, lo que puede ser atribuido por un hacer o un dejar de hacer, a lo que se le aplica el carácter valorativo.

5.6.2. El tipo: en el tipo se valora la acción desde la perspectiva abstracta de la pena, lo cual debe hacerse independientemente del sujeto infractor de la norma y de la actuación concreta, una acción es declarada delito, el fin político criminal de la conminación penal abstracta descrita en el tipo debe responder a una prevención general a la sociedad. Permitiendo al individuo a la sociedad que cometan la acción que vulnera la norma, a no cometerla o a no repetir el delito, que se describe en el tipo. La política criminal sostiene que todo tipo penal debe ser dilucidado según el fin de la ley o teleológicamente. Lo que significa que debe incluir las conductas desaprobadas legalmente y por lo tanto el efecto de prevención sea cumplido. Los tipos rectores del tipo para Claus Roxin deben la prevención general y el principio de culpabilidad son los criterios político criminales rectores del tipo; y exclusivamente la prevención general es extraña a la exégesis del tipo, ya que la misma reconoce un delincuente determinado, que aquí no desempeña aún ningún papel, como lo declara el jurista.

5.6.3. El injusto en sistema bajo análisis teleológico funcional racional, se reconoce como injusto a la acción típica descrita en la norma, en

conjunto con todos los elementos que lo conforman, menciona este tercer elemento del delito como injusto y no utilizar el concepto de antijuricidad, aduciendo que así como en el tipo se concentra la acción y el tipo, solo las descritas pueden ser un injusto penal. Mas sin embargo la antijuricidad no es una categoría propia o especial del Derecho Pena, sino de todo ordenamiento jurídico, explica que se dan conductas que pueden ser consideradas antijurídicas para el Derecho civil o para el derecho Público, y sin embargo no tienen notabilidad para el Derecho, las Penal.

Las causas de justificación por otro lado también proceden en todas las áreas del Derecho, lo que cobra importancia para considerar los criterios rectores del injusto, con respecto al fundamento de sus planteamientos a cerca de política criminal el juicio al que debe ser sometido el injusto como tal debe ser caracterizado por situaciones como, brindar la adecuada solución cuando se da las colisiones de interese de forma importante para la sanción de uno o de todos los participantes en el delito, además de ser útil como enlace para determinar las medidas de seguridad y otras consecuencias del delito, y como punto de unión entre el Derecho Penal y el resto del ordenamiento jurídico que conforman las valoraciones para la toma de decisiones.

5.6.4. La responsabilidad: en este aspecto es importante destacar que la categoría de responsabilidad se trata de tener el conocimiento si el el

sujeto activo de la acción penal merece una pena por el injusto cometido. Para determinar lo anterior es necesario partir del hecho de la culpabilidad del sujeto. Para los presupuesto de esta dogmática penal de Roxin la culpabilidad no debe ser el único elemento a tomar en cuenta, debe tenerse presente lo necesario de la prevención en cuanto a la aplicación de la pena. El estado de necesidad disculpante, en donde el autor no solo actúa antijurídicamente, además puede actuar de otro modo y por ello se comporta culpablemente., y es castigado por no hacerlo. De ocurrir esa excepcionalidad la ausencia de castigo se fundamenta en la falta de culpabilidad, por lo que en las situaciones extremas el legislador al establecer la norma no toma en cuenta que exista una necesidad de pena, ni prevenir el delito de forma especial ni general, lo que sirve de fundamento para excluir la responsabilidad penal. Lo que vendría a ocurrir con la legítima defensa. Por lo que la responsabilidad es percibida en el campo de las determinaciones de punibilidad, cumpliéndose la dogmática propuesta por Roxin, de los fines de la pena, lo que brinda una prescripción que tiene como destinatario al juzgador para sancionar. Esta política preventiva no se aplica al hecho sino al delincuente. Plantear la teoría del delito de esta forma, no es renunciar a las categorías tradicionales, sino más bien mediante esta estructuración de entender la culpabilidad como responsabilidad, también se dilucidan consecuencias de concepción de términos que expanden el

aspecto valorativo, a la teoría de los fines de la pena, acogiendo el pensamiento de Welzel, al dividir el delito en tres aspectos tipo, antijuridicidad y culpabilidad, donde muchos consideran radica el progreso dogmático de suma importancia aportado por Claus Roxin. Por lo que este sistema teleológico de política criminal, no es más que un ulterior desarrollo de la síntesis neoclásica-finalista y no se puede desvincular del contexto de la tradicional en la dogmática. La acción delictiva es una unidad con características inseparables, las categorías o elementos del delito expresan es únicamente que en cada caso y bajo diversos elementos valorativos se dan momentos del hecho que resultan en consecuencias penales.

Lo más importante en los aportes de Claus Roxin a la dogmática se da al vincular, al Derecho Penal con la política criminal, lo que para Muñoz Conde, obliga al sistema punitivo a reestructurar las distintas categorías del delito en función de los principios político criminal que se derivan de la Constitución de Política de cada Estado.

Las categorías tradicionales del delito, acción tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, para Roxin siguen manteniéndose vigente, pero su estructura se establece conforma a las directrices que marque la política criminal establecidas constitucionalmente. Recordemos que para Roxin la principal función del sistema penal debe ser preventiva. Es decir sus cimientos deben ser edificados sobre la base de una prevención del delito. Debe aspirar la política criminal, tener al Derecho Penal como instrumento de control social, aspirando únicamente a fines de tipo social, la reacción

punitiva por parte del Estado que no se fundamente en las necesidades de la sociedad y en los preceptos constitucionales para ejecutar la punibilidad de forma preventiva especial y general, carecerá de legitimación. Lo que cumplirá la función de servir de ejemplo para que nadie ni penado, ni sociedad incurran en una nueva conducta delictiva, lo que debe ser alcanzado en el cumplimiento de la pena por medio de la resocialización del condenado.

La pena al ser observada por el resto de los asociados, debe influir en cada individuo, teniendo presente que si cometen un delito descrito y sancionado en la norma penal tengan presente la consecuencia jurídica de su acción.

5.7. El planteamiento de Gunter Jakbos

La posición doctrinaria de Gunter Jakbos, difiere de la tradicional concepción de la estructura del delito, sus ideas son robustecidas por las ideologías del sociólogo alemán Niklas Luhmann, sus opositores advierten que con este planteamiento la dogmática penal deja de ser una corriente autónoma y se convierte en un aditamento de las elaboraciones sociológicas, la cual también es planteada por Enrico Ferri en su momento.

Para este célebre jurisconsulto la pena tiene una finalidad en sí misma, la cual funciona para la estabilización de la sociedad, con miras a la eficacia del sistema mediante lo que Jakobs ha denominado como la “fidelidad al derecho”, con autonomía y absoluta separación del marco histórico político, escribe en su concepto que para que se arribe a las consecuencias jurídicas de sanción penal, no debe tomarse como punto de inicio criterios de política criminal, al considerar que la pena no tiene mas fin que en sí misma, de la cual se deriva la estructura jurídica del delito; fundamentado en el principio de

prevención general para influenciar en la sociedad sobre el aseguramiento del sistema social.



La pena tiene la utilidad de estar al refuerzo de la fidelidad que debe tener la sociedad al Derecho, el aspecto de la culpabilidad que se le asigna al autor del hecho delictivo la función también preventiva que le atribuye a la pena, su esbozo es normativista con un criterio que sigue los postulados de Luhmann, este último percibe que la sociedad no es más que un sistema de interacciones, en el que la ley penal es la locución de una expectativa de conducta institucionalizada. Desde este criterio jurídico no es posible que la norma tenga alguna influencia en los asociados, de esta forma se perfila el delito como un fenómeno social en el cual las víctimas del delito y el resto de los ciudadanos interactúan.

La característica antes mencionada no pertenece a Jackobs, más bien se constituye en la construcción sociológica general de Luhmann. Para este autor los límites no son externos a lo que debe ser la interpretación de la norma por parte del jurista, el cual está limitado exclusivamente por el valor que tenga esta. Si nos remontamos a líneas superiores, al autor, Roxin, en su teoría establece que los derechos humanos, las garantías y derechos constitucionales son el punto de referencia a los que se debe recurrir para llenar el contenido en las diferentes etapas en la comisión del hecho delictivo.

En la evolución de la teoría de Jakobs sobre esta materia se puede apreciar cómo ni el recurso de las ciencias sociales, ni la adopción de una metodología funcionalista sistemática determinan sin más el contenido dogmático de una teoría de la pena sin

embargo hay un elemento constante en sus aportaciones: la teoría de la pena debe describir la función de la pena en un sistema social dado. (JAKOBS, 2006, pág.18)

Ilustración N° 5- **la corriente funcionalista, postulado**

<p>Funcionalismo Moderado. CLAUX ROXIN</p> 	<p>Funcionalismo sociológico GÜNTER JAKOBS –</p> 
<p>RECONOCE LOS ELEMENTOS DEL DELITO EN EL ÁMBITO DE LA TEORÍA FINALISTA, PERO CON UNA ORIENTACIÓN POLÍTICO CRIMINAL. LOS PRESUPUESTOS DE LA PUNIBILIDAD DEBEN ESTAR ORIENTADOS POR LOS FINES DEL DERECHO PENAL.</p>	<p>LA CULPABILIDAD SE LIMITA CON LA NECESIDAD DE PREVENCIÓN Y JUNTAS ORIGINAN EL NUEVO CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD QUE ES LA BASE DE LA IMPOSICIÓN DE LA PENA. EL DERECHO PENAL ES GARANTE DE LA IDENTIDAD DE LA NORMA</p>
<p>LA IMPUTACIÓN DE UN RESULTADO DEPENDE DE LA REALIZACIÓN DE UNA CONDUCTA, DENTRO DEL FIN DE PROTECCIÓN DE LA NORMA .(IMPUTACIÓN SUBJETIVA)</p>	<p>LA CONSTITUCIÓN Y LA SOCIEDAD. SU OBJETO ES RESOLVER EL SISTEMA SOCIAL. FIN ES ESTABILIZAR EL SISTEMA.</p>

Fuente: La pena Estatal. Significado y Finalidad. Gunter Jakobs 2006

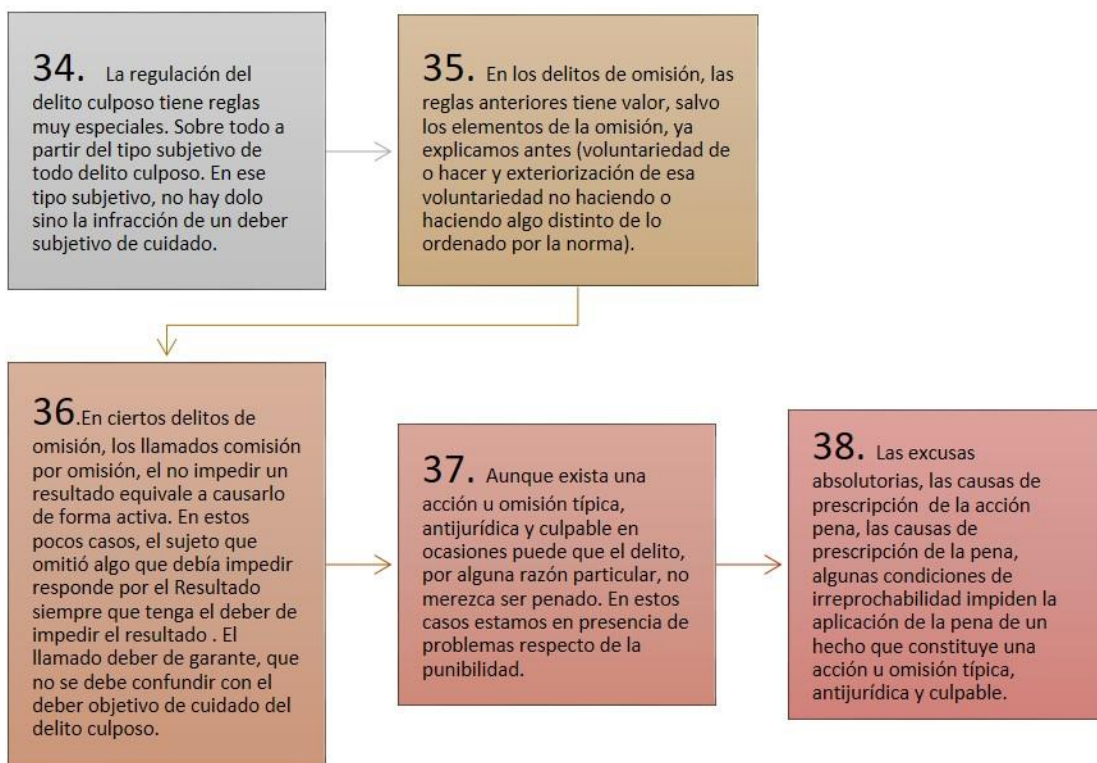
Cuadro N°3 Resumen esencial de la Teoría del Delito

RESUMEN ESENCIAL DE LA TEORIA DEL DELITO









Fuente: Dr. Carlos E. Muñoz Pope (sintetizada y esquematizada)

En un intento de resumir la evolución en el planteamiento jurídico de este autor, efectuamos la recapitulación de la siguiente manera:

5.7.1. La norma como expectativa: Las normas entendidas como expectativas normativas, cotrafáticas, las llamadas a configurar toda la estructura del orden social

5.7.2. La configuración de la expectativa: Al configurarse las expectativas tomando en cuenta la política es labor del Derecho Penal describir y sistematizar dichas estructuras normativas.

5.7.3. La representación del delito: Desde esta representación el Delito se constituye esencialmente en la defraudación de la expectativa contenida en la norma, mas no así en lesión del bien jurídico tutelado, la norma es pues el medio para alcanzar las expectativas, lo que en términos jurídicos puede sintetizarse como *“la vigencia de la norma.”*

5.7.4. La función estabilizadora de la norma: La pena es impuesta es el medio que tiene el sistema social de procesar esa defraudación contenida en las expectativas de la norma, a costa del infractor. Lo que finalmente termina por ser la función estabilizadora de la pena, ya que el mal que se impone con esta deriva en si misma de su función preventivo-general de esta forma se asegura la fidelidad al derecho, por la obediencia a lo estipulado en la norma.

5.8. La reacción punitiva estatal frente al agente infractor: Con el mencionado fin en tratamiento que se da al delincuente es como persona, y no como un objeto, ya

que la reacción punitiva estatal por medio de la se determina solo ante el agente responsable, como persona.

5.8.1. Derecho Penal del enemigo: Esta garantía es permitida únicamente en la medida en que el sujeto que cometió el acto delictivo, responda en el futuro con fidelidad al Derecho, de no darse la esperada fidelidad por parte del agente ya no podrá ser tratado como persona, se le dispondrá un trato como enemigo.

Jakobs importa del pensamiento de Luhmann la concepción de las expectativas como elementos estructurales del sistema, en la medida que todo orden social, se basaría en la existencia de ciertas expectativas de comportamiento más o menos estables. La confianza en dichas expectativas, garantizada por las sanciones, en un mecanismo de reducción de la complejidad social.

Es incuestionable que los trabajos y aportes de estos dos grandes juristas alemanes han fortalecido e incorporado a la discusión jurídico penal nuevas energías, extendiendo su autoridad en la materia en casi todos los países de América Latina, y el mundo, sin embargo compartimos la crítica de autores de que los postulados esgrimidos por ambos autores con relación a las deliberaciones teórico-filosóficas son en contexto opiniones que otrora han sido planteadas , en la teoría del derecho, en la teoría del Estado o en la filosofía política.

Aparte de lo indicado sobre el nivel de abstracción y generalidad de las ideas expuestas por Roxin y Jakobs, cabe señalar, en especial para el caso de Jakobs, que muchos de sus planteamientos simplemente no se entienden o, en el mejor de los supuestos, se prestan para grandes mal-entendidos. Ese aspecto es, indudablemente, una lástima, pues

Jakobs entonces genera la impresión de ser una especie de Oráculo que quiere intimidarnos con su lenguaje, y si uno está dispuesto a leer y tratar de comprender sus argumentos.

Cuadro N° 4 Diferencia en los planteamientos del funcionalismo moderado y el funcionalismo radical

<p style="text-align: center;">Funcionalismo moderado ORIENTACIÓN TELEOLÓGICA, FUNCIONAL O RACIONAL-FINAL DEL DERECHO</p>	<p style="text-align: center;">FUNCIONALISMO RADICAL O NORMATIVO</p>
<p>Exigencia de que en el derecho penal se trabaje con determinados fines, la pena debe cumplir una función que va de la mano con la prevención para los fines constitucionales de respeto al bien jurídico, prevención y cumplimiento de los derechos humanos. Con un fin constitucional.</p>	<p>La pena es siempre reacción ante la infracción de la norma. Mediante la reacción siempre se pone de manifiesto que ha de observarse la norma. Y la reacción demostrativa siempre tiene lugar a costa del responsable por haber infringido la norma...</p>
<p>La relación íntima entre política criminal y derecho penal Derecho penal y política criminal caminan, pues, de la mano, de tal manera que los principios y categorías de la política criminal deben siempre penetrar en el sistema del derecho penal.</p>	<p>Misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. Contenido de la pena es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma.</p>
<p>Las finalidades rectoras que constituyen el sistema del derecho penal sólo pueden ser de tipo político-criminal, ya que naturalmente los presupuestos de la punibilidad han de orientarse a los fines del derecho penal</p>	<p>Lo que constituye una lesión de un bien jurídico-penal no es la causación de una muerte (ésta es simplemente lesión de un bien), sino la oposición a la norma subyacente en el homicidio evitable</p>
<p>El bien jurídico desde la perspectiva constitucional son el medio para establecer un sistema jurídico eficaz</p>	<p>doctrina del derecho penal del enemigo (Feindstrafrecht). Y</p>
<p>Las conminaciones penales arbitrarias no protegen bienes jurídicos. Las finalidades puramente ideológicas no protegen bienes jurídicos. 3. Las meras inmoralidades no lesionan bienes jurídicos.</p>	<p>Los ciudadanos, que se comportan según el ordenamiento jurídico, afirmando así la «vigencia de la norma» y contribuyendo a la «configuración de la sociedad», se han de juzgar como «personas», mientras que los individuos que se apartan de la norma y rechazan con ello el sistema jurídico, son no-personas, o sea, enemigos.</p>

Fuente (TORRE D. Lecciones y Materiales para estudio del Derecho Penal, 2005.

5.8.2. Derecho penal de la globalización,

Como se ha planteado el criterio de GIMBERNAT, el reproche más grave que puede hacerse al legislador es que una pena innecesaria, que se cause más padecimiento del absolutamente imprescindible. (laTorre, 2015, pág. 26) Indudablemente, en la actualidad, se produce un incremento de la intervención estatal en la vida ciudadana, que se traduce, en ocasiones, en crecientes injerencias o restricciones en el terreno de los derechos fundamentales con el fin de proporcionar seguridad, consolidándose un tipo de Estado altamente defensivo.

Del autor Jesús María Silva Sánchez, se instaura un antagonismo entre los postulados del Derecho Penal Mínimo, y la predisposición del legislador en dirección a la maximización de la intervención lo cual demuestra una resistencia la cual es producida en dos aspectos manifestados de gran importancia: en primer lugar la posición doctrinaria que sea adoptada y por otro lado la existente realidad jurídico penal, y como segundo aspecto a considerar la contravención entre la maximización y la minimización del Derecho Penal ya considerada por Roxin como un asunto de distante solución .

Esta embestida de la expansión del Derecho Penal, por parte del legislador sin límite alguna capaz de detener su avanzada social, se contrapone a la postura de la minimización de la intervención estatal, que carece de contenido sólido donde se apoye su razonamiento y una insuficiencia de sus propios límites conceptuales.

Tal antinomia habría de reflejarse en el principio de mínima intervención y la creación de nuevos bienes jurídicos que tutelar, de esta forma es que el ilustre Silva

Sánchez utiliza acertadamente el término “*expansión*” para referirse a lo abarcador y extensivo del sistema penal, por parte del legislador.

Podemos entonces inferir que la expansión a la que se refiere el jurista español no es otra cosa que la disposición extensiva por parte del legislador de maximizar la intervención del Derecho Penal por medio de la creación de nuevos Bienes Jurídicos-Penales, la ampliación de los nuevos espacios de riesgos en donde se incluyen las nuevas tendencias jerarquizadas de la sociedad en cuanto a la conformación y avances tecnológicos, en donde se diluye la cadena de mando aumentando las acciones delictivas de comisión por omisión en la conformación de nuevas empresas que surgen como persona jurídica. Para Silva Sánchez esta expansión contiene los siguientes elementos:

1. Posee una cobertura ideológica.
2. Responde al modelo social configurado en los últimos 20 años.
3. Responde a una constante demanda social de mayor protección.
4. Responde a la creación de opinión pública.

Para el autor alguna de las causas o fundamentos en que se erige esta expansión encuentra su génesis en los fenómenos sociales, jurídicos y políticos, cuya influencia en el Derecho Penal, genera un efecto de expansión, la razón más determinante para evidenciar la misma es el conocido sistema de riesgo o teoría del riesgo propuesta por Ulrich Beck. Sociólogo alemán, profesor de la Universidad de Múnich y de la London School of Economics. Beck también contribuyó con nuevos conceptos a la Sociología alemana, incluyendo la llamada "sociedad del riesgo" y la "segunda modernidad".

Este reconocido sociólogo inicia su labor haciendo un examen de las transformaciones sufridas por una sociedad industrializada, asevera en su indagación que

los conflictos sociales, ya no pueden estar afines con el tema de la distribución de la riqueza, sino con la distribución de los riesgos. El concepto de riesgo viene entonces a instaurarse como un instrumento teórico de la cual dispone la sociología contemporánea para dar respuesta efectiva a los fenómenos y actividades propios de la sociedad contemporánea. Retornemos a los planteamientos de riesgos emitidos por Silva Sánchez al proyectar en su obra, como esta sociedad de riesgo ha vista reflejada en el Derecho Penal y el expansionismo del mismo en los últimos años. Para este autor en examen la expansión debe ser calificada atendiendo a los factores y causas de ese expansionismo, entre los cuales se examinan los emitidos a continuación.

5.8.2.1. La globalización

Esta forma de relaciones internacionales entre Estados permite que ciertos hechos considerados delitos dejen de serlo para flexibilizar la puesta en vigencia de la relación globalizada entre Estados. A fin de eliminar y allanar obstáculos para la integración económica, o por el contrario surgen nuevas formas de criminalidad económicas que dan origen a las nuevas modalidades de delitos, como el crimen organizado en sus diferentes modalidades. Se adoptan y se unifican criterios jurídicos, sin bases científicas, para brindar respuestas eficaces a la comunidad. Dejando a un lado los fines y propósitos de una teoría del delito cuyos fundamentos y garantías son de orden constitucional. Los poderes económicos o criminalidad de los poderosos representados en gobernantes de turno o aristócratas en busca de poder de ven altamente beneficiados por la flexibilización de las garantías, al no existir controles adecuados en la administración de los recursos del estado.

Lagunas y carencias en las normas penales sirven de aval a la inseguridad jurídica, se acepta la severidad y aumento de las penas para brindar seguridad jurídica. Dando como resultado criterios flexibilizados, esta integración supranacional, busca unificar criterios que eviten la corrupción de los paraísos jurídicos -penales.

5.9. La relación Derecho Penal y la Neurociencia y su intervención de la en la dogmática penal

La “neurociencia” ha irrumpido en todas las áreas del saber humano, y el Derecho Penal ha sido una de las disciplinas en donde estos avances científicos han tenido una gran repercusión, los planteamientos de la “neurociencia” con relación a la “culpabilidad”, como uno de los elementos fundamentales de la teoría del delito parece estremecer la dogmática penal en opinión de muchos juristas, lo que no compartimos, porque la teoría del delito tiene bases y fundamentos que desde sus inicios de han ido replanteando desde los aportes de la corriente causalista, neocausalista, y los aportes dados por la corriente finalista robusteciendo los presupuestos de los componentes del concepto delito, hasta llegar al funcionalismo con la imputación objetiva de Claus Roxin, siguiendo una política criminológica para el Estado, y la divergencia con la que Gunther Jacoks plantea los roles sociales de cada individuo, la prevalencia de la norma y el riesgo permitido.

Habría que decir también que todas estas teorías doctrinales o dogmáticas desde el inicio del siglo XIX, hasta nuestros días, han entendido el concepto delito de la misma forma, pero con distintos contenidos en sus elementos, según lo establece el jurista y escritor panameño Carlos Muñoz Pope, sin embargo la teoría del delito planteada por

Welzel y Von Litz ha definido de forma acertada la responsabilidad y el reproche que debe hacerle a un individuo que es imputable, que tiene conciencia de lo antijurídico de su conducta y que podría determinarse por otra conducta diferente a la realizada, son los presupuestos de la culpabilidad para emitir un juicio de reproche, la neurociencia interviene en este elemento, en absoluta relación con la conducta realizada por el delincuente, refutando el libre albedrío y la libertad que tiene el individuo infractor de la norma. Los avances de la neurociencia no son más que una herramienta encaminada hacia una forma de castigo más eficaz y justa, basada en la objetividad de peritajes más efectivos para comprender y valorar la conducta del delincuente, por lo tanto el reproche que realizará en juzgador . Que se cuestione la culpabilidad de un individuo que al momento de cometer un ilícito su actividad cerebral presente alteraciones propias de un epiléptico, lleva necesariamente al debate de la culpabilidad y de la pena a imponer y, considerar las medidas de seguridad aplicables lo mismo que la forma como este puede ser reinsertado a la sociedad.

Mas no se trata solo de estos descubrimientos científicos realizados por la neurociencia y que conducirían a una incipiente rama de lo que se conoce ya como el neuroderecho, estamos diciendo que, debemos comprender que estos conocimientos aplicados a jueces al momento de tomar decisiones que comprometen la libertad de infractor, se ven afectados por el estado anímico y de hambre afectan negativamente las decisiones tomadas por estos; en estados de hambre y cansancio las decisiones del juzgador son condenatorias y en estado de saciedad y relajación resultaron ser favorecedoras ¿Es esto un verdadera justicia para el encausado?

¿Son estos hallazgos de los estados cerebrales de los intervinientes del proceso y aplicación del Derecho Penal, lo que se dice que está estremeciendo el Derecho Penal desde sus cimientos? ¿Es la culpabilidad con sus elementos lo que cuestiona la neurociencia? De aquí que, aun no existen respuestas univocas para todas las interrogantes que puedan plantearse, dentro de este contexto recapitamos que el Derecho Penal está librando uno de sus habituales litigios, pero como de costumbre saldrá fortalecido en su principal función de guardar el orden social y proteger los bienes jurídicos que permiten el desarrollo del individuo y de la colectividad en general.

Se comprende entonces que la neurociencia no hará más que contribuir a fortalecer la aplicación de la norma en procesos encaminados hacia la búsqueda de una justicia equitativa que cumpla con los principios de mínima intervención o de subsidiariedad del Derecho Penal, con el principio de legalidad y el principio de respeto a la dignidad humana, a tener jueces imparciales que fundamenten sus decisiones en una culpabilidad delimitada por la práctica de pruebas periciales absolutamente objetivas, lo que necesariamente conducirá las resoluciones judiciales basadas en la justicia, y limitando las penas, permitiendo que tratamientos clínicos y de seguridad tomen mayor relevancia como aplicación de la pena.

Aquí he de referirme que más que una intervención en la dogmática que este estremeciendo los cimientos doctrinales de esta ciencia, cabe señalar que se trata de un verdadero aporte como en su momento lo fue la filosofía y la moral, dejaron un caudal de Principio y garantías constitucionales. Esperamos los aportes como estudiosos del Derecho Penal de la neurociencia para una mejor administración de justicia, y que el “ius puniendi” sea limitado en cumplimiento del principio de mínima intervención y de subsidiariedad

del Derecho Penal, como la herramienta más violenta con la cuenta el Estado para salvaguardar su función rectora de convivencia pacífica de toda la colectividad.

Antes de continuar insistimos que cuando se planteó la teoría del delito desde sus inicios, nunca los causalistas pensaron que sus planteamientos sufrirían modificaciones al igual que en su momento lo hizo el finalismo, y hoy día como corriente doctrinaria contemporánea el funcionalismo. La neurociencia le ha dado un nuevo enfoque a la culpabilidad, en base a informes emitidos por los exámenes neuronales efectuados y que según estudio de esta (Eduardo, 2013, pag 32), algunas consideraciones aportadas por la filosofía de la mente permiten interpretar el sentido y delimitar el alcance de los avances neurocientíficos en la discusión jurídico-penal de la posibilidad de libertad individual. Lo que este escrito busca es muy limitado de cara al intimidante horizonte que presenta la multidisciplinaria maraña que envuelve a la cuestión; pero a la vez anticipa resultados de colosales dimensiones, en especial si se tiene en cuenta que el matrimonio entre derecho y filosofía siglo tras siglo ha parido las más asombrosas obras sobre libertad y responsabilidad. (PAEZ. De la Cadena, 1995).

Vives Antón acertadamente destaca que la “amenaza” de las neurociencias no se limita a poner en tela de juicio la culpabilidad, sino que irremediamente va mucho más allá: “todo el lenguaje de la acción quedaría deslegitimado por ella” (VIVES ANTON, 2011), esperemos como en el pasado los causalistas asistieron al debate que generó y seguirá generando el estudio de la “teoría del delito”; y si el estudio del cerebro humano con toda su vasta y desconocida función, alcanzará aportes pues bienvenidos sean por el bienestar del encausado y de la humanidad misma.

CAPITULO VI

LA PENA ACCESORIA DE

INHABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO DE FUNCIONES PÚBLICAS. Y SU

EVOLUCIÓN EN LA REPÚBLICA DE PANAMÁ

6. La Pena accesoria

6.1. Concepto

La inhabilitación radica en la privación de derecho o en la interrupción de su ejercicio, a raíz de la comisión de un hecho antijurídico que la ley califica como delito. En ella se puede apreciar el resabio del sentido infamante que tenía en épocas remotas como el Derecho Romano; en otras legislaciones no así en la de Panamá se instituye la inhabilitación Absoluta como un resabio denigrante e infamante propio de las legislaciones antiguas o la inhabilitación especial, en que se aplica como punición por haber hecho arbitrariedad, o abuso, ejercido mal o sin las necesarias aptitudes, los derechos vinculados con determinados empleos, cargos o actividades que requieren una destreza especial, la legislación panameña no incluye estas figuras jurídicas detalladas y reguladas

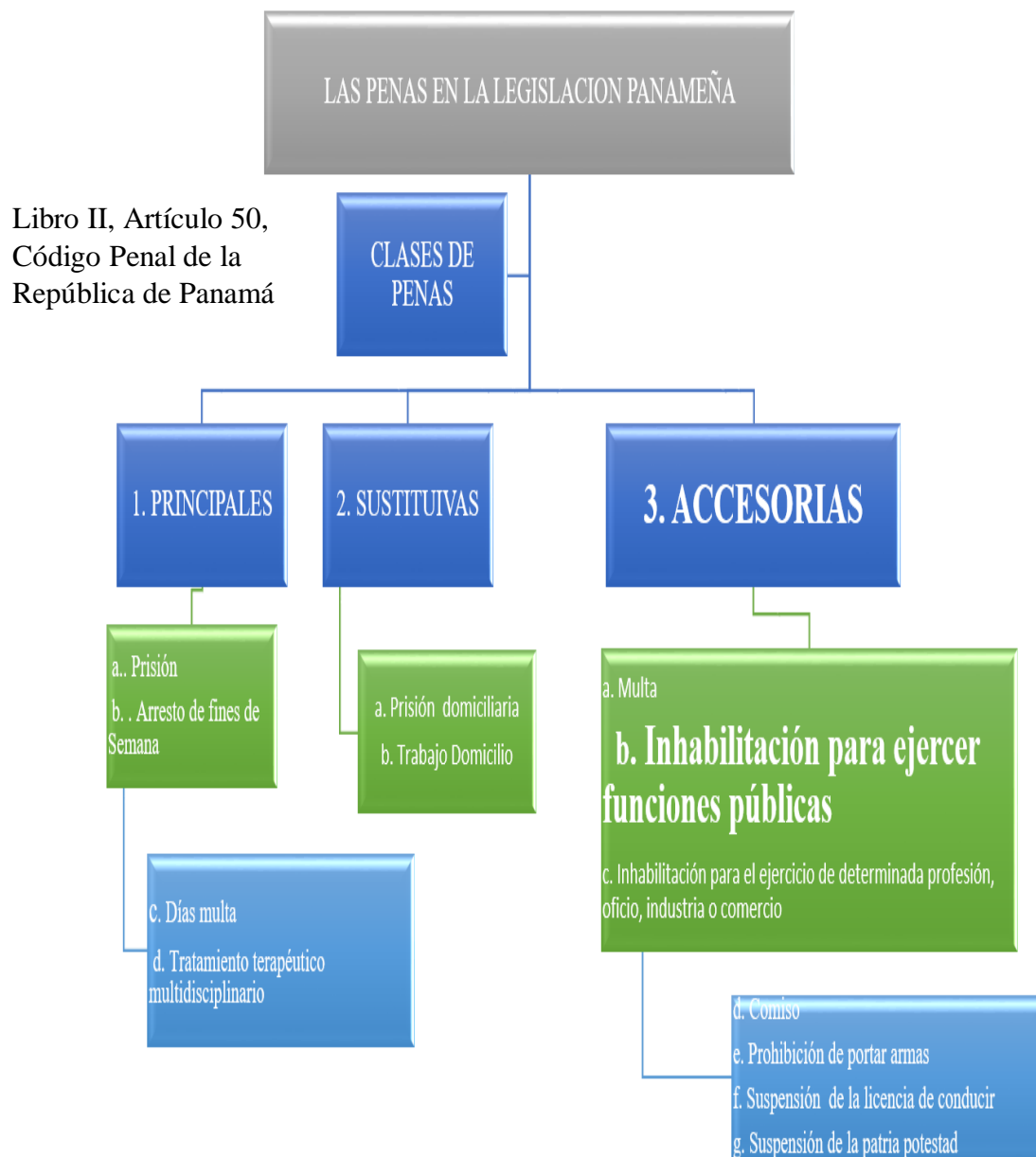
Con este trabajo investigativo pretendemos ofrecer una caracterización de la denominada pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas con la expliquemos como es necesario sistematizar el contenido de la misma y hacer más efectiva, justa y proporcional su aplicación su contenido, presupuestos y finalidades de acuerdo al contenido doctrinario del Derecho a punir del Estado, al condenado con relación al delito cometido.

Tomando en consideración que la conceptualización que ofrece la doctrina de forma general no aborda dicha determinación en términos satisfactorios, lo que permite que en su aplicación se confronte con problemas de desproporción en su aplicación, en relación con el derecho positivo asociado a dicha pena, por lo que se ve cuestionado en su legitimación o justificación al ser asignada al penado.

Para despuntar en un avance en nuestra legislación con respecto a la pena accesoria de inhabilitación para ejercer funciones en la estructura del Estado, necesitamos recurrir al factor histórico que determina y da forma y contenido a las penas accesorias. Encontrándonos al examinar las mismas un factor de hábito, costumbre, tradición, para que son las subestructuras utilizadas para determinar la conformación de este tipo de sanción. Buscando con ello abordar una explicación más precisa sobre el sentido y finalidad en la legislación panameña, y abordar los problemas que se plantean en su uso y aplicación. Además abordar en derecho comparado la complementación de la que puede ser objeto la norma penal en Panamá en su aplicación, a fin de lograr se refleje el principio de proporcionalidad de la pena en la sanción por parte del Estado, a quien conculque la norma penal con la proporcional culpabilidad que fundamenta la sanción.

En la codificación de la norma penal es reiterado se de una distinción o categorización de las penas, en penas principales, sustitutivas, y accesorias, en la legislación panameña se acumula la mayoría de la sanción en las conocidas penas principales, sin embargo con relación a esta clasificación el nombre de accesoria el legislador determina que las mismas deben ser necesariamente aplicadas en conjunto con la respectiva pena principal.

Ilustración N° 6 La pena accesoria para ejercer funciones públicas en el código penal panameño



Fuente: Código Penal de la República de Panamá, de 2007

La regulación panameña en materia de pena accesoria de inhabilitación para ejercer funciones públicas como tema que nos ocupa se encuentra regulada como norma positiva, en el Título III, Capítulo IV, el Artículo 68, detalla la pena que accesoria de Inhabilitación para ejercer funciones públicas del subsiguiente modo.

Artículo 68. La pena accesoria es consecuencia de la pena principal. En su aplicación, el juzgador deberá seleccionar entre las penas accesorias previstas en el artículo 50 de este Código la que, según la gravedad o naturaleza del delito, tenga relación directa con el delito o contribuya a evitar el peligro para los derechos de las víctimas.

Es obligatoria la aplicación de la pena accesoria, según las reglas del párrafo anterior, aunque no esté prevista en el delito de que se trate.

Artículo 69. La pena accesoria tendrá una duración no superior a la principal y comenzará a cumplirse después de finalizado el cumplimiento de la pena de prisión, salvo la pena de multa, que se cumplirá una vez ejecutoriada la sentencia. En ningún caso se suspenderá la ejecución de la pena accesoria por la aplicación de un subrogado penal.

Esfera de aplicación: La pena accesoria en Panamá se aplica con sujeción absoluta a la imposición de la pena principal, las cuales hemos plasmado en líneas anteriores, las cuales son prisión, arresto de fines de semana, días-multa y el añadido tratamiento terapéutico multidisciplinario. **Artículo 50;** de ninguna

forma la pena accesoria consigue ser objeto de aplicación separada o independiente a la pena principal.

6.2. Peculiaridades de las penas accesorias de inhabilitación para ejercer funciones públicas

- a. La pena accesoria es una consecuencia de la pena principal,
- b. Debe ser impuesta de acuerdo a la gravedad del delito.
- c. Su aplicación debe contribuir a evitar el peligro a los derechos de las víctimas.
- d. Su aplicación es de obligatoria imposición.
- e. No se encuentra prevista en el tipo penal. Conculcado.
- f. Su duración no puede ser superior cuantitativamente a la pena principal, de la cual es consecuencia directa.
- g. Se inicia su cumplimiento después de finalizado el cumplimiento de la pena principal de prisión. Por consiguiente es sucesiva a la pena principal.

6.3. Efectos de la pena accesoria para la inhabilitación de funciones públicas

- a. La pena accesoria de inhabilitación para ejercer funciones públicas como se encuentra regulada en la actualidad adiciona a la pena principal nuevos efectos punitivos que no se encuentran naturales contenida en aquellas.

b. Se han constituidos en unidades de castigo que se rigen por reglas especiales para su determinación y aplicación, sin embargo esta mantienen un déficit en su adecuado desarrollo y regulación.

Automatismo: la misma debe ser necesariamente impuesta porque así está establecido en la norma.

6.3.1. **Indefectibilidad:** Se expresa que la misma no puede faltar o dejar de suceder. Una vez sea impuesta una pena principal. Se encuentra condicionada a las mínimas y deficientes reglas para su cuantificación e imposición. Esto sucede aun a costa de al parecer incorporarse en abierta contradicción con la acogida de cierto planteamiento de prevención especial.

6.3.4 La simultaneidad: En la norma panameña la ley ordena que la pena principal la lleve consigo, que sea impuesta con obligatoriedad y que su cumplimiento comience una vez se cumpla la pena principal impuesta, es cuando se instruye se realice el cómputo del cumplimiento de la pena accesoria de inhabilitación para ejercer funciones públicas una vez se cumpla la pena principal.

La aceptación de la pena accesoria de inhabilitación para ejercer funciones públicas y la falta de discusión y debate sobre una pena que se aplica a todas las infracciones penales, lo cual se hace obligatoriamente, denota las dudas que emerge a cerca de la legitimidad de la imposición de esta pena. Esta pena es aceptada como parte de una

tradición o costumbre histórica enraizada en el código penal, lo que no ha generado discusión acerca de la imposición punitiva obligatoria.

Muchas de las reformas a la legislación penal en nuestro país han sido oportunidades que se han desaprovechado para efectuar una revisión de los mecanismos que presiden la imposición y en la falta de debate y discusión denota la poca importancia que se da al tema.

Sea como fuere se trata de una consecuencia jurídica, que al ser impuesta revela la incapacidad estatal de cumplir con la rehabilitación y la reinserción del condenado, al prohibir a una persona que ha pasado por un sistema carcelario que según la constitución se basa en la rehabilitación del condenado, no está en condiciones de desempeñarse como funcionario en la estructura ocupacional el Estado, y el castigo punitivo debe perseguirlo hasta después de que ese individuo ha cumplido la pena principal de años privado de libertad.

Lo cual abre el camino para la posibilidad de que el poder estatal impone penas post penitenciarias de una duración igualitaria a la pena principal de privación de libertad tras su cumplimiento con un ingrediente inocuidador del condenado. El término “Inocuidación” del delincuente tiene una innegable vinculación al positivismo criminológico y su práctico abandono de la teoría de los fines del Derecho Penal del nuevo siglo. Debe reconocerse sin embargo, que la Inocuidación (incapacitación) nunca estuvo fuera de la discusión en relación a los fines de la pena. De este modo, la inocuidación del delincuente, ha vuelto a situarse en el centro de la discusión político. (Miriam Mónica, 2001).

Siendo de signo forzoso e imperativo, que desde el momento de la imposición de la pena principal es el aspecto que más sobresale de este tipo de pena, desde una visión sancionatoria.

Hagamos un alto en el artículo 68. Que ordena al juzgador escoger entre las ya previstas en el artículo 50 una de las descritas que por la gravedad y la naturaleza del delito *tenga relación directa con el delito*, o contribuya a evitar el peligro para los derechos de la víctima.

6.4. Aspectos a tomar en cuenta por el juez para sancionar con una pena accesoria de inhabilitación para ejercer funciones públicas.

6.4.1. Gravedad y naturaleza del delito

Al analizar este inciso y en atención a los bienes jurídicos salvaguardados, así como a las secuelas que conlleve en la sociedad que surjan de la lesión al mismo, o la amenaza a la que pueda ser sometido, la pena que el legislador ha fijado en este inciso para quien cometa el ilícito, deben variara en proporción a la trascendencia de dichos bienes jurídicos protegidos, debe además tomarse en cuenta que debe variar la sanción en proporción a la importancia y trascendencia del bien jurídico, así como a la necesidad de que estos se mantengan a salvo, por lo que al determinar la gravedad de un delito se debe tener presente los delitos considerados como graves por afectar de forma importantes valores que resultan primordiales de la sociedad. Por lo que para cada delito gravado o no, se establece legislativamente una cuantificación que parte de la pena mínima a la máxima, lo que concuerda con el principio de individualización de la pena, y el principio de proporcionalidad, congruente con lo dicho, no se podría afirmar que quien cometa un hecho delictivo grave se debe sancionar a una persona severamente o al menos con una penalidad

superior a la mínima, pues de ser así, no habría motivo que el legislador hubiese fijado la eventualidad de sancionar con penalidad mínima; para que se sancione al delincuente se debe tomar en cuenta todas las circunstancias externas de ejecución del delito, así como las singularidades de la persona del delincuente, como también el grado de culpabilidad del agente.

6.4.2. Debe tener relación directa con el delito

La pena debe imponerse tomando en cuenta la proporcionalidad al delito. Así lo establece debe ser la imposición por parte del juez de la pena accesoria de inhabilitación para ejercer funciones públicas, si nos detenemos a en una revisión de las sentencias condenatorias en los registros judiciales, la pena de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas es impuesta a todas las conductas delictivas, que terminan procesalmente en una condena, sin tomar en cuenta la relación que tenga con el delito al cual es impuesta.

Porque su obligatoriedad y su regulación deficiente así lo ordena, es aplicada demás en casos investigados, en conjunto con otra pena accesoria, por ejemplo en los delitos culposos es impuesta junto con la prohibición de licencia de conducir, y si examinamos la norma la misma establece que el juzgador debe elegir entre las penas accesorias previstas en el artículo 50, la que según la gravedad o naturaleza del delito, tenga relación directa con el delito o contribuya a evitar el peligro para los derechos de la víctima, **en el sentido de CONDENAR a Alfredo Vicente Lammie Graham, de generales conocidas en autos, a la pena principal de ocho (8) años de prisión, por ser responsable del DELITO DE ABORTO PROVOCADO, cometido en perjuicio de Yesenia Lisbeth Gómez Desgracia.**

Se impone al sancionado Lammie Graham la pena accesoria de inhabilitación para ejercer funciones públicas por todo el tiempo que dure la pena principal y por diez (10) años más luego de cumplida ésta, al igual que la inhabilitación para ejercer la profesión de médico, por el término que dure la pena principal, es decir, ocho (8) años, de lo anterior se deduce lo siguiente:

- Se condena a la pena de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas es durante y después de la pena de prisión (10) años.
- y además se condena a otra pena accesoria, la de inhabilitación para el ejercicio de la profesión de médico, por (8) años
- se imponen dos penas accesorias de inhabilitación para ejercer funciones públicas y la inhabilitación para ejercer oficio o profesión.
- **La pena accesoria de inhabilitación para ejercer funciones públicas excede de la pena impuesta como pena principal.**
- **La pena de inhabilitación para ejercer profesión u oficio es menor que la inhabilitación para ejercer funciones pública.**

Del análisis del fallo anterior surgen los siguientes cuestionamientos, dos penas accesorias son impuestas, primeramente ¿cuál de las dos penas accesorias impuestas pone en peligro los derechos de la víctima como lo ordena la norma que regula este tipo de pena (en este caso estaríamos o ante los derechos de la sociedad que ve lesionado el bien jurídico mayormente tutelado la vida, ya que la víctima fallece en la comisión del delito de aborto) La inhabilitación de ejercer funciones públicas, o la inhabilitación para ejercer oficio o profesión? ¿Guarda la pena de inhabilitación para ejercer funciones públicas relacionadas directamente con el delito de aborto

provocado? ¿Por qué la inhabilitación para ejercer funciones públicas es impuesta en mayor proporción cuantitativa, que la pena accesoria que guarda relación directa con el aborto provocado? ¿Cuál de las dos penas impuestas contribuye a salvaguardar los derechos de seguridad que debe existir en la sociedad en general de la labor del médico que practicó el aborto con la agravante de muerte, para la sociedad?

¿Establece la norma en el artículo 68 del Código Penal vigente que puede el juzgador escoger dos penas accesorias para un mismo hecho delictivo?

El aspecto teleológico en la pena hace referencia a la finalidad de la misma, donde el individuo es el centro y la finalidad de todo el ordenamiento, desde el plano constitucional todo el ordenamiento jurídico establecido debe respetar la dignidad humana como fundamento rector, para que se cumpla la norma y para sancionar por respectiva por la vulneración a la misma.

El Código Penal de la República de Panamá en su libro Primero del Título Preliminar, Capítulo I, Postulados Básicos, el Artículo 1º, establece el Código como fundamentado en el respeto de la Dignidad Humana y constitucionalmente se establece en su Preámbulo exaltar la dignidad humana, y en el artículo 31 de la excerta de máxima jerarquía, se establece que solo podrán ser penados hechos declarados punibles por ley anterior a su perpetración y exactamente aplicable al imputado (Principio de legalidad).

La Constitución panameña en el artículo 28 en referencia a los fundamentos para la ejecución de la pena, basa su sistema carcelario descanso en un principio de seguridad, rehabilitación y defensa social. Se establece la capacitación de los detenidos en oficios que le permitirán reincorporarse útilmente a la sociedad.

En base a lo expuesto y en contraste con la pena accesoria que nos ocupa colegimos lo siguiente:

6.5. Elementos constitucionales y legales que deben considerarse en la facultad punitiva del Estado Panameño en relación a la imposición de la pena accesoria de inhabilitación para ejercer funciones públicas.

- La pena accesoria vulnera el principio de proporcionalidad de la pena
- La pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas violenta el principio de reinserción social del condenado, al perseguir a este después de cumplida la pena principal.
- La imposición de la pena accesoria de inhabilitación para ejercer funciones pública impide el derecho al trabajo, del condenado que pretende reinsertarse en la sociedad.
- La pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas no garantiza que el estado ha cumplido el mandato constitucional se reincorporación del individuo pues impide que este pueda desempeñarse como funcionario público, al imponer esta pena a todo delito.
- Debe ser el Estado el primero en brindar un espacio laboral al condenado si el delito no guarda relación con el *delito contra la administración pública en sus diferentes modalidades*. Ya que solo el Estado atendiendo los principios constitucionales antes detallados debe garantizar la rehabilitación y la incorporación útil del condenado atendiendo al artículo 28 de la Constitucional Nacional, en su párrafo tercero.

- Qué razón tiene imponer la pena a todos los delitos sino un claro exceso punitivo del estado que se contradice con el principio constitucional de reincorporación útil del condenado.

Todos estos elementos que evidencia una carencia de política criminal adecuada a las tendencias más nobles del Derecho penal, en cuanto a la humanización de las penas, lo que a lo largo de los años con la teoría de la pena, desde la perspectiva de la prevención especial y general, el ciudadano que ha delinquirido no debe ser visto como un individuo semejante al que ciudadano de la antigua Roma donde la pena de una *Capitis deminutio máxima* del antiguo Derecho Romano, sanción esta otrora, que lo denigraba y lo separaba de la sociedad en sus derechos civiles y humanos fundamentales. que luego de haber vulnerado la ley debe pagar su culpa.

Más bien las nuevas tendencias y posiciones debatidas en cuanto a la teoría de la pena consideran que el individuo que delinquirió debe tener la posibilidad necesitaría de afrontar su acto antijurídico con sus consecuencias penales, pero también tiene derecho a alcanzar una resocialización que sea lo que le permita una vez cumplida su pena integrarse a la sociedad como un individuo integrado socialmente, desde un punto de vista o solo penal sino criminológico de un criterio previsionista y resocializador debe existir materialmente y no de forma abstracta un respeto total a los derechos fundamentales de la persona.

La prevención no debe quedar en un aspecto novelesco, sino que debe existir una buena política criminal que incluya medidas legislativas acertadas con el objetivo de realizar unos buenos programas preventivos sostenidos a corto

mediano y largo plazo, por el bienestar y convivencia armónica de una sociedad cambiante que cada día exige más intervención estatal.

La finalidad de la pena en el sistema penal panameño, específicamente en lo referente a lo plasmado en el Código sustantivo de 2007, debe ser la prevención, ya sea de manera general o especial conforme se ha mencionado la política criminal para garantizar la resocialización y reintegración útil del condenado.

- **Contribuye a evitar el peligro para los derechos de la víctima.**

Este elemento establecido en la norma en cuestión a nivel de estructuración implica reconocer que el juzgador al imponer la pena principal se ocupa que entre los presupuestos necesarios para imponer la elegida por su relación al acto delictivo cometido, y no solo eso sino que además de con la imposición de esta pena queden salvaguardados los derechos de la víctima. Lo que lleva a suponer que su propia constatación aporta razones determinantes para que el legislador decida imponerlas en ciertos casos, en términos que permiten sostener que cumple con lo establecido en la norma sancionatoria y sus respectivos parámetros a considerar.

6.6. Consideraciones críticas a la pena accesoria de inhabilitación para ejercer funciones públicas.

La imposición de la pena de inhabilitación para ejercer funciones públicas componente inevitable de toda condena, en las sentencias impuestas, de la legislación

penal panameña, lejos está de salvaguardar los derechos de la víctima de homicidio, de aborto provocado, delitos contra la salud pública, y todo el sistema de delitos descritos en el Código Penal, por citar algunos breves ejemplos, la motivación de la condena no expone de modo alguno como esta pena realiza y cumple la tarea conferida a ella por el legislador, no queda clara la función de salvaguardar los derechos de las víctimas.

Sin embargo todas sentencia condenatoria es obligatorio que arrastren una inhabilitación para laboral en aparato estatal, por lo que esta pena se impone sin más ni más, sin justificación, sin relación con el hecho antijurídico, se cuantifica de modo impreciso y oscuro, un homicidio agravado con condena de privación de libertad como pena principal, conlleva cinco años de inhabilitación, pro la investigación realizada en los fallos y condenas de la autoridad jurisdiccional, sin embargo la comisión de un delito contra la corrupción de funcionarios públicos conlleva una inhabilitación de dos años.

Las críticas más notables que su imposición concibe es que conforma un exceso y desproporción sobre el límite que se enmarca en la *culpabilidad del hecho*.

Se debate también, que su virtual imposición de forma automática soslaya todas las funciones notables que se dan en el proceso de individualización de la pena, es necesario destacar y rebatir que el hecho que su imposición sea aplicada una vez se cumpla la pena principal, pareciera tener una naturaleza diversa a misma, con lo se entendería que en su imposición se toman en cuenta sus propios méritos, y no aquellos que se relaciona con el contenido de la pena principal.

La motivación que prevalezca para la imposición de la pena accesoria de inhabilitación para ejercer funciones públicas, pareciera mantenerse al margen del destino

y particularidades de la Pena Principal de la cual depende, a esto se adiciona que las condenas que la sobrellevan introduciendo dificultades caprichosas para la rehabilitación e integración del condenado en su desarrollo en sociedad, reduciendo los derechos ciudadano al trabajo, limita su actividad profesional, ampliando sus efectos en el ámbito de desarrollo individual del condenado.

Esta característica de pena copulativa y los problemas que conlleva son diversos, entre ellos queremos resaltar la desproporcionada exigencia de imputar una doble reacción a partir de un solo hecho punible, en relación con el principio no bis in ídem.

Esta pena de inhabilitación para ejercer funciones públicas, consigue llegar a afectar la fuente de ingresos y de sustento del condenado, provocando que la imposición de la misma a todas las infracciones penales, laa desigualdades cuantitativas en su aplicación.

Los argumentos que la cuestionan a lo largo de nuestra historia jurídica han sido escasos, lo que parece recomendar una revisión más detallada, y de forma urgente si consideramos que este ordenamiento como se encuentra en la actualidad, facilita el medio para que se presenten problemas adicionales asociados a su aplicación, por la escasa regulación de esta pena accesoria, lo que evidencia que debe existir una ampliación en las razones que ha llevado al legislador penal a instaurar estas clases de penas en forma condicionada a la aplicación de una pena principal, la doctrina a cerca de este fenómeno jurídico es exigua o insuficiente, percatándonos en esta investigación que solo doctrinalmente se propone que las penas pueden ser señaladas de manera independiente y autónoma por el legislador.

Esta aseveración doctrinal de la independencia legislativa en la forma de establecer la punición accesoria omite y deja como labor aplazada las razones y el análisis de los parámetros que dan perfil a esta particular sanción.

Discurrimos no existen razones loables, para que se justifique su imposición, esta conducta legislativa solo es explicable por motivos puramente circunstanciales que dejan sin sentido la imposición de la misma a todo delito, como lo ha acogido la legislación penal panameña.

Es desafortunado el reconocimiento de que no existe gran diferencia para los efectos sancionatorios de la pena principal y la pena accesoria de inhabilitación para ejercer funciones públicas, constituyéndose a la última en una pena aflictiva de aplicación común y generalizada, cuya imposición ha sido determinada en el Código Penal a partir de cláusulas generales y sin contenido.

Por pura razón de economía en la composición de la norma por parte del legislador, a la podríamos llamar una especie de pereza legislativa, este parece que ha tomado en consideración que para una mayor amplificación de la pena principal establecida, se verá reflejada en una aplicación de pena accesoria procedente, lo que puede trasladarse en una invasión más agresiva a las limitaciones en las zonas de desarrollo y la dignidad humana.

Nos proponemos al realizar esta tarea y asumir que no existe algún soporte eficiente para dar justificación, o en su defecto una apología que sea un indicador en la manera como el legislador determina la relación de proporcionalidad en la cual pronostica la aplicación de la pena que nos ocupa, como accesoria.

La suma de la pena de inhabilitación para ejercer funciones públicas solo representa una abierta ampliación en los ámbitos de interdicción que se extienden para el condenado, dejando a luz pública, aunque parece inadvertidos por muchos, una forma progresiva de afectación que solo dirige su efecto a restringir y limitar el desempeño a futuro del condenado, ni siquiera en perspectiva a la gravedad del delito cometido.

De todo lo dicho se deduce que la decisión del legislador de imponer una pena que inhabilite a futuro al condenado *no estaría* vinculada en forma determinante o directa al hecho delictivo con los elementos descritos por el tipo penal, lo que solo puede ser aplicado o solo es instituido por la pena principal, como lo insta la ley para cada tipo penal, por lo que la pena accesoria de inhabilitación para ejercer funciones pública al ser impuesta se fijaría al considerar algún elemento presente en el tipo que determine la pena principal para aquel, con lo que se concretaría una vinculación que comprueba que carece de autonomía y permite sostener su característica de accesoria o dependiente de la primera, y no se trata únicamente agregar más aflicción a la pena principal.

Las penas" accesoria surgen fin de regular de manera general la aplicación de un sistema inhabilitante en cada persona sometida a una pena mediante sentencia condenatoria. Régimen este, que se encuentra apropiadamente documentado el uso histórico de penas de interdicción.

Esta pena contribuye a sustentar una baja apreciación sobre el cerco de valores que exterioriza el condenado, lo que nos hace razonar que precisamente por esa baja escala de valores debe ser excluido de las actividades sociales las cuales parecen ser exclusivas para aquellos ciudadanos intachables moralmente para ocupar cargos públicos, por lo que se

deduce que quien cargue con tacha infamante e ignominiosas, como la que recae sobre esta persona por la condena, a pesar de haber pagado la pena principal, la disminución en el estatus que parece identificar estos cargos públicos, considerándolo indigno, y no merecedor del cargo.

La apreciación que realizamos pondera casi de forma natural de imponer una inhabilitación por razones de preventivo especial negativo o inocuizador del condenado, que ya ha pagado repetidos los años de privación de libertad, y una vez en sociedad debe iniciar el cumplimiento de una pena de inhabilitación para ejercer funciones públicas, sea un futuro funcionario o no.

Esta doble reacción punitiva por parte del Estado solo está asociada a un contenido infamante, porque el hecho delictivo no está relacionado como un delito contra la administración pública, sin embargo el condenado debe sobrellevar lo infamante de la misma sobre su futuro, relacionándola más con los efectos civiles de la interdicción, y la ignominiosa idea de que el condenado debe ser excluido de su entorno social, con un significado intencionalmente difamatorio y discriminatorio, contra alguien que no ha cometido, delito contra la administración pública, ni tenido la oportunidad de desempeñarse como funcionario público ni la tendrá mientras pasen los años después de la pena principal en igual cantidad cuantitativa de años.

6.7. La inhabilitación especial. Sus antecedentes en la legislación panameña. Codificación de 1922. (LEY 6 DE 1922) Gaceta N°:4049 Fecha de gaceta 08/12/1922/ Fecha de norma: 17/11/1922. POR LA CUAL SE APRUEBA EL CODIGO PENAL.

La presente Ley aprueba el Código Penal de la República de Panamá, el cual constará de dos libros: Libro I, De la Ley penal en General; Libro II, de las diferentes especies de delitos. Esta Ley derogó expresamente el Código Penal de 1916, (Ley 2) y todas las leyes que lo adicionan y reforman. . Temas relacionados: cárcel, delitos, pena, código penal, códigos, delitos conexos, delitos contra el ambiente, delitos contra el honor, delitos políticos, sentencia, delitos electorales.

Aunque no hay documentos o investigaciones que demuestren los resultados logrados por la comisión de revisión de la codificación nacional nombrada en 1918, el doctor Juan Lombardi se encargó de redactar un nuevo Código Penal, proyecto que fue aprobado por Ley N° 6 de 17 de noviembre de 1922 y se convirtió así en el segundo Código penal panameño de la era republicana, cuya vigencia se extendió durante sesenta años. (VILLALAZ, 2007)

Según opinión vertida por el doctor Muñoz Pope en sus “Lecciones de Derecho Penal”, la fuente directa de este Código lo fue el proyecto que en 1912 elaborara José Vicente Concha para Colombia. Dicho proyecto, a su vez, tuvo como modelo el Código Penal italiano de 1889, más conocido como “Código Zanardelli”, que fuera

aprobado bajo el reinado de Humberto I y puesto en vigencia por su Ministro de Justicia, Giuseppe Zannardelli.

El Código Penal de 1922 registra las penas accesorias de la siguiente manera, en el Título II, De Las Penas, el Artículo 17

Artículo 17: Las penas legales son:

a). Penas Principales;

1° Reclusión;

2° Prisión;

3° Arresto;

4° Confinamiento;

5° Multa;

6° Interdicción del ejercicio de derechos o funciones Públicas.

b). Accesorias:

1° Interdicción del ejercicio de derechos o funciones públicas o de ciertas profesiones, artes u oficios;

2° Sujeción a la vigilancia de las autoridades:

3° Comiso.

Artículo 25: La interdicción perpetua de derechos priva del derecho de elegir y de ser elegido, como del ejercicio de cualquier otro derecho político; de ejercer cualquier función pública de la nación, del municipio o de cualquier entidad que forme parte de ellos, priva de los grados y dignidades que confiera o las entidades públicas y de la aptitud para ejercerla tutela o la curatela.

La interdicción temporal se refiere a los mismos derechos de que trata el inciso anterior, por un tiempo no menos de tres meses ni mayor de cinco años. En ciertos casos que determina la ley se puede privar a un individuo del derecho de determinadas profesión u oficio por tres días a dos años.

Artículo 26: Son nulos las elecciones y nombramientos que se hagan en personas condenadas a las penas de que trata el artículo anterior.

Las elecciones o nombramiento anterior a la interdicción, quedan anulados por esta.

Análisis: Observamos que en la interdicción del ejercicio de derechos o funciones, Públicas se presentaba como **pena principal**, y a la vez como **pena accesoria** de Interdicción del ejercicio de derechos o funciones públicas o de ciertas profesiones, artes u oficios. La presencia de esta figura jurídica como pena principal y accesoria, resulta conveniente para aplicarla como pena principal a los delitos que se relacionen directamente con la administración pública, a el funcionario público y la acción delictiva se haya realizado en cumplimiento de sus funciones. Y como accesoria para ser interpuesta a aquellas conductas que sin ser funcionario público el agente activo, haya peligro de que los interese estatal. Caracterizada por el poco desarrollo y contenido para su aplicación. Sin embargo con mucho más contenido que en la ley vigente, destacamos que la misma contenía la interdicción perpetua. Y la interdicción temporal. Y la duración de la misma. Aduciendo la nulidad de actos anteriores de nombramientos en cargos públicos y de elección. Sin embargo esta codificación no sale ilesa a las modificaciones sufridas a la legislación penal.

Codificación de 1982. Código Penal de 1989 (LEY 18 DE 1982 /Gaceta N°:19667 / Fecha de la Norma: 22/09/1982. Título III, Capítulo I. "Por la cual se adopta el Código Penal de la República de Panamá".

Comentario: Por medio de esta Ley, se adopta el Código Penal de la República de Panamá, y se deroga el Código Penal aprobado por la ley 6 de 17 de noviembre de 1922. Temas relacionados: delitos, pena, ley, Código Penal, , delitos comunes, consejo nacional de legislación, derecho penal.

Artículo 45: Las penas que este Código establece son:

1. Principales : Prisión y días –multa
2. Accesorias :
 - a). Inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas

.....

Artículo 52: La inhabilitación para el ejercicio de funciones es consecuencia de la pena de prisión y podrá aplicarse aun cando esta haya sido cumplida.

Esta inhabilitación priva al sancionado del ejercicio de cargos o empleos públicos y de elección popular, del derecho activo y pasivo del sufragio y de cualquier otro derecho político.

La inhabilitación para el ejercicio de las funciones público no excederá de 20 años.

Análisis: en la codificación de 1989, se elimina del Código penal la inhabilitación como pena principal, y pasa a ser una pena de categoría accesoria, especificando que la misma es solo consecuencia de la pena de prisión, dejando a un lado las penas principales de días-multa. Añade que la misma se cumplirá aun cuando la principal haya sido cumplida. Sin embargo es plausible la determinación cuantitativa que limita esta pena.

6.8.1. Código Penal 2007, Adoptado por la Ley 14 de 2007, con las modificaciones y adiciones introducidas por la Ley 26 de 2008, la Ley 5 de 2009, la Ley 68 de 2009 y la Ley 14 de 2010/ N| de Gaceta No 26519 / Fecha de norma. Lunes 26 de abril de 2010. Libro. Título III, Capítulo I. clases de Penas.

Artículo 50: Las penas que establece este Código son:

1. Principales

- a. Prisión
- b. Arresto de fines de semana
- c. Días- Multa

2. Sustitutivas:

- a. Prisión Domiciliaria
- b. Trabajo domiciliario

3. Accesoria

- a. Multa
- b. Inhabilitación para ejercer funciones públicas

Artículo 68: La pena accesoria es consecuencia de la pena principal. En su aplicación el juzgador deberá seleccionar entre las penas accesorias prevista en el artículo 50 de este Código la que, según la gravedad o naturaleza del delito, tenga relación directa con el delito o contribuya a evitar el peligro para los derechos de la víctima,

Es obligatoria la aplicación de la pena accesoria, según las reglas del párrafo anterior, aunque no esté prevista en el delito de que se trate.

Artículo 69: La pena accesoria tendrá una duración no superior a la principal y comenzara a cumplirse después de finalizado el cumplimiento de la pena de prisión, salvo la pena de multa que se cumplirá una vez ejecutoriada la sentencia.

En ningún caso se suspenderá la ejecución de la pena accesoria por la aplicación de un subrogado penal.

....

Artículo 73: La inhabilitación para ejercer funciones públicas priva temporalmente al sancionado del ejercicio de cargo o empleo público y de elección popular.

9.3.1. Gaceta Oficial Digital, viernes 17 de febrero de 2017 1 No. 28221

Ley 4 de febrero del 2017. Que reforma el Código Judicial, el Código Penal, y el Código Procesal Penal, sobre medidas que evitan el hacinamiento en centros Penitenciarios, y otras disposiciones.

Artículo 4: El artículo 57 del Código del Código Penal queda así:

Artículo 57: el juez de cumplimiento podrá autoriza, para conmutar la pena privativa de libertad, la participación consentida del sentenciado en programas de estudio, trabajo o enseñanza dentro o fuera del centro penitenciario. De igual forma, el juez de garantía o el juez de la causa podrán autorizar la participación consentida del privado de libertad provisional o preventiva en programas de estudio, trabajo dentro o fuera del centro penitenciario previa evaluación y recomendación dela Junta Técnica Penitenciaria. Los programas a que hace referencia el párrafo anterior son los siguientes:

1. La educación con provecho académico en los distintos niveles de enseñanza.
2. El trabajo en labor comunitaria no remunerado y remunerado.
3. La participación como instructor en cursos de alfabetización, de educación, de adiestramiento o de capacitación.

La conmutación de la pena podrá aplicarse a los sentenciados que, mientras se enseñaba en detención preventiva, hayan participado en los programas de estudio, trabajo o enseñanza descritos en el párrafo anterior.

Cuando el juez de cumplimiento autoriza como medida, alterna al cumplimiento de la pena de privación de libertad el trabajo remunerado en alguna dependencia pública, se entenderá suspendida la pena accesoria de inhabilitación de funciones públicas el tiempo que dure la medida. Esta medida no podrá autorizarse para los detenidos que hayan cometido delito en el ejercicio e funciones públicas.

6.8. Análisis crítico de lege lata, y propuesta de lege ferenda, para la accesoria de la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas:

Con lo que hasta aquí hemos dicho y esbozado sobre la facultad sancionatoria del Estado, vale la pena hacer una pequeña digresión o paréntesis al respecto de la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas, advirtiendo que el uso indiscriminado de esta pena en relación a diversos delitos y de distinta gravedad, se encuentra en abierta contradicción con el Principio de Proporcionalidad de la pena, aquí he de referirme a que los efectos que se generan penalmente no solo tomando en consideración la conminación que hace la función del derecho penal, sino tomando como punto de partida la imposición al caso concreto, no resulta ser procedente, inhabilitar al condenado, sino a quien ya pagó la pena principal, le espera una sanción que no guarda relación alguna con el delito cometido, según fuera el caso, nos lleva a la obligante reflexión ¿Cómo penetrar en la insondable naturaleza y fundamento de la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas? ¿Cómo hacer un análisis retrospectivo desde su aparición? ¿Por qué añadir pena a la pena? La pena de inhabilitación para ejercer funciones públicas se aplica de forma adjunta a la pena principal, también la legislación penal panameña, hace referencia como aquella que no está expresamente descrita en el tipo penal, se señala su imposición, pero señalemos lo siguiente, para que esta pena no sea infamante, degradante y hasta injustificada se hace imperativo que ***“guarde relación con el delito cometido”***, instituyendo la norma que el juzgador para poder aplicarla deberá seleccionar entre las penas accesorias una que guarde relación con el delito cometido o contribuya a evitar el peligro para el derecho de la víctima, esta descripción que hace la norma, bien pueden ser

aplicadas en la escogencia de las otras penas accesoria que guardan relación con la infracción de la norma penal, mas no así la inhabilitación para ejercer funciones públicas.

Desde su aparición y atendiendo al aspecto criminológico ha presentado una característica semejante a las del Antiguo Derecho Romano en sus orígenes, es una pena deshonrosa, infamante y de escarnio, evitar que el individuo que pagó la pena principal, y que a esto le sea sumado, que el Estado es en primer lugar el emplazado a creer en su rehabilitación porque el procesado sale de un “*Sistema Penitenciario constitucionalmente basado en la seguridad y la resocialización*”, y con esta pena se le niegue el derecho a trabajar en la administración pública a esta persona, cuando el mismo Estado (Leviatán) que debe velar por su reinserción a la sociedad, en un exceso punitivo de su facultada sancionatoria se lo niega mediante una norma penal de obligatorio cumplimiento e imposición, esta pena a diferencia de legislaciones vecinas donde se establece que si el condenado presenta una conducta de rehabilitación durante los dos años siguientes a su egreso de prisión la pena será revisada sin embargo en la legislación panameña “*jamás es revisada*”.

Todas esta descripción será incompleta si a todo lo anterior no añadimos lo preceptuado en el artículo 69 del Código Penal, al establecer que la pena accesoria no tendrá mayor duración que la pena principal, y se iniciará el cumplimiento de la misma una vez culmine o se cumpla la pena principal de prisión, a este exceso punitivo se le suma que la misma de ninguna forma correrá la suerte de su acompañante la pena principal, al ser subrogada, lo que significa que esta pena no se beneficia de ningún mecanismo procesal de rebaja, ni de ningún tipo de consideración, la pena accesoria no podrá de forma alguna ser suspendida en su ejecución por un subrogado penal.

La pena accesoria de inhabilitación para ejercer funciones públicas debe ser aplicada de forma automática, de forma irracional, y desmedida por el poder punitivo; violentando la finalidad de resocialización en el contenido más contemporáneo de la pena, todo el recorrido histórico que hemos realizado en acápite anteriores, buscando el origen y la legitimación del Estado para castigar, pues queda sin efecto ni contenido alguno ante la imposición de la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas.

La legislación de un Estado de Derecho es respetuoso de, las garantistas, en su sistema de punición, exigen la relación directa del derecho afectado con la conducta ejecutada, pero lamentablemente es solo letra muerta en relación a la pena accesoria de inhabilitación para ejercer funciones públicas, donde se establece que se debe proteger el derecho de la víctima, ¿De qué estamos hablando, del Estado como víctima, es el Estado el sujeto pasivo al que se refiere la norma?

La pena accesoria de inhabilitación para ejercicio de funciones públicas como está siendo impuesta en los tribunales de nuestro país, violenta los principios de necesidad de la pena, de razonabilidad de la pena, y de proporcionalidad de la pena, producto de la automatización de su imposición. La labor legislativa debe ser encaminada a que los derechos ciudadanos sean restringidos a los casos en que razonablemente se observe que guarda relación con el delito cometido. Dentro de este marco de consideraciones estamos afirmando HIPOTÉTICAMENTE que con la imposición de esta pena accesoria que nos ocupa:

- El delito sancionado fue cometido en abuso y ejercicio de la respectiva actividad de derecho restringido.

- El Derecho al que el condenado ha sido inhabilitado después de cumplida la pena principal de privación de libertad, ha facilitado la comisión del delito, por el que fue condenado.
- La inhabilitación del derecho a ejercer funciones públicas puede con seguridad y certeza meridianamente prevenir futuros delitos. (función preventiva de la pena).
- El Principio de proporcionalidad y de necesidad de la pena se ve reflejado al cumplir el máximo no superior a la principal, y el mínimo indeterminado.
- El Estado no ha rehabilitado en el Sistema Penitenciario basado en la seguridad y resocialización al encausado, que sale de la cárcel, por lo tanto se continúa con su inhabilitación para ejercer funciones en la administración pública.

Para los fines de nuestro argumento, no es fácil comprender por qué se le impone al encausado la pena accesoria de inhabilitación para ejercer funciones públicas si con su actuación no ha lesionado o puesto en peligro ningún bien jurídico que pueda guardar relación con la función pública, (nos referimos a los casos en que así sea), lo que si es necesario considerar es cuando la acción penal es cometida por funcionarios públicos excediéndose en las funciones del cargo u omitiendo ejercer su función.

Tomemos en consideración como ejemplo lo que ocurre frecuentemente en los tribunales de justicia, la sanción de un obrero que labora en un restaurante o fábrica o cualquier otro oficio o profesión que no esté relacionado con función pública, y la condena de un funcionario público, ambos son declarados culpables, condenados a idéntica pena de privación de libertad, que lleva consigo la pena de inhabilitación para ejercer funciones públicas, al primero el contenido de la pena accesoria le resulta de poca importancia, pero

para el segundo encausado que su labor ha sido siempre se desarrolló en el sector público la inhabilitación a la que ha sido condenado a pesar de ser idéntica, a la del obrero le causa mayor aflicción que a este, pues el funcionario público es afectado en su esencia como trabajador, estamos ante una pena que es idéntica para ambos pero con diferente contenido para el otro. Este contenido diverso de la misma pena para ambos, para precisar al respecto consideramos que la imposición de esta pena no corresponde a la culpabilidad, sino que está definida por en sus efecto aflictivo para el funcionario público de forma diferente a la que opera en el obrero.

La pena de inhabilitación para ejercer funciones públicas no debe ser impuesta como pena accesoria, a todo los delitos, ya que su imposición tiene efectos desiguales e injustos, lesionando el sentido de lo justo y necesario de su imposición. Lo cierto es que la pena accesoria y su surgimiento histórico parecen estar determinadas con el único desenlace de ser un castigo que aumenta el primero impuesto por la pena principal, y además añadir un sello infamante en el encausado para que sea alejado de las funciones públicas como pena interdictiva, planteando numerosas interrogantes en su aplicación, manteniéndose en el borde de la línea límite sin tipificación, para vulnerar el Principio de legalidad, como consecuencia de una técnica legislativa que puede ser considerada como norma penal en blanco, incongruente con el prenombrado principio legal. (nulla poena sine lege). La pena accesoria deberá cumplirse aunque las condiciones de peligrosidad o rehabilitación hayan desaparecido, esta pena le añade a la pena principal otros contenidos punitivos distintos o muy alejados de los que los que originaron la pena principal, las reglas que la regulan no son claras.

No se trata tan solo de exponer las razones que nos llevan a criticar la imposición de esta pena por la falta de debate sobre la misma, sino que urge un estudio en el que se evalúe la normativa de esta pena accesoria, tarea que debe ser realizada a la luz de los principios constitucionales que rigen el establecimiento y determinación de la pena, que por ser accesoria no deja de ser una pena, analizar su característica de imposición forzosa, el modo y la forma como incide en el ámbito social del condenado ,

Antes de continuar insistimos en lo necesario de verificar la coherencia de la norma en relación a esta pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas, con relación a todos los principios constitucionales para proteger bienes jurídicos, todas las objeciones aquí planteadas y las graves objeciones que hemos analizado hacen recomendable de lege ferenda la pena aquí cuestionada, permitiendo que sea aplicada en relación a los delitos que con la conducta se relacionen, la culpabilidad como límite del ius puniendi está ausente en la imposición de esta pena, por no guardar relación con el delito, en los casos que así sea. Esta pena se constituye por lo tanto en un obstáculo para los fines resocializadores de la pena permitiendo la exclusión del condenado, con lo que se quiere expresar que quien es condenado a una determinada pena no le ofrece al resto de la sociedad la confianza necesaria para ejercer una función pública. Lo que se pretende alcanzar con la imposición de esta pena cuando no guarde relación con el delito castigado es un reforzamiento de la idea de excluir socialmente al condenado, resulta equívoco que la pena accesoria pueda cumplir la función intimidatoria de prevención general cuando solo es percibida por el condenado, una vez se enfrente a su resocialización cumplida su privación de libertad impuesta en la pena principal, lo que aparentemente no era el objetivo del legislador al instaurarla en la codificación penal, la poca o ninguna relación de la pena

principal con la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas se constituye en un freno para que pueda ser considerada en su función de prevención especial y general, menos de prevención, y aún menos de resocialización. Corresponde preguntarse, si esto es así, entonces resulta incomprensible la obstinación del legislador por mantenerla incrementando innecesaria e injustificadamente la punición impuesta. La pregunta necesaria es ¿Qué bienes son tutelados con la pena accesoria de inhabilitación para ejercer funciones públicas? La relación de ambas pena principal y pena accesoria, y su posterior cumplimiento parece que el legislador solo persigue estigmatizar a quien cumpla una pena principal.

El Estado debe hacer cumplir la función resocializadora de la pena en el delincuente, pero con esta pena accesoria se aleja estigmatizando a quien cometió un delito y fue condenado por ello,

6.9. Derecho comparado

La pena accesoria de inhabilitación en las legislaciones de España, Argentina y Colombia

Para precisar y llegar a una mayor comprensión analizaremos las semejanzas y diferencias de los sistemas jurídicos de las República de Argentina, Colombia y España, tomando en consideración el hecho que cada sistema jurídico responde a la realidad social del Estado donde se va a implementar y, cómo las sociedades resuelven sus problemas, además de tomar en consideración los errores, aciertos en la puesta en marcha de una norma penal, lo que funciona en una sociedad, no necesariamente es funcional en otra, por lo que comparando nuestra legislación con estas tres legislaciones extranjeras, buscamos en

primer lugar conocimiento sobre las mismas, pues no se puede comparar lo que no se conoce, lo que necesariamente nos conducirá a una mejor comprensión de nuestra normativa penal y si puede ser mejorada, analizando si es aplicable o no a nuestra realidad social.

En consecuencia si el derecho comparado es una disciplina que confronta las similitudes y las discrepancias de los diversos sistemas jurídicos vigentes en el mundo con el propósito de comprender y mejorar el sistema jurídico de un determinado país, entonces en este apartado nos abocamos a analizar las mismas.

El derecho comparado con referencia al tema en estudio, arroja grandes interrogantes y expone diversos temas de importancia, tales como la manera en que se aplica la pena accesoria de forma automática y sin tomar en consideración el delito cometido por el condenado.

La violación directa del principio de proporcionalidad de la pena, es otra arista que debe ser contemplada dentro del ordenamiento jurídico, ya que la imposición de una pena posterior a la ya cumplida presupone que el sujeto debe padecer de un periodo adicional de castigo impuesto, en este caso por la inhabilitación de funciones de cargos públicos, situación que nos lleva a un problema adicional y este es que el Estado no cumple con el deber de colaborar con la rehabilitación del sujeto por el contrario el Estado participa del doble castigo del sujeto.

Por otro lado la Constitución De La República De Panamá, en el artículo 28, establece el principio de “REHABILITACIÓN”, situación que colisiona con la imposición

de una pena que inhabilita al sujeto, para ejercer cargos en el aparato estatal, situación que limita al sujeto para acceder a plazas de trabajo y que no guarden relación con el delito por el que fueron condenados.

Cabe señalar que dentro del presente apartado analizaremos, la imposición de penas accesorias en legislaciones tales como Colombia, Argentina y España, los procesos jurídicos e imposiciones de penas accesorias en comparación con las de nuestra legislación.

6.9.1. La legislación en relación a la inhabilitación en la República de Colombia

La legislación colombiana, divide las penas a imponer en: principales, sustitutivas y accesorias privativas de otros derechos, cuando no obren como principales, (artículo 34 Código Penal República de Colombia)

Con relación a delitos culposos o con penas no privativas de libertad, el Código Penal colombiano, cuando las consecuencias de las conductas castigadas han alcanzado directamente al autor y a sus familiares, se podrá rescindir de la sanción penal cuando ella no resulte necesaria.

Las penas privativas de otros derechos en el Código Colombiano se definen de la siguiente manera:

1. La inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.
2. La pérdida del empleo o cargo público. (art. 43)

En cuanto a la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas, la legislación penal colombiana, priva al penado de la facultad de elegir y ser elegido del ejercicio de

cualquier otro derecho político función pública, dignidades y honores que confieren las entidades oficiales.

6.9.2. En cuanto a la República de Argentina

En cuanto a la legislación Argentina, establece un sistema muy distinto al ya descrito, en la legislación colombiana y a la legislación panameña. En este caso la legislación argentina establece dos tipos de penas accesorias que se describen a continuación: la inhabilitación absoluta y la inhabilitación especial.

El artículo 6 establece que la pena de reclusión perpetua o temporal se cumplirá en el establecimiento que se determine para este fin, en tal sentido los reclusos podrán ser empleados en obras públicas de cualquier clase, con tal de que no sea contratado en establecimiento privado.

En este orden de ideas la inhabilitación absoluta, trae consigo, la privación del empleo o cargo público que ejercía en el estado así sea de elección popular. Por otro lado esta norma tiene serias implicaciones en el cobro de jubilación, pensiones o retiro civil o militar, tales como la suspensión del goce, del cual se beneficiaran los parientes que tengan derecho a pensión, dejando a la potestad del tribunal decidir por razones de carácter asistencial que la víctima o los deudos que estaban a su cargo tengan derecho a la mitad del importe o a recibirlo en su totalidad si el penado no tuviere pariente con derechos a pensión. En este caso el pago será hasta que se cumple con el monto total de la indemnización fijada.

Con relación a la inhabilitación especial, el artículo 20 establece, que producirá la privación o pérdida del empleo, cargo profesión o derecho sobre que recayere la incapacidad para obtener otro del mismo género durante la condena, es decir con relación al delito cometido. La inhabilitación especial para derechos políticos producirá la incapacidad para ejercer durante la condena. Podrá imponerse una inhabilitación especial en periodos de 6 meses a 10 años, aunque esa pena no esté expresamente prevista, cuando el delito cometido lleve consigo incompetencia o abuso del cargo dentro del aparato estatal. Se puede reestablecer el uso de los derechos perdidos, cuando el condenado se haya comportado adecuadamente durante la mitad del plazo de la condena o durante diez años cuando sea condenado a una sentencia perpetua. Y haya reparado los daños en la medida de lo posible.

En cuanto a la inhabilitación especial el condenado puede ser rehabilitado transcurrida la mitad del plazo de ella o cinco años cuando la pena fuere perpetua o si se ha comportado correctamente, ha remedido su incompetencia o no es de temer que incurra en nuevos abusos y además haya reparado los daños en la medida de lo posible.

Cuando la inhabilitación traiga como consecuencia la pérdida del cargo público o de la tutela o curatela, la rehabilitación no será repuesta en el mismo cargo. No se computará el termino descrito anteriormente si el condenado se encuentra prófugo, recluso o privado de su libertad.

En el siguiente apartado recurrimos al Derecho Comparado, a fin de confrontar las semejanzas y las diferencias de los sistemas jurídicos escogidos con el objetivo de comprender y mejorar si, así fuese posible la legislación de Panamá en relación a la pena

accessoria de inhabilitación para el ejercicio de funciones publica, efectuando una micro comparación de este tipo de pena de forma específica.

6.9.3. La Legislación de la República de España

En términos generales la legislación española presenta un grado mayor de complejidad con referencia al tema en estudio, de tal manera que las penas se clasifican según el artículo 33 del Código Español, de la siguiente manera:

1. Por su naturaleza y duración: pueden ser graves, menos graves y leves.
2. Penas graves: prisión superior a 5 años. Inhabilitación absoluta. inhabilitación especial inhabilitación especial por tiempo superior a cinco años. Y la suspensión de empleos o cargos públicos, por tiempo superior a cinco años.
3. Son penas menos graves: la pena de prisión de tres meses hasta cinco años. La inhabilitación especial hasta cinco años. La suspensión del empleo o cargo público hasta cinco años.
4. Las penas accesorias tendrán la duración de la pena principal excepto algunos casos específicos en el presente código.

La inhabilitación absoluta y las inhabilitaciones especiales, para el empleo o cargo público producen la privación de todos los honores y la incapacidad para obtener los mismos o cualquier otro honor, cargos o empleos públicos y cargos de elección, durante el tiempo de la condena.

En los casos de inhabilitación especial para empleo o cargo público, se produce la privación del empleo o cargo sobre el que recayeren los honores de manera definitiva. Aunado a esto se produce la incapacidad para obtener cargos análogos durante el tiempo de la condena.

Esta descripción será incompleta si no añadimos que el juez en la sentencia, deberá especificar los empleos y cargos sobre los que recae la inhabilitación.

Hay otro aspecto a tomar en consideración y es el caso de las penas accesorias las cuales se clasifican en ABSOLUTAS e INHABILITACION ESPECIAL Y SUSPENSIÓN.

Entendemos que en la inhabilitación absoluta en la cual la pena que la genere sea superior o igual a diez años llevará consigo la inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, salvo que ésta ya esté determinada como pena principal. En los casos en que el delito cometido esté relacionado con los derechos de patria potestad, tutela, curatela, guarda, entre otros.

Del mismo modo en las penas de Inhabilitación Especial y Suspensión, se indica que en las penas inferiores a diez años, el juez podrá imponer la pena accesoria atendiendo a la gravedad del delito. Y existe una gama de diversos como lo es la suspensión de empleo o cargo público, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, la inhabilitación a cargo público e imposibilidad de ejercer la curatela tutela y guarda en el caso que los delitos se encuentren estrechamente relacionados con el delito indicado.

Cuadro N° 4 : Diferencias y semejanzas de la pena de inhabilitación en otras legislaciones

Micro comparación de la Pena Accesorias de Inhabilitación para Ejercer Funciones Pública de la República de Panamá Derecho Comparado con otras legislaciones		
Legislación (País)	Similitudes Legislación panameña	Diferencias
Argentina	<ul style="list-style-type: none"> • Incapacidad de ocupar cargos públicos. • Privación del derecho electoral. 	<ul style="list-style-type: none"> • Se ejerce durante el término de la condena. • Se puede restituir la pérdida de derechos, si el privado se comportara adecuadamente durante un tiempo determinado.
Colombia	<ul style="list-style-type: none"> • Pérdida de empleo en el cargo público. • Imposibilidad para elegir en sufragio y ser elegido. • Pérdida de honores y dignidades públicas. 	<ul style="list-style-type: none"> • La ejecución de la pena accesoria se impone luego del cumplimiento de la pena principal.
España	<ul style="list-style-type: none"> • Inhabilitación para ejercer cargos públicos. • La pena accesoria debe guardar relación con el delito cometido. 	<p>Inhabilitación especial para el sufragio, durante la ejecución de la pena.</p> <p>Las inhabilitaciones se ejercen mayormente en contra de funcionarios públicos.</p> <p>La inhabilitación puede obrar como pena principal.</p>
Panamá	<p>Se inhabilita para el ejercicio de cargos públicos.</p> <p>La pena accesoria debe guardar la proporción con el delito cometido.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • La pena accesoria se cumple luego de cumplida la pena principal. • Se le aplica a todo condenado, indistintamente del delito cometido. • No puede ser considerada la inhabilitación como pena principal. • La pena accesoria no puede ser sometida a subrogado penal.
<p>Las penas accesorias difiere de país a país, y guarda semejanzas dignas de analizar, logramos observar que en diversos países con distintas realidades sociales, las penas accesorias juegan papeles distintos y se aplican de maneras diferentes. Es el caso de España donde se aplica las penas accesorias de manera paralela con la aplicación de la pena, y en mayor grado en delitos específicos, en el caso de la inhabilitación de funciones públicas, la pena accesoria se aplica mayormente para delitos cometidos por funcionarios públicos, los cuales quedan inhabilitados para el ejercicio de funciones públicas. Por otro lado la legislación argentina, establece que si el condenado mantiene un comportamiento adecuado o aceptable durante la ejecución de la pena, la misma podría ser revocada en su favor. En el caso de Colombia, observamos un sistema muy similar al utilizado en nuestra legislación patria, imponiendo las penas accesorias luego de la ejecución de la pena.</p>		

Fuente: Códigos Penal de Argentina, Colombia. España

Durante la finalización del siglo XIX, surge la representación de la pena como régimen para la rehabilitación del sancionado, inicialmente con el pensamiento que mantener al delincuente ocupado, el resultado era un cansancio y desgaste físico que le paralizaba de trasgredir. Prontamente luego de emanadas las investigaciones pertinentes es considerada la ocupación del condenado como un medio rehabilitador en sí mismo; aportando a los privados de libertad una formación personal que le permite desarrollar sus capacidades, y superar muchas deficiencias. Con la evolución de los sistemas penitenciarios se perfeccionaron muchas técnicas resocializadoras, por lo que al trabajo asignado se le suma actividades pedagógicas y ocupacionales, lo mismo que tratamientos dirigidos por expertos.

“ El Sistema Penitenciario panameño es el conjunto organizado, funcional y estructurado de elementos normativos, técnicos y científicos que definen la naturaleza de los centros penitenciarios, cuyos objetivos principales son lograr la resocialización del privado o la privada de libertad sobre la base de un adecuado tratamiento penitenciario, el trabajo, la capacitación, la educación y la práctica de valores morales; mantener recluidas a las personas que se encuentran cumpliendo sanciones administrativas, de carácter penal y medidas de seguridad, garantizándoles el respeto de los derechos humanos; servir de custodia y seguridad de las personas sometidas a detención preventiva; brindar ayuda y labor asistencial a los privados o las privadas de libertad y a los liberados o liberadas, de modo que puedan reincorporarse útilmente a la sociedad, y ejecutar las sentencias emitidas por los tribunales de justicia y las resoluciones de las autoridades administrativas de policía.

6.10. El Sistema Penitenciario

En Panamá el Sistema Penitenciario se fundamenta en el artículo 28 de la Constitución Política de la República de Panamá; la Ley 55 de 2003, que lo reorganiza, y el Decreto Ejecutivo 393 de 25 de julio de 2005, que lo reglamenta. La ley y el reglamento penitenciario son de reciente data, y fueron elaborados para ajustar el funcionamiento del sistema a las exigencias modernas en materia penitenciaria y criminológica, iniciando, con ellos, el período de modernización que pone a nuestro sistema penitenciario a la vanguardia de los sistemas penitenciarios de América Latina, y abre una nueva página en su historia.

6.10.1. Visión

Ser el Cuerpo de Seguridad Penitenciaria modelo, brindando un servicio óptimo y de calidad en el ámbito penitenciario, con el mejor personal altamente capacitado y competente, que responda a las tendencias penitenciarias modernas, permitiendo optimizar los procesos de seguridad, tratamiento y rehabilitación de las personas privadas de libertad; enfatizando en el respeto pleno de los derechos humanos.

6.10.2. Misión

Brindar un servicio de seguridad penitenciaria de manera profesional, eficiente, confiable y continua, apegada a las normas legales y constitucionales de nuestro país y de los países signatarios de los Tratados de los Derechos Humanos Internacionales y el trato a las personas privadas de libertad.

6.11. Elementos Sistema Penitenciario

Debe tener una representación tutelar y rehabilitadora, demanda que compruebe su contenido,

el cual debe estar forjado en el conjunto de normas, como en efecto ocurre en la legislación penitenciaria.

Dichos elementos son:

6.11.1. Las autoridades: representados por aquellos que tienen la responsabilidad la administración y dirección de los centros de reclusión.

6.11.2. Los encarcelados y las encarceladas: aquellos individuos sobre los cuales se orienta todo el dinamismo penitenciario, dirigido como debiera ser a que alcancen una rehabilitación.

6.11.3. El personal custodio: son las personas que asumirán la relación inmediata con los confinados siendo esta su labor cotidiana.

6.11.4. La formación Educativa: Será fundamentalmente el mecanismo que auxilie a la adaptación del sometido a una colectividad social.

6.11.5. El trabajo: será el componente que en unión con la educación ayude a que la persona prescinda de tiempo de desocupación, de inactividad y forme un carácter de ocupación aprendiendo un oficio que contribuirá al momento de cumplir su condena recibir una remuneración y que su reinserción social impida que este individuo reincida en conductas delictivas que permita además una supervivencia digna con la que antes de la condena no poseía.

6.11.6. Marco Jurídico Nacional

6.11.7. Constitución Política de la República de Panamá

Nuestra Carta Magna instituye los principios y garantías esenciales que deben ser la columna vertebral del sistema penitenciario, y la estructura jurídica que le sostiene y que lo mantiene activo; es forzoso enfatizar las consecuentes normas constitucionales, sin dejar de discurrir la de la Constitución como un todo, rectora de las leyes y normas de la República, con los principios en ella contenidos.

El Sistema Penitenciario Panameño tiene como objetivo lograr la resocialización del privado de libertad sobre la base de un adecuado tratamiento penitenciario, el trabajo, la capacitación, la educación y la práctica de valores morales; mantener reclusas a las personas que se encuentran cumpliendo sanciones administrativas de carácter penal y medidas de seguridad garantizándoles el respeto de los derechos humanos; servir de custodia y seguridad de las personas sometidas a detención preventiva; brindar ayuda y labor asistencial a los privados de libertad y a los liberados a fin de su reincorporación a la sociedad; ejecutar las resoluciones de las autoridades administrativas de policía y las sentencias emitidas por los tribunales de justicia, hasta que se cree el Juez de cumplimiento. Ahora bien, con la aprobación de la Ley 63 de 2008, publicada en la Gaceta Oficial No. 26114, que adopta el Código Procesal Penal, que iba a entrar a regir de forma escalonada a partir del 2 de septiembre del 2009, y que fue reformada mediante Ley 48 de 2009, se crea la figura del Juez de Cumplimiento. El nuevo Código Procesal Penal reconoce en su artículo 508 que el sancionado goza de todos los derechos y facultades que le reconocen la Constitución Política y los Convenios y Tratados Internacionales ratificados por la República de Panamá. No se le podrán aplicar mayores restricciones que las que

expresamente disponga la sentencia que le impone la pena. El sancionado podrá ejercer sus derechos planteando sus requerimientos ante el Juez de Cumplimiento.

Se establece, en ese sentido, en el artículo 509 que el Juez de Cumplimiento es la autoridad competente para el control de la ejecución de la sentencia. En el ejercicio de esta competencia, le corresponde al Juez de Cumplimiento:

1. Resolver las cuestiones que se susciten durante la ejecución de la sentencia en los términos en que ésta haya sido impuesta. Las solicitudes que impliquen una decisión jurisdiccional se resolverán en audiencia con el Fiscal y la defensa.
2. Disponer u ordenar las inspecciones y visitas a los establecimientos penitenciarios que sean necesarias, y hacer comparecer a los sancionados o a los encargados de los establecimientos, con fines de vigilancia y control.
3. Dictar las medidas que juzgue convenientes para corregir y prevenir las faltas que observe en el funcionamiento del sistema y ordenar a la autoridad competente para que adopte las medidas que correspondan.
4. Controlar el cumplimiento de las condiciones impuestas en la suspensión del procedimiento y la suspensión condicional de la ejecución de la pena. En el primer caso, informará al Juez de Garantías para su revocación o para la extinción de la acción penal.

Actualmente la Dirección General del Sistema Penitenciario, es la autoridad administrativa que está a cargo del Sistema Penitenciario. Esta institución cuenta con el Director General y el Subdirector.

La institución tiene una Secretaría General y una estructura administrativa conformada por distintos departamentos. En cada centro penitenciario funciona un organismo denominado Junta Técnica, el cual está presidido por el Director y Subdirector del centro, e integrado por un equipo interdisciplinario.

Entre los conceptos novedosos esta Ley consagra el concepto de “servicio público penitenciario”, como objetivo del Sistema Penitenciario Nacional, y le otorga una nueva estructura orgánica moderna y más adecuada a la prestación de este servicio público. (Artículo 19 y ss de la Ley 55/2003). Entre los aspectos a destacar:

Se crea el Consejo de Política Penitenciaria. (Artículo 24 y ss de la Ley 55/2003)

Se establecen los principios generales de la Carrera Penitenciaria. (Artículo 32)

La Escuela de Formación Penitenciaria. (Artículo 40 y 41)

Consagra el régimen de derechos y deberes de los privados o privadas de libertad. (Artículo 5, numeral 2, y 54 y ss) destaca el principio de presunción de inocencia como rector del trato que se debe dispensar a las personas en detención preventiva. (Artículo 7)

Incorpora el concepto de separación y clasificación de la población privada de libertad, de acuerdo a criterios criminológicos y penitenciarios; (Artículo 49)

Los centros penitenciarios, de acuerdo con su destino de servicio, son, en la Ley clasificados de la siguiente manera:

- a) Centros de Detención Preventiva: Los destinados a la custodia provisional de las personas sometidas a dicha medida cautelar, dictada por autoridad competente.
- b) Centros de Cumplimiento de Penas: Aquellos destinados a la ejecución de penas privativas de libertad y que se organizarán conforme al sistema penitenciario

progresivo-técnico, cuyo principal objetivo es la readaptación social del privado o la privada de libertad. Se ubicará en módulos especiales a las personas que cumplan penas no mayores de un año y a las sancionadas por faltas administrativas.

c) Centros de Prisión Abierta: Los que se caracterizan por la ausencia de precauciones materiales y físicas contra la evasión, así como por un régimen fundado en una disciplina aceptada y en el sentimiento de la responsabilidad del privado o la privada de libertad, respecto a la comunidad en que vive.

d) Centros Femeninos: Los destinados a la atención de mujeres y en los que existen dependencias adecuadas para la atención y cuidado de los hijos lactantes de las privadas de libertad. En los lugares en que no existan estos centros, las privadas de libertad permanecerán en dependencias separadas del resto de la población penal.

e) Centros de Reinserción Social: Dependencias destinadas al seguimiento y asistencia a las personas privadas de libertad beneficiadas con permisos de salida especiales, los cuales serán reglamentados por el Órgano Ejecutivo. Adopta el sistema progresivo técnico como fundamento conceptual del tratamiento penitenciario (Artículo 14 y ss) y en este sistema se clasifican centros penitenciarios, basados en sistemas de máxima, mediana y mínima seguridad, así como de confianza.

Se define la individualización, a través de sistemas de evaluación, diagnóstico, pronóstico y tratamiento técnico de cada privado o privada de libertad. Adopta como complementarias y supletorias, las recomendaciones de la Organización de las Naciones Unidas sobre las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, y el Conjunto de Principios Para la Protección de Personas Sometidas a Prisión de 1988. (Artículo 130).

La Ley 55/2003 establece que el trabajo de los privados de libertad en los centros penitenciarios es un derecho y un deber. La distribución de la remuneración del salario neto de las personas privadas de libertad que laboran fuera de los centros penitenciarios, se realizará basándose en los siguientes criterios: 30% para la cuota de responsabilidad civil derivada del delito, 40% para su familia, 20% para gastos personales durante su permanencia en prisión, 10% para cuota de ahorro.

La remuneración para la persona privada de libertad que labore dentro del centro, le corresponderá el 50% a la Dirección General del Sistema Penitenciario, 10% para la cuota de responsabilidad civil derivada del delito, 20% para su familia, 10% para gastos personales durante su permanencia en prisión, 10% para cuota de ahorro. El 50% que corresponde a la Dirección General del Sistema Penitenciario se utilizará en mantenimiento, reparación, adquisición de maquinarias, equipo, y demás gastos y servicios que se establezcan en el manual de procedimiento para los fondos de gestión institucional de proyectos de producción, elaborado por la Contraloría General de la Nación.

6.11.8. Sistema progresivo

Este es un sistema penitenciario con el que se pretende conseguir un resultado correctivo de la pena. El cumplimiento de la condena pasa por diferentes fases que suponen la progresión desde mayor aislamiento a más libertad. El paso de una fase a otra depende del comportamiento del preso y la consecución de su trabajo. Supone el establecimiento de una meta que el interno debe conseguir de forma autónoma, ello favorece el éxito de su cumplimiento.

Se desarrolló en varias prisiones europeas de forma diferente, en Australia por Alexander Maconochie, en Munich por Obermayer, en Irlanda por Walter Crofton y en

España por el Coronel Montesinos, pero la idea esencial del cumplimiento progresivo era común en todas las formas

RECOMENDACIONES

PROYECTOS DE REFORMA, PROPUESTA LEGISLATIVA

- **Título**

Anteproyecto de Ley que modifica los artículo 50, 68 ,69 de la pena accesoria de inhabilitación para ejercer funciones públicas, estableciendo lineamientos para su imposición a determinados delitos, y su suspensión durante el periodo de cumplimiento de la misma .

- **Exposición de motivo**

La aplicación de una pena al infractor de un delito, mediante una sentencia ejecutoriada, es una de las facultades que tiene el Estado para limitar derechos fundamentales; de tal forma que la vida de aquella persona que quebranto la normativa penal establecida con anterioridad al hecho cometido, y cuya pena ya está prevista en la norma, se ve impactada con la consecuencia jurídica que debe afrontar.

Es necesario que esta labor sancionatoria por parte de la autoridad jurisdiccional, en lo referente a la imposición de la Pena Accesoria de Inhabilitación para Ejercer Funciones Públicas, sea revisada con cuidadosa atención, de forma tal que la imposición de esta pena accesoria que inhabilita al condenado después de cumplida la pena principal, guarde relación y proporcionalidad con el delito cometido, salvaguardando los derechos de la víctima como lo establece la norma, y escogiendo *una de* la establecida en el artículo que la predice, y que con sano criterio se tome en cuenta el principio de proporcionalidad de la pena lo mismo que los fines y función de

la pena, que la misma no solo sea una retribución y prevención especial o general, sino que paralelamente se cumpla el principio constitucional que rige el sistema penitenciario de reinserción del condenado, y que la imposición de esta pena accesoria no impida el derecho al trabajo, de estos ciudadanos infractores de la norma penal.

Esta propuesta pretende las modificaciones a esta disposición legal para que la misma se ajuste con mayor especificidad a la acción tipificada como delito y ejecutada conforme a la descripción del tipo penal por el sujeto activo, y a la composición del mismo descrita por el legislador para cada delito; persiguiendo para el condenado que se cumplan los postulados más actualizados en la dogmática penal; en relación directa a los postulados de la Teoría de la Pena,

Ello hace necesario para que los fines de la pena se cumplan en su aplicación, que una de las funciones que debe cumplir la pena al ser impuesta, es la señalar a todos los ciudadanos el sistema y la estructura del Sistema Penal vigente, para que con su imposición se demuestre la operatividad del mismo.

La previsión legal de la pena, como su imposición por parte del órgano jurisdiccional y la ejecución de la misma, son función que la sanción penal cumple. En el ámbito legislativo la determinación de la función de la pena permitirá hacer un juicio crítico sobre la legitimidad de la pena legalmente establecida.

Señalamos de forma dogmática y concluyente que una pena que no sea proporcionalmente ajustada a esa función no podrá aceptarse aunque se encuentre escondida tras una norma, cuando el único factor que ilegítimamente la compone queda revelando con su imposición que su contenido real es la sola “*Retribución*”.

La pregunta necesaria es ¿si resulta legítimo castigar a una persona inhabilitándola por tutelar el estado un bien jurídico que su conducta delictiva no ha lesionado? Pero adicional a todos los motivos y razonamientos previos, insistimos en la función de la pena, la misma es relevante para realizar una discusión de los parámetros previstos en la ley, en la medida que nos quede claro que una de la función más renovada e importante de la pena es la “Resocialización”, difícilmente podemos considerar legítima una pena que priva de derechos fundamentales al condenado, como lo es el trabajo, con una pena que es desproporcionada al delito cometido, y que niega la posibilidad de “*Reinserción Social del Condenado*”. O que con su imposición la dificulta, al perseguir más allá al condenado después del cumplimiento de la pena principal, a cual se le puede aplicar un subrogado penal, pero a la accesoria que inhabilita al condenado a ejercer funciones en el Estado, el legislador lo prohíbe, esta prerrogativa a ésta pena accesoria, otorgándole a esta más aflicción que la pena principal. Lo que demuestra una abierta intención del legislador de sancionar con mayor extensión de la pena principal, con una accesoria que en todos los casos no debe ser aplicada porque se castiga sin tomar en cuenta el Principio de Proporcionalidad en su imposición. Debe existir coherencia con la función de la pena y la imposición de la misma por parte del juzgador. En este aspecto presentamos tres posibles escenarios:

1. Si esto se cumple a cabalidad dentro de la conceptualización retributiva de la pena, la pena adecuada al hecho será aquella que corresponda con la culpabilidad del autor, sin tomar en cuenta si con ello el Estado contribuye o no a la prevención general o a la resocialización del condenado.

2. Contrastando lo dicho en líneas previas, si contrariamente bajo una conceptualización de la pena en su función preventivo- general, el juzgador se regirá por los fines de intimidación, imponiendo la pena como una confirmación de un sistema penal efectivo, confirmando la amenaza penal, dejando a un lado las consideraciones referentes a la culpabilidad del autor. Y como último panorama
3. Si en contraste con todo lo argumentado, el criterio del juzgador es regido por el concepto de Resocialización del condenado, entonces y solo entonces podríamos visualizar la legitimidad en la recriminación del condenado, que culminaría si se cumple la finalidad de una efectiva resocialización y reinserción social efectiva del condenado al terminar el cumplimiento la pena principal.

Desde esta percepción de la pena, el delincuente no podría ser exonerado del cumplimiento de pena impuesta sin afectar el valor Justicia. En atención a lo brevemente dicho en este apartado, puede llegarse a la conclusión de que la función de la pena no puede ser considerada una discusión teórica sin ninguna utilidad práctica.

Por el contrario, de la respuesta a esta cuestión general depende el tratamiento de muchos problemas específicos del Derecho penal, como lo es la reincidencia, y la propia coherencia del sistema punitivo.

Nos atrevemos a expresar que se trata del tema con mayores consecuencias prácticas en la lucha contra la criminalidad, por lo que su estudio no puede ser tomado como una cuestión simplemente teórica sin operatividad alguna.

Por lo que consideramos necesario reformar el artículo 50 y 68 del Código Penal, en lo referente a la sanción de la pena accesoria de inhabilitación para ejercer funciones públicas,

debido a que la regulación actual es incongruente, ya que como está actualmente regulada la lesión a cualquier bien jurídico, conlleva al juzgador a imponer esta sanción de forma costumbrada, automática, desproporcionada, y sin considerar que la culpabilidad del individuo no se relacione con un cargo público, se violenta los principios constitucionales de rehabilitación y reinserción social del condenado, se niega a la persona condenada el derecho al trabajo, aunque en el momento de la comisión del hecho no sea funcionario público, consideramos que la pena debe ser considerada pena principal cuando el hecho cometido guarde relación directa con delitos contra la administración pública, los delitos culposos deben ser exonerados de esta pena, ya que los mismos se les impone una pena accesoria que los regula de forma particular, como lo es la inhabilitación para portar licencia de conducir; nos motiva esta inhabilitación para ejercer un cargo en el Estado porque esta pena se impone de forma arbitraria y desproporcionada sin limitación a todas las agresiones penales, las cuales imperan por encima de la pena principal sobrepasándola, y evidenciando que la administración de la cosa pública, es el bien jurídico más tutelado.

Lo que nos motiva concluir, que nuestra legislación penal actual no se acompaña de las figuras procesales que permitan la protección judicial de una persona en su derecho constitucional a la dignidad humana y rehabilitación del condenado, en el cumplimiento de la sanción que lo excluye socialmente, en abierta contradicción con lo anterior, ya que si es el Estado el llamado a rehabilitar al privado de libertad resulta contradictorio e incongruente con la norma constitucional, que sea el mismo Estado quien excluya y niegue el Derecho al Trabajo como funcionario público, a quien debe haber pasado por un centro penitenciario basado en el principio constitucional de rehabilitación, y además no ha cometido un delito que guarde relación con la cuestionada inhabilitación.

La importancia de esta modificación es que la misma permitirá una reinserción social al condenado, ponemos de manifiesto lo inconveniente que plantea la actual regulación de la pena accesoria de inhabilitación para ejercer funciones públicas,

- **Delimitación alcance y cobertura**

Impedir que la pena en cuestión sea aplicada de forma desproporcionada a todos los delitos cometidos, obstaculizando la reinserción social del condenado, una vez haya cesado el cumplimiento de la pena principal.

CONCLUSIONES

- Al concluir este trabajo de investigación hemos querido destacar que estas pena accesoria de inhabilitación para ejercer funciones públicas aplicada a todos los delitos como es aplicada en nuestra legislación penal, mantienen su origen histórico y tradicional de incrementar y adicionar un castigo al ya impuesto.

_ La pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas impuesta a todos los delitos no deja de tener su tradicional componente de afrenta al autor de un delito, en nuestra legislación penal ha estado y permanecido inamovible en todas las reformas que se han realizado al Código Penal, manteniéndose como un instrumento de castigo que nadie menciona y se impone de forma irracionalmente obligatoria, no encontramos en su aplicación ninguna función preventiva ni especial ni general que justifique su imposición, esta pena no ha recibido en mucho tiempo una adecuada regulación como castigo a imponer, por lo que toda pena por su carácter interdictivo de Derechos debe encontrarse estructurada de forma tal que mantenga su función original que la fundamenta en su imposición, sin embargo la pena accesoria de inhabilitación para ejercer funciones públicas destaca especialmente su característica infamante y desocializadora.

_ Es necesario romper con una tradición en su imposición y que sea consolidada en su función especial preventiva para que sea legitimada como sanción y sea liberada de aspectos meramente infamante.

_ Es urgente que la tarea a realizar debe iniciar con la eliminación de en la imposición forzosa imposición , justificando su individualización en las resolución judicial, al ser impuesta como pena a delitos guarden relación con la administración pública, en atención al principio de proporcionalidad de la pena y la culpabilidad del infractor,

_ Nuestro razonamiento jurídico y recomendación en relación a la imposición y regulación inadecuada de esta pena, tiene como fundamento constitucional el artículo de nuestra Carta Magna que establece que nuestro sistema penitenciario debe estar basado en la resocialización del condenado. Y desde este cimiento Constitucional es adecuado recomendar al legislador panameño reformule y fundamente constitucionalmente el sistema de penas interdictivas de derechos, como lo es la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas.

_ El ius puniendi es un derecho que corresponde al Estado, del que no debe sustraerse porque la impunidad es un mal para la sociedad tan grave como la delincuencia, pero en ejercicio de esta facultad de sancionar se debe mantener el equilibrio entre la protección de los bienes jurídicos de los individuos y los de la colectividad. Y los principios y garantías fundamentales de Derecho , con los fines y funciones de la pena, siendo que el Estado está llamado a velar por el control social,; pero un Estado Leviatán que no respete las garantías y Derechos fundamentales de justicia y equidad que deben ser los fines y objetivos de la facultada sancionatoria que despliega con sus gobernados puede resultar tan negativo como un Estado totalitario, respetando lo que

creemos son las reglas de oro consagradas en la Constitución de cada Estado y que brinda la seguridad jurídica, y el respeto bajo el imperio de la ley. Pero esa ley debe buscar y perseguir su fin último como lo es la justicia.

— Aunque resulte un asunto difícil el ejercicio del ius puniendi como la expresión más fina y detallada del control social, hay definir con claridad, hasta donde debe llegar y hasta donde es necesario demarcar sus límites, pero ultimamos que las respuestas apropiadas se encuentran en la doctrina del garantismo penal, concebida como la máxima protección de los valores fundamentales de los ciudadanos, que se conforma en el carácter instrumental del Derecho.

— La discusión doctrinal sobre los fines y funciones de la pena no debe seguir siendo observada como un asunto meramente teórico sin provecho práctico, en las clases universitarias que inician los estudiantes de derecho en su parte general se enseñan las teorías de la pena como una clase necesariamente introductora, sin embargo las conclusiones a las que se puedan llegar a este respecto no tienen repercusiones y no se ven reflejadas en la concreción de las imputaciones y decisiones jurídico penales, estamos diciendo que pareciera negarse la utilidad práctica al conocimiento teórico a lo que podríamos recurrir a la conocida frase que exterioriza **“que no hay nada más práctico que una buena teoría ”**

_ Cabe ultimar además que la prevención legal de la pena, como la imposición que realiza el juzgador y su ejecución debe partir de la función que la pena debe cumplir, lo mismo debe ser incuestionable para la labor que realiza el legislador en la determinación de la función de la pena, lo que conducirá a realizar un juicio crítico sobre la legitimidad de la función punitiva del Estado, toda labor de los entes jurisdiccionales en la imposición de una pena que no se adecúe a esta función de retribución si pero también de prevención y de resocialización, no podrá aceptarse aunque se encuentre legitimada y pre establecida en la norma penal.

BIBLIOGRAFÍA

AGUDELO, Nodier B. De los Delitos y las Penas, de Cesare Beccaria, Editorial Temis, Bogotá, 1990, pág. XVI.

BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal Parte General, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, s/f, pág. 37.

BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal y Estado de Derecho, Editorial Jurídica, Chile, 2005, pág. 122.

BECCARIA, Cesare. De los Delito y las Penas, Segunda Edición, Editorial Temis, Bogotá, 1990, pagina XVI.

BECCARIA, Cesare. De los Delitos y las Penas, Tercera Edición, Editorial Temis, Bogotá, 2005, pág. 74.

BERNAL, Lizbeth. Panamá situación del sistema Penitenciario, ILAND, Comisión Europea, obtenido: 27 de junio de 2017. De <http://upan1un.org/intradoc/group/public/documents/icap/unpan030243.pdf>

CONTRERAS, Cuello Joaquín, CAFFARENA, Mapelli Borja. Curso de Derecho Penal, Parte General, Segunda Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2014, pág. 23, 25 y 31.

CONDE, Muñoz Francisco. Introducción al Derecho Penal, Barcelona, 1975, pág. 33.

CURY, Enrique. Derecho Penal, Parte General, Editorial Universidad Católica, Chile, 2009, pág. 76.

DEL CASTILLO, Bernal Jesús. Las Consecuencias Jurídicas del Delito, Editorial Tirant to Blanch, pág. 27 y 30.

DE ESCAMILA, Alonso. Fundamento de Derecho Penal, Editorial Universitas, Madrid, 2010, pág. 52.

DE TOLEDO, Octavio. Sobre el concepto de Derecho Penal, Madrid. 1981, pág.194.

DURLING, Arango Virginia. Derecho Penal, Parte General, Introducción a la Teoría del Delito, Editorial Panamá Viejo, 2017. Pág. 243.

ECHANDIA, Reyes Alonso. Derecho Penal, Segunda Edición, Editorial Temis, Bogotá, 1996, pág. 215.

ECHEVERRI, Juan David. Thomas Hobbes y el Estado absoluto, del Estado de razón al Estado de terror, Editorial Mejores trabajos de grado, Antioquia. 2010, pág. 11.

ESQUERDO, Vaello Esperanza. Las Consecuencias Jurídicas del Delito, Editorial Publicación de la Universidad de Alicante, España, 2015, pág. 17 y 25.

FEJOO, Bernardo. La legitimidad de la pena estatal, un breve recorrido por las teorías de la pena. Editorial Iustel, Madrid, 2015, pág. 34.

GUERRA, Silvio. Proporcionalidad y Constitución. XVI Jornada de Derecho Constitucional, organizada por el Centro de Estudios y Formación Constitucional de Centroamérica y el Caribe, (CEFCA). Tomado del diario El Panamá América.

HORMAZABAL, Malaree Hernán, Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho, el objeto protegido para la norma penal, Editorial Jurídica Conosur, Chile 1982, pág.15.

JAKOBS, Gûnter, De la pena estatal, significado y finalidad, Editorial Thompson, Madrid. 2006, pág. 18.

LARDIZABAL, Uribe Manuel. Discurso sobre las penas, Editorial Porrúa, México, 1982, pág. 18.

LA TORRE, Gómez Berdugo. Lecciones y material para el Estudio del Derecho Penal Editorial Iustel, España, 2015, pág. 26 y 53.

MALDONADO, Miriam Mónica, La inocuación, frente a los delincuentes peligrosos., Incorregibles Reincidentes, Revista Jurídica Cajamarca N°12.

MALINOWSKI, Brorislav. Crimen y Costumbre en la sociedad salvaje, Editorial Planeta De Agostini, S.A., Barcelona, 1985, pág. 22.

MAÑALIS, Kindahwser Urs y Juan Pablo. Retribución como coacción punitiva. Derecho y Humanidades, 2010, pág. 16.

MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal, Parte General, Editorial Reppertor, Barcelona 2008,

MIR PUIG, Santiago. Función de la pena y la Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho, Segunda Edición, Editorial Casa Editorial S.A., Barcelona, 1982 (introducción).

MUÑOZ, Conde Francisco. _Introducción al Derecho Penal. Editorial BdeF, Buenos Aires, 2001, pág. 72.

MUÑOZ, Pope, Carlos Enrique. Introducción al Derecho Pena, Editorial Panamá Viejo, Panamá, 2003, pág. 14.

QUINTANAR, Diez Manuel y **ORTIZ**, Navarro José, Elementos del Derecho Penal, Parte General, Editorial Tirant, lo Blach, Valencia, 2015, pág. 18.

ROXIN, Claus. Iniciación al Derecho Penal de hoy, Editorial Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1981, pág. 33.

SALVADOR, Giner. Historia del Pensamiento Social, Tercera Edición, Editorial Ariel, Barcelona, 1982, pág. 345.

SANCHEZ SILVA, Jesús María. La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en la sociedad postindustrial. Editorial Edisofer, Montevideo, 2011, p

VILLALAZ, Aura Emérita. Historia de la Codificación Penal durante la época republicana. Obtenido de <http://www.organojudicial.gob.pa/cendoj/wp-content/blogs.dir/cendoj/13-historiadellacodificaciónpenal.pdf>

