

# BOLETÍN DE CIENCIAS PENALES

PRIMERA REVISTA ELECTRÓNICA ESPECIALIZADA DE LA  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

---

---

## DIRECTORES

VIRGINIA ARANGO DURLING  
ELÍECER PÉREZ

**ISSN 2410-8944**

**Título Clave:**

**Boletín de ciencias  
penales**

**Título clave abreviado:**

**Bol. cienc. penales**

**Correo Electrónico**

**cienpeup @outlook.com**



**AÑO 7 No. 20**  
**Julio-Diciembre 2023**

## EDITORES ACADÉMICOS

### Virginia Arango Durling

Catedrática de Derecho Penal  
Directora de la Revista

### Eliecer Pérez

Catedrático de Criminología  
Subdirector

## CONSEJO EDITORIAL

### Aura Guerra de Villalaz

Catedrática de Derecho Penal. Universidad Latina de Panamá

### José Rigoberto Acevedo

Catedrático de Derecho Penal. Universidad Latina de Panamá.

### Julia Sáenz

Catedrática de Derecho Penal. Universidad de Panamá.

## Asistente

### Campo Elías Muñoz Arango

Prof. de Derecho Penal. Universidad de Panamá

## COMITÉ CIENTÍFICO

**Gustavo Arocena**, Universidad Nacional de Córdoba.

**Álvaro Burgos**, Universidad de Costa Rica.

**Dino Carlos Caro Coria, Pontifica**. Universidad Católica del Perú.

**Fabio Joffre Calasich**, Universidad Autónoma Gabriel René Moreno, de Santa Cruz de la Sierra, Bolivia.

**Sergio Cuarezma Terán**, Universidad de Nicaragua.

**Ángela Gómez**, Universidad de La Habana.

**Mario Houed Vega**, Universidad de Costa Rica.

**Alfonso Serrano Gómez**. Universidad Nacional de Educación a Distancia ( UNED)

**Eugenio Raúl Zaffaroni**, Universidad de Buenos Aires, Argentina.

**José Miguel Zugaldía**, Universidad de Granada



### Eduardo Flores

Rector de la Universidad de Panamá



### Hernando Franco Muñoz

Decano de la Facultad de  
Derecho y Ciencias Políticas

### Francisco Flores Villa

Vicedecano

### Judith Lore

Secretaria Administrativa

Editado por el Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá. Primer Edificio, Tercera Planta.

**Boletín No.20 Julio-Diciembre 2023.**  
**ISSN 2410-8944**

**Título Clave: Boletín de ciencias penales**

**Título clave abreviado: Bol .cienc. penales**

Las publicaciones fueron recibidas y aprobadas por el comité editorial y presentadas en este número en la medida en que fueron recibidas de sus autores.

El Boletín de Ciencias Penales es una publicación *virtual semestral* del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas que tiene por finalidad promover el estudio y la difusión de la Criminología y el Derecho Penal, con miras a convertirse en una herramienta importante de la comunidad científica nacional e internacional.

**Dirección** [cienpe@outlook.com](mailto:cienpe@outlook.com)

Tel 523-6555-6

**Contacto:** [varangodurling@gmail.com](mailto:varangodurling@gmail.com)

## COLABORADORES EN ESTE NÚMERO

### **VIRGINIA ARANGO DURLING**

Universidad de Panamá  
[varangodurling@gmail.com](mailto:varangodurling@gmail.com)

### **NILSON DIAS DE ASSIS NETO**

Juez del Tribunal de Justicia del Estado de Paraíba (Brasil).  
[nilsondiasdeassisnieto@hotmail.com](mailto:nilsondiasdeassisnieto@hotmail.com)

### **ALBERTO GONZALEZ HERRERA**

Universidad de Panamá  
[agonzalezherrera26@yahoo.com](mailto:agonzalezherrera26@yahoo.com)

### **CAMPO ELÍAS MUÑOZ ARANGO**

Universidad de Panamá  
[campoema@gmail.com](mailto:campoema@gmail.com)

### **CARLOS E. MUÑOZ POPE**

Universidad de Panamá  
[carlosmunozpope@cableonda.net](mailto:carlosmunozpope@cableonda.net)

# **BOLETÍN DE CIENCIAS PENALES No. 20**

Primera Revista Electrónica especializada de la Facultad de  
Derecho y Ciencias Políticas

**Julio-Diciembre 2023**

## **SUMARIO**

### DOCTRINA

Presentación.....	5
Rupturas epistemológicas en la criminología: ¿Cuáles fueron los cambios epistemológicos en el pensamiento criminológico?.....	7
Las medidas de seguridad frente a las penas.....	29
Estafa de consumo.....	46
El delito de posesión agravada de drogas: delito de controvertida aplicación .....	79
El sistema de la teoría del delito en el Código Penal del 2007.....	92
LEGISLACIÓN.....	98
INFORMACIONES.....	99

## PRESENTACIÓN

En esta ocasión la revista digital del Departamento de Ciencias Penales y Criminológicas se siente muy complacida pues hemos llegado al número 20 lo cual nos hace sentir muy halagados porque hemos dado continuidad permanente con mucho esfuerzo a esta publicación, que en su inicio nos pareció difícil de lograr en el año 2014.

Y decimos que ha sido un gran trabajo toda vez que durante este tiempo lamentablemente no ha sido posible alentar a más colegas a que nos envíen sus publicaciones científicas, sin embargo, por otro lado, nos ha llenado de mucha satisfacción el contar con el apoyo de manera continua de otros colegas a nivel nacional y de derecho comparado, que fielmente se han esmerado en participar en cada uno de los números de esta revista, por lo cual de manera previa les agradecemos sus contribuciones.

Durante estos años además, nuestra Revista digital del Departamento, se ha visto enriquecida con contribuciones de catedráticos de prestigiosas universidades del extranjero, entre otras, del Profesor Rolando Grimaldo, de la Universidad de Comillas, y de Pedro Gonzáles Villanueva de la Universidad de Castilla La Mancha, del Dr. Gustavo Arocena, de la Universidad Nacional de Córdoba, de Fabio Joffre Calasich Universidad Autónoma Gabriel René Moreno Santa Cruz de la Sierra, Perú.

En este número 20 de la Revista Digital presentamos con mucha satisfacción la contribución del Profesor, *Nilson Dias de Assis Nieto*, Juez del Tribunal de Justicia del Estado de Paraíba (Brasil), Juez del Tribunal de Justicia del Estado de Paraíba (Brasil). Coordinador Adjunto de Educación a Distancia en la Escola Superior da Magistratura da Paraíba. Director Adjunto del Departamento de Derechos Humanos de la Asociación de Magistrados de Paraíba. Profesor con Posgrado *Lato Sensu* en Derecho Constitucional y en Derecho Civil, que está cursando máster en Derecho en la Universidad de Barcelona, que nos trae un interesante estudio sobre la Ruptura epistemológica en la Criminología, de significativa importancia para los estudiosos del Derecho Penal y la Criminología.

Seguidamente, traemos, las contribuciones de la *Profesora Virginia Arango Durling*, sobre la Estafa de Consumo, del Profesor de Derecho Penal, *Campo Elías Muñoz Arango*, sobre las

Medidas de Seguridad frente a las penas, destacando sus particularidades, semejanzas y diferencias, al igual que el ensayo del *Profesor Alberto González Herrera*, sobre el delito de posesión agravada de drogas, concluyendo con el trabajo del *Profesor Carlos Muñoz Pope* sobre el sistema de la teoría del delito en el Código Penal del 2007.

En síntesis, les invitamos a darle una lectura al contenido de nuestra revista digital, y nuevamente les agradecemos a los profesores por sus contribuciones, y motivamos a otros a que se nos unan en esta tarea de seguir contribuyendo al fortalecimiento y promoción del Derecho Penal y la Criminología.

Panamá, 20 de junio de 2023

Los Directores

## RUPTURAS EPISTEMOLÓGICAS EN LA CRIMINOLOGÍA:

¿Cuáles fueron los cambios epistemológicos en el pensamiento criminológico?

Nilson Dias de Assis Neto<sup>1</sup> nilsondiasdeassisnieto@hotmail.com

**RESUMEN:** Objetivamos analizar las rupturas epistemológicas en la criminología, o sea, los cambios de paradigma en el pensamiento criminológico representados por las mudanzas de objeto y fuentes de estudio, de herramientas y metodologías de investigación, bien como de la autonomía o dependencia de una asignatura a otra. Cambios que pudieron ser verificados en las teorías al final de la Escuela de Chicago, del Pensamiento Marxiano, del Interaccionismo Simbólico-Criminología Crítica y de la Zemiología (daño social).

**PALABRAS CLAVES:** cambio de paradigma; epistemología; criminología; Escuela de Chicago; Pensamiento Marxiano; Criminología Crítica; y Zemiología.

**ABSTRACT:** we aim to analyze the epistemological ruptures in criminology, that is, the paradigm changes in criminological thought represented by the changes of object and study sources, of research tools and methodologies, as well as of the autonomy or dependence of a subject to another. Changes that could be verified in the theories at the end of the Chicago School, at the Marxian Thought, at the Symbolic Interactionism-Critical Criminology and at the Zemiology (social damage).

---

<sup>1</sup> Juez del Tribunal de Justicia del Estado de Paraíba (Brasil). Coordinador Adjunto de Educación a Distancia en la Escola Superior da Magistratura da Paraíba. Director Adjunto del Departamento de Derechos Humanos de la Asociación de Magistrados de Paraíba. Profesor con Posgrado *Lato Sensu* en Derecho Constitucional y en Derecho Civil, cursando máster en Derecho en la Universidad de Barcelona.

**KEYWORDS:** paradigm shift; epistemology; criminology; Chicago School; Marxian thought; Critical Criminology; and Zemiology.

**RESUMO:** objetivamos analisar as rupturas epistemológicas na criminologia, ou seja, os câmbios de paradigma no pensamento criminológico representadas pelas mudanças de objeto e fontes de estudo, de ferramentas e metodologias de pesquisa, bem como da autonomia ou dependência de uma matéria a outra. Mudanças que puderam ser verificadas nas teorias do final da Escola de Chicago, do Pensamento Marxiano, do Interacionismo Simbólico-Criminologia Crítica e da Zemiologia (dano social).

**PALAVRAS-CHAVE:** câmbio de paradigma; epistemologia; criminologia; Escola de Chicago; Pensamento Marxiano; Criminologia Crítica; e Zemiologia.

**Sumario:** Introducción; I – Los Crímenes del Cuello Blanco; II – El Discurso Marxiano en el Pensamiento Criminológico; III – El Interaccionismo Simbólico; IV – La Criminología Crítica; V – La Zemiología (Daño Social); y Conclusiones. Referencias.

## Introducción

Conocer la historia es fundamental para saber dónde estamos y cual camino los ha llevado a ese sitio. De hecho, hay una frase genial atribuida al filósofo y político irlandés Edmund Burke (2019), en la cual él tendría dicho “un pueblo que no conoce su historia está obligado a repetirla”

Este estudio tiene como tema la historia del pensamiento criminológico. En especial, delimitando al tema, vamos a estudiar y debatir las rupturas epistemológicas que hubieran ocurrido a lo largo de la historia del pensamiento criminológico por sus distintas corrientes y escuelas.

Por lo tanto, nuestro objetivo no es hacer un recorrido de la historia de todos los pensamientos criminológicos, sino estudiar y debatir aquellos puntos donde se puede identificar que hubo un cambio epistemológico con relación a las demás corrientes y escuelas.

Nos preguntamos: ¿cuál o cuáles cambios en la historia del pensamiento criminológico pueden ser considerados rupturas epistemológicas? En tal estudio, a partir del método de análisis anterior de las corrientes o escuelas del pensamiento criminológico, expondremos aquellas rupturas epistemológicas identificadas.

Para tanto, en nuestro estudio, a partir de revisión bibliográfica en autores como BEIRAS (2005) y SANDE (2018), consideramos ruptura epistemológica al cambio de conocimiento que tenga producido una mudanza considerable en los objetos, fuentes, herramientas y métodos de estudio, bien como sobre la autonomía o no de la disciplina.

Como la epistemología debate principalmente sobre el objeto, pero también sobre las fuentes, herramientas, métodos y aún sobre la dependencia o no de una asignatura a otra, una ruptura epistemológica es un cambio que involucra a uno a algunas de estas áreas.



Al fin y al cabo, como bien caracterizó y resumió profesor BEIRAS (2005:52), “cuando se habla de una nueva epistemología, se está haciendo mención a los principales pilares que conforman ese nuevo enfoque: un nuevo objeto de estudio y un nuevo método de trabajo”

De tal suerte, a partir de la identificación de lo que sea considerado una ruptura epistemológica, trataremos de esos cambios en el pensamiento criminológico aquí previamente identificados como la ruptura al final de la Escuela de Chicago, del pensamiento marxiano, del interaccionismo-criminología crítica y de la zemiología.

## **I - Los crímenes del Cuello Blanco**

La primera gran ruptura epistemológica en el pensamiento criminológico que podemos identificar fue la teoría de Los Crímenes del Cuello Blanco o *The White Collar Crime* en el original, la cual ocurre al final de los años de la Escuela de Chicago a partir de los trabajos de la segunda época del profesor Edwin Sutherland.

En conformidad con BEIRAS, Edwin Sutherland tubo una primera época en que desarrollo la teoría de los contactos diferenciales y sobre la cual no iremos profundizar por no ser exactamente la parte en que se puede identificar la verdadera ruptura epistemológica.

La teoría de los contactos diferenciales está ubicada dentro de las distintas miradas de la Escuela de Chicago, a partir de la cual se empieza a relativizar: I) el objeto, porque los crímenes de las clases establecidas aún son estudiados; y II) el método, porque hay la superación del paradigma del fundamento en el desorden de la ciudad.

Conforme ANITUA (2015:346), la teoría de los contactos diferenciales entiende que “en cada área cultural diferencial los individuos aprenden modelos y esquemas de comportamiento diferentes. A nivel socio-estructural se puede hablar de organización diferencial, pero a nivel individual, lo importante es el contacto, o asociación, diferencial”.

Tal perspectiva no más consensual de la sociedad produce un quiebre con la teoría sociológica consensual, que dice que las normas sociales son producto de un consenso, al reconocer que en verdad la teoría del conflicto produce las normas sociales, porque en la sociedad conviven distintos grupos sociales con distintos valores de delito.

Así, según concluyó profesor PAVARINI (2008:121), “la teoría de la asociación diferencial, por el contrario, rechazando la noción según la cual la sociedad se funda sobre el consenso y afirmando que ésta se estructura sobre un pluralismo normativo, se contrapone a las teorías de la desviación fundadas sobre la patología individual o social”

Sin embargo, el mismo Sutherland tubo lo que se puede llamar de una segunda época en que hizo una investigación (conferencia) que resultó en un libro sobre la criminalidad de la clase poderosa (*the white collar crime*) y, exactamente acá, podemos identificar una primera gran ruptura criminológica.

A partir de la teoría de la asociación diferencial, SUTHERLAND pasó a tener como objeto de estudios también a las clases de los poderosos, superando el paradigma anterior que vinculaba el delito a pobreza y a la desviación. En esa segunda fase de ruptura de paradigma, se busca investigar crímenes de cuello blanco como daños sociales.

Por lo tanto, podemos afirmar una primera gran ruptura en el pensamiento criminológico en esa segunda fase de los estudios de SUTHERLAND dentro de la Escuela de Chicago, porque hubo un cambio del objeto de estudio de los crímenes sólo vinculados a la pobreza por una persona desviada<sup>2</sup> o enferma<sup>3</sup> a los crímenes del cuello blanco.

Por el trabajo de SUTHERLAND, pasa a ser una preocupación del pensamiento criminológico por qué “los ricos y poderosos [...] investiga cometen múltiples conductas que generan daño social y no son calificadas como delitos, ni sus autores son catalogados como delincuentes”<sup>4</sup>.

En conclusión, tenemos acá nuestra primera ruptura epistemológica con las escuelas de las ilustraciones y del positivismo, porque, en suma, dejamos de estudiar la persona con sus causas patológicas para estudiar grupos con sus causas sociales y, principalmente, pasamos a tener como objeto también a los delitos de las clases establecidas.

Sin embargo, no podemos decir que tal posición sea incuestionable, porque no se debe olvidar a la crítica de PAVARINI (2008), que consideraba a la mudanza que entendemos ser un cambio de paradigma en verdad un paso de un determinismo biológico a un determinismo social (ecología social)

## II – El Discurso Marxiano en el Pensamiento Criminológico

Aquí llegamos, ahora ya casi sin dudas, en un gran cambio de paradigma epistemológico. Como lo señaló BEIRAS (2005:51), “se analizará ahora un planteamiento radicalmente diverso de los visto hasta este momento [cuales sean, las ilustraciones y el positivismo]”, o sea, analizaremos la mudanza epistemológica del discurso marxiano.

Seguramente, el filósofo Karl Marx no escribió algo que se pueda llamar de criminología, porque no hay escritos del pensador que traten específicamente del pensamiento criminológico. Sin embargo, podemos decir que el discurso marxiano halló desarrollo en la criminología por intermedio de otros autores.

---

2 Aquí, hacemos referencia a las personas consideradas desviadas a partir del rompimiento del contrato social del paradigma de las ilustraciones (teoría sociológica del consenso), ya que como, para BEIRAS, “las primeras teorías de justificación de una penalidad semejante, como es sabido, vinieron de la mano de las aproximaciones retribucionistas *kantiana* y *hegeliana*” (BEIRAS, Iñaki Rivera. **Recorridos y Posibles Formas de la Penalidad**. 1ª. Ed. Anthropos Editorial: Barcelona, Universitat de Barcelona, 2005, p. 21).

3 Aquí, hacemos referencia a las personas consideradas enfermas a partir de la perspectiva etiológica del paradigma positivista (teoría sociológica del consenso), ya que, para BEIRAS, “las causas del comportamiento delictivo estaban así determinadas: biológicas, psicológicas y sociológicas” (BEIRAS, Iñaki Rivera. **Recorridos y Posibles Formas de la Penalidad**. 1ª. Ed. Anthropos Editorial: Barcelona, Universitat de Barcelona, 2005, p. 25).

4 Véase: SANDE, Fernando J.. Recorrido sobre las rupturas epistemológicas en la cuestión criminal y escenario(s) presente(s). In: **Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata. UNLP**. Año 15/Nº 48-2018. Anual. Impresa ISSN 0075-7411-Electrónica ISSN 2591-6386, p. 684.

Antes de entrar en esos resultados de pensamientos marxianos que produjeron “una nueva epistemología que estaba surgiendo en relación con el conocimiento científico del problema punitivo”(Beiras,2005), es importante recordar algunas de las herramientas del pensamiento marxiano a partir de las cuales se produjo aquel cambio.

Para MARX, podemos decir que hay fases de evolución del Estado: I) del capitalismo pasamos al socialismo; y II) del socialismo pasamos al comunismo. Ello, a partir de la dialéctica de clases en una teoría sociológica del conflicto, concluye que el Estado y, en consecuencia, el Derecho, son la voluntad de la clase elevada al rango de ley<sup>5</sup>.

Establecidos los fundamentos marxianos, podemos poner las propuestas del pensamiento de él desarrolladas: I) el castigo es un fenómeno histórico; II) el modo de producción es el determinante principal de las penas; III) el castigo es un fenómeno social; IV) la pena es producto de una política criminal (Beiras,2005:53).

Además, todas las propuestas criminológicas del discurso marxiano son basadas especialmente en dos de ellas: V) el castigo es una implicación de la lucha de clases entre la burguesía y el proletariado; y IV) la función de la pena es apoyar a los intereses de una clase en contra de la otra. (Beiras, 2005:54) .

Como los delitos son fenómeno históricos, el paradigma de la concepción ontológica de delito es abandonado, porque los crímenes pasan a ser considerados no como naturalmente concebidos, sino como definidos a partir de la estructura de la sociedad en verdadera lucha de clases.

La concepción axiológica de delito es incluso confirmada por los cambios en los bienes jurídicos que son considerados fundamentos para criminalización de una conducta. De hecho, hubo ahora la preocupación con los bienes jurídicos de carácter colectivo y difusos (salud, educación entre otros).

De hecho, considerando el delito un constructo social, los pensadores RUSCHER y KIRCHHEIMER (2015:3) defienden que “la pena como tal no existe; existen solamente sistemas punitivos concretos y prácticas determinadas para el tratamiento de los criminales”.

Por otro lado, con la interpretación marxista de la historia, el modo de producción pasa a ser el determinante principal de los métodos penales a lo largo de la historia en los diferentes sitios. Por ello, con relación a la futura teoría del etiquetamiento, la teoría marxista defiende que los delitos son etiquetas impuestas por la clase dominante.

Pues, en las teorías del discurso marxiano, la pena depende del desarrollo del mercado de trabajo, de suerte que el número de población penada y su tratamiento en el interior de las cárceles

---

5 Las teorías marxianas, de hecho, son teorías del conflicto que resaltan la “naturaleza coercitiva y represiva del sistema legal; la ley es así vista no como instrumento neutral para la solución de los conflictos sino como instrumento a través del cual los grupos dominantes en la sociedad consiguen imponer sus propios intereses por sobre los demás” (PAVARINI, Máximo. **Control y dominación**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2008, p. 138).

depende del aumento o disminución de la cantidad de mano de obra disponible en el mercado de trabajo, bien como de las necesidades de la clase dominante.<sup>6</sup>

Tal es la economía política de la pena, del delito y de la ley penal, la cual es bien desarrollada por los profesores BEIRAS (2005:53) a partir de BARATTA, señalando que, “en la sociedad capitalista el sistema penitenciario depende sobre todos del desarrollo del mercado”. Y concluye, entonces, BEIRAS que:

La magnitud de la población carcelaria y el empleo de ésta como mano de obra dependen del aumento o de la disminución de la fuerza de trabajo disponible en el mercado y de su utilización. Se iba edificando, de este modo, la nueva epistemología punitiva que pasó a ser conocida como la economía política de la pena.

Por fin, aún dentro de esta segunda ruptura epistemológica del marxismo con su teoría crítica, llama la atención, a partir de la construcción del derecho/Estado como herramienta en una lucha de clases, el concepto de la ley de la menor elegibilidad (*less eligibility* en el original).

Tal ley de la menor elegibilidad determinaría que las condiciones carcelarias, fundamentalmente las condiciones del trabajo carcelario siempre deben permanecer por debajo de las peores condiciones materiales de las clases subalternas de la sociedad, que funcionarían como verdadera “no opción”<sup>7</sup>.

De tal forma, así como BEIRAS (2005) afirma que tal principio orientó las reformas carcelarias en la Europa del siglo XIX, no es difícil verificar una posible explicación en él de la situación carcelaria del Brasil donde la situación inconstitucional de los derechos materiales de la población “permite” una condición aún peor de las cárceles<sup>8</sup>.

En conclusión, al realizar un estudio historiográfico, las teorías del discurso marxiano realizan una segunda verdadera ruptura epistemológica en el pensamiento criminológico. Tal ruptura por las teorías marxistas es muy próxima del cambio que también propondrán las futuras teorías del etiquetamiento (Sande,2018) .

---

6 Ese pensamiento está en una de las obras más importantes del discurso marxista, cual sea *Pena y estructura social*, de pensador RUCHER (ANITUA, G. **Historias de los pensamientos criminológicos**. Buenos Aires: Didot, 2015, p. 430).

7 Tal pensamiento desarrollado por RUSCHER está sintetizado en la obra de BEIRAS (BEIRAS, Iñaki Rivera. **Recorridos y Posibles Formas de la Penalidad**. 1ª. Ed. Anthropos Editorial: Barcelona, Universitat de Barcelona, 2005, p. 53).

8 En conformidad con la Asociación Brasileña de Seguridad Pública, Brasil tenía 755.274 personas privadas de libertad en 2019 y tenía un déficit de vacantes de 305.660 plazas en el mismo año, lo que demuestra el total agotamiento del sistema carcelario brasileño (ASOCIACIÓN BRASILEÑA DE SEGURIDAD PÚBLICA. **Seguridad en Números**. Disponible en <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/02/infografico-2020-ok-espanhol-v4.pdf>. Sitio consultado en 24.09.2021).

Las teorías del discurso marxiano cambian el pensamiento criminológico (Beiras,2005), de una unidireccionalidad pasamos a interdisciplinariedad; de una unicausalidad pasamos a la multifactorialidad; y de la concepción metafísica y/o médica pasamos a otros cortes aun jurídicos, sociológicos, psicológicos y filosóficos.

### III – El Interaccionismo Simbólico

La próxima ruptura epistemológica, el interaccionismo simbólico, en verdad, hace parte de la misma ruptura epistemología de que trataremos más adelante, cual sea, la criminología crítica, porque la primera está en el desarrollo histórico que resultó en la segunda.

De hecho, podemos considerarlas ambas las partes como integrantes de la misma ruptura, en un concepto más amplio de la criminología crítica. Sin embargo, con el objetivo didáctico de recorrer y desarrollar mejor el camino histórico que resultó en la criminología crítica tan conocida en Latinoamericana, hacemos tal escoja didáctica.

En los Estados Unidos y en Europa de la primera mitad del siglo XX hasta los años sesenta, se desarrollaron importantes estudios a respecto de la Psicología Social del doctrinante George Mead <sup>9</sup>, especialmente con el análisis de la interrelación existente entre individuo y ambiente en interacción.

Para MEAD, “el cuerpo no es un Yo, como tal, sólo se convierte en una persona cuando hay desarrollo de una mente dentro del contexto de la experiencia social [...] La mente surge a través de la comunicación, por una conversación gestual en un proceso social o contexto de experiencia, y no la comunicación a través de la mente” (Mead,2012:146-161).

En tales estudios, se verifico que el individuo es un ente activo frente a su medio y que también el ambiente es, por su turno, moldeable por el individuo, de forma que hay una interacción y un mutuo influjo entre ellos, es decir, hay una interacción y esa ocurre con símbolos (interaccionismo simbólico).

---

9 CARVALHO, Virgínia Donizete de, Borges, Livia de Oliveira e Rêgo, Denise Pereira do Interaccionismo simbólico: origens, pressupostos e contribuições aos estudos em Psicologia Social. **Psicologia: Ciência e Profissão** [en línea]. 2010, v. 30, n. 1 [Accesado 29 Outubro 2021] , pp. 146-161. Disponible en: <<https://doi.org/10.1590/S1414-98932010000100011>>. Epub 02 Mar 2012. ISSN 1982-3703. <https://doi.org/10.1590/S1414-98932010000100011>.

La escuela criminológica crítica, por lo tanto, tiene como antecedente histórico el interaccionismo simbólico, o sea, lo que las personas piensan no es un producto sólo individual, sino una construcción individual y colectivo-social, en un proceso de formulación de valores en la interacción social entre el individuo y su contexto cultural.

A partir de los estudios de la Psicología Social, el proceso de conocimiento con interacciones por medios de lenguaje, símbolos y reflexiones es cada vez más importante, porque existe un intercambio de significados que ocurre en el día a día de las personas.

Por ello, la criminología influenciada por el interaccionismo simbólico busca el análisis de la vida cotidiana (*everyday life criminology*), porque tiene importancia la comunicación social, investigando la relación entre reacción del organismo frente a actividades de otros (irreflexivos) y actitudes de los otros que uno adopta (reflexivo).

Esa criminología, que influencia las teorías de reacción social y del enfoque del etiquetamiento (*labeling approach*), deja de estudiar el delincuente y la víctima y empieza a estudiar la reacción a una conducta no sólo por la sociedad, sino también ya como una respuesta del sistema penal (institucional).

Pues, se verifica que la desviación (*deviance*) es producida por una persona o grupo de personas que tienen poder sobre las personas o grupos de personas que son calificadas como desviadas, cuando la conducta de esas es calificada por aquellas como un comportamiento desviado.

Una desviación es la calificación negativa de una conducta como reprochable por una norma social o incluso por una norma que se haya convertido en una norma jurídico penal, lo que en general sólo puede ser hecho por las personas o grupos sociales que tienen poder en la sociedad.<sup>10</sup>

Cuando las normas sociales son hechas normas jurídico-penales, tenemos entonces dos

---

10 Aquí, verificamos la influencia del discurso marxiano como antecedente histórico incluso también de la posterior criminología crítica, porque, como había afirmado el filósofo Karl Marx, el derecho es “voluntad de la clase dominante elevada al rango de ley” (MARX, Karl. Disponible en <https://alexzambrano.webnode.es/products/el-derecho-en-la-mente-de-marx/>. Sitio consultado en 29.10.2021).

fases de su calificación como desviación: la primera es en el momento de la producción normativa (la criminalización primaria); y la segunda es después ya en la fase de interpretación y aplicación de la norma legal (criminalización secundaria).

La opción metodológica del tal interaccionismo simbólico parte de la premisa fundamental del profesor Herbert Blumer de que seres humanos actúan sobre las cosas con fundamento en los significados que las cosas tienen para ellos y esos significados vienen de las interacciones sociales que ocurren en relaciones de poder desiguales.

A partir del desarrollo de la Psicología Social por la teoría de MEAD, BLUMER (2010) afirma que el significado es un producto social en un interaccionismo simbólico que tiene tres premisas: “la primera es que el ser humano orienta sus acciones hacia las cosas según lo que significan para él” Y continúa el sociólogo BLUMER:

La segunda es que el significado de esas cosas surge como consecuencia de la interacción social que cada uno mantiene con su prójimo. La tercera es que los significados son manipulados y modificados por medio de un proceso interpretativo desarrollado por la persona ante las cosas que encuentra en su camino”.

Por lo tanto, ya considerando las contribuciones de BERGER y LUCKMANN (2004), se concluye que la realidad es construida socialmente y la sociología debe analizar los procesos de tal construcción, porque el interaccionismo simbólico produce y reproduce subjetividad a partir de la interacción entre las personas, conforme BEIRAS.

De hecho, según los sociólogos BERGER y LUCKMANN (2004:146-161), “ciertamente, se debe procurar en la constitución subjetiva del significado el origen de todo el acervo social de los conocimientos, de la reserva histórica del significado, a partir del cual se nutre a la persona nacida en una sociedad particular y en un tiempo determinado” .

Se considera que la realidad es una serie de fenómenos externos a los sujetos y el conocimiento es la información de los sujetos al respecto los fenómenos externo, por lo que el conocimiento y su transformación se dan en un proceso de intercambio de significados y de etiquetamiento (*labelling approach*).

Como el comportamiento humano es inseparable de la interacción, en esa interacción surgen las formas de selección de la clientela penal por la criminalización primaria con la norma penal como medio estático (leyes penales...) y por la criminalización secundaria con las agencias penales como medios dinámicos (policías, fiscales, jueces...).

Así, considerando que la realidad es una construcción mediante significados producidos en interacción social, los riesgos de la configuración de una conducta como crimen no tiene tanto que ver con el acto objetivo en sí, sino con la ubicación en una pirámide social.

Por ello, aquí tenemos una nueva ruptura epistemológica en la criminología, la misma ruptura que en un camino más adelante va a generar la criminología crítica tan importante en Latinoamericana. Un verdadero cambio de paradigma con la antigua criminología tradicional.

De esa criminología de antaño que estudiaba el crimen y el delincuente como categorías ontológicas, o sea, categorías casi que ofrecidas por la naturaleza, pasamos a una otra criminología que empieza a estudiar los crímenes como una categoría producida en el sistema penal por interacciones.

Tal mudanza va a profundizarse con las sociologías norteamericana, británica y alemana de los años 50 y 60, a partir de la cual surge una mayor preocupación con el análisis de los procesos de criminalización, por el análisis de la construcción del delito por la teoría de *Labelling Approach*.

Ahora, el objeto de estudio es la definición de delito y la selección de los etiquetados y, consecuentemente, hay una superación del paradigma etiológico de la criminología que buscaba conocer las causas del delito, porque el delincuente no es tanto quien ha delinquido sino a quien se le aplicó con éxito la etiqueta de delincuente.

Para la criminología influenciada por el interaccionismo simbólico, como lo decía profesor BARATTA al empezar sus clases, “el delito NO existe”<sup>11</sup>, porque es una verdadera construcción de la ley que crea tanto la legalidad penal (conducta adecuada) cuanto también la ilegalidad (conducta desviada).

#### IV – La Criminología Crítica

La ruptura epistemológica de que vamos a hablar ahora es, por lo menos en alguna medida, consecuencia de las rupturas criminológicas de que ya hemos hablado. De hecho, el pensamiento

---

11 En conformidad con profesor Alessandro Baratta, “el delito no existe”, porque “las definiciones de comportamiento criminal producidas por las instancias del sistema (legislativo, dogmática, jurisprudencia, policía y sentido común), no son asumidas como punto de partida, sino como objeto de averiguación, y son estudiadas en el contexto general de la teoría de la historia y del análisis contemporáneo de la estructura social” (BARATTA, Alessandro *apud* BEIRA, Iñaki Rivera (Coordinador). **Política Criminal y Sistema Penal: Viejas y Nuevas Racionalidades Punitivas**. 2ª Ed. Anthropos Editorial: Barcelona, 2011, p. 41).



del discurso marxiano y del interaccionismo simbólico produjeron no sólo un cambio de objeto, sino también un otro cambio de hermenéutica.

El discurso del pensamiento marxiano y el interaccionismo simbólico, en un doble giro epistemológico, cambiaron el objeto de estudio inicial de la criminología y después, sin grande solución de continuidad, cambiaron toda la hermenéutica del pensamiento criminológico con lo que se vino a conocer como criminología crítica.

Esa criminología fue inspirada en la tradición crítica de la famosa Escuela de Frankfurt y agrupó una gran diversidad de pensamiento y autores. Como el nazismo en Europa en la Segunda Guerra, como se sabe, los miembros de aquella Escuela de Alemania y sus discípulos, como por ejemplo Hannah Arendt<sup>12</sup>, tuvieron que huir.

Muchos de aquellos pensadores se fueron a los Estados Unidos, lo que probablemente fue uno de los factores que posibilitó en desarrollo de la criminología crítica inicialmente en los EE. UU. de la década de los 1970 en el contexto de una gran crisis de legitimidad en consecuencia de la Guerra de Vietnam y de protestas sociales.

En tal contexto las hasta entonces denominadas ciencias penales van a pasar por una nueva verdadera ruptura epistemológica, porque “el objeto común de los criminólogos críticos incluye las instancias de aplicación del sistema, ya sea para su reforma o para su eliminación, pero siempre con una carga crítica evidente” (Anitua,2015:15).

Aquí, tenemos nuevamente, después de la Escuela de Marburgo, una nueva perspectiva de las ciencias penales ahora con el abandono del paradigma etiológico (búsqueda de orígenes) de la criminología clínico-médica, en beneficio del paradigma de reacción social externo a las propias ciencias penales.

En conformidad con el criminólogo BARATTA, tal ruptura epistemológica configuró la criminología con un punto de vista ya no interno, sino ahora externo a las ciencias penales, porque las definiciones del comportamiento criminal producidas en el sistema dejan de ser puntos de partidas y pasan a ser problema y objeto de investigación. (Beiras,2011:41) .

Con ello, “[...] la sociología criminal no es más, según la nueva perspectiva, una ciencia auxiliar de la dogmática penal y de la política criminal oficial; su punto de vista deja así de ser interno

---

12 Hannah Arendt, pensadora judía, fue una de las filósofas que, después de haber estudiado con Martin Heidegger, filósofo alemán, tuvo emigrar de Alemania a los Estados Unidos de América.

para convertirse en externo al sistema de la justicia criminal”(Baratta, Beira y Rivera (2011:41). Y, consecuentemente, continua el autor explicando que:

Éste se convierte en el objeto de un saber que cada vez más se aleja de la criminología tradicional y se aproxima a una teoría y a una sociología del derecho penal, ambas en el vasto sentido de la palabra, refiriéndose no solamente a los procesos institucionales de criminalización, sino también a aquellos informales, como las reacciones de la opinión pública y publicada, y extendiéndose, al menos potencialmente, a la dogmática del derecho penal, considerada en su rol de instancia constitutiva del sistema.

Por lo tanto, los quizás mayores dos exponentes de este nuevo paradigma de reacción social, Alessandro Baratta y Roberto Bergalli, abogarán por una nueva metodología de estudio: la sociología jurídico-penal investiga el sistema penal y sus agencias con un cambio del enfoque etiológico a un macro-sociológico estructural.

Con un método de estudio que se caracteriza por estudiar el delito en su contexto histórico, político y cultural, investigando por qué, cómo y cuándo se criminalizan ciertas conductas (proceso de criminalización); la ruptura epistemológica de la criminología crítica con las ciencias penales tradicionales fue “absoluta” (Beiras,2011:42).

Ello, porque del rol auxiliar de la criminología delante del derecho penal en el sistema integrado de Von Listz en la Escuela de Marburgo (política, dogmática, criminología y penología), se pasa a la función central y externa de la criminología como crítica del sistema y como verdadera disciplina de carácter autónomo.<sup>13</sup>

Tal verdadero punto de inflexión llevó profesor BEIRAS (2011:42) a caracterizar la ruptura como “absoluta” y a profesor BARATTA (2011) a, considerando el esquema radicalmente opuesto entre en paradigma etiológico y el paradigma de la reacción/control social, a sostener la imposibilidad de reconciliación entre dos las corrientes, señalando:

**[...] sostengo que no existe futuro para una disciplina que pretenda encerrar dentro de su propia gramática todas las dimensiones**

---

13 Conforme el maestro italiano Alessandro Baratta (2004,p.145), en su modelo de ciencia, tenemos que “el punto de vista de la criminología ha dejado de ser interno, y en este sentido auxiliar, al sistema, pasando a ser externo al mismo: esto significa que las definiciones del comportamiento criminal producidas por las instancias del sistema (legislación, dogmática, jurisprudencia, policía y sentido común), no son asumidas como punto de partida, sino como problema y objeto de averiguación y son estudiadas en el contexto más general de la teoría, de la historia y del análisis contemporáneo de la estructura social”

**comportamentales de la cuestión criminal**, es decir, todas las situaciones de violencia y de violaciones de los derechos, así como también de todos los problemas y conflictos sociales que se refieren a la misma (énfasis nuestra).

Según BEIRAS (2011), tal criminología crítica resultará con sus caracteres, entonces, en un discurso científico, en que las personas no son objeto de estudio, sino objetivo de protección por un derecho penal mínimo, y también en una praxis política, en la cual habrá un control interno-formal y un control externo-material del sistema penal.<sup>14</sup>

En este “tercer modelo de integración entre los discursos científicos”(Beiras, 2011:42), por su fundamentación crítica del sistema penal, se produce la proposición de un cambio en las políticas criminales: la política criminal de un Estado Social pasa a ser un campo residual de las políticas de integral protección de los derechos.

O sea, la criminología crítica investiga la propia realización de las ciencias penales, tanto en sus sistemas estático (normas) y dinámico (actores) como política criminal, y, con ello, propone un derecho penal mínimo<sup>15</sup>, porque la actuación penal debe orientarse a casos inevitables, en respeto al Estado Social Constitucional.

Así siendo, aún dentro de los cambios de los discursos marxianos, la criminología crítica es una tercera grande ruptura epistemológica, porque hubo modificación del objeto, del método, pero también y principalmente porque desarrolló una nueva concepción de la ciencia criminológica ahora externa, central y con autonomía.

## V – La Zemiología (el Daño Social)

---

14 Para BEIRAS, con fundamentación en BARATTA, con ello, se hace posible el nacimiento de dos controles diversos y corresponsables en el sistema penal: “un control interno al sistema de justicia pena, de tipo formal y jurídico sobre la correspondencia entre la realidad del sistema y los principios de igualdad, libertad y legalidad (y otro del derecho penal liberal fruto de las promesas de la Modernidad); y un control externo basado sobre criterios de justicia material y políticos que se refieren a los efectos externos del sistema (tales como la selección y defensa de los bienes jurídicos y la relación entre beneficios y costos sociales de la intervención del sistema penal)” [BEIRAS, Iñaki Rivera (Coordinador). **Política Criminal y Sistema Penal: Viejas y Nuevas Racionalidades Punitivas**. 2ª Ed. Anthropos Editorial: Barcelona, 2011, p. 42].

15 La cuestión de la proposición crítica del derecho penal mínimo es bien justificada por BARATTA, veamos: “la fuerza y no la debilidad del derecho penal mínimo deriva de su voluntad de permanecer realmente mínimo, pagando de buen grado su posible eficacia real con la renuncia programática a programas de acción imposibles y a su eficacia sólo aparente y simbólica. El derecho penal mínimo puede serlo porque, sin ocupar el espacio de competencia de otras respuestas preventivas y de otras respuestas reactivas (restitutivas, compensatorias o de otra naturaleza), reconoce la eficacia y respeta la competencia de éstas. **El derecho penal mínimo actúa con sabiduría y con modestia en el contexto general de la política de protección de los derechos. Es fuerte porque sabe ser mínimo; sabe ser mínimo porque sabe que no está sólo en la acción de defensa de derechos**” (BARATTA, Alessandro *apud* BEIRAS, Iñaki Rivera (Coordinador). **Política Criminal y Sistema Penal: Viejas y Nuevas Racionalidades Punitivas**. 2ª Ed. Anthropos Editorial: Barcelona, 2011, pp. 43-44) (énfasis nuestra).

La próxima ruptura epistemológica es la zemiología o el daño social, que fue una teoría creada cerca de la década de los 1990 a partir de los estudios iniciales de los expertos Steve Tombs y Paddy Hillyard. En el momento del nacimiento de la zemiología o teoría del daño social tenemos un nuevo contexto histórico y social.

El término zemiología (*zemiology* en el original en inglés) proviene del griego (*zemia* significa daño) y ha sido acuñado en Inglaterra al concepto del *social harm* o daño social como la ciencia que tiene por objeto estudiar las acciones que generan daño social (Sande,2018).

En tal contexto, ahora el poder estatal corporativo con su “racionalidad económica” en producción del daño pasa a ser objeto de estudio por parte de las ciencias sociales. Por supuesto, estudiando la naturaleza y la extensión de los crímenes del poder estatal corporativo, surgieron movimientos para control del delito y de ese poder.

Quizás el mejor evento histórico en que podemos verificar empezar tal cambio de paradigma sea la caída del muro de Berlín en Alemania, porque aquí se deja de verificar la oposición entre occidente y oriente y comenzamos a verifica la presente oposición norte y sur (oposición ricos y pobres).<sup>16</sup>

En tal oposición, los países ricos son cada vez más ricos y los países pobres son cada vez más pobres con un grande endeudamiento y la obligatoriedad de la prioridad de presupuestos para el pago de la deuda, lo que contribuye para mantener los caminos de enriquecimiento y empobrecimiento.

En conformidad con el doctrinante FERRAJOLI, en ese contexto se establece una crisis de democracia, porque hay una subordinación del poder político al poder económico global como consecuencia de una globalización que resulta en una asimetría entre el poder soberano local y el poder empresarial global.

Aún conforme profesor FERRAJOLI, eso fue consecuencia de algunos hechos, muchos producidos a partir del trabajo de la prensa en un exitoso cambio cultural: los poderes

---

16 Según el profesor Alejandro FORERO, la oposición norte y sur, ricos y pobre, es incluso reproducida en Europa, principalmente con los países de Portugal, Italia, Grecia y España, llamados de forma peyorativa de PIGS con la ambigüedad que eso puede crear en inglés.

económicos son vistos como libertarios; las leyes económicas son comprendidas como naturales<sup>17</sup>; y hay confusión entre los poderes político y económico.

A partir de eso, fue posible la aplicación de las llamadas violencias indirectas. Las violencias pueden ser visibles (directas) o invisibles, cuando pueden ser culturales o estructurales. Así, con la aplicación de violencias indirectas, verificamos que la paz no es sólo negativa con la ausencia de guerra.

De hecho, en verdad, no hay paz en una sociedad, aunque no haya guerra (paz negativa), cuando la comunidad no tiene paz positiva representada por la capacidad de las personas ejercitaren sus derechos, lo que pasa actualmente como consecuencia de aquella crisis de la democracia con, por ejemplo, la devaluación de derechos del trabajo.

Ello estuvo relacionado con la posición del Estado ante la sociedad, porque el Estado, que siempre hubiera sido un elemento fundamental en el estudio criminológico, dejó de serlo a partir del positivismo que pasó a buscar una explicación científicista biológica.

Con ese fuerte positivismo científico, la criminología fue orientada por el Estado a estudiar delitos de los subalternos con explicaciones etiológicas biológicas, psicológicas y sociológicas, pero a no estudiar a los crímenes del propio Estado, lo que resultó en un nuevo orden mundial como un golpe del mundo incivilizado al civilizado.

Por lo tanto, hasta entonces, la criminología, para ZAFFARONI, ha trabajado como verdadera “refinadora de técnicas de neutralización”, haciendo investigaciones etiológicas de los delitos de los subalternos a partir de una concepción ontológica de la delincuencia, y, en consecuencia, se olvidando de los crímenes del Estado.

La zemiología o el daño social es la ruptura epistemológica que intenta corregir ese problema. Inicialmente, incluso los primeros autores del daño social no querían que los estudios fueran desarrollados por la criminología, porque esa no tendría herramientas suficientes para eso

---

17 Las leyes económicas no son leyes naturales como prueba la existencia de bienes que violan la regla de oferta y demanda, los cuales tienen su demanda aumentada, aunque haya aumento de precio, como, por ejemplo, bienes que son más caros cuanto más restrictos.

Además, la criminología no tendría una preocupación con cambiar las estructuras de las cuales resultan el delito, porque sólo se preocuparía con el crimen ya hecho. Por otro lado, la zemiología estudia el daño social de una forma considerada más amplia.

La forma de estudio de la zemiología tiene como objeto el daño que se produce en un contexto del capitalismo en relación de poder, por lo que los estudios de daño social son investigaciones de origen, dimensión y consecuencia de delitos de Estados y Corporaciones, bien como la búsqueda de su denuncia y de protección contra ellos.

A partir de ahora, la criminología (Sande, 2018) que sólo se había ocupado de los delitos ordinarios y locales, se ve confrontada con el enorme daño social que generan grandes corporaciones y Estados como masacres y genocidios, para los cuales los mecanismos teóricos del derecho penal con su responsabilidad individual son insuficientes.

Pues, verificamos una verdadera ruptura epistemológica entre la criminología anterior y la zemiología, porque el objeto de estudio criminológico pasa a ser no sólo cosas etiquetadas por la dogmática penal como crimen, sino los procesos de producción de grandes daños sociales a partir de la simbiosis Estado y corporaciones.

Sin embargo, la ruptura epistemológica no fue caracterizada sólo por el cambio de objeto de estudio. Como la zemiología supera la antigua restricción criminológica de estudio de delitos penales, rompiendo el cordón entre derecho penal y criminología, el concepto de daño social es un proceso mucho más amplio.

Se considera que el derecho penal con sus dogmas, por ejemplo, de la responsabilidad individual no tiene categorías suficientes para las investigaciones de los daños sociales, lo que resulta en una grande ampliación del objeto de estudio, pero también en un considerable cambio metodológico para estudiar, entonces:

Crímenes de Estado, crímenes corporativos, matanzas, desastres medioambientales, movimientos forzosos de personas (desplazados...), corrupción, privatización de las intervenciones armadas, asesinatos selectivos por tropas de élite, criminalización de los pueblos originarios y etnias nativas, muerte de miles de niños diariamente por malnutrición, acceso restringido a medicamentos y expansión de enfermedades curables, pobreza, pauperización, declaraciones de responsables políticos que generan pánico económico, suicidios debidos a las medidas de “ajuste”, reducción de derechos laborales,

desalojos, torturas, malos tratos, privación estructural del acceso a bienes y derechos básicos, comercio legal o ilegal de armas, guerras “preventivas”, miles de muertos intentando cruzar fronteras. (Bernal, Sarmiento, Cabezas Chamorro y otros,2012.)

Para los estudios de todas esas nuevas categorías de daños físicos, económico/financieros, emocionales/psicológicos, de seguridad cultural, de acceso a recursos culturales – sólo para ejemplificar con algunos enumerados por los expertos Steve Tombs y Paddy Hillyard (2013) – la dogmática penal con su criminología tradicional no es suficiente.

Para investigar esas nuevas categorías de daño social, es necesario comprender “la producción de daño social bajo el capitalismo significa colocar la producción del daño en el contexto de las dinámicas subyacentes a los procesos de acumulación del capital que se han desarrollado a través del tiempo y el espacio” (Garside, 2013) .

Por lo tanto, el instrumental teórico deja de ser impuesto por el derecho penal y pasa a ser ofrecido por los derechos humanos, por lo que la zemiología tiene también un carácter propositivo muy grande por medio del cual la producción científica puede, entonces, tener una perspectiva transformadora.

## **Conclusiones**

La criminología seguramente tubo diversos cambios a lo largo de la historia del pensamiento criminológico. De hecho, desde las teorías de las ilustraciones, pasando por múltiples otras teorías, hasta llegar a la teoría de la zemiología actual, tuvimos muchas mudanzas criminológicas.

Sin embargos, muchas de ella, aunque se cambiaran de una teoría a otra, no fueron verdaderos cambios de paradigma en la criminología, porque una verdadera ruptura epistemológica exige una mudanza del objeto y/o de las fuentes de estudio así como de las herramientas y/o de los métodos de investigación (Beiras,2005).

En verdad, la existencia o no de una ruptura epistemológica también se relaciona a la autonomía o la dependencia de una asignatura a otra, porque una verdadera mudanza de paradigma puede llevar a un rompimiento con las disciplinas anteriores a que una otra era dependiente.

Con ello, verificamos una primera ruptura epistemológica al final de la Escuela de Chicago, cuando, de un momento anterior en que sólo los crímenes de calle era objeto de estudio, Sutherland pasa a investigar el nuevo objeto de estudio configurado por los delitos de cuello blanco (*white collar crime*).

Una otra ruptura epistemológica fue hecha por el pensamiento Marxiano, porque: I) de una unidireccionalidad anterior de concepción médica pasamos a estudios con cortes sociológicos, psicológicos, filosóficos; y II) de una unicausalidad ontológica anterior pasamos a una multifactorialidad por un análisis estructural de la sociedad.

Una tercera ruptura epistemológica fue construida por la criminología crítica a partir de la influencia del interaccionismo simbólico, porque hay la superación del paradigma etiológico por el presupuesto de que los delitos no son figura ontológicas de la naturaleza, sino son construcciones sociales (etiquetas) impuestas en interacción social.

Por fin, verificamos la ruptura epistemológica realizada en la criminología por la zemiología, la cual estudia el daño social, ambos todavía son figuras en proceso mejor delimitación de su contenido, pues son un teoría que tuvo un grande desarrollo recientemente incluso en siglo XXI a partir de autores como Wayne Morrison<sup>18</sup>.

En tal camino, queda la cuestión del rompimiento (divorcio)<sup>19</sup> o no dentro de criminología entre las corrientes más tradicionales de los paradigmas etiológicos y las teorías más modernas de la criminología crítica y principalmente de la zemiología que proponen revisar sus relaciones con el derecho penal (dogmática).

Por ello, una cuestión que se plantea para nuevas investigaciones es sobre ¿la posibilidad o no de mantener bajo el mismo concepto de criminología las corrientes diferentes de estudios sobre causas ontológicas de la criminalidad reconocida por el derecho penal y de otros estudios que verifican un objeto como daño más amplio por medio de instrumental teórico de los derechos humanos y a partir de los cuales proponen herramientas para su prevención y su sanción?

---

18 BERNAL Sarmiento; Cabezas Chamorro; Forero Cuellar; Rivera Beiras y Vidal Tamayo. **Estudio preliminar a la obra de Wayne Morrison. Criminología, civilización y nuevo orden mundial.** Barcelona: Anthropos, 2012.

19 La cuestión del rompimiento o no, o divorcio en un lenguaje más informal, está bien explicada-justificada en BEIRAS, Rivera Beiras (Coordinador). **Política Criminal y Sistema Penal: Viejas y Nuevas Racionalidades Punitivas.** 2ª Ed. Anthropos Editorial: Barcelona, 2011, p. 42.



## REFERENCIAS

- ANITUA, G. **Historias de los pensamientos criminológicos**. Buenos Aires: Didot, 2015.
- ASOCIACIÓN BRASILEÑA DE SEGURIDAD PÚBLICA. **Seguridad en Números**. Disponible en <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/02/infografico-2020-ok-espanhol-v4.pdf>. Sitio consultado en 24.09.2021.
- BARATTA, Alessandro. **Criminología y Sistema penal. Compilación in memoriam**. Montevideo. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004.
- BERGALLI, Roberto. Filosofía del mal y memoria colectiva: conceptos, aplicaciones, e identidad social. Europa, Latinoamérica. El caso español. **Filosofía del mal y memoria**, 2012.
- BEIRAS, Iñaki Rivera. **Recorridos y Posibles Formas de la Penalidad**. 1ª. Ed. Anthropos Editorial: Barcelona, Universitat de Barcelona, 2005.
- BEIRAS, Rivera Beiras (Coordinador). **Política Criminal y Sistema Penal: Viejas y Nuevas Racionalidades Punitivas**. 2ª Ed. Anthropos Editorial: Barcelona, 2011.
- BERGER, Peter & LUCKMANN, Thomas. **Modernidade, pluralismo e crise de sentido: a orientação do homem moderno**. São Paulo: Vozes, 2004.
- BERNAL Sarmiento; Cabezas Chamorro; Forero Cuellar; Rivera Beiras y Vidal Tamayo. **Estudio preliminar a la obra de Wayne Morrison. Criminología, civilización y nuevo orden mundial**. Barcelona: Anthropos, 2012.
- BURKE, Edmund. Disponible en <https://www.apufsc.org.br/2019/04/01/um-povo-que-nao-conhece-sua-historia-esta-fadado-a-repeti-la-edmund-burke/>. Sitio consultado en 01.10.2021.
- CARVALHO, Virgínia Donizete de, Borges, Livia de Oliveira e Rêgo, Denise Pereira do Interacionismo simbólico: origens, pressupostos e contribuições aos estudos em Psicologia Social. **Psicologia: Ciência e Profissão** [en línea]. 2010, v. 30, n. 1 [Accesado 29 Outubro 2021] , pp. 146-161. Disponible en: <<https://doi.org/10.1590/S1414-98932010000100011>>. Epub 02 Mar 2012. ISSN 1982-3703. <https://doi.org/10.1590/S1414-98932010000100011>.
- GARSIDE, R. Abordar el daño social: ¿Mejor regulación o transformación social? **Revista Crítica Penal y Poder**, N° 5. Barcelona: Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos, Universidad de Barcelona, 2013.
- HILLYARD, P. Y TOMBS, S. ¿Más allá de la criminología? **Revista Crítica Penal y Poder**, N° 4. Barcelona: Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos, Universidad de Barcelona, 2013.

MARX, Karl. Disponible en <https://alexzambrano.webnode.es/products/el-derecho-en-la-mente-de-marx/>. Sitio consultado en 29.10.2021.

PAVARINI, Máximo. **Control y dominación**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2008.

RUSCHE, G. Y KIRCHHEIMER, O. **Pena y estructura social**. Bogotá: Temis, 2015.

SANDE, Fernando J.. Recorrido sobre las rupturas epistemológicas en la cuestión criminal y escenario(s) presente(s). In: **Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata**. UNLP. Año 15/Nº 48-2018. Anual. Impresa ISSN 0075-7411-Electrónica ISSN 2591-6386.

### **NILSON DIAS DE ASSIS NETO**

Juez del Tribunal de Justicia del Estado de Paraíba (Brasil). Coordinador Adjunto de Educación a Distancia en la Escola Superior da Magistratura da Paraíba. Director Adjunto del Departamento de Derechos Humanos de la Asociación de Magistrados de Paraíba. Profesor con Posgrado *Lato Sensu* en Derecho Constitucional y en Derecho Civil, cursando máster en Derecho en la Universidad de Barcelona.

Artículo recibido: 12 de mayo de 2023

Aprobado: 15 de junio de 2023

## LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD FRENTE A LAS PENAS

Campo Elías Muñoz Arango campoema@gmail.com

### RESUMEN

El autor en esta investigación presenta un análisis sobre la medida de seguridad frente a las penas, sistema dualista que se sigue en el orden legislativo panameño para enfrentar la criminalidad, en la que destaca las particularidades y diferencias, desde su naturaleza y sus fines, entre otros, pero que tienen en común que se rigen por principios básicos del Derecho Penal, como son el respeto a la dignidad humana, de legalidad, necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, a la vez que propone una revisión y extensión de las medidas de seguridad a otro tipo de situaciones no previstas en la legislación vigente.

### ABSTRACT

The author presents an analysis of the security measure against penalties, a dualistic system that is followed in the Panamanian legislative order to deal with crime, in which it highlights the particularities and differences, from its nature and its purposes, among others, but that they have in common that they are governed by basic principles of Criminal Law, such as respect for human dignity, legality, necessity, proportionality and reasonableness, while proposing a review and extension of security measures to other types of situations not provided for in current legislation.

**PALABRAS CLAVES:** reacción penal, penas, medidas de seguridad, prevención, retribución.

**KEYWORDS:** criminal reaction, penalty, security measures, prevention, retribution.

**SUMARIO:** 1. Introducción 2. Pena y medida de seguridad cuestiones conceptuales 3. Pena y medida de seguridad y los sistemas 4. Principios orientadores sobre la pena y la medida de seguridad 5. Los fines de la pena y de la medida de seguridad en el orden legislativo y doctrinal 6. Las medidas de seguridad frente a las penas. 7. Fallos jurisprudenciales 8. Conclusiones

## 1. Introducción

En la reacción penal contra el delito se emplea la pena y la medida de seguridad en la actualidad en la mayoría de las legislaciones, así como también sucede con nuestro Código Penal del 2007.

Desde hace mucho tiempo se ha reconocido que la pena es insuficiente para enfrentar la criminalidad, ambas tienen una naturaleza jurídica distinta y se aplican de manera diferente.

En esta investigación nuestra finalidad es conocer la naturaleza de la pena y de la medida de seguridad, pues con ello estamos claros que permitiría al juzgador, valorar determinar e identificar que ambas reacciones penales son necesarias en una sociedad para frenar la criminalidad.

Es por ello, que al examinar este tema valoraremos la finalidad de la pena y de la medida de seguridad, desde su aspecto diferenciador, de su importancia, su naturaleza, y desde el punto de vista de político criminal.

## 2. Pena y medida de seguridad cuestiones conceptuales.

La pena significa castigo, dolor físico, tormento o sentimiento corporal o moral que se impone a quien ha violado un precepto y proviene del latín "poena", que significa castigo, suplicio, o del griego "ponos". Por tanto, cuando se impone una pena esto implica que el sujeto ha violado la ley penal, y por ende debe ser castigado, y su castigo debe ser impuesto por un tribunal (art.10).

Por su parte, las medidas de seguridad nos dicen ANTOLISEI (1965: 558) que son medios que están orientados a readaptar al delincuente a la vida social, educándolo o curándolo, según su necesidad, de manera que no perjudique a la sociedad.

Las medidas de seguridad constituyen en el derecho penal una de las vías para luchar contra el delito, y como indica GARCÍA ITURBE (1967:35) "son medio tendientes a prevenir la delincuencia mediante el combate de la peligrosidad social encontrada en sujetos que han llevado a cabo ciertos actos de carácter antisocial (delitos o cuasi delitos) y con la finalidad de obtener la adaptación de los sujetos a la vida libre.

Desde el ámbito legislativo, no hay ninguna definición ni de pena o medida de seguridad, al igual que el código anterior de 1982, no se dice nada al respecto, y valga señalar, que el Código Penal de 1922, no tenía regulación sobre las medidas de seguridad, y su referencia conceptual expresa es innecesario a nuestro juicio.

### 3. Pena y medida de seguridad y los sistemas.

STOOS, introduce el dualismo y afirma que para luchar contra la criminalidad no se hace de manera exclusiva con la pena, sino también con la medida de seguridad, y este es una crítica al sistema monista, que unifica penas y medidas de seguridad según BARREIRO (1976:80) y no respeta su distinta naturaleza jurídica.

Con el sistema dualista (BARREIRO,1976: 167), la pena se caracteriza por fundamentarse en la culpabilidad del sujeto, mientras que la medida de seguridad en la peligrosidad, de ahí que la primera sea determinada, y la segunda indeterminada, en razón del cese de la peligrosidad del sujeto.

En opinión de BARREIRO (1976:167), este "sistema presenta graves inconvenientes prácticos, que hace pensar- para ciertos supuestos como es el caso de los jóvenes imputables- en la necesidad ineludible de un tratamiento único, Uno de los problemas fundamentales es el planteado con motivos de la aplicación acumulativa de una pena con una medida de seguridad privativa de libertad. En estos casos se habla que, realmente las consecuencias son un doble castigo referido a una persona".

La crisis del sistema dualista y monista lleva a la creación de otro sistema intermedio denominado vicarial, o sustitutivo, que ha dado lugar a que se descuenta de la duración de la pena el tiempo del cumplimiento de la medida que se ha ejecutado primero (Romeo Casabona, 1986: 84).

Sostiene MUÑOZ CONDE y GARCIA ARAN ( 2013:609) que el "sistema vicarial se aparta del sistema dualista puro -por el que se acumularían sin más la pena y la medida- ya que consiste en evitar que la duración de la pena y la de la medida se sumen e incrementen así la afflictividad de la privación de la libertad, Básicamente, el sistema consisten en comenzar por la aplicación de la medida y computar el período de internamiento como cumplimiento de la pena: la aplicación de la medida no podrá rebasar el tiempo de la pena, de manera que alcanzado este, queda extinguida antes de dicho límite, el Tribunal puede darla por cumplida o reducirla.

Por su parte, indica, JESCHECK (1993: 77), que las objeciones al sistema dualista en torno a las dificultades que se presentan con las medidas privativas de libertad (crisis de la doble vía), "desaparecen con el intercambio entre pena y medida a nivel de ejecución, computándose el tiempo de esta al de aquella, y con la posibilidad de que también la medida sea suspendida condicionalmente".

El sistema vicarial, ha señalado la doctrina (ROMEO CASABONA,1967: 84) que ha tenido aplicación en los semimputables e imputables peligrosos en los casos en que la medida implique internamiento (privación de libertad), para opinión de BARREIRO (1976:184), los postulados del sistema vicarial además, de los antes señalados, exigen que el juez tome en cuenta la personalidad del agente y su necesidad de tratamiento, así como las exigencias de defensa social, en orden a suspender u ordenar el cumplimiento del resto de la pena.

Indudablemente, que este sistema no ha escapado de las críticas de la doctrina, por el excesivo arbitrio judicial, sin dejar de mencionar las confusiones que se plantean entre pena y medida de seguridad (ROMEO CASABONA, 1967: 84 y BARREIRO, 1976: 188).

No obstante, el sistema vicarial, permite la no vulneración del principio "non bis in idem" en cuanto a la aplicación de la pena y de la medida de seguridad aplicada separadamente y es el sistema adoptado en el Código Penal español de 1995, para los estados peligrosos ( y semimputables), y que con todo acierto señala Muñoz Conde y García ARAN (2013:230), prohíbe de esta manera la aplicación de una medida de internamiento si la pena impuesta no es privativa de libertad y evita así, que la duración de la pena y de la medida se sumen e incrementen así la aflicción de la privación de libertad".

#### **4. Principios orientadores sobre la pena y la medida de seguridad.**

##### 4.1 Introducción

En materia de penas y medidas de seguridad, observaremos que deben regirse los principios básicos de Derecho Penal, desarrollados doctrinalmente y previstos en la legislación penal vigente.

Hay que recordar que el Código Penal vigente destina un Capítulo a los Postulados básicos (art.1º-8) y que el Capítulo II, Garantías Penales, principios básicos que han sido reconocidos no solo para la pena sino también para las medidas de seguridad, aunque el artículo 6º manifieste que la "imposición de penas y las medidas de seguridad el artículo 6º indica que "responderá a los postulados básico-consagrados en este Código y a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad".

##### 4.2 Principios generales en materia de penas y medidas de seguridad.

El primero de los principios que rige en materia de penas y medidas de seguridad, es el *principio de respeto a la dignidad humana*, que en su artículo 1º, dice lo siguiente: "Este Código tiene como fundamento el respeto de la dignidad humana", de manera que la aplicación de la pena o de medida de seguridad no debe afectar ni denigrar su dignidad como persona (Arango Durling, 2016). Además, esto guarda relación con el artículo 5º del Código Penal del 2007, que señala que "Las normas y los postulados sobre derechos humanos que se encuentren consignados en la Constitución Política y en los Convenios internacionales vigentes en la República de Panamá son parte integral de este Código. Además, son mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona.

Por otro lado, también está vinculado a la pena y a la medida de seguridad los *principios de imputación personal y responsabilidad por el hecho. Derecho penal del acto*, y siguiendo este principio ambas reacciones penales deben aplicarse solo a la persona física que ha cometido el hecho y no a terceras personas, según se determinan del artículo 4º del Código Penal, que

consagra el principio de legalidad, manifiesta que “Solo se puede castigar a la persona por la comisión del hecho ilícito, siempre que la conducta esté previamente descrita por la ley penal”.

La pena y la medida de seguridad tienen entonces un carácter personal, e impide con ello también impide su aplicación por su modo de ser o de su conducta de vida (Villavicencio, 2006:113 (Suárez-Mira Rodríguez, 2006: 108).

Otros de los principios comunes en materia de penas y medidas de seguridad es el *principio de legalidad y la prohibición de la analogía, el principio de taxatividad*, fundamentales para dar seguridad jurídica.

Nos dice ARANGO DURLING (2016), que de conformidad con el principio de legalidad, nadie puede ser sancionado por un hecho si este no está previsto como punible por medio de una Ley antes de la realización del mismo ni sometido a sanciones distintas de las previstas con anterioridad por la propia Ley (art. 9), se responde por los actos definidos como hecho punible en la ley penal (art. 12), o en otras palabras, por el delito, es decir, la conducta típica, antijurídica y culpable (art.-13), por lo que la interpretación analógica es rechazada.

4.3 Principios básicos en materia de aplicación de medidas de seguridad y su vinculación con las penas.

En la aplicación de las medidas de seguridad, rigen de manera precisa al igual que en la pena el *principio de legalidad*, y los previamente señalados, sin embargo, la doctrina de manera detallada explica, el principio de jurisdiccionalidad, Principio "Regis tempus actum" la retroactividad y su vigencia en las medidas de seguridad, y en cuanto al espacio, aunque nuestra legislación vigente de manera general hace referencia en su artículo 10, que la: “La imposición de las penas y las medidas de seguridad responderán a los postulados básicos consagrados en este Código y a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad (Arango Durling/ Muñoz Arango, 2020:200).

La doctrina ha indicado que en la aplicación de las medidas de seguridad debe cumplirse el *principio de jurisdiccionalidad*, pues como dice GARCIA ITURBE (1967:130) deben ser aplicadas por el juez, después de haberse dictado la sentencia condenatoria o la absolución del condenado, o en otros casos después de haberse cumplido la pena o extinguida de cualquier otro modo. A este propósito el artículo 10 del Código Penal del 2007, manifiesta los siguiente:

“La imposición de una sanción penal corresponderá exclusivamente a los tribunales competentes, mediante proceso legal previo, efectuado según las formalidades constitucionales y legales vigentes. Ninguna sanción penal podrá ser impartida por una jurisdicción extraordinaria o creada ad-hoc con posterioridad a un hecho punible, ni en violación de las formas propias del juicio”

Estamos ante una garantía fundamental,, pues es el juez el que debe aplicarlas respetando de esta manera las garantías individuales del sujeto (Ranieri, 1975: 382), y también nos dice JORGE BARREIRO (1976:152-3) que el "principio de jurisdiccionalidad requiere que el órgano encargado de declarar la peligrosidad y de aplicar las medidas de seguridad sea un juez independiente que actué con ciertas limitaciones", en consecuencia esto exige que en el proceso penal, el sujeto goce de las medidas necesarias para su defensa (de ser oído, de autodefensa y de alegación); así como también que el control y ejecución de las medidas de seguridad esté a cargo de un órgano jurisdiccional".

Se establece así un compromiso legal por parte de las autoridades judiciales para que la imposición de la medida de seguridad, al igual que la pena cumpla con esa garantía jurisdiccional.

También, la doctrina se refiere al *Principio "Regis tempus actum" la retroactividad y su vigencia en las medidas de seguridad*, y la doctrina manifiesta que las medidas de seguridad no tienen carácter *retroactivo*, y por regla general; se rigen por la ley vigente al tiempo de su aplicación (Mendoza Tronconis, 1972: 205).

Sin embargo, legislativamente nuestro código no hace distinción entre pena y medida de seguridad respecto a la ley favorable al reo que puede aplicarse retroactivamente, en el artículo 14, pues se sigue el sistema dualista, aunque en algunos países se ha empezado a excluir la aplicación retroactiva de algunas medidas. (2022:880)

También la doctrina se refiere a la aplicación de las medidas de seguridad en el espacio que de acuerdo con la legislación panameña y siguiendo el art. 18 del Código Penal, las medidas de seguridad se aplican a los hechos cometidos, por nacionales o extranjeros en nuestro territorio, teniendo en cuenta que el legislador también consagra la extraterritorialidad de la ley penal.

En opinión de OLESA MUÑIDO (1951: 150), en principio las medidas de seguridad son aplicadas a los hechos que han sido realizados en el respectivo territorio, aun cuando es posible que las propias legislaciones establezcan presupuestos distintos al respecto.

Por lo que respecta, a la aplicación de la ley penal a las personas, las medidas de seguridad se aplican a todas las personas sin distinción, salvo lo dispuesto en el artículo 22 del código vigente.

## **5. Los fines de la pena y de la medida de seguridad en el orden legislativo y doctrinal.**

De conformidad con nuestra legislación el artículo 7º señala que “la pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al sentenciado”, mientras que la doctrina por su parte ya ha desplazado el criterio



retribucionista (Arango Durling/ Muñoz Arango, 2020), y acepta que la pena tiene una finalidad preventiva.

En cuanto a las medidas de seguridad nuestra legislación penal señala en su artículo 8 nos dice que tienen como fundamento "la protección, curación, la tutela y la rehabilitación de la persona". También, en el Título VI, Capítulo I, Clases de Medidas de seguridad, se refiere a la finalidad de las medidas de seguridad de carácter curativo y educativo (arts.123-4).

En el plano doctrinal panameño, MUÑOZ RUBIO y GUERRA DE VILLALAZ (1980: 499) siguiendo el derecho comparado, han advertido su finalidad meramente preventiva y de readaptación del delincuente mediante la educación o corrección; refiriéndose por su parte, GIL (2004: 12) que las "medidas de seguridad son la respuesta que da el Estado a conductas que revisten carácter delictivo o que sin ser delitos llevan aparejada una respuesta institucional frente a su comisión".

PEÑA CABRERA (1983:421), nos dice que las medidas de seguridad son medidas preventivas previstas en la ley dirigidas a que determinadas personas no cometan delitos, incluyéndose a "innocuizar" a los sujetos inimputables peligrosos.

## **6. Las medidas de seguridad frente a las penas.**

### 6.1 Introducción

Las medidas de seguridad frente a la pena se destacan diferencias sobresalientes que revisaremos a continuación.

MUÑOZ RUBIO Y GUERRA VILLALAZ (1980:501), en su obra Derecho Penal Panameño, nos dicen que entre pena y medida de seguridad sobresalen las siguientes diferencias:

1. La pena se aplica, luego de haberse cometido el delito; mientras que la medida de seguridad, antes o después (medidas de seguridad predelictuales y postdelictuales).
2. La pena, es una reacción pública, como consecuencia de haber infringido la norma penal, y consiste en un mal que se infringe a quien realizó el delito. La medida de seguridad tiene una finalidad preventiva, y su aplicación es asegurativa para la sociedad y el delincuente.
3. La pena se mide en atención a la gravedad del hecho realizado, a la culpabilidad del delincuente; mientras que la medida de seguridad se rige por la peligrosidad del sujeto.
4. La pena tiene carácter eminentemente retributivo, mientras que la medida de seguridad tiene fines de prevención especial.
5. La pena se orienta fundamentalmente hacia el delito cometido, mientras que la medida de seguridad toma en cuenta la peligrosidad del sujeto, ya sea que haya o no realizado el delito.

Otro aspecto que hay que destacar que la reacción ante el delito planteó varios sistemas: El dualista, el Monismo y el Vicarial, estableciéndose claramente en el primero, una distinción entre pena y medida de seguridad (Barreiro,1976: 163) surgiendo así la utilización de la "doble vía" en el derecho penal, para luchar contra la criminalidad, ante la insuficiencia de la pena o del Sistema monista.

Por otra parte, la crisis de la "doble vía" ha traído como consecuencia la implantación en varias legislaciones del sistema Vicarial.

#### 6.2. La aplicación de la medida de seguridad frente a la pena.

La aplicación de las penas y las medidas de seguridad están fijadas en la ley penal, en el caso de las medidas de seguridad, la doctrina señala que se requieren *dos condiciones para su aplicación*: a) la comisión de un hecho previsto por la Ley como delito, y b) la peligrosidad del reo, que debe ser evaluada por el juzgador.

De esta manera, el sujeto debe haber realizado un hecho que se adecue a todos los elementos del delito, y por tanto con ello queda determinado el carácter post delictual de las medidas de seguridad, al igual que sucede con la pena, ya que en la actualidad han ido desapareciendo las medidas de seguridad predelictuales.

El *principio de peligrosidad* (nulla mensura sine periculositate) exige la previa peligrosidad como condición inexcusable para la imposición de la medida de seguridad, y su aplicación se rige por el *principio de legalidad* (art.9),debe por tanto ser declarado peligroso por las autoridades necesitado de tratamiento a fin de evitar que repita los hechos delictivos, siendo aplicable su internamiento en establecimientos especiales (art. 124).

Las penas se aplican en nuestra legislación penal a los sujetos imputables, mientras que la medida de seguridad a los sujetos inimputables (art. 8), y en esto último difiere porque previamente se incluía en el Código Penal de 1982, también a los sujetos Semimputables y a otra categoría de sujetos, sin embargo, este criterio debe ser revisado pues debe tomarse en consideración también la aplicación de medidas de seguridad a sujeto imputables, la libertad vigilada como se ha previsto en la legislación española a partir de 2010.

#### 6.3. La naturaleza de la pena frente a la medida de seguridad.

La pena tiene un carácter retributivo, actualmente de retribución justa, y constituye una reacción pública, como consecuencia de haber infringido la norma penal, y el sujeto debe reparar a la sociedad el daño causado.

Con la medida de seguridad, su finalidad es preventiva, asegurativo para la sociedad porque busca evitar que el sujeto cometa nuevamente hechos delictivos brindándole un

tratamiento educativo o curativo, cuando se revele su peligrosidad psíquica, o de otra naturaleza, como, por ejemplo, proveniente del consumo de drogas.

Siendo por tanto un sujeto que representa un peligro para la sociedad, es necesario aislarlo luego de un dictamen médico, que en el caso nuestro es medicatura forense y debe declararse la declaratoria de inimputabilidad por parte del juez, y posterior a ello luego del procedimiento fijado en el Código Procesal, brindarle ese tratamiento necesario para que pueda reincorporarse a la sociedad.

En conclusión, las medidas de seguridad también tienen en mente la reinserción social, así como también la reeducación de los delincuentes peligrosos.

#### 6.4- La medición de la pena y de la medida de seguridad.

La pena se mide en atención a la gravedad del hecho realizado, a la culpabilidad del delincuente; mientras que la medida de seguridad se rige por la peligrosidad del sujeto.

En la legislación penal vigente se establecen en las figuras delictivas las penas para cada figura delictiva realizada por un sujeto imputable, mientras que las medidas de seguridad para sujetos inimputables viene determinada en el Título VI, Medidas de Seguridad, Capítulo I, que enlista las medidas de seguridad de carácter educativo y curativo (art.123), su finalidad (art.124), y distingue entre las que llevan internamiento (art. 125) o tratamiento ambulatorio (art. 127), que serán aplicada luego de un dictamen de peligrosidad del sujeto inimputable.

Con la medida de seguridad se persigue eliminar la peligrosidad del sujeto a través del tratamiento al sujeto, hay un fin de utilidad para luchar contra la criminalidad a través de la aplicación de medidas curativas o educativas, mientras que la pena tiene como finalidad el castigo de la conducta realizada por el sujeto a través de la pena.

De lo antes expuesto podemos señalar, siguiendo a BARREIRO (1976: 148) que las medidas de seguridad descansan en una “justificación ética”, de ahí que sea la peligrosidad post delictual la que garantice los derechos fundamentales del hombre frente a posibles intromisiones - justificadas en su libertad”, y por otro lado, resulte inadecuado que bajo el nomen legislativo de “medidas de seguridad” se escondan auténticas penas.

RANIERI (1975: 377) nos dice que "existe una evidente necesidad de conservación del estado, para lo cual también se consideran medios indispensables"; mientras que SAINZ CANTERO (1965: 22) añade que "sin las medidas de seguridad la sociedad quedaría inerte ante los ataques a los bienes jurídicos perpetrados por individuos como delincuentes de estado o condición, inimputables habituales.

También hay otros que indican que las medidas de seguridad ( Peña Cabrera, 1983:421, Bettiol,1965:770), son medios profilácticos de lucha contra la delincuencia, que permiten alejar de la sociedad y en consecuencia protegerla, buscan el aseguramiento de la sociedad frente a las posibles actuaciones delictuosas del sujeto considerado como peligrosos ( Maurach,1962:371) o

protegen como indica WELZEL(1970: 310) a la comunidad impidiendo una futura realización delictual en sujetos peligrosos (medida de seguridad en sentido estricto), por otro lado, persigue la readaptación del autor para una vida ordenada (medida de corrección).

#### 6.5 Pena y medida de seguridad: la naturaleza de los sujetos del delito.

El Código Penal determina que la imputabilidad del procesado se presume (art. 35), de manera que todas las personas que cometen delitos son delincuentes que tienen la categoría de “imputables”, y por ello son merecedores de una pena.

Cuando el delincuente ha cometido un delito y se sospecha que es inimputable, hay que ver si encuadra su condición en las causas de inimputabilidad que fija el Código Penal, es decir, si el sujeto al momento de realizar el hecho tenía la capacidad para comprender la ilicitud del hecho realizado (art. 36).

Generalmente, son situaciones de trastorno mental las que califican casos de inimputabilidad, y luego de haberse evaluado al delincuente, el juez debe declarar la inimputabilidad del mismo (Espada,2018), siguiendo el trámite que establece el Código Procesal (arts. 500-501), en cualquier momento del proceso, y se sigue un procedimiento especial con las reglas que establece el artículo 501 que dice lo siguiente:

**Artículo 501. El procedimiento.** El procedimiento se regirá en lo posible por los principios y reglas establecidos en este Código para el proceso ordinario, pero se observarán, especialmente, los siguientes:

1. El imputado incapaz será representado, para todos los efectos, por su defensor y un curador, con quienes se surtirán todas las diligencias del procedimiento.
2. No se exigirá la declaración previa del acusado, a menos que él quisiera hacerlo para aportar algún dato de interés relevante al proceso.
3. El juicio seguido al inimputable excluye cualquier otro hasta tanto se defina su situación procesal.
4. El juicio será a puerta cerrada. No será necesaria la presencia del acusado cuya condición le imposibilite estar presente en la audiencia.
5. En el acto podrán absolver al acusado o aplicarle una medida de seguridad.
6. No son aplicables las normas referidas al proceso directo ni las de suspensión condicional del procedimiento.
7. El inimputable tiene derecho a que se consideren a su favor todas las causas de atipicidad, antijuridicidad, excusas absolutorias, excluyentes de culpabilidad, así como los beneficios procesales que le favorezcan.

En el Código Penal, se resuelve la aplicación de la medida de seguridad aplicando las mismas solo a los sujetos inimputables (art. 8), aunque la introducción del tratamiento

terapéutico multidisciplinario en nuestra legislación para los casos de violencia doméstica, es incongruente respecto a los fines de la pena, y tiene en mayor o menor medida la característica de medida de seguridad.

## 7. Fallos jurisprudenciales

En materia de medidas de seguridad hemos encontrado algunos fallos jurisprudenciales de los cuales a continuación pasaremos a abordar, entre los que se destaca la referencia jurisprudencial respecto a la diferenciación entre penas y medidas de seguridad.

### 7.1 Diferenciación entre penas y medidas de seguridad.

MEDIDAS DE SEGURIDAD (No son Penas) "Luego del examen del cargo formulado en la presente advertencia de inconstitucionalidad, el Pleno de esta Corporación estima, al igual que la Procuradora de la Administración, que el artículo 215-A del Código Penal no vulnera el principio de la prohibición del doble juzgamiento consagrado en el artículo 32 de la Constitución, debido a que lo dispuesto por la citada norma legal, en el sentido de sancionar al autor del delito de violencia intrafamiliar con prisión o con medida de seguridad curativa o con ambas, no implica una doble penalización por el mismo hecho punible; puesto que las medidas de seguridad no son consideradas como penas dentro de nuestro ordenamiento jurídico. En torno a esa materia, vemos que, en el Libro Primero del Código Penal, "LAS PENAS" se encuentran reguladas en el Título III, mientras que las "MEDIDAS DE SEGURIDAD" están el Título V, indicándose en cada caso cuáles son, cuando se aplican y su finalidad, caracterizando así las diferencias que entre estas figuras existen. Las penas que establece nuestra legislación son prisión y días multa, como principales; y, como accesorias, la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas, la inhabilitación para el ejercicio de profesión u oficio, la interdicción y el comiso (ar. Artículo 46 del Código Penal). En cambio, las medidas de seguridad son de distintas clases: preventivas, educativas y curativas y se aplican para evitar la conducta delictiva o para modificar la conducta y personalidad del sujeto, a fin de impedir la repetición de un hecho punible (Cfr. Artículos 106, 107, 110 Y concordantes del Código Penal). En cuanto a la alegada circunstancia de que una medida de seguridad se pueda transformar en privación de la libertad personal en caso de que la misma sea incumplida por el infractor, esta posibilidad tampoco puede considerarse como la aplicación de una doble sanción penal por el mismo hecho punible. Si esa situación llegara a darse, es claro que la privación de la libertad con que se llegara a sancionar en este segundo caso al infractor es resultado, no de la conducta ilícita primaria del sujeto, sino del hecho de que se ha resistido a cumplir una sanción que le ha sido impuesta por el juzgador, o sea, la relativa a la medida de seguridad." R. J. Marzo de 2001, pago 142. Pleno. Recurso de Inconstitucionalidad ensayado contra el artículo 215-A del Código Penal. Ponencia del Magistrado Salas. Resolución del 14/3/01. Nota: El artículo 215-A fue reformado por el artículo 13 de la ley 38 de 10 de Julio de 2001 (1).

## 2. Imputabilidad e Inimputabilidad y su determinación.

El pleno de la Corte Suprema de Justicia en de sentencia de 27 de julio de 2000, consideró que no quedo demostrado el trastorno mental, como puede apreciarse, el primer informe de evaluación psiquiátrica dictaminó que B. no padecía de alguna patología. Dos meses después, los tres médicos forenses emitieron otro informe en el cual opinaron que el imputado presentaba un cuadro psicótico paranoide agudo. Ese cambio de postura que se aprecia en el informe de 27 de octubre de 1999 no ha sido explicado por los psiquiatras forenses. Y explica que “ La imputabilidad, que es un elemento de la noción de culpabilidad, supone la capacidad para conocer y valorar el deber de respetar la norma y de dirigir su conducta conforme a dicho conocimiento. Consiste en el "conjunto de condiciones psíquicas mínimas, necesarias, que desde el punto de vista subjetivo, determinan en el hombre la abstracta posibilidad de que en delito le pueda ser atribuido, con el fin de aplicarle las consiguientes sanciones penales; es decir, la imputabilidad penal fija los presupuestos psíquicos, que determinan la abstracta aptitud del hombre para ser autor de un delito y sufrir las consecuencias jurídico-penales inherentes al mismo" ( R.S.. Psicología Judicial y Psiquiatría Forense . Segunda Edición. Ediciones Librería Del Profesional. Bogotá. 1982. pág. 290 ).

La inimputabilidad es la faz negativa de la imputabilidad, hace desaparecer la capacidad de culpabilidad del sujeto activo del delito, y ocasiona que a este no se le pueda atribuir un hecho típico y antijurídico”. Sentencia de Corte Suprema de Justicia, 2º de lo Penal, 27 de julio de 2000,

## 8. Conclusiones

Pena y medida de seguridad son dos reacciones que establece la ley penal para luchar contra el delito, sin embargo, como hemos visto cada una de ellas tiene sus particularidades.

La pena se aplica a sujetos imputables y la medida de seguridad a inimputables, y tiene fines distintos por un lado retributivo, y en el otro preventivo y asegurativa no solo para el delincuente sino también para la sociedad..

Cuando se aplica la pena se toma en cuenta la gravedad del hecho realizado, la culpabilidad del delincuente; mientras que en la medida de seguridad se valora la peligrosidad del sujeto.

En la pena tenemos fines preventivos generales y especiales, en la medida de seguridad su finalidad es de prevención especial, ya que se toma en cuenta la peligrosidad del sujeto.

El procedimiento(Ley 63 de 2008) para la determinación de la aplicación de la medida de seguridad requiere que se evalúa la capacidad mental del inimputable, su peligrosidad por Medicatura Forense, y luego ser declarada por el juez, y se le procede aplicar medidas de seguridad, mientras que si es sujeto imputable, se le sigue el proceso fijado y posterior a su determinación de culpabilidad se le aplica la pena correspondiente.

Antes de terminar, consideramos que el legislador debe revisar la materia de las medidas de seguridad, y determinar sobre la posibilidad de extender su aplicación a otros tipos de sujetos, ( sujetos imputabilidad disminuida), la situación respecto al incongruente sistema de tratamiento terapéutico multidisciplinario, calificada como pena e impuesta en los casos de violencia doméstica, cuando en realidad por sus fines es medida de seguridad, y por otro crear una infraestructura especial para que no quede en letra muerta el cumplimiento de las medidas de seguridad.

## BIBLIOGRAFÍA

ACEVEDO, J. R. (2008), Derecho Penal General y Especial Panameño. Comentarios al Código Penal, Panamá, Taller Senda. Panamá.

ANTOLISEI, F. (1960), Manual de Derecho Penal, Parte General, Buenos Aires, Uteha.

ARANGO DURLING, V. (2003), Observaciones al Anteproyecto de Código Penal de 1998 y Revisado de 1999” en *Cuadernos de Ciencias Penales No.3*, enero-diciembre, Panamá.

-Las consecuencias jurídicas del delito (2020) Panamá, Ediciones Panamá Viejo.

Derecho Penal, Parte General (2016) Panamá, Ediciones Panamá Viejo.

AROSEMENA GUARDIA, R., "Necesidad de una legislación sobre medidas de seguridad" en Anuario de Derecho No.7 (1966-67), Universidad de Panamá, Panamá;

BARREIRO, A. (1976), Las medidas de seguridad, en el Derecho Penal Español, Madrid, Civitas.

BERISTAIN, A. (1974), Medidas penales en Derecho contemporáneo, Teoría legislación positiva y realización práctica, Madrid, Reus.

CASABO RUIZ, J. R. (1970), “El fundamento de las medidas de seguridad” en Peligrosidad social y medidas de seguridad, (La ley de peligrosidad y rehabilitación social de 4 de agosto de 1970) Universidad de Valencia.

COBO DEL ROSAL, M. (1970), “Prevención y peligrosidad social” en Peligrosidad Social y Medidas de Seguridad, (La ley de peligrosidad y rehabilitación social de 4 de agosto de 1970), Universidad de Valencia.

CONDE PUMPIDO, C. (1973), "Aspectos sustantivos de la ley de peligrosidad y rehabilitación social de 4 de agosto de 1970" en Temas Penales, Universidad Santiago de Compostela.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. <https://vlex.com.pa/vid/auto-sobreseimiento-apelado-segunda-3173485>

CUELLO CALON, E. (1958), La Moderna Penología, Barcelona, Bosch.

ECHEVERS, F. (1983), "Las Medidas de seguridad en el Nuevo Código penal "en Boletín de la Academia Panameña de Derecho No.1,Año I, Panamá.

ESPADA, María, La inimputabilidad y las medidas de seguridad,

<https://revistas.umecit.edu.pa/index.php/catedra/article/view/170/617>

GARCÍA ITURBE, A. (1967), Las Medidas de seguridad, Ensayo de una teoría general basada en el derecho comparado, Instituto de Ciencias Penales, Facultad de Derecho, Universidad de Venezuela, Caracas.

GILL SUAZO, H. (2004), Teoría del Delito, Panamá,, Impresora Panamá,

GRANDA, R. (1983), "Medidas de seguridad en el nuevo código penal", en Anuario de Derecho No.12, Universidad de Panamá.

JESCHECK, H. H. (1993), Tratado de Derecho Penal, Parte General Vol. I, Bosch, Barcelona, Casa Editorial.

JURISPRUDENCIA PENAL Extractos de los fallos del Pleno y la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia Registros Judiciales 2001 – 2002 [https://asamblea.gob.pa/APPS/LEGISPAN/PDF JURISPRUDENCIA/2001\\_2002\\_9962-02-687-3\\_ORTEGA\\_CASTROVERDE.pdf](https://asamblea.gob.pa/APPS/LEGISPAN/PDF_JURISPRUDENCIA/2001_2002_9962-02-687-3_ORTEGA_CASTROVERDE.pdf)

LANDECHO, C. M. (1970), "Peligrosidad Social y Peligrosidad Criminal" en Peligrosidad y medida de Seguridad (La Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970) Universidad de Valencia.

MAURACH R. (1971), Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Verlag C.F. Muller,1971

MENDOZA TROCONIS, J. M. (1972), Curso de Derecho Penal Venezolano, Parte General, Tomo III, Caracas, Empresa El Cojo, S.A.

MUÑOZ POPE, C. (1977), "Medidas de seguridad y responsabilidad civil en la revisión del anteproyecto de código penal de 1970" en Actas (Primer seminario de actualización) Departamento de Ciencias Penales y Criminológicas, Panamá. MUÑOZ POPE, C. *Lecciones de Derecho Penal*, Tomo II, (1985) Departamento de Ciencias Penales, Universidad de Panamá.

- Introducción al Derecho Penal (2003), Panamá, Ediciones Panamá Viejo.

MUÑOZ RUBIO, C. E./ GUERRA DE VILLALAZ, A. (1980), Derecho Penal Panameño, Panamá.

OLESA MUÑIDO, F. (1951), Las medidas de seguridad, Barcelona, Bosch Casa Editorial.

ORTIZ, R. (1987), La punibilidad y las medidas de seguridad, Universidad de Medellín.

PERSO.UNIFR., Aplicación de la ley en el tiempo, [https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasjuridicas/oj\\_20220108\\_09.pdf](https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasjuridicas/oj_20220108_09.pdf)



RODRIGUEZ DEVESA, J. Ma (1978), "Alegato contra las medidas de seguridad en sentido estricto", Separata de Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid.

RODRIGUEZ DEVESA, J. Ma (1970), "Algunas cuestiones jurídicas en relación con la ley de peligrosidad y rehabilitación social" en Peligrosidad y rehabilitación sociales (La ley de peligrosidad y rehabilitación de 4 de agosto de 1970), Universidad de Valencia.

RODRIGUEZ MOURULLO, G. (1970), "Medidas de seguridad y estado de derecho" en Peligrosidad social y medidas de seguridad, (La ley de peligrosidad y rehabilitación de 4 de agosto de 1970), Universidad de Valencia.

ROMEO CASABONA, C. (1986), Peligrosidad y el derecho penal preventivo, Barcelona, Bosch Casa Editorial.

TAPIA BALLESTEROS, P. (2013), Las medidas de seguridad. Pasado, presente y futuro, de su regulación en la legislación chilena y española.

[https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-33992013000200007](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992013000200007) Polít. crim. vol.8 no.16 .

TERRADILLOS, J. (1981), Peligrosidad social y estado de derecho, Akal, Universidad de Madrid.

VILLAVICENCIO, (2006), *Derecho Penal, Parte General*, Lima, Griley.

VILLAMOR, F. (1991), "Las medidas de seguridad en el código penal boliviano, en Temas Penales, La Paz, Editora Popular.

WELZEL, H. (1970), *Derecho Penal Alemán, Parte General*, 11a. edición,

## **CAMPO ELÍAS MUÑOZ ARANGO**

Licenciatura en Derecho y Ciencias Políticas (1999-2003) Graduado Tercer puesto de honor 2005. Capitulo Sigma Lambda.-Universidad de Panamá, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Maestría en Derecho con Especialización en Ciencias Penales en 2011 y Maestría en Criminología en 2023, Universidad de Panamá, XX Curso de Postgrado en Derecho con especialidad en Derecho Penal. Universidad de Salamanca España Curso de 60 horas, 2007. Cuarta Escuela de Verano en Ciencias Criminales y Dogmática Penal alemana, del Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional del Instituto de Ciencias Criminales de la Universidad de Göttingen. Del 25 de septiembre al 6 de octubre de 2017. Profesor Asistente de Derecho Penal, Universidad de Panamá, desde 2012-2018. Profesor de Derecho Penal, desde 2018

Artículo recibido: 15 de marzo de 2023

Aprobado: 20 de mayo de 2023

**ESTAFA DE CONSUMO.****DE SERVICIOS O DEFRAUDACIÓN DE SERVICIOS O ALIMENTOS**

Virginia Arango Durling varangodurling@gmail.com

**RESUMEN**

El hecho de no pagar la comida en un restaurante luego de recibir el servicio y marcharse del establecimiento comercial, o no pagar el consumo de gasolina al despachador, constituyen conductas engañosas, que concretan el delito de Estafa de consumo, delito autónomo en algunos países, pero que en el caso nuestro se sancionaría como una estafa genérica. El delito tiene como elemento fundamental el engaño, en cuanto a la acción engañosa en la estafa de consumo o de servicios, hay criterio coincidente en la doctrina que se presenta con actos concluyentes, y no requiere desde el punto de vista político criminal su inclusión sin embargo, queda pendiente por parte del legislador tomar en consideración la multirreincidencia de este delito, sobre todo cuando en nuestro país este tipo de acciones no siempre son delito, sino faltas, cuando no sobrepasan los Mil balboas.

**PALABRAS CLAVES:** Estafa, patrimonio económico, engaño concluyente, perjuicio económico.

**KEYWORDS:** Fraud, economic heritage, conclusive deception, economic damage

**ABSTRACT**

The fact of not paying for the food in a restaurant after receiving the service and leaving the commercial establishment, or not paying the gasoline consumption to the dispatcher, constitute deceptive conduct, which materializes the crime of Consumer fraud, an autonomous crime in some countries, but that in our case it would be sanctioned as a generic scam. The crime has deception as a fundamental element, in terms of the deceptive action in consumer or service fraud, there is a coincident criterion in the doctrine that is presented with conclusive acts, and does not require its inclusion from the criminal political point of view without However, it remains for the legislator to take into consideration the multiple recidivism of this crime, especially when in our country this type of action is not always a crime, but misdemeanors, when it does not exceed one thousand balboas.

**SUMARIO:** 1.Introducción 2.La estafa de consumo o de servicios. Aproximación a la legislación panameña. Bien jurídico protegido 3.Los sujetos y el objeto material, en la estafa y estafa de consumo. 4. Estafa y estafa de consumo. Elementos del delito, conducta y modalidades, y aspectos sobre el engaño. 5. El dolo y otros aspectos del delito 6. Consideraciones finales

## 1. Introducción

La criminalidad se transforma día a día, y en el escenario actual no solo tenemos las novedades de los delitos cibernéticos, sino formas delictivas que han existido siempre pero que en los últimos tiempos se han hecho muy frecuente y que repercuten económicamente en la sociedad.

El hecho de no pagar la comida en un restaurante luego de recibir un servicio y marcharse del establecimiento o del local comercial recibe distintas denominaciones, en el caso de España, la expresión coloquial moderna es *sinpa*, o *simpa* un neologismo, acortamiento léxico de sin pagar, expresión también conocida como *dine\_and\_dash*, o *hacer perro muerto* en Chile, o en Argentina, como gorronería o *petardismo*. Lo anterior, también comprende otras formas de eludir el pago, consideradas como defraudaciones, como es el caso del no pago del taxi, del alojamiento en un hotel, o el de combustible, esto último, muy frecuente en los meses de verano en España, que se ha disparado.

Este hecho ilícito se promociona inclusive por las redes sociales y sus víctimas frecuentes son dueños de bares, restaurantes, hoteles, taxistas, estaciones de gasolina y en ella intervienen todo tipo de personas, incluyendo turistas que reciben un servicio y huyen del mismo sin pagar la cuenta, provocando cuantiosas pérdidas económicas a los comercios.

Y como mencionamos previamente, estos hechos no son nuevos y tienen orígenes históricos, entre otros, en Alemania *betrug*, en Francia el *Filouterie*, en Italia, *Scrocare* en España *gorronería*, y, valga señalar, que al momento de incorporarlos en las legislaciones como sucedió en Francia con la Ley 26 de julio de 1873 que introduce el fraude de alimentos (Merle /Vitu, 1982, p.1925), recibió críticas por parte de CARRARA (1922:527) en la que manifestaba la rigidez de castigar los abusos que acosan a los tabernas por parte de los gorriones de costumbre, y afirmaba que no había necesidad de proponer una ley que convirtiera la pobreza y el hambre en delito, como “brutal conversión en delito de la miseria y el hambre”, según anota QUINTANO RIPOLES (1977:733), aunque tales opiniones no impidieron que se incluyeran en las legislaciones.

Todo esto merece examinarse, por las complejidades que suelen presentarse, entre otros, porque no siempre es un delito de estafa, sino una falta en nuestro país, respecto a la cuantía del perjuicio económico (hasta mil balboas), o una estafa leve como sucede en España, además, que tampoco suele ser un delito autónomo como ocurre en otros países, como por ejemplo, en Guatemala.

## 2. La estafa de consumo o de servicios. Aproximación a la legislación panameña. Bien jurídico protegido.

La estafa es el nombre moderno, conocida como “estelionato”, *truffa* en Italia, *Betrug* en Alemania, en Francia *escroquerie*, históricamente en nuestro país ha sido regulada con ligeras variaciones (1922,1982), y en el caso de la legislación vigente, contempla, la Estafa genérica o básica, y otros fraudes, y de manera significativa incluye, las estafas por medios informáticos, las defraudaciones del fluido eléctrico y análogos, y la utilización indebida del terminal de comunicación, teléfono, fax, etc., previstas en otras legislaciones, entre otras.

Lo trascendental en la estafa es el modo con el cual el sujeto realiza el hecho delictivo, por lo que existen sin duda diferencias, respecto al hurto que hay sustracción, mientras que en la estafa hay entrega voluntaria, aunque la misma se hace por error y engaño, y se diferencia de la apropiación indebida porque no hay desposeimiento, sino tan solo una inversión del título del poseído en el agente que ya retiene la cosa (Maggiore, 1956:124).

De conformidad con ANTON ONECA (1957:1/), “es la conducta engañosa, con ánimo de lucro injusto, propio o ajeno, que determinando un error en una o varias personas, les induce a realizar un acto de disposición, consecuencia del cual es un perjuicio en su patrimonio o en la de un tercero”, y la definición a que se acogen las legislaciones tiene su origen en la Ley francesa de 1791, que dio origen al artículo 405 del Código Penal, que sirvió de base a las legislaciones del siglo XIX.

Por su parte, MERKEL (1906:63, expresa que es la “apropiación ilegítima de valores patrimoniales ajenos, de un modo gratuito y por medio de un engaño”, y al referirse a sus elementos manifiesta que es este engaño realizado sobre otra persona lo que hace que sufra un daño en su patrimonio con el propósito de lograr un lucro ilegítimo.

En el artículo 220 se regula la estafa y la estafa informática de la siguiente manera:

“Quien mediante engaño se procure o procure a un tercero un provecho ilícito en perjuicio de otro, será sancionado con prisión uno a cuatro años.

La sanción se aumentará hasta un tercio cuando se cometa abusando de las relaciones personales o profesionales, o cuando se realice a través de un medio cibernético o informático”.

Por su parte el artículo 221 dice así:

“La conducta prevista en el artículo anterior será sancionada con prisión de cinco a diez años en los siguientes casos:

1. Si la lesión patrimonial excede de cien mil balboas (100,000)
2. Si la cometen apoderados, gerentes o administradores en el ejercicio de sus funciones.

3. Si se comete en detrimento de la Administración Pública o de un establecimiento de beneficencia.

4-. Si se usurpa o utiliza la identidad de otra persona para obtener algún beneficio”.

La estafa es un vocablo que proviene del verbo estafar y de acuerdo con la RAE es un delito que comete una persona, con ánimo de lucro, utiliza el engaño bastante para producir un error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno.

En nuestra legislación la estafa constituye un delito contra el patrimonio económico, que puede ser cometido por cualquiera persona de cualquier edad o sexo, lo cual es prácticamente subsumible en la figura del sujeto que *hace un simpa*, consume alimentos y se va sin pagar, o entre otros, solicita hospedaje en un hotel, y luego no paga la cuenta, lo que genéricamente, se denomina según algunos ( Damianovich de Cervedo,2000:229) siguiendo la legislación comparada (Argentina) como una estafa de servicios, o defraudación de servicios o alimentos, o petardismo, por lo que a nuestro juicio no se requiere una norma especial como afirma FINZI (1961:131) siguiendo el criterio de TOLOMEI..

La infracción bajo examen tutela el patrimonio de las personas, pues existe un interés público de proteger el patrimonio contra las acciones criminosas que tiene como fin el disponer los bienes de otras personas mediante engaño o fraude (Maggiore, 1956:.123), o como indica MANZINNI (1984:667), hay un interés público concerniente a la inviolabilidad del patrimonio contra la acción fraudulenta.

Se protege así el patrimonio económico, mueble e inmueble, derechos patrimoniales, en términos generales, es decir, derechos personales sobre bienes, muebles o inmuebles, derechos reales (Guerra de Villalaz, 2017: 75) y en sí patrimonio individual (Muñoz Conde, 2013: 404), el patrimonio del sujeto pasivo, por el acto de disposición en su perjuicio (González Rus,2005:505).

El delito de estafa se caracteriza por producir un efectivo perjuicio patrimonial (Zugaldía Espinar, 1988:.53) porque se proyecta objetivamente un daño o lesión contra el patrimonio, en la cual se caracteriza subjetivamente por el ánimo de lucro (Romero, 1985:.235), y es un delito pluriofensivo, dado que no solo protege el patrimonio individual del sujeto, sino al mismo tiempo hay un interés social o supraindividual representado por la confianza depositada por todos- y reconocida por el propio Derecho del tratamiento jurídico que le otorga la veracidad e integridad de los documentos que sirven de prueba en la negociación o tráfico jurídico de cosas inmuebles y de determinadas cosas muebles” ( Lorca Jimenez,1997:.43)

En nuestra legislación la estafa constituye un delito contra el patrimonio económico, que tiene elementos imprescindibles, exigibles en la estafa de consumo: el engaño, el engaño que induce al error, el acto de disposición patrimonial, el ánimo de lucro. El elemento fundamental es el engaño, el cual lo diferencia de los delitos de hurto y robo, en la que el agente tiene como

finalidad última, obtener un beneficio patrimonial a través del engaño provocando un error en la víctima induciéndola con ella a desprenderse de un bien patrimonial.

Por su parte, FINZI(1961,p.130) advierte que el petardismo provoca un daño patrimonial, que consiste en la falta de la contraprestación, el patrimonio del hotelero resulta disminuido. Correlativamente , existe un provecho en el cliente, representado por el hecho de que no paga el equivalente de lo que ha consumido, y aquí concurren todos los elementos del delito de estafa.

Antes de terminar, solo valga señalar que la inclusión como delito del *petardismo* o defraudación de servicios o el no pago de servicios, fue un hecho no muy acogido históricamente, pues CARRARA, como bien anota QUINTANO RIPOLLES (1977,p.734, lo calificó como “brutal conversión en delito de la miseria y el hambre” refiriéndose a la Ley de 26 de julio de 1873, cuando Francia decidió tipificar específicamente el consumir alimentos o bebidas sin satisfacer su importe, en la así llamada *Filouterie d'aliments*, hecho que en la actualidad se castiga en la Sección 313-5 del Código Penal Francés. También, se indica que STOOS, se opuso de igual forma en el Proyecto de Código Penal suizo de 1897, pero a pesar de ello se incluyó en otras legislaciones como la de España en 1937, y encontró eco en otros códigos penales iberoamericanos.

### **3.Los sujetos y el objeto material, en la estafa y estafa de consumo.**

En la estafa de consumo, cuando el agente *hace un simpa*, el estafador, *sujeto activo*, reúne las mismas particularidades que en la estafa, siendo un delito común . En ambas situaciones estamos ante sujetos de cualquier estrato social económico, pueden ser adultos o menores de edad, pero tienen en común que son personas con buena presencia, carismáticas, manipuladoras, astutas para ganarse la confianza del sujeto pasivo, y su único fin es obtener un provecho económico para sí o para un tercero.

En el caso de *hacer simpa* llama la atención, que los adultos, suelen ser en ocasiones, profesionales del delito de *hacer simpa*, ya que en este último caso, muchos han sido denunciados por estos delitos por un número plural de veces, mientras que en los jóvenes lo hacen por hacer una travesura o por un juego, también en el caso del combustible se indica que no son personas necesitadas, sino delincuentes (Antena3 ,2022).

Por último, en cuanto al sujeto activo del delito de estafa queda claro que solo puede ser la persona que mediante engaño logra convencer a la víctima para que disponga patrimonialmente en su perjuicio( Acevedo, 2010:344), elemento que es usual en cualquier tipo de estafa incluyendo la estafa de consumo.

Es un delito común- pluri subjetivo y se agrava cuando lo cometen apoderados, gerentes o administradores en el ejercicio de sus funciones o si se comete en detrimento de la administración pública o de establecimiento de beneficencia, o si se usurpa la identidad de otra persona para obtener provecho. Finalmente el que obtiene el provecho del inductor es coautor

En lo que respecta al *sujeto pasivo*, en la estafa genérica puede ser cualquier persona, inclusive una persona jurídica o el Estado, pero en concreto es la persona que sufre el daño patrimonial como consecuencia de la estafa, en otras palabras es la víctima del engaño por parte del sujeto activo del delito que afecta su patrimonio (Acevedo, 2010:344). Sin embargo, es posible que la persona engañada sea simplemente un perjudicado, y el sujeto pasivo es el que sufre el daño patrimonial, o en sentido contrario sujeto pasivo y perjudicado coinciden (Queralt, 1996:370; Bramont,1996: 347, Mendoza Tronconis,1975: 236).

Por el contrario, cuando se *hace un simpa* el sujeto que come y huye no pagando su cuenta, no lo realiza para afectar una institución de Beneficencia o a la Administración Pública, pero si a cualquiera persona, de cualquier edad o sexo, que en concreto es el dueño del restaurante, del hotel o gasolinera al no pagar la cuenta por el servicio brindado.

Hay un elemento común en el delito de estafa, como cuando se *hace un simpa*, porque el *sujeto pasivo* es engañado por el agente del delito, en el caso del primero el sujeto come y huye no pagando su cuenta, y en ambos casos se provoca un perjuicio económico al sujeto pasivo (Bramont, 199; 347). En el caso del combustible, también se incurre en una estafa, cuando el conductor llega a la estación de gasolina, le abren el surtidor le ponen el combustible y me voy sin pagar, hemos engañado al despachador que espera que le paguemos por ese servicio (Jurispol).

Sería aplicable en esta modalidad de estafa, también lo referente a las cualidades del sujeto pasivo, que si bien en principio puede ser cualquier persona, es discutible que los incapaces puedan serlo, aunque es necesario evaluar cada caso en concreto (González Rus, 2005:513), a lo que hay que añadir que solo es suficiente con que conste que el sujeto pasivo es conocido y que sufrió un perjuicio.

Por lo tanto, en el delito de estafa previsto en nuestra legislación vigente, el agente del delito es una persona astuta y manipuladora que tiene habilidades o artificios para actuar sobre la esfera intelectual de la psiquis del sujeto pasivo, haciéndolo provocar el desplazamiento patrimonio (Ranieri, 1975:120, Maggiore,1956:127).

En efecto, en la estafa, en general, el sujeto activo, el estafador sugiere una idea, insinúa o inspira o hace creer al sujeto pasivo, una idea engañosa, induciéndole a creer algo que no es cierto, valiéndose de palabras, de un falso nombre, de falsa cualidad y sorprendiendo la buena fe (Mendoza Tronconis, 1975:237).

Ahora bien, cuando se realiza una estafa de consumo o se *hace un simpa* el sujeto activo también emplea el engaño haciendo ver que tiene solvencia económica para pagar la cuenta del restaurante o pagar el alojamiento de un hotel, por lo que estamos ante una estafa, pero dependerá de la cuantía..

El *objeto material* en la estafa, en sentido general, son los objetos muebles como inmuebles, derechos reales o de crédito (Bramont, 1997:349; Guerra de Villalaz, 2017:75; Zabala Barquerizo, 1987: 108), y en el caso de los inmuebles, a manera de ejemplo tenemos, el supuesto

del agente mediante las maniobras fraudulentas hace suscribir una escritura de compraventa de una finca con ánimo de apropiarse de la misma, es evidente, que ha cometido el delito de estafa, pues se ha hecho entregar de un título de propiedad, con lo que no solo es que ha aumentado antijurídicamente su patrimonio, sino que ha lesionado correlativamente el patrimonio de la víctima ( Zabala Barquerizo,1987: 108).

Por lo que respecta, al objeto material en la estafa de consumo, es decir, cuando se *hace una simpa*, recae sobre los objetos muebles e inmuebles, sobre bienes consumibles, como son por ejemplo, los alimentos y bebidas, la comida, los bocadillos servidos en bares, o las bebidas, ya sea de forma aislada o como complemento de la comida ( Merle /Vitu:1925), en otras palabras, concreta lo que consume el agente del delito en el restaurante.

También lo constituye, las habitaciones asignadas y ocupadas en el hotel, en la que se aloja en un hotel, y luego abandona el mismo sin pagar la cuenta, o la ocupación del taxi, o sobre la gasolina, y en general, como indica Núñez (1978: 289 sobre el valor de los servicios o alimentos recibidos( Merle /Vitu:1925).

A ese efecto, Núñez (1987:278) señala que la “estafa puede recaer sobre bienes tales como la tenencia o posesión de una cosa mueble o su dominio, las ventajas económicas correspondientes a una explotación comercial, el valor de servicios, a lo que también coincide SOLER (1970:325).

Son numerosos los fallos jurisprudenciales en Argentina que se ha determinado el delito de estafa por sujetos que utilizan servicios y que luego no pagan por esos servicios en hoteles, o en otro caso a la ingestión de alimentos y bebidas en una confitería y posteriormente negándose a pagar, de fechas de 1986, 1990 y 1992 (Romero,1998:312).

#### **4. Estafa y estafa de consumo. Elementos del delito, conducta y modalidades.**

##### **4.1 La conducta. Elementos del delito.**

En nuestro país el delito de estafa la conducta punible viene descrito con el verbo rector *procurar*, es decir, que el sujeto hace todo lo necesario y dirige todos sus esfuerzos para obtener un provecho ilícito, para sí o para un tercero mediante engaño, por lo que es un delito de comisión. En este contexto, procurar, es” hacer diligencias o esfuerzos para que suceda lo que se expresa”, o hacer gestiones para conseguir algo”.

En el delito de estafa la doctrina con criterio legislativo ha señalado cuales son los elementos constitutivos, así tenemos a BACIGALUPO (1994) que establece: a) engaño b) error del sujeto pasivo, c) disposición patrimonial del sujeto pasivo fundado en el error, y d) perjuicio proveniente de esa disposición patrimonial.

De conformidad con nuestro código penal, se constituyen como elementos del delito de estafa en nuestro país: el provecho ilícito para sí o un tercero, el perjuicio a otro, y el engaño como medio de comisión del delito de estafa, y este último debe preceder y producir un error en el sujeto pasivo (Künsemüller, 2018:50.)



En la estafa un elemento significativo es el engaño, puesto que el agente induce " a creer algo que no es cierto o verdadero. . . significa dar a la mentira apariencia de verdad (González Cussac/Vives Antón: 401), aspecto que sirve para diferenciarlo de las demás figuras delictivas del patrimonio económico.

Cuando se habla de engaño se refiere a una “Acción o conjunto de palabras o acciones con que se engaña a alguien o se le hace creer algo que no es verdad”, en ese sentido se induce a la otra persona a tener cierto algo, cuando no lo es. El término engaño aparece como una expresión sinónima de ardid, y parecieran ser similares, y la doctrina les da igual atención, y a propósito de ello algunos autores nacionales afirman que el engaño es un ardid con el cual se provoca el perjuicio a otra persona (Gil,2017:310).

Es interesante, destacar que en algunas legislaciones y en la doctrina el concepto de estafa comprende el realizarlo mediante engaño o determinados ardid para obtener un beneficio indebido, expresiones que a juicio de NUÑEZ (1967:295), lingüísticamente es posible diferenciarlas. En tanto el ardid es cualquier artificio o medio empleado hábil y mañosamente para el logro de algún intento, y el engaño es la falta de verdad en lo que se dice o hace, exige que un tercero recepte esa falta de verdad en lo que se dice o hace, o en otros términos que padezca el error que es su consecuencia.

De igual manera, PEREZ PINZON (246), alude a que ardid o artificio es una maquinación objetiva exterior que crea una falsa imagen por simulación (parecer lo que no es ) o una disimulación (ocultar lo que no es), mientras que el engaño, es una astucia, que obra en la esfera intelectual o sentimental de la psique del sujeto pasivo, con la falsa apariencia que suscita, crea motivos erróneos que determinan la voluntad y la conducta.

SOLER (197:.303), por su parte al definir la estafa expresa que es “una disposición patrimonial perjudicial tomada por un error determinado por los ardid de alguien que tendía a obtener con ellos un perjuicio indebido”, y por ello explica que la estafa empieza con un ardid cuyo objeto es suscitar un error, e indica que ardid es el astuto despliegue de medios engañosos.

En general, podemos afirmar siguiendo a SPOLANSKY (1969:.51) y a otros autores (Finzi,1961,p.36)que “en realidad se trata de dos formas distintas de suscitar un error mediante la modificación de la verdad objetiva, en forma parcial o total y con igual criterio han afirmado otros ( Damianovich de Cerredo,2000:1).

Ahora bien, en el Código Penal Panameño, su definición fija de manera exclusiva el engaño como elemento del delito de estafa y no alude a otras expresiones u otros medios de comisión como pudiera ser el error, la astucia, ardid, u otra forma fraudulenta, como sucede con la estafa en el caso de Perú (art. 196), que como bien anota PAREDES INFANZON (2021), explica que en su definición legal, se establece, además del engaño: a) la astucia una habilidad, carácter mañoso y audaz para conseguir un provecho ilícito creando error en la víctima, o b) el ardid, medio empleado hábil y mañosamente para el logro de algún intento, son tretas o timos para provocar confusión, y c) otra forma fraudulenta.

En todo caso es rotundo, que tratase de un acto que se realiza por engaño, en la cual el sujeto se aprovecha de servicios o prestaciones sin satisfacer el valor económico de las bebidas, alimentos, hospedaje o transporte, con el fingimiento de solvencia o crédito (Quintano Ripolles, 1977:730), y en la cual el modus operandi es diverso.

Así dependerá si se trata de un taxi o de una comida en un restaurante en la que el sujeto ha recibido un servicio. En el caso de los taxistas es variado: los sujetos aprovechan un semáforo para escaparse de pagar, otros dicen que no tienen monedas para pagar, y no faltan aquellos que llegan a su destino, se bajan y se comprometen a pagar, pero nunca regresan a hacerlo.

En cuanto a los restaurantes y bares, el modus operandi es variado, luego de tener una gran cena rehúsan pagar la cuenta con la excusa de “que las botellas de vino en la cuenta no eran las que habían seleccionado, o alegan que el servicio ni la comida no les ha gustado, o amenazan con poner una reseña negativa en las redes sociales, o de falsas reclamaciones por intoxicación alimentaria. No faltan tampoco las estrategias (SACCONE), de “echar cucarachas en la sopa”, fingir un desmayo o distraer al camarero” o el truco del cigarro o del móvil para salirse del local sin pagar.

Se trata de una práctica que en algunas ocasiones ha sido grupal, como sucedió en un hotel español en la cual sus 120 comensales celebraron un bautizo y se retiraron sin pagar saliendo en fila simulando que bailaban la conga.

En la conducta del delito de estafa en Panamá, valga señalar, que en su definición legal no se hace alusión a la entidad del engaño, es decir, si este debe ser suficiente o bastante, como lo señala, en su caso el Código Penal Español que dice lo siguiente: “Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno” (art. 248), a la vez que jurisprudencialmente se hace referencia al engaño precedente, concurrente, que genera un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídicamente tutelado y concretamente el idóneo o adecuado para provocar el error del sujeto pasivo” (SSTS 1558/2004, de 22 de diciembre, 1/2007, de 2 de enero, 243/2012, de 30 de marzo y 993/2012, de 4 de diciembre)..

En esa línea, el engaño bastante implica que sea suficiente, idóneo para conseguir que la víctima caiga en el error y proceda a la entrega de lo solicitado con el consecuente perjuicio patrimonial. En ese contexto,” la doctrina del Tribunal Supremo viene reclamando que el ardid defraudatorio tenga apariencia de seriedad y realidad suficientes y todo ello desde la perspectiva de las condiciones personales de la persona afectada y las circunstancias del caso concreto. Es decir, el engaño o maniobra de engaño debe tener entidad suficiente como para que en el marco de convivencia social en que actúa sea estímulo eficaz para provocar un traspaso patrimonial. Lo que se persigue es que lo que se denomina “engaño burdo”, quede fuera del ámbito penal. El

engaño burdo será toda maniobra que pueda ser neutralizada con una actividad diligente de la víctima. En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en diversas sentencias como la STS 278/2004 de 1 de marzo que reproduce la STS 531/2018, de 6 de noviembre” (Vallejo, 2022)

La jurisprudencia de esta Sala –se lee en las *SSTS 465/2012, de 1 de junio, 512/2012, de 10 de junio y 929/2012, de 19 de noviembre*-- tiene establecido de forma reiterada que el engaño en el delito de estafa tiene que ser un engaño precedente, bastante y causante. En cuanto al requisito del engaño precedente, comporta la exigencia de un engaño como factor antecedente y causal del desplazamiento patrimonial por parte del sujeto pasivo de la acción en perjuicio del mismo o de un tercero, desplazamiento que no se habría producido de resultar conocida la naturaleza real de la operación (*SSTS 580/2000, de 19 de mayo; 1012/2000, de 5 de junio; 628/2005, de 13 de mayo; y 977/2009, de 22 de octubre*).

#### **4.2. La estafa entre un comportamiento activo o pasivo.**

En Panamá se contempla la estafa como un comportamiento activo-positivo y la doctrina lo ha entendido como un delito de comisión (Guerra de Villalaz, y otros 2017,p.169), que descarta la modalidad omisiva, pues se exige el acto de engañar, (Suarez Sánchez, 2000, p 215), aunque nada se opone a que la comisión por omisión sea admisible pues es factible en los delitos de resultado.

Por otro lado, desde el punto de vista de la doctrina la estafa puede cometerse por comisión y omisión, y omisión impropia (Ranieri1975:120, Castillo Gonzalez,2001:100), Serrano Gómez, y otros, 2021:320, aunque no por ello sea objeto de críticas (Valle Muñiz, p.179). Así el engaño puede realizarse por acción y por omisión, no sacando del error a la víctima, es decir, no comunicando aquello de lo que se debe informar por estar obligado a ello y es esencial para el negocio jurídico subyacente. Por ejemplo, no se informa que el inmueble que se vende tiene determinadas cargas que escapan al conocimiento del comprador (Zugaldía Espinar, 2018:220).

En ese contexto, CASTILLO GONZALEZ (2002:101-121) es” partidario de la comisión por omisión y señala que puede provenir de tres fuentes: la injerencia, la ley y el contrato, pero solamente si este establece la expresa obligación de las partes de manifestar determinados hechos. pone como ejemplo, “A puede causar mediante su silencio(cuando tiene la obligación jurídica de aclarar), para obtener un beneficio patrimonial antijuridico, que nazca un error en B, el cual, a consecuencia de ese error, realiza un acto dispositivo perjudicial para sí o para un tercero”.

Así QUINTANO RIPOLLES (1972:599), indica que “determinadas formas omisivas, o relativamente tales, como son las de engaño implícito en la ficción de solvencia, son de aplicación especial en las llamadas estafa de gorronería, de hospedaje o transportes impagados”, hay pues un ánimo de lograr el beneficio que supone el alojamiento gratuito, un engaño implícito, que bien puede consistir en la apariencia de una solvencia que no ocurre (STS de 17&6/1986,STS 14//1988)

Por otro lado, la idea de que el engaño debe ser activo ha dado lugar a negar el silencio (Fontan Balestra, 1971:30, Creus, 1983:130) aunque no por ello se ha indicado que el silencio engañoso en la estafa constituye una omisión (Sponlasky, 1967:167), posición equiparable a la del garante vgr. Ocultar vicios en la cosa vendida o de cargas que graven el bien enajenado, cuando implica una violación de un deber jurídico de manifestar lo que se calla (Nuñez 1978:301), o cuando se determina la causalidad y el deber de decir la verdad en el tráfico patrimonial (Sponlasky, 1967:167) aunque para otros es rechazada cuando falte la producción del error por maquinación fraudulenta (Suarez, 2000:216).

### 4.3 Modus operandi de la estafa de consumo

Una revisión al Diccionario de la Real Academia Española determina que la expresión *simpa*, *sinpa* no aparece ni tiene significado, pues estamos ante una palabra que es una palabra completa y parte de otra, “compuesta por la preposición “sin” y la primera sílaba de la palabra “pagar”, o sea, marcharse del bar o del restaurante “sin pagar”. En algunas ocasiones, he visto escrita esta palabra con “m”, “simpa” adecuándose a las reglas de ortografía. Si en el futuro la Real Academia Española de la lengua (RAE) la acepta, se escribirá “simpa” (Madrid, 2019)

En los últimos tiempos existe una tendencia de *simpa*, aunque no es nada nuevo porque históricamente se cuenta que en el siglo diecinueve sucedía. En 1839, Alphonse Robert cenó en el restaurante Véfour —que existe aún como el Grand Véfour y tiene dos estrellas Michelin— y no pudo pagar. Cuando le *restaurant* se negó a darle crédito, Robert le lanzó una botella de vino que despedazó el espejo de cuerpo entero que estaba detrás de ella. “Lo que hizo y el juicio que le siguió fueron cubiertos con detalle por la prensa parisina”, dice Spang” (León Cabrera, 2016).

También se conoce como Gorronería o *Petardismo* que consiste en consumir alimentos o bebidas en restaurant, bar, café, etc., sin pagar la consumición, sabiendo de antemano que no se la abonará o con la intención de no hacerlo (Buompadre, 1998:112)

El modus operandi en esta criminalidad, varía dependiendo si se trata de un taxi o de una comida en un restaurante en la que el sujeto ha recibido un servicio. En el caso de los taxistas es variado: los sujetos aprovechan un semáforo para escaparse de pagar, otros dicen que no tienen monedas para pagar, y no faltan aquellos que llegan a su destino, se bajan y se comprometen a pagar, pero nunca regresan a hacerlo.

En cuanto a los restaurantes y bares, el modus operandi es variado, luego de tener una gran cena rehúsan pagar la cuenta con la excusa de “que las botellas de vino en la cuenta no eran las que habían seleccionado, o alegan que el servicio ni la comida no les ha gustado, o amenazan con poner una reseña negativa en las redes sociales, o de falsas reclamaciones por intoxicación alimentaria. No faltan tampoco las estrategias (SACCONE), de “echar cucarachas en la sopa”, fingir un desmayo o distraer al camarero” o el truco del cigarro o del móvil para salirse del local sin pagar.

Se trata de una práctica que en algunas ocasiones ha sido grupal, como sucedió en un hotel español en la cual sus 120 comensales celebraron un bautizo y se retiraron sin pagar saliendo en fila simulando que bailaban la conga.

En lo que respecta, a la estafa de hospedaje, se indica que la modalidad defraudatoria se concreta (STS1641/2001 de 19 de septiembre y 981/2004 de 8 de septiembre al presentarse como cliente de un hotel, instalarse en él y marcharse sin satisfacer los servicios recibidos, calificada como estafa SSTS 443/1999, de 17 de marzo, 1 de marzo de 2000 y 1715/2000, de 2 de noviembre, pues el simple hecho de acudir a un hotel solicitando alojamiento, implica de ordinario, en las relaciones normales de la vida social, una apariencia de solvencia determinante por la prestación de los correspondientes servicios por parte de la empresa hotelera. *Lo que no puede pretenderse es que cada cliente que accede a un hotel con propósito de utilizar sus servicios sea objeto de una [investigación](#) por parte del hotel sobre su solvencia, cuando se trate de pagar cantidades no elevadas. Tal medida resultaría violenta para el hotel y ofensiva para sus clientes. Nos hallamos ante un contrato mercantil «criminalizado» en el que el sujeto agente, con propósito previo de no pagar, se aprovechó de la buena fe y confianza que en la contraparte despertaba, su [actitud](#) y comportamiento, y obtuvo reiteradamente los servicios del hotel, de suerte tal, que de haber conocido la situación económica del recurrente, no se los hubieran prestado*"(Rives Seva).

También en STS 981/2004, de 8 de septiembre, observa que "no responde a las enseñanzas de la experiencia diaria que una persona pueda solicitar alojamiento hotelero, sin ser cliente habitual del mismo, con el propósito no advertido por el [personal](#) del hotel, de impagar los correspondientes gastos al momento de la salida de este. Con toda precisión esta Sala, en STS 478/2001, de 26 de marzo, ha señalado que «en la denominada estafa de hospedaje concurren todos los elementos propios del tipo delictivo definido en el artículo 248.1 CP. En estos casos, el autor, con ánimo de lograr el beneficio. Que supone alojamiento gratuito –equivalente a un lucro como es obvio– induce a la persona o empresa que le aloja a prestarle un [servicio](#), esto es, a realizar en su favor un verdadero acto de disposición, mediante un engaño implícito que puede consistir, bien en la apariencia de una solvencia de la que carece, bien en la ocultación del decidido propósito de no pagar los servicios que reciba. La doctrina de esta Sala (SSTS de 17 de junio de 1986), 14 de abril de 1993 y 18 de mayo de 1995, ha considerado que aunque en estos supuestos el sujeto realice una maquinación o artificio para inducir a error, existe engaño por el mero hecho de que adopte una actitud que da a entender su disposición a comportarse de acuerdo con las normas que rigen el tráfico mercantil e incluso la mera convivencia social. Esta actitud sin la que lógicamente no sería aceptado de los hechos concluyentes, que en circunstancias normales, son susceptibles de hacer creer, a los gestores de un hotel u otro negocio parecido, que se encuentran ante un cliente digno de confianza al que, en principio no hay que someter a prueba precautoria alguna”.

En consecuencia, la estafa de hospedaje como observa la *STS 929/2012, de 19 de noviembre*, es una modalidad defraudatoria en la que los autores suelen actuar mediante actos tácitos o concluyentes, de modo que con su simple presencia y el uso y consumo de ellos servicios que se le prestan generan la apariencia falsa de que en su momento pagaran, no haciendo finalmente.

En cuanto a nuestro país, simpa llegó afectando a las estaciones de combustible que en los últimos meses los conductores luego de llenarle el tanque se fugan sin pagar, hecho que es común en Colombia, España, Perú, Méjico, y en la que buscan eludirse de la responsabilidad también entregando tarjetas bloqueadas o usando placas falsas o cubriendo la misma para no ser identificado, hecho que eventualmente afecta a la despachadora que se le carga la cuenta en otros países.

#### **4.4 El engaño, las formas de la acción engañosa en la estafa y estafa de consumo.**

##### **4.4.1 Las acciones expresas, implícitas, y concluyentes .**

En cuanto a las clases de acción engañosa, algunos consideran que solo se da por actos típicos activo y comisivo y por actos implícitos y explícitos (ALVAREZ GARCIA (2011:233), mientras que para otros, la acción engañosa en una actuación positiva que presenta varias formas: puede ser un comportamiento explícito, es decir cuando se hace mediante expresión oral ( por gestos o por signos, o palabras) o también en forma escrita, por ejemplo afirmando sobre algo que es falso, o también mediante actos concluyentes, según afirma CASTILLO GONZALEZ (2000:103-104). En ese sentido, el autor da una lista de supuestos en que se da el engaño explícito, a manera de ejemplo los siguientes: a) A induce a B a que le entregue dinero por la venta de objetos indígenas asegurándole falsamente que son auténticos, cuando A sabe que no lo son, b) A vendedor dice de manera contraria a B,C,D.E entregarles ( en propiedad) a la cuarta cuota una casa ya construida en la Urbanización X ( que no existe) a condición de que le pague doscientos mil colones mensuales, cosa que ellos hacen. Pero también manifiesta que el engaño explícito se puede dar por manipulación de objetos, en los casos siguientes: a)A falsifica un documento público o privado, y lo usa para engañar a otro, o b) A falsifica la marca de ropa x y vende a B esa ropa diciéndole que es de marca y cobrando el precio que tendría si fuera de marca.

MEZGER (1954:241) asume que en la estafa no solo se da la afirmación de manera expresa, o por omisión si existe para el autor un deber jurídico de actuar y de declarar, sino también mediante un acto concluyente, por ejemplo recurriendo a maniobras en el comercio de caballos o entrando a un restaurante dando a entender que se quiere y se puede pagar (petardismo), o concertando un contrato de juego no obstante la exclusión del caso fortuito. Entiende, el autor que, por acción concluyente se debe entender un determinado hacer positivo, el cual admite una declaración determinada. También en este caso, es determinante, para el sentido de este hacer, la concepción del tráfico,.

En lo que respecta, al engaño mediante un comportamiento concluyente, que es el que se da cuando resulta del comportamiento expresivo del autor, que lleva al sujeto pasivo al error de interpretar y caer en la estafa, nos referiremos más adelante (Castillo González, 2000,p.109).

Sostiene ROMERO (1998:138) que el engaño en derecho comparado puede manifestarse por tres vías: El engaño expreso, cuando el sujeto, mediante una declaración de voluntad verbal o escrita, realiza explícitamente una aserción con las características del engaño. B) El engaño de manera concluyente, por acción concluyente positiva, que emite una declaración determinada, o la que de modo no expreso pero implícita lleva consigo la formación falsa de un hecho, y la que se señala que puede tener una forma omisiva, mientras que Castillo (2000,p. 103) considera que son dos formas únicamente mediante una acción explícita o el engaño concluyente.

En opinión de los profesores MATUS, RAMÍREZ Y POLITOFF (2005:414) manifiestan que solo existen tres formas de clasificación del engaño: Engaño basado en una simulación expresa, es decir, aparentando un hecho respaldándolo con una afirmación mendaz, *expresis verbis*; Engaño basado en actos concluyentes, esto es, aparentando un hecho y respaldándolo no necesariamente en afirmaciones mendaces, sino aun verdaderas, pero realizando conductas que lleven al engañado a un error y Engaño basado en la omisión de quien está en la obligación de declarar la verdad, ya que se mantiene a la víctima en el error. El típico caso es el de quien solicita un crédito en una casa comercial, presenta una liquidación de sueldos, pero omite informar que el contrato respectivo está terminado, o el de quien, al solicitar un crédito, omite informar sobre sus deudas, o el del contratante que omite informar al otro del cumplimiento de una condición que le perjudica, etc. ,criterio igual seguido por SPONLASKY,1967:65)

#### **4.4.2 La entidad del engaño en el delito de estafa.**

Haciendo un análisis del delito de estafa en cuanto a la entidad del engaño nos encontramos con opiniones dividida y con un criterio restringido o limitado del engaño de la *mise en scene* o ardid en francés (Quintano Ripolles,1977:397.;Manzinni, 1984:.671), el criterio objetivo, y amplio, así como el criterio del engaño bastante o suficiente que sirven para determinar la suficiencia del engaño.

La primera teoría de la *mise en scène* o engaño bastante plantea que la simple mentira no es constitutiva del engaño necesario para configurar los delitos de estafa, sino que se requiere un “despliegue engañoso externo. La puesta en escena implica “acompañar meras afirmaciones con pequeñas escenificaciones que pretenden probar su veracidad”(Garraud, 1894,:244Correa,2010:p.5), actos exteriores, con manejos, ardid, actitudes o maniobras que inducen a creer lo que en realidad no existe, o lo que no es como se presenta (Barrera Dominguez,1999:211).

Así el engaño, forma parte de ese delito constructivo de hacerlo positivo con manifestaciones en el exterior que tiene como finalidad conseguir su propósito(Balmaceda,2011: 69), equivalente a

la acción concluyente, manifestada por su comportamiento que viene a ser decisivo (Balmaceda/Ayala,2009: 20), y por ende la estafa se sanciona por una verdadera puesta en escena que torne más verosímil lo falaz (Romero,1998:167)

En ese contexto, se señalan ejemplos, de Mendoza Tronconis (1975,) siguiendo a Carrara, (1961, p.238), se traduce en ostentar riqueza, mostrar una cartera llena de valores o una cuenta en un Banco, en hacerse pasar por un comerciante solvente, mediante la exhibición de cartas artificialmente confeccionadas, en alegar una falsa divisa, con falso título o decoración, en presentarse con un falso nombre, en alegar una falsa cualidad o una profesión falsa también, como decirse constructor, medico, abogado, sin serlo, en aparecer como miembro de una familia ilustre o adinerada, en adoptar una condición menesterosa con una falsa certificación de pobreza, etc.

En opinión de CARRARA (1966:426), la teoría de la *mise en scène*, hace que el fraude pueda solo concretarse no en simples palabras mentirosas (paroles mensngéres), sino que tiene que haber un hecho externo, o la intervención de una tercera persona que de crédito a las palabras, teoría del aparato escénico de origen francés, que puede aceptarse al problema teórico, y que puede aceptarse también al Código Penal toscano que no hace consistir el elemento material del fraude en solo palabras mentirosas, sino en artificios, maquinaciones y engaños literalmente, pero que esa fórmula no se aplicaría a la mayor parte de los casos especiales descritos en las letras precedentes de ese mismo artículo”

“En el contexto iberoamericano, el engaño típico en el delito de estafa ha sido entendido tradicionalmente como un comportamiento activo, caracterizado por la realización de una *mise en scène* o puesta en escena, la simple mentira no es suficiente y debe ir acompañada de un hecho externo dirigido a provocar un perjuicio patrimonial.” (Mayer Lux, 2014, Soler:333,) pero también ha sido rechazada por otros (Perez,1987:664, Barrera Domínguez, (1963:241)y por sus posibles inconvenientes se ha sugerido examinarlo con la teoría de la imputación objetiva.

Por su parte, argumenta FERNÁNDEZ (2005:.50) respecto a la teoría de la *mise en scène*, que la misma ha sido superada en el derecho comparado, y que al centrar el engaño en el despliegue de maniobras externas se cae en un excesivo formalismo y se excluyen situaciones como la mentira que pueda desplegar una persona constituida en dignidad, o de reconocida experiencia en la materia o con respecto de la cual la víctima tenga estrechos lazos de confianza o amistad.

En resumen, el criterio limitado exige que la maquinación de la estafa haya sido puesta en escena (Donna,2001:275) y como bien anota Conde-Pumpido Ferreiro,(1997) se trata de una determinada postura de política criminal, en la que se determina qué tipo de fraude debe ser castigado penalmente y si la reacción penal sólo debe actuar ante los fraudes de mayor gravedad o peligrosidad, aunque el problema es que "en ciertos supuestos la simple mentira, aun no acompañada de un aparato ratificante, puede resultar peligrosa frente a un sujeto pasivo desapercibido o fácilmente sugestionable, por lo que la tesis de la *mise en scène* puede resultar insuficiente"



En segundo término, está el *criterio amplio, o de la mentira*, adoptada mayoritariamente por la doctrina, que considera que el engaño tenga la suficiente aptitud para inducir al error en la víctima, aunque no vaya acompañado de maniobras o maquinaciones (*mise en scène*). El problema que tiene la postura amplia llevada al extremo es que cualquier manifestación o expresión falsa que pueda inducir a un “mal negocio” para una de las partes, podría considerarse estafa, llevando a una extensión inaceptable del tipo penal contraria al principio constitucional de mínima intervención (Rodríguez:9).

Con esta teoría de la simple mentira, con un criterio amplio se concreta en ocasiones la estafa, sin que haya una puesta en escena de engaño por parte del agente (Politoff,2005:443, Mayer Lux, 2014), no hay una exigencia de un engaño bastante o suficiente, aunque la misma es problemática porque no todas las mentiras son suficiente para estafar, y criticando el criterio objetivo (Romero, 2000:169), cualquier engaño basta para concretar la estafa.

Respecto a esto último, advierte SPOLANSKY(1969:61 que hay que valorar la personalidad del sujeto pasivo en concreto, como es lo referente a la calidad cultural y personal., en su opinión no hay un criterio absoluto, y lo importante es que haya tenido suficiente idoneidad para que la persona sea engañada, y esta tesis parece más adecuada toda vez que no puede exigirse en todos los casos que ocurra una maniobra o maquinación exterior ( Donna,2001:281), aunque en opinión de otros (González Rus, 2005) se requiere una acción concluyente o la *mise en scène* del derecho francés.

Además, de lo antes expuesto coincidimos con BARRERA DOMINGUEZ (1999:211) que hay una necesidad de proteger a las víctimas ingenuas frente al estafador, sujeto peligroso, que obtiene provecho, pues estas no pueden quedar en desamparo penal en la sociedad, y dejar en la impunidad tales actos cuando trajo daño económicamente, criterio también compartido por POLITOFF, MATUS y RAMIREZ(2005), y agregan que “ el argumento de que el derecho no protege a los necios o a los negligentes no puede admitirse para castigar con la indefensión al que actúa de buena fe y por su buena fe, al creer en las palabras de otro, resulta estafado” (Kunsemuller,2018:8).

De igual forma, tenemos la postura del *engaño bastante* que el Código Penal Español exige que sea idóneo, adecuado bastante, considerando el mismo desde el criterio que sea bastante para lograr inducir error en la víctima, pues no todo engaño es capaz de integrar la estafa, debe ser bastante ( Pastor, 2004:117

“A diferencia de la tesis de la *mise en scène*, demandar un engaño bastante desplaza el foco del análisis, desde la representación a cargo del agente, propia de toda puesta en escena, hacia la reacción de cargo del disponente del patrimonio, pues precisamente respecto de dicha reacción el engaño ha de ser “bastante”. Desde este punto de vista, la teoría de la *mise en scène* desarrolla propiamente un concepto de engaño típico; la tesis del engaño bastante, en cambio, se ubica entre la conducta típica (engaño) y la reacción que esta tiene o puede tener (disposición patrimonial perjudicial determinada por error).

De esta manera, la determinación del engaño bastante o engaño relevante, se analiza con la teoría objetiva y subjetiva, que estudia el engaño como idóneo para inducir a error a otro a través de una consideración objetiva y en conjunto con ello, en una perspectiva subjetiva en que se toman en consideración las condiciones particulares del sujeto pasivo, b) la teoría de la imputación objetiva y de la infracción de los deberes de veracidad (y la teoría de la infracción de los deberes de veracidad, con gran repercusión en la última década gracias a su estimable esfuerzo en realizar un análisis normativo de la conducta típica, aspectos que como bien indica LEYTON JIMENEZ (2014:123), han sido estudiados en la doctrina.

Para GONZALEZ RUS (1996:659) la determinación de la suficiencia del engaño es necesaria en la estafa para la delimitación de la responsabilidad penal y civil, y el criterio del módulo objetivo y subjetivo ha sido el preferido, acompañadas de las ideas de suficiencia y proporción, valoradas por un tercero imparcial, pero individualizable en atención a las circunstancias y naturaleza de la víctima, no enmarcado únicamente en lo subjetivo, a lo que hay que acompañarlo de la causalidad.

Como bien anota BALMACEDA HOYOS/ARAYA PAREDES,(2009), el engaño debe medirse siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en primer término de forma objetiva con requisito de que la maniobra fraudulenta tenga una apariencia de seriedad y realidad suficiente para defraudar a personas de mediana perspicacia y diligencia (esta entidad del engaño es la que permite excluir del delito de estafa las hipótesis del pago a un curandero o brujo para obtener determinados fines (Bajo Fernández, 1987:168). No obstante, debido a que en la estafa se requiere por parte del engañado cierta credulidad, confianza y buena fe, la concepción en examen apunta que hay que completar este proceso con un módulo subjetivo que determine la idoneidad del engaño en función de las condiciones personales del sujeto pasivo. Es decir, lo que se trata de buscar en la idoneidad del engaño es si el error se ha debido al engaño o, por el contrario, a algún comportamiento negligente de la víctima, pues en estos últimos casos se estima que debe negarse la relación de causalidad y, por lo tanto, el carácter idóneo del engaño.

En este contexto, el engaño” ha de entenderse bastante cuando haya producido sus efectos defraudadores, logrando el engañador, mediante el engaño, engrosar su patrimonio de manera ilícita, o lo que es lo mismo, es difícil considerar que el engaño no es bastante cuando se ha consumado la estafa” (STS 38’/2014 de 14 de mayo), además, de que “el delito de estafa exige que el engaño sea antecedente, causante y bastante, entendido este último en sentido subjetivo como suficiente para viciar el consentimiento del sujeto pasivo. Engaño bastante que debe valorarse por tanto "intuitu personae", teniendo en cuenta que el sujeto engañado, puede ser más sugestionable por su incultura, situación, edad o déficit intelectual, idoneidad..”(STS 818/2017 de 13 de diciembre).

Sobre esto, el Tribunal Supremo español ha afirmado que "objetivamente" debe ser valorada como bastante para producir error aquella maquinación engañosa que adopte apariencias de veracidad y de realidad creíble por la media de las personas (confróntense sentencias del Tribunal Supremo español de 24/04/2002, 14/05/2002, 27/05/2002, 28/11/2002, 12/03/2003,

7/04/2003, 21/04/2003, 22/05/2003, 27/11/2003, 5/12/2003 y 22/09/2004). La Sentencia del Tribunal Supremo español de 2/02/2007 marca un hito fundamental. En efecto, señala que en el mundo intercomunicado del siglo XXI, únicamente en un supuesto realmente excepcional puede ser reprobable penalmente el supuesto engaño que comporta confiar en la quiromancia. Tras esta sentencia, las argucias basadas en apuestas irresponsables a los "supuestos poderes especiales" de los curanderos, asentadas en la superstición popular, pasan del plano de la represión penal a la civil. La sentencia llama más la atención si atendemos a las circunstancias lastimosas en las que quedaron los engaños (abogados a la ruina y víctimas de enfermedades). En consecuencia, lo que en la resolución se considera de mayor detalle, véase Gudín Rodríguez-Magariños, 2007, *pássim*). sí, el Tribunal Supremo español ha expresado que "subjétivamente" entrar en juego el principio de la buena fe y las condiciones personales del sujeto engañado, que por su incultura, situación, edad o déficit intelectual, es más sugestionable, lo que significa que la condición de bastante se debe valorar *intuitio personae* (confróntense sentencias del Tribunal Supremo español de 24/04/2002, 14/05/2002, 27/05/2002, 28/11/2002, 12/03/2003, 7/04/2003, 21/04/2003, 22/05/2003, 27/11/2003, 5/12/2003 y 22/09/2004).

Como tiene también dicho esta Sala, en el delito de estafa se requiere la utilización de un engaño previo bastante, por parte del autor del delito, para generar un riesgo no permitido para el bien jurídico (primer juicio de imputación objetiva); esta suficiencia, idoneidad o adecuación del engaño ha de establecerse con arreglo a un baremo mixto objetivo-subjetivo, en el que se pondere tanto el nivel de perspicacia o intelección del ciudadano medio como las circunstancias específicas que individualizan la capacidad del sujeto pasivo en el caso concreto. De manera que la idoneidad en abstracto de una determinada maquinación sea completada con la suficiencia en el caso concreto en atención a las características personales de la víctima y del autor, y a las circunstancias que rodean al hecho. Además, el engaño ha de desencadenar el error del sujeto pasivo de la acción, hasta el punto de que acabe determinando un acto de disposición en beneficio del autor de la defraudación o de un tercero (*STS 288/2010, de 16 de marzo*).

Por último, algunos hacen alusión a la teoría de la acción concluyente, aunque esto sea discutible en cuanto a que se considera como una conducta activa y otros omisiva, y se considera dentro de la clasificación de los tipos de engaño, aunque jurisprudencialmente se encuentra referente en varios fallos de la Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Penal de Ecuador, Empresa Eléctrica Riobamba vs Carlos Nicolás Guillen Chiriboga. RO-S 514: 28 Enero 2005, en la que "el procesado "aprovechándose de su cargo de administrador, empleando manejos fraudulentos, con abuso de confianza y credulidad de los usuarios, se hizo entregar y aprovechó del dinero de los usuarios, que los cobrara en exceso y no los depositaba en la cuenta de la empresa –que administraba–", ello se desprende de la auditoría interna realizada por la empresa y por los testimonios de las víctimas ( Rueda Cordones, 2016:7).

Respecto, a lo anterior, hay que recordar que en la doctrina en general, se considera que el acto concluyente consiste en una forma de manifestarse el engaño, que no es por omisión, ni que se

manifiesta de manera expresa, sino que resulta de una acción realizada por el sujeto que refleja o da entender su voluntad (Sponlasky, 2001:65),

Por ello siguen vigentes las palabras de Quintano Ripollés, 1977: 590, al decir: "La entidad del engaño, su cantidad, ha de ser medida no exactamente con cálculos objetivamente cuantitativos, sino en relación con su eficacia operativa. Asunto que de siempre ha dividido la opinión de los tratadistas y que, con tantos otros, está aún lejos de haberse resuelto de modo plenamente satisfactorio"(Balmaceda, 2009)

Esta distinción se expone con precisión en la *STS 661/1995, de 18 de mayo*, "el engaño no sólo puede ser expreso, sino que también se admiten las formas concluyentes del mismo, cuando el comportamiento tiene lugar en un contexto social, en el que su capacidad comunicativa es indudable. Estos comportamientos concluyentes constituyen, como lo postula la doctrina más moderna, conductas activas, que en consecuencia, no se deben confundir con el problema del engaño omisivo y de la estafa por omisión, que se presentará cuando alguien, jurídicamente obligado a ello, no impide el surgimiento del error en el sujeto pasivo".

En efecto, como observa la *STS 929/2012, de 19 de noviembre*, "la estafa de hospedaje es una modalidad defraudatoria en la que los autores del delito suelen actuar mediante actos tácitos o concluyentes, de modo que con su simple presencia y el uso y consumo de los servicios que se le prestan generan la apariencia falsa de que en su momento pagarán, no haciéndolo finalmente".

En el caso tratado en la *STS 929/2012, de 19 de noviembre*, "los indicios de un comportamiento engañoso por parte del acusado se muestran incuestionables. Y así, en primer lugar, es claro que el acusado compareció ante los propietarios del negocio de hospedaje dando la apariencia de ser una persona de notable solvencia, tanto por el vehículo que utilizaba como por la forma de vestir. Además, pagó la primera quincena de manutención y alojamiento de los 35 trabajadores y en ningún momento dejó entrever que iba a tener problemas económicos para seguir abonando las siguientes, sino todo lo contrario. Cuando los dueños del hostel manifestaron su preocupación por que estaba retrasando excesivamente el pago de la primera quincena del mes de julio, el acusado los tranquilizó diciéndoles que no iba a haber ningún problema con el pago del hospedaje de las 35 personas. Y después les entregó un cheque el día 2 de agosto dando a entender que con él quedaba saldada la deuda, ocultando que la cuenta del librador carecía de fondos, engaño que le sirvió para que los querellantes prosiguieran prestándole los servicios de comida y de habitación hasta los primeros días del mes de octubre siguiente"

#### **4.4.3 El engaño concluyente en la estafa de consumo o de servicios.**

La estafa de consumo o de servicios, es una modalidad de estafa que se presenta por apacentamiento de bienes, crédito, comisión, empresa o negociación, según lo dice el artículo 172 del Código Penal argentino, "Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño.

Según se desprende de lo anterior, hace uso de servicios generando la presunción de que tiene los medios para pagarlos porque es habitual que no pueda requerirse la prueba de la solvencia momentánea del usuario para sufragar los gastos que causa (Damianovich Cervedo, 2000:229)

Como consecuencia de lo anterior, concurre un engaño concluyente diverso al explícito que se realiza oralmente, o por gestos o signos, o escrito con una falsa afirmación sobre un hecho, pues el sujeto realiza un comportamiento concluyente no manifestando el hecho contrario a la verdad *expressi verbis*, sino que ello resulta de las circunstancias en que se desenvuelve su comportamiento.

En este contexto, el engaño concluyente usualmente será llevado a cabo a través de un determinado comportamiento, con o sin empleo de lenguaje oral o escrito, que da a entender la existencia o inexistencia de determinados hechos. En estricto rigor, el engaño no está constituido por ese comportamiento; este solo posibilita su ejecución. El engaño concluyente está constituido por una afirmación falsa sobre hechos típicamente relevantes que se encuentra implicada en la conducta desplegada por el agente. Siguiendo con el ejemplo relativo a la afirmación (falsa) de la voluntad y capacidad de pago, quien se sienta en un restaurante y pide comida o quien ingresa a un taxi e indica su lugar de destino afirma, con ello, su voluntad y capacidad de pagar por la comida o por la carrera solicitada. Resulta innecesario que lo explicita, pues su interlocutor, atendidos los elementos propios de esa relación negocial, partirá de la base de que estos concurren, precisamente, por encontrarse implicados en su definición (Mayer Lux, 2014:1032).

Señala CASTILLO GONZALEZ (2001:113), que no hay criterios certeros en cuanto a la separación de engaño por comportamiento concluyente, de los expresos ni en los supuestos de engaño por omisión impropia, y que en general se ha seguido un criterio de elaborar una casuística al respecto, pero lo que no se puede negar es que el engaño mediante actos concluyentes es una forma de engaño

En lo que respecta a los actos concluyente, CALDERÓN CHOCLÁN (1999:812) pone de ejemplo, el polizonaje consistente en viajar sin billete, o bien de la estafa de hospedaje en que el sujeto activo demanda la prestación de servicios bajo apariencia de una solvencia de la que se carece (vgr. Introducir las maletas en el hotel o pedir la carta en el restaurante), en la que SOLER (1970:308), indica que el presentarse al hotel con equipaje y aires de millonario, etcétera, se transforma en una estafa, al igual que el consumo abusivo de bebidas o alimentos de parte del que se hace servir como cualquier parroquiano

De igual forma, se menciona por ejemplo, X llega con su auto a una estación de gasolina. Abre el tapón del tanque de gasolina, deja que el empleado de la estación lo llene y cuando esto ocurre arranca el auto y se va sin pagar. En ese sentido, se aprecia un engaño mediante actos concluyente, toda vez que siguiendo las “reglas sociales del tráfico mercantil, manifiestan de manera concluyente ( implícita) que el autor tiene voluntad y capacidad de pago inmediato después de que el empleado le da el servicio (Castillo González, 2010:110).

En ese contexto, se ha entendido en la legislación argentina(1992), que hay estafa cuando el sujeto luego de consumir en una confitería se niega a pagar la cuenta, pues la naturaleza de ese negocio no obliga a verificar si los clientes tienen dinero para pagar la consumición, esa apariencia de bienes resulta ardidiosa (Romero,1988:183)

En el caso de un simpa de gasolina se ha considerado como una estafa, un delito de estafa leve en España siempre y cuando su cuantía sea inferior a 400 euros, y se termina imponiendo una multa (Telecinco, 2022), y se ha normalizado tomando en cuenta el aumento del precio del combustible.

En este contexto, algunos hablan de *engaños implícitos o concluyentes*, conductas que de conformidad con los usos sociales demuestran que el sujeto tiene la obligación de someterse a una obligación, como por ejemplo, la persona que ingresa a un hotel y pide una habitación, y queda sobreentendido que abonará el precio pertinente, pero sabe con anticipación que no hará la contraprestación, situación distinta es que se queda sin dinero para cumplir con la obligación. (Donna/De la Fuente., 2004:60), sin embargo, se indica que debe existir un dolo anterior.

Con estos actos concluyentes, el estafador genera por consiguiente una presunción de que posee los medios suficientes para hacerse cargo de los servicios de alojamiento u otros, y que tiene el propósito de pagarlo, y se retira sin pagar la cuenta (Damianovich Cervedo, 2000:.229), o en otro caso también cuando entrega cheques de cuenta cerrada o que no tienen los fondos suficientes

El engaño "concluyente" ha sido admitido como una estafa de consumo con diversas denominaciones, como hacer simpa, o perro muerto, en algunos países latinoamericanos en la que el estafador se retira sin pagar la cuenta de lo que consumió (Mayer Lux,2014), y estamos ante un acto positivo.

Así a propósito de la legislación de Guatemala, se denomina Defraudación en consumos (art.269), ARTICULO 269. Quien de propósito defraudare a otro consumiendo bebida o alimento, o utilizando o haciéndose prestar algún servicio de los de pago inmediato, será sancionado con multa de veinte a quinientos quetzales. ARTICULO 269. Quien de propósito defraudare a otro consumiendo bebida o alimento, o utilizando o haciéndose prestar algún servicio de los de pago inmediato, será sancionado con multa de veinte a quinientos quetzales.

El delito se caracteriza por dos aspectos: uno Material y otro Interno. En lo material, comprende: a)Hacerse prestar algún servicio que genera pago inmediato, y b) causar una defraudación patrimonial con el hecho de no pagar, y en lo interno: la intención de causar el perjuicio patrimonial.(De León Velasco/ De Mata Vela, 1997:265)

Cabe resaltar, que en la estafa de consumo se incluye también la de hospedaje, y se concreta el delito de estafa, se da el engaño, por un comportamiento concluyente en la que los clientes dan la

apariciencia de solvencia, y así lo manifiesta la STS del 10/09/2021 de la Audiencia Provincial de Santander, en la que se indica que solicitaron alojamiento por un corto espacio de tiempo,” se está provocando una apariciencia de solvencia que induce al hostelero a creer que le será satisfecho el importe devengado, cuyo impago supone una defraudación de la justa expectativa despertada, considerando que aquella apariciencia integra una maquinación suficiente para quebrantar la buena fe del comerciante susceptible de incardinarse en la figura de la estafa. Como ha señalado el Tribunal Supremo en la S 981/2004, de 8 de septiembre, citando la S 13641/2001, 19 de septiembre, "la modalidad defraudatoria de presentarse como cliente de un hotel, instalarse en él y marcharse sin satisfacer los servicios recibidos, ha sido tradicionalmente calificada, desde el punto de vista jurídico, como una estafa (Véanse, entre otras, las SS de esta Sala de 17 de marzo de 1999, 1 de marzo y 2 de noviembre de 2000). Así, esta Sala tiene dicho (Sª 1-3-2000) que "el simple hecho de acudir a un hotel solicitando alojamiento,

En otras sentencias de la titular del Juzgado de lo Penal número 1 de Pamplona, se hace alusión a una agravante por reincidencia del imputado, En su estancia generó la citada deuda, que no pagó, ya que, según se considera probado, “contrató el alojamiento sin tener en ningún momento el propósito de abonar el precio correspondiente”. En la sentencia, que puede ser recurrida ante la Audiencia de Navarra, la magistrada sostiene que el acusado simuló una capacidad económica de la que carecía. Para que le remitieran las facturas entregó primero unas direcciones de correo electrónico incorrectas y, además, proporcionó una tarjeta de crédito que resultó denegada.

Ante estas circunstancias, se marchó del establecimiento alegando que regresaría al día siguiente a pagar y recoger el equipaje, que luego se demostró que no había dejado. El engaño, según explica la juez, consistió en que el encausado se comportó conforme a los parámetros habituales, a las normas de conducta rutinarias en la contratación de servicios hoteleros. Actuó con ánimo de obtener un beneficio económico que finalmente consiguió “sobradamente”, ya que hizo uso de la práctica totalidad de los servicios del hotel (el derecho.com 2020).

## **5. El Dolo y otros aspectos del delito de estafa.**

No puede negarse, que las actuaciones del estafador solo pueden ser realizadas a título de dolo y con ánimo de lucro. Se trata de un sujeto activo que emplea el engaño y de manera dolosa saca provecho de su víctima (Acevedo,2010:345).

Estamos ante un dolo anterior el acto que realiza la victima lo hace inducida por el engaño, en la cual no hay ningún tipo de coacción o intimidación, pues la persona no es obligada a entregar la cosa (Bernaus,1983:10)

El agente del delito es una persona que conoce y sabe lo que está haciendo, irse sin pagar la cuenta de gasolina o pagar la del restaurante, y la de obtener esa ventaja para sí o para un tercero (Zabala Barquerizo,1992:116, (Mendoza,1975:249). En muchas ocasiones en el caso de hacer

una *simpa* de combustible aducen que se les quedo la cartera y luego van a pagar la cuenta (Antena 3,2022)

Es por tanto un dolo directo, y no es posible la comisión culposa, y hay un fin especial que consiste es obtener el provecho ilícito, para sí o para un tercero y es inadmisibile su forma culposa (Spolansky, 1967: 91).

En efecto, quedo probado en STS de lo Penal de Madrid, que el acusado C.M. se desplazó a Sevilla, y se alojó en el Hotel Becquer, de tres estrellas, “cuyo precio por habitación-día era de 8.900 pesetas, sabiendo que no iba a pagar la factura, así como la facilidad que se le ofrecía al no tener que justificar su solvencia con antelación, y permaneció en el hasta que se le solicito el pago de la factura, decidió alojarse en el Hotel Inglaterra, de cuatro estrellas, aparentando la solvencia que suponía tal solicitud, y tras conocer el importe de la habitación que era de 13.600 pesetas, diciendo que iba a ocuparla hasta el día 25 de agosto, marchándose del mismo el día 24 sin previo aviso dejando en la habitación su equipaje, sin abonar igualmente la factura que ascendía a 204.639 por incluirse en la misma los diversos gastos generados durante su estancia. El mismo día 24 de agosto de 1.997, de igual forma y con la misma intención de no pagar, se hospedó en el Hotel San Gil de esta ciudad, de tres estrellas, donde tuvo que indicar un número de tarjeta VISA al requerírsele en la recepción como justificante de su solvencia, dando uno correspondiente a una tarjeta que sabía que estaba cancelada. En dicho Hotel permaneció hasta el día 27 del mismo mes, al descubrirse su ilícita acción por la Dirección del citado establecimiento hotelero, sin que pagara la deuda causada que ascendía a 60.988 pesetas”, se consideró que había cometido un delito continuado de estafa, luego de haberse comprobado la totalidad de los hechos denunciados.

El delito de estafa se consuma cuando se provoca el perjuicio ajeno, y no cuando el agente realiza el engaño u otros artificios (Spolansky, 1967:95, Maggiore, 1957), y es una consumación instantánea, y requiere el ánimo de lucro (Bramont Arias,1997:355) o un lucro ilegítimo, bien al culpable o a un tercero ( Merkel, 190:.66)

En cuanto a la tentativa hay un debate al respecto, unos consideran que existe cuando se ha comenzado a engañar sin que efectivamente se haya producido el daño (Maggiore, 1957:134; Muñoz Conde,2018:413, Spolansky, 1967:94), otros por el contrario, consideran que hay tentativa aun cuando no lleguen a producirse, de ahí que si el autor consigue que se le entreguen ciertos objetos para lucrarse con ellos vendiéndolos, el delito quedara consumado desde que haya obtenido la disponibilidad de la cosa, no desde luego antes, pero tampoco después (González Cussac/Vives Antón,).

Autor son propiamente los estafadores que mediante engaño procuran un beneficio para sí o para un tercero, siendo posible todas las formas de autoría. Cabe destacar, sin embargo, que cuando se *hace un simpa* por parte de comensales en un restaurante, al igual que en el caso de la gasolina



sin pagar, es perfectamente viable las distintas formas de autoría, así como las formas de participación criminal.

La pena de este delito es de prisión de uno a cuatro años, y se aumentará hasta un tercio cuando se cometa abusando de las relaciones personales o profesionales, o cuando se realice a través de un medio informático, que es lo que se conoce como la estafa informática. Sin embargo, hay que tener presente que solo son considerados delitos de estafa aquellos cuya cuantía es superior a Mil balboas, en los demás casos sería una falta, lo cual es probable que en la mayoría de las ocasiones el *hacer un simpa* sea competencia de la Justicia Comunitaria, a menos que supere esa cuantía.

En cuanto a las consecuencias legales, consideramos que es necesario, establecer agravantes en caso de reincidencia pues como ha ocurrido por ejemplo en España, se ha conocido de situaciones en las cuales los agentes del delito no han hecho una vez sino múltiples veces.

Así tenemos, el famoso *rey del Simpa* que ha sido detenido en repetidas ocasiones por comer en restaurantes u otros locales sin pagar su servicio, y para ello pide comidas que no superan los 400 euros, siendo considerado un delito leve de estafa. La pena es el pago de una multa que varía entre uno y tres meses. “Además, el importe del castigo depende de los ingresos de los condenados. La prisión para este tipo de delitos únicamente se recoge en caso de acumular dos cuotas no pagadas. Por cada dos cuentas sin pagar, un día de cárcel. El delincuente se aprovecha, asimismo, de no tener nada a su nombre. Es decir: no se le puede embargar y tampoco abona las cantidades que adeuda. De ahí que acabe por cumplir penas de cárcel. Acumula 57 antecedentes, 31 detenciones y estuvo en prisión por última vez entre el 13 de marzo y el 5 de junio” (Susanna, J. 2022).

En conclusión, el *hacer un simpa* contiene todos los elementos de la estafa, sin embargo, la suma superior a Mil balboas como perjuicio económico, es el elemento diferenciador para considerarlo como un delito, a contrario sensu será una falta de competencia de la justicia comunitaria de Paz.

## 6. Consideraciones finales

En nuestro país no ha habido una discusión profunda sobre el delito de estafa, y por supuesto, sobre la estafas de servicios o de alimentos, solo alguno de nosotros nos hemos referido brevemente a ello (Arango Durling, 2022).

Llama la atención a su vez, que lo que se conoce como *Petardismo* o *gorronería* o *simpa*, no es un hecho reciente como pareciera, y puede manifestarse no solo en la forma de hurto, sino también de robo. Solo por el momento señalaremos que *hacer un simpa* de combustible se registra muy frecuente, pero que en la estafa se engaña al despachador que nos brinda el servicio y nos vamos sin pagar, mientras que en el hurto,, llego a la estación de gasolina abro el

surtidor me despacho el combustible y me retiro de la estación de gasolina sin pagar (Jurispol). En este último supuesto me he apoderado sin violencia ni intimidación del combustible, concreto el delito de hurto, siempre y cuando la cuantía sea superior a Mil balboas (art.29, no. 18 /L7 de 2016), de lo contrario es una estafa de competencia de la justicia comunitaria de paz. Situación distinta, y que se ha dado es cuando se hackean los surtidores de estaciones de gasolina, que tienen poca seguridad en la noche por los delincuentes (Collier,2022) y estamos ante un robo. También, cuando se solicita al despachador la entrega de combustible empleando un arma o con violencia e intimidación.

También, es posible el robo de combustible por parte de organizaciones criminales ha generado enormes pérdidas a las empresas y los medios para realizarlo van desde drenar combustible del tanque, robar en los estacionamientos, alteración del dispensador, alteración del odómetro, o simplemente, robar la flota de transporte, y en algunos países constituye un tipo autónomo del delito de robo, que ciertamente es distinto al delito de estafa.

Desde el punto de vista político criminal, quedan aspectos a tomar en consideración la multirreincidencia en este delito, que ha ocurrido por ejemplo en España, con el denominado "Rey del simpa", que de manera repetida ha incurrido en la defraudación de consumo (Susana, 2022), que de ocurrir en nuestro país siempre sería una falta cuando no supera los Mil Balboas.

Otro aspecto, para valorar es que el engaño es el elemento fundamental en el delito de estafa en nuestro país, que ha sido considerado solo como un comportamiento activo-positivo, cuando ya hemos apreciado que puede ser omisivo y por actos concluyentes.

No ha habido tampoco ninguna discusión en torno a la entidad del delito de estafa como se ha dado en otros países, por lo que pareciera que solo basta la simple mentira para concretar el delito, y no se exige el engaño bastante por lo menos textualmente, aunque lo objetivo y subjetivo pareciera lo lógico en estos casos.

Por ello siguen vigentes las palabras de Quintano Ripollés, 1977: 590, al decir: "La entidad del engaño, su cantidad, ha de ser medida no exactamente con cálculos objetivamente cuantitativos, sino en relación con su eficacia operativa. Asunto que de siempre ha dividido la opinión de los tratadistas y que, con tantos otros, está aún lejos de haberse resuelto de modo plenamente satisfactorio"(Balmaceda, 2009)

## BIBLIOGRAFÍA

ACEVEDO, José Rigoberto, Derecho Penal, Parte General y Especial. Comentarios al Código Penal, Imprenta Taller Senda., Panamá, 2009.

ALVAREZ GARCÍA, Francisco (Dir), MANJON CABEZA OLMEDA, Araceli y VENTURA PUSCHEL, Arturo, Derecho Penal Español, Parte Especial III, Tirant Lo Blanch, Valencia.2011

- ANTON ONECA, Las estafas y otros engaños en el Código Penal y la jurisprudencia. 1957, [https://www.cursos.cl/derecho/2011/0/PEDPV/1/material\\_docente/bajar?id\\_material=375583](https://www.cursos.cl/derecho/2011/0/PEDPV/1/material_docente/bajar?id_material=375583).
- ARANGO DURLING, Virginia, Engaño, estafa y sus víctimas <https://www.laestrella.com.pa/opinion/columnistas/211215/engano-estafa-victima.s15> de diciembre 2021
- BAJO FERNANDEZ, Manuel, Manual de derecho penal, parte especial, delitos patrimoniales y económicos, Editorial Ceura, 1987
- BALMACEDA- HOYOS, Gustavo, El delito de estafa: una necesaria normativización de sus elementos típicos Revista Estudios Socio-Jurídicos, vol. 13, núm. 2, julio-diciembre, 2011, Universidad del Rosario Bogotá, Colombia pp. 163-219.
- BALMACEDA- HOYOS, Gustavo , El delito de estafa en la jurisprudencia chilena, Rev. derecho (Valdivia) [online]. 2011, vol.24, n.1, pp.59-85.
- BALMACEDA-HOYOS, Gustavo y ARAYA-PAREDES, Ignacio, “Engaño en la estafa: ¿una puesta en escena?”, Revista Estudios Socio-Jurídicos, 2009, 11,(2), pp. 13-45
- BARRERA DOMINGUEZ, Humberto, Delitos contra los intereses económicos particulares, Bogotá : Jurídica Radar, 1999
- BERNAUS, José Félix, El delito de estafa y otras defraudaciones, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1987
- BRAMONT- ARIAS TORRES, Luis/GARCIA CANTIZANO, María del C, Manual de Derecho Penal, Parte Especial, San Marcos, Lima, 1997.
- BUOMPADRE, Jorge, Delitos contra la propiedad, doctrina y jurisprudencia, Nave, Buenos Aires, 1998
- CARMONA SALGADO, C., GONZALEZ RUS, J. J., MORILLAS CUEVA, L., POLAINO NAVARRETE, M., PORTILLA CONTRERAS, Curso de Derecho Penal Español, Parte Especial, I, Dirigido por Manuel Cobo del Rosal, Marcial Pons, 1996.
- CARRARA, Progreso e Regresso del Giure Penale, El Regno D'Italia, 1873 <https://babel.hathitrust.org/cgi/ls?q1=Carrara+Un+nuovo+delito&field1=ocr&a=srchls&ft=ft&limit=ft>
- CARRARA, Francesco, Programa de Derecho Criminal, Parte Especial, Vol IV, Editorial Temis, Bogota, 1966.
- CASTILLO, Francisco, El delito de Estafa, Editorial Juritexto, 2001.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Estafas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.

CORREA, Blanca Lira, La teoría de la imputación objetiva y la mise en scène en relación con el delito de estafa, Vol. 6.No. 2, 2010, pp.91-110.

CREUS, Carlos, Derecho penal, >parte Especial, tomo I y II, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1983.

DAMIANOVICH DE CERREDO, Laura, Delitos contra la Propiedad. Editorial Universidad, Buenos Aires,2000.

De LEON VELASCO, Héctor Aníbal / MATA VELA, José francisco, Derecho penal guatemalteco, parte general y especial, 9ª edición,1997

DONNA, Edgardo Alberto/ ESTEBAN DE LA FUENTE, Javier, Revista Latinoamericana de Derecho No. 1,UNAM, P.1-4 pp39-92 <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/latinoamericana-derecho/article/view/21276/18950>

FERNÁNDEZ DÍAZ, Álvaro, “Engaño y víctima en la estafa”, en Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXVI, Semestre I (2005). <https://www.redalyc.org/pdf/1736/173619921011.pdf>

FINZI, Conrado, La estafa y otros fraudes, Depalma, Buenos Aires,1961

FONTAN BALESTRA, Carlos, Tratado de Derecho Penal, Parte Especial, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1971

GARRAID. R. Droit Penal Francais, L. Larose, Editeur, Paris, 1894.

GILL, Hipólito, Comentarios al Código Penal del 2007, 2017

GONZÁLEZ RUS, Juan José, Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. En Curso de Derecho Penal, Parte Especial, Marcial Pons, Madrid, 2005.

GUERRA DE VILLALAZ, Aura, VILLALAZ DE ALLEN, Grettel, GONZALEZ HERRARA, Alberto, Compendio de Derecho Penal, Parte Especial, Cultural Portobelo,2017.

KÜNSEMÜLLER, Carlos, Aspectos actuales de los delitos de estafa, <http://revistadecienciaspenales.cl/wp-content/uploads/2018/03/Derecho-y-Ciencias-Penales-2-33-58.pdf>

LEON CABRERA, José María, Comer y huir, The New York Times. 2016.

LEYTON JIMENEZ, José Francisco, Los elementos típicos del delito de estafa en la doctrina y jurisprudencia contemporánea <http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2014/12/123-161.pdf> ars boni et aequi (año 10, n° 2) pp. 123 – 161.

LORCA JIMENEZ , José, Las estafas del artículo 252 del Código Penal de 1995, aranzadi editorial, 1997

MAGGINI, Attilio, La Truffa, Cedam, Padova,1988.

MAGGIORE, Giuseppe, Derecho Penal, Parte Especial, Editorial Temis, Bogotá, 1956.

MANZINI, Vincenzo, Trattato di Diritto Penale Italiano, Utet,Torino, 1984.

MARIN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena, (Dir) y otros, Lecciones de Derecho penal especial, tirant lo blanch, Valencia, 2018)

MARTOS NUÑEZ, Juan, El perjuicio patrimonial en el delito de estafa, Cuadernos Civitas,1990.

MAYER Lux, Laura. El engaño concluyente en el delito de estafa. 2014. Revista Chilena de Derecho, vol. 41 N° 3.p.1022

MENDOZA TRONCONIS, José´, Curso de Derecho Penal Venezolano, Empresa El Cojo, Caracas, 1975.

MERKEL, A., Derecho Penal, Tomo I-II, Madrid, 1906, La España Moderna,

MEZGER, Edmund, Derecho Penal, Parte Especial, Libro de Estudio, traducción de Conrado Finzi, 4ª edición, editorial biblibografica argentina, buenos aires, 1954.

MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho penal, Parte especial, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996/2013

NOTICIAS, Condenado a dos años de prisión por marcharse sin pagar 896 euros por el alojamiento de 9 días en un hotel de Estella, 18/2/2020,<https://elderecho.com/condenado-a-dos-anos-de-prision-por-marcharse-sin-pagar-896-euros-por-el-alojamiento-de-9-dias-en-un-hotel-de-estella>

NUÑEZ Ricardo C., Manual de Derecho Penal, Parte Especial, Ediciones Lerner Buenos Aires, 1978

PAREDES INFANZON, Jelio, El delito de estafa en el Código Penal peruano, 20/9/2021 <https://lpderecho.pe/estafa-codigo-penal-peruano/>

PASTOR MUÑOZ, Nuria, La determinación del engaño típico en el delito de estafa, Marcial, Pons,2004

PEREZ, Luis Carlos, Derecho Penal: Parte General y Especial, Volumen 2, Temis Bogotá, 1987.

PEREZ PINZON, Orlando ,Derecho Penal especial, tomo V, Bogotá, edit. Temis, 1995.

POLITOFF, Sergio/ MATUS, Jean Pierre, RAMIREZ, Ma Cecilia, Lecciones de Derecho Penal Chileno Santiago de Chile, 2005.

PUIG PEÑA, Federico, Derecho Penal, Parte Especial, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid,1969.

QUERALT JIMENEZ, Juan, El Derecho Penal Español. Parte Especial, 3ª edición, Madrid, 1996.

QUINTANO RIPOLLES, Antonio, Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal, Tomo II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1977.

RANIERI, Silvio, Manual de Derecho penal, parte especial, Bogotá, 1975

RIVES SEVA, Antonio Pablo, El delito de estafa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, <https://www.porticolegal.com/articulos-doctrinales/el-delito-de-estafa-en-la-jurisprudencia-del-tribunal-supremo-407> 8 de mayo de 2013

RODRIGUEZ, Pedro, Estafa y otras Defraudaciones, <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/cpcomentado/cpc37767.pdf> s/fecha

ROMERO, Gladys, Delito de Estafa. Análisis de modernas conductas típicas de estafa. Nuevas formas de ardid o engaño, Hammurabi, Buenos Aires, 1998

RUEDA CORDONES, Santiago Antonio, Elementos de la estafa y el engaño, <http://repositorio.puce.edu.ec/handle/123456789/13024>

SERRANO GOMEZ, Alfonso, SERRANO GOMEZ MAILLO/ Alfonso, SERRANO TÁRRAGA, María Dolores, VASQUEZ GONZALEZ, Carlos, Derecho Penal, Parte Especial, Dykinson, 2021

SENTENCIA, 10/09/2021 de Audiencia Provincial Sede: Santander <https://www.poderjudicial.es/search/documento/AN/9739809/Estafa/20211201>

SOLER Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, Tomo III, 3era. edición, Tipográfica Editora, Argentina, Buenos Aires, 1970.

SPOLANSKY, Norberto, La estafa y el silencio, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1967; NÚÑEZ Ricardo C., Manual de Derecho Penal, Parte Especial, Ediciones Lerner Buenos Aires, 1978.

SUAREZ SANCHEZ, Alberto, Delitos contra el patrimonio económico, Universidad Externado de Colombia, 2000.

SUSANA, Jaime, El rey del 'simpa' vuelve a las andadas: dos nuevas detenciones por no pagar en los bares de Zaragoza, El Español, 22 de julio de 2021,

TOLOMEI, Giampaola, Diritto penale :elementi e studii, proposti ai suoi scolari sui punti fondamentali della scienza e della legislazione avuto specialmente riguardo al Codice penale austriaco e sue novelle vigenti nelle provincie Lombardo-Venete /, Bianchi, 1863, da <https://catalog.hathitrust.org/Record/010486443>

VALLE MUÑIZ, José Manuel, Tipicidad y atipicidad de las conductas omisivas en el Delito de estafa, [https://www.boe.es/biblioteca\\_jurid](https://www.boe.es/biblioteca_jurid)

VALLEJO, Elena, ¿Qué es una estafa con engaño bastante? Junio 6, 2022, <https://sammoslegal.es/derecho-penal/estafa-engano/>

VERA LAMA, Rodrigo, El perro muerto ya es delito, 5 de abril de 2020,

ZABALA BAQUERIZO, Jorge; Delitos Contra la Propiedad; Tomo II; Edino, Ecuador; 1988.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, Delitos contra la Propiedad y el Patrimonio, Akal/iure, Madrid, 1988.

**VIRGINIA ARANGO DURLING**

Nació en la ciudad de Panamá. Es Licenciada en Derecho por la Universidad de Panamá, 1980. Doctora en Derecho, *Apto Cum Laude*, Especialización en Derecho Penal, Universidad Complutense de Madrid, España, 1989.

Tiene experiencia en investigación y es autora de numerosas publicaciones, entre las que cuentan más de cincuenta obras en materia de Derecho Penal y Derechos Humanos, e investigaciones publicadas en revistas nacionales y extranjeras, y otros en medios de comunicación social. Entre sus publicaciones se puede mencionar Derecho Penal (Parte General), Introducción a los Derechos Humanos, Manual de Derechos Humanos, Las consecuencias jurídicas del delito, el Iter Criminis, entre otros.

Ha ocupado los cargos de *Investigadora* en el Centro de Investigación Jurídica de la Universidad de Panamá (1983-1993), Decana Encargada. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas (1997) Universidad de Panamá, Profesora de Derechos Humanos en Universidad de Panamá, y ULACIT.

Actualmente es Catedrática de Derecho Penal y ocupa el cargo de Directora del Departamento de Ciencias Penales y Criminológicas, de la Universidad de Panamá.

Artículo recibido: 10 de febrero de 2023

Aprobado: 20 de abril de 2023

## EL DELITO DE POSESIÓN AGRAVADA DE DROGAS: DELITO DE CONTROVERTIDA APLICACIÓN.

Alberto H. González Herrera agonzalezherrera26@yahoo.com

### RESUMEN

El delito de posesión agravada de drogas es uno de los más imputados a las personas vinculadas a hechos punibles contra la seguridad colectiva, sin embargo, resulta aplicado de manera ligera, como delito de mera actividad y fijada su sanción en abierta confrontación con los principios de lesividad y de proporcionalidad.

### ABSTRACT

The crime of aggravated drug possession is one of the most accused for the people linked to crimes against collective security, nevertheless, is applied lightly and fixed its sanction in open confrontation with the harm principle and proportionality.

### PALABRAS CLAVE

Drogas, delito de mera actividad, principio de lesividad, principio de proporcionalidad, prohibición de analogía.

### KEYWORDS

Drugs, crime of mere conduct, harm principle, principle of proportionality, illegal analogy.

**SUMARIO:** Introducción 1. El delito de posesión agravada de drogas en Panamá 2. Bien jurídico protegido. 3. El tipo objetivo y subjetivo de la posesión agravada de drogas. 4. El tipo de posesión agravada de drogas en algunos Estados. 5. Conclusiones.

### Introducción

Entre los delitos comunes que diariamente realizan imputación de cargos en los estrados judiciales panameños los fiscales, figura el delito de posesión agravada de drogas.

La voz droga en materia penal reza el artículo 324 del Código Penal es toda sustancia que produzca dependencia física o síquica, como los narcóticos, fármacos, estupefacientes y todos aquellos productos, precursores y sustancias químicas esenciales que sirven para su elaboración, transformación o preparación, de conformidad con las disposiciones legales en materia de salud, convenios y acuerdos internacionales vigentes en la República de Panamá.



Al realizar la comunicación al ciudadano que será sometido a investigación, no basta que la cantidad de droga o sustancia ilícita significativa o elevada, la porte o la mantenga en su ámbito de dominio, a veces por parecer dicho sujeto cercano a esta, le tengan como presunto responsable si estaba en supuesta “actitud sospechosa” según informes policiales, y entonces, se solicita al juez de garantías previa imputación, que decreta su detención provisional por el término que dura la investigación, usualmente de 6 meses (art. 292 CPP) y excepcionalmente hasta 2 años (art. 504 CPP). Es necesario cada vez que se investigue por supuesto delito de posesión agravada de drogas contar con elementos de conocimiento sólidos dada la gravedad de la conducta y la ejemplar pena que contempla pero sobre todo que esté ligado a tráfico o traspaso de droga.

Sin embargo, pese a la amplitud que presenta su descripción, el tipo penal de posesión agravada de drogas no se asemeja al tráfico de drogas (art. 313 CP). Este último tipo penal si contempla la posibilidad que se sancione como delito consumado la tentativa de tráfico interno o externo de drogas lo que no sucede con la posesión agravada descrita por el artículo 321 del Código Penal.

La represión de los delitos relacionados con drogas hoy día, por política criminal internacional no resulta ajena a ningún lugar del mundo, lo que hace distinto a los Estados es la permisividad otorgada en muchos de ellos a sus ciudadanos, al permitirles consumir ciertas clases de drogas en determinados lugares bajo supervisión. Portugal, República checa, los Países Bajos y Suiza han despenalizado el consumo y la posesión de drogas para consumo personal (Unaid, 2020).

Comenta BUSTOS RAMÍREZ (1996) que el consumo de la hoja de coca se daba durante la conquista española, se extendió por la ruta andina y llegó hasta Centroamérica y el Caribe, dados sus efectos medicinales, estimulantes y nutricionales (pp. 1-2). Actualmente, no existe lugar del mundo libre de adicción a sustancias ilícitas denominadas drogas ni carencia de ordenes normativos que repriman su producción, tráfico y distribución.

## **1. El delito de posesión agravada de drogas en Panamá**

### **1.1. Origen**

En el período comprendido de 1923 a 1937 comenta ARANGO DURLING (1991) el legislador patrio dicta cuatro leyes: Ley N°19 de 1923, Ley N°64 de 1928, Ley N°32 de 1934 y Ley N°20 de 1937. En este primer período se regularon conductas ilícitas relacionadas con el Can-Yac o Cannabis sancionándose el uso, el expendio, la introducción, la posesión, y el transporte de las mismas (p. 38).

Posteriormente, la Ley N°59 de 1941 fija sanciones por la posesión, uso y tráfico ilícito de drogas heroicas; el Código Sanitario aprobado por la Ley N°66 de 1947 penaliza el expendio, la introducción, el uso, la posesión y el transporte de cannabis; la Ley N°23 de 1954 tipifica la siembra y el cultivo de marihuana, la producción ilícita de drogas enervantes, estupefacientes o narcóticos, y el uso ilícito de can-yac, drogas enervantes, estupefacientes o narcóticos, y productos de patente que la contengan (Arango Durling, 1991: 38).

El tipo que contempla la posesión agravada de drogas en el vigente Código penal panameño mantiene la misma descripción que tenía en el artículo 260 párrafo final del derogado Código penal de 1982. Dicho precepto indicaba en su párrafo final lo siguiente: “Cuando la posesión de drogas resultare en tales cantidades que, a juicio del Tribunal, se demuestre que lo que se pretende es suministrarla en venta o traspaso a cualquier título para consumo ilegal, la sanción

será de 5 a 10 años de prisión”. Esta conducta fue adicionada al Código penal de 1982 por el artículo 5 de la Ley N°23 de 30 de diciembre de 1986 (G.O. N°20710 de 30 de diciembre de 1986).

Sin embargo, antes de la reforma al texto punitivo de 1982, era el artículo 261 del Código penal el que refería la sanción de lo que desde el año 1986 se viene considerando delito de posesión agravada de drogas; disponía dicho precepto lo siguiente: “La sanción de que habla el artículo anterior se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando la posesión de drogas resulta en tales cantidades que, a juicio del Tribunal, demuestre que lo que se pretende es suministrarlas en venta para consumo ilegal”. Esta particular disposición concedía el absoluto poder a cada tribunal penal, de estimar por la cantidad de droga aprehendida, que la misma se pretendería suministrarla en venta para consumo ilegal. Mejía (2002) comenta en torno a esta previsión que la tipicidad contenida en el párrafo segundo se concentra en la posesión de cantidades grandes y con el hecho delictivo es suministrarla en venta o traspaso a cualquier título para su consumo ilegal .

Luego de la modificación a los delitos relacionados con drogas, respecto al artículo 260 segundo párrafo del Código penal de 1982, Muñoz Pope (2002:66) es del criterio que no debía existir como delito autónomo, pues, este comportamiento debía sancionarse como modalidad imperfecta del tráfico, por ser la posesión un acto inicial del tráfico mismo.

En el año 2007 a través de la Ley N°14 de 18 de mayo de 2007 se adopta el nuevo Código Penal que en el artículo 315 contempló la posesión agravada de drogas de la manera siguiente: “Quien ilícitamente posea drogas, en circunstancias que objetivamente permitan determinar que no es para el consumo, será sancionado con cinco a diez años de prisión. La posesión incluye la tenencia física, el dominio o la disponibilidad sobre la droga”.

Esta disposición fue modificada mediante el artículo 12 la Ley N°40 de 4 de julio 2012 quedando en el artículo 321 del Código penal la posesión agravada de drogas así: “Quien ilícitamente posea droga en circunstancias que objetivamente permitan determinar que no es para el consumo será sancionado con ocho a doce años de prisión. La posesión incluye la tenencia física, el dominio o la disponibilidad sobre la droga”.

La figura de la posesión agravada de drogas con esta reforma recibió un incremento de las penas mínima y máxima, de cinco a diez años subió de ocho a doce años de prisión.

En este precepto se mantiene el carácter de delito obstáculo, delito de mera actividad, delito de peligro abstracto, delito de posesión y estatus y delito de tenencia, sin necesidad de lesión u ofensa al bien jurídico protegido.

## 1.2. Delito obstáculo

Al igual que otra de las disposiciones del Código Penal anterior y el vigente, la posesión ilícita de drogas conforma un tipo que anticipa las barreras de punibilidad, es delito obstáculo, donde no existe lesión al bien jurídico, la salud pública, sino una mera especulación o delito de peligro abstracto hipotético.

CUESTA PASTOR (2002:40) explica: “El delito obstáculo castiga la llamada «premisa idónea», es decir, actos que son necesariamente idóneos para la comisión de un hecho delictivo posterior, que es en última instancia lo que se trata de evitar. Por tanto, se configuran como un auténtico «obstáculo» para que no puedan llegar a producirse los actos delictivos futuros, que son los que realmente daña el bien jurídico”.

### 1.3. Delito de mera actividad

Se denomina delito de mera actividad a aquel injusto penal que no requiere un resultado (Mir Puig, 2006, p. 221), basta que el sujeto activo incurra en la realización de la conducta descrita en la norma penal. Meini (2020:84) es del criterio que la tipicidad requiere la realización de una conducta, que puede ser activa u omisiva, sin que importe o sea necesaria la producción de un resultado que sea consecuencia del comportamiento. MUÑOZ CONDE señala que el tipo sólo exige la realización de la acción sin más (2010: 260). Como delito de mera actividad apunta Ambos (2014:14) criminaliza la posesión con el objetivo de prevenir futuros daños o la violación de un interés legal.

### 1.4 Delito de peligro abstracto

Al existir el delito de peligro abstracto el juez se limita a constatar el comportamiento que se presume peligroso, sin analizar si efectivamente ha puesto en riesgo el bien jurídico (Meini, 2020: 93).

La técnica de tipificación de los delitos de peligro abstracto se emplea en los delitos relacionados con drogas en Panamá, a partir del Código penal de 1982 se acentúa lo previamente tipificado en leyes anteriores, manteniendo falta de claridad en torno al bien jurídico protegido y grado de afectación al mismo. Sobre esto comenta Baigún (2007:54) “...los delitos de peligro abstracto, contruidos en torno a una *ficito juris* del legislador, suponen una creación arbitraria o discrecional del legislador, que obliga al intérprete, inexorablemente, a someterlos a un filtro correctivo, a fin de determinar si la presunción genéricamente descrita por la norma (el disvalor de acto) ha redundado no en un disvalor de resultado”. BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE (2006:193) subrayan se habla de delitos de peligro abstracto si en el proceso de tipificación no se establece dicha relación de inmediatez del peligro con un bien jurídico, y bastará con probar la realización del comportamiento típico para su consumación.

### 1.5. Delito de posesión y estatus

Se está en presencia de un delito de posesión y estatus indica PASTOR MUÑOZ (2003:37) al incurrir en una conducta que castiga el hecho de «poseer» un determinado objeto y el de «ser miembro» de una organización, respectivamente.

En estos delitos no hay afectación de bien jurídico, y sugiere PASTOR MUÑOZ (2006\_79) que no es legítimo criminalizar un comportamiento sobre la base de la sospecha de que el poseedor quizá decida en el futuro cometer un delito, pues se trataría de una presunción de peligrosidad..

Anteriormente hemos destacado que los delitos de posesión son hechos punibles en los que el sujeto activo queda comprometido por tener en su poder algún objeto o por circunstancias de momento resulta vinculado a una actividad o acción prohibida (González Herrera, 2016: 56-57).

NETLER (2006:66) puntualiza que la posesión solo cabrá apreciar un peligro para un bien jurídico determinado en aquellos casos en que el poseedor conciba la posesión como preparación de una actuación delictiva, en el que solo la fijación de un fin potencial por parte del poseedor puede fundamentar la prohibición de tenencia.

### 1.6. Delito de tenencia

Todo delito donde se porte o tenga algún objeto material prohibido por la disposición penal es delito de tenencia.

STRUENSEE (1999:170) apunta que los «delitos de tenencia» abarcan, ante todo, aquellos tipos penales que describen expresamente la conducta punible como el «tener» una cosa incriminada (=objeto corporal). También pertenecen aquí los delitos que enlazan materialmente la punibilidad a la mera tenencia de una cosa.

## 2. Bien jurídico

ACEVEDO (2008:532) es del criterio que el bien jurídico protegido por la posesión agravada de drogas es la salud pública.

El tipo de posesión agravada de drogas como se prevé actualmente en el Código Penal es en nuestra opinión un delito que tutela la seguridad colectiva, pues procura el colocar a la población en situación de tranquilidad y sosiego y libre de amenazas a su tranquilidad personal y social, desde nuestra óptica al no estar en el capítulo de delitos contra la salud pública objetivo

El bien jurídico tutelado por esta figura en el Código penal derogado, era la salud pública por su ubicación dentro del capítulo V, De los delitos contra la salud pública, en el Título VII de los Delitos contra la seguridad colectiva, buscaba preservar la salud pública evitando llegarán a la población y personas en la comunidad las sustancias ilícitas que podrían generar deterioro o afectación de su salud.

Con la inserción dentro del capítulo V, de delitos relacionados con drogas, la salud pública pasa a ser el bien jurídico secundario dando paso a la seguridad de manera más amplia que espera la sociedad, de salvaguardar su salud combatiendo el flagelo de drogas que mina o transforma las relaciones sociales. No podrá verse por la posesión de drogas agravada, una persona o un grupo de personas si resulta que no son destinatarios o consumidores de la misma. Es menester que se vea tentada a adquirir o tener a su disposición la sustancia prohibida (droga) alguien para consumirla.

### 3. El tipo objetivo y subjetivo de la posesión agravada de drogas

La conducta de posesión agravada de drogas se justifica aludiendo a los convenios internacionales como la Convención de Viena de 1989, aprobada por la Ley N°20 de 7 de diciembre de 1993 (G.O. N°22,429 de 20 de diciembre de 1993), que en el artículo 2.a. iii dispone: “la posesión o la adquisición de cualquier estupefaciente o sustancia sicotrópica con objeto de realizar cualquiera de las actividades enumeradas en el precedente apartado i);”

No resulta el texto sugerido de la Convención antes citada, una norma en blanco y con amplitud excesiva, la disposición está condicionada a que esa posesión o tenencia de la sustancia prohibida a que conlleve la producción, la fabricación, la extracción, la preparación, la oferta, la oferta para la venta, la distribución, la entrega en cualesquiera condiciones, el corretaje, el envío, el envío en tránsito, el transporte, la importación, o la exportación de cualquier estupefaciente o sustancia sicotrópica en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961 en su forma enmendada o en el Convenio de 1971.

El tipo objetivo del artículo 321 que en el primer texto de Código Penal correspondía al artículo 317 requiere que se posea drogas en circunstancias que objetivamente permitan determinar que no es para el uso o consumo personal (Acevedo, 2008: 532).

Sobre la decisión de la Comisión codificadora de mantener la figura de la posesión agravada de drogas solamente ACEVEDO,2008 y MUÑOZ POPE :532) se opusieron como comisionados, dado que esta parte una presunción de venta que la jurisprudencia nacional no ha podido homologar, y, a la vez era autoritaria dejarla al escrutinio judicial que podría llevar a la arbitrariedad ..

La acción prohibida es “poseer droga”, recibiendo el Tribunal de la causa el poder de actuar como legislador al tener que: “...determinar que no es para el consumo”, luego de considerar que existen circunstancias objetivas. La excesiva amplitud de la norma deja en entredicho el principio de legalidad y genera dudosa constitucionalidad por la falta de taxatividad y certidumbre.

Al final de la norma, el legislador añade hasta donde alcanza el concepto de posesión e incluye la tenencia (que es sinónimo de posesión), el dominio o la disponibilidad sobre la droga. Esta enunciación no resulta feliz, dado que más que aclarar el injusto genera 3 modos de considerar como se manifiesta la acción prohibida: tener droga (tenencia física, la que no puede ser psíquica siendo la voz física innecesaria y debió haber sido tenencia material); dominio de la droga (control de la droga); y, el tener disposición de la droga (decidir el que hacer con la sustancia). Guerra de Villalaz (2002:220) que la posesión de droga es una acción por comisión, que puede tener una manifestación de voluntad permanente..

En efecto, al examinar el tipo de posesión agravada de drogas, contenido en el artículo 321 del Código Penal, el legislador patrio lo ha previsto como un delito de tenencia por incurrir el sujeto en poseer droga en circunstancias que objetivamente permitan determinar que no es para el consumo.

El sujeto activo previsto por el injusto penal contempla el que una sola persona pueda llevar a cabo la conducta de poseer droga, siendo delito monosubjetivo, pero si esa persona maneja cantidades importantes de ésta, la conducta pasa a ser plurisubjetiva puesto que muchos envoltorios, paquetes o bolsas de drogas lo más probable es que dos o más sujetos las manipulen.

Asimismo, es un delito común puesto que no debe contar con ninguna calidad especial el o los sujetos activos que lo cometen. En las investigaciones donde solamente un sujeto resulta aprehendido y se le endilga el tipo de posesión agravada de drogas con múltiples envoltorios, paquetes, carricitos o bolsitas de cocaína o marihuana; existe falta de diligencia, labor de inteligencia, vigilancia y seguimiento de los investigadores, dando muestras de una política criminal desenfocada y errada que sigue deja en la impunidad a los altos jerarcas de la asociación, la banda, el grupo o la organización delictiva que trafica y lucra con ella.

Como sujeto pasivo se tendrá a la sociedad que es la que se encuentra en peligro abstracto de caer en los vicios de consumir la sustancia lesiva a su entorno y su salud. PABÓN PARRA comenta que el sujeto pasivo es el Estado (2013: 401).

El aspecto subjetivo de la posesión ilícita de drogas reclama un actuar doloso tendiente o dirigido a poseer o manejar con alta posibilidad de traspasar, vender o traficar la misma. Respecto de la posesión de drogas en el Perú, prevista por el segundo párrafo del artículo 296 del Código Penal Prado Saldarriaga comenta: “En un plano subjetivo, la tenencia o posesión dolosa de la droga debe estar orientada hacia un acto posterior de tráfico; es decir, debe coexistir en ella gente una finalidad de comercialización de la droga poseída. Por tanto, la tipicidad de este delito exige la presencia de un elemento subjetivo especial distinto del dolo, de aquellos a los que la doctrina califica como de «tendencia interna trascendente». Lo que implica que para que se dé el delito se requiere del dolo; pero, además, que el agente subjetivamente se haya propuesto un fin ulterior a la posesión y que debe ser el de destinar la droga poseída al comercio o tráfico ilegal “( 2017: 167).

No basta que cualquier fiscal presuma que probablemente se vaya a traspasar o a traficar la droga, al imputar y acusar, una vez llamado a juicio alguien, el Tribunal de juicio debe exigir elementos probatorios que evidencien se darían esas acciones posteriores, pues, la cantidad excesiva o alarmante de paquetes de sustancia ilícita no es suficiente para desconocer el estado de inocencia y el principio de culpabilidad generando sentencias donde se hace aplicación analógica de la norma penal (art. 321), a la vez que está prohibido, y presenta matiz de responsabilidad objetiva. El artículo 16 del Código penal es claro al disponer: “Ningún hecho será considerado delito en base a la analogía. La interpretación extensiva y la aplicación analógica solo son posibles cuando benefician al imputado”.

Sostiene HULSMAN (1987:52) que las políticas sobre drogas constituyen un desastre al provocar un fuerte crecimiento de las actividades de la justicia criminal en los países industrializados y un importante aumento en la severidad o en la naturaleza de las intervenciones de la justicia criminal.

Aun cuando no agrada a los investigadores de las causas por delitos de drogas, en estas figuras nadie actúa solo, puesto que siempre existe otra persona que encarga, suministra o espera recibir drogas. Se tiene como sujeto pasivo del delito a la sociedad, aun cuando no se ponga la sustancia ilícita a disposición de ella.

Este delito, previsto en el artículo 321 del Código Penal se encuentra configurado de manera tibia, dado que permite endilgar o señalar como presunto responsable a quien a veces resulte cercano a la sustancia ilícita, sea que se encuentre a escasos metros en una calle, avenida, vereda, estacionamiento o sitio público, patio de su domicilio sin cerca, etc. Se le otorga un excesivo valor a partir de la audiencia de imputación a las evidencias y al informe de novedad policial como elementos de conocimiento (art. 280 CPP), a la declaración del agente policial o agentes

policiales que suscribieron el informe durante el juicio, por hacer constar que la persona podría ser responsable de la sustancia ilícita dada su cercanía a la misma, aceptando estos que en ocasiones no ven al acusado siquiera en poder ella, cargándola, manejándola o manipulándola.

La particular redacción del tipo de posesión agravada de drogas no genera certeza y seguridad, facilita la aplicación analógica del mismo, otorga la posibilidad de encajar y tener como delito consumado un comportamiento que podría estar iniciando el tráfico o la probable venta, poniendo de manifiesto que si el agente acusado no ha logrado justificar su cercanía o el presunto contacto con la sustancia por estar próximo a su esfera o radio de movimiento es sujeto activo. En la praxis, si los agentes policiales en sus informes plasman la cercanía del imputado con la sustancia y no le hallan ésta en su poder, no deben presumir los fiscales que existe posesión agravada de drogas. El injusto penal de posesión agravada de drogas no es similar ni semejante al tráfico internacional de drogas (artículo 313 C.P.) que si autoriza sancionar la tentativa de tráfico como si se hubiera cometido el tráfico de drogas, es menester acreditar que existe *animus* de tráfico o traspaso.

A la vez, el acceder a sancionar al acusado que no tiene bajo su control la droga por la presunta posesión agravada, se incurre en el yerro de aplicación de la norma penal ignorando la prohibición de analogía desfavorable así como los principios de lesividad y proporcionalidad dado que jamás se constata afectación alguna al bien jurídico y se aplican sanciones no cónsonas con el hecho acusado.

Críticamente, MUÑOZ POPE (2001:65) afirma: Nada se logra, sin embargo, reprimiendo severamente los delitos de tráfico de drogas y la posesión de drogas para el consumo sin adoptar otras estrategias y para prevenir el tráfico y consumo de drogas ilícitas .

La consecuencia jurídica del delito de posesión es alta, ejemplar y desmesurada puesto que sugiere una pena de prisión mínima de 8 años de prisión y la máxima de 12 años de prisión (art. 321) que genera la estigmatización y prisionización inmediata del sancionado por posesión agravada de drogas.

La represión de los delitos relacionados con drogas Fletcher (2008:389-390) subraya que estos por ser delitos de posesión, se sancionan por violar la norma más no por generar algún daño.

#### **4. El tipo de posesión agravada de drogas en algunos Estados.**

La tenencia de estupefacientes en la república de Argentina se encuentra prevista en el primer párrafo del artículo 14 de la Ley N°23,737 de 1989, que reza lo siguiente: “Será reprimido con prisión de uno a seis años y multa de \$ 11,25 a \$ 225 al que tuviere en su poder estupefacientes”.

BOTHAMLE (2009:12) y destaca que el tipo se configura cuando el material estupefaciente se encuentra dentro de la vivienda, de la propiedad, de la residencia del imputado o, hablando con mayor propiedad, en lo que se denomina su *esfera de custodia* .

Empleando la óptica de la imputación objetiva afirma CIPOLATTI (2009:66-67) que para poder imputar a un sujeto la tenencia de la droga, éste debe tener la disponibilidad real de la sustancia. Ello se daría con tener posesión material; tener disponibilidad real sobre la sustancia, por ejemplo, saber dónde se encuentra y tiene acceso a ella; estar en situación de poder decidir su destino; ser coautor, junto con el poseedor material de la droga, aunque no tenga disponibilidad de la misma, siempre que la puesta en marcha del plan se mantenga conforme lo acordado.

Sobre la sanción por la tenencia de estupefacientes CIPOLATTI (2009:65) comenta que al sancionar a una persona que detenta una cosa, con absoluta prescindencia de la finalidad que pretende con dicha posesión, en realidad se le está aplicando una sanción por la simple sospecha de su empleo, contra un bien jurídico resguardado .

En la república de Perú el segundo párrafo del artículo 296 del Código Penal contempla como una modalidad de tráfico de drogas, la posesión al señalar: “El que posea drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas para su tráfico ilícito será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años y con ciento veinte a ciento ochenta días-multa, e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1) y 2).

El legislador peruano incrimina la posesión de drogas y condiciona su punibilidad a que se destine para tráfico ilícito, es delito de peligro abstracto, el agente debe tener la finalidad de comercializar la droga poseída (Prado Saldarriaga, 2017: 167).

España también contempla la posesión como una de las manifestaciones del tráfico de drogas, en el artículo 368 del Código Penal que dispone lo siguiente: “Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos”.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. No se podrá hacer uso de esta facultad si concurriere alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369 bis y 370”.

Es menester que la droga se posea con el fin de promover, favorecer o facilitar el consumo de ilegal de drogas tóxicas a efectos que pueda considerarse típica la conducta del agente.

Joshi Ubert (1999:196) señala: Dicha detentación es, como ya se ha dicho, puede ser material o no, mediata o inmediata, a nombre propio o de otro, compartida o exclusiva. Lo importante es que pueda *imputarse la tenencia*. Para ello es necesario en mi opinión que el sujeto tenga disponibilidad real sobre la sustancia, sin que sea suficiente, como por el contrario afirma la mayoría de las veces la jurisprudencia, una disponibilidad hipotética”. Bajo ningún concepto esta autora consiente reconoce la posesión de droga si el sujeto no posee la capacidad de disponer de la sustancia y añade: **Y no debería imputarse** la posesión de la sustancia, por lo menos en los siguientes casos: 1) cuando no existe posesión material de la droga ni puede probarse la disponibilidad real sobre ella; y 2) cuando a pesar de poseer materialmente la droga no pueda probarse que esté destinada a alguno de los fines ilícitos .

Es en la práctica según Pastor Muñoz (2006:256) difícil determinar cuando la posesión es «para el tráfico» y cuando, en cambio, solamente para el consumo propio, porque ello depende de la prueba del elemento subjetivo, a saber, el «ánimo de traficar».

Quedará a criterio de los tribunales penales el determinar si la Política criminal represiva en materia de drogas debe continuar o si por el contrario es importante considerar otras alternativas



que detengan la aplicación desmesurada de un precepto penal que entra en pugna con la filosofía del Código penal de proteger bienes jurídicos si realmente resultan afectados u ofendidos, no es viable otro medio de resolución de la situación y si debe sancionarse haga por la comprobada conexión con el tráfico o la venta de la droga.

## 5. Conclusiones

La particular decisión del legislador de mantener la incriminación de la posesión agravada de drogas (art. 321 CP) constituye una muestra de falta de reconocimiento al principio de protección del bien jurídico (art. 2 CP) y del carácter subsidiario de éste, como plantea Roxin (2013:14) que cabe caracterizar la tarea del Derecho penal como “protección subsidiaria de bienes jurídicos”.

La aplicación del Derecho penal en base a supuestas probabilidades sugeridas más no corroboradas por los investigadores de las Fiscalías especializadas en delitos relacionados con drogas, da pie a que los jueces empleen su discrecionalidad por “...*circunstancias que objetivamente permitan determinar que no es para el consumo*”. Han transcurrido 14 años de vigencia del Código Penal y no existe una doctrina jurisprudencial uniforme que precise cuales son esas circunstancias que objetivamente ayudan a determinar que la sustancia en posesión de una persona no es para consumo. Tampoco sirve de mucho el último párrafo del artículo 321 del Código penal pues el mismo nos indica cuando debe entenderse existe posesión o tenencia “La posesión incluye la tenencia física, el dominio o la disponibilidad sobre la droga”; esto en muchas ocasiones no se corrobora a cabalidad, pues el acusado no tiene, no porta, no domina ni dispone de la sustancia, sino que el día de los hechos estaba a algunos metros en la vía pública cerca del paquete o la caja, se encontraba a metros del patio de su casa o propiedad y le vinculan a ella los agentes del orden público.

La tarea de interpretar la ley penal es delicada, y cuando el tenor literal es claro, el intérprete sólo tiene dos alternativas: o acoger el significado de las palabras legales en toda su extensión o limitarlo (más o menos). Sólo cuando una interpretación, fundamentada materialmente, favorezca al reo es lícito prescindir del «significado posible» de la ley penal (Gimbernat Ordeig, 1999: 49).

## BIBLIOGRAFÍA

- Acevedo, J. R. (2008). *Derecho penal general y especial panameño, comentarios al Código penal*. Panamá: Senda.
- Ambos, K. (2014). *La posesión como delito y la función del elemento subjetivo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Arango Durling, V. (1991). La nueva regulación de los delitos en materia de drogas. *Libro homenaje al profesor Raúl Peña Cabrera*. Lima: Ediciones Jurídicas, pp. 37-61.
- Baigún, D. (2007). *Los delitos de peligro y la prueba del dolo*. Buenos Aires: B de F.
- Bothamley, F. (2009). Los tipos penales de la ley de estupefacientes. *Estupefacientes. Problemáticas actuales sobre su tipificación y prueba*. Buenos Aires: Legis, pp. 9-19.

- Bustos Ramírez, J./Hormazábal Malarée, H. (2006). *Lecciones de Derecho penal, parte general*. Madrid: Trotta.
- Bustos Ramírez, J. (1996). *Coca-cocaína: entre el derecho y la guerra*. Bogotá: Temis.
- Cipolatti, O. C. (2009). Tenencia simple de estupefacientes o sólo tenencia para autoconsumo? Elementos diferenciadores. *Estupefacientes. Problemáticas actuales sobre su tipificación y prueba*. Buenos Aires: Legis, pp. 61-75.
- Convención de Viena de 1989, aprobada por la Ley N°20 de 7 de diciembre de 1993 (G.O. N°22,429 de 20 de diciembre de 1993).
- Cuesta Pastor, P. (2002). *Delitos obstáculo, tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico*. Granada: Comares.
- Fletcher, G. P. (2008). *Gramática del Derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Gimbernat Ordeig, E. (1999). *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*. Madrid: Tecnos.
- González Herrera, A. (2016). Los delitos de posesión en el Código Penal. *Boletín de Ciencias Penales*, N°5, pp. 54-63.
- González Herrera, A. (2010). *Postulados del Derecho penal y sistema acusatorio*. Panamá: Cultural Portobelo.
- Guerra de Villalaz, A. E. (2002). *Derecho penal, parte especial*. Panamá: Mizrachi & Pujol.
- Joshi Jubert, U. (1999). *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP*. Barcelona: Bosch.
- Hulsman, L. (1987). La política de drogas: fuente de problemas y vehículo de colonización y represión. *Nuevo Foro penal*, N°35, pp. 49-77.
- Luzón Cuesta, D. M. (2001). *Compendio de Derecho penal, parte especial*. Madrid: Dykinson.
- Macagno, M. E. (2011). La supervivencia de los delitos de sospecha: El caso del artículo 259 del Código Penal argentino. *Anales N°41*, pp. 179-192.
- Mejía Cáceres, A. (2002). *El delito de posesión de drogas*. Panamá: Universidad de Panamá.
- Mir Puig, S. (2006). *Derecho penal, parte general*. Barcelona: Reppertor.
- Muñoz Conde, F. (2010). *Derecho penal, parte general*. Valencia: Tirant.
- Muñoz Conde, F. (2004). *Derecho penal, parte especial*. Valencia: Tirant.
- Muñoz Pope, C. E. (2002). *El delito de tráfico de drogas*. Panamá: Escuela Judicial.
- Muñoz Pope, C. E. (2001). Política criminal en materia de drogas. *Ensayos penales*. Panamá: Panamá Viejo, pp. 61-71.
- Nestler, C. (2000). El principio de protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y sustancias estupefacientes. La insostenible situación del Derecho Penal. Granada: Comares, pp. 61-77.
- Pabón Parra, P. A. (2016). *Código penal esquemático de la República de Panamá*. Bogotá: Doctrina y Ley.
- Pabón Parra, P. A. (2013). *Manual de Derecho penal, tomo II, parte especial*. Bogotá: Doctrina y Ley.

Pastor Muñoz, N. (2006). Tema 13 Delitos contra la salud pública: el tráfico de drogas. Silva Sánchez, J. Ma. (coord.). *Lecciones de Derecho penal, parte especial*. Barcelona: Atelier.

Pastor Muñoz, N. (2003). *Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática*. Barcelona: Atelier.

Prado Saldarriaga, V. (2017). *Derecho penal. Parte especial: los delitos*. Lima: Tarea Asociación Gráfica Educativa.

Roxin, C. (2013). el concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología, N°15-01*, disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc15-01.pdf>

Struensee, E. (1999). Los delitos de tenencia. *Temas sobre teoría del delito*. México: INACIPE, pp. 169-185.

### **ALBERTO H. GONZÁLEZ HERRERA**

Licenciatura en Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá, 1995. Especialista en Ciencias Penales, Universidad de Costa Rica, 1997. Maestría en Derecho con Especialización en Ciencias Penales, Universidad de Panamá, 2005. Certificado de Diploma de Estudios Avanzados de Tercero Ciclo (Doctorando), Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, 2008. Profesor de Derecho Penal, CRUSAM.

Artículo recibido: 20 de mayo de 2023

Aprobado: 25 de junio de 2023

## EL SISTEMA DE LA TEORÍA DEL DELITO EN EL CÓDIGO PENAL DE 2007

Carlos E. Muñoz Pope [carlosmuñozpope@cableonda.net](mailto:carlosmuñozpope@cableonda.net)

### RESUMEN

El Código Penal del 2007 pone de manifiesto la existencia de un sistema de la teoría del delito cuya estructura se orienta hacia el Finalismo, nueva concepción que abandona los postulados seguidos por el derogado Código Penal de 1982, y conduce a aceptar una nueva concepción del tipo penal y a su vez del contenido de la culpabilidad.

### ABSTRACT

The Penal Code of 2007 reveals the existence of a system of the theory of crime whose structure is oriented towards Finalism, a new conception that abandons the postulates followed by the repealed Penal Code of 1982, and leads to accept a new conception of the type criminal and in turn the content of guilt

**PALABRAS CLAVES:** teoría del delito, Finalismo, dogmática, postulados, causalismo.

**KEYWORDS:** crime theory, Finalism, dogmatics, postulates, Causalism

**SUMARIO:** 1. Introducción 2. La teoría del delito en el Código Penal del 2007 3. La aceptación del nuevo concepto de autor a partir de la teoría del dominio del hecho 4. La concepción del delito en el Código Penal del 2007 5. Conclusiones

### 1. Introducción

El desarrollo actual de la dogmática penal moderna pone de manifiesto la existencia de cuestiones claves en la teoría del delito, que se entienden y aceptan de una manera distinta para

los penalistas que no comparten los postulados y criterios surgidos como consecuencia de la teoría causalista.

Los principales aspectos de la teoría del delito de nuestros días que se entienden de una forma radical respecto de la teoría causalista, entre otros, son los siguientes: 1. la distinta concepción de la acción y omisión; 2. la nueva concepción del tipo penal; 3. la nueva concepción del injusto; 4. el contenido de la culpabilidad; y, 5. la aceptación del nuevo concepto de autor a partir de la teoría del dominio del hecho. Omitimos toda referencia al problema de la imputación objetiva, ya que el mismo es ajeno a la esencia de nuestra intervención. Veamos, a continuación, brevemente estas cuestiones:

## **2. La teoría del delito en el Código Penal del 2007.**

### **2.1 La distinta concepción de la acción y la omisión**

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

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

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

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

MEZGER es el principal y más conocido exponente de la teoría neoclásica del delito y del concepto neoclásico de acción. Para dicho autor, el hacer y el omitir son conceptos que están referidos a un valor, por lo que ello le permite al célebre maestro alemán propugnar por un

concepto superior de acción que él denomina “acción en sentido amplio”, lo que le permitió mantener la omisión junto a la acción como formar de acción aunque no quede aquella contenida en ésta.

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

WELZEL y los partidarios del finalismo, por el contrario, desechan el concepto causal de acción y señalan que el legislador se encuentra condicionado por una serie de estructuras lógico-objetivas previas, de las que no se puede librar. La acción así entendida, es un concepto prejudicial en donde la conducta es acción final dirigida hacia determinado resultado.

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

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

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

A partir de este momento, ya no tenemos una teoría del delito, única y homogénea, pues tenemos cuatro teorías distintas, de las que la teoría del delito de comisión doloso es la más importante y desarrollada y a partir de la cual se han reelaborado todos los conceptos.

## **2.2 La nueva concepción del tipo penal**

Si bien es cierto que los partidarios de la corriente neoclásica pusieron de relieve la existencia de elementos subjetivos dentro de la parte objetiva del delito, no fue hasta la exposición inicial de

WELZEL cuando quedó patente que la estructura del tipo penal era la que contenía una parte objetiva y otra subjetiva y que carecía de sentido hacer la tajante distinción del delito en una

parte objetiva y otra parte subjetiva, lo que luego permitió aceptar mayoritariamente la existencia de elementos subjetivos también en la antijuridicidad.

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

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

Hoy día prácticamente se cuentan con los dedos de la mano los autores que se mantienen en la teoría tradicional, lo que supone una abrumadora acepción de la teoría finalista o, al menos, de todas sus principales consecuencias dogmáticas.

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

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

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

### **2.3 La nueva concepción del injusto**

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

Para el maestro alemán, la “antijuridicidad es siempre la desaprobación de un hecho referido a un autor determinado. Lo injusto es injusto de la acción referida al autor, es injusto personal

(1993:74). No en vano el citado autor ponía de relieve que la antijuridicidad es un predicado o atributo de la acción, en tanto que el injusto es un sustantivo.

Actualmente la teoría del injusto personal tiene nuevas connotaciones. Ello se debe, fundamentalmente a ROXIN (1990:219), quien aboga por la sustitución de la antijuridicidad por la noción de injusto, pues dicho autor ha puesto de manifiesto que “En la categoría del injusto se enjuicia la acción típica concreta, incluyendo todos los elementos reales de la respectiva situación, conforme a los criterios de la permisión o prohibición” . Para el eminente maestro y, sin duda, máximo exponente de la dogmática penal de nuestros días, sólo las acciones típicas pueden ser injusto personal en tanto que la antijuridicidad no es propia del Derecho penal, sino de todo el ordenamiento jurídico, como todos sabemos, lo que pone de relieve que hay acciones que pueden ser contrarias a derecho fuera del Derecho Penal y en nuestro campo de estudio son acciones irrelevantes.

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

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

En ciertos delitos, cuya enumeración a título de ejemplo no viene al caso en esta oportunidad, existe algún grado de responsabilidad de la víctima en la producción del delito, pues sin tal concurso del ofendido el ofensor no podría haber cometido el delito y ello debe ser tomado en cuenta por el juzgador al momento de valorar en su totalidad las acciones de uno y de otro para arribar a la conclusión de que el supuesto ofensor infringió la ley penal y luego individualizar la pena que le corresponde al citado infractor de la norma penal ya declarado penalmente responsable del delito de que se trate.

## **2.4 El nuevo contenido de la culpabilidad**

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



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

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

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

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

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

### **3. La aceptación del nuevo concepto de autor a partir de la teoría del dominio del hecho**

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

ROXIN (1998), en su importante monografía sobre el particular, puso de relieve las deficiencias de las diversas teorías expuestas hasta el momento sobre la autoría penal, construyendo un nuevo concepto de autor a partir de la noción inicial de WELZEL sobre la teoría del dominio del hecho.

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

El criterio del domicilio del hecho, sin embargo, no puede ser ni un criterio totalmente indeterminado ni vago, ni tampoco un concepto fijo o fijado del que puede extraerse deductivamente la solución de todos los casos, pues en realidad es un concepto abierto en el se deja el encargado de aplicar el Derecho un cierto margen de solución al caso concreto pero siempre a partir de un principio regulativo o indicador de la dirección que tiene que seguir el mismo (Díaz y García Conlledo,1997:41).

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

#### **4. La concepción del delito en el Código Penal del 2007.**

En el Código Penal que nos rige se han incorporado todos los aportes de Welzel en la teoría del delito.

Dolo y culpa forman parte de la tipicidad, se reconoce el error de tipo y el error de prohibición, desapareció la norma que prescribía que la ignorancia no eximía de responsabilidad al sujeto, se reconocen dos estados de necesidad distintos, la tentativa idónea y la inidónea y la distinción entre autor y autor mediato.

Si bien es cierto que Welzel no terminó de elaborar la teoría del delito en su totalidad, especialmente en lo que respecta al delito culposo, su discípulo chileno, el eminente Maestro Juan Bustos Ramírez, con sus diversas publicaciones terminó de aclarar lo que su maestro dejó inconcluso. Ya el delito culposo no es un “cuasidelito” como se entendía en las codificaciones antes de Welzel. Era un delito, como el delito doloso, pero sometido a otra realidad distinta, en donde la infracción de un deber de cuidado y el resultado, eran los aspectos fundamentales del mismo. Aunque transite con mi auto a doscientos kilómetros por hora en la vía Panamericana, tal comportamiento no es delictivo mientras no cause daño a otro, sea la muerte o una lesión personal, pues en este país no existe el delito de conducción temeraria, como existe en España.

Para algunos autores era imposible retomar el desarrollo de la dogmática en el punto en que quedó a inicios de los años 30 del siglo pasado, por lo que algunos optaron por elaborar nuevas ideas para no regresar a lo viejo, que había sido desacreditado por los partidarios del régimen anterior. Le correspondió a Welzel esa labor, al exponer una nueva concepción del delito: la

teoría de la acción final, obra en la que plantea las bases de un nuevo sistema, que durante los años 50 y 60 del siglo pasado, captaron la benevolencia de los autores en Alemania, hasta que por fin, Welzel y su finalismo, terminaron por imponerse.

Ya hoy casi nadie en Europa ni América Latina defiende el causalismo ni el neocausalismo, por lo que el dolo y la culpa salieron de la culpabilidad y se reconoce que el tipo de los delitos dolosos es distinto al tipo de los delitos culposos. La diferencia se halla en el tipo subjetivo de cada uno de ellos: el dolo es parte del tipo subjetivo de los delitos dolosos y la infracción del deber de cuidado es parte del tipo subjetivo de todo delito culposo. Por ello, dolo y culpa salieron de la culpabilidad y ha sido una migración conceptual sin retorno al estadio dogmático construido por el causalismo o neocausalismo. Así mismo, como advirtieron los neocausalistas, la acción no puede comprender la omisión, por lo que desde Welzel el delito se entiende como “acción u omisión típica antijurídica y culpable”.

De ahí se puede entender por qué el artículo 13 del Código Penal panameño vigente concibe el delito como una conducta que debe ser típica, antijurídica y culpable, pues reubicó el dolo y la culpa sacándolos de la culpabilidad y ubicándolos en la tipicidad, entre la acción y la antijuridicidad.

Nuestro Código Penal de 2007 es de corte finalista y no hay discusión. Afirmar lo contrario no tiene sentido y revela una afirmación aventurada e insostenible hoy día, aunque el párrafo final del art. 26 introduzca la noción de la teoría de la imputación objetiva: “la causalidad por sí.

## **5. Consideraciones finales**

La exposición que antecede nos permite poner de manifiesto a propósito del Código Penal de 2007, la marcada influencia que ejerció en el mismo el texto español de 1995 está fuera de discusión.

Aunque la influencia dogmática imperante en el mismo procede de las orientaciones de Hans Welzel y su doctrina finalista, la inclusión de un párrafo final en el art. 26, respecto de la causalidad pone de manifiesto la importancia que para los codificadores tuvo el funcionalismo de Jakobs.

Afirmar en la parte final del artículo antes mencionando que “la causalidad, por sí sola, no basta para la imputación jurídica del resultado” pone de manifiesto la actualización de los mencionados codificadores respecto de las más recientes concepciones dogmáticas imperantes desde finales del siglo veinte.

Parece que la doctrina europea más reciente ya tiene un eco en nuestro medio, lo que evidencia la actualización de docentes y especialistas en la modernas concepciones, aunque todavía dichos

estudios son del conocimiento de una élite de docentes y profesionales frente a la inmensa mayoría de fiscales, jueces y magistrados que sólo se manejan con el texto de la ley penal vigente.

Por otro lado, es lamentable el escaso desarrollo de la dogmática penal moderna en nuestro medio, ya que el avance de la misma en otras latitudes implica un mejor trabajo de los sujetos encargados de administrar justicia y una justicia diseñada para que la misma sea eficiente y respetuosa de los derechos fundamentales del individuo.

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

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

## BIBLIOGRAFÍA

ACEVEDO, José Rigoberto, *Derecho Penal General y Especial Panameño. Comentarios al Código Penal*, Taller Senda, Panamá, 2008.

AGUDELO BETANCUR, Nodier, *Curso de Derecho Penal. Esquemas del delito*, 2a.edición. Editorial Lenatipia, Santa Fé de Bogotá, 2002.

ANTOLISEI, Francesco *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale, Milano, Dott A. Giuffre editore*, 1982.

ARANGO DURLING, Virginia, “El menor desde la perspectiva penal” en *Cuadernos de Ciencias Penales No.1*, Ediciones Panamá Viejo, Panamá, 1998

Observaciones al Anteproyecto de Código Penal de 1998 y Revisado de 1999” en *Cuadernos de Ciencias Penales No.3*, enero-diciembre, Panamá, 2003.

*El iter Criminis*, Ediciones Panamá Viejo, Panamá, 1998

*Las causas de inculpabilidad*, Ediciones Panamá Viejo, Panamá, 1998.

*Cuestiones esenciales sobre la culpabilidad*, Ediciones Panamá Viejo, 2006.

*Temas fundamentales de la nueva legislación penal*, Ediciones Panamá Viejo, Panamá, 2009.

*Estudios penales y Código Penal del 2007*, Ediciones Panamá Viejo, Panamá, 2010.

*Las consecuencias jurídicas del delito*, Ediciones Panamá Viejo, Panamá, 1998.

*La Ciencia del Derecho Penal*, Ediciones Panamá Viejo, Panamá, 2010.

*Derecho Penal, Parte General*, Ediciones Panamá Viejo, Panamá, 2015.

*Dogmática Penal. Algunos aportes sobre la teoría de delito*, Ediciones Panamá Viejo, Panamá, 2016.

*Dogmática Penal. Algunos aportes sobre la teoría del delito.* Ediciones Panamá Viejo, Panamá, 2016.

Algunas cuestiones sobre la teoría de la imputación objetiva, en Boletín de Informaciones Jurídicas, Centro de Investigación Jurídica, Universidad de Panamá, 2016.

ARÉCHIGA, Manuel Vidaurri, *Una recapitulación en torno a la dogmática penal, teoría del delito y teoría del caso*, en Letras Jurídicas; Num.12, 2011.México.

BACIGALUPO, Enrique, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Temis, Bogotá, 1984

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio/ ARROYO ZAPATERO, Luis, FERRE OLIVE, Juan Carlos y otros. *Curso de Derecho penal, parte general*, Ediciones experiencia, Barcelona, 2004.

BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *Ensayos de Derecho Penal y Política criminal*, Editorial Jurídica Continental, San José, 2001.

BUENO ARUS, Francisco, *La ciencia del Derecho penal: un modelo de inseguridad jurídica*, Thomson Civitas, Madrid, 2005, p.15)

BUSATO PAULO César/ MONTES HUAPAYA, Sandro, *Introducción al Derecho Penal. Fundamentos para un sistema penal democrático*, Servicios gráficos, Managua, 2005.

BUSATO PAULO César/ MONTES HUAPAYA, Sandro, *Introducción al Derecho Penal. Fundamentos para un sistema penal democrático*, Servicios gráficos, Managua, 2005.

BUSTOS RAMIREZ, Juan, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Ariel, Barcelona, 1995.

*-Obras completas, Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, Ara editores, Lima, 2004

CARRARA, Francesco, *Programa del curso de Diritto Criminal, Parte General*, Tomo I, Firenze, 1924

CEREZO MIR, José, *Derecho Penal, Parte General*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2000. 1985

COBO DEL ROSAL, Manuel/ VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho Penal, Parte General*, Universidad de Valencia, Valencia, 1994-1996.

CUELLO CALON, Eugenio, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1975.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín/ MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Curso de Derecho Penal. Parte Especial*, Tecnos Madrid, 2013.

DEL ROSAL, Juan/ COBO, Manuel y Gonzalo R. Mourullo, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Imprenta Silverio Aguirre Torre, Madrid, 1962

FLORA, Giovanni, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, Il Mulino Strumenti, aulaweb, Bologna. 2001

FIANDACA, GIOVANNI /ENZO MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale*, Zanichelli, Bologna, 1988.

GARCÍA ALVAREZ, Francisco Javier, *Relaciones entre la parte general y la parte especial del Derecho Penal*, Dialnet, 1994.

GARCÍA PABLOS DE MOLINA, *Derecho Penal, Introducción*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1995

GIMBERNAT, Enrique, *Introducción a la Parte General del Derecho Penal Español*, Universidad Complutense, Madrid, 1979.

-*Concepto y método de la ciencia del Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1999

-*Estudios de Derecho Penal*, Civitas, Madrid, 1980.

- Gimbernat Ordeig, Enrique, en su clásico artículo “¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?”, en *Estudios de Derecho penal*, Editorial Civitas, Madrid, 1976.

GOMEZ LOPEZ, Jesús Orlando, *Teoría del delito*, Ediciones doctrina y ley Ltda. Bogota, 2003

GRISPIGNI, Filippo, *Diritto Penale Italiano*, Giuffrè editore Milano, 1952.

GUERRA DE VILLALAZ, Aura/ VILLALAZ DE ALLEN, Grettel, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Litho editorial Chen, Panamá, 2009.

- *La importancia de la teoría del delito y su relación con el Derecho Procesal Penal*, en *Revista del Ministerio Público* Vol. 1 (2014): 11-15 Panamá

<http://www.ministeriopublico.gob.pa/minpub/Portals/25/pdf/Revista%20Ministerio%20publico.pdf>

HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho Penal, Parte General I*, 3ª edición, Grijley, Lima, 2005.

JAKOBS, Gunther, *Bases para una teoría funcional del Derecho Penal*, Palestra editores, Lima, 2000.

-“La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente”, *Cuadernos de conferencias y artículos* No. 25, Universidad Externado de Colombia, 2000.

-*Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y Teoría de la imputación*, traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1995.

JESCHECK, Hans Heinrich, *Tratado de Derecho Penal, Parte General* Vol. I, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1993.

LANDECHO VELASCO, Carlos/ MOLINA BLASQUEZ, Concepción, *Derecho Penal Español*,

Tecnos, Madrid, 1996.

LUZÓN CUESTA, Diego, *Compendio de Derecho Penal, Parte General*, Dykinson, S.L., Madrid, 2011.

MALO CAMACHO, Gustavo, *Derecho Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, México, 1997.

MANTOVANI, Ferrando, *Diritto Penale, Parte Generale*, Cedam, Padova 1979.

MANZINNI, Vincenzo, *Tratado de Derecho Penal*, Traducción de Santiago Sentis Melendo y Mario Ayerra Redin, Ediar, Buenos Aires, 1957.

MAURACH, Reinhart, *Tratado de Derecho Penal*, Traducción Juan Córdoba Roda, Vol. I, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962.

MEDINA PEÑALOZA, Sergio, *Teoría del delito*, Angel editor, México, 2001.

MEDINA, José Angel, *Teoría del caso: Consolidación de la teoría del delito*. Eumed, Universidad de Malaga.

MEZGER, Edmundo, *Derecho Penal, Libro Estudio Parte General*, Traducción por Conrado Finzi, 5a. edición editora Buenos Aires, 1981.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, PPU, Barcelona, 1996. MONTERO CRUZ, El funcionalismo penal. Una introducción a la teoría de Günther Jakobs., <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,455,0,0,1,0>

MORILLAS CUEVAS, Lorenzo/ RUIZ ANTÓN, Luis Felipe. *Manual de Derecho Penal, parte General*, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1992

MORILLAS CUEVAS, Lorenzo/ RUIZ ANTÓN, Luis Felipe, *Metodología y ciencia del Derecho Penal*, Universidad de Granada, 1991.

MUÑOZ CONDE, Francisco/ García Aran, Mercedes, *Derecho Penal Parte General*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996, 2004, 2013.

MUÑOZ POPE, Carlos, *Lecciones de Derecho Penal*, Tomo II, Departamento de Ciencias Penales, Universidad de Panamá, 1985.

- Introducción al Derecho Penal, Ediciones Panamá Viejo, 2ª edición, 2003.

- Perspectivas futuras del Derecho Penal Panameño, 1978.

- *Estudios Jurídicos* Ediciones Panamá Viejo, Panamá, 2008

Estudios Penales, Ediciones Panamá Viejo, Panamá, 1999

- Introducción a la evolución de la teoría del delito en Boletín de Ciencias Penales no. 14 julio-diciembre 2020.

MUÑOZ RUBIO, Campo Elías/ GUERRA DE VILLALAZ, Aura, *Derecho Penal Panameño*, 2ª edición, Panamá, 1980

NINO, Carlos Santiago, *Consideraciones sobre la dogmatica jurídica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1974

OBREGÓN GARCÍA, Antonio/GÓMEZ LANZ, Javier, *Derecho Penal. Parte General. Elementos básicos de la teoría del delito*, Tecnos, Madrid, 2112.

ORELLANA WIARCO, Octavio, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Editorial Porrúa, Buenos Aires, 1999.

ORTEGO COSTALES, José, *Teoría de la parte especial del Derecho Penal*, Salamanca, 1988.

ORTS BERENGUER, Enrique/ GONZALEZ CUSSAC, José L., *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, 4a edición, Tirant Lo Blanc, Valencia, 2014.

ORTS BERENGUER, Enrique/ GONZALEZ CUSSAC, José L., *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Conforme al Proyecto de Código Penal de la República de Nicaragua de 2003.

PAGLIARO, Antonio, *Principi di Diritto Penale, Parte Generale*, Seconda edizione, Giuffrè, Milano, 1980.

PAGLIARO, Antonio /TRANCHINA, Giovanni, *Instituzioni di diritto e procedura penale*, Giuffrè editore, Milano, 1974

PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de Derecho Penal, Estudio Programático de la Parte General*, Griley, Lima, 1997.

PETROCELLI, Biaggio, *Principi di Diritto Penale*, Casa editrice dott giovane, Tomo I, Napoli, 1964.

PIOLETTI, Ugo, *Manuale di Diritto Penale*, Casa editrice Eugene Jovene, Napoli, 1969.

PISAPIA, Gian Domenico, *Instituzioni di Diritto Penale, Parte Generale e Parte Speciale*, Cedam, Padova, 1965.

POLAINO NAVARRETE, Miguel *Lecciones de Derecho Penal, Parte General, Tomo I-II*, Tecnos, Madrid, 2013

QUINTANAR DIEZ, Manuel (Dir.) ORTIZ NAVARRO, José Francisco. *Elementos del Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo blanch, Valencia, 2014.

QUINTANO RIPOLLES, Antonio, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal, Tomo I, Vol. I*, Imprenta Pablo Meléndez, Madrid, 1972.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y Otros, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Cedecs, Barcelona, 1996.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Con la colaboración de Fermín Morales Prats. *Parte General del Derecho Penal*, Thomson Reuters, Aranzadi, 4a edición, Pamplona, 2010.,

RIGHI Esteban/ FERNÁNDEZ, Alberto, *Derecho Penal, La ley. El delito. El proceso y la pena*, Hammurabi, Buenos Aires, 1996

RODRIGUEZ DEVESA, Jose María/ SERRANO GÓMEZ, Alfonso,



*Derecho Penal Español, Parte General*, 16ta edición, Madrid, 1994.

RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Derecho Penal, Parte General*, Ediciones Civitas, Madrid, 1978.

RODRIGUEZ RAMOS, Luis, *Compendio de Derecho Penal, Parte General*, con la colaboración de Gabriel Rodriguez Ramos Ladaria, Dykinson, Madrid, 2006.

ROMEO CASABONA, Carlos María/ SOLA RECHE, Esteban y BOLDOVA PASAMAR , Miguel Angel (Coordinadores) *Derecho penal, Parte General. Introducción. Teoría jurídica del delito*, Editorial Comares, Granada.

ROXIN, Claus, *Derecho Penal, Parte General*, Traducción por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo , Javier de Vicente Remesal, tomo I, Civitas, Madrid, 1997

ROY FREIRE, Luis, *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo I, Eddili, Lima 1986.

RUÍZ Servio Tulio, *Teoría del Hecho Punible*, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1980.

SAINZ CANTERO, José, *Lecciones de Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1985.

- *La ciencia del Derecho Penal y su evolución*, Bosch, casa editorial, Barcelona, 1970.

SALAZAR MARIN, Mario, *Teoría del delito con fundamento en la Escuela Dialéctica del Derecho Penal*, Ibáñez, Bogotá, 2007-

SANTANELLO, Giuseppe, *Manuale di Diritto Penale*, Giuffrè editore, Milano, 1957.

SERRANO GOMEZ, Alfonso, *Introducción a la ciencia del Derecho Penal*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1981.

SUAREZ-MIRA RODRIGUEZ, Carlos (Coordinador),. Ángel Judel Prieto/ José Ramón Piñol Rodríguez, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 4ª edición. Thomson-Civitas, Madrid, 2006

TREJO, Miguel Angel/SERRANO, Armando Antonio y otros, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, MSJP, El Salvador, 2001

URBANO MARTINEZ, José Joaquín Concepto y función del derecho penal” en *Lecciones de Derecho Penal, Parte general*, Universidad Externado de Colombia 2002,)

VASSALLI, Giuliano,. *Il contributo di Filippo Grispiigni alla teoria del! elemento oggettivo del delitto* in *La Scuola positiva*, 1956. Universitat di Roma.

<http://www.digef.uniroma1.it/sites/default/files/sezione/penale/articoli/filippo-grispigni-teoria-elemento-oggettivo-reato.pdf>

VELÁSQUEZ, Fernando, *Derecho Penal, Parte General*, 3ª edición, Editorial Temis, Bogotá, 1997

- *La aplicación de la teoría del caso*, en Revista Digital de la Maestría de Ciencias Penales, de la Universidad de Costa Rica, No. 4, 2012.  
[revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/download/12385/1163](http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/download/12385/1163)

VILLA STEIN, Javier, *Derecho Penal. Parte Especial I-A, Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud*, Editorial S.M, Lima, 1997.

VILLAVICENCIO, *Derecho Penal, Parte General*, Griley, Lima., 2006

VIVES ANTÓN, Tomas (Coordinador) *Comentarios al Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996

WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán, Parte General*, 11a. edición, Traducción de Bustos Ramírez y Sergio Yañez, edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1970.

WOLF, Eric, *Sobre la esencia del autor*, Traducción y Nota preliminar de José Luis Guzmán Dalbora, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, RECPC 10-r4 (2008).

ZAFFARONI, Raúl,/ ALAGIA, ALEJANDRO, SLOKAR, Alejandro, *Teoría del delito, Derecho Penal, Parte General*, 2ª edición, Ediar, Buenos aires, 2002

ZUGALDIA ESPINAR, José M., *Derecho Penal. Parte General (Dir.)* Tirant lo blanch, Valencia, 2002.

### **CARLOS MUÑOZ POPE**

Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Panamá en 1976 con altos honores. Estudios de postgrado en Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1977-78 y 1980-81. Estudios de postgrado en Criminología, Universidad Complutense de Madrid, 1977-78 y 1980-81. Doctor en Derecho. Universidad Complutense de Madrid en 1981, con la calificación de Sobresaliente. Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Panamá. Ha colaborado en publicaciones extranjeras y publicado numerosas obras en Derecho Penal.

Artículo recibido: 30 de marzo de 2023

Aprobado: 20 de abril de 2023

## LEGISLACIÓN

Cuando viajamos por internet o utilizamos las redes sociales estamos expuestos a la violencia digital, especialmente las mujeres y jóvenes, y hablar de esto último se entiende como “un acto de violencia por razón de género contra la mujer, mediante el uso de las Tics, teléfonos móviles, plataformas, internet, correo electrónico u otro medio que la afecta de manera desproporcionada (D. Šimonović, 2018).

Y así, la violencia offline (cara a cara) se ha trasladado a la violencia digital (online), y aparece el agresor generalmente del sexo masculino, persona conocida (pareja, expareja, miembro de la familia), o en anonimato que crea un ambiente hostil para la víctima provocándole daños físicos, psicológicos, emocionales, y que incide en todas las esferas de las relaciones de esta, al ejecutar variados hechos, que por el momento no están castigados en nuestro país.

Así tenemos, entre otros, el *ciberbullying* (hostigamiento para atemorizar, enfadar o humillar a compañeros de clase), *grooming* (acoso sexual a menores de edad por parte de adultos que pretenden ser menor de edad y sus motivos son sexuales), *ciberstalking* (seguimiento e investigación constante de información sobre un individuo), y *sextorsión*, (extorsiona a la víctima amenazándola que va a publicar imágenes de contenido sexual íntimas si no le paga).

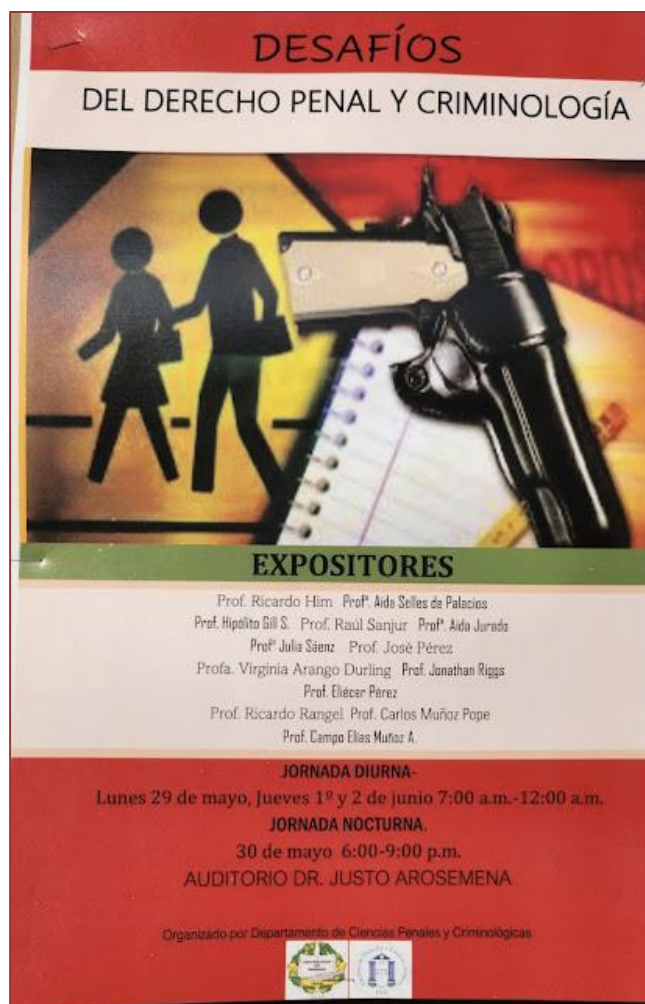
En materia de cibercriminalidad nuestro país, tiene un compromiso, hay varios proyectos que reposan en la Asamblea de Diputados que merecen ser analizados, a fin de poner un límite respecto a este fenómeno que día a día se propaga por internet y las redes sociales, y conjuntamente con ello hay que educar a la ciudadanía sobre el uso adecuado de las mismas.

V.A.D.

## INFORMACIONES

En este primer semestre del año académico 2023, el Departamento de Ciencias Penales y Criminológicas, realizó el Seminario de Derecho Penal y Criminología, los días del 29 de mayo al 2 de junio, en el Auditorio Dr. Justo Arosemena, de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá, actividad a la cual participaron los profesores del Departamento.

Durante esta semana se presentaron diversos temas de actualidad en Derecho Penal y Criminología, lo cual permitió a nuestros docentes y estudiantes adquirir conocimientos relacionados con estas disciplinas.



Este año el Seminario inició la jornada del día 29 de mayo con el tema “Difusión no autorizada de imágenes íntimas sin consentimiento, Pornovenganza y cibercrimen, expuesto por la Profesora Virginia Arango Durling, tema de importancia en la actualidad, en la que se atenta contra la intimidad, el honor y la imagen de las personas.

Posteriormente, el Profesor Hipólito Gill S., abordó “Las penas sustitutas”, seguido del Profesor Campo Elías Muñoz Arango, que nos introdujo a los límites actuales de los Delitos contra la vida desde una perspectiva moderna, futurista y desde la tecnología, mientras que la Profesora Aida Jurado, examinó “El tratamiento terapéutico multidisciplinario como pena principal en nuestra legislación”, finalizando, la jornada con la disertación del Profesor Ricardo Rangel, sobre la Criminalidad, en Panamá.

En la jornada nocturna del día martes, los Profesores Jonathan Riggs y Eliécer Pérez, examinaron la problemática de la “Trata de personas Esclavitud del siglo XXI” y el Rol de la Policía nacional en Panamá: como ente de control social”.



Profesor Campo Elías Muñoz A., Profesor Jonathan Riggs, Prof. Virginia Arango Durling y Eliécer Pérez S.

Para el día jueves en la jornada diurna, intervinieron las Profesoras Aida Selles de Palacios y Julia Saenz, abordaron dos temas de actualidad, “Consideraciones criminológicas sobre la violencia doméstica en Panamá” y “Mobbing o Acoso laboral y delitos Sexuales”, concluyendo ese día, con la ponencia del Profesor José Pérez, sobre “Antecedentes sobre la Victimología”

Concluyó, el día viernes el Seminario con las disertaciones de los Profesores Ricardo Him, Carlos Muñoz Pope y Raúl Sanjur. El Profesor Him, planteó aspectos sobre “El tratamiento terapéutico multidisciplinario como pena principal en nuestra legislación”, mientras que el Profesor Carlos Muñoz Pope, “El Derecho Penal y el Proceso Acusatorio en blanco y negro”, finalizando, el Profesor Raúl Sanjur, con el tema de la “Delincuencia Organizada”.



En resumen, este seminario fue otra experiencia académica que ha contribuido a enriquecer no solo a los profesores miembros del Departamento, sino también a nuestros queridos estudiantes que nos apoyan y estimulan a que continuemos profundizando en las Ciencias Penales, por lo que les agradecemos a todos su apoyo y participación.

## **NORMAS EDITORIALES**

### **DEL BOLETÍN DE CIENCIAS PENALES**

El Boletín de Ciencias Penales cuenta con un órgano científico, el Consejo Editorial, que tiene funciones de velar por la calidad científica de su publicación y del cumplimiento en general de sus objetivos de sus normas editoriales. El Consejo Editorial, es el responsable de solicitar, acusar, recibo y rechazar los textos de los autores que se han presentados para la publicación en el Boletín, y para ello contará con el apoyo de evaluadores externos que estará integrado por el 25% del total.

1. Los artículos científicos deben ser contribuciones en el área de Derecho Penal y Criminología.
2. Sólo se aceptarán trabajos originales e inéditos, y si bien pueden ser preferiblemente en idioma español, podrán aceptarse en otros idiomas.
3. Los trabajos deberán ser presentados al Consejo Editorial del Boletín o enviados a la dirección de correo durante todo el año, con una carta que contenga una hoja de vida breve, máximo de cuatro líneas, su dirección o correo electrónico, indicando la institución donde pertenece, y a la vez una autorización por escrito del autor aceptando la publicación de su trabajo digitalmente.
4. La presentación de los trabajos será en formato Microsoft word máximo de 15 páginas tamaño carta, incluidas notas en el texto, espacio sencillo, bibliografía y anexos. La fuente será Times New Roman tamaño 12.
5. En lo que respecta a la estructura del artículo deberá contener: introducción, títulos, conclusiones, bibliografía.
  - 5.1. La primera página debe contar con el título de la obra y de su autor, asimismo deberá contener el nombre del autor, cargo que ocupa y lugar donde trabaja, y correo electrónico.



5.2. Cada artículo en su primera página deberá contar con un sumario, un resumen (abstract) de hasta 10 líneas aproximadamente o de 150 palabras y su traducción al inglés, u otro idioma.

5.3. Las palabras claves ( de 4 a 6 términos) o keywords, deben aparecer primero en el idioma original luego en el inglés.

5. Las citas literales o textuales deben aparecer dentro del texto.

6. El Boletín acusará recibo de los artículos y colaboraciones recibidas y estos serán sometidos a arbitraje por evaluadores que determinaran su aceptación para publicación o su rechazo.

7. El orden de publicación se hará en función de las fechas de recepción y aceptación de cada trabajo.