

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.-PLENO.- Panamá, dos de septiembre de mil novecientos setenta.

VISTOS:

Consulta el señor Juez Sexto Municipal al Pleno de la Corte por advertencia hecha en el juicio seguido al ingeniero Federico Guardia Conte, como ex-Director Ejecutivo del Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales, la inconstitucionalidad del artículo 164 del Código Penal y en especial de la frase que expresa "acto arbitrario cualquiera no clasificado específicamente en la ley penal".

En cumplimiento de los trámites processales, del negocio se le corrió traslado al señor Procurador Auxiliar de la Nación por el término de tres días y a fojas 10 consta que oportunamente dicho funcionario conceptuó del modo siguiente:

"Esta consulta fue originada por el memorial que el Dr. Dióscorides M. Franco presentó dentro del proceso incoado al Ingeniero Federico G. Guardia Conte, ex-Director Ejecutivo del Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales, en el que alegaba que 'si la constitución dice que para que un hecho pueda ser penado es necesario que el mismo hecho haya sido declarado punible por Ley anterior a su perpetración, tenemos que concluir que hay contradicción entre lo establecido por el artículo 164 del Código Penal que dice que el acto arbitrario cualquiera no debe estar clasificado especialmente en la Ley Penal para ser penado y en cambio la constitución dice que sí debe estar clasificado especialmente como punible; porque clasificar especialmente un acto como punible, -continúa expresando-, por medio de una ley anterior a su perpetración es declarar por medio de esa ley, el acto o el hecho como punible; o penado; como se usa decir corrientemente' (cfr. a fs. 1 y 2).

He estudiado la interpretación transcrita y opino que no es correcta. El término arbitrariedad está tomado por el artículo 164 en su sentido lato, comprendiendo todo acto contrario a derecho, resultante del capricho o antojo del funcionario que lo ordene o cometa.

La excepción en cuanto a que no esté el sancionado especialmente en la ley penal es muy lógica, porque si un determinado acto arbitrario ha sido considerado específicamente para la configuración de un delito en una disposición penal, es ésta la que forzosamente debe aplicarse y no el artículo 164. Por ejemplo si un funcionario público 'abusando de sus funciones, constriñe a alguien a dar o prometer indebidamente, a él mismo o a un tercero, dineros o provechos de cualquier clase', debe ser reprimido conforme lo prevé el artículo 159 del Código Penal y no como lo establece el artículo 164 ibidem, porque aquel artículo ha tomado ese acto arbitrario específico para tipificar el delito denominado concusión.

Disposición semejante al artículo 164 se encuentra contenida en el artículo 171 del Código Penal colombiano, del siguiente tenor:

'Artículo 171. El funcionario o empleado público que, fuera de los casos especialmente previstos como delitos, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas, cometa o haga cometer acto arbitrario o injusto contra una persona o contra una propiedad, incurrirá en la privación del empleo, y en multa de diez a quinientos pesos.'

La Corte Suprema de ese país ha distinguido así los elementos de esta infracción:

a) que sea cometida por funcionario público; b) que el acto no esté especialmente previsto como delito en otra disposición penal; c) que sea ejecutado por causa de sus funciones o excediéndose en su ejercicio; e) que participando de una u otra de estas características, sea ejecutado en perjuicio de una persona o de una propiedad. (cfr. en 'Derecho Penal colombiano', parte especial, Volumen I, de Luis Carlos Pérez, Editorial Temis, Bogotá, 1956, pág. 221).

Suprimiéndole solamente la referencia que se hace del perjuicio a 'una propiedad', esos elementos constituirán el delito configurado por el artículo 164 del Código Penal panameño.

El artículo 31 de nuestra Constitución Política consagra el principio de legalidad que rige casi universalmente en el Derecho Penal, sintetizado en la máxima que inspirara el autor alemán Anselmo Von Feuerbach 'nullum

crimen, nulla poena sine lege' o sea que no hay delito, ni pena sin ley. Entiéndese así que la ley es la que debe establecer qué actos humanos y en qué medida serán penados, porque si un hecho no se encuentra contemplado como delito en la ley, o no tiene señalada pena, no puede ser castigado por más inhumano o perturbador que sea.

En el caso específico cuestionado se cumple este principio, porque los elementos que constituyen la infracción, como hemos visto, se encuentran claramente descritos en la norma legal.

Por lo tanto, opino que no existe ninguna contradicción entre los artículos 31 de la Constitución y 164 del Código Penal."

Aprovechando el término de lista fijado para que los que tuvieran interés se hicieran presentes, el doctor Diosdado Branco interpuso demanda formal de inconstitucionalidad de la misma disposición consultada por el señor Juez 6° Municipal y a su vez presentó escrito en que adelanta conceptos respecto a la materia sometida a examen.

En lo referente a la demanda propuesta considera la Corte que ella está fuera de lugar porque lo que autoriza el término de lista no es la proposición de una nueva acción sino abogar en un sentido o en otro sobre la constitucionalidad de la norma legal acusada.

Cumplidos como están los trámites procesales se pasa a resolver para lo cual se adelanta lo siguiente:

Al disponer el artículo 31 de la Carta Política que "sólo serán penados los hechos declarados punibles por ley anterior a su perpetración y exactamente aplicable al acto imputado", con ello se establece la prohibición de la adopción de las llamadas leyes ex post facto, concepto que en el derecho anglo-sajón se emplea para hacer referencias a aquellas leyes que promulgadas después de realizado el

acto punible se aplican al mismo.

Anota el profesor César Quintero en su obra "Derecho Constitucional" que la Corte Suprema de Estados Unidos ha declarado que son leyes ex post facto: "a) toda ley que haga criminal un hecho anterior a la vigencia de la misma, el cual no era punible cuando se cometió y castigue el hecho; b) toda ley que agrave un crimen haciéndolo mayor que cuando fue cometido; c) toda ley que infliga una pena mayor que la prescrita cuando el crimen fue perpetrado; d) toda ley que altere el régimen probatorio para hacer la convicción del reo más fácil que la existente cuando delinquirá, y e) toda ley que prive al acusado de cualquier protección a la que tenía derecho cuando cometió el delito".

También es de advertir que el referido artículo 31 de la Carta propugna por el principio de la adecuación típica, es decir, que la figura del delito esté previamente determinada al hecho con lineamientos y contornos precisos que pueda regular.

El artículo 31 de la Carta es pues, una garantía del debido proceso y ampara contra procedimientos y penas arbitrarias y responde al pensamiento de que no es posible violar una norma que al momento de los hechos no exista.

Fijado así el alcance del artículo 31 pasemos a determinar si en verdad el artículo 164 del Código Penal infringe la norma constitucional arriba expresada:

El artículo 164 del Código Penal es del tenor que sigue:

"El funcionario público que, abusando de sus funciones ordene o cometa en detrimento de alguien un acto arbitrario cualquiera no clasificado especialmente como delito, será castigado con prisión de

Con la misma pena se castigará al funcionario que, en ejercicio de sus funciones, excite a alguien a desobedecer las leyes o las providencias de la autoridad."

El cargo que el advertente Dr. Dioscórides Franco le hace a esta disposición es que ella es de contenido general, que no concreta figura alguna de delito. Para decirlo con sus propias palabras que el artículo 164 "habla de actos arbitrarios cualquiera no clasificados por una ley penal"; que la ley debe especificar "cuales actos son de considerar arbitrarios y cuales no".

Bien, de los dos incisos que contiene la disposición acusada hay que anotar que el cargo no puede ser imputado al segundo, porque es concreta la disposición al señalar que incurrir en falta los funcionarios que excitan a otros a no acatar las leyes como tampoco las órdenes de las autoridades competentes.

El repeto pues, necesariamente está dirigido al primer inciso y por tanto sobre éste fijaré la Corte su atención.

Del contenido de este inciso se infiere que es condición para ser acreedor a la pena en la cantidad señalada:

a) que el agente sea funcionario público, b) que el acto sea arbitrario y c) que ocasione perjuicio.

Como se ve, la ley no sanciona cualquier acto del funcionario sino únicamente aquellos que tengan los atributos expresados.

Un acto es arbitrario cuando se realiza a espaldas de la ley, esto es que responde sólo al deseo o arbitrio del que lo ejecuta. Es claro que si el acto del funcionario no

es arbitrario y aún cuando lo sea si no cometerse en perjuicio de alguna persona no se está dentro de los presupuestos del artículo 164.

Ahora bien, si nos fijamos con detenimiento en la forma como está redactada la disposición podríamos apreciar que la generalidad que se le achaca es más aparente que real.

En efecto, al parecer el elemento perturbador se pone de presente en la expresión ".....acto arbitrario cualquiera no clasificado especialmente en la ley penal, contenida en la disposición impugnada". La expresión transcrita se podría también consignar así: cualquier acto arbitrario no clasificado especialmente en la ley penal.

En abono de nuestro propósito es conveniente que se diga que esta manera de tipificar figuras de delito no es extraña o exótica en nuestro ordenamiento penal, y responden al deseo de comprender dentro del cuerpo represivo modalidades no reguladas en normas específicas.

Así vemos por ejemplo que el artículo 367 del Código Penal, que delimita la apropiación indebida su contenido de acuerdo con el advertente, sería de carácter general porque no distingue, como éste ahora, con la debida separación, caso por caso la apropiación de una suma de dinero de la de un automóvil u otro objeto cualquiera. Simplemente se expresa: "el que se apropie en provecho suyo o de un tercero una cosa que pertenece a otro.....".

Como se vé esta norma generaliza cuando se refiere a una cosa, porque por cosa se entiende una gran variedad de bienes y objetos.

En cambio tenemos que el artículo 153 de esta misma exérrta crea la figura del delito de peculado que es, también apropiación indebida pero calificada y agravada y no por eso el artículo 367 puede tildársele de inconstitucional porque como el artículo 164, esté regulando lo no calificado especialmente.

Repárese que en ambas normas, artículos 367 y 164, se dan los lineamientos generales del delito, que es lo importante, y es que sería inconveniente y hasta imposible, en determinados casos, singularizar todos y cada uno de las distintas modalidades.

Pensemos solamente, en vías de ejemplo, siguiendo con la apropiación indebida, que para estar al querer del Dr. Franco tendría la ley que ir especificando cada objeto que pueda ser susceptible de apropiación. Es obvio que los no previstos no serían regulados por la norma y así quedarían sin solución muchos casos de apropiación. Es por eso que el artículo 367 necesariamente tiene que, en cierto sentido, generalizar como de igual modo lo hace o debe hacer el artículo 164 cuando expresa acto arbitrario cualquiera no clasificado especialmente en la ley penal, pero esta aparente generalidad digámoslo así, a su vez limitada, en modo alguno infringe el artículo 31 de la Carta Política porque suficientemente, con caracteres propios y autonomía se delimita la figura del delito. Lo que la disposición constitucional prohíbe como se dijo en líneas anteriores son las llamadas leyes ex post facto, pero de su contenido no puede deducirse la objeción a cierta generalidad cuando en dicha generalidad, como en el caso del artículo 164, hay una singularidad perfectamente delimitada.

Y es en este orden de ideas que cobra certeza el pensamiento del señor Procurador Auxiliar cuando en su Vista expone que, "si un determinado acto arbitrario ha sido considerado específicamente para la configuración de un delito en una disposición penal es esta la que forzosamente deba aplicarse y no el artículo 164" dicho de otro modo si la ley ha especificado una sanción para un tipo de delito por este mismo hecho no tendría aplicación el artículo 164 que es el llamado a regular cuando la ley en especial no lo hace.

De lo dicho, no ve la Corte de dónde se pueda deducir la inconstitucionalidad de la disposición legal objetada.

Y en ello también concuerda el propio letrado que hizo la advertencia cuando en su escrito a fojas 20 final deja entrever que el verdadero propósito que lo movió a provocar la actividad procesal era llamar la atención sobre las incorrecciones que le atribuye al juicio que se le sigue en el Juzgado Sexto Municipal al Ingeniero Federico Guardia Conté, juicio que califica de "procedimiento ilegal, promovido de oficio ante autoridad incompetente", y no porque sinceramente considere que es inconstitucional la disposición legal acusada.

Por las consideraciones expuestas, la Corte Suprema, Pleno, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DECLARA que no es inconstitucional el artículo 164 del Código Penal.

Cópiese, notifíquese, publíquese y archívese.

Aníbal Ferreira D.