

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 834

Panamá, 11 de agosto de 2009

**Proceso de
Inconstitucionalidad**

**Concepto de la
Procuraduría de
la Administración**

El doctor Teófanés López Avila, actuando en representación del doctor **Calixto Malcolm**, juez del Primer Tribunal Marítimo de Panamá, advierte como inconstitucional la frase "no se impondrá la sanción penal", contenida en el artículo 193 del Código Penal vigente, dentro del proceso promovido por el actor en contra del doctor Juan David Morgan G., por la supuesta comisión de delito Contra el Honor.

**Honorable Magistrado Presidente de la Corte Suprema de
Justicia. Pleno.**

Acudo ante usted de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 206 de la Constitución Política de la República, en concordancia con el artículo 2563 del Código Judicial, con el propósito de emitir el concepto de la Procuraduría de la Administración respecto a la advertencia de inconstitucionalidad descrita en el margen superior.

I. Frase advertida como inconstitucional.

La frase que se advierte inconstitucional, de acuerdo con el texto único del Código Penal publicado en la gaceta 26057 del lunes 9 de junio de 2008, que comprende la ley 14 de 18 de mayo de 2007, modificada y adicionada por la ley 26 de 21 de mayo de 2008, se encuentra inserta en el artículo

193 de dicho cuerpo normativo, no en el 192 como señala el actor; es del tenor que pasamos a transcribir:

"Artículo 193. En los delitos contra el honor, la retractación pública y consentida por el ofendido excluye de responsabilidad penal. Cuando en las conductas descritas en el artículo anterior, los supuestos ofendidos sean uno de los servidores públicos de que trata el artículo 304 de la Constitución Política, funcionarios de elección popular o gobernadores, **no se impondrá la sanción penal,** lo cual no excluye la responsabilidad civil derivada del hecho." (letra negrita adicionada por el actor).

II. Disposiciones constitucionales aducidas como violadas y los respectivos conceptos de infracción.

En la acción extraordinaria bajo análisis, el actor indica que la frase legal advertida como inconstitucional infringe los artículos 17, 19, 20 y 163 de la Constitución Política de la República, según lo explica en las fojas 5 a 7 del expediente judicial.

III. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Después de estudiar el expediente constitucional y de investigar los antecedentes del asunto planteado en la acción extraordinaria bajo examen, este Despacho desea dejar anotado como comentario inicial, que no encuentra fundamento a los cargos de inconstitucionalidad formulados en contra de la frase objeto del presente proceso, relativos a la supuesta infracción de los artículos 19 y 20 de la Constitución Política de la República.

Lo anterior obedece a que, el primero de ellos se limita a prohibir la existencia de fueros o privilegios y la discriminación por razón de raza, nacimiento, discapacidad, clase social, sexo, religión o ideas políticas; mientras que el segundo establece el principio de igualdad ante la Ley, tanto para las personas nacionales como para las extranjeras, así como las excepciones del mismo que permiten a la ley disponer un trato diferenciado para dichas personas. Sin embargo, advertimos que ninguna de estas situaciones están reguladas en forma alguna por la disposición demandada, que simplemente ordena la no imposición de la sanción penal correspondiente a quienes hayan sido declarados judicialmente como responsables de la comisión de delitos Contra el Honor de la Persona Natural (tipificados en los artículos 190 a 192 del Código Penal) en perjuicio de determinadas autoridades públicas.

Tales autoridades son las siguientes: los funcionarios de elección popular, los gobernadores, y los servidores públicos de que trata el artículo 304 de la Constitución Política de la República, esto es, el presidente y el vicepresidente de la República, los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, de los tribunales ordinarios y especiales, el procurador general de la Nación y el de la Administración, los jueces, los ministros de Estado, el contralor general de la República, el presidente de la Asamblea Nacional, los magistrados del Tribunal Electoral, los magistrados del Tribunal de Cuentas, el fiscal general electoral, el defensor del pueblo, los directores generales,

gerentes o jefes de entidades autónomas, los directores nacionales y provinciales de los servicios de policía, empleados o funcionarios públicos de manejo conforme al Código Fiscal.

Este Despacho entiende que la disposición demandada establece un trato igualitario para una categoría de personas que ocupen los cargos públicos antes descritos, sin que se observe en ella un trato discriminatorio, de ninguna índole, para una determinada persona. Por el contrario, todas las personas naturales que se encuentren en esa categoría pública quedan sometidas a la regulación legal que ordena no imponer sanción penal a quienes cometan delitos en contra de su derecho al honor, limitando la acción reparatoria a la reclamación de responsabilidad en la esfera civil.

En este orden de ideas, estimamos que no existe fricción entre la frase acusada y la prohibición constitucional de discriminación por razón de raza, nacimiento, discapacidad, clase social, sexo, religión o ideas políticas ni con el principio de igualdad ante la Ley; conceptos sobre los cuales se ha pronunciado ampliamente el Pleno de la Corte Suprema de Justicia en su sentencia de 14 de marzo de 2003, como sigue:

"En relación al artículo 19 bajo los comentarios, la Corte Suprema de Justicia, en fallo de 20 de mayo de 1999, bajo la ponencia del Magistrado Rogelio Fábrega, por razón de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Licenciado Carlos Ameglio Moncada en representación del señor William Ochoa, contra la frase "ser ciudadano panameño" contenida en el acápite A) de la Ley 31 de 11 de enero de 1983, indicó lo siguiente:

"De allí que, en el análisis del artículo 19 conviene, además relacionarlo con el artículo 20, ambos de la Constitución Política, porque ambos son aspectos de una misma situación, su anverso y reverso.

El primero de ellos se refiere a la interdicción de manifestaciones discriminatorias por razón, entre otras, de nacimiento. El principio constitucional ha sido objeto de copiosa jurisprudencia, como se indicará, y se desdobra en dos manifestaciones: la existencia del principio de igualdad (artículo 20) y la prohibición de discriminación por razón de raza, nacimiento, clase social, sexo, religión o ideas políticas (artículo 19), ambos de la Constitución Política.

Este Pleno ha señalado en varias ocasiones que la recta interpretación del principio de igualdad ante la ley conduce a que ésta, al regular determinados aspectos de la vida social, no introduzca, ante situaciones que son iguales, tratamientos diferenciados. No estatuye, por lo tanto, un principio de igualdad matemática, sino de igualdad ante situaciones iguales y naturalmente, desigualdad ante situaciones que no tengan ese carácter, es decir, de justicia distributiva.

Desde su otra perspectiva, que es el que denuncia el demandante, la interdicción de los tratos discriminatorios en las manifestaciones del Poder Público, ha señalado el Pleno, también en innumerables ocasiones, lo que antes se ha destacado, es decir, el tratamiento no discriminatorio implica un tratamiento igualitario ante las personas, naturales o jurídicas, que se encuentren en una misma situación, objetivamente considerado, y, por ello, cae fuera de su marco desigualdades naturales o que responden a situaciones diferenciadas; pero, en adición, que el trato discriminatorio ha de estar referido a situaciones individuales o individualizadas.

Así lo ha hecho, por ejemplo, en las sentencias de 11 de enero de 1991, de 24 de julio de 1994 y de 26 de febrero de 1998, y 29 de diciembre de 1998. En este último fallo, bajo la ponencia del Magistrado FABIÁN ECHEVERS, sostuvo el Pleno:

"En primer lugar, es necesario precisar el alcance real del principio contenido en el artículo 19 de la Carta Fundamental, materia que ha sido motivo de varios pronunciamientos por esta Corporación de Justicia. El Pleno se ha pronunciado en el sentido de que el artículo 19 prohíbe es la creación de privilegios entre personas naturales jurídicas o grupo de personas, que se encuentren dentro de iguales condiciones o circunstancias".

Así tenemos que en fallo de 11 de enero de 1991, el Pleno externó:

"El transcrito artículo sólo prohíbe los fueros y privilegios cuando son personales, es decir, concedidos a título personal. De ahí que si la ley confiere ciertos fueros o privilegios a determinada categoría de ciudadanos, o de servidores públicos o de trabajadores, dichos fueros o privilegios no son inconstitucionales porque no han sido otorgados en atención a las personas en sí, sino a la condición o status que tiene". (R.J. enero de 1991, p.16).

Sólo se considerará, entonces, que existe un privilegio cuando la distinción recae sobre una persona, o ente particular, colocándola en una posición de ventaja frente a otras u otros que presentan las mismas condiciones."

A juicio de esta agencia del Ministerio Público, la frase acusada de inconstitucional ha sido adoptada por el Estado sobre la base de su poder legislativo, y no es más que una medida de despenalización de los delitos contra el derecho al honor cuando los mismos son cometidos en perjuicio de la categoría de autoridades públicas a que ya hemos hecho

referencia, sin hacer ningún tipo de discriminación o distinción prohibidas por la interpretación que de los artículos 19 y 20 de la Constitución Política de la República ha realizado de manera inveterada ese Tribunal.

Este tipo de figura jurídica que excluye la aplicación de la pena, no es la única que existe en el Código Penal vigente, ya que, por ejemplo, el artículo 382 del mismo también contempla dos supuestos que declaran exentos de sanción a quienes cometan el delito de Falso Testimonio; y a esta clase de regulación penal se le conoce técnicamente como "excusa absolutoria", sobre la cual, parte de la doctrina nacional ha planteado lo siguiente:

"La exclusión de la responsabilidad penal ocurre también cuando habiéndose realizado el hecho típico, antijurídico y culpable, no puede aplicarse la pena o sanción correspondiente, por diversas razones de política criminal o conveniencia social.

Lo anterior, es lo que se conoce como Excusas absolutorias, (*Sainz Cantero, p.757*) término que proviene en el derecho penal español de *Silvela* y que aunque algunos autores ha recomendado su reemplazo por "causas personales de exclusión de la pena" siguiendo los criterios mayoritarios de la doctrina alemana, todavía se emplea esta expresión de estirpe francesa.

Las definiciones sobre excusas absolutorias son de una gran variedad de acuerdo a la concepción de cada autor, señalando que las mismas tienen por objeto **excluire** la pena, aunque los motivos por los cuales se fundamentan las mismas son diversos." (ARANGO DURLING, Virginia. **Las consecuencias jurídicas del Delito.** Panamá Viejo. 2003. Págs. 166,167)

Visto lo anterior, pasamos ahora a examinar el cargo de inconstitucionalidad formulado por el accionante por la supuesta infracción del artículo 17 del Texto Constitucional.

En este sentido, observamos que de acuerdo con la exposición hecha por el actor en su libelo, la norma citada establece los fines para los cuales las autoridades están instituidas, entre los cuales cabe destacar, la obligación de proteger la honra de los nacionales donde quiera que se encuentren y la de los extranjeros que estén bajo su jurisdicción, además de asegurarles los derechos y garantías que consagra la propia Constitución Política de la República, los cuales deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona. No obstante, al parecer del accionante la frase tachada de inconstitucional no solamente limita la capacidad del Estado, y la función fundamental de administrar justicia y de sancionar a quienes violen las normas penales, sino que crea un privilegio y una exoneración o impunidad, a favor de quienes libremente ofendan la dignidad y el decoro de una determinada categoría de funcionarios públicos, pudiendo con esa impunidad dañar la personalidad de los que administran o representan al propio Estado, socavando su autoridad y, a la vez, exonerando a las autoridades del deber de proteger la honra de las personas.

A juicio de esta Procuraduría tampoco se ha producido la trasgresión constitucional antes descrita, por cuanto si bien es cierto que la norma que se dice ha sido infringida establece claramente la obligación de las autoridades de la

República de proteger el derecho a la honra de las personas nacionales y de las extranjeras bajo su jurisdicción, no lo es menos, que ella no dispone de manera alguna que esa protección deba darse necesariamente bajo el amparo concreto de la imposición de una pena frente a la comisión de una conducta tipificada como delito; por lo que estaba perfectamente permitido a la luz de la citada norma superior, que en el caso de una categoría de autoridades públicas previamente determinada en la Ley, dicha protección pueda darse dentro del marco de la legislación civil, como efectivamente se contempla en la disposición demandada, que prevé la exigencia de responsabilidad civil cuando se trata de transgresores de los tipos penales que establecen los delitos contra el derecho al honor, en el caso que estos sean cometidos en perjuicio de dichas autoridades.

Del tenor de la norma en que se encuentra inserta la frase demandada, el artículo 193 del Código Penal, se colige que la misma no impide el ejercicio de la acción penal en el caso que la ofendida sea una persona que pertenezca a la categoría de autoridades que ella determina ni tampoco el desarrollo del proceso penal, hasta su conclusión, puesto que lo único que se veda mediante dicha frase es la posibilidad de aplicar la sanción penal a quienes resulten responsables de haber cometido el delito.

En razón de lo antes expuesto, consideramos que en lo que respecta a la frase demandada, estamos ante una decisión de Política Criminal del Estado Panameño, mediante la cual éste se ha inscrito en la corriente doctrinal anglosajona que

aboga por exigir únicamente responsabilidad civil como consecuencia de la afectación del bien jurídico "Honor", cuando los ofendidos son determinadas autoridades públicas, aunque con la particularidad de introducir una modalidad legislativa nacional, consistente en mantener tipificada dicha conducta como delito.

Resulta conveniente traer a colación el criterio sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en torno al tema de las cargas que deben soportar los funcionarios públicos, a diferencia de los particulares, cuando se trata del ejercicio de la libertad de expresión; criterio contenido en su sentencia de 2 de julio de 2004, dictada al resolver el caso de Herrera Ulloa contra Costa Rica, en cuya parte medular se lee:

"127. El control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, razón por la cual debe existir un margen reducido a cualquier restricción del debate político o del debate sobre cuestiones de interés público¹.

128. En este contexto es lógico y apropiado que las expresiones concernientes a funcionarios públicos o a otras personas que ejercen funciones de una naturaleza pública deben gozar, en los términos del artículo 13.2 de la Convención, de un margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público, el cual es esencial para el funcionamiento de un sistema

¹ Cfr. *Caso Ivcher Bronstein*, supra nota 85, párr. 155; en el mismo sentido, *Eur. Court H.R., Case of Feldek v. Slovakia, Judgment of 12 July, 2001*, para. 83; *Eur. Court H.R., Case of Sürek and Özdemir v. Turkey, Judgment of 8 July, 1999*, para. 60.

verdaderamente democrático. **Esto no significa, de modo alguno, que el honor de los funcionarios públicos o de las personas públicas no deba ser jurídicamente protegido, sino que éste debe serlo de manera acorde con los principios del pluralismo democrático.**

129. Es así que el acento de este umbral diferente de protección no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de una persona determinada. Aquellas personas que influyen en cuestiones de interés público se han expuesto voluntariamente a un escrutinio público más exigente y, consecuentemente, se ven expuestos a un mayor riesgo de sufrir críticas, ya que sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público." (tomado de la dirección de internet:<http://www.corteidh.or.cr/index.cfm>)

El análisis que precede lleva a este Despacho a la conclusión que no se ha producido la infracción que se alega en relación con el artículo 17 de la Constitución Política de la República, puesto que en el marco del contenido de dicha norma superior, la disposición penal demandada ha dispuesto proteger el derecho al honor de determinada categoría de autoridades públicas limitándola a la esfera del Derecho Civil, y, por tanto, tampoco se ha infringido el numeral 1 del artículo 163 de dicho Texto Constitucional que establece la prohibición genérica a la Asamblea Nacional de expedir leyes que contraríen la letra o el espíritu del mismo.

En atención a lo antes expuesto, solicitamos respetuosamente a los Honorables Magistrados de la Corte Suprema de Justicia declarar **QUE NO ES INCONSTITUCIONAL** la

frase **"no se impondrá la sanción penal"** contenida en el artículo 193 del Código Penal, aprobado mediante la ley 14 de 18 de mayo de 2007, modificada y adicionada por la ley 26 de 21 de mayo de 2008, cuyo texto único fue publicado en la edición de la gaceta oficial 26057 del lunes 9 de junio de 2008.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Oscar Ceville
Procurador de la Administración

Nelson Rojas Avila
Secretario General