

LOS REQUISITOS O PRESUPUESTOS MATERIALES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES PENALES DESDE EL NUEVO ENFOQUE DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DE PANAMÁ



Franklin Pinzón González

Juez de Garantías de la Provincia de Veraguas

Correo electrónico: franklinartpin@yahoo.com

LOS REQUISITOS O PRESUPUESTOS MATERIALES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES PENALES DESDE EL NUEVO ENFOQUE DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DE PANAMÁ

Resumen

Para la imposición de medidas cautelares penales en el proceso penal de Panamá se requiere la existencia de requisitos materiales como: La existencia del hecho punible y la vinculación del imputado lo que se conoce como el *fumus bonis iure*, también se exige, el *periculum in mora* o *periculum in libertatis* que viene a representar los peligros procesales que se busca prevenir con la imposición de una medida cautelar penal y la proporcionalidad que pone límites al ejercicio del poder Estatal, los cuales son examinados en este trabajo con el nuevo enfoque de nuestro ordenamiento procesal penal.

Abstract

For the imposition of criminal precautionary measures in the criminal process of Panama requires the existence of material requirements such as: The existence of punishable offense and the attachment of the accused what is known as the *fumus bonis iure*, also required, *periculum in mora* Or *periculum in libertatis* that comes to represent the procedural dangers that are sought to prevent with the imposition of a criminal injunction and proportionality that limits the exercise of State power, which are examined in this work with the new approach of our procedural order penal.

Palabras Claves

Sistema Penal Acusatorio: Medidas Cautelares Penales, Presupuestos Materiales, Peligros Procesales y La Proporcionalidad de la Tutela Cautelar Penal.

Keywords

Accusatory Criminal System: Criminal Precautionary Measures, Material Budgets, Procedural Dangers and Proportionality of Criminal Custody Protection.

ASPECTOS GENERALES:

Los requisitos o presupuestos materiales (*fumus bonis iuris* y *periculum in mora*) son los elementos que deben estar presente al momento de imponer una medida cautelar penal, esto se desprende del



artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos que nos indica que “nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas”, mientras que nuestra Constitución Nacional en su artículo 21 nos señala que: “ Nadie puede ser privado de su libertad, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente expedido de acuerdo con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley.”

De estas normas que forman parte integral del nuevo proceso penal que adopta Panamá, a través de la Constitucionalidad del proceso por disposición expresa del artículo 2 del Código de Procedimiento Penal, se puede observar que toda afectación de derechos o garantías de una persona investigada, deben estar bajo las condiciones fijas de antemano por la Constitución y por la ley. Estos presupuestos materiales según la normativa que presenta nuestro Código de Procedimiento Penal, están contenidos en los artículos 221, 222, 227 y 237 son imprescindibles porque representan en el proceso penal; una justificación en general para la procedencia de la tutela cautelar penal, pero la adopción de una medida cautelar dentro de una causa penal en concreto, sólo es viable cuando estos requisitos o presupuestos materiales puedan establecerse o verificarse dentro del proceso, ya que si la resolución que acuerda una medida

cautelar no verifica los presupuestos materiales, la adopción de esa medida cautelar no ha sido fundamentada o si en la decisión adoptada se explica correctamente la concretización de estos requisitos la medida cautelar se encuentra fundamentada, porque la decisión ha justificado la existencia de los presupuestos materiales.

Para la imposición de una medida cautelar deben establecerse estos requisitos materiales en el caso en concreto, pero también es de suma importancia dentro de los presupuestos materiales que se examine el tema de la proporcionalidad, porque en la aplicación de la tutela cautelar penal, su justificación está bajo la exigencia de la proporcionalidad, cuyo respeto es indicativo de la racionalidad del alcance de la actuación Estatal, que orienta un Estado Social, Democrático y de Derechos, ya que el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal tiene un catálogo de medidas cautelares, lo que obliga a que en la aplicación de la regla de proporcionalidad, se tenga que analizar, ya no la procedencia, sino la necesidad de recurrir a tal forma de injerencia estatal, por lo tanto, en este tema no solo veremos el *fomus bonis iure*, el *periculum in mora* como requisitos o presupuestos materiales, si no que abordaremos además el tema de la proporcionalidad toda vez que el artículo 222 del Código Procesal que regula el presupuesto material del *fomus bonis iure*, introduce la proporcionalidad como elemento de valoración para la adopción de medidas cautelares en el nuevo Proceso Penal de Panamá.



A) FUMUS BONIS IURIS:

Para la adopción de una medida cautelar el primer requisito lo constituye el *fumus bonis iuris* contenido en el artículo 222 del Código de Procedimiento Penal, por lo cual se puede establecer que este requisito representa una consideración especial que es indispensable y se concretiza dentro del proceso cuando se verifica la relación positiva entre el hecho y la norma que tipifica una conducta delictiva establecida previamente por el ordenamiento jurídico positivo del Estado y la relación que vincula a un sujeto con el hecho delictivo; a partir de esto puede darse por establecido en su caso la consideración especial que justifica la aplicación de una medida cautelar penal, ya que esto permite que sea verosímil o de probabilidad que al momento de adoptar una medida cautelar se haga sobre la existencia del derecho cuya protección se solicita (*lus Puniendi*). Este derecho que se pretende proteger con la tutela cautelar, tiene una connotación diferente si estamos ante una medida cautelar de carácter civil o penal, porque para establecer la existencia del *fumus bonis iuris* en materia civil, tan solo con la presentación de la demanda por parte del titular del derecho se acredita este requisito material ya que surge a su favor la obligación del estado de asegurar el derecho reclamado con base a una tutela judicial efectiva, mientras que en la tutela cautelar penal el Estado como titular del *lus puniendi* y del ejercicio de la acción penal por disposición expresa del artículo 220 numeral 4 de la Constitución Nacional y el artículo

68 del Código de Procedimiento Penal le corresponde ejercer el *lus Puniendi* Estatal (derecho de penar); este derecho Estatal para poder materializarse en el proceso penal se configura no por la probabilidad de obtener una resolución favorable sobre el fondo del asunto como ocurre en materia civil, sino por la probabilidad de que el sujeto en contra de quien se dirige la investigación haya tenido una participación como autor, cómplice o encubridor de un hecho que reviste carácter de delito y en este caso solo existirá para efecto de una medida cautelar penal el *fumus bonis iure*, cuando en el resultado de la investigación se acopien elementos o indicios probatorios que cumplan con este fin y establezcan la probabilidad verosímil que existe una relación positiva del hecho con una norma penal y la relación que vincula a un sujeto con el posible hecho delictivo. Esto ha dado lugar a que este presupuesto material de las medidas cautelares penales se le denomine por cierto sector de la doctrina como "*fumus comisi delicto*" porque en la adopción de una tutela cautelar penal no se aventura un juicio sobre la existencia de ningún buen derecho, sino sobre la existencia de un hecho que se adecua a un tipo penal y la posible participación de una persona en un hecho delictivo.

Cabe indicar que este requisito de procedencia de la tutela cautelar penal cuando se concretiza dentro del proceso no puede llevarse al extremo en la audiencia de medida cautelar, puesto que se estaría transformando la misma en una audiencia de pruebas, de allí que la apariencia de buen derecho



debe acreditarse a través de elementos de convicción o principios de pruebas acopiados hasta el momento, los cuales deben dar al Juez de Garantías un juicio razonable y verosímil sobre la existencia del hecho punible y sobre la participación criminal del imputado.

B) PERICULUM IN MORA O PERICULUM IN LIBERTATIS:

Este requisito material de la tutela cautelar penal comúnmente se acostumbra a denominarlo en la doctrina procesal civil “peligro en la demora o periculum in mora”, pero la doctrina moderna, cuando habla específicamente de las medidas cautelares penales hace referencia al peligro que el imputado siga en libertad y es por ello que se habla de “periculum in libertatis” que hace referencia al peligro que pueda existir por la libertad del imputado, que puede ser potencialmente peligrosa para la seguridad del éxito de las diligencias precisas de investigación, de la sociedad y de la víctima.

Así tenemos, que el periculum in mora para la tutela cautelar penal en el proceso de Corte acusatorio como el que ha adoptado Panamá se configura desde otra óptica diferente a la tutela cautelar civil, que tiene como idea central evitar el peligro de infructuosidad y peligro de tardanza que afectaría la eficacia o el derecho que se reconoce en la sentencia de fondo, ya que en la tutela cautelar penal atendiendo su función y finalidad dentro del proceso penal bajo este prisma lo que se busca es evitar peligros procesales que de concretarse

pongan o afecten la resolución penal, por lo tanto este presupuesto material (periculum in mora o periculum libertatis) se conforma por la amenaza de que en el desarrollo del proceso el imputado represente un peligro potencial que pueda afectar su normal desarrollo y afectar los fines del proceso penal.

En este sentido, debemos indicar que este requisito material es el que le da un fin procesal a la tutela cautelar penal, porque constituye una regla de tratamiento del procesado derivado del principio de presunción de inocencia que exige que el imputado sea tratado como inocente durante la sustanciación del proceso a fin de que no se le afecten derechos y garantías fundamentales, sobre todo su derecho a permanecer en libertad, por lo cual sólo se permite la aplicación de limitaciones a sus derechos cuando es necesario que el poder coercitivo del Estado en el marco del procedimiento penal aplique una medida de coerción, restrictiva de la libertad personal o de otros derechos para evitar peligros potenciales que pongan en peligro el desarrollo y la resolución penal del proceso. Esto permite establecer un fin procesal de las medidas cautelares penales, tal como lo afirma Alberto Bovino cuando nos dice:

“En consecuencia, hoy se afirma de modo unánime que la coerción procesal solo tiende a proteger la realización de fines procesales, que, se agrega pueden ser puestos en peligro de dos maneras diferentes:



a) cuando el imputado obstaculiza la averiguación de la verdad – entorpecimiento de la investigación objeto del proceso, y b) cuando el imputado se fuga e impide la aplicación del derecho penal material.” (Bovino Alberto, 1998, p139).

Por su parte, La Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 7 numeral 2 indica que la privación de libertad, la cual es la medida cautelar más grave, sólo puede ser aplicada por la causa y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas o por las leyes dictadas conforme a ella, lo que lleva a establecer que los peligros procesales de donde se deriva la existencia del *periculum in mora* o *periculum in libertatis* deben estar fijados previamente en la ley, estableciendo un principio de legalidad.

Al respecto encontramos además que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 9 establece:

1- Todo individuo tiene derecho a la libertad y la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitraria. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en esta.

Como se observa, este instrumento de derechos humanos

reconoce el principio de legalidad que deben tener los peligros procesales que configuran el *periculum in mora* o el *periculum in libertatis* y también establece en su párrafo final como peligro procesal el peligro de la desatención al proceso por parte de la persona imputada y el aseguramiento de la ejecución del fallo.

En el nuevo proceso penal que adopta Panamá mediante la Ley No 63 de 28 de agosto de 2008, individualiza las hipótesis en que se entiende que habrá riesgos para los fines del proceso; estas se encuentran reguladas en el artículo 227 el Código de Procedimiento Penal como reglas para la aplicación de medidas cautelares las cuales establecen peligros potenciales que pueden afectar el normal desarrollo del proceso, por lo cual se configuran el *periculum in mora* o el *periculum in libertatis*.

Así vemos que el primer peligro procesal que consagra el artículo 227 es el peligro de fuga, por lo cual es necesario señalar que el peligro de fuga como tal no se debe examinar conforme a la conducta del imputado al desaparecer de la escena donde se cometió el delito, pues él está revestido de un derecho constitucional de no auto incriminarse. De tal manera que el peligro de fuga, implica la existencia de elementos concretos que llevan a presumir el riesgo muy probable de que el imputado pretenderá sustraerse al proceso penal, a la acción de la justicia y a su responsabilidad.

El peligro de fuga ha sido



definido por el doctor José Antonio Neira Flores como:

“el peligro relacionado a la posibilidad que el procesado se sustraiga de la acción de la justicia y no se pueda cumplir con los fines del proceso. Es decir, el procesado por diversas razones (miedo a que le impongan una pena, no querer pagar reparación civil, gastos de tiempo que le quita el proceso, como no tiene arraigo se va del lugar donde domicilia realmente, etc.) se sustrae a la acción de la justicia.....Para determinar el peligro de fuga el juez tendrá en cuenta: El arraigo en el país del imputado, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto”. (Neira Flores José, 2010, p 510).

De la anterior definición podemos encontrar que en el peligro de fuga no solo existe un componente material como lo puede ser la falta de arraigo del imputado que lo puede alentar a no atender el proceso que se adelanta en su contra, sino que también existe un componente subjetivo como el miedo a que se le imponga una sanción penal que puede incidir en una mayor tentación de fuga en el imputado, en la medida en que se considera que cuanto más grave sea la pena mayor es la posibilidad de que el imputado pueda eludir la justicia. En

este último componente, también se observa el grado de responsabilidad cívica del imputado que ha interiorizado las reglas sociales de la convivencia pacífica y que reconoce que dentro de una sociedad se tiene derechos y deberes, sin embargo, este aspecto subjetivo para determinar la posible concreción del peligro de fuga es muy cuestionado, porque los valores morales del procesado, nada demuestra que estos pueden afectar el desarrollo del proceso y constituir un criterio con una pesada carga valorativa y, por tanto de muy difícil comprobación.

El segundo peligro que establece el artículo 227 del Código de Procedimiento Penal para que se configure el *periculum in mora* o el *periculum libertatis* es “cuando existan motivos graves y fundados que el imputado pueda destruir o afectar medios de pruebas”. Este peligro de destruir o afectar medios de prueba, se entiende como la posibilidad real y objetiva de que el imputado interfiera, dificulte, entorpezca, ponga trabas, imposibilite o trate de imposibilitar el desarrollo de las diligencias o actos de investigación de tal modo que es necesario imponer una medida cautelar siempre que exista la probabilidad o sea verosímil que pueda afectar la investigación.

De esta manera se puede afirmar que este peligro procesal resulta vinculado claramente a posibles actos concretos y dolosos del imputado destinados a atentar contra el desarrollo de la actividad investigadora o probatoria. Por ello, el



solo desarrollo de la investigación no puede justificar, autorizar, restringir o privar de la libertad al imputado para facilitar la labor investigativa del Ministerio Público, porque en términos generales el imputado es un sujeto procesal autónomo que no está obligado a colaborar en la persecución penal, salvo las cargas que de modo preciso le impone el proceso penal, de allí que solo tiene un deber de lealtad y litigación equivalente al de cualquier otro sujeto procesal.

El tercer peligro procesal que estipula el artículo 227 del Código de Procedimiento Penal de Panamá, es cuando por circunstancias especiales se determine que la libertad del imputado puede ser de peligro para la comunidad por pertenecer a organizaciones criminales, por la naturaleza y número de delitos imputados o por contar con sentencias condenatorias vigentes. En este tercer supuesto el Código de Procedimiento Penal de Panamá, establece como peligro procesal, la reiteración delictiva que corresponde a que a un mismo sujeto le son imputables múltiples realizaciones de uno o varios tipos penales; es decir, tiene lugar en caso que el comportamiento de una persona infrinja distintas normas de conducta, o varias veces la misma norma pudiendo imputársele cada una de esas infracciones; además se toma en cuenta para la reiteración delictiva la peligrosidad social por pertenecer a bandas criminales o por el hecho de ser reincidente al contar con sentencias condenatorias previas a la formulación de imputación.

Este peligro procesal que recoge el numeral 3 del artículo 227 no es aceptado unánimemente por la doctrina, porque un sector cuestiona la mención que cumple el peligro de reiteración no está destinada a asegurar las consecuencias jurídicas del delito a declararse en una sentencia condenatoria, ni entraña una exigencia de instrumentalidad al no supeditarse a un proceso principal que pretende asegurar, puesto que con este peligro procesal lo que se busca es en realidad evitar un futuro e hipotético proceso, posteriormente.

Sin embargo, esta posición adoptada por cierto sector de la doctrina no es aceptada por los principales Organismos de Derechos Humanos Europeos y de América; así encontramos que el artículo 5.3 de la Convención Europea de Derechos Humanos permite la aplicación de la detención preventiva que es una medida cautelar personal más grave cuando exista una reiteración delictiva, esto fue determinado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso en Matznetter, donde este Tribunal Europeo determinó que la continuidad de los actos reprochados, el daño causado y la nocividad del acusado, como la experiencia y capacidades de éste, lo que facilita la reiteración de actos delictivos por parte del sujeto permiten la aplicación de la detención preventiva. En el ámbito de América Latina la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce la reiteración delictiva como fundamento para ordenar la detención preventiva cuando en su informe 2/97 de 11 de



marzo del 1997 sección iii no 32 indica:

iii. Riesgo de comisión de nuevos delitos:

32. Cuando las autoridades judiciales evalúan el peligro de reincidencia o comisión de nuevos delitos por parte del detenido, deben tener en cuenta la gravedad del crimen. Sin embargo, para justificar la prisión preventiva, el peligro de reiteración debe ser real y tener en cuenta la historia personal y la evaluación profesional de la personalidad y el carácter del acusado. Para tal efecto, resulta especialmente importante constatar, entre otros elementos, si el procesado ha sido anteriormente condenado por ofensas similares, tanto en naturaleza como en gravedad.

La Corte Suprema de los Estados Unidos también en el caso *United States vs Salerno* 481 Us 739 (1987) reconoce la reiteración delictiva como argumento que permite la aplicación de la detención preventiva cuando sostiene que:

“La ley en cuestión es constitucional por cuanto la detención preventiva no es una pena anticipada en cuanto no es punitiva, sino que constituye la regulación de un interés estatal tendiente a proteger a la sociedad y las personas, de sujetos que son potencialmente peligrosos. Por lo tanto, la regulación está relacionada

en forma directa con sus fines. El interés del gobierno en preservar la seguridad de las personas puede limitar sus derechos a permanecer en libertad. De esta manera en circunstancias excepcionales como ser las previstas en la ley se puede restringir el derecho a la libertad personal y por ello la ley no es inconstitucional.”

De estos planteamientos se observa la prevalencia de dos criterios para acordar una medida cautelar personal contra el imputado como lo es la detención preventiva basado en el peligro de reiteración delictiva; el primero de ello atiende la gravedad del delito, las circunstancias de su comisión, los antecedentes del imputado y su personalidad, mientras que el otro criterio atiende o tiene presente dos condiciones básicas como lo son la gravedad del delito presumido y la naturaleza del delito esperado.

En el Código de Procedimiento Penal de Panamá, a nuestro juicio, la regulación de la reiteración delictiva como fundamento para aplicar una medida cautelar cumple con los estándares fijados por la Convención de Derechos Humanos y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, ambos instrumentos aprobados por Panamá, porque la reiteración delictiva como presupuesto procesal está contenido en el numeral 3 del artículo 227 cumpliendo con un principio de legalidad; además, en el caso de Panamá a las medidas cautelares también se le reconoce un fin material, ya que tienen



que garantizar la ejecución de la pena, esto se desprende de lo indicado en el numeral 3 del artículo 222 del Código de Procedimiento Penal que establece la proporcionalidad en cuanto a la sanción que se estime que podría ser impuesta al imputado y a lo señalado por el artículo 9 numeral 3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, el cual indica que la prisión preventiva está subordinada a garantías para la ejecución del fallo dando un fin material a la tutela cautelar penal, lo que a su vez permite aplicar a las medidas cautelares penales funciones de la pena como la prevención especial mientras que la Convención de Derechos Humanos en su artículo 32 numeral 2 establece que “ los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por la justa exigencia del bien común en una sociedad democrática”, por lo tanto este peligro procesal para establecer un *periculum in mora* o el *periculum in libertatis* no solo tiene sustento en el derecho procedimental panameño resguardando el debido proceso legal sino que se sustenta en norma de Tratados de Derechos Humanos antes mencionados suscrito por Panamá. No obstante, debemos tener presente que un Estado Social Democrático y de Derechos significa la subordinación de los Poderes Públicos a la Constitución y las leyes estableciendo un límite formal, pero también existe un límite material del Poder Público que reconoce derechos y garantías fundamentales al ciudadano, por tanto, este poder estatal debe ser sometido a la prudencia del Juez de Garantías sobre la base de la mínima intervención del derecho penal

y de lo estrictamente necesario al fin y función de la tutela cautelar penal , ponderando la proporcionalidad de la medida cautelar penal, con los otros elementos materiales de la misma.

El cuarto peligro procesal que estipula el artículo 227 para que se configure el *periculum in mora* o el *periculum libertatis* es cuando existan razones fundadas que el imputado pueda atentar contra la víctima o sus familiares. En este aspecto se tiene presente que ha existido una lesión o peligro de un bien jurídico que es constitutivo de una infracción penal, es decir, es necesario que exista una víctima, y la concurrencia de claros indicios que el imputado atacó, lesionó o puso en peligro un bien jurídico de otra persona, mediante una acción constitutiva de un hecho delictivo, y que además existe un peligro potencial que el imputado por la infracción anterior vuelva a tentar contra bienes jurídicos de la víctima o de sus familiares, por lo cual este peligro procesal representa una medida de prevención, no para lograr la efectividad de la sentencia, sin para prevenir hechos delictivos contra la víctima o familiares que puedan afectar la investigación o la resolución penal.

C) PROPORCIONALIDAD:

La proporcionalidad tiene sus antecedentes inmediatos en las decisiones del Tribunal Constitucional Alemán y se difunde en los Tribunales Constitucionales Europeos hasta llegar a los Latinoamericanos; en la primera mitad del siglo XX la proporcionalidad



se utilizó para el control de la constitucionalidad de las leyes y para resolver colisiones entre derechos, también la proporcionalidad es un principio sustantivo que introduce Beccaria en el siglo XVIII en su obra Tratado de los Delitos y de las Penas, al establecer que las penas deberían ser proporcional al delito o la infracción penal cometida.

En materia de la tutela cautelar penal, la proporcionalidad, refleja una consecuencia de la búsqueda de una justificación teológica que le dan los Estados Social Democráticos de Derecho en la limitación de derechos a un imputado, por lo tanto, se puede conceptuar conforme a esta justificación en el marco puntual de las medidas cautelares penales que la proporcionalidad representa el margen de discrecionalidad y prudencia judicial, por medio del cual el ente revestido de funciones jurisdiccionales como lo son los Jueces de Garantías, ponderan la adecuación de la medida cautelar penal con el fin del proceso. De esta manera, la proporcionalidad desde la perspectiva del nuevo sistema de juzgamiento que ha adoptado Panamá representa una de las garantías del derecho de libertad, pues constituye una necesaria consecuencia del principio de inocencia que exige que los imputados reciban un trato de inocentes o como mínimo que no reciban un trato más gravoso que los condenados, pero también constituyen un mecanismo de control de constitucionalidad de la actuación de los poderes públicos en la limitación de los derechos fundamentales (derecho a la libertad) en ámbito jurisdiccional del

operador de justicia que ha de utilizarlo tomando en cuenta que toda injerencia estatal en los derechos fundamentales, para ser constitucionalmente admisible debe responder a una finalidad legítima con el fin de garantizar bienes constitucionalmente protegibles y socialmente relevantes para los ciudadanos.

El Juez de Garantías al examinar la proporcionalidad de toda medida cautelar penal debe verificar las reglas que componen la proporcionalidad como nos dice Nicolás González-Cuéllar Serrano:

“para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto” (González-Cuéllar Serrano Nicolás, 1998, p196)

Este presupuesto o regla



necesario para un test de proporcionalidad, ha sido adoptado a nivel doctrinal y por los organismos de Derechos Humanos, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando en Sentencia No 21 del 2007 Caso Chaparro Álvarez y Lap Iñiguez vs. Ecuador nos indica lo siguiente:

Valga señalar que este Tribunal ha reconocido como fines legítimos el asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia; ii) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; iii) que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto.

La proporcionalidad en el nuevo Proceso Penal Panameño está reconocida en la actuaciones jurisdiccionales que restringen derechos fundamentales en el artículo 12 que controla judicialmente la afectación de derechos permitiendo excepcionalmente la afectación de estos derechos sobre la base de la proporcionalidad, mientras que el artículo 222 la contempla junto a los requisitos materiales para la procedencia de las medidas cautelares penales, no obstante debemos señalar

que la proporcionalidad per se no forma parte de los requisitos materiales (Fomus bonis iure y periculum in mora o periculum in libertatis), ya que solo estos influyen en el test de proporcionalidad cuando se examina la naturaleza del delito, el grado de exigencia cautelar y la posible pena a imponer, por lo cual puede ocurrir que estando presente en el proceso los requisitos materiales aplicando las reglas de proporcionalidad puede provocar la no adopción de medidas cautelares tan gravosas como las exigidas por el Ministerio Público.

En este contexto procedemos a estudiar las reglas de la proporcionalidad que ha señalado el doctor Cuellar Serrano como son: la idoneidad, la necesidad o lo gradualidad y la proporcionalidad en sentido estricto.

A) Idoneidad:

La idoneidad constituye un criterio de carácter empírico basado en la prudencia, experiencia lógica y sentido común del Juez, inserto en la prohibición constitucional de exceso en la afectación de derechos fundamentales al momento de aplicar una medida cautelar penal, que hace referencia, tanto desde una perspectiva objetiva como subjetiva, a la causalidad de las medidas en relación con sus fines y exige que las injerencias faciliten el éxito perseguido en virtud de su adecuación a los peligros procesales que se pretenden asegurar en la investigación. Por ello una medida cautelar penal es idónea si con su ayuda, la satisfacción del fin deseado se acerca



o facilita y no lo es si se aleja o dificulta o, simplemente, en los supuestos más claros, si la injerencia no despliega absolutamente ninguna eficacia para la consecución del fin procesal perseguido, porque la idoneidad de la medida cautelar penal está ligada directamente con aquellos indicios cautelares que justifican la existencia de un peligro procesal, lo que permite afirmar que la idoneidad debe ser aquel criterio idóneo que permite evitar u obstaculizar cualquiera circunstancia en que se sustente potencialmente un peligro procesal.

Cabe anotar que no es exigible a una medida cautelar penal una eficacia absoluta para el logro de la finalidad hacia la que se orienta, pero la dificultad estriba en determinar el grado de eficacia requerido por el requisito de idoneidad de la misma. El problema que se presenta para el Juzgador al ser el test de idoneidad en trazar la frontera entre las medidas no absolutamente idóneas, que deben reputarse legítimas desde el punto de vista de la observancia del requisito de idoneidad, y aquéllas que deben excluirse por resultar inidóneas y, por tanto, desproporcionadas o inconducentes al fin perseguido.

B) Necesidad de alternativas menos gravosas:

El principio de necesidad, también denominado "de intervención mínima o alternativa menos gravosa" representa una sub regla o elemento de la proporcionalidad que está unido a la prohibición constitucional de exceso, que tiende a la optimización del grado

de eficacia de los derechos individuales frente a las limitaciones que pudieran imponer en su ejercicio los poderes públicos. De esta manera dicha sub regla tiene como fin que el Juez de Garantías conforme a nuestro Código de Procedimiento Penal pueda verificar la medida restrictiva que se pueda adoptar con otras posibles, debiendo escoger la medida menos lesiva para los derechos del imputado.

En esta verificación, el Juez debe examinar dentro del catálogo de medidas cautelares que contempla el Código, las medidas menos gravosas que pueda cumplir con el fin procesal perseguido, con el objeto de evitar el peligro procesal invocado para la aplicación de la medida cautelar penal, así se logra la optimización del grado de eficacia de los derechos fundamentales, porque obliga al Juez de Garantías sustituir las medidas cautelares solicitadas por otras menos gravosas que de igual manera garanticen el fin procesal perseguido, porque al cotejar las medidas restrictivas aplicables que sean suficientemente aptas para la satisfacción del fin perseguido y a elegir, finalmente, aquélla que sea menos lesiva para los derechos de los ciudadanos fortalece un Estado Social y Democrático, y de esta manera protege a los ciudadanos frente a las posibles intervenciones excesivas del Estado y reduce su actuación a lo estrictamente necesario.

Portanto es indubitable a nuestro juicio que el proceso penal garantista como el asumido por Panamá, al Juez de Garantías, le corresponde



aplicar un test de proporcionalidad y la sub regla de necesidad o alternativa menos gravosa cuando impone una medida cautelar penal sin que exista la obligación de la defensa de solicitar la aplicación de otra medida cautelar distinta, porque la intervención mínima en todo Estado Social de Derecho prevé que cuando se pide la restricción de un derecho con mayor intensidad, por el ente de persecución penal como lo es el Ministerio Público, esto no supone más que la aplicación del conocido aforismo "quien puede lo más, puede lo menos", siendo además la elección de "lo menos" exigencia constitucional para el Juez de Garantías.

C) Proporcionalidad strictu sensu:

El principio de proporcionalidad en sentido estricto es el tercer elemento o sub regla de la proporcionalidad y se aplica finalmente superado los juicios de idoneidad y necesidad o alternativa menos gravosa, con el fin de determinar, mediante la utilización de las técnicas del contrapeso de bienes o valores y la ponderación de intereses según las circunstancias del caso concreto, si el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés público que se trata de salvaguardar. En este momento el Juez de Garantías debe comprobar si existe un equilibrio entre las ventajas y perjuicios que se generan por la limitación de un derecho para la protección de otro bien o derecho constitucionalmente protegido, si el sacrificio resulta excesivo deberá considerarse inadmisibles, aunque

satisfaga el resto de presupuestos y requisitos derivados del principio de proporcionalidad, porque los medios elegidos deben mantenerse en una relación razonable con el resultado perseguido.

De esta manera, para realizar el test de proporcionalidad strictu sensu, el Juez de Garantías debe tener en cuenta lo siguiente: que el proceso penal es considerado generalmente como un instrumento necesario de protección de los valores recogidos por el Derecho penal, cuya función primordial consiste en dotar al Estado de un cauce preestablecido para la aplicación del *ius puniendi* permitiendo a los órganos del Estado la satisfacción de los fines propios del derecho material, dando de este modo respuesta al interés de persecución penal que anima su actuación y que se opone al *ius libertatis* de los ciudadanos; si la gravedad de la pena esperada justifica razonablemente la aplicación de una medida cautelar penal estableciéndose una relación directa entre medio-fin; y los distintos grados de probabilidad de enjuiciamiento y punición del imputado sobre la base de su participación criminal, los cuales deben ser apreciados al ser acordadas las distintas medidas. Sin embargo, la ordenación de los distintos grados de intensidad del juicio de imputación no puede deducirse simplemente del significado filológico de las palabras utilizadas, más bien habrá de ser determinada de acuerdo con el grado de vinculación al hecho, así cuanto más restrictiva sea la medida, mayor grado de vinculación debe reclamarse.



CONCLUSIONES

1. Los requisitos o presupuestos materiales (*fumus bonis iuris* y *periculum in mora*) son los elementos que deben estar presentes al momento de imponer una medida cautelar.
2. El *fumus bonis iuris* representa la probabilidad de que el sujeto en contra de quien se dirige la investigación haya tenido una participación como autor, cómplice o encubridor de un hecho que reviste caracteres de delito.
3. El *periculum in mora* o *periculum in libertatis* tiene como fines evitar peligros procesales que de concretarse pongan o afecten la resolución penal y la aplicación del *ius puniendi* Estatal.
4. La proporcionalidad es el margen de discreción y prudencia judicial, por medio del cual los Jueces de Garantías, ponderan mediante las tres sub reglas que la integran la adecuación de la medida cautelar penal con los peligros procesales invocados.

BIBLIOGRAFÍA

1. Alberto Bovino: Problemas del derecho procesal penal contemporáneo, Editorial, del Puerto S.R.L, Buenos Aires, Argentina. 1998.
2. José Antonio Neyra Flores: Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral, Editorial Idemsa, Lima Perú. 2010.
3. Nicolás González- Cuellar Serrano: El Principio de Proporcionalidad en el Derecho Procesal Español, artículo publicado en Cuadernos de Derecho No 5 septiembre- diciembre. 1998.
4. Constitución Política de la República de Panamá. Reformada por los Actos reformatorios No 1 y No 2 de 1978, respectivamente, por el acto Constitucional de 1983; por los actos legislativo No1 de 1993 y No 2 de 1994; y por el Acto legislativo No1 de 2004.
5. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos entro en vigencia el 23 de marzo de 1976 mediante Ley No 15 de 28 de octubre de 1976, Gaceta Oficial No 18,269 de 4 de febrero de 1977.
6. Convención Americana sobre Derechos Humanos que entro en vigencia el 18 de julio de 1978, mediante Ley No 15 de 28 de octubre del 1977 Gaceta oficial No 18,468 de 30 de noviembre de 1977.
7. Código de Procedimiento Penal, aprobado mediante Ley No 63 de 28 de agosto del 2008 Gaceta Oficial No 26114 de 29 de agosto del 2008.
8. Convención Europea de Derechos Humanos, adoptado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950 y entró en vigencia en 1953.
9. Informe No 2/97 de 11 de marzo de 1997 emitido por la Corte Interamericana de Derechos



- humanos.
10. Sentencia No 21 del 2007 Caso Chaparro Alvarez y Lap Iñiguez vs. Ecuador, Corte Interamericana de Derechos humanos.
11. Caso United States vs Salerno 481

- Us 739 (1987) Corte Suprema de los Estados Unidos.
12. Caso Matznetter, Sentencia 10-VI-71 Tribunal Europeo de Derechos Humanos.



FRANKLIN PINZÓN GONZÁLEZ

ocupado diversos cargos en el Órgano Judicial desde Oficial Mayor en el Juzgado de Menores en la Provincia de Veraguas, Asistente de Magistrado del Tribunal Superior del Segundo Distrito Judicial; Juez Municipal y Juez Agrario. Actualmente es Juez de Garantías de Veraguas.

Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Panamá, posee una Maestría en Derecho Procesal por la misma universidad. Ha

El licenciado Pinzón obtuvo el primer lugar en el Primer Concurso de Ensayo Sapientia 2016.

“Una cosa no es justa por el hecho de ser ley. Debe ser ley porque es justa.”

Montesquieu

