

REPUBLICA DE PANAMA

PROLEGÓMENOS SOBRE EL DELITO DE POSESIÓN ILÍCITA DE ARMA DE FUEGO

ASAMBLEA NACIONAL
CONSTITUYENTE

Ley _____

CONSTITUCION DE LA REPUBLICA
DE PANAMA

Nosotros, los Diputados del Pueblo Panameño, reunidos en Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, decretamos la siguiente Constitución de la República de Panamá:

TITULO I

EL ESTADO PANAMEÑO

Artículo 1º. La Nación panameña está constituida en Estado unitario e independiente. Su sistema

Dr. José Sánchez Gallego

Juez de Garantías del Primer Circuito Judicial de Panamá

Correo electrónico: jose.sanchez01@organojudicial.gob.pa

Foto: ejemplar de la Constitución de la República de Panamá de 1946, aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente.

PROLEGÓMENOS SOBRE EL DELITO DE POSESIÓN ILÍCITA DE ARMA DE FUEGO

Resumen

El delito de Posesión Ilícita de Arma de Fuego conlleva afectaciones en distintas dimensiones. Esta reflexión, en conjunto con el principio de proporcionalidad, debe ser valorada al momento en que se aplica una medida cautelar.

Abstract

The possession crime of firearm carries affections of different dimensions. This reflection together with the principle of proportionality must be assessed at the time when a precautionary measure is applied.

Palabras Claves

Delito de peligro, medida cautelar, principio de proporcionalidad.

Keywords

Crime of danger, precautionary measure, principle of proportionality

En este ensayo me ocuparé de analizar, en una apretada síntesis, diferentes contextos del delito que acapara nuestra atención. El primer ejercicio implica una revisión general de orden constitucional y convencional, para luego referirme a asuntos vinculados con aspectos sustantivos y procesales.

I. PERSPECTIVAS CONSTITUCIONALES Y CONVENCIONALES

De entrada, importa tener en mente que el texto constitucional reclama que las autoridades desarrollen tareas dirigidas a proteger la vida, honra y bienes de los nacionales y extranjeros. Este aserto conlleva diferentes dimensiones

desde las cuales el Estado debe atender estos deberes. La vía punitiva es una de las alternativas por medio de las cuales se dispensa tutela a bienes jurídicos.

La opción penal representa, en todo caso, la última alternativa que debe ser utilizada en aras de proporcionar protección a bienes jurídicos, pues claramente, se precisa acudir a otros medios de control social menos lesivos que aquellos previstos en la ley penal. Esta reflexión será válida si se considera que el Derecho penal es un mecanismo de control colectivo, pues también se cuenta con autorizadas opiniones que sostienen

que la herramienta penal es ineficaz para adelantar tareas de control en la comunidad, por tanto, no es razonable conferirle tal atributo.

Sobre la base de los deberes que les corresponden a las autoridades se advierte que en sede penal se tutelan diversos bienes jurídicos. Esta protección se ha extendido últimamente, en atención a lo que Silva Sánchez, (2008), ha denominado la expansión del Derecho Penal que, en términos generales, implica la injerencia de la ley penal en asuntos que tradicionalmente no eran materia de examen. En este orden de ideas, se advierte un complejo compendio de delitos que tutelan el ambiente, asuntos financieros y la seguridad colectiva, por mencionar algunos.

En atención a la reflexión expuesta, resulta que en atención al principio de fragmentariedad, se tipifican distintas conductas, verbigracia, el delito de posesión ilícita de arma de fuego, en aras de hacer frente a fenómenos delictivos, en la medida que estos conllevan lesiones a bienes jurídicos de superlativa entidad; por ende, la inclusión de nuevos comportamientos encontraría acomodo en el texto constitucional, en razón de la tutela que deben dispensar las autoridades. Claro está que para ello también habría que revisar la estructura del tipo con el fin de verificar si el ejercicio del legislador ha respetado los lineamientos constitucionales y convencionales que pauta el principio de legalidad; y si se han acatado los contornos que dictamina el principio de proporcionalidad.

Desde el plano convencional, se

advierte que el delito que ahora nos ocupa ha encontrado espacios de atención. Así, la “Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional”. El instrumento jurídico citado establece un catálogo de delitos graves, entre los que se encuentran aquellos que tienen aparejadas penas de considerable entidad, es decir, las que excedan de cinco (5) años o más, tal cual es el caso del tipo de Posesión Ilícita de Armas. No obstante, para tales efectos también habría que observar el carácter transnacional de la conducta.

La convención mencionada establece una serie de herramientas para hacer frente a fenómenos delictivos de relevancia, en atención a las serias repercusiones que conllevan y debido al andamiaje que se precisa para poner en marcha gestiones relacionadas con tales ilícitos. En este sentido, se debe tener en mente que la Ley No. 121 de 2013, (Contra la Delincuencia Organizada), se ocupa de técnicas de investigación para hacer frente a las pesquisas sobre ilícitos de afectación relevante, entre los que se encuentra el Tráfico Ilegal de Armas.

II. PERSPECTIVAS PENALES

Ahora corresponde expresar algunas consideraciones en torno al delito de Posesión Ilícita de Arma de Fuego. De entrada, importa tener presente que aparece previsto dentro de los ilícitos contra la seguridad colectiva, es decir, que se protegen diversos intereses encaminados a preservar el sosiego que debería converger en la sociedad. Es un delito que genera ofensas múltiples en la colectividad, puesto que su ámbito de cobertura no

se concentra en la tutela de los intereses que le corresponden, particularmente, a un sujeto determinado, como podría ocurrir en delitos contra el patrimonio económico, por vía del hurto o la apropiación indebida.

El delito de posesión ilícita de arma de fuego participa de la naturaleza de los llamados ilícitos de peligro, en la medida que, propiamente, no se evidencia una afectación a un objeto material determinado, como acontece, por ejemplo, en el homicidio. En este caso, el legislador prevé que determinado comportamiento, razonablemente, implica una potencial afectación a bienes jurídicos, por tanto, se advierte un adelantamiento de las barreras punitivas, pues la sola conducta representa un incremento de riesgo que resulta tipificado, en vías de evitar que el asunto alcance mayores proporciones. El significado de peligro presenta no pocas dificultades, por la amplitud que se deriva de éste, no obstante, puede concretarse a la representación de un perjuicio cercano.

En nuestro medio se advierten otros delitos que, igualmente, tienen la condición de ilícitos de peligro. Buena parte de ellos se encuentran dentro de los delitos contra la seguridad colectiva, por ejemplo, posesión de droga, delitos que implican peligro común, delitos contra la salud pública, asociación ilícita, entre otros. Sin embargo, también existen otras conductas con la misma condición: falsificación de documentos en general, falsificación de moneda, (cfr., inciso primero del artículo 376 del Código penal), y algunos tipos penales de tramitación, aprobación y cumplimiento urbanístico territorial, por mencionar

algunos. Lo cierto es que no se trata de un fenómeno exclusivo del ilícito que ahora nos ocupa.

El tipo objetivo presenta un sujeto activo simple, dado que no existe ninguna calificación en quien adelanta la gestión delictiva. El verbo tipo es poseer y el objeto material es un arma. El delito cuenta con un elemento normativo, pues se advierte que la posesión debe ser ilícita, (para tales efectos habría que atender a la legislación sobre armas de fuego).

La posesión puede ser inmediata, es decir, por la tenencia directa del arma, pero también podría ser mediata, que implica el supuesto que el arma no sea hallada en poder del sujeto, pero que se encuentre, por ejemplo, en su vivienda sin que exista una justificación lo suficientemente razonable para tales efectos.

En cuanto a la concurrencia del elemento normativo, corresponde verificar que esta condición se satisface, cuestión que le compete al Ministerio Público, dentro del marco del ejercicio de sus atribuciones en el proceso penal.

Se observa que el tipo subjetivo es doloso, dado que la ley no registra la modalidad imprudente. Esta consideración resulta relevante, dado que en algunos casos se podrían presentar conductas neutrales que no son objeto de atención, puesto que no están informadas por el dolo, ni siquiera eventual.

La ley prevé una modalidad simple

de posesión ilícita de arma de fuego que implica la mera tenencia. La pena se incrementa si se advierten algunas condiciones relacionadas con el número de armas, la naturaleza de éstas, las finalidades o el hecho de entregarla a otra persona, fuera de los contornos legales; o que se le haya borrado el número de registro.

III. PERSPECTIVAS PROCESALES

Son varios los aspectos adjetivos que dicen relación con la comisión de alguna conducta delictiva, en razón que el fenómeno delictivo incide, de manera relevante, en el plano procesal por medio de diferentes figuras. En esta oportunidad, se estima pertinente realizar consideraciones en torno a las medidas cautelares personales, por la importante afectación de derechos que acarrea su aplicación, particularmente, nos concentramos en la detención provisional, en atención a que se trata del instrumento cautelar más lesivo.

Seguidamente, nos ocupamos de la teoría general de las medidas cautelares, para luego desarrollar algunos aspectos a considerar en torno al delito de Posesión Ilícita de Arma de Fuego.

Como punto de partida, es de recibo considerar que en los asuntos cautelares se vislumbra una colisión de intereses. Así, por un lado, se advierte el interés del Estado encaminado a la averiguación de hechos con apariencia delictiva. Este interés tiene reconocimiento constitucional, tal como lo prevé el artículo 220.4 de la ley fundamental. En contraposición se observa el derecho que tiene todo ciudadano de gozar

ampliamente de su libertad, lo cual es de suma relevancia, pues por conducto de ésta la persona puede proyectarse en diferentes contextos y enrumbar su vida. La tutela del derecho a la libertad, encuentra asidero constitucional, como se observa en lo previsto en el artículo 21.

En aras de atender la colisión de intereses enunciada, es necesario realizar una evaluación de las herramientas que prevé el ordenamiento para tales efectos. Se trata de un examen que involucra el estudio de los postulados esenciales, que sirven como una suerte de clave de bóveda para atender el asunto cautelar.

Siguiendo el hilo argumentativo expresado, importa verificar los parámetros que establece el artículo 12 del Código Procesal. En este sentido, se advierte que la afectación de derechos, particularmente la imposición de medidas cautelares, precisa de un test que involucre la excepcionalidad, subsidiariedad, provisionalidad, la condición de humanitaria y la proporcionalidad. De los primeros puntos nos ocupamos seguidamente, en tanto que al último requisito le concedemos mayor espacio, en razón que nos parece un principio de considerable entidad.

La noción de excepcionalidad se sustenta en el amplio goce del derecho a la libertad que le asiste a toda persona, como presupuesto para el adelantamiento de un plan de vida. Esta reflexión aconseja que la limitación de libertad, en cualquier forma, pero con más intensidad al tiempo en que se aplica la detención provisional, debe tener presente este atributo, dado que sólo corresponde por vía de excepción.

El carácter de subsidiario está relacionado con la condición instrumental de las medidas cautelares, pues tienen por propósito plantar cara a algunos riesgos que puedan afectar la marcha de la causa. En este sentido, las cautelares constituyen remedios provisionales ante potenciales y razonables situaciones que puedan comprometer el proceso, en consecuencia, las medidas cautelares deben responder a la concurrencia de elementos de convicción que permitan establecer que existen condiciones preceptivas para su aplicación.

En torno a la condición de provisionalidad, se observa que por vía de esta se pretende que la vigencia de las cautelares no se extienda por un espacio prolongado, de tal modo que pueda provocar afectaciones de superlativa importancia. Particularmente, la ley se ha ocupado de este asunto en el contexto de la detención provisional, en razón que la medida no puede extenderse más allá de un (1) año como regla general, por mandato de lo dispuesto en el artículo 12 del Código Procesal Penal.

El atributo de humanitarismo obedece a la amplia gama de consideraciones que importa tener en mente al tiempo en que se afecta un derecho tanpreciado como la libertad. Así, existen diferentes contextos relacionados con el sujeto y sus circunstancias, en los cuales conviene detenerse a examinar al momento en que se verifica la aplicación de una medida cautelar.

Por último, nos ocupamos del principio de proporcionalidad. Este principio pretende dotar de equilibrio a las decisiones judiciales. Además, incide

en todo el ordenamiento, en atención a que no es patrimonio exclusivo de asuntos penales.

El principio de proporcionalidad, en sentido amplio, es transversal a toda afectación de derechos, es decir, resulta esencial acudir a la plataforma jurídica sobre la cual se asienta, no sólo al momento de examinar la potencial aplicación de las medidas cautelares, sino que este ejercicio debe tener ocasión en todas las oportunidades en que, en alguna medida, se afecten derechos. Por esta razón el principio en cuestión es de superlativa importancia, máxime en sede de garantías, dado que la labor del juez está muy ligada a la determinación de violaciones de derechos.

A efectos de analizar la situación cautelar de una persona, el principio de proporcionalidad se examina en tres dimensiones que son los sub-principios que lo informan: necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto.

La necesidad involucra que, según los elementos de convicción presentados argumentativamente, se precisa de la aplicación de una medida restrictiva de la libertad, es decir, que la situación objeto de examen requiere, de manera imperiosa, la fijación de una herramienta que restrinja, en alguna u otra forma, la libertad de la persona. En el caso de la detención, esto significa que ninguna de las otras medidas permite conseguir los fines cautelares. Aquí debe existir una imputación relevante para estimar que se advierte un racional peligro de fuga, o alguno de los riesgos previstos en la ley.

En tanto que la idoneidad significa

que la medida a adoptar resulta la más adecuada o aquella que es útil para atender la particular situación examinada, es decir, para evitar que se presenten dificultades para el correcto desenvolvimiento de la causa, es decir, que la cautelar debe ser el instrumento para alcanzar el propósito pretendido.

Como último punto importa revisar la proporcionalidad en sentido estricto. Esto significa que la medida cautelar no restrinja los derechos de la persona en grado relevante. Aquí conviene tener en consideración que esta afectación a la libertad acontecería si se materializa un interés colectivo de mayor trascendencia, que equivale a la concurrencia de situaciones que afecten la buena marcha de la causa.

En torno a la aplicación de la detención provisional, una primera lectura de la cuestión implicará examinar las perspectivas establecidas en el artículo 227 del Código Procesal Penal, así como las circunstancias previstas en el artículo 222 del mismo texto legal. En este sentido, se trata de evaluar aspectos de orden general, en atención a las previsiones establecidas en las normas mencionadas y que son aplicables a todas las medidas cautelares personales.

Así, habría que considerar si el imputado cuenta con algún antecedente, entre otros factores previstos en la ley. Aquí es preceptivo tener en mente que la evaluación de la cuestión es, naturalmente, un asunto casuístico, lo que equivale a considerar que las reflexiones responden al contexto particular de la situación, de tal modo que le corresponde al juez de garantías verificar en cada circunstancia

las condiciones que acontecen, en vías de verificar la necesidad e idoneidad de la medida.

Interesa ahora ocuparnos de los requisitos, no ya generales, sino inherentes a la detención provisional. Las condiciones necesarias para emitir la más grave de las medidas cautelares se encuentran previstas en el artículo 237 del Código Procesal Penal. En este sentido, se precisa que haya evidencia de algún delito y de la vinculación; de igual forma la pena mínima que la ley depara para el ilícito debe ser de al menos cuatro (4) años de prisión; y por último, es mandatorio el examen de riesgos.

Los requisitos, en realidad, no difieren de aquellos previstos en el libro III del Código Judicial. De hecho, la norma actual cuenta con una estructura similar a la que estaba prevista en el artículo 2140 del Código Judicial. En todo caso, nos parece que las valoraciones que se realizan en la actualidad se encuentran incardinadas por la amplia dotación de principios, reglas y garantías que cimientan el Código Procesal Penal.

La evidencia del delito y de la vinculación precisan de la concurrencia de elementos de convicción que permitan verificar que ambos extremos se materializan con saldo positivo para la petición de detención provisional. Aquí conviene tener presente que la vinculación debería contar con alguna consistencia, en vías que se decrete la detención, puesto que la afectación de derechos que se pretende por conducto de la detención es sumamente grave.

El ejercicio mental en torno a

la aplicación de medidas cautelares requiere de amplias abstracciones, debido a que requiere una visualización racional de riesgos, es decir, una especie de pronóstico para representar obstáculos a la causa. Esta tarea es la que resultaría más ardua, puesto que la materialización de los peligros está basada en un amplio juicio de probabilidades, en atención al esquema en que se desarrolla la valoración de la detención provisional. A título muy personal, considero que este aserto se potencia, puesto que la concurrencia de los riesgos no era una asignación que se agotaba a cabalidad, previo a la vigencia del instrumento procesal que rige hoy día, dado que la aplicación de la prisión provisional se satisfacía con el examen de la pena, el delito y la vinculación.

En atención a la estructura del proceso penal, la identificación de los riesgos le corresponde al fiscal, en consecuencia, debe participarlos al juez y expresar las razones por las cuales estima que el riesgo, al menos uno de ellos, concurre. Los riesgos, según el precepto legal, consisten en la posibilidad de fuga, desatención al proceso, probabilidad de destruir prueba o que se atente contra la vida de alguna persona, incluso la del propio imputado. No es necesaria la convergencia de todas las situaciones enunciadas, pues basta con que puede vislumbrarse con claridad alguno de ellos para estimar que el riesgo se materializa.

En cuanto a los riesgos de desatención a la causa habría que verificar si la persona cuenta con arraigo, lo cual significa que la persona posea un contexto que permita considerar que se presentará al tiempo en que sea

requerido. Este entorno estriba, en cierta medida, en alguna suerte de vínculo o apego, es decir, son cuestiones sociales, familiares, laborales que dan cuenta que el agente estará presto a acudir las veces que sea convocado para determinada diligencia judicial.

Particularmente, en torno al delito de Posesión Ilícita de Arma de Fuego se advierte que, en buena parte de las ocasiones, se podría estimar que no se evidencia riesgo dirigido a la destrucción de prueba, puesto que el sujeto es aprehendido, generalmente, en poder del objeto material, de manera que una primera reflexión disiparía el riesgo mencionado. Si esto es así y se advierte arraigo, entonces habría que realizar otras consideraciones, con el fin de verificar si corresponde acoger la petición de prisión provisional.

Pese a lo expresado, tal como manifestamos al momento de referirnos a las cuestiones sustantivas, se advierte que el ilícito objeto de análisis participa del linaje de los delitos de peligro y las afectaciones que sobrevienen son de orden pluriofensivas. Estos elementos, de igual forma, deben ser objeto de análisis al momento en que se examina la situación cautelar, en razón que por estas consideraciones, el tramo penal que la ley depara es de considerable entidad en nuestro medio. La métrica resulta relevante, en razón que puede dar lugar a la necesidad de cautela, en atención a que la amenaza de castigo severo podría producir desatención al proceso.

De igual forma, habría que considerar que este tipo de delito implicaría una posible materialización de

otras conductas delictivas de resultado, que precisan del empleo de un arma, de manera que conviene tener en mente esta situación, claro está, si ha sido presentado adecuadamente. Aquí habría que verificar las circunstancias en que fue aprehendido el sujeto, de tal modo que si poseía el arma sería necesario establecer las condiciones del sitio, si había concurrencia de personas al momento en que tuvo lugar el hecho y si se utilizó el arma, entre otros factores.

Como colofón, diría que el delito en cuestión se vincula con la necesidad

de tutela social de un bien con amplias consideraciones y múltiples afectaciones, es decir, la seguridad colectiva. Además, la aplicación de medidas cautelares, en particular, la detención provisional, requiere de un análisis que incluya los insumos mencionados para tales efectos y que se reflexione sobre las sensitivas afectaciones que se despenden de la restricción de la libertad. También conviene puntualizar que cada caso debe ser analizado según sus contextos, por lo cual no resulta dable establecer parámetros rígidos, pues cada persona responde a sus particulares circunstancias.

BIBLIOGRAFÍA

1. Aguado Correa, T. (1999) El principio de proporcionalidad en Derecho Penal Madrid: Edersa.
2. Jescheck, H./Weigend, T. (2002) Tratado de Derecho Penal. Parte General (5ta edición). Granada: Comares.
3. Mir Puig, S. (2008) Derecho Penal. Parte General (8tva edición). Barcelona: Reppertor.
4. Muñoz Conde, F. (2007) Derecho Penal. Parte Especial (16ta edición). Valencia: Tirant Lo Blanch Libros.
5. Silva Sánchez, J. (2008) La expansión del Derecho Penal Montevideo-Buenos Aires: Editorial B d f.

Dr. José Sánchez Gallego



Tiene un Doctorado en Derecho Penal. Posee Maestría en Derecho Procesal y en Derecho Penal. Postgrado en docencia Superior y Diplomados en Resolución Alternativa de Conflictos y en

Sistema Penal Acusatorio.

Es profesor a nivel de licenciatura de Derecho Penal General, Derecho Penal Especial y Derecho Procesal Penal. A nivel de Maestría, es Profesor de Teoría del Delito.

Trabajó del 2010 al 2016, en el Órgano Judicial como Juez del Juzgado decimoséptimo de Circuito penal.

Actualmente, es Juez de garantías del Primer Circuito Judicial de Panamá.