Revista trimestral

SAPIENTIA

Los reclamos laborales de los servidores públicos ante la jurisdicción contencioso administrativa

AUDIENCIAS CON PETICIONES MÚLTIPLES
Desde la legalización de la aprehensión a la solicitud de medidas cautelares

El principio de lesividad como límite al jus puniendi

ISSN2070-3651 | **Año 8 No.1 marzo 2017**

latindex
REVISTA INDEXADA

SAPIENTIA

Año 8 No.1 ISSN2070-3651 marzo 2017

MAGISTRADOS DE LA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

S.E. José Ayú Prado Canals
Presidente de la Corte Suprema de Justicia
Presidente de la Sala Segunda de lo Penal
Presidente de la Sala Cuarta de Negocios Generales

H.M. Hernán De León
Vicepresidente de la Corte Suprema de Justicia
Presidente de la Sala Primera de lo Civil

H.M. Luis Ramón Fábrega
Presidente de la Sala Tercera de lo Contencioso,
Administrativo y Laboral

H.M. Oydén Ortega Durán
Sala Civil

H.M. Ángela Russo de Cedeño
Sala Civil

H.M. Jerónimo Mejía Edward
Sala Penal

H.M. Harry Díaz
Sala Penal

H.M. Cecilio Cedalise Riquelme
Sala Contencioso-Administrativo

H.M. Abel Augusto Zamorano
Sala Contencioso-Administrativo

CONSEJO EDITORIAL

Doctor Luis Camargo
Magistrado del Tercer Tribunal Superior

Doctor Miguel Espino
Magistrado del Primer Tribunal Superior

Magíster Carlos Valentín Rivas
Magistrado del Tribunal Superior de Apelaciones

Magíster Porfirio Salazar
Defensor Público del Sistema Penal Acusatorio
en Coclé

Magíster Jennifer Saavedra
Jueza de Juicio Oral

Magíster Carlos Arosemena
Editor

CUERPO DE PRODUCCIÓN

Diseño Gráfico
Magíster Stella Martínez

Coordinación
Señora Iraida Dutari

1,000 ejemplares.
La Revista Jurídica "Sapientia" es editada por la Sección de Editorial y Publicaciones del Órgano Judicial de la República de Panamá.
Palacio de Justicia Gil Ponce, Segundo Tribunal Superior, Planta Baja, Ancón.
Teléfono (507) 212-7469
Correo electrónico: sapientia@organojudicial.gob.pa
Panamá, 2017

Revista Indexada por: latindex Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Colaboradores

Dr. Cecilio Cedalise Riquelme
Magistrado de la Sala Tercera de la
Corte Suprema de Justicia

Mgter. Carlos Barragán
Juez de Garantías de la
Provincia de Colón

Mgter. Alberto González Herrera
Defensor Público del
Primer Circuito Judicial de Panamá

Mgter. Carlos Enrique Herrera Ruíz
Defensor Público del Sistema Penal Acusatorio,
grupo de Juicio Oral

Mgter. Jennifer C. Saavedra N.
Jueza de Juicio Oral del
Primer Circuito Judicial de Panamá

Nota

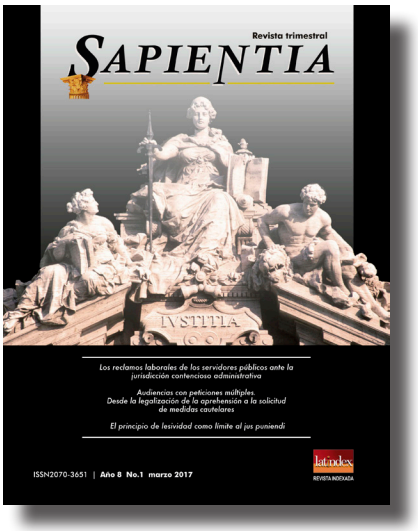
Editorial

En nuestro afán e interés de lograr el fortalecimiento de las ciencias jurídicas, hoy presentamos esta publicación que expone temas de interés para el intercambio de ideas y análisis del Derecho.

Agradecemos a todos y cada uno de quienes con sus valiosos aportes y en particular a los autores de los artículos que aquí se incluyen, porque contribuyen a la formación y capacitación en la evolución del Derecho.

Es así como el Poder Judicial, instituciones públicas y privadas, facultades y Escuelas de Derecho, contribuimos en el mejoramiento de nuestro sistema de justicia, en la consolidación del Estado, las garantías y protección de los derechos de todos los ciudadanos.

Carlos Arosemena
Editor



RESEÑA DE LA PORTADA

Título: La Justicia entre la Ley y el Poder
Autor: Enrico Quattrini
Fecha: 1906-1911
Técnica: Escultura

Obra realizada en mármol travertino por Enrico Quattrini, escultor oficial del Vaticano, como parte de la fachada central del Palacio de Justicia de Roma, Italia.

MENSAJE DEL PRESIDENTE

En este año judicial que recién inicia, nuevamente la revista Sapientia es publicada por este Órgano del Estado panameño, con el claro objetivo de hacer de conocimiento de los estudiosos del derecho del pensar de nuestros administradores de justicia, quienes, a raíz de su experticia, nos ofrecen artículos de temas jurídicos varios, en beneficio de nuestro acervo cultural e intelectual.

La revista Sapientia se ha convertido en una esperada publicación, toda vez que en cada edición nos aporta una visión doctrinal de los temas propios de cada una de las jurisdicciones que componen al Órgano Judicial.

Es propicio este espacio, para reconocer la labor, que por años, ha venido realizando el Consejo Editorial de nuestra institución, quienes garantizan que la producción literaria de más alto nivel sea la que integre nuestra más importante publicación.

José E. Ayú Prado Canals
Presidente de la Corte Suprema de Justicia

Índice

Los reclamos laborales de los servidores públicos ante la jurisdicción contencioso administrativa
Dr. Cecilio Cedalise Riquelme 6

Audiencias con peticiones múltiples.
Desde la legalización de la aprehensión a la solicitud de medidas cautelares
Mgter. Carlos Barragán Quiróz 22

El principio de lesividad como límite al *jus puniendi*
Mgter. Alberto González Herrera 40

¿Cómo se construye la teoría del caso, en el proceso penal panameño?
Mgter. Carlos Enrique Herrera 56

Brevísimas anotaciones sobre el juicio oral en el sistema penal acusatorio panameño
Mgter. Jennifer C. Saavedra N. 72

Índice

Edición de libros 77

Instrucción a los autores 80

LOS RECLAMOS LABORALES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS ANTE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

Foto: Fachada superior principal del Palacio de Justicia Boulogne-sur-Mer, Francia.

Dr. Cecilio Cedalise Riquelme
Magistrado de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia
Correo electrónico: cecilio.cedalise@organojudicial.gob.pa

Recibido el 3 de febrero de 2017 - Aprobado el 8 de febrero de 2017

LOS RECLAMOS LABORALES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS ANTE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

Resumen

Se analiza el tratamiento jurisprudencial sobre los reclamos laborales que los servidores públicos, con ocasión de la promulgación de las leyes 39 y 127 de 2013, vienen ensayando ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, cuando son desvinculados de la función pública.

Abstract

It is being analized the jurisprudential treatment for the labor claims that public servants are trying before the Contentious Admnistrative Jurisdiction, when they are separated from the public service, on the occasion of the promulgation of the laws 39 and 127 of 2013.

Palabras Claves

Reintegro, indemnización, prima de antigüedad, procedimiento contencioso administrativo, tramitación, carrera administrativa, prestaciones laborales.

Keywords

Reinstatement, compesation, seniority bonus, justice of the Supreme Administrative Court, processing, administrative career, employment benefits.

INTRODUCCIÓN:

En este estudio se aborda el tratamiento jurisprudencial que se dispensa a los reclamos laborales que los servidores públicos vienen presentando ante la jurisdicción contencioso-administrativa, con ocasión de la promulgación de las leyes 39 y 127 de 2013, tras las destituciones acusadas de violar disposiciones del ordenamiento jurídico vigente, lo cual supone analizar los criterios de control judicial sobre dichas actuaciones administrativas.

Se exponen las distintas posiciones adoptadas con el objeto de generar el debate académico correspondiente, no sin antes establecer un panorama acerca de la aparición, evolución e intento de modernización del régimen de carrera administrativa, sin hacer referencia a las valoraciones sobre esta temática. Estas anotaciones fueron elaboradas con la idea de realizar algún aporte sobre esta novedosa problemática que no puede ser debatida por ningún otro tribunal de

justicia hasta el momento.

1. Cobertura jurídica de los derechos laborales aplicables a los servidores públicos.

   En la administración del Estado no siempre son reconocidos y respetados los derechos laborales de los servidores públicos, como sí son requeridos sus deberes y responsabilidades, por lo que muchas veces tales derechos llegan a ser reclamados judicialmente cuando son vulnerados o desconocidos. La posibilidad de exigir su cumplimiento hace parte de la cobertura jurídica que se les brinda a los servidores públicos como seres humanos que deben ser protegidos de las arbitrariedades e ilegalidades de la administración pública. Por eso, interesa establecer en este punto el diseño legal de la protección aplicable a los servidores públicos como su aplicación en la práctica.

   A. Regulación de la carrera administrativa en Panamá y otros beneficios de los servidores públicos.

      En la Constitución de 1904, adoptada después de independizado el istmo, no existía precepto que aludiera a la carrera administrativa, por lo que no hubo legislación al respecto. Con la segunda Carta Política fue recibida constitucionalmente la carrera administrativa, en virtud del artículo 159 que se repitió en la Constitución de 1946, la cual fue instituida con el Decreto Ley 11 de 1955, siendo subrogado posteriormente con la Ley 4 de 1961. Después del golpe de Estado del 11 de octubre de 1968, el régimen de estabilidad contenido en la citada Ley 4/61, fue suspendido mediante el Decreto de Gabinete No 137/69 del 30 de mayo que introdujo reformas sustanciales.

      A pesar de lo anterior su existencia se mantuvo en la Constitución de 1972, dentro del título XI que alude a los servidores públicos, específicamente en el artículo 305. De acuerdo con el precepto constitucional vigente la carrera administrativa, instituida para los servidores públicos que cumplen con la función pública, debe estar basada en los principios de sistema de méritos, correspondiéndole a la Ley toda la regulación de su estructura y organización conforme las necesidades de la Administración Pública, obviamente. La Ley 9/94 del 20 de junio regula la carrera administrativa en Panamá, estableciendo como mínimos los deberes, derechos y garantías de los servidores públicos.

      Al margen de haber reconocido las vacaciones proporcionales y regulado a favor de los servidores públicos la acumulación de las vacaciones, igualmente aparece contemplada la estabilidad en su cargo, bonificación de antigüedad, licencias con sueldos, ascensos y traslados, integración y

participación en las asociaciones, etc.

Además, se establecen estructuras y mecanismos para la selección científica de los servidores del Estado, tales como la creación de la Dirección General de la Carrera Administrativa, la Junta Técnica de Carrera Administrativa, Junta de Apelación y Conciliación de la Carrera Administrativa y las Oficinas Institucionales de Recursos Humanos. A esas estructuras les está encomendada toda la actuación sobre el ingreso a la carrera administrativa (por vía regular o vía especial), selección, nombramiento, posesión, ascensos, traslados, incentivos, evaluación y capacitación de los servidores públicos.

También se tiene todo un procedimiento disciplinario, aplicable a los servidores públicos, sin perjuicio del régimen disciplinario contemplado en las leyes especiales. Como sanciones aparecen reguladas las amonestaciones hasta la suspensión, separación del cargo y destitución, pudiendo los servidores públicos controvertir las medidas disciplinarias con la interposición de recursos previstos en dicha Ley. Se reconocen otros modos de cesación en los cargos como la renuncia, jubilación y pensión por invalidez.

Como un dato adicional se recuerda que la Resolución de Gabinete No. 122/99 de 27 de octubre suspendió la ejecución de la Ley 9/94 y ordenó revisar (desacreditar) un gran número de funcionarios incorporados a la carrera administrativa. La nulidad de dicha resolución fue demandada ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, por el entonces ciudadano Martín Torrijos, declarándose sustracción de materia en la resolución de 30 de julio de 2001, toda vez que la mencionada Resolución 122 fue derogada antes que la Sala Tercera tuviera oportunidad de pronunciarse sobre el fondo de la misma. De esa manera fue como se reactivó la aplicación de la Ley 9/94 y se produjo la incorporación de los servidores públicos al régimen de carrera administrativa a partir del año 2001.

Ese régimen de carrera administrativa fue modificado por la Ley 43/09 de 30 de julio, dejando condicionada la estabilidad de los servidores públicos al desempeño eficaz, productivo, ágil y responsable, así como la atención igualitaria, imparcial y respetuosa a los usuarios y ciudadanos, y solo podrán destituirse por las causales previstas en esta Ley y sus reglamentos, según el último párrafo del artículo 14. Con anterioridad a esta ley, se aprobaron las leyes 14/08 del 29 de enero y 24/07 de 2 de julio que modificaron, adicionaron y suspendieron el régimen de la carrera administrativa en Panamá.

Recientemente, se expidieron

las Leyes 39 y 127/13, mediante las cuales se reconocieron prestaciones laborales como la prima de antigüedad, un nuevo concepto de estabilidad para los servidores públicos y acciones para reclamar la satisfacción y cumplimiento de esos derechos derivados de la desvinculación de las funciones públicas. Si bien esas leyes precisan contenidos proteccionistas para los servidores públicos, las mismas llegaron a ser cuestionadas porque su expedición sobrevino al final del periodo presidencial.

Con la idea de fortalecer la carrera administrativa, el 12 de agosto de 2015, el Ministro de la Presidencia presentó ante la Asamblea Nacional un proyecto de ley, identificado como 230, mediante el cual se pretende adoptar ciertas medidas que buscan la modernización del sistema de recurso humanos del Estado, específicamente la creación del Tribunal Administrativo de la Función Pública, la actualización del régimen de las Asociaciones de los Servidores Públicos, el reconocimiento de otros derechos a favor de los servidores públicos, etc. Ese proyecto de ley, en estos momentos, se encuentra en segundo debate en la Asamblea Nacional.

B. Protección internacional de las condiciones laborales de los servidores públicos.

En el plano internacional existen instrumentos jurídicos que cuidan las relaciones laborales en el sector público, concretamente el Convenio 151 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), y su recomendación 159/78, entendidos como procedimientos para la determinación de las condiciones de empleo en la administración pública. Dicho instrumento no ha sido ratificado por Panamá, debido a las particularidades y complejos problemas que entraña su cumplimiento, pese al permanente reclamo de los funcionarios al servicio del Estado para su adopción. Cabe señalar que conozco de algunos esfuerzos de ciertos sectores que vienen impulsando la incorporación de esos instrumentos al derecho panameño.

2. Aspectos procesales contenidos en las Leyes 39 y 127 de 2013.

Después de haberse establecido ciertas consideraciones generales sobre las leyes mencionadas, interesa hacer referencia a los aspectos procesales contemplados y derivados de las elaboraciones jurisprudenciales, las cuales son vitales para la efectiva realización de las prestaciones laborales reconocidas e insatisfechas por la administración pública.

A. Reclamos del servidor público ante el cese de funciones públicas.

Como es sabido en el pasado período gubernamental

se expidieron las Leyes 39 y 127/2013, mediante las cuales se reconocieron ciertas prestaciones laborales y fue establecido un régimen distinto de estabilidad a favor de los servidores públicos, intentando acabar con las destituciones masivas de los funcionarios del sector público que viene ocurriendo en nuestro país, cada vez que se produce la instalación de una nueva administración del Estado.

En efecto, la prima de antigüedad es una de las prestaciones laborales que le corresponde a los servidores públicos al momento de cesar o concluir sus funciones en cualquier dependencia del Estado, tal como se dispuso en el artículo 1 de la Ley 39/13, modificado por la Ley 127/13. Este derecho surge o puede ser exigido cuando el servidor público queda desvinculado definitivamente de la función pública que realiza para el Estado y no se haya satisfecho el pago correspondiente de la prima, la cual se computa a razón de una semana de salario por cada año de servicio prestado en forma continua al Estado, aunque sean en diferentes instituciones del sector público. No tendrá derecho a reclamar esta prestación el servidor público que haya sido desvinculado definitivamente del Estado por más de sesenta (60) días calendarios de forma injustificada.

De acuerdo con las citadas leyes 39 y 127/13, ante la desvinculación sin causa de la administración pública, los servidores públicos podrán reclamar el reintegro al cargo público que ocupaba en el engranaje gubernamental o, en su defecto, exigir el pago de su indemnización por los años que estuvieron vinculados al Estado, en forma continua aunque hubieren prestados servicios en diferentes entidades del sector público, tal como lo prevé el artículo 4 de la Ley 127/13 que reformara el artículo 2 de la Ley 39/13. Estas pretensiones distintas tienen finalidades diferentes, por un lado, la primera tiene por objeto una realización personalísima y, por el otro lado, la segunda persigue una satisfacción de índole económica o material.

El derecho del servidor público cuando solicita el reintegro deberá hacerlo dentro de los cinco (5) días hábiles, contados a partir de la notificación de la desvinculación; y cuando reclama el pago de la indemnización, deberá hacerlo dentro del término de sesenta (60) días calendarios, contados a partir de la notificación de la desvinculación. (En lo particular estimo que la disposición legal impropiamente utiliza la palabra despido, figura conocida tradicionalmente en el ámbito de las relaciones jurídicas sometidas al ordenamiento jurídico laboral, debiendo haber empleado el vocablo destitución o desvinculación que es la

terminología correcta en el terreno del Derecho Administrativo).

También podrá reclamarse el pago de la prima de antigüedad, al cual tiene derecho toda persona que perciba remuneración del Estado y haya sido destituida de su cargo en la administración pública o haya cesado sus funciones por cualquiera de las otras formas de desvinculación, sin que se haya fijado un plazo para hacerlo o promoverlo ante la justicia contencioso administrativa.

B. Competencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia según las Leyes 39 y 127 de 2013.

El contenido del artículo 3 de la Ley 39/13 del 11 de junio, específicamente, le atribuye a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia la competencia para conocer y decidir las demandas promovidas por los servidores públicos cuando fuesen desvinculados de la administración o destituidos en forma arbitraria y no hubiesen cancelados sus prestaciones laborales. Además, la disposición en comento dispuso que tales reclamos laborales se tramitasen a través de un proceso sumario cuyas reglas de tramitación no fueron establecidas, salvo el plazo para la emisión del fallo que lo concluiría, una vez fijado un término de tres (3) meses calendario para la emisión de la sentencia respectiva. La causa atribuida al conocimiento de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia vino a incrementar el volumen de los negocios que son ventilados en esa corporación judicial, cuya misión consiste en ejercer la vertiente correctiva del control de legalidad de los actos administrativos, según lo establecido por el constituyente de 1941.

Ante la ausencia de procedimiento establecido en la ley para el proceso sumario, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, mediante Acuerdo No.1/14 de 9 de julio, basada en sus atribuciones y deberes dispuso llenar ese vacío con las siguientes reglas de tramitación: decidida la admisibilidad de la demanda, se solicitará informe de conducta por en un término de cinco (5) días, previo cumplimiento del reparto correspondiente; correrle traslado de la demanda al Procurador de la Administración por el término de cinco (5) días; vencido el traslado, será notificado a la parte demandante, con la finalidad de promover sus excepciones por un término de tres (3) días.

Constituido el proceso, previa notificación al demandante y ejecutoriada la resolución que admite la demanda y practicada las pruebas admitidas dentro de un término de cinco (5) a veinte (20) días. Vencido ese término las partes podrán presentar sus alegatos, los primeros tres (3) días para el demandante y los últimos tres (3) le corresponderán

al demandado. El término de tres (3) meses calendarios para la emisión del fallo correspondiente, comenzará a computarse cuando quede ejecutoriada la resolución que admite la demanda.

El referido acuerdo también dispuso los trámites que deben surtirse en la fase de ejecución de sentencia, período procesal que contempla con un plazo adicional, según la comentada ley. Formulada la solicitud el Magistrado Sustanciador, lógicamente, dictará la resolución para determinar su admisibilidad o inadmisibilidad; en el supuesto de ser viable ordenará el traslado por tres (3) días a la entidad condenada y, en dicha actuación, dispondrá que los fondos sean separados en el término de tres (3) días, por tanto, el Banco Nacional de Panamá debe informar el cumplimiento de la orden dispuesta; a continuación debe librar la orden de pago a favor del interesado quien se convierte en parte ejecutante; y dicha actuación o decisión será comunicada a la entidad ejecutada.

En la práctica, el procedimiento aplicado a la mayoría de tales reclamaciones laborales de los servidores públicos, es el contemplado en el régimen contencioso-administrativo, debido al poco conocimiento de las reglas de tramitación del proceso sumario, contenidas en el Acuerdo No.1/14, a pesar que fueron publicadas en Gaceta Oficial.

C. Criterios judiciales sobre admisibilidad e improcedencia del reclamo laboral frente a la desvinculación de funciones públicas.

En cuanto a la utilización del llamado proceso sumario, establecido en la mencionada Ley 39/13, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia ha externado varios criterios no coincidentes y consideramos importante reproducirlos a efectos de plantear algunas anotaciones sobre este punto trascendental de dicha ley.

Esta Corporación de Justicia en sus inicios expuso el criterio que las reclamaciones laborales de los servidores públicos establecidas en las leyes mencionadas deben ser impetradas de manera separada, por consiguiente deben ser accionadas en un solo libelo de demanda porque dificultaría su reconocimiento judicial en la jurisdicción contencioso-administrativa, y resulta necesario agotar la vía gubernativa.

La posición fue expuesta por el Magistrado Luis Ramón Fábrega, mediante la resolución del 23 de octubre de 2014, dictada frente al reclamo conjunto de la prima de antigüedad e indemnización, cuyo tenor contiene el siguiente razonamiento: *"…con la entrada en vigencia de la Ley 39 de 11 de*

junio de 2013, modificada por la Ley 127 de 31 de diciembre de 2013, se establecieron de manera taxativa tres prestaciones laborales a los que tienen derechos los servidores públicos detallados en dichas leyes, dependiendo de las circunstancias establecidas en dichos cuerpos legales. Uno de esos derechos es la prima de antigüedad, que surge por el tiempo laborado de manera continua en la o entidades estatales, y que ante el vacío establecido por las leyes mencionadas, su tramitación se deberá efectuar conforme al proceso establecido en la Ley 135 de 1943, que regula entre otros el proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción, por tratarse de reclamos de derechos particulares; y los otros dos, es decir, reintegro o indemnización que se produce cuando el funcionario ha sido destituido injustificadamente, cuya tramitación se hará a través de proceso sumario". Adicionalmente, se señalaba que *como quiera que "…ni la Ley 39 de 2013, ni su modificación hecha mediante la Ley 127 de 2013, establecieron que no era necesario agotar los medios y trámites ante la autoridad respectiva, para reclamar el reintegro o indemnización por despido injustificado, así como la prima de antigüedad, es deber del servidor público peticionar primero ante la propia Administración, para luego, y ante el evento que la Administración persista en su negación, pueda acudir a la Sala Tercera, a peticionar que se le conceda sus prestaciones laborales".* Como no se probó que se agotaron los trámites y recursos legales en la vía gubernativa, antes de acudir a la Sala de la Corte a reclamar sus prestaciones laborales, la demanda fue inadmitida por considerarse suficiente motivo.

Siguiendo esa lógica de argumentación jurídica, en resolución de 13 de enero de 2015, explica que: *"Es importante señalar que para el tema de las demandas que promuevan los servidores públicos destituidos injustificadamente, el proceso será sumario, como establece el artículo 3 de la Ley 39 de 2013. Sin embargo, en cuanto al proceso que deban seguir los servidores públicos, una vez agotada la vía gubernativa para reclamar el pago de la prima de antigüedad, la ley no establece cuál será el procedimiento a seguir; por lo que ante este vacío, debe entenderse que se seguirá el proceso que la Ley 135 de 1943 establece para las acciones contencioso-administrativas de plena jurisdicción, ya que dicha reclamación se realiza sobre un derecho de carácter particular.*

De lo anterior se concluye que para las reclamaciones de reintegro o indemnización, se seguirá proceso sumario, mientras que para las reclamaciones de prima de antigüedad, el procedimiento será de base a lo estipulado en la Ley 135 de 1943.

En base a los fundamentos jurídicos aquí planteados, los

reclamos de prima de antigüedad y las demandas de indemnización deben tramitarse en demandas separadas, por ser procedimientos distintos y para evitar obstáculos procesales que imposibiliten decidir ambas pretensiones laborales en un mismo proceso".

En otro momento también se sostuvo dicha posición con motivo de la acción de plena jurisdicción donde se reclamaba reintegro, indemnización y prima de antigüedad, decidiéndose la causa inadmitiendo la demanda, con la resolución de 18 de agosto de 2015 con el razonamiento siguiente: *"En el caso que nos ocupa, es importante indicar que estamos ante una demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción en la cual se solicitan las tres pretensiones: el reintegro en caso de que sea declarado ilegal el acto administrativo y en caso contrario, de declararse legal el acto administrativo, la demandante solicita se reconozca el pago de la indemnización; sin embargo, es preciso aclarar que este derecho no surge de la legalidad del acto administrativo, sino de la declaratoria de ilegalidad del acto administrativo demandado, y finalmente, solicita además, el pago de la prima de antigüedad.*

Es importante aclarar que si bien, tanto el derecho al reintegro o el pago de la indemnización, así como el pago de la prima de antigüedad se encuentran consagrados en la Ley 39 de 2013, modificada por la Ley 127 de 2013, cuando un servidor público es destituido injustificadamente, ello no significa que puedan reclamarse tales derechos en un solo libelo, pues produciría un obstáculo procesal que imposibilitaría decidir tales pretensiones laborales en un mismo proceso, como ya lo ha reiterado esta Sala.

Así las cosas, solo resta a este Tribunal de Apelación acoger la apelación interpuesta por el señor Procurador de la Administración y proceder a la revocatoria de la Providencia que admitió la presente demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción, pues como lo hemos indicado la demandante debió presentar las demandas de plena jurisdicción en forma individualizada de reintegro o en su defecto de indemnización y prima de antigüedad, estas últimas en forma separa, pero no en forma conjunta y de manera condicionada como lo ha afirmado el representante legal en su escrito de objeción al recurso de apelación, ya que la solicitud de reintegro es contraria a la solicitud de pago de indemnización y pago de prima de antigüedad".

Bajo este enfoque las reclamaciones laborales de los servidores públicos, formuladas ante la jurisdicción contencioso-administrativa, no podrán ser tramitadas conforme el procedimiento sumario contenido en la ley laboral vigente.

Sin embargo, un sector de la Sala Tercera sostiene una postura distinta tras cuestionar la adoptada previamente, bajo el argumento que pueden ser entablados dichos reclamos aunque no se hubiese producido el silencio administrativo y es posible que fuesen exigidas conjuntamente el pago de prima de antigüedad y de la indemnización, debido al carácter antiformalista de las normas procesales del texto constitucional y el principio de tutela judicial efectiva.

Esa posición diferente fue expuesta por el Magistrado Abel Zamorano, según los argumentos planteados en un proceso donde se reclamaba la prima de antigüedad e indemnización, manifestando lo siguiente: *"es contraproducente exigir a un proceso sumario como requisito de admisibilidad el de agotamiento de la vía gubernativa, atendiendo lo dispuesto en las leyes 135 de 1943 y 38 de 2000, pues entenderlos así no solo desnaturalizaría el proceso sumario y podría ser contrario a los principios rectores del derecho laboral"* según el fallo del 12 de diciembre de 2014.

Ese mismo enfoque está contemplado en la decisión del 6 de julio de 2015, donde se dispuso admitir una reclamación de pago de la prima de antigüedad e indemnización contemplada en las leyes 39 y 127/13, estableciendo que *"la situación que la normativa aplicable, contempla una demanda especial bajo la denominación del proceso sumario, y que no se señala expresamente en la misma el procedimiento a seguir, a nuestro criterio no se pueden soslayar cuál es la finalidad de un proceso sumario, la cual corresponde a obtener una breve tramitación del proceso, lo que es consecuente con que se disponga un término perentorio en la Ley 39 de 2013, modificada por la Ley 127 de 2013, para que la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, resuelva dicho proceso. Igualmente, con los principios rectores de los procesos laborales, pues atribuirle las mismas condiciones de admisibilidad exigidas a una demanda de plena jurisdicción, porque afecta derechos subjetivos; y porque se le atribuye a la Sala Tercera este tipo de proceso, a nuestro criterio desnaturalizaría el proceso especial creado por una norma específica.*

Si bien es cierto que para el proceso sumario sobre el que se le atribuye la competencia de esta Sala Tercera, la Ley 39 de 2013, modificada por la Ley 127 de 2013, solo se contempla las reclamaciones de reintegro o indemnización, por destitución sin que mediara causa justificada, no se puede soslayar que la prima de antigüedad es un derecho que tiene todo servidor público una vez termina la relación laboral por la razón que fuera; y que para poder hacer uso de ese derecho las mencionadas leyes tampoco establece el cumplimiento de determinados requisitos para poder

hacer uso de ese derecho". De lo anterior pareciera desprenderse, es posible la aplicación de las disposiciones que sobre ese tipo de proceso están contenidas en el Código de Trabajo, aun cuando no existe norma remisoria al efecto o disposición que autorice esa actuación judicial.

Con igual argumento se ha sostenido este criterio, en la resolución del 2 de febrero de 2016, cuyo texto explica que *"esta Sala le ha dado al proceso sumario el trámite de un proceso abreviado, pues se trata de procesos de trámites breve; en donde el trabajador lo que solicita es que se le paguen sus prestaciones que expresamente señala la Ley. Por ello, darle a este tipo de reclamos el trámite de una demanda de plena jurisdicción es desconocer la razón de ser de la ley y por el ello el trámite de este tipo de proceso debe ser igual a lo establecido en el Código de Trabajo, pero para que tuviese una aplicación para los servidores públicos, pues la estabilidad como instituto laboral no sólo es para los trabajadores del sector privado sino también para el sector público, y lo que se pretende con este proceso es que cuando el despido es injustificado se indemnice al trabajador, independientemente de que sea un servidor público".* Ese razonamiento plantea una especie de unificación del procedimiento aplicable a la reclamación de prestaciones laborales, aun cuando sean exigidas por los servidores públicos, sin tener respaldo jurídico como quedó anotado con anterioridad.

Si bien ambas orientaciones judiciales envuelven elaboraciones interesantísimas que buscan suplir los vacíos legales, cumpliendo la misión de la jurisprudencia -como es natural- dado que le corresponde a los tribunales de justicia interpretar las leyes y solventar sus deficiencias u omisiones, estimo que el servidor público tiene la facultad de escoger la vía que emplearía para entablar su reclamo laboral cuando es desvinculado de la administración pública, ya sea activando el proceso sumario establecido por la Ley 39/13 o bien incoando la acción de plena jurisdicción regulada en la Ley 135/43 reformada por la Ley 33/46.

Si acude a la Sala Tercera durante los plazos establecidos en las leyes especiales, pidiendo reintegro o el pago de la indemnización, debe aplicarse el proceso sumario que introdujo la Ley 39/13. Dicho proceso será aplicado sin que sea necesario el agotamiento de la vía gubernativa.

No obstante, una vez agotada la vía gubernativa, deberá aplicarse el procedimiento contencioso administrativo conforme la acción de plena jurisdicción, configurándose el tradicional medio de control jurídico de los actos administrativos y de protección

de los derechos de la persona frente a las actuaciones de la administración pública. Sin importar el tipo de reclamo laboral, este procedimiento sería aplicable cuando hubiesen operado todos los mecanismos de control preventivo de la justicia administrativa.

La preferencia por la aplicación del procedimiento contencioso administrativo, contenido en las leyes 135/43 y 33/46, conlleva mayores beneficios para el servidor público como por ejemplo, un lapso único de tiempo para entablar la acción de censura contra el acto administrativo, mediante el cual se le desvincula de sus funciones públicas; la uniformidad de criterios respecto de la admisibilidad e inadmisibilidad de la acción de plena jurisdicción; la posibilidad de apelar el auto de pruebas; la existencia de un término más amplio de alegatos; entre otros. Con ello se afianza el principio de legalidad que reina en el ámbito del derecho administrativo.

D. Cumplimiento de la condena judicial.

Como rasgo positivo también se dispuso que las sumas reconocidas en la resolución judicial, en concepto de prestaciones laborales a favor de los servidores públicos destituidos injustificadamente, deberán ser canceladas en el plazo de tres (3) meses después de ejecutoriada la sentencia. De no hacerse efectivo el pago en el plazo fijado en el artículo 4 de la Ley 39/13, el favorecido con la decisión podrá solicitarle a la Sala Tercera que ordene al Banco Nacional de Panamá, poner a su disposición la suma condenada, afectando la cuenta correspondiente de la institución, con la finalidad de proceder con la ejecución respectiva dentro de la cual librara la orden de pago a favor del servidor público que ha participado como parte actora.

El pago correspondiente deben hacerlo efectivo en el término de un mes, contado a partir de la presentación de la solicitud, la cual inicia la fase de ejecución de sentencia. Cabe anotar que las reglas de tramitación para esta etapa fueron descritas en otro aparte arriba.

3. Ventajas y dificultades para su aplicación y reconocimiento efectivo.

Con independencia de las anotaciones plasmadas anteriormente, es necesario establecer las ventajas e inconvenientes que trajo consigo el régimen de reclamos laborales de los servidores públicos previsto en las leyes 39 y 127/13, sin que ello implique valoraciones sobre su existencia en la vida jurídica del país. Se observa que se introdujo una nueva definición de estabilidad a favor de servidores públicos, sean permanentes o eventuales con más de dos años de servicios continuos

o más dentro de la administración pública, aunque no se hubiesen acogido a las normas sobre carrera administrativa establecidas en la Constitución Política. También se impuso la obligatoriedad de pagar las prestaciones laborales en un lapso de tres (3) meses, siempre que se hubiesen reclamado ante la justicia contencioso administrativa. Esas prestaciones laborales están diferenciadas de los salarios caídos, claramente regulados en leyes especiales para ciertos servidores públicos, operando su reconocimiento en contextos específicos. Y como aspecto negativo de ese régimen, no debe olvidarse la omisión legislativa, al no disponerse las reglas de tramitación del proceso sumario, las cuales hubieran permitido un rápido reconocimiento rápido de las prestaciones laborales reclamadas por los servidores públicos tras ser desvinculados de alguna dependencia del Estado.

BIBLIOGRAFÍA

1. AGUDO GONZALEZ, J. **Control Administrativo y Justicia Administrativa**, Serie Innovación Administrativa, España, 2016.
2. BERNAL, M. / Otros. **Manual de Derecho Administrativo**, Litho Editorial Chen, S.A., Panamá, 2013.
3. FABREGA PONCE, J. **Constitución Política de la República de Panamá**, Editorial Alvarez, 2016.
4. GARCIA DE ENTERRIA, E. / FERNANDEZ, T. R. **Curso de Derecho Administrativo**, 14ª ed., Tomo I y II, Editorial Civitas, España, 2015.
5. GUERRERO, V. A. **Proceso Contencioso Administrativo**, Editorial Lex & Iuris, Perú, 2016.
6. Convención Americana sobre JOVANE BURGOS, J. J. **Derecho Administrativo**, Tomo I, Editorial Portobelo, Panamá, 2011.
7. MOLINO MOLA, E. **Legislación Contenciosa Administrativa,** 2ª ed., Universal Books, Panamá, 2010.
8. MONTAÑA PLATA, A. **El Concepto de Servicio Público en el Derecho Administrativo**, 2ª ed., Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2005.
9. -------**Procedimiento Administrativo General**, Biblioteca Nova Lex, Sistema Jurídico, S.A., Panamá, 2015.
10. VILLEGAS ARBELAEZ, J. **Negociación Colectiva y Sindicatos de Empleados Públicos**, 6ª ed., Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2014.

Dr. Cecilio Antonio Cedalise Riquelme

Es Magistrado de la Corte Suprema de Justicia en la Sala Tercera Contencioso-Administrativa. Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Panamá, cuenta con una Maestría en Derecho del Trabajo y un Doctorado en Derecho, con énfasis en Derecho Laboral, también por la Universidad de Panamá.

Especialista en Docencia Superior a nivel de Postgrado y un Diplomado en Normas Internacionales de Trabajo por la Universidad de EAFIT, Medellín, Colombia junto con la Organización Internacional del Trabajo; ha ejercido como docente en la Maestría en Derecho en varias universidades del país.

Entre las obras publicadas por el Magistrado Cedalise, se cuentan: Impugnación de los Convenios Colectivos: análisis crítico sobre legitimación, motivos y tramitación procesal; y Tratamiento jurídico de la Huelga en Panamá: especial referencia a su fundada exclusión en el Canal de Panamá.

Durante su trayectoria profesional, se ha desempeñado como Asesor y Consejero jurídico del Ministro de Trabajo y Desarrollo Laboral, Asesor Legal de la Zona Libre de Colón; Juez Seccional de Trabajo y al ejercicio profesional privado.

El Magistrado Cedalise es miembro del Consejo Editorial de la Revista Lex, que edita el Colegio Nacional de Abogados; de la Academia Panameña de Derecho del Trabajo y fue miembro de la Delegación Oficial, Nivel Intermedio, durante la V, VI y VII Ronda de Negociaciones del Tratado de Libre Comercio entre Panamá y Estados Unidos de América.

Forma parte de nuestro cuerpo de *escritores*

SAPIENTIA

Revista Jurídica del Órgano Judicial

Para mayor información
Sección de Editorial y Publicaciones
Teléfono: 212.7469
Correo electrónico: editorial@organojudicial.gob.pa

AUDIENCIAS CON PETICIONES MÚLTIPLES. *DESDE LA LEGALIZACIÓN DE LA APREHENSIÓN A LA SOLICITUD DE MEDIDAS CAUTELARES*

Foto: Fachada superior principal del Palacio de Justicia de Córdoba, Argentina.

Mgter. Carlos Barragán Quiróz
Juez de Garantías de la Provincia de Colón
Correo electrónico: barraganjurista@gmail.com

Recibido el 3 de febrero de 2017 - Aprobado el 8 de febrero de 2017

AUDIENCIAS CON PETICIONES MÚLTIPLES. *DESDE LA LEGALIZACIÓN DE LA APREHENSIÓN A LA SOLICITUD DE MEDIDAS CAUTELARES*

Nadie está obligado a acusarse a sí mismo. Por la misma razón es inválido un pacto para acusarse a sí mismo, sin garantía de perdón. En efecto, es condición de naturaleza que cuando un hombre es juez no existe lugar para la acusación.[1]

Tomas Hobbes.

Resumen

Es un hecho que en las audiencias de peticiones múltiples -*mal llamadas audiencias combos*- se dan una serie de actuaciones que es preciso pulir a fin de hacer del contradictorio un sistema más acorde con las exigencias sociales. En ocasiones, caemos en el error de hacer de meras imputaciones o aprehensiones toda una audiencia -*mini juicios*- en el estricto sentido de la palabra. En las solicitudes de medidas cautelares, puede llegar a desarrollarse -en ocasiones- toda una teoría del delito que raya en la teoría del caso; incluso, en estas audiencias pareciera definirse la inocencia o culpabilidad de quien aún no ha sido siquiera imputado/acusado. Ante lo anterior, plasmaremos algunos criterios que consideramos de importancia, siempre bajo la salvedad, que toda afirmación que consideremos es tan solo una aproximación a la verdad, sujeta a todo cuestionamiento.

Abstract

It is a fact that in the audiences of multiple petitions - called audos combos audiences - there are a series of actions that must be polished in order to make of the contradictory a system more in line with social demands. Sometimes we fall into the error of transforming the legalization hearings of the apprehension, imputation or request for precautionary measure in a whole trial -mini judgments. In requests for precautionary measures, a whole theory of crime can be developed - at times - that runs counter to the theory of the case; even in these hearings it seems to define the innocence or guilt of those who have not yet been even charged/accused. In view of the above, we will reflect some opinion that we consider important, always under the exception, that any statement that we consider is only an approximation to the truth, subject to any questioning.

[1] HOBBES Tomás. LEVIATÁN. Pág. 58. http://www.uruguaypiensa.org.uy/imgnoticias/749.pdf

Palabras Claves

Aprehensión, legalidad, imputación, acusación, medida cautelar, detención provisional, mini audiencias, audiencias múltiples.

Keywords

Apprehension, legality, imputation, prosecution, precautionary measure, provisional detention, mini audiences, multiple audiences.

CONTROL DE LA APREHENSIÓN:

Con el fin de llevar un orden lógico empecemos con la audiencia de control de la aprehensión, la que puede iniciar con los artículos 233 y subsiguientes del Código de Procedimiento Penal, que se refieren a la aprehensión policial. Si vemos, dicho articulado nos dice que los miembros de la Policía Nacional pueden aprehender a una persona, sin orden judicial, cuando sea sorprendida en flagrante delito o sea perseguida inmediatamente después de la comisión de dicha conducta. Incluso, cualquier ciudadano está en la facultad de aprehender a una persona que esté en los presupuestos señalados.

Lo sustancial en esta diligencia es que la persona que ha sido aprehendida sea puesta a orden del Ministerio Público de madera inmediata[2], luego, el agente de investigación cuenta con un término no mayor de ***veinticuatro horas*** para presentarlo ante el Juez de Garantías *-de ser necesario-*, y éste último una vez fijada la audiencia *-que no debe superar las veinticuatro horas-* para resolver el asunto penal debe fallar en el acto, es decir, el aprehendido puede estar sujeto a una privación de libertad por un tiempo estimado de cuarenta y ocho horas; sin embargo, lo ágil del sistema ha demostrado que en menos del tiempo señalado el sujeto de derecho sabrá si su aprehensión fue legal o no, así como su estado jurídico-penal.

Sobre estas cuarenta y ocho horas, HIDALGO[3], José (2016), hace el cuestionamiento siguiente con su respuesta obvia.

> "¿Cuál es el tema de la audiencia? En ningún momento la audiencia tiene como objetivo analizar qué ha ocurrido en las últimas 48 horas durante las cuales el imputado ha estado detenido sino por el contrario, por qué fue detenido hace 48 horas, quién lo detuvo, por qué hecho se detuvo, si el hecho constituye

[2] *¿Qué es inmediatez? Según la RAE: inmediato, ta. Del latín immediatus es, contiguo o muy cercano a algo o alguien, que sucede enseguida, sin tardanza. Rescatado de: http://www.wordreference.com/definicion/inmediato.*
SALVAT, Tomo 11; Enciclopedia. (2004). Inmediatamente es, sin interposición de cosa alguna. Luego, al instante. Inmediatez: Calidad de lo que está o se prevé inmediato. No se ha de utilizar para significar rapidez, en casos como se ha de exigir mayor rapidez en la solución de problemas (Pág. 8118).

[3] HIDALGO M. José. *Problemáticas Procesales. Estudio, análisis y soluciones al Código Nacional de procedimientos penales. 207 problemas con una respuesta de solución. Editorial Flores. 2016*

> delito, y especialmente, si la detención se realizó en flagrancia o caso urgente. Todo esto y más debe constar en el Acuerdo de Retención, documento en el que el Ministerio Público debe plasmar a qué horas recibe al detenido si la detención policial (o de particulares) fue o no por flagrancias; si al imputado se le han respetado o no sus derechos, si ha sido agredido si los hechos se adecuan a un tipo penal, si el imputado conoce sus derechos, si cuenta o no con abogado defensor, ordena algunas diligencias probatorias, encarrila la investigación hacia un objetivo procesal, etc. (pág. 89)

Como se avistará estamos en presencia de una audiencia que sirve de antesala a las demás etapas procesales, aquí se define en primera instancia la legalidad de la aprehensión, para posteriormente formular la imputación, de no ser así, sentido no tendría llevar a dicho control a alguien a quien no se le van a imputar cargos, ni solicitar una medida cautelar, estas solicitudes de audiencias múltiples cumplen una función de concentración procesal, agilidad y oralidad del sistema.

Es claro que este tipo de audiencias -*la cual no amerita mayores argumentaciones*- lo que se busca es determinar si la aprehensión fue legal o ilegal, por tanto, no es necesario hacer un despliegue de elementos de convicción, más bien, el hacer una narrativa sucinta del quién, cómo, cuándo, dónde y porqué se dieron los hechos, y, *si se cumplieron con los parámetros legales respectivos, es decir, si no se vulneraron Derechos Humanos; por su parte la defensa no tiene mayor intervención*, no por el hecho que no tenga el carácter esencial de defender, es sencillamente que en dicho momento no deben existir mayores complicaciones procesales o materiales, *siempre y cuanto no se hayan violado derechos humanos*.

Comportamiento contrario, es el plasmado por el Doctor Binder[4], *"Decenas de miles de personas son atrapadas por las redes judiciales todos los días y mientras el trámite sea la realidad esencial, allí se aprende maña, trampa, demora, ilegalidad, crueldad, intolerancia, despersonalización, desidia"* (Pág. 17), posibles prácticas que, más que resaltar la labor del Fiscal, Defensa o Juzgador, lo que hace es desnaturalizar el sistema; el contradictorio ***no está legitimado para concursos de popularidad***, está promulgado para que la sociedad -que somos todos- se beneficie de la pericia de los servidores judiciales (fiscales, defensores y jueces) y/o abogados particulares.

> Prudente es analizar las palabras de Mier, sobre el porqué de la ley penal: Sin embargo, todavía el sistema, según se observa, no permite resolver los problemas ingresados ***a la administración de justicia penal a gusto y paladar de los protagonistas de un conflicto social***, los señalados como víctima y victimario -acusador y acusado en lenguaje formal-, sino que intenta evitar el

[4] LORENZO Leticia. *Manual de Litigación*. Ediciones Didot. 2012.

> triunfo del fuerte sobre el débil, del poderoso sobre el indefenso, *y evitar que el Derecho penal funcione como un instrumento de venganza privada,* ***para pasar a ser un instrumento de la paz del Estado.*** De allí el monopolio casi sin excepciones -única excepción: *la defensa legítima*- de la fuerza o la violencia, admitidas jurídicamente, por parte del Estado y su deber correlativo de proporcionar seguridad común a los ciudadanos, un proceso histórico, provocado y conservado por la burguesía[5]…

Recordemos que nos encontramos ante una audiencia meramente declarativa, salvo casos muy particulares; así, por de pronto, si en una audiencia el agente fiscal se pasó un minuto o cuarenta minutos de las veinticuatro horas establecidas por ley, aunque se declare ilegal la aprehensión por haber rebasado el tiempo permitido, esto no elimina o suprime -necesariamente- el hecho delictivo, ni la posible desvinculación de su autor; recalco, siempre y cuando no se vulneren derechos humanos, se incumpla con el debido proceso y, el tiempo excedido esté debidamente justificado; dicho de otro modo, si no existen vicios de nulidad, es viable el continuar con las demás peticiones, todo dependerá de cada situación en particular y el porqué del incumplimiento por parte del agente investigador.

Lo anterior ha sido planteado por lo siguiente; ***¿Qué sucede si la aprehensión se produce en aguas nacionales o internacionales?*** Conforme a los convenios o tratados internacionales sobre Derecho del Mar[6], el agente captor debe conducir a la persona aprehendida al Ministerio Público ***en el término de la distancia***[7]. Y hemos de preguntarnos ¿cómo es esto del término de la distancia? Pues bien, entre las posibles situaciones que se pueden dar en alta mar o dentro de las 12 millas náuticas, tenemos el literal (a) y subsiguientes, numeral 4, artículo 6 del Acuerdo Salas-Becker; que establece el cómo proceder, veamos: "Perseguir a la embarcación sospechosa en las aguas de la otra Parte; para detenerla y asegurarla mientras espera la llegada de los Funcionarios del Orden de la otra Parte, quienes efectuarán el registro y asumirán la jurisdicción de la Embarcación Sospechosa, su cargamento y las personas a bordo;". Como se podrá colegir, el recorrido de la persecución y posterior espera de los servidores respectivos no es amigable y el traslado de una embarcación con sus tripulantes tampoco lo es, por lo que, ese término de la distancia siempre estará sujetos a las condiciones del mar.

Entonces, dentro de la jurisdicción de Panamá, las autoridades de los Estados Unidos de América pueden dar persecución *ininterrumpida* a una embarcación hasta asegurarla, con el propósito que los servidores nacionales *-Servicio Nacional Aeronaval (SENAN)-*

---

5 Maier, Julio B., *El Principio Acusatorio como símbolo de la Reforma Hispanoamericana del Procedimiento Penal*

6 Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

7 GO. N° 25,063 de 2 de junio de 2004; Arreglo Complementario entre el gobierno de Panamá y el gobierno de los Estados Unidos de América, 5 de febrero de 2002; (Salas-Becker), Artículo II, literal C (I) Para la República de Panamá: el territorio bajo soberanía de Panamá, las aguas situadas dentro de las 12 millas náuticas del territorio panameño y el espacio aéreo sobre esas aguas y territorio.

procedan con el registro y posible incautación de material ilícito, en cuyo caso debe ser puesto a órdenes del Agente Fiscal ***en el término de la distancia.*** La pregunta es obligatoria; una vez el Fiscal tenga a su disposición al o los sujetos aprehendidos, ¿Cuánto tiempo cuenta para ponerlo a órdenes del Juez de Constitucional? En respuesta a esto, todo dependerá de donde se encuentre el fiscal y el o los sujetos a quienes se ha de determinar su situación jurídico penal; ante estas dificultades es sumamente difícil establecer 48 horas para llevar a cabo y concluir una diligencia de esta magnitud, por tal motivo, se da un tiempo prudencial -no específico- para que el MP -de ser necesario- presente al desviado social ante el juez constitucional; ahora bien, este no puede entenderse como una patente de corso sobre la base de una absoluta discrecionalidad o arbitrariedad investigativa en la persecución del crimen; el tiempo que utilice el MP siempre debe estar debidamente justificado.

Diferente es cuando se tiene un automóvil, con presunta sustancia ilegal, se contacte al Fiscal de Drogas, se solicite autorización de allanamiento -de ser necesario-; que en treinta minutos esté en el lugar de los hechos, se registre e incaute la sustancia, sea llevado a Fiscalía, se le nombre su Defensor y, en menos de 24 horas esté puesto a órdenes del Juez de Garantías. Cuando hablamos de una distancia entre 12 millas náuticas, estamos tratando sobre temas sumamente difíciles, el tiempo ambiental (atmosférico) -*la irregularidad del mar*-, el traslado de los agentes de investigación, el traslado de la embarcación y sus tripulantes a puerto seguro, el contactar a la defensa particular o pública, etc.

Así, el artículo 235 del CPP ***faculta*** al Ministerio Público para ***ordenar la aprehensión*** de una persona cuando existen elementos de convicción suficientes para sostener razonablemente que es autora o partícipe de un delito; esta facultad encuentra asidero en la potestad de ejercer la acción penal, dudamos que el Ministerio Público ordene la aprehensión de un sujeto de derecho sin suficientes elementos de convicción que demuestre que la medida fue necesaria, urgente y proporcional a los hechos, es decir, un Fiscal no acudirá a una audiencia de legalización de la aprehensión para que se la declaren ilegal, por lo menos es lo que la lógica jurídica nos debe indicar, visto con criterio deontológico y no dogmático.

La Flagrancia. El artículo 234 del CPP, detalla que existe flagrancia cuando la persona es sorprendida y aprehendida al momento de cometer una conducta punible, o cuando es aprehendida inmediatamente después del hecho producto de la persecución material[8], que puede ser por el pedido de auxilio, señalamiento directo de la víctima o algún testigo, pero, es requisito que se encuentre en poder del aprehendido algún elemento de prueba relacionado con el delito.

BENAVENTE[9] CH. H. (2015), con

[8] No podemos confundir la persecución material "flagrancia", con la flagrancia en un operativo, la primera es consecuente del momento mismo, mientras que ésta última obedece a sistemas de estrategia policial, donde independientemente del porqué de este sistema de control, si se descubre un delito (posesión ilegal de arma de fuego) se está ante una flagrancia como tal; en esta caso estamos ante un delito permanente mientras dure la posesión, por lo que, a nuestro criterio la flagrancia estaría constituida.

[9] BENAVENTE CH. H. *La Audiencia Inicial, conforme al Código Nacional de Procedimientos Penales. Editorial Flores. (2015)*

relación al señalamiento nos manifiesta que es una modalidad de la flagrancia, producida cuando la víctima, el ofendido, testigos presenciales o alguno de los involucrados identifican al sujeto activo del hecho delictuoso, señalamiento que debe coincidir con espacio físico, lo que se denominaría como las condiciones de tiempo y lugar, añade el autor que "el señalamiento tiene que ser espontáneo e inmediato a la comisión de un hecho delictuoso; de esta manera, la detención que se practique descansará en un recuerdo claro y actual del hecho cometido" "Así mismo, si la captura se procedió en inmediaciones del lugar de los hechos, coadyuvará a calificar como legal la detención, dado la presencia de una inmediatez espacial entre la identificación y la detención. (Pág. 21)

El autor[10] supra con relación al problema de no encontrar elemento de prueba relacionado con el hecho delictual en poder del señalado o indiciado, nos expresa:

> Todo este panorama nos permite opinar que el señalamiento es de seguro uno de los supuestos de flagrancia con mayores requisitos normativos en nuestro sistema jurídico y que puede generar problemas a la ahora de detener, si se piensa, por ejemplo, que aquella persona que se sabe va a ser detenida, lo primero que hace es desaparecer, ocultar o alejarse de cualquier objeto que lo relacionen con el delito; por lo que, podrá haber habido señalamiento pero si no hay posesión del instrumento, objeto o producto del delito, entonces no se satisfacen los requisitos de esta figura jurídica.

Lo que intentamos describir, es que el simple señalamiento de una persona en contra de un sujeto de Derecho no es suficiente indicio para determinar un encausamiento, investigación o imputación, es mucho más que eso, de lo contrario todos podríamos ser objeto de investigación. ORTIZ[11] R. J. (2015). Enuncia que en resumen "flagrancia[12]", es el momento en que alguna persona o la autoridad sorprende a "alguien" cometiendo un ilícito, por ejemplo, cuando una persona roba un accesorio de un vehículo y es descubierto por el dueño, coloquialmente diríamos "lo agarré con las manos en la masa", eso es flagrancia.

La Imputación: En esta audiencia la cual podría decirse es siamesa de la aprehensión, los hechos o algunos hechos ya son conocidos por las partes -*víctima, supuesto victimario, fiscalía, defensa y el juzgador*-, por lo que mal se podría volver a repetir en detalle todo aquello que se dijo en la aprehensión, él porque es más que obvio, es redundante; ahora bien, es

10 BENAVENTE. Ob. Cit. Pág. 22.6

11 ORTIZ R. J., *El Control de la Legalidad en la Detención, audiencia inicial*. Editorial Flores. 2015. Ídem. ***Infraganti*** (barbarismo) en lugar de ***in flagranti*** que procede del jurídico ***in flagranti crimene*** y se aplica al hecho de sorprender a alguien en el momento preciso de cometer un delito, aunque el DRAD se acepta de las dos formas ***in fraganti e in flagrante***, la segunda es más precisa. (pág. 52)

12 En la página Hispanoteca, Lengua y Cultura: se nos aclara que: "En la expresión latina *in flagranti delicto o in flagranti crimene, flagrans, flagrantis* es el participio activo del verbo *flagrare "arder", "estar todavía caliente"*. En español se usa todavía el adjetivo flagrante "que se esté ejecutando actualmente", de tal evidencia que no necesita pruebas" (una contradicción flagrante). La expresión latina *in flagranti* se deformó en la expresión española *in fraganti*, quizás por contaminación con *fragante "oloroso"*, del participio latino *fragans, fragrantis* del verbo *fragrare "echar olor"*. De; www.hipanoteca.eu

claro que algunos hechos deben volver a resaltarse, pero deben hacerse desde el punto de vista de la imputación; no con un despliegue de todos y cada uno de los elementos probatorios que reposan en la carpeta penal del ente acusador, ya que se está comunicando el inicio de la investigación donde se cuenta con la existencia del delito e indicios de su posible autor o autores, lo demás, forma parte de otra etapa procesal.

Lo anterior, por de pronto, es porque la imputación es un acto de comunicación[13], allí se anunciarán uno que otro elemento de convicción que repose en la carpetilla del Ministerio Público, el tipo penal que se investiga, el sujeto pasivo de la acción penal, entre otros. Es por esto que el artículo 280 del CPP establece que el Ministerio Público en esta audiencia ***comunicará oralmente*** a los investigados que se desarrollará una investigación en su contra respecto de uno o más delitos específicos. Todo esto mediante la individualización del imputado -autor, coautor, partícipe, participante (cómplices), instigador-, ***los hechos relevantes*** -no todos los hechos- en que se sustenta la imputación y los elementos de conocimiento que la respaldan, concretando así la vinculación del procesado.

En esa misma audiencia se le comunicará de manera directa al imputado que la prescripción de la acción penal queda suspendida, que la fiscalía cuenta con un período perentorio para acusarlo, que se abren las posibilidades para que llegue a un acuerdo con el Ministerio Público o la víctima, entre otros, así que, esta audiencia de imputación despeja varias posibles dudas al imputado y la víctima, es decir, se refuerza lo que la fiscalía y la defensa le deben haber comunicado y explicado sobre los procedimientos alternos para disolver el aprieto penal, sólo que en esta ocasión es el juzgador quien se lo comunica y, le pregunta si comprende lo que está sucediendo, entonces, hablamos de una audiencia de suma relevancia, en la cual se determinará o posiblemente se determine el camino a seguir durante la fase de investigación, de lo contrario ***-de ser escrita-*** perdería el sentido mismo del sistema y, retomaríamos un sistema anacrónico ya criticado por todos, con estadísticas e injusticias más que demostradas.

MEDIDA CAUTELAR: No encontramos mejor manera de iniciar que, con lo expresado por Lorenzo Leticia[14], sobre la base de la experiencia; la jurista nos dice, cada audiencia debe responder específicamente a una finalidad determinada.

---

13 En algunas ocasiones he escuchado que la audiencia de imputación debe desaparecer de nuestro código de procedimiento, toda vez que no cumple ninguna función relevante, y esa comunicación puede hacerse mediante una mera notificación escrita. Considero que es un criterio errado debido a que no es lo mismo leer una simple nota donde se le notifique a un ciudadano determinado que será investigado por el delito de Hurto; a que esa persona -***sin conocimientos jurídicos***- escuche de viva voz de un Fiscal; que será investigado por hurto debido al señalamiento de la víctima "x", que se cuentan con los indicios "g, t, h" y, los testimonios de "b, c, q"; esta práctica presenta al imputado una visión real de todos los escenarios posibles a suceder y, a ***no creer solamente en lo que su abogado le dice***. En iguales términos se puede utilizar la presencia de los interesados para que entre Fiscal y Defensa o Víctima y Victimario puedan utilizar alguno de los procedimientos alternos para la resolución del conflicto penal. Por tanto, el pretender que, porque en otras latitudes dicha audiencia se ha suprimido, debemos hacerlo mismo aquí; es hacer lo mismo que nuestro creador de leyes, es decir, imponer una cultura jurídica o práctica tribunalicia extranjera sin tomarse la tarea de estudiarla y amoldarla a nuestra idiosincrasia judicial.

14 LORENZO L., *Manual de litigación*. Director Binder Alberto., 2012 (Pág. 20-30)

> Por ello, la observación de la práctica en la etapa preparatoria, fundamentalmente en materia de medidas cautelares, nos da cuenta de un espacio que se ha convertido, de una solicitud puntual para cautelar los fines del procedimiento, en una especie de mini juicio donde el juez comienza a conocer detalles y elementos probatorios que sólo vendrían a cuento si estuviera juzgándose la existencia o no de responsabilidad penal de la persona. (la negrita es mía)

Entre los puntos medulares que debilitan las audiencias que versan sobre las medidas cautelares están, que se ha perdido la finalidad última de esta audiencia, que no es otra que el asegurar su desarrollo hasta la conclusión de la investigación, transformándola en un debate sobre la inocencia o culpabilidad del imputado, obviamente esta discusión obedece no a que realmente se discuta la culpabilidad del imputado, si no que en el afán de determinar la procedencia o improcedencia de dicha medida los actores *-fiscal, querellante o defensa-* insertan elementos de prueba o argumentos sobre la posible responsabilidad del encausado, desvirtuando la naturaleza de la audiencia misma, lo que lleva aparejada una excesiva cuota de tiempo. No pretendemos decir que las audiencias sean un duelo de acelerado de motivaciones, pero, *tampoco pueden ser una parafernalia de supuestos de hecho, y mucho menos una pendencia de poderes.*

CABEZAS Chrisstian[15]. (2016); sobre la protección de la libertad y el juez de control, nos detalla:

> Entonces, se tiene que por regla general a nivel normativo (supraconstitucional, constitucional y legal) es el respeto por la libertad, sin que ello implique la existencia de un derecho absoluto, toda vez que el mismo puede ser limitado siempre que medie un motivo previo, fundado y se supere un análisis constitucional en términos de finalidades, proporcionalidad y adecuación de la medida. (Pág. 132)

Como percibimos, es una constante doctrinal, legal y supraestatal el que toda medida cautelar *-detención provisional-* debe ser filtrada bajo el baremo de la proporcionalidad, necesidad, subsidiariedad, provisionalidad y excepcionalidad, sin olvidar la dignidad de la persona (Art. 12 del CPP); es decir, sólo debe ser aplicada como *última ratio*; ya que cada caso presentará sus propias particularidades y será en base a esto que se ordenará dicha detención provisional, toda vez que el Estado a través de la judicatura tiene la facultad de privar a una persona de su libertad cuando ésta represente un daño significativo para la sociedad o ***para sí mismo***.

Se alcanza a deducir entonces, que habrá casos de robo que por su modalidad ameritarán una detención provisional, mientras que otros no

[15] CABEZAS Ch. *La función del juez de control de garantías en el proceso penal con tendencia acusatoria.* Ediciones Nueva Jurídica. 2016.

necesariamente tendrán la misma línea, de igual manera sucederá con los delitos de estupro, inviolabilidad del domicilio, contra la seguridad colectiva, violencia de género, maltrato a la persona menor de edad, contra la administración de justicia, lesiones, etc. Para arreciar esto, BENAVENTE CH. (2015); detalla que "La naturaleza de la coerción es procesal, de orden cautelar, en tanto sirve para asegurar la presencia del imputado al mismo; no es posible utilizarla como pena, ni tampoco como medida de seguridad o para aplacar sentimientos colectivos de venganza". Al respecto, nos presenta algunos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, veamos:

> "… La presencia de indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a proceso y que sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia…" Caso Palamara contra Chile.
>
> "… No cumplir con estos requisitos equivale anticipar una pena sin sentencia, lo cual contradice principios generales del derecho universalmente reconocidos…" Caso Instituto de Reeducación del Menor contra Paraguay. Caso López Álvares contra Honduras[16].

En dicha línea de pensamiento el escritor *supra* nos habla sobre de la ***teoría de riesgo,*** exhibiendo que las medidas cautelares son instrumentos procesales que afectan la esfera de la libertad del imputado, así como derechos conexos a tal libertad, pero este tipo de coerción *-procesal y sustancialmente legal-* puede ser aplicada cuando se cuenten con *indicios* de una causa probable de la constitución de un delito y la intervención -vinculación- con el imputado, así como la presencia de una teoría del riesgo que justifique afectar dichos bienes, en base a la ya mencionadas proporcionalidad y racionabilidad.

Así entonces, debemos entender por *teoría del riesgo a "la argumentación fáctica, probatoria y jurídica que permita, de manera razonada y fundada, prever o descartar un peligro de fuga, de obstrucción, o de riesgo contra la víctima y ofendido".* Posterior a ello toca "… identificar la cautelar más proporcional al peligro invocado, a través de los test de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto la cual está relacionada con el interés público"[17].

Esto es así, porque no puede existir una tabla que defina de manera inequívoca cuando procede la medida privativa de la libertad y cuando no, reiteramos, cada conducta, cada hecho, cada situación jurídico-social tendrá sus propios ribetes, sus propias características y será en ese entonces que cada Juez de Garantías bajo la sana crítica decidirá lo más adecuado en derecho. Empero, en ese análisis intelectivo no solo se debe tener presente de manera singular los derechos del imputado y sus posibles peligros, este estudio debe tener presente a la víctima del injusto penal, ya sea un particular o el colectivo

[16] Benavente Ch. Ob. Cit. Pág. 314-315.
[17] Benavente Ch. Ídem. Pág. 316.

social, para entonces ponderar los bienes jurídicos presuntamente lesionados versus la libertad ***-provisional-*** del individuo, la cual no debe -*en la mayoría de los casos*- superar los seis meses de enclaustramiento.

Con relación a las practicas tribunalicias, tal como se refleja en textos extranjeros y de igual manera en una que otra audiencia en el territorio nacional, observamos que fiscales y defensores en un determinado momento de calor jurídico pierden la perspectiva de como sustentar o combatir la necesidad de la detención provisional y se sumergen en la probanza de la inocencia o culpabilidad del imputado en base a indicios o presunciones, viciando en cierta medida la claridad del juzgador. En similares términos se observa una repetición o reproducción cuasi exacta de todo lo que se dijo en la legalización de la aprehensión y la imputación, es decir, se vuelven a reiterar los mismos hechos, de modo, tiempo y lugar, con los mismos personajes, como si estuviéramos inmersos en un debate lírico. Obviamente sería la misma prosa con diferente entonación.

Continuando con nuestra línea de pensamiento, debe existir el delito y la posible vinculación, dualidad inseparable en estos casos; el artículo 222 de la norma procedimental nos lo particulariza, nos exige la existencia de un hecho y los medios probatorios que ese hecho se enmarca en una conducta delictiva, además, que se cuenta con la vinculación del imputado (determinado), la propia norma no habla de ***posible*** vinculación, así que debemos interpretar que hay un señalamiento directo sobre el recién imputado, debiéndose valorar su necesidad, proporcionalidad y, justificación, sin olvidar su carácter excepcional. En términos de Nieva[18]. J. (2012); al aplicar las medidas cautelares debemos partir de tres presupuestos; "el fumus, el periculum y la pendencia".

> El ***fumus delicti commissi*** (en el proceso civil fumus boni iuris) consiste en la probabilidad de que la sentencia vaya a ser condenatoria. No basta una mera conjetura, sino que debe tratarse de una presunción correctamente construida, es decir, fundamentada en indicios de los que quepa deducir razonablemente la responsabilidad del sujeto.
>
> …el ***periculum libertatis*** (periculum in mora en el proceso civil). Se concreta este periculum en cualquier acción que pueda realizar el imputado estando en libertad, y que pueda de algún modo comprometer la tutela que se dispense en la sentencia. Hasta el momento se han identificado tres de esos posibles peligros: el peligro de fuga, el peligro de destrucción de pruebas y el peligro de reiteración delictiva.
>
> La ***pendencia*** (…) Tiene que ser actual o inminente, en el sentido de que una medida cautelar solamente tiene sentido, como ya se dijo, si va encaminada a

[18] NIEVA F. Jordi. *Fundamentos de Derecho Procesal Penal.* Edisofer. S.L. & Editorial IBdeF. Buenos Aires, Argentina. 2012.

> garantizar la eficacia de una sentencia (…) En ocasiones la detención tiene una simple finalidad de identificación del detenido y esclarecimiento de los hechos, que en un principio pudieron resultar aparentemente delictivos (…) Lo mismo sucede con la detención, puesto que también debe ser puesto el detenido en libertad en caso de no estimarse necesario abrir una instrucción contra él. Por consiguiente, este tercer presupuesto también debe proclamarse con respecto a las medidas cautelares penales. (el resaltado y la negrita es mía) (pág. 160-161)

Por otro lado, el artículo 223 de dicho cuerpo legal, ordena que ante la concurrencia de causas de justificación o excluyentes de culpabilidad, entre otros, no procede la aplicación de estas medidas; entonces, surge la duda, si en el momento que la fiscalía solicita una detención preventiva por su parte la defensa argumenta una causa de justificación, qué se debe resolver ¿es el momento procesal oportuno? Si al momento de solicitar una medida cautelar existen suficientes elementos de prueba que demuestren una causa de justificación o eximente de culpabilidad qué sentido tiene continuar con la investigación o la fase intermedia; para nosotros ninguno toda vez que lo que busca el sistema es la agilización del proceso sobre la base de la buena fe y lealtad procesal, sobre la mínima aplicación del derecho penal, entre otros principios; eso dependerá de la capacidad que tenga el Ministerio Público de vislumbrar el posible final en base a los indicios.

No obstante, el dilema procesal podría estar en que se deberían debatir no elementos probatorios, más bien, las pruebas como tal y pasaríamos a la etapa intermedia, ante esta encrucijada sería prudente tal y como la mandata nuestro código, acudir a los principios y definir así el problema procesal que se nos plantea, entre estos, el de mínima aplicación, estado de inocencia, concentración, inmediación y constitucionalización del proceso; aunado a esto vemos que el artículo 350 (3) del Código Procesal Penal, puntualiza la audiencia de sobreseimiento cuando medie una causa de justificación, inimputabilidad, inculpabilidad o ausencia de punibilidad.

No obstante lo anterior, algunos consideran que el debate pertenece al juicio oral -de fondo- porque ese es el momento propicio para mostrar las pruebas tendentes a probar si concurren las causas de justificación o de exculpación, dado que como se mencionó en la imputación y solicitud de medida cautelar no es el momento de la valoración de las pruebas o futuras pruebas, lo que traería como consecuencia una intromisión del juez de control; no obstante, seguro es que a través de los casos y fallos jurisprudenciales de nuestros tribunales superiores se irán despejando este tipo de interrogantes y forjando una línea más segura para todos los que intervienen en el proceso penal.

Continuando con el tema del porque esta audiencia y como debe sustentarse, el artículo 225 de la norma de procedimiento penal, especifica que las medidas privativas de la libertad deben

individualizar al imputado, enunciar los hechos y las evidencias con las que se cuentan, con la necesaria exposición de motivos en que se sustenta la solicitud. Si se aprecia, el señor fiscal tiene que hacer una narrativa ***-nuevamente-*** de los hechos descritos en la legalización de la aprehensión y la imputación, pero estos hechos *-en este momento-* no deben ser reiterados de manera memorística, sino, que deben obedecer al porqué es necesaria la medida, entonces, se debe partir de los requisitos preestablecidos y subsumir allí la solicitud, no a la inversa, de esta manera aunque estemos hablando y escuchando lo que ya se ha mencionado, lo cierto es que se modifica el argumento porque estamos ante otra petición, por tanto, los hechos descritos deben ser mínimos y no toda la historia ya contada, ya que el fiscal, el querellante, la defensa y el juzgador ya conocen los hechos, así, impera el principio de economía procesal.

Los requisitos para la imposición de la medida en cuestión, los tenemos en el artículos 227 en concordancia con el 237 de la norma citada, entre los cuales podemos detallar como el peligro de no atender el proceso, destruir o afectar medios de prueba, cuando puede ser un peligro para la víctima, los familiares de ésta o ***para sí mismo***, cuando represente un peligro para la comunidad, porque pertenezca a organizaciones criminales o por ***contar con sentencias condenatorias***[19] ***vigentes***, véase que no habla de procesos en fase de imputación o acusación, es clara la norma al decir ***sentencias condenatorias,*** asociado a esto, es una de las pocas fases en el proceso en la cual procede hacer mención sobre el historial policivo del imputado/ acusado, recordemos que estamos ante un derecho penal de acto y no de autor, sin olvidar que debe ser contra delitos con pena mínima de cuatro[20] años de prisión, salvo excepciones.

En esa línea de pensamiento, cerramos -por el momento- de manera muy lacónica con los acuerdos de pena, citando al autor Fierro-Méndez: Cuando se emita el juicio de culpabilidad hacia quien delinque, y se concluye que debe ser objeto de un tratamiento resocializador, surge la pregunta de si ¿se debe resocializar únicamente al delincuente o también a la sociedad? Esto, definitivamente que es una de las cuasi salidas donde el procesado de manera pronta sabe cuál es su estatus jurídico, ya sea con pena de prisión material disminuida o la aplicación de subrogado penal, en otras posibilidades. Y se dice, que de igual manera se debe resocializar a la sociedad, por el simple hecho que, si un sujeto comete un injusto penal y, horas o días después goza de su libertad, la sociedad *-los medios de comunicación-*

[19] La norma no prevé que dichas condenas deban valorarse partiendo del hecho que sean delitos similares al investigado en dicho momento, es decir, que sean conductas relacionadas o reiterativas; v. gr., se imputa por hurto y tenga sentencias vigentes por delito contra el patrimonio. Lo que la norma dice es simplemente sentencias vigentes, por lo tanto, el hecho que se esté en presencia de una solicitud de medida cautelar por delito de posesión ilícita de drogas y exista una condena vigente por delito de estupro y otra por hurto, es suficiente para la aplicación de la medida, de lo contrario estaríamos diciendo que el imputado debe ejecutar todo el catálogo de conductas delictivas establecidos en la ley penal.

[20] Si bien el artículo inicia diciendo que la detención provisional es aplicable a delitos que contemplan una pena mínima de cuatro años, posteriormente, se faculta al juzgador a aplicarla aun cuando el delito contemple una pena mínima por debajo de dicho rango, es decir, que no existe límite para la imposición de la medida según sean las circunstancias de cada caso en particular. No está de más recordar que la detención provisional o preventiva es la última ratio en este sistema garantista. Así, estimamos que se tratan de delitos sumamente sensitivos, como aquellos que lleven inmersos la violencia entre las personas o vayan contra la seguridad social o colectiva.

hacen un despliegue o campaña para vociferar que el sistema acusatorio es sinónimo de impunidad -*falta de castigo*-, nada más falso, lo que sucede es que ese sujeto que paso a ser acusado para luego imponérsele una pena en base a un preacuerdo u otra salida alterna, sí lleva internalizado una pena, que esta no necesariamente sea la de un encierro no es sinónimo de impunidad, por tanto, ciertamente y aunque parezca un término paradójico, ***la sociedad necesita ser resocializada***.

CONCLUSIONES

Tanto en la aprehensión, como en la imputación la argumentación de las partes debe supeditarse exclusivamente a esos espacios procesales, de esta manera en la primera se detallará, el cuándo, dónde, cómo, porqué y quién fue aprehendido. Lo mismo sucede con la imputación; tan sólo que en esta ocasión, se especifica la conducta delictiva que será investigada y la vinculación del indiciado/imputado, anunciando uno que otro elemento de prueba que conste en la carpeta penal, de no ser así, estaremos en presencia de ***un mini-juicio,*** retomando la excesiva ritualidad de un sistema -*inquisitivo*- extinto, empero, que algunos insisten en utilizar refugiándose en sus vestigios.

La argumentación en este tipo de audiencias es de suma importancia, pero esta debe mantenerse dentro del margen de lo que se está solicitando, para no caer en la redundancia o excesivo parafraseo -pleonasmo argumentativo-. Esto, definitivamente va acumulando tiempo valioso para cualquiera de los sujetos procesales. Entonces, vemos que en estas audiencias de solicitudes múltiples que inician -por lo regular- con la legalización de la aprehensión y probablemente culminarán con una solicitud de medida cautelar, se basan en los mismos hechos, tan solo que obedecen a momentos procesales distintos, pero de manera continua y, cada solicitud se irá desarrollando como consecuencia de la anterior.

Uno de los puntos que considero de mayor relevancia es la llamada ***"réplica",*** esta -se dice- se utiliza en la legalización de la aprehensión, en la imputación, la solicitud de medida cautelar o la acusación, es decir, podríamos llamarla una muletilla procesal utilizable como salida de escape, pues bien, esa replica en el proceso penal panameño en las etapas mencionadas, ***no existe***, por tanto, lo que hace es acumular minutos y minutos de discusiones entre defensa y fiscalía, desgastando un proceso ágil entre replicas secula seculorum. El único artículo que habla de la réplica es el 371 que trata sobre los alegatos de conclusión, donde las partes pueden replicar lo argumentado por el contrario solo lo referente a situaciones argumentativas no discutidas y donde la defensa, como en todo el proceso, tiene la penúltima palabra, en esta inteligencia es más que prístino que las réplicas en cualquier otra etapa procesal no existen, y, su práctica más que resolver el conflicto entre las partes -víctima/ victimario- lo que hace es complicarlo.

Con relación al juzgador y, en base a las audiencias tratadas, en palabras de la Doctora Quirós (2006); éste debe resolver en forma fundamentada -*argumentativa*-, *pero no haciendo una* ***extensa*** *y molesta exposición* ***repetitiva*** *de los argumentos invocados por las partes*. "Ni siquiera debe recitar las normas completas ni la jurisprudencia innecesaria para el caso concreto. *Lo que debe hacer el(la) juez(a) es* ***explicar el razonamiento*** *que ha seguido para tomar una decisión.* Esto puede hacerse en un breve lapso de tiempo"[21]. (Pág. 79) (el resaltado y la negrita es nuestra).

Si en un determinado caso, nos encontramos con el fiel cumplimiento de los requisitos arriba señalados, cada audiencia de este tipo no debería tomar más de diez o quince minutos -a lo mucho-; sin embargo, este parámetro de tiempo no establecido judicialmente, *no significa que estamos ante una* ***competencia de velocidad***, lo que intento decir es que a medida que se vaya desarrollando y nutriendo el proceso adversarial, así mismo, se irán perfeccionando cada una de las partes[22] que lo integran, proporcionando a los usuarios la atención y resultados de calidad, *no de cantidad o velocidad*.

Las normas no sugieren al juez un resultado determinado, porque no existe una única regla o principio relevante para el caso o porque la regla existente es vaga; por tanto, el juez -que no puede negarse a decidir argumentando incertidumbre- no descubre la solución en el derecho vigente, sino que la "crea". El juez define *ex post facto* los derechos y deberes que tienen las partes involucradas en litigio.

[21] QUIRÓS Jenny. *Manual de oralidad para jueces y juezas, durante las fases previas al debate*. CONAMAJ.

[22] No me refiero a "***partes***" en el estricto sentido jurídico, más bien a fiscales, querellantes, defensores (públicos o privados) y Jueces.

BIBLIOGRAFÍA

1. Código Procesal Penal.
2. GO. N° 25,063 de 2 de junio de 2004; Arreglo Complementario entre el gobierno de Panamá y el gobierno de los Estados Unidos de América, 5 de febrero de 2002; (Salas-Becker).3.
3. BENAVENTE CH. H. La Audiencia Inicial, conforme al Código Nacional de Procedimientos Penales. Editorial Flores. (2015).
4. CABEZAS Ch. La función del juez de control de garantías en el proceso penal con tendencia acusatoria. Ediciones Nueva Jurídica. 2016.
5. HOBBES T. LEVIATÁN. http://www.uruguaypiensa.org.uy/imgnoticias/749.pdf
6. LORENZO L. Manual de Litigación. Ediciones Didot. 2012.
7. HIDALGO M. J. Problemáticas Procesales. Estudio, análisis y soluciones al Código Nacional de procedimientos penales. 207 problemas con una respuesta de solución. Editorial Flores. 2016.
8. NIEVA F. J. Fundamentos de Derecho Procesal Penal. Edisofer. S.L. & Editorial IBdeF. Buenos Aires, Argentina. 2012.
9. ORTIZ R. J., El Control de la Legalidad en la Detención, audiencia inicial. Editorial Flores. 2015.
10. QUIRÓS J. Manual de oralidad para jueces y juezas, durante las fases previas al debate. CONAMAJ.
11. RAE. Rescatado de: http://www.wordreference.com/definicion/inmediato
12. El Debate HART-DWORKIN. *La Decisión Judicial.* Nuevo Pensamiento Jurídico. Bogotá, Colombia. 2012.

Mgter. Carlos Barragán Quiróz

Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas por ISAE Universidad, Técnico en Administración de Aduanas de la Universidad de Panamá, Diplomado en Sistema Penal Acusatorio por UPAM, Técnico Superior en Administración de Empresas con Orientación en Recursos Humanos, Informática Administrativa y Administración de Mediana y Pequeña Empresa con Orientación en Recursos Humanos por el Centro de Estudios Regionales de Panamá- CERPA-.

Además, Maestría en Derecho Penal y Derecho Procesal Penal, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ) y, Corte Suprema de Justicia de Panamá. 2015-2016. Post-grado en Sistema Penal Acusatorio, en la Universidad de las Américas (UDELAS), 2015. Post-grado en Derecho Procesal Penal, con mención en los principios constitucionales que fundamentan el sistema acusatorio, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ) y, Corte Suprema de Justicia de Panamá, Managua, 24 de noviembre de 2014.

Ha ocupado diferentes posiciones en el Órgano Judicial, siguiendo el escalafón, inicia para el 2004 como Escribiente II en el Juzgado de Niñez y Adolescencia de Primer Circuito Judicial de Panamá, a Oficial Mayor en el Juzgado Tercero Municipal de Familia de Primer Distrito Judicial de Panamá, Asistente de Defensor de Oficio, Secretario Judicial y Juez Municipal Mixto. Ha ejercido como Asistente de Abogado en el Ministerio de Educación -Dirección Nacional de Asesoría Legal-, Defensor de Oficio de Circuito. Se desempeñó como Asistente Administrativo en la Autoridad de la Micro, Pequeña y Mediana Empresa (AMPYME).

Actualmente labora como Juez de Garantías en la provincia de Colón.

El licenciado Barragán ocupó el segundo lugar en el Primer Concurso de Ensayo Jurídico Sapientia 2016.

Programa del Órgano Judicial

Los Tribunales Van a las Escuelas

continuará en el 2017

Personal del Órgano Judicial, acompañados del personaje infantil institucional, Judicín, seguirán visitando a los niños y adolescentes de las distintas escuelas del país.

Los estudiantes recibirán información sobre la estructura de la institución y de los deberes y derechos ciudadanos.

EL PRINCIPIO DE LESIVIDAD COMO LÍMITE AL *JUS PUNIENDI*

Foto: Fachada superior principal de la Corte Suprema de Justicia, Estados Unidos.

Mgter. Alberto González Herrera
Defensor Público del Primer Circuito Judicial de Panamá
Correo electrónico: agonzalezherrera26@yahoo.com

Recibido el 3 de febrero de 2017 - Aprobado el 8 de febrero de 2017

EL PRINCIPIO DE LESIVIDAD COMO LÍMITE AL *JUS PUNIENDI*

Resumen

En el presente artículo, se aborda lo concerniente al principio de lesividad a partir de las teorías que explican la existencia del bien jurídico, constatando la importancia en nuestro medio y las ventajas de su observancia.

Abstract

This article refers to harm principle base done theories that explain the existence of legally protected right, wich verifies the importance in our social enviroment and the advantages of its observance.

Palabras Claves

Bien jurídico, teorías que explican el concepto de bien jurídico, principio de lesividad, función teleológica, función sistemática, función de garantía, función crítica.

Keywords

Legally protected right, theories that explain the concept of legally protected right, harmfulness principle, teleological function, systematic function, warranty function, critical function.

INTRODUCCIÓN:

La necesidad de sancionar y frenar algunas "situaciones problemáticas" denominación de delito para el insigne abolicionista HULSMAN obliga a que se considere en nuestro medio la verificación de ese evento que se investiga y cuyo juzgamiento se peticiona (ZAFFARONI, 2016: 17).

No por todo lo que nos desagrada es necesario el empleo del Derecho penal, dado que este instrumento de control social formal debe ser la última ratio y acudir a él cuando ningún otro medio resuelve el conflicto generado por la afectación o grave amenaza al bien jurídico-penal.

El presente artículo procura el instar a no dar curso a procesos penales donde no hay afectación de bien jurídico alguno, a observar el postulado contenido en el artículo 2 del Código penal que insta a salvaguardar los bienes y valores

fundamentales de nuestra sociedad.

No obstante, existirán quienes desean cumplir las formalidades y permanecer atados a las prácticas de hace dos siglos, con actitud inquisitorial, pues los postulados y principios solo se observan excepcionalmente y no regularmente, porque son del criterio napoleónico que el juez es la boca de la ley, aun cuando se dé una mera insignificancia del hecho.

Se hace la exposición del sentido y alcance del bien jurídico, se examinarán sintéticamente las diversas teorías que en torno a la concepción que del bien jurídico se han elaborado; las funciones asignadas al bien jurídico-penal; el principio de lesividad y las ventajas para el proceso penal.

Urge aplicar el Derecho penal a los criminales de cuello blanco, hombres de paja y testaferros, cómplices y demás facilitadores de la impunidad que perjudican los valores más significativos de la sociedad.

1. ASPECTOS GENERALES SOBRE EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El Derecho penal luego de su evolución a raíz de las ideas de la Ilustración, de la revolución francesa y la aceptación del hombre como ciudadano, ha establecido que deben propugnar sus preceptos por la protección de la libertad del hombre y el ejercicio de la misma.

Por ende, nadie duda de la importancia del bien jurídico, motivo por el que todos los textos punitivos del mundo salvaguardan los valores más importantes de cada sociedad en atención a su utilidad para el ser humano. Entonces, los tipos penales establecen las conductas que protegen los intereses de mayor significado en la comunidad (art. 2 C.P.).

Con el empleo del Derecho penal, el Estado preserva a su población de: lesiones, amenazas concretas y últimamente probables agresiones, a sus bienes más preciados, aumentando el catálogo de delitos de peligro.

Un bien para que sea tutelado por el ordenamiento penal, y se convierta en bien jurídico-penal debe revestir cierta importancia, ello significa tener la categoría de fundamental para el entorno social y que la infracción sea tan grave, que implica la imposición de una pena (MIR PUIG, 1990: 209; QUINTERO OLIVARES, 2003: 48).

1.1. Teorías sobre el concepto de bien jurídico

A lo largo de los años, se ha establecido que constituye una de las funciones asignadas al Derecho penal la de tutela de los bienes jurídicos, lo que conlleva que el Estado únicamente pueda emplear este medio de control formal en la sociedad, cuando los otros mecanismos de salvaguarda resultan insuficientes o no efectivos. Por consiguiente, las consecuencias jurídicas del delito, tienden a servir como instrumento en la realización efectiva de protección a los bienes jurídicos.

No ha resultado fácil para la dogmática el construir o consensuar un concepto de bien jurídico que establezca

plenamente el objeto de tutela por la norma penal o que exponga a cabalidad el significado de bien jurídico-penal. De por sí, todavía no existe uniformidad en relación a la prevalencia de una concepción material de bien jurídico-penal. Atendiendo a ello, diversas connotaciones se han ido exponiendo por parte de los autores en relación al concepto de bien jurídico-penal.

1.1.1. Teorías con fundamento constitucional

Las teorías con fundamento constitucional constituyen una de las teorías más importantes, desarrolladas sobre la concepción de bien jurídico-penal parten de considerar que la Constitución es «alfa y omega»; establecen que es la Carta fundamental, la razón por la cual existe el bien jurídico, en específico, el bien jurídico-penal. Se destacan en Italia BRICOLA y ANGIONI, quienes postulan la necesidad de lesión de un valor contenido en la Constitución para justificar al bien jurídico-penal, sino existe respaldo de la normativa constitucional, carece de sentido que a un bien se le considere bien jurídico-penal. (BRICOLA, 1973:167; ANGIONI, 1983: 167-172). También, apoyan a estas teorías quienes coinciden en la necesidad de que los bienes protegidos por el Derecho penal o los bienes jurídicos-penales se relacionen por lo menos con un bien de carácter fundamental. Siguiendo a estos autores pueden integrarse como bienes jurídicos susceptibles de tutela penal: los bienes descritos expresamente por la Constitución; los bienes enumerados por los instrumentos internacionales sobre Derechos humanos; los bienes protegidos por sus peculiaridades propias sin atender a las personas como: la salud pública, el medioambiente, la Administración pública, etc.; y, los bienes vinculados a la Constitución por un valor proclamado por esta, que su afección conlleva amenazar dicho valor a saber: la familia, la seguridad social, el derecho al trabajo, etc. (ALVAREZ GARCÍA, 1991: 20 y ss.; ESCRIVÁ GREGORI, 1980:157; CARBONELL MATEU, 1995: 27-30; DÍEZ RIPOLLÉS, 1991: 25; el mismo, 1998:17; FIANDACA/MUSCO, 1995: 4-5; GONZÁLEZ RUS, 1982: 23 y ss.; MANTOVANI, 1988: p. 208; ROXIN, 1997: 55).

El legislador al elaborar los tipos penales, en la construcción de la protección de bienes jurídicos no puede apartarse de los parámetros que dicta la Constitución vigente en el Estado democrático de derecho; no puede darse el lujo de desconocerla, porque estaría generando normas contrarias a la Constitución y bienes jurídicos vacíos o carentes de respaldo constitucional.

A estas teorías constitucionalistas, se les critica por la amplitud dada al bien jurídico-penal, se les cuestiona la alusión a la Constitución ya que por lo extenso de la misma, los bienes jurídicos-penales, entrarían en conflicto con los principios de subsidiariedad y fragmentariedad, que justifican la intervención del Derecho penal cuando los otros mecanismos de tutela no surten efectos y la afección a los bienes es de cierta gravedad, ya que la Constitución establece los límites negativos de cada bien jurídico más no los límites positivos (OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, 1990: 47-51; SILVA SÁNCHEZ, 2003: 274-275).

PAGLIARO, a las teorías

constitucionalistas también las cuestiona, afirmando que los textos constitucionales pierden vigencia, frente a los avances experimentados en el contexto social, que estos avances son los que generan el surgimiento de nuevas necesidades que requieren de protección y de tutela jurídico-penal (1980: 227-229).

A pesar de lo anterior, las teorías constitucionalistas no pierden el mérito de retomar la importancia de las garantías fundamentales y los valores consignados en la Constitución, al momento de interpretar las normas penales en casos concretos. Ello ha obligado a observar el principio de lesividad, el cual surge como punto central de examen, al constatar la afectación al bien jurídico, conforme a la doctrina garantista del bien jurídico-penal. Esto se debe verificar aun cuando en la práctica no haya servido para hacer efectiva la protección de los bienes fundamentales. En virtud de lo anterior, propugna FERRAJOLI, por un programa de Derecho penal mínimo que genere *"…una masiva deflación de los «bienes penales» y de las prohibiciones legales, como condición de su legitimidad política y jurídica."* (1997: 477).

1.1.2. Teorías espiritualistas

Las teorías espiritualistas proponen la concepción del bien jurídico en base a un valor ideal e intangible, el cual es consignado en la norma penal para su tutela. Lo que se estime contrario a los valores culturales imperantes (ideas, costumbres, dogmas, etc.) en la sociedad lesionará o pondrá en peligro al bien jurídico y constituirá motivo de sanción. El bien jurídico-penal, se halla directamente ligado al mundo axiológico, al deber ser, lo que le da un carácter de bien espiritual, dejando a un lado a la sociedad y a los efectos que el hecho punible le pueda generar (GÓMEZ BENÍTEZ, 1983: 16-25). La mayor de las objeciones formuladas a las teorías espiritualistas es que su concepción del bien jurídico resulta peligrosa porque podría darle preeminencia a valores subjetivos como los valores morales, los valores religiosos o los valores del Estado; desvirtuando al bien jurídico-penal como criterio limitador del *jus puniendi*. Afortunadamente, hoy han sido superados los sistemas penales donde eran objeto de sanción las conductas contrarias a la religión católica, a las buenas costumbres, y, a la moral sexual (HASSEMER, 1999: 7; MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, 2004: 81; ROXIN, 1997: 56).

1.1.3. Teorías liberales del perjuicio social

De acuerdo a las teorías liberales del perjuicio social, la concepción de los bienes jurídicos-penales comprende a aquellos bienes que surgen y producen relevancia en la interacción social; contemplando los bienes individuales y los bienes colectivos, haciendo del producto de esas interrelaciones entre los diversos grupos de personas lo que deviene en nuevas maneras de convivencia en ejercicio del libre albedrío que posee cada una de ellas (CUELLO CONTRERAS, 2003: 54; GÓMEZ BENÍTEZ, 1983: 26-31; MIR PUIG, 2003: 132; STERNBERG-LIEBEN, 2007: 111). Al respecto, ZAFFARONI respalda la trascendencia del bien jurídico para la sociedad, pero comenta que estamos hoy día presenciando cómo el bien jurídico experimenta pérdida en su contenido, por la realización de

procesos de modificación en los cuales se prescinde de la lesividad al mismo, por la aparición de: "…*tipos de peligro sin peligro (peligro abstracto o presunto); la lesión a la legalidad mediante tipos farragosos y vagos, y la delegación de función legislativa penal con el pret pretexto de leyes penales en blanco, etc." (2006: 23-24).*

A estas teorías se les critica por concebir al bien jurídico-penal en forma espiritualista y naturalista a la vez, lo que resulta contradictorio, ya que por un lado se restringe la facultad de crear delitos al Estado, y, por otro lado, en la fijación que hace el Legislador de los bienes jurídicos se pone en evidencia un poder sin límites que considera al individuo parte integrante del contexto social, protegiendo un sistema de consecuencias jurídicas del delito de carácter utilitario. No tienen ninguna influencia en estas teorías espiritualistas el carácter irrelevante o intrascendente de la acción según la óptica del daño a la sociedad, como en los delitos de escasa entidad o de bagatela ni las causas de justificación de las conductas; termina el ser humano en función de la sociedad y no la sociedad en función del individuo (GÓMEZ BENÍTEZ, 1983: 28).

1.1.4. Teorías funcionalistas

Las teorías funcionalistas descansan en la teoría de los sistemas, según la cual toda sociedad constituye un gran sistema, donde existen subsistemas que van a condicionar su funcionamiento en base a roles que deben llevar a cabo u observar los ciudadanos, en virtud de las expectativas que determina el Estado (HORMAZÁBAL MALARÉE, 1991: 93). Conciben estas teorías a los bienes jurídicos-penales, como condiciones requeridas para la convivencia social y para el mantenimiento del orden en la misma. Estiman importante la lesión que se cause a la sociedad con la conducta reprochable, lo cual conduce a que la antijuridicidad atienda a la dañosidad social. El bien jurídico atenderá a la posibilidad de llevar a cabo una función para la sociedad o uno de sus subsistemas, incluso el ciudadano. (GÓMEZ BENÍTEZ, 1983: 32; SILVA SÁNCHEZ, 2003: 277; JAKOBS, 2001: 25-31; el mismo, 1995: 52 y ss.; FEIJOÓ SÁNCHEZ, 1996: 80).

A estas teorías, también se les critica porque podrían dar cabida a que se exija el respeto de valores morales o medidas de carácter político-criminal que persigan el mantener y salvaguardar el orden estatal a toda costa, obviando al individuo, además de mantener un concepto inamovible del bien jurídico, que descansa en el respeto y la sumisión permanente al orden normativo (GÓRRIZ ROYO, 2003: 418; OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, 1990: 342; OLAIZOLA NOGALES, 1999: 50; TERRADILLOS BASOCO, 1981: 135-136; SILVA SÁNCHEZ, 2003: 269).

Cuentan estas teorías con seguidores, que defienden por encima de la existencia del bien jurídico la vigencia de la norma, basados en que esta constituye el bien jurídico-penal, el que debe ser restablecido si ha sido violado a efectos de mantener la estabilidad en el sistema social (JAKOBS, 1995: 45; ALCACER GUIRAO, 2003:9; VOBGÄTTER, 2006: 9).

1.1.5. Teorías personalistas

El bien jurídico-penal que

conceptúan las teorías personalistas como válido es solamente el interés de las personas tutelado por el orden jurídico. Dicha posición es esbozada por la escuela de Frankfurt (SCHUNEMANN, 1996: 18).

HASSEMER respecto al bien jurídico-penal destaca que debe concordar con la realidad (atender a las condiciones del medio), ser selectivo y nítido (con especificación de los objetos a proteger y los hechos que lo afectan) y comprensibles por la generalidad (fijados por el legislador dentro del sistema democrático). El bien jurídico tendrá razones para existir si es un bien que sirve al ser humano para desenvolverse en el contexto social (2007: 104).

Aunado a ello, no deja de tener valor lo expuesto por STRATENWERTH que afirma que los bienes protegidos y la categoría que poseen, dependen de la evolución histórica y probable peligro a que el ser humano les someta (1982: 58).

El Estado democrático, donde impera el respeto por los derechos fundamentales debe dar preeminencia a las personas, por tanto, sino hay real afectación o peligro extremo de lesión a los bienes jurídicos, no tiene sentido la intervención penal. Las meras actitudes, las conductas inocuas, las infracciones sin lesión llevan a que el individuo se convierta en medio, y no en fin de la existencia del Estado.

Los bienes jurídico-penales deben guardar correspondencia con los intereses de los individuos y permitir su desarrollo en la sociedad (HASSEMER/ MUÑOZ CONDE, 1989: 326; MUÑOZ CONDE, 2003: 90-91; MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, 2004: 59; KAHLO, 2007: 56; NAVARRO CARDOSO, 2001: 74; OLAIZOLA NOGALES, 1999: 52; ROXIN, 2007: 447-448; SILVA SÁNCHEZ, 2003: 271; ZAFFARONI, 1994: 240).

Luego del examen de las diversas teorías, podemos advertir que constituyen los bienes jurídicos-penales, aquellos elementos que sirven como conexiones que hacen viable la libertad de las personas y permiten sus relaciones en la sociedad (GÓMEZ BENÍTEZ, 1987: 166; MUÑOZ CONDE, 2006: 90-91; MUÑOZ POPE, 2002: 49; HASSEMER, 1984: 37; ROXIN, 1997:55; SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, 1999:104; TERRADILLOS BASOCO,1981: 136; WELZEL, 1993: 5; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 2002: 52).

Por ende, resulta pertinente atender lo que plantea ROXIN, en cuanto a los bienes jurídicos, que estos son: "… *realidades o fines que son necesarios para una vida social libre y segura que garantice los derechos humanos y fundamentales del individuo, o para el funcionamiento del sistema estatal erigido para la consecución de tal fin.*" (2007: 448).

1.2. Funciones que cumple el bien jurídico

Todo bien jurídico-penal elaborado por el Legislador y reconocido por la Constitución, en la praxis tiende a cumplir diversas funciones. La doctrina destaca cuales son las más importantes funciones, a efectos de poder justificar su empleo para la creación de tipos penales y el mantenimiento del respeto a la dignidad humana.

1.2.1. Función teleológica

El bien jurídico a través de la función teleológica, busca explicar y servir de sostén al ordenamiento como respuesta a los conflictos sociales (BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, 2006: 75; DE LA CUESTA AGUADO, 1996: 167; MANTOVANI, 1988: 213-214; QUINTERO OLIVARES, 2002: 284). Surgido un «acto lamentable» o una «situación problema» siguiendo a HULSMAN, y generadora de inquietud a una persona o a un grupo de personas, el bien cuya protección consigna la norma penal genera calma en la sociedad porque el Estado intervendrá si se solicita su protección (1984: 85). De igual manera, el bien jurídico sirve como guía en la interpretación de los diversos tipos consignados en la norma penal, lo que lleva a considerar la relevancia de la lesión o del peligro generado así como la constatación de la conducta con la acción típica concreta para determinar si en efecto es punible (FEIJOÓ SÁNCHEZ, 1997: 85-86; GÓRRIZ ROYO, 2003: 428-429; MIR PUIG, 2015: 168; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2004: 82-83; OLAIZOLA NOGALES, 1999: 42; TERRADILLOS BASOCO, 1981: 129).

1.2.2. Función sistemática

De acuerdo a la función sistemática, el bien jurídico resulta indispensable en la parte especial de cada Código penal, permitiendo y facilitando al legislador, la tarea de ordenar las conductas delictivas en virtud de los intereses, valores o bienes afectados o amenazados y con mayor trascendencia para la sociedad (ANGIONI, 1983: 12; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, 1998: 53; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 2002: 51). Suministra a la vez, contenido a la antijuridicidad, facilitando el advertir hasta lo que abarca el ámbito de protección del tipo penal, respecto a la naturaleza del interés lesionado o amenazado (GÓRRIZ ROYO, 2003: 430; MIR PUIG, 2015: 169; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2004: 81-82; OLAIZOLA NOGALES, 1999: 42; SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, 1999: 104; TERRADILLOS BASOCO, 1981: 128-129).

1.2.3. Función de garantía

La función de garantía que observa el bien jurídico a través de la norma, es la propuesta de sanción a los comportamientos más graves y desviados de los fines de la sociedad; a las conductas desvaloradas en la comunidad por su trascendencia. Esto genera el surgimiento de la llamada «antijuridicidad material» (FERRAJOLI, 1997: 471; GÓRRIZ ROYO, 2003: 426; JESHECK, 1994: 6; SAINZ CANTERO, 1992: 41). Es menester erigir en delitos, las conductas que causen o generen una lesión o evidente peligro para el bien jurídico (FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, 1998: 55-56; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2004: 79; RODRÍGUEZ MOURULLO, 1978: 24; SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, 1999: 104; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 2002: 52). También, de esta función se deriva que los bienes jurídicos cumplen una tarea político-criminal, que permite la autorrealización de los sujetos (MUÑOZ CONDE, 2006: 95; NAVARRO CARDOZO, 2001: 71-73). De igual forma, el bien jurídico sirve para restringir la labor del legislador, evitando que se penen conductas innecesarias, de bagatelas, de escasa significación o de escasa entidad (BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, 2006: 75; MANTOVANI, 1988:

206-207; MIR PUIG, 2006: 140; ROXIN, 1997: 58-59; SCHUNEMANN, 2007: 199; TERRADILLOS BASOCO, 1981: 129).

1.2.4. Función crítica

La función crítica permite que a través del bien jurídico se advierta si la protección prevista en la norma penal es excesiva o defectuosa (ACALE SÁNCHEZ, 2001: 186; BUSTOS RAMÍREZ/ HORMAZÁBAL MALARÉE, 2006: 75; FEIJOÓ SÁNCHEZ, 1997: 86-87; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, 1998: 56-57; QUINTERO OLIVARES, 2003: 284; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 2002: 51). Contribuye a cumplir el carácter fragmentario y de mínima intervención del Derecho penal.

El Estado democrático de derecho que caracteriza a la mayoría de los países del mundo, no puede ni prescindir, ni desconocer la importancia del bien jurídico y las funciones que el mismo en la práctica cumple. Sin la existencia del bien jurídico-penal, el Estado podría cometer diversos abusos, desconociendo las garantías fundamentales que asisten a las personas, generando incertidumbre e incurriendo en arbitrariedad al emplear el Derecho penal.

A esta función crítica del bien jurídico, que es una de las más debatidas se adhieren autores como BARATTA, CUELLO CONTRERAS, FERRAJOLI y HASSEMER, quienes denuncian una constante inflación más allá del Derecho penal clásico, al incorporar la tutela de bienes espiritualizados, abstractos o colectivos como el medioambiente, el orden socioeconómico, donde no hay lesión sino amenazas a los mismos (BARATTA, 1990: 27-28; CUELLO CONTRERAS, 1981: 481; FERRAJOLI, 1997: 475; HASSEMER, 1999: 24).

De igual manera, señala BARATTA la transcendencia del bien jurídico, advirtiendo que actualmente se anticipa la punibilidad, convirtiéndose el Estado en un «Estado de la prevención», introduciendo más bienes jurídicos con la finalidad de controlar además del comportamiento del sujeto, la lealtad de éste al orden jurídico y al Estado (1990: 28).

En definitiva, sin atender a un concepto determinado sobre el bien jurídico, no se puede ignorar que es necesario su reconocimiento por las funciones antes descritas para comprender el carácter de legitimidad que posea el Derecho penal y no poder insertar determinados objetos en el catálogo de conductas que le brindan tutela.

Por último, hemos de reconocer que el aparato punitivo, como instrumento de protección de los bienes jurídicos, va a tener sentido si éste se articula en el Estado democrático de derecho, atendiendo a las bases fijadas en la Constitución como referente obligado al justificar la política criminal que emplea, maximizando la libertad del individuo y restringiéndola cuando los demás mecanismos que existen para la protección de los bienes no resulten adecuados ni eficaces.

La propuesta de FERRAJOLI antes señalada, del empleo de un Derecho penal mínimo siguiendo algunos presupuestos básicos, nos puede llevar a concretar y comprender mejor la tutela de determinados bienes jurídicos y la

necesidad de su mantenimiento como objeto tutelado por el respectivo tipo penal. Dichos presupuestos son los siguientes:

Tiene sentido la prohibición de ataques tangibles a bienes jurídicos fundamentales de tipo individual o social, sea que generen lesiones o peligro para estos. Estos bienes de carácter fundamental están compuestos por los «derechos fundamentales» que no solo son los derechos individuales, sino también los colectivos. Ese daño o amenaza debe ser constatable frente a la conducta típica respectiva (FERRAJOLI, 1997: 472).

La protección de bienes jurídicos debe ser «idónea» en cuanto a su utilidad para alcanzar los efectos deseados comprobándose el respeto de la proporcionalidad entre afectación y sanción por el acto delictivo, para que no exista desmesura ni falta de adecuación a la realidad social imperante (FERRAJOLI, 1997: 473).

La tutela penal de bienes jurídicos debe ser «subsidiaria» de otros medios existentes en el sistema vigente para mantener su salvaguarda.

Además de evidenciar el respeto a la subsidiariedad, fragmentariedad y, a la última ratio del Derecho penal, el empleo de normas como las del Derecho administrativo con la adopción de diversas medidas, los medios alternos de resolución de conflictos así como otros mecanismos extrapenales se podría evitar el juzgamiento de la comisión de ciertas conductas lesivas antes de recurrir al Derecho penal. Por otra parte, PAWLIK observa que existe déficit en la teoría del bien jurídico por no describir que los daños a la sociedad y las consecuencias jurídicas del delito afectan a las personas por lo que propone convencer a los presuntos responsables que por ser ciudadanos están comprometidos con observar sus deberes para con los demás (PAWLIK, 2016: 9-10).

2. ALGUNOS DELITOS QUE PUGNAN CON EL PRINCIPIO DE LESIVIDAD

En nuestro medio existen delitos que entran en conflicto con el principio de lesividad, que se deriva del artículo 2 del Código Penal. Anteriormente, hemos destacado ello respecto el maltrato a los animales domésticos y la tentativa o el apoderamiento de sustancias ilícitas o material ilícito (GONZÁLEZ HERRERA, 2010: 22-24). También, sucede con algunos tipos penales de los que se peticiona su aplicación por darse una acción típica, y antijurídica, pero es claro que no existe ni afectación ni grave amenaza al bien jurídico lo que lleva a que hechos insignificantes terminen siendo sometidos a la justicia penal. Verbigracia: posesión de drogas para consumo personal (art. 320 C.P.); enseñar a construir bombas por la internet (art. 295 C.P.); pandillerismo (art. 330 C.P.); posesión de arma o componentes de arma (art. 333 C.P.); incumplimiento de medidas de protección a favor de la mujer dentro de proceso por violencia doméstica (art. 397-A C.P.). No es que propugnemos por la impunidad sino que es imperativo valorar si estos comportamientos realmente están afectando a las personas, a la comunidad o más bien entran en pugna con derechos fundamentales como el elegir

si yo consumo o no sustancias ilícitas y si se respeta mi libertad personal.

3. VENTAJAS DE LA OBSERVANCIA DEL PRINCIPIO DE LESIVIDAD

Si en el modelo de proceso penal vigente se propugna por la preeminencia de la libertad y demás derechos fundamentales no es pertinente sugerir la resolución del conflicto por un lado, y por el otro, impulsar investigaciones y juzgamientos por supuestos grupos peligrosos o actos inocuos.

Todo bien jurídico-penal debe contar con respaldo constitucional a efectos de ser válido el precepto penal que lo contempla, pues su misión es proteger al individuo y garantizar su desarrollo en la sociedad.

Observado el principio de lesividad se limitan las restricciones a la libertad y genera la prevalencia del principio *in dubio pro libertate* (HASSEMER, 1984: 39).

Este principio no resulta ajeno a nuestra legislación, este deriva de los instrumentos internacionales sobre Derechos humanos, del artículo 2 del Código penal y del artículo 16 numeral 12 de la Ley de Responsabilidad Penal para la Adolescencia (Ley N°40/1999) que preceptúa: "***Principio de lesividad. A que no se les impongan sanciones, sino con posterioridad a que se les compruebe, en juicio, que su conducta dañó o puso en peligro un bien jurídicamente tutelado.***"

Sin ambages, este principio constituye un postulado de obligatoria aplicación en la justicia penal de adolescentes a efectos de no sancionar a menores de edad sino hay probanzas de cargo que muestren en el juicio oral daños, lesión o amenazas graves a bien jurídico o valor fundamental.

Si provoca este exordio el reprimir los hechos delictivos dañosos, se hará honor a que el Derecho penal sea: "… *la inmunidad de los ciudadanos contra la arbitrariedad de las prohibiciones y de los castigos, la defensa de los débiles mediante reglas del juego iguales para todos, la dignidad de la persona del imputado y por consiguiente la garantía de su libertad mediante el respeto también de su verdad*." (FERRAJOLI, 1997: 336).

CONCLUSIONES

El bien jurídico-penal resulta condicionado por la Constitución, lo que lleva a que la norma penal que prevé su tutela se ajuste a ésta.

Existen teorías elaboradas por la Dogmática para justificar el concepto y alcance del bien jurídico-penal, desde las teorías personalistas hasta las teorías funcionalistas se coloca al individuo en un plano superior y al sistema como objeto de tutela.

La observancia del principio de lesividad deriva del reconocimiento del bien jurídico y de la necesidad que se afecte o amenace gravemente su existencia para que proceda la aplicación del Derecho penal.

Algunos tipos penales entran en conflicto con el principio de lesividad por incriminar comportamientos que no lesionan ni amenazan bienes jurídicos.

Con el empleo del principio de lesividad se ahorran costes al Estado en la sustanciación de procesos de bagatelas o de nula lesión o afectación de los valores fundamentales de la sociedad.

Comprobado que nuestro sistema reconoce el principio de lesividad urge emplearlo dando preeminencia al *In dubio pro libertate* sin excepción.

BIBLIOGRAFÍA

- ACALE SÁNCHEZ, Ma. (2001), *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad,* Comares, Granada.
- ALCACER GUIRAO, R. (2006), *Estudios sobre la tentativa y el desistimiento en Derecho penal*, Temis, Bogotá.
- ALVAREZ GARCÍA, F. J. (1991), "Bien jurídico y Constitución" en: *Cuadernos de Política Criminal, N°43*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, pp. 5-44.
- ANGIONI, F. (1983), *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico,* Giuffré, Milano.
- BARATTA, A. (1990), "Avances de la Criminología en Europa" en: *Cuadernos panameños de Criminología, N°19,* Instituto de Criminología, Universidad de Panamá, Panamá, pp. 17-44.
- BUSTOS RAMÍREZ, J. /HORMAZÁBAL MALARÉE, H. (2006), *Lecciones de Derecho penal, parte general*, Trotta, Madrid.
- BRICOLA, F. (1973), "*Teoria generale del reato" in: Novissimo Digesto italiano, vol. XIX,* Utet, Turín.
- CARBONELL MATEU, J. C. (1995), *Derecho penal: Concepto y principiosconstitucionales,* Tirant, Valencia.
- CUELLO CONTRERAS, J. (2002), *El Derecho penal español, parte general: Notas introductorias. Teoría del delito,* 3ª. ed., Dykinson, Madrid.
- CUELLO CONTRERAS, J. (1981), "Presupuesto para una teoría del bien jurídico protegido en Derecho penal"en: *Rev. Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales, N°34*, Ministerio de Justicia, Madrid, pp.

461-484.
- DE LA CUESTA AGUADO, P. M. (1996), "Norma primaria y bien jurídico: su incidencia en la configuración del injusto" en: *Rev. Derecho penal y Criminología, N°6,* UNED, Madrid, pp. 137-192.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (1997), "El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista", RCPCR, p. 25; el mismo en: *Jueces para la Democracia, N°30,* Madrid, pp. 10-19.
- ESCRIVÁ GREGORI, J. Ma. (1980), "Algunas consideraciones sobre Derecho penal y Constitución" en: *Rev. Papers, N°13,* Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, pp.141-163.
- FEIJOÓ SÁNCHEZ, B. (1997), *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código penal de 1995,* Colex, Madrid.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, J. (1998), *Derecho penal fundamental*, tomo II, Temis, Bogotá.
- FERRAJOLI, L. (2012), "El principio de lesividad como garantía penal" en: *Rev. Nuevo Foro penal, vol. 8, N°79, julio-diciembre,* Universidad EAFIT, Medellín, pp. 100-114.
- FERRAJOLI, L. (1997), *Derecho y razón, teoría del garantismo penal,* 2ª. ed., Trotta, Madrid.
- FIANDACA, G./MUSCO, E. (1995), *Diritto penale, parte generale,* 3ª. ed., Zanichelli, Bologna.
- GÓMEZ BENÍTEZ, J. M. (1983), "Sobre la teoría del bien jurídico (aproximación alilícito penal)" en: Rev. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, N°69, Universidad Complutense, Madrid, pp. 85-112.
- GÓMEZ BENÍTEZ, J. M. (1987), *Derecho penal, parte general, Teoría Jurídica del Delito,* Civitas, Madrid.
- GONZÁLEZ HERRERA, A. (2010), *Postulados del Derecho penal y Sistema acusatorio,* Cultural Portobelo, Panamá.
- GONZÁLEZ RUS, J. J. (1982), *Bien jurídico y Constitución (Bases para una teoría),* Fundación Juan March, Madrid.
- GÓRRIZ ROYO, E. (2003). *Protección penal de la ordenación del territorio,* Tirant, Valencia.
- HASSEMER, W. (2007), "¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico? en: HEFENDEHL, R. (ed.), (2007), *La teoría del bien jurídico, HEFENDEHL, R. (ed.),* Marcial Pons, Barcelona, pp. 95-104.
- HASSEMER, W. (1999), *Persona, mundo y responsabilidad,* Temis, Bogotá.
- HASSEMER, W./ MUÑOZ CONDE, F. (1989), *Introducción a la Criminología,* Tirant, Valencia.
- HASSEMER, W. (1984), *Fundamentos del Derecho penal,* Tirant, Valencia.
- HORMAZÁBAL MALARÉE, H. (1991), *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal),* PPU, Barcelona.
- HULSMAN, L./ BERNAT de CELIS, J. (1984), *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa,* Ariel, Barcelona.
- JAKOBS, G. (1995), *Derecho penal, parte general: Fundamentos y teoría de la imputación,* Marcial Pons, Madrid.
- JAKOBS, G. (2001), *¿Qué protege el Derecho penal: Bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, Cuyo, Buenos Aires.
- JESHECK, H. (1994), *Tratado de Derecho penal, parte general,* 4a. ed., Bosch, Barcelona.
- KAHLO, M. (2007), "Sobre la relación

entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en derecho penal" en: HEFENDEHL, R. (ed.), *La teoría del bien jurídico,* Marcial Pons, Barcelona, pp. 53-68.
- MANTOVANI, F. (1988), *Diritto penale, parte generale,* 2ª. ed., Cedam, Padova.
- MIR PUIG, S. (1990). "Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites al jus puniendi" en: *Rev. Estudios penales y criminológicos, N°14,* Universidad Castilla La Mancha, Santiago de Compostela, pp. 203-215. MIR PUIG, S. (2003), Introducción a las bases del *Derecho penal,* 2a. ed., B de F, Montevideo.
- MIR PUIG, S. (2015), *Derecho penal, parte general,* 10ª. ed., Reppertor, Barcelona.
- MUÑOZ CONDE, F. /GARCÍA ARÁN, M. (2004), *Derecho penal, Parte general,* 6ª. ed., Valencia.
- MUÑOZ CONDE, F. (2003), *Introducción al Derecho penal,* 2ª. ed., B de F, Buenos Aires.
- MUÑOZ POPE, C. E. (2002), *Introducción al Derecho penal,* 2a. ed., Panamá Viejo, Panamá.
- NAVARRO CARDOSO, F. (2001), *Infracción administrativa y delito: Límites a la intervención del Derecho penal,* Colex, Madrid.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. (1990), "Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos" en: *Rev. Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, N°63*, Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 5-27.
- OLAIZOLA NOGALES, I. (1999), *El delito de cohecho,* Tirant, Valencia.
- PAGLIARO, A. (1980), 1980 *Principi di Diritto penale, Parte generale*, 2ª. ed., Giufré, Milano.
- PAWLIK, M. (2016), "El delito, ¿lesión de un bien jurídico? en: *Rev. In Dret, N°2,* disponible en: http://www.indret.com/pdf/1222.pdf
- QUINTERO OLIVARES, G. (2003), *Manual de Derecho penal, parte general,* 3ª. ed., 2002, Aranzadi, Navarra.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (1978), *Derecho penal, parte general,* Civitas, Barcelona.
- ROXIN, C. (2007), ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? en: HEFENDEHL, R. (ed.), *La teoría del bien jurídico,* Marcial Pons, Barcelona, pp. 443-458.
- ROXIN, C. (1997), *Derecho penal, parte general, tomo I, Fundamentos. La estructura dela teoría del delito,* Civitas, Madrid.
- SAINZ CANTERO, J. A. (1992), *Lecciones de Derecho penal, parte general, introducción,* Bosch, Barcelona.
- SCHUNEMANN, B. (2007), *¡El Derecho penal es la última ratio para la protección de los bienes jurídicos!*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- SCHUNEMANN, B. (1996), *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana,* Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, J. R. (1999), *Conocimiento científico y fundamentos del Derecho penal*, Gráfica Horizonte, Lima.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. (2002), Aproximación al Derecho penal contemporáneo, Bosch, Barcelona.
- STERNBERG-LIEBEN, D. (2007), "Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal" en: HEFENDEHL, R.: *La teoría del bien jurídico,* Marcial

Pons, Barcelona, Pp. 105-128.
- STRATENWERTH, G. (1982), *Derecho penal, Parte general I, El hecho punible,* Edersa, Madrid.
- TERRADILLOS BASOCO, J. (1981), "La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal" en: *Rev. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, N°63,* Madrid, pp. 123-150.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. (2002), *Manual de Derecho penal, parte general,* Temis, Bogotá.
- VOBGÄTTER, I. (2010), *Concepto social de acción e imputación objetiva*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- WELZEL, H. (1993), *Derecho penal alemán,* 9ª. ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- ZAFFARONI, E. R. (2016), "Prologo" en: PÉREZ ÁLVAREZ, F. (2016), *Serta, Inmemoriam LOUK HULSMAN,* Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, pp. 13-17.
- ZAFFARONI, E. R. (2006), *El enemigo en Derecho penal,* Ediar, Buenos Aires.
- ZAFFARONI, E. R. (1992), *Tratado de Derecho penal, Parte general, tomo III,* a.gh.

Mgter. Alberto González Herrera

Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Panamá, es egresado del Sistema de Estudios de Postgrado de la Universidad de Costa Rica con el título de Especialista en Ciencias Penales.

Magíster en Derecho con especialización en Ciencias Penales por la Universidad de Panamá, estudios de postgrado en Docencia Superior, Universidad de Panamá.

Obtuvo el Certificado de Docencia del Tercer Ciclo en el Programa de Doctorado "Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología" y el Certificado-Diploma de Estudios Avanzados de Tercer Ciclo de la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España, claustro donde tiene matriculada su tesis doctoral que está en preparación.

Docente en diversas universidades, desde 1993 ha ocupado diversos cargos en el Órgano Judicial. Desde el 2001 es Defensor Público del Primer Circuito Judicial de Panamá.

Apoyo de la Sección de Editorial y Publicaciones del Órgano Judicial al Servicio Nacional de Facilitadores Judiciales Comunitarios, en diversos eventos feriales.

¿CÓMO SE CONSTRUYE LA TEORÍA DEL CASO, EN EL PROCESO PENAL PANAMEÑO?

Foto: Fachada superior principal del Palacio de Justicia en Nimes, Francia.

Mgter. Carlos Enrique Herrera
Defensor Público del Sistema Penal Acusatorio, grupo de Juicio Oral
Correo electrónico: carlos.herrera@organojudicial.gob.pa

Recibido el 3 de febrero de 2017 - Aprobado el 8 de febrero de 2017

¿CÓMO SE CONSTRUYE LA TEORÍA DEL CASO, EN EL PROCESO PENAL PANAMEÑO?

"Aprender a trabajar en sistemas adversariales significa, fortalecer la capacidad del sistema judicial, de reconocer los intereses de las partes y, en ese sentido, "humanizarlo". La declamación, sólo realza la poesía. La declamación de principios que no se respaldan en herramientas de trabajo, sólo puede satisfacer a un narcisismo de lo "correcto", que degrada la lucha y la idea de la dignidad humana".

Alberto Binder

Resumen

La teoría del caso, constituye la teoría fundamental en donde descansa el juicio oral en el nuevo sistema procesal penal panameño. La teoría del caso es una clara y simple historia sobre lo que realmente sucedió desde su propio punto de vista. Es el planteamiento que la acusación o la defensa hace sobre los hechos penalmente relevantes, las pruebas que lo sustentan y los fundamentos jurídicos que los apoyan. Se presenta en el alegato inicial como una historia que reconstruye los hechos con propósitos persuasivos hacia el juzgador.

Abstract

Case theory constitutes a fundamental theory which lays over the oral hearing in the new Panamanian criminal procedure. The case theory is a clear and simple history over what really happens from your own point of view. The accuser and the defender will make and approach over the relevant facts, the proofs which sustains them and the juridical fundaments that support them. The initial allegations should be presented like a history that needs to be reconstructed with persuasive purposes toward the Judge.

Palabras Claves

Proceso penal, Sistema Penal Acusatorio, Fase de Investigación, Fase intermedia, Juicio Oral, Teoría del Caso, estrategia, planteamiento metodológico, fáctico, jurídico, probatorio, defensa, acusación, debate oral.

Keywords

Criminal procedure, Criminal Accusatory System, investigation phase, oral hearing, case theory, strategy, methodologic planning, facts, juridical, probation, defense, accusation, oral debate

1. INTRODUCCIÓN

El Código Procesal Penal Panameño, promulgado mediante la Ley No. 63 de 28 de agosto de 2008, introdujo cambios sustanciales en el modelo procesal penal panameño, cambios que implica el tránsito de un modelo inquisitivo reformado a uno de corte acusatorio basado en principios y garantías fundamentales, este nuevo define de forma clara los roles de cada uno de los intervinientes. En el juicio oral cada unas de las partes exponen ante un tribunal colegiado sus versiones en los alegatos de apertura, en los interrogatorios y en los alegatos de cierre.

Lo que implica que cada unas de las partes (Fiscal, Defensa y querella si la hubiera) deben diseñar su teoría del caso, de allí la importancia de conocer la teoría del caso como herramienta, su utilidad, los elementos que forman parte de la teoría y como se construye la misma, la cual permitirá que los intervinientes puedan conseguir sus pretensiones durante el proceso, el cual se gana con una teoría del caso sólida, comprobada, bajo hechos consistentes que puedan encarar un contradictorio.

2. CONCEPTO

El juicio oral es por excelencia la sede en la cual se despliegan los relatos en competencia, sobre la base de un conjunto de reglas que delimitan las atribuciones, derechos y deberes de las partes del juicio. En donde el Ministerio Público como órgano acusador debe contar con un relato acompañado de antecedentes que lo respaldan; tales como, declaraciones de testigos o peritos, documentos en los cuales se basa, funda y sostiene el relato de los hechos que alega como acusador, pruebas materiales, es decir su teoría del caso. En cuanto a la defensa despliega una teoría del caso paralela, apoyado igualmente en los antecedentes recopilados durante su propia investigación o por la investigación realizada por el propio Ministerio Público, el cual explicará los hechos desde una óptica diferente.

La Teoría del Caso es el planteamiento que hacen las partes a la autoridad judicial acerca de la forma cómo ocurrieron los hechos con relevancia penal, la cual es susceptible de acreditarse a través de los medios de convicción a su alcance[1].

Por lo que podemos manifestar que en virtud de la teoría del caso, se construye al subsumir los hechos reales a las normas penal aplicable, demostrable

[1] Técnicas del Juicio Oral. Programa para una cultura de la oralidad. Universidad de Colombia. 2005.

con los medios de convicción recopilada durante la investigación.

La teoría del caso es, pues, el planteamiento que la acusación o la defensa hace sobre los hechos penalmente relevantes, las pruebas que los sustentan y los fundamentos jurídicos que lo apoyan. Se presenta en el alegato inicial como una historia que reconstruye los hechos con propósitos persuasivos hacia el juzgador.

Esta historia persuasiva contiene escenarios, personajes y sentimientos que acompañan toda conducta humana.

Por su parte **BENAVENTE, HESBERT**, señala que la teoría del caso es el planteamiento metodológico que cada una de las partes deberá realizar desde el primer momento en que han tomado conocimiento de los hechos, con el fin de proporcionar un significado u orientación a los hechos, normas jurídicas ya sean sustantivas o procesales, así como el material probatorio, que se ha recabado[2].

Este mismo autor lo define como una herramienta metodológica por excelencia que tienen las partes para poder construir, recolectar, depurar y exponer su posición estratégica frente a los hechos materia de proceso; y por otro lado, es un sistema o aparato conceptual que permite la articulación de tres niveles de análisis: fáctico jurídico y probatorio, los cuales, no solamente benefician a las parte, sino también al juez, dado que, se le brindara una carga informativa tal que le permitirá contar con los elementos de juicio u decisión para resolver el conflicto de interés jurídico[3]. También puede ser definido como un conjunto de hechos que el fiscal y el defensor han reconstruido en la actividad probatoria y han subsumido dentro de la norma penal aplicable, de un modo que pueda ser probado.

Planteamiento que hacen la acusación y la defensa sobre los hechos penalmente relevantes, los elementos de conocimiento que los sustentan y su fundamento jurídico.

Mientras que para **BAYTELMAN A, ANDRÉS** y **DUCE J, MAURICIO**, establecen que una buena teoría del caso debe poder explicar de una manera cómoda y consistente la mayor cantidad de hechos de la causa, incluyendo aquellos que aporte la contraparte. La teoría del caso es nuestra simple, lógica y persuasiva narración de lo ocurrido[4].

3. FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA TEORÍA DEL CASO

Nuestro Código de Procedimiento Penal establece la competencia de los Tribunales de Juicio, manifestando que los mismos serán colegiados y conocerán de las acusaciones que versen sobre delitos sancionados por la ley con pena superior a un año. Además deja claro la competencia de los Tribunales con Jurados, los cuales conocen los delitos de Homicidio doloso que no sea producto de delitos de terrorismo, secuestro, extorsión, asociación ilícita,

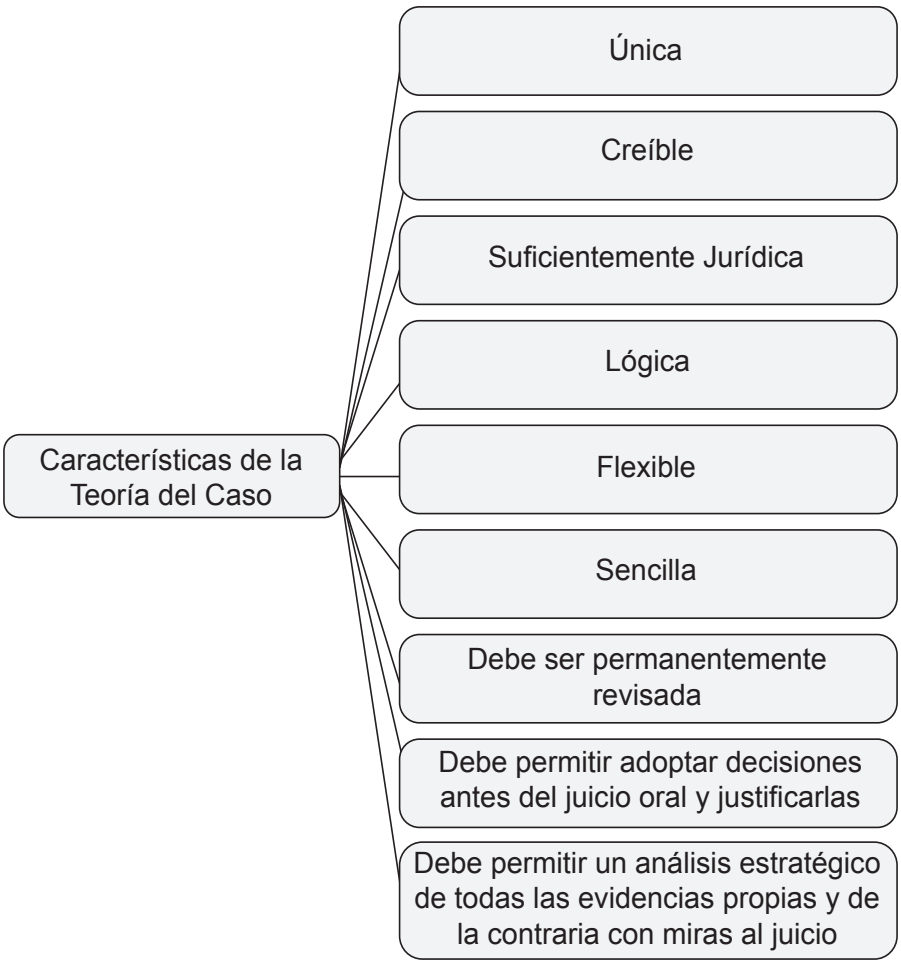
[2] Benavente Chorres, Hesbert. Guía para el estudiante del proceso penal acusatorio y oral. México, Flores editor y Distribuidor, 2011, pp. 199.
[3] Benavente Chorres, Hesbert. Guía para el estudiante del proceso penal acusatorio y oral. México, Flores editor y Distribuidor, 2011, pp. 196.
[4] Baytelman A, Andrés y Duce J, Mauricio. Litigación penal. Juicio oral y prueba. México, Fondo de cultura económica. Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2008 Pp.102.

pandillerismo, narcotráfico o blanqueo de capitales, de igual manera el aborto provocado por medios dolosos, cuando, por consecuencia de este o de los medios usados para provocarlo, sobreviene la muerte de la mujer y aquellos delitos que impliquen un peligro común y los delitos contra la salud pública cuando, por consecuencia de ellos, sobreviene la muerte de alguien, con excepción de los causados por imprudencia, negligencia o impericia en el ejercicio de una profesión u oficio.

Establece que quien presida el juicio verificará la presencia de las partes, los testigos, los peritos o los intérpretes y declarará abierto el juicio, advirtiendo al acusado sobre la importancia y el significado de lo que va a suceder e indicándole que esté atento a lo que va a oír.

El artículo 367 señala que el Presidente del Tribunal de Juicio ordenará al Fiscal que presente su teoría del caso, luego al querellante y finalmente al defensor y a los intervinientes si los hubiera. El Juez, atendiendo a la complejidad del juicio, podrá limitar el tiempo de las intervenciones.

CARACTERÍSTICAS DE LA TEORÍA DEL CASO



4. CARACTERÍSTICAS DE LA TEORÍA DEL CASO

- **Debe ser única:** A partir del Juicio Oral, la Teoría del Caso debe ser única, lo que significa que se debe tener una sola versión de los hechos con la finalidad de explicarlos y darles consistencia y coherencia argumentativa.

- **Creíble:** Para lograrse explicar por sí misma, como un acontecimiento humano real, acorde con el sentido común y las reglas de la experiencia. Debe ser fundamentalmente persuasiva. La credibilidad está en la manera como la historia logra persuadir al juzgador.

- **Suficientemente Jurídica:** Porque todo el razonamiento jurídico se soporta en el principio de legalidad y por tanto debe poder llenar, desde el punto de vista del acusador, todos los elementos de la conducta punible y de la culpabilidad. Desde la óptica del defensor, debe determinar la falta de un elemento de la conducta o de la responsabilidad, o de los antecedentes jurisprudenciales que fijan el alcance de la norma o la violación o inexistencia de los procedimientos que garantizan la autenticidad o mismidad de los medios de prueba (cadena de custodia).

- **Lógica:** Porque debe guardar armonía y permitir la inferencia de las consecuencias jurídicas de los hechos que la soportan.

- **Flexible**: a que inicialmente se concibe cómo será el juicio, pero éste siempre está sujeto a un conjunto de avatares e imprevistos, como todo proceso adverso. La teoría del caso debe ser lo suficientemente flexible para adaptarse o comprender los posibles desarrollos del proceso sin cambiar radicalmente, porque el cambio de teoría del caso da al traste con la credibilidad de cualquier sujeto procesal. Una buena teoría del caso será, entonces, aquella que contiene una hipótesis sencilla sobre los hechos y una clara adecuación típica de los mismos, sin que se entre en sofisticados razonamientos fácticos o dogmáticos, que sea creíble porque su posibilidad de acaecimiento es notoria y su formulación es lógica, y que logre explicar congruentemente la mayor cantidad de hechos que sustenten la propia pretensión, e incluso aquellos que fundamentan la teoría del caso de la contraparte y que han podido salir a la luz en el transcurso del juicio.

- **Sencilla:** Los elementos que la integran deben ser claros y sencillos, sin necesidad de acudir a avanzados raciocinios.

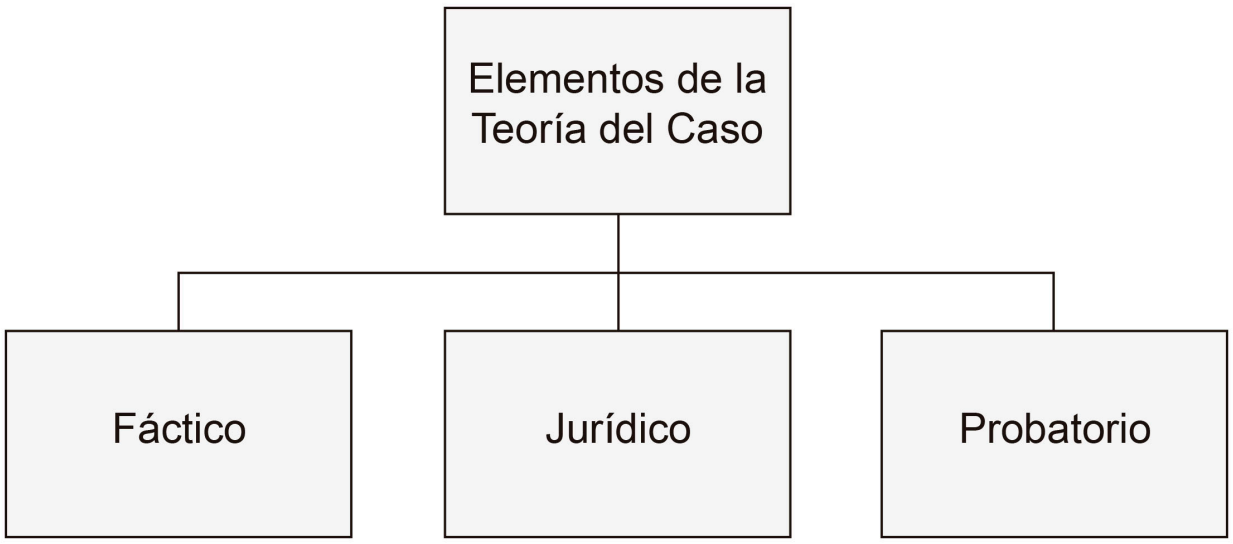
- **Debe ser permanentemente revisada**: A lo largo de todo el proceso, deberemos revisar nuestra Teoría del Caso, pues debemos cubrir sus debilidades o, de ser el caso, cambiar nuestra posición antes del inicio del juicio oral.

- **Debe permitir adoptar decisiones antes del juicio oral y justificarlas:** Nuestra Teoría del Caso debe permitir identificar nuestras debilidades y fortalezas, y adoptar la mejor decisión

antes del juicio oral. Así, si tenemos una teoría que fácilmente podrá ser rebatida en juicio es aconsejable adoptar alguna decisión que permita terminar con el proceso antes de ello como, por ejemplo, el empleo de salidas alternativas.

- **Debe permitir un análisis estratégico de todas las evidencias propias y de la contraria con miras al juicio**: debe permitir identificar cuál será nuestra posición y participación durante el Juicio Oral. Esto, por ejemplo, nos permitirá identificar a los testigos que nos serán favorables en el juicio y modular nuestra participación a través del interrogatorio y contrainterrogatorio de los mismos.

ELEMENTOS DE LA TEORÍA DEL CASO:



5. ELEMENTOS DE LA TEORÍA DEL CASO:

La teoría del caso tiene tres elementos de análisis:

FÁCTICO: Sustenta lo jurídico. Es la identificación de los hechos relevantes o conducentes para comprobar la existencia de la conducta punible y la responsabilidad o no responsabilidad del procesado, hechos que se deben reconstruir durante el debate oral, a través de las pruebas.

Los hechos contienen las acciones con circunstancias de tiempo, los lugares o escenarios, los personajes y sus sentimientos, el modo de ocurrencia, los instrumentos utilizados, y el resultado de la acción o acciones realizadas.

Lo fáctico se integra a través de los hechos (denunciante o querellante) le hacen del conocimiento al fiscal, los que se obtienen en primera instancia mediante la noticia criminal y que son ampliados con posterioridad al ser desahogadas algunas diligencia de investigación que

le proporcione información relevante.

JURÍDICO: Es el punto de partida, todo gira alrededor de esto. Consiste en el encuadramiento jurídico de los hechos dentro de las disposiciones legales, tanto sustantivas como procedimentales. Es la subsunción de los hechos, la historia en la norma penal aplicable.

En otras palabras de nada valdría que los hechos sean relevantes y convincentes, si los mismos no se encuadran en ningún tipo penal, en cuyo caso se tendría una buena historia pura y simple, pero nada más.

PROBATORIO: Sustenta lo fáctico. Permite establecer cuáles son las pruebas pertinentes para establecer la certeza de la ocurrencia de la conducta punible y de la responsabilidad del acusado como supuestos de una sentencia condenatoria para la Fiscalía, o la ausencia o deficiencia de estos requisitos en el caso de la defensa, fallas procedimentales esenciales o la ruptura de la cadena de custodia que hace perder la autenticidad de la prueba.

El aspecto probatorio de la teoría es el modo de comprobar ante el juez los planteamientos formulados.

Estos tres niveles de análisis se interrelacionan entre si bajo el principio de continuidad es decir desde que se toma conocimiento de la noticia criminis, encontramos unos hechos de contenido penal (teoría fáctica) los cuales encuadramos dentro de la normatividad punitiva que creemos aplicable (teoría jurídica y subsunción), contrastando tales hechos con las medios probatorios, (teoría probatoria).

En este mismo orden de ideas, podemos concluir que la teoría del caso es elaborada desde perspectivas diferentes, así desde el punto de vista de la acusación, el Ministerio Público busca elaborar una explicación jurídica del porque el imputado es merecedor de una sanción penal. Asimismo, desde el punto de vista de la defensa, se buscará un esclarecimiento jurídico que sea lo suficientemente convincente como para sustentar satisfactoriamente la inocencia del imputado. El órgano jurisdiccional por su parte percibirá la teoría del caso como una postulación que le hacen las partes en conflicto como verdad jurídica debiendo admitir una y solo una teoría del caso que fundamentará su decisión final.

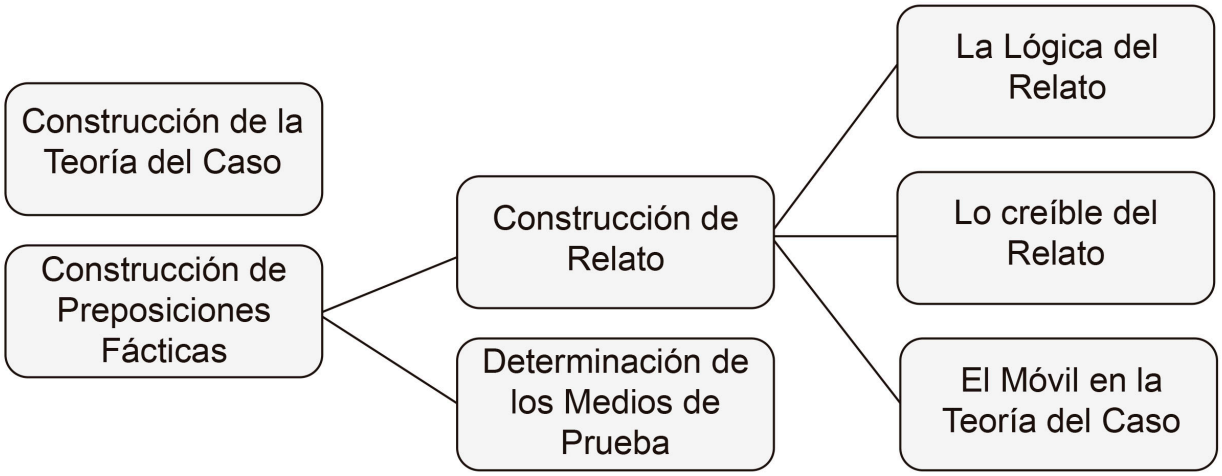
6. ¿CÓMO SE CONSTRUYE LA TEORÍA DEL CASO?

La teoría del caso se empieza a construir desde el primer momento en que se tiene conocimiento de los hechos. Una vez que se posea la información que servirá a cada una de las partes, se debe definir cuál será la teoría del caso por demostrar. Se plantea inicialmente como hipótesis de lo que pudo haber ocurrido. Estas hipótesis deben ser sujetas a verificación o comprobación mediante las diligencias que se practican durante la investigación. Las hipótesis de investigación se convierten en teoría al finalizar la misma. Se modifica y se ajusta hasta que empiece el juicio.

La teoría del caso se elabora en forma de relato, es decir contamos con proposiciones. En el caso que se nos presenta debemos tener en cuenta: los hechos relevantes, el derecho

aplicable. La ley se encuentra redactada de manera general, se debe identificar los hechos que satisfagan esos datos generales (de la ley), en esa medida son relevantes para nuestro caso (elementos objetivos y subjetivos de la tipicidad). Las proposiciones se obtienen del hecho encuadrado en el tipo legal. Basándose en las proposiciones obtenidas el litigante debe construir su relato.

Una buena teoría del caso requiere construir proposiciones fácticas adecuadas a elementos legales sobre las cuales se elabore un relato creíble, sustentado en medios de prueba.[5]



6.1. Construcción de Preposiciones Fácticas:

Para Baytelman y Duce, las preposiciones fácticas es una afirmación de hecho, respecto de un caso en concreto, es decir que si el juez la cree, tiende a satisfacer un elemento de la teoría jurídica.

En el caso del fiscal, por ejemplo, debe acreditar los elementos del tipo penal y el conjunto de circunstancias modificatorias de responsabilidad, todo lo cual en conjunto forma parte de la teoría jurídica.

Para la defensa, en cambio, tendrá que optar por la construcción de un relato alternativo (defensa positiva) o basado en la concentración puntual sobre problemas, inexactitudes o contradicciones de las pruebas de la fiscalía (defensa negativa), o combinar ambas modalidades de un modo coherente y verosímil. De lo que no cabe duda es que el abogado litigante es un narrador, que recurre ante el tribunal para contarle de manera más persuasiva la historia de su cliente, de modo que se ofrezca una opción razonable al juez como para que la repita al momento de resolver la controversia.

[6] Técnicas del juicio oral en el nuevo Sistema Penal de Nuevo León: Programa de Divulgación. Página 75.

6.2. Determinación de los Medios de Pruebas:

Lo primero que hay que tener en cuenta son las preposiciones seleccionadas para fundamentar la pretensión penal; para ello es menester determinar los medios de prueba a partir de las siguientes guías:

Tener en cuenta las preposiciones nos permite determinar los medios probatorios más idóneos para demostrar que los hechos identificados si se encuentran dentro del precepto normativo (adecuación típica)	Siempre es conveniente anticipar futuros problemas que puedan presentarse, especialmente con los medios de prueba que introduzca la contraparte.
Los medios de prueba generalmente son manipulados ilícitamente, contaminados o recogidos de manera ilegal, ya sea porque se aplicaron procedimientos antitécnicos en su recolección o por la acción deliberada de la parte que pretende hacer valer defraudando al proceso y a sus actores.	El análisis probatorio, como elemento de la teoría del caso, culmina con un juicio de valor que le asigna a cada uno de los medios de prueba una determinada capacidad probatoria.

En cuanto al tema de prueba, podemos citar el Amparo de Garantías Constitucionales, de fecha 17 de agosto de 2015, exponente el Magistrado Luis Mario Carrasco M.

> Aunado a ello, destaca que "...la carga de la prueba le corresponde al Ministerio Público, mientras que la defensa no está obligada a probar nada, de allí que la decisión del 3 de julio de 2014 y conformada por el Tribunal Superior del Segundo Distrito Judicial (Coclé y Veraguas), es violatoria del Debido Proceso y del derecho de defensa" (Idem). Aclara que del artículo 346 del Código Procesal Penal se desprende que "...no hay obligación de revelar información que corresponda a los archivos de trabajo de preparación del caso, apuntes o demás documentos que se refieran a la preparación de la teoría del caso por parte de la defensa; por lo tanto, ordenar la entrega de dichos contenidos afecta el derecho de defensa porque se estaría revelando su estrategia previo al juicio oral y da lugar a violar el derecho de defensa y la presunción de inocencia y demás derechos del acusado" (Cfr. f. 40 del cuadernillo de amparo)[7].

[6] Véase el Recurso de Apelación de amparo presentada por la licenciada X. G. A., en nombre y representación de E. D. R. G., contra el acto de audiencia de 3 de julio de 2014, dentro de la noticia criminal 201200000113, emitida por el licenciado L.Q., en su calidad de Juez de Garantías de la Provincia de Coclé. Ponente: LUIS MARIO CARRASCO. Panamá, diecisiete (17) de agosto de dos mil quince (2015).

6.3. Construcción del Relato:

Con la proposiciones fácticas que encuadran en las normas jurídicas (adecuación típica) y probatoriamente sustentadas, ahora se debe construir un relato o historia persuasiva, lógica y creíble.

6.3.1. La Lógica del Relato:

Puede estar garantizada si la historia se cuenta de manera cronológica, ya que es la manera como el entendimiento humano capta mejor las ideas que le comunican.

6.3.2. Lo creíble del Relato:

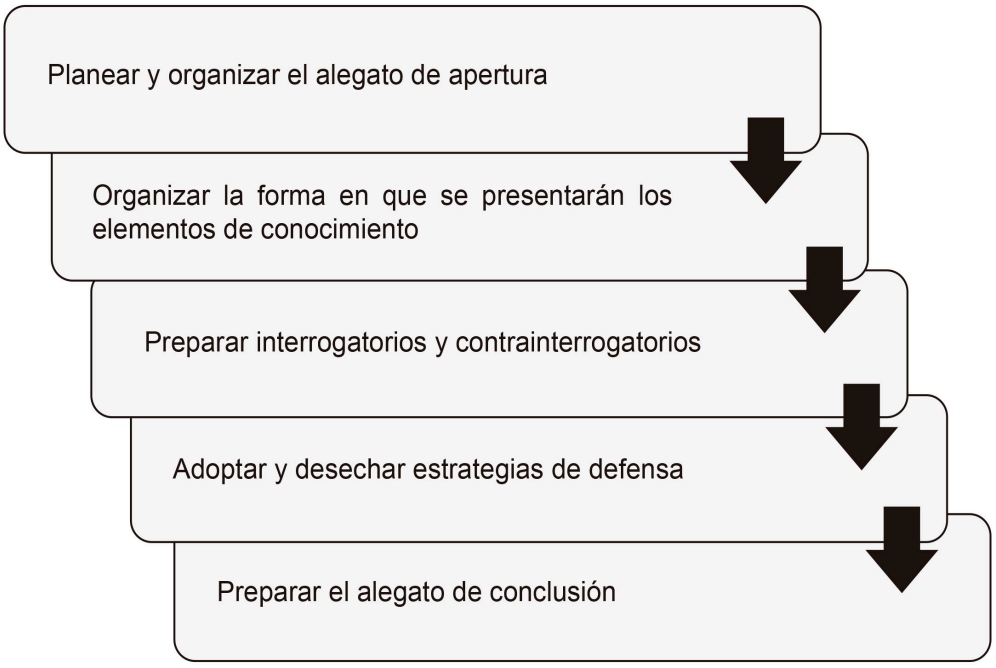
Depende de lo capaz que sea el narrador, de su compromiso con la causa y de los intereses que representa. Es importante tener en cuenta que no es creíble un relato que se ha elaborado sobre la base de una teoría del caso ambigua, incoherente o contradictoria.

6.3.3. El móvil en la Teoría del Caso:

Otro aspecto importante de la teoría del caso y de la construcción del relato es el móvil, porque normalmente implica para el juez la motivación de la acción y hace de la reconstrucción de los hechos una historia más interesante y real.

7. UTILIDAD DE LA TEORÍA DEL CASO.

La teoría del caso tiene varios objetivos, dependiendo de la etapa del juicio en que nos encontremos. Pero en líneas generales sirven para planificar organizadamente el caso y monitorear cada etapa del juicio, permitiendo elaborar una historia persuasiva y con significado penal de relevancia[7].



[7] Técnicas del juicio oral en el nuevo Sistema Penal de Nuevo León: Programa de Divulgación. Página 72.

7.1. Planear y organizar el alegato de apertura:

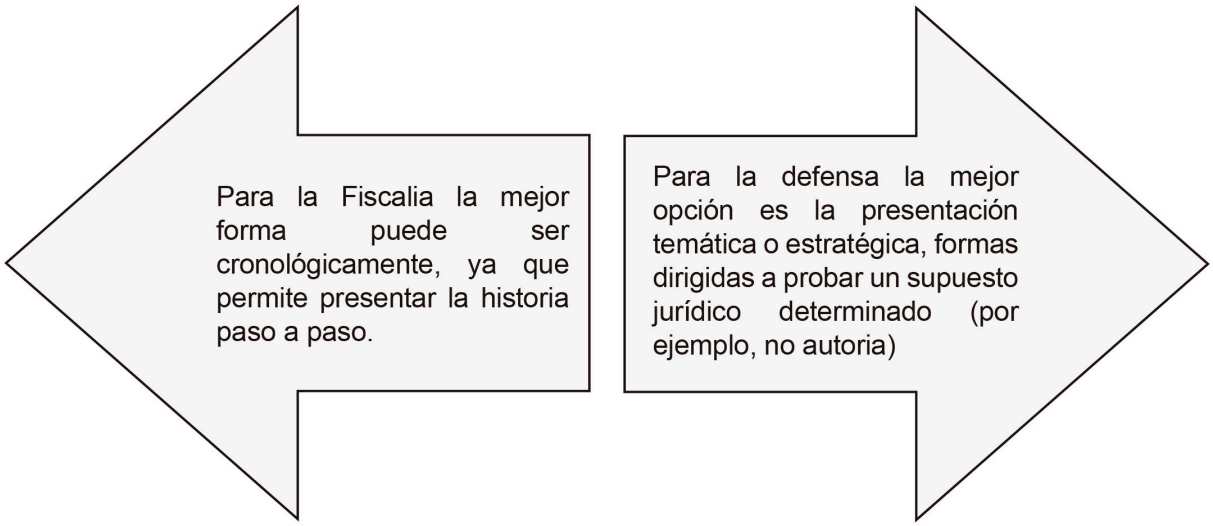
La presentación de la teoría del caso se realiza en la declaración inicial.

Este alegato inicial o de apertura, como se verá más adelante, contiene la presentación del tema, la narración de los hechos, las pruebas que sustentarán la teoría y se practicarán en el juicio, y lo que logrará probarse. La teoría del caso es la esencia de la declaración inicial que permite organizarlo lógica y persuasivamente en sus aspectos fácticos, probatorios y jurídicos.

La Teoría del caso es la idea básica y subyacente a toda nuestra presentación en juicio, que no solo explica la teoría legal y los hechos de la causa, sino que vincula tanto a la evidencia cómo es posible dentro de un todo coherente y creíble. Sea que se trate de una idea simple y sin adornos o de una compleja y sofisticada, la teoría del caso es un producto del trabajo de quien lo realiza. Una buena teoría del caso es el verdadero corazón de la actividad litigante, pues está destinada a proveer un punto de vista cómodo y confortable desde el cual el tribunal puede "leer" toda la actividad probatoria, de manera tal que si el tribunal mira el juicio desde allí, será guiada a fallar en nuestro favor.

7.2. Organizar la forma en que se presentarán los elementos de conocimiento:

La teoría del caso permite organizar la prueba de la forma que mejor convenga para vivificar la teoría del caso.



La organización de la prueba permite eliminar las pruebas innecesarias y direccionar las pruebas que se presentarán hacia el hecho (s) que se quiere probar, relacionarlas con los supuestos jurídicos y anticipar su contradicción por los demás sujetos procesales.

Permite establecer el orden en que se presentará a los testigos y peritos, privilegiando los testimonios fuertes al comienzo y al final para causar impacto sobre el juzgador, con el principio psicológico de que lo que se retiene es lo primero y lo último.

También permite organizar los interrogatorios, orientando éticamente al testigo sobre su declaración y la secuencia de la examinación, así como situarlo frente al contrainterrogatorio que vendrá después. Ayuda a analizar las debilidades de los testigos propios y adversos, y a preparar el contrainterrogatorio respectivo.

Igualmente, la teoría del caso permite determinar a través de cuál testigo de acreditación se podrá introducir cada una de las evidencias físicas.

La teoría del caso permite organizar la prueba de la forma que mejor convenga para poder verificarla. Estas pruebas pueden ser organizadas cronológicamente, para que la Fiscalía o la Defensa presente la historia paso a paso o estratégicamente que es la mejor forma para probar un supuesto jurídico determinado como la autoría o la no autoría.

La organización de la prueba permite eliminar las pruebas innecesarias y direccionar las pruebas que se presentarán hacia el hecho que se quiere probar, relacionarlas con los supuestos jurídicos y anticipar su contradicción por los demás sujetos procesales.

7.3. Preparar interrogatorios y contrainterrogatorios:

Los interrogatorios y los contrainterrogatorio son los espacios de acción en los que mejore se puede dañar la teoría del caso de la parte que lo adujo y la contraparte.

7.4. Adoptar y desechar estrategias de defensa:

Con un buen diseño de la teoría del caso, el fiscal y el defensor están en capacidad de identificar cuál es su mejor posibilidad de acusación o defensa: si la aplicación de un criterio de oportunidad, la declaración unilateral de aceptación de la imputación o acusación, o los preacuerdos.

7.5. Preparar el alegato de conclusión:

La culminación del debate oral es el alegato final. Es aconsejable diseñar la teoría del caso a partir del alegato de conclusión y devolverse para saber cuáles son los pasos que hay que dar y los presupuestos fácticos jurídicos y probatorios que deberán presentarse, para que los argumentos establezcan las promesas realizadas en la declaración inicial.

CONCLUSIÓN

El diseño del nuevo sistema procesal penal se apoya en la idea de un modelo acusatorio que contempla una fase de investigación informal, a cargo del Ministerio Público, que cumple la función de representar el interés de la comunidad en la persecución del delito. En contrapartida, se ha creado un sistema de defensa penal que intenta satisfacer la exigencia constitucional de proveer un abogado que represente en forma profesional y oportuna los intereses del imputado en un proceso, por la vía de homologar en el ámbito de la defensa pública, las exigencias que un particular establece respecto de un abogado privado.

Por otro lado la fase de investigación se constituye en el espacio en el que estos dos actores, Ministerio Público y defensa, despliegan estrategias para revelar paulatinamente sus puntos de vista y el conjunto de antecedentes que respaldan sus posiciones, hasta llegar al juicio oral.

Litigar en un juicio oral es un ejercicio profundamente estratégico, tanto para quien acusa como para quien defiende, implica el diseño de una teoría del caso, en donde cada parte busca explicar cómo ocurrieron los hechos y la participación del imputado en ellos, con la única finalidad de convencer al Juez de que su versión es la verdadera.

El litigante en el juicio oral debe narrar y persuadir. Esa será su principal tarea y primordial objetivo. Esto no sólo se logrará con tener habilidad histriónica y talento intuitivo sino será necesario el diseño de una teoría del caso consistente, suficientemente probada y adecuadamente expuesta que tenga por finalidad lograr una decisión favorable por parte del juez.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar Fregoso, V. "Análisis comunicativo de la teoría del caso." Iter Criminis. Revista de ciencias Penales. Instituto nacional de ciencias penales. México, Cuarta Época, No. 21., Mayo-junio 2011, pp.17
- Baytelman A, A. / Duce J, M. Litigación penal. Juicio oral y prueba. México, Fondo de cultura económica. Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2008 Pp.102
- Bardales Lozcano, E. Guía para el Estudio de la reforma penal en México. México, Magister, 2009, pp. 120.
- Benavente Chorres, H. Guía para el estudiante del proceso penal acusatorio y oral. México, Flores editor y Distribuidor, 2011, pp. 195 – 196
- Benavente Chorres, H. Estrategias para el desahogo de la prueba en el juicio oral. México, Flores Editor y Distribuidor, 2010, pp.87
- Latorre, L. Apuntes sobre la prueba en el proceso penal acusatorio de Panamá. Colombia. 2015.
- León Parada, V. ABC del nuevo Sistema Acusatorio Penal. Colombia, Ecoe Ediciones, 2005 pp.178
- Peña González, O. Técnica de Litigación Oral Teoría y Práctica, Librería Jurídica Sánchez. APECC 2 Edición. Medellín Colombia. 2014.
- Sotelo Salgado, C. La Prueba en el Juicio Oral. Editorial Flores. México DF. 2013.

Mgter. Carlos Enrique Herrera

Actualmente Defensor Público en la Defensoría Pública, asignado al grupo de Juicio Oral. Ministerio Público, Asistente de la Fiscalía Segunda Superior -San Miguelito, Fiscal Sexto Superior-Feminicidio (Encargado), Fiscal Segundo de Descarga del Segundo Circuito Judicial de Panamá - San Miguelito (Encargado), Fiscal Segundo Superior del Primer Distrito Judicial de Panamá-San Miguelito (Encargado), Fiscal Segundo de Circuito del Segundo Circuito Judicial de Panamá-San Miguelito (Encargado), Asistente de la Fiscalía Tercera Superior, Personero Municipal del Distrito de Portobelo y Santa Isabel, Secretario Judicial de la Fiscalía I - III de Circuito, Oficial Mayor.

Profesor en la Universidad ISAE de Panamá, Universidad Latina de Panamá y en la Universidad Americana de Panamá en diversos módulos.

Ha cursado Post-Grado en Sistema Penal Acusatorio, Maestría en Derecho Penal y Derecho Procesal Penal, Post-Grado Entorno Virtuales del Aprendizaje, Post-Grado en Derecho Procesal Penal con Mención en los Principios que Fundamentan el Sistema Acusatorio. Maestría en Derecho Procesal, Maestría en Administración de Negocio con Énfasis En Recursos Humanos, Maestría en Educación con Especialización en Investigación y Docencia de la Educación Superior, Post-Grado en Docencia Superior, Post-Grado en Alta Gerencia, Licenciatura de Derecho y Ciencias Políticas y Licenciatura en Administración Pública.

Autor de El Derecho de Defensa en el Nuevo Procesal Penal Panameño, Libro de Derecho Comparado Latinoamericano, publicado en la República de Paraguay, El Principio de Presunción de Inocencia en el Nuevo Procesal Penal Panameño, Revista Lex del Colegio Nacional de Abogado - Edición marzo 2015, La Audiencia de Sobreseimiento en el Proceso Penal Panameño, Publicado en la Revista Sapientia del Órgano Judicial - Edición septiembre - 2014, El Fiscal en la Fase de Investigación en el Proceso Penal Panameño, Revista Lex del Colegio Nacional de Abogado, La Prueba Testimonial ante el Nuevo Sistema Procesal Penal Panameño Publicado en la Revista Sapientia del Órgano Judicial-Edición No. 7 - 2011.

BREVÍSIMAS ANOTACIONES SOBRE EL JUICIO ORAL EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO PANAMEÑO

Foto: Fachada superior principal del Palacio de Justicia de Estrasburgo.

Mgter. Jennifer C. Saavedra N.
Jueza de Juicio Oral del Primer Circuito Judicial de Panamá
Correo electrónico: jennifer.saavedra@organojudicial.gob.pa

Recibido el 3 de febrero de 2017 - Aprobado el 8 de febrero de 2017

BREVÍSIMAS ANOTACIONES SOBRE EL JUICIO ORAL EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO PANAMEÑO

Resumen

Las fases de un Juicio Oral dentro del Sistema Penal Acusatorio Panameño, desde la óptica de un juzgador.

Abstract

The phases of a Oral Trial within the Panamanian Accusatory Criminal System, from the perspective of a judge.

Palabras Claves

Juicio oral, inmediación, debido proceso, Juez, pruebas

Keywords

Judgment, immediacy, due process, Judge, evidence

Como es sabido, el punto central del nuevo sistema de juzgamiento penal, es el Juicio Oral, espacio en el cual de forma ordenada, tres (3) Jueces podrán escuchar, a la fiscalía, a la querella (en caso de haberla) y a la defensa, exponer su teoría del caso (la cual debe ceñirse a su acusación, que es la base del juicio como se establece en el artículo 358 del Código Procesal Penal), sus pruebas y su alegato final o de conclusión, a fin de poder decidir, conforme a lo presentado y realmente comprobado en juicio, la inocencia o la culpabilidad del acusado.

De ahí que el trabajo cardinal del Juez de Juicio, es percibir, valorar y entender conforme la sana crítica, tal cual lo indica el artículo 424 del Código Procesal Penal, lo externado por cada una de las partes, en conjunto con las probanzas presentadas.

Para los efectos de la existencia de un orden, que permita el entendimiento claro y necesario de los intervinientes, cada Juez tendrá un rol predeterminado: el Juez Presidente abrirá el debate, dirigirá la audiencia, realizará los llamados de atención correspondientes, absolverá las objeciones, recibirá los juramentos y declaraciones, impedirá las actuaciones que representen algún tipo de coacción para los declarantes (sin que esto pueda ser interpretado como parcialidad hacia la defensa, la querella o la fiscalía) y será quien autorice la participación de más de un Fiscal (artículo 365 del Código Procesal

Penal). Por su parte, el Juez Relator, tendrá una tarea que si bien al principio tiene una connotación pasiva, al momento de dictar sentencia cobra una relevancia trascendental y dinámica, puesto que será el encargado de redactar el fallo que contiene los hechos y el fundamento de Derecho, que permitan condenar o absolver a una persona. Y, el Tercer Juez, tiene como misión auxiliar a los demás Jueces, anotando, prestando atención y recabando los detalles que al Presidente y al relator, por razón de su labor principal, pueden no haber percibido; además, en caso de una reconsideración a una objeción por ejemplo, su opinión será parte de la decisión del Tribunal al momento de evacuarla.

Este trinomio de autoridades, juzgarán a través de sus sentidos (principio de inmediación), lo que tanto la Fiscalía, como el querellante y la defensa, le presenten. Así las cosas, el juicio se inicia con la teoría del caso del Ministerio Público (artículo 367 del CPP), la cual se sustenta en la acusación, siendo esta a su vez, la base del Juicio Oral (358 del CPP). Seguidamente, en caso de existir una querella, será el/la abogado/a de esta parte quien expondrá las razones por las cuales fue formulada esta, definiendo si es o no coadyuvante para con la acusación de la fiscalía (artículo 85 del CPP) y si contiene alguna pretensión civil (artículo 91 del CPP). Por último, la defensa externará su teoría del caso, la cual, está dirigida a todas luces, a probar la no vinculación al hecho punible, de su patrocinado (artículo 367 del CPP).

Concluídas las exposiciones, el Juez Presidente iniciará la siguiente etapa del proceso: desahogo probatorio. Todos los intervinientes, deberán presentar, en el orden que así lo estimen (usualmente lo hacen acorde a su teoría del caso, aunque no necesariamente debe ser así) sus pruebas. El mismo, debe cumplir a cabalidad con lo dispuesto en los artículos 17, 376 y 377 del Código Procesal Penal, de tal forma, que estas puedan ser valoradas tal cual lo dispone el artículo 378 del compendio legal antes mencionado.

Es en este escenario, que el Juez de Juicio Oral, no solo pone en juego sus facultades de dirección, sino también procura que el juicio tenga un orden cierto y entendible para todos los involucrados, puesto que primero serán vistas y escuchadas las pruebas del Ministerio Público (incluso puede llamar a declarar a la víctima y al acusado), después las de la querella (en caso de haberla) y por último las relativas a la defensa.

Sobre la evacuación de pruebas, es preciso destacar que estas tienen como finalidad, defender la teoría del caso de las partes (trascendental es acotar que, la principal labor investigativa recae en el fiscal), por lo que siempre se debe buscar que sean los Jueces los receptores de las mismas, que sean ellos quienes realmente vean no solo lo que se pretende probar, sino también el valor que dicha prueba tiene para el caso, como tal. Esta afirmación se realiza, porque en ocasiones, los litigantes se olvidan que es al Juez, a quien se le debe brindar la información necesaria para la resolución del caso, y no al público presente. En esa línea, escuchados los alegatos de conclusión, el juicio pasa a su último estadio: deliberación y sentencia.

Evacuados los planteamientos de las partes, vistas, entendidas y percibidas las pruebas presentadas, los jueces analizarán, darán valor y fundamentarán su decisión, conforme a lo dicho dentro del juicio. Se trata de hacer un examen metódico y profundo de las probanzas, de los fundamentos fácticos vertidos dentro del juicio y del sustento jurídico del mismo.

Esta labor debe realizarse conforme a la sana crítica (artículo 424 del CPP) y será la mayoría (dos de tres) quienes decidirán sobre la inocencia o culpabilidad del acusado. Nótese que la norma establece un plazo de hasta veinticuatro (24) horas para la deliberación, pues es un hecho que no todos los casos que lleguen a juicio, tendrán el mismo nivel de complejidad (entiéndase para este caso, delito como tal, número de imputados, de víctimas o concurso de delitos entre otros). En caso de existir algún Juez que no se encuentre de acuerdo con la decisión de la mayoría, salvará su voto y deberá redactarlo con las motivaciones de su criterio, a fin de ser leído en el acto de lectura de sentencia.

La resolución que se tome, deberá ser comunicada a las partes a través de una sesión conocida como "Sentido del fallo", en la cual de forma breve, se le comunicará a las partes el veredicto al que han arribado los Jueces. Si el fallo es absolutorio, el acusado podrá, a menos, que tenga algún otro proceso penal en su contra (ver lo dispuesto en el artículo 429 del CPP) salir del recinto de audiencia, completamente libre; pero si es culpable, el Tribunal determinará (y usualmente lo hacen de forma inmediata a petición de las partes), la verificación de una audiencia para la individualización de la pena y el debate de la reparación civil, en caso de existir. Se observan que son dos (2) asuntos diferentes: en uno se buscará delimitar la pena, en atención a las agravantes y atenuantes que puedan concurrir, además considerar, tal cual lo permite el artículo 426 del Código Procesal Penal, factores tales como condiciones individuales, familiares, sociales y antecedentes. En este debate, es válido de igual forma, que los Jueces se pronuncien respecto de si caben o no, subrogados penales.

Por su parte, en lo concerniente a la reparación civil, el código como tal, no contiene una procedimiento especial para tratarla, por lo que de forma inmediata los Jueces deben remitirse a lo dispuesto en el Código Judicial y en el Código Civil, para los efectos de fijar la cuantía del daño exigido (moral, lucro cesante, material, perjuicios entre otros). Es significativo destacar que la ejecución de estos daños, será de competencia exclusiva del Tribunal de Juicio que conoció del caso, por tanto, los Jueces penales tendrán facultades civiles para conocer de estos.

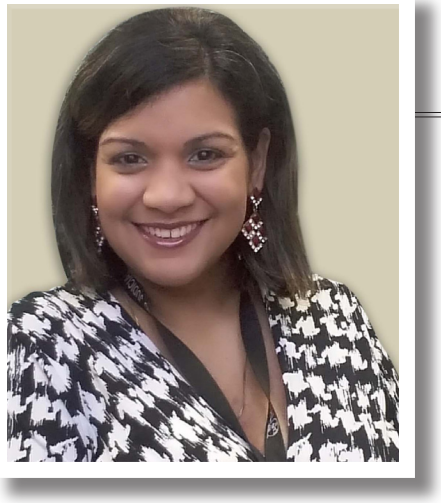
Recabados todos los datos pertinentes, se citará a las partes a una audiencia de lectura de sentencia, en la cual, será el relator quien dará leerá el documento final, conteniendo este, todo lo indicado en el artículo 427 del Código Procesal Penal.

De esta forma, de una manera muy breve, he querido dar un pantallazo sobre el juicio oral, destacando por supuesto que esta fase del Sistema Penal Acusatorio, no es un tema de revelación de evidencia, la cual debió haberse

realizado en la fase intermedia, sino más bien es un ejercicio analítico en el cual cada uno de los intervinientes deberá optar por las técnicas de litigación que más le favorezcan a su teoría del caso y se ajuste a lo indicado por el Código.

BIBLIOGRAFÍA

- Baytelman, A. y Duce, M. 2004. La función del Juez en el Juicio Oral. Litigación Penal. Juicio Oral y prueba. Universidad Diego Portales. 2004
- Código Procesal Penal de la República de Panamá. 2016. Edición Actualizada. Sistemas Jurídicos S.A.
- Hormechea, W et al. Manual de Juicio Oral en el Sistema Acusatorio Panameño. 2013. Editora Novo Art.
- Jaén, M. Derechos Fundamentales y el Debido proceso. 2009. Instituto de Estudio e Investigación Jurídica.
- Meini, I. Teoría jurídica del delito en el Sistema Penal Acusatorio panameño. Alianza Ciudadana Pro Justicia. 2012.



Mgter. Jennifer C. Saavedra N.

La Licenciada Jennifer Cristine Saavedra Naranjo, empezó como Oficial Mayor en el Juzgado Primero Seccional de Familia del Segundo Circuito Judicial de Panamá, posteriormente pasó a ser Asistente de Juez en el Juzgado Segundo de Circuito del Ramo de lo Civil de Panamá, estuvo nueve (9) meses en el Programa de Descongestión Judicial como asistente de los Jueces Civiles, fue asistente de Magistrado en el Primer Tribunal Superior de Justicia en el año 2013, y en el año 2014 fue nombrada como Jueza Primera Municipal de Familia del Segundo Circuito Judicial de Panamá.

Actualmente, es Jueza de Juicio Oral del Primer Circuito Judicial de Panamá, en el Sistema Penal Acusatorio.

EDICIÓN DE LIBROS

La Sección de Editorial y Publicaciones del Órgano Judicial sólo editará obras de funcionarios de nuestra institución, salvo aquellas que por su contenido sean de utilidad para los funcionarios, cuenten con las aprobaciones correspondientes, su edición no lesione el presupuesto que la institución establece para la publicación de obras y reúnan los siguientes requisitos:

1. Que sea de autores de nacionalidad panameña.

2. Que la obra sea de contenido jurídico.

3. Que el contenido de la obra sea de actualidad e importancia sobre un tema específico.

4. Que contenga un mínimo de doscientas (200) páginas y un máximo de trescientas (300) escritas a doble espacio en página 8 ½ x 11.

Recepción de obras

La Sección de Editorial y Publicaciones del Órgano Judicial, recibirá textos escritos que traten temas jurídicos y técnicos que sean de interés para la institución y de beneficio para la comunidad forense, científica y académica.

Para tales efectos se contemplan las siguientes prioridades:

- Que el manuscrito presentado sea original, esté inscrito en el registro ISBN y se presente con una nota donde el autor expresa que la obra (texto, gráficas e imágenes si las tiene) son de su propiedad intelectual o en su defecto ha adquirido los derechos para su uso.

- Que contribuya a la difusión de la cultura jurídica y técnica a nivel nacional e internacional.

- Que acreciente el recurso literario del Órgano Judicial.

- Que sea producto de una investigación.

- Que su contenido contemple doctrina, jurisprudencia y derecho comparado; y rigor científico en el caso de obras de carácter científico y técnico.

- Que los contenidos temáticos traten principalmente sobre las innovaciones en las áreas del saber que trata.

Normas para la entrega de manuscritos:

La Sección de Editorial y Publicaciones del Órgano Judicial ha creado un manual de normas para la entrega de manuscritos contenidos en esta Reglamento Editorial y que establece lo siguiente:

Entrega de originales:

- El manuscrito deberá entregarse en impreso, engargolado, escrito a doble espacio en letra Arial 12 en página 8 1/2 x 11 y en digital, formato word. En un Disco Compacto o Memoria USB identificando los archivos, el autor y la fecha. No se admitirán notas sueltas que añadan o corrijan lo entregado. Debe acompañarlo de una foto, hoja de vida resumida y nota aceptando las condiciones de la editorial para la publicación.

Estructura del original: el original entregado deberá estar completo, ser el definitivo y tener las siguientes características:

- Foliación desde la primera hasta la última página, diferenciando las páginas preliminares con número romanos y el contenido en números arábigos. Esta numeración deberá verse reflejada en el índice.

- La primera página debe contener el título de la obra, el nombre del autor o autores, tal como aparecerá en la publicación.

- El índice: debe desplegar el nombre de cada capítulo con cada una de las divisiones estructurales que contenga la obra.

- Introducción y prólogo, si lo hubiere.

- El contenido debe estar escrito en español, observando las reglas gramaticales. En caso de usar palabras en lengua distinta del español, se deberá anotar una breve explicación o traducción aproximada del término entre paréntesis o como nota a pie de página.

- El texto debe estar claro y tener ilación. Se entiende que el material entregado en digital e impreso está completo sin faltantes ni omisiones.

Contenido Gráfico:

- Los trabajos que incluyan ilustraciones, fotos, gráficos, tablas, cuadros, diagramas, etc. se entregarán en formato digital con alta resolución. Debe estar ordenado según el espacio que ocupan en cada capítulo.

- Los autores deberán presentar a la editorial la acreditación de los Derechos de Autor o la Licencia para el uso de fotografías, mapas, cuadros, etc. que no sean de su autoría y que estén incluidos en su obra. El incumplimiento de este punto, conlleva la no publicación de la obra.

Citas y notas:

- Las citas directas deben presentarse con su referencia bibliográfica. Si la cita es menor a cinco líneas, irá entre comillas en el mismo párrafo que el texto que la precede; si es mayor, se colocará en párrafo aparte con sangría de todas las líneas del lado izquierdo.

- Las notas se consignarán al pie de la página y corresponderán a su llamada en el texto que se enumerarán consecutivamente con arábigos en superíndice.

Bibliografía:

- Sólo se incluirán en la bibliografía las obras citadas en el texto.

- Deberán observarse las normas APA (Asociación Psicológica Americana).

FE DE ERRATAS

En nuestra edición impresa de septiembre del 2016, artículo "Ámbito legal de la jurisdicción indígena en Panamá", página 42, párrafo tercero, de la Licenciada Yanireth Herrera, **se publicó erróneamente lo siguiente**:

Igualmente, se instituye el Servicio Nacional de Facilitadores Judiciales Comunitarios, implementado por el Órgano Judicial a través de Acuerdo No. 723 de 21 de noviembre de 2008, del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, para que funcione en los grupos indígenas para orientarlos en los servicios de justicia, facilitándoles las herramientas de acceso esta desarrollando la mediación comunitaria.

Debe decir:
Igualmente, se instituye el Servicio Nacional de Facilitadores Judiciales Comunitarios, implementado por el Órgano Judicial a través de Acuerdo No. 723 de 21 de noviembre de 2008, del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, para que funcione en los grupos indígenas a fin de orientarlos en los servicios de justicia, facilitándoles las herramientas de acceso a la misma y desarrollando la mediación comunitaria.

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

Publicación de ensayos:

La Sección de Editorial y Publicaciones del Órgano Judicial publica trimestralmente la revista de contenido jurídico titulada "***Sapientia***", escrita por funcionarios del Órgano Judicial y profesionales de reconocida trayectoria, dirigida a la comunidad forense nacional e internacional y demás interesados en temas del derecho.

El ensayo, de 8 a 20 páginas de extensión, debe ser escrito a doble espacio, en letra arial N°12 en hoja tamaño 8 y ½ x 11 (formato carta, documento word). Al inicio debe incluirse un resumen de no más de 100 palabras en idioma español y palabras claves, ambos con su traducción al idioma inglés.

Deben estar correctamente escritos en cuanto a su gramática, sintaxis y estilo, sin errores de ortografía y puntuación. No deben haber sido publicados ni en medios impresos ni digitales, total ni parcialmente; deben ser originales y contener doctrina, jurisprudencia y derecho comparado. El desarrollo de temas técnicos debe contemplar rigor científico.

Se recomienda que las citas y referencias bibliográficas se presenten acompañadas de la correspondiente bibliografía manteniendo un único sistema de cita bibliográfica, de preferencia APA (Asociación Psicológica Americana).

En documentos aparte, los autores deben enviar un resumen de su hoja de vida de 10 líneas de extensión en formato word, y una foto de medio cuerpo tomada de frente en formato jpg; todo enviado al correo sapientia@organojudicial.gob.pa. ***Los ensayos se recibirán durante el transcurso del año.***

Proceso de selección:

Los textos serán sometidos a una revisión temática por los editores de la revista; una vez aprobados, pasarán al Consejo Editorial quien evaluará los contenidos. Se notificará a los autores del resultado de la evaluación que puede ser:

- Rechazado (inapelable).
- Aceptación condicionada. Se indicarán las recomendaciones del Consejo Editorial al autor quien debe atenderlas para que su escrito sea publicado.
- Aceptación. El artículo será publicado sin modificaciones sustanciales.
  Los artículos aceptados serán programados para su publicación, fecha que le será informada a los autores.

Para lograr apertura editorial se recurre a evaluadores externos especialistas en los diversos temas.