



Sapientia

REVISTA TRIMESTRAL



Sapientia

REVISTA TRIMESTRAL

Volumen 15, No. 1, marzo 2024

MAGISTRADOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

S.E. María Eugenia López Arias
Magistrada Presidenta de la Corte Suprema de Justicia
Presidente de la Sala Segunda, de lo Penal.

H.M. Olmedo Arrocha Osorio
Presidente de la Sala Primera de lo Civil

H.M. Carlos Alberto Vásquez Reyes
Presidente de la Sala Tercera de lo
Contencioso Administrativo

H.M. Angela Russo de Cedeño
Sala Primera, de lo Civil

H.M. Miriam Yadira Cheng Rosas
Sala Primera, de lo Civil

H.M. Ariadne Maribel García Angulo
Sala Segunda de lo Penal

H.M. Maribel Cornejo Batista
Sala Segunda de lo Penal

H.M. Cecilio Cedalise Riquelme
Sala Tercera de lo
Contencioso Administrativo

H.M. María Cristina Chen Stanziola
Sala Tercera de lo
Contencioso Administrativo

La Revista Jurídica "Sapientia" es editada por la Sección de Editorial
y Publicaciones del Órgano Judicial de la República de Panamá.

Instituto Superior de la Judicatura de Panamá,
Doctor César Augusto Quintero Correa (ISJUP).

Teléfono: (507) 212-7395

Correo electrónico: editorialisjup@gmail.com

Panamá, 2024

CONSEJO EDITORIAL

H.M. María Cristina Chen Stanziola
Sala Tercera de lo
Contencioso Administrativo

Doctor Luis Camargo
Magistrado del Tercer Tribunal Superior del Primer Distrito Judicial
Órgano Judicial de la República de Panamá

Doctor Miguel Espino
Magistrado del Primer Tribunal Superior del Primer Distrito Judicial
Órgano Judicial de la República de Panamá

Doctora Ana Zita Rowe López
Directora del Instituto Superior de la Judicatura de Panamá,
Doctor César Augusto Quintero Correa (ISJUP).
Órgano Judicial de la República de Panamá

Magíster José Correa
Magistrado del Tribunal Superior de Apelaciones del Tercer Distrito Judicial
Órgano Judicial de la República de Panamá

Magíster Jennifer Saavedra
Jueza de Juicio Oral del Primer Distrito Judicial
Órgano Judicial de la República de Panamá

Magíster Aracelly Vega
Jefa de la Unidad de Acceso a la Justicia y Género
Órgano Judicial de la República de Panamá

Magíster Anixa Santizo
Asistente de Magistrado de la Sala Civil
Órgano Judicial de la República de Panamá

Magíster Andrés Mojica García de Paredes
Secretario General
Fiscalía General de Cuentas de la República de Panamá

Doctor Francisco Javier Gorjón Gómez
Subdirector de Posgrado
Facultad de Derecho y Criminología
Universidad Autónoma de Nuevo León, México

Doctora Leonor Buendía Eisman
Método de Investigación
Facultad de Ciencias de la Educación
Universidad de Granada

Doctora Edita de Garibaldi
Editora
Sección de Editorial y Publicaciones del ISJUP
Órgano Judicial de la República de Panamá

COMITÉ EDITORIAL

Doctora Edita de Garibaldi
Editora

Sección de Editorial y Publicaciones del ISJUP
Órgano Judicial de la República de Panamá

Magíster Marlene Rosero
Profesora de Español y Especialista en Docencia Superior y Lingüística.

Magíster Stella Martínez
Diseño Gráfico

COLABORADORES

Carlos Manuel Pedro Pablo Barragán Quiró

Profesor universitario en derecho penal y procesal penal.
Juez de Garantías de San Miguelito.
Órgano Judicial de la República de Panamá

José Roberto Castro M.

Asistente de magistrado.
Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas.

Luis G. Peñalba R.

Centro Regional Universitario de Veraguas.
Facultad de Derechos y Ciencias Políticas. Panamá.
Universidad de Panamá.

Rafael Bernal Rodríguez

Defensor Público.
Órgano Judicial de la República de Panamá.

Eduardo Vargas Reyes

Juez Cuarto Municipal de Familia del Distrito de Panamá.
Órgano Judicial de la República de Panamá

NOTA EDITORIAL

La sección Editorial y Publicaciones de la Escuela Judicial, Instituto Superior de la Judicatura de Panamá, Doctor César Augusto Quintero Correa, presenta con orgullo, a sus distinguidos lectores, la edición de la revista Sapiencia, correspondiente al primer trimestre de 2024.

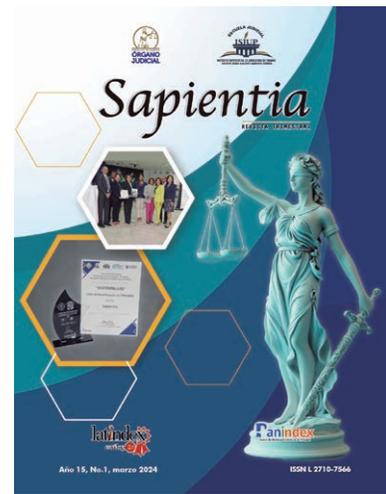
En esta edición, se abordan diversos temas de relevancia jurídica que, de forma interdisciplinaria, están destinados a enriquecer el debate y promover el desarrollo del sistema judicial y acceso a la justicia en el entorno panameño e iberoamericano; con tópicos poco usuales, pero que afectan directamente a la sociedad, brindando luces en cuanto al tratamiento de dichos fenómenos que trascienden fronteras e impactan de manera exponencial.

Entre los valiosos aportes a este número, destaca un artículo sobre el principio o criterio de oportunidad en el Sistema Penal Acusatorio. El mismo indaga y reflexiona sobre la importancia de transformar el paradigma jurídico actual, exponiendo, cómo un cambio de enfoque puede garantizar una respuesta eficiente a los usuarios del sistema penal, promoviendo así una justicia pronta y equitativa.

También se presenta el análisis de la figura del Contrato Público, en el que el autor lleva a cavilar sobre si se trata de un acto administrativo o si tiene otra naturaleza, al comparar las similitudes entre ambas definiciones: contrato público y acto administrativo, aunque confrontando con la evidencia científico documental, concluye con el reconocimiento de la existencia de una relación estrecha, pero diferenciada en el contexto normativo panameño.

Otro significativo aporte es el que expone las “Perspectivas de los Actores sobre los Procesos Penales Actuales”, para el que se llevó a cabo un estudio de encuesta que revela una serie de opiniones positivas acerca de la eficacia del recientemente implementado procedimiento penal. Los resultados resaltan la aceptación que este sistema ha tenido en la administración y el acceso a la justicia, llegando a la conclusión que la incorporación del proceso penal ha provocado un cambio significativo en la forma en que se imparte justicia.

No menos relevante es el principio de supletoriedad en la jurisdicción penal de adolescentes como objeto de estudio, en el que se examina la aplicación práctica de este principio y, por lo tanto, destaca la importancia de reformas legislativas para fortalecer el sistema de juzgamiento penal juvenil. Finalmente, en un último aporte, se hace una revisión analítica sobre la implementación de medidas cautelares innominadas en el proceso contencioso administrativo en Panamá, destacando su impacto



RESEÑA DE LA PORTADA

Título: Sapiencia

Foto: Ilustración

Fecha: 2024

en la protección efectiva de los derechos y garantías establecidos por el marco jurídico, relacionando experiencias nacionales e internacionales que enriquecen el debate y promueven estándares garantistas.

La revista Sapiencia, con el Consejo Editorial y el Comité Editorial, agradecen a los autores por su valiosa contribución a este número; y a nuestros lectores les extendemos una cordial invitación a unirse a este espacio de reflexión y conocimiento, esperando que esta edición sea de interés y les inspire a seguir explorando los próximos temas.

Dr. Edita de Garibaldi

Editora

<https://orcid.org/0009-0008-4694-7925>

MENSAJE DE LA PRESIDENTA

Es un honor y un privilegio dirigirme a nuestros distinguidos lectores en esta primera edición 2024 de la revista Sapiencia, cuyo propósito es ofrecer temas relevantes que se sustentan de forma científica, contribuyendo al fortalecimiento profesional y fomentando el debate y la reflexión en torno a cuestiones de interés para la justicia y el Estado de Derecho, a través de la presentación de cinco temas puntuales con una mirada profunda a los disruptivos fenómenos actuales.

El primer abordaje es sobre el principio o criterio de oportunidad en el Sistema Penal Acusatorio, discusión crucial que invita a reflexionar sobre la aplicación de esta herramienta en casos específicos, respetando siempre los principios fundamentales que le rigen.

También se analiza la naturaleza del contrato público en el contexto de la administración pública, trayendo a la palestra el debate sobre si se trata de un acto administrativo, ampliando la comprensión de normativa nacional y de la interpretación regulada.

Otros temas de interés son, las perspectivas de los actores en los procesos penales, destacando la importancia de su participación activa y colaboración fundamental para garantizar la efectividad y el respeto de los derechos y principios fundamentales en el proceso penal. Asimismo, se aborda la problemática en la aplicación del principio de supletoriedad en la jurisdicción penal de adolescentes, resaltando la necesidad de una reforma procesal que garantice el respeto de los derechos humanos en este ámbito.

Finalmente, se presenta el examen de la implementación de medidas cautelares innominadas en el proceso contencioso administrativo en Panamá, cuyo objetivo es ampliar las opciones disponibles para proteger los derechos de las partes involucradas.

En conjunto, estos artículos nos ofrecen una visión integral y multidisciplinaria de situaciones de derecho en nuestro país, por lo que esperamos que esta edición de la revista Sapiencia sea de su interés y contribuya al enriquecimiento del acervo jurídico nacional e internacional.



María Eugenia López Arias
Magistrada Presidenta de la Corte Suprema de Justicia

ÍNDICE

Principio o criterio de oportunidad en el Sistema Penal Acusatorio Principle or criterion of opportunity in the Accusatory Criminal System Carlos Manuel Pedro Pablo Barragán Quirós	6
El contrato público, ¿Un acto administrativo? The public contract, an administrative act? José Roberto Castro M.	22
Perspectiva de los actores sobre los Procesos Penales actuales Perspective of the actors on current Criminal Proceedings Luis G. Peñalba R.	34
El principio de supletoriedad en la jurisdicción penal de adolescentes: problemática en su aplicación práctica The principle of supplementation in the criminal jurisdiction of adolescents: problems in its practical application Rafael Bernal Rodríguez	46
Implementación de medidas cautelares innominadas en el proceso contencioso administrativo en Panamá Implementation of unnamed precautionary measures in the contentious administrative process in Panama Eduardo Vargas Reyes	56

Principio o criterio de oportunidad en el Sistema Penal Acusatorio

Principle or criterion of opportunity in the Accusatory Criminal System



Carlos Manuel Pedro Pablo Barragán Quirós
Profesor universitario en derecho penal y procesal penal
Juez de Garantías de San Miguelito
carlos.barragan@organojudicial.gob.pa
<https://orcid.org/0000-0002-3761-4853>

Principio o criterio de oportunidad en el Sistema Penal Acusatorio

Principle or criterion of opportunity in the Accusatory Criminal System

Recibido: junio 2023

Aprobado: febrero 2024

Resumen

Existe una discusión entre los procesalistas que se dedican al estudio de lo penal. La controversia tiene como punto medular el determinar si el Ministerio Público puede aplicar el criterio de oportunidad sin necesidad de realizar la imputación. Se observará que, efectivamente, y procesalmente hablando, en ciertos casos, el agente de investigación puede hacer uso de la herramienta procesal en cuestión sin judicializar la causa, mientras que, en otros casos, dependiendo del sentir de la víctima, deberá acudir ante el juez de garantías, tercero imparcial que dictaminará lo que en derecho corresponda.

Lo que buscamos es promover el debate para determinar que, bajo el dúctil proceso penal acusatorio y contradictorio, posiblemente es viable, en algunos casos delimitados, que el agente acusador pueda hacer uso del criterio o principio de oportunidad. Todo esto a partir de los principios fundamentales que rigen nuestro sistema penal. Es decir, tendremos como sustento la economía procesal, la mínima aplicación e intervención del derecho penal, la voluntad de las partes, y el mandato constitucional que nuestra carta regente da al Ministerio Público, entre otros.

Veremos entonces, sobre la base de posibles casos, cuál es la practicidad o no, en que el agente fiscal pueda ejercer esa opción que la ley le otorga al decidir cuando no es viable la persecución de un determinado (presunto) delito, sin necesidad de judicializar la causa.

Abstract

There is a discussion among proceduralists dedicated to the study of criminal law. The core of the controversy is to determine whether the Public Prosecutor's Office can apply the opportunity criterion without the need to materialize the indictment. It will be observed that, effectively, and procedurally speaking, in certain cases, the investigating agent can make use of the procedural tool in question without prosecuting the case, while in other cases, depending on the victim's feelings, he must go before the judge of guarantees, an impartial third party who will rule what is legally appropriate.

What we seek is to promote the debate to determine that, under the ductile accusatory and contradictory criminal process, it is possibly viable, in some specific cases, that the prosecutor can make use of the criterion or principle of opportunity. All this on the basis of the substantive principles that govern our criminal system. That is to say, we will have as support the procedural economy, the minimum application and intervention of the criminal law, the will of the parties, and the constitutional mandate that our governing charter gives to the Public Prosecutor's Office, among others.

We will then see, on the basis of possible cases, what is the practicality or not, in which the prosecutor can exercise the option that the law gives him to decide when it is not feasible to prosecute a particular (alleged) crime, without the need to prosecute the case.

Palabras Claves

Criterio o principio de oportunidad, principio de legalidad, simplificación del proceso, economía procesal, autonomía de la voluntad.

Keywords

Opportunity criterion or principle, principle of legality, simplification of the process, procedural economy, autonomy of the will.

El problema que me interesa destacar aquí no es el lugar que tiene que ocupar la humanidad en la escala de los seres vivos (el hombre no ocupa un lugar como si fuese cualquier cosa, él es un fin en sí mismo, él es el primerísimo en todo), sino qué tipo de hombre se debe formar, cuál es el hombre que queremos forjar como el más valioso, como el más noble y el más seguro para el mañana. (Nietzsche, 2020, p. 349)

Lo que se busca con la aplicación del criterio de oportunidad, facultad que la ley le ha otorgado al Ministerio Público, es que dicho ente de investigación determine bajo ciertas reglas, qué casos ameritan la intervención estatal, y cuáles no.

Como se observará, a diferencia de otras legislaciones -extranjeras-, en Panamá, el criterio de oportunidad está sometido a ciertas características o parámetros que se deben cumplir; verbigracia, dicho procedimiento es viable cuando el autor del hecho, ha sufrido un mal de tal gravedad que haga desproporcional la aplicación de una pena. De otra parte, existe la posibilidad de que la víctima no esté de acuerdo con la decisión del fiscal, caso en el cual deberá someterse al control

del juez de garantías, quien determinará si procede la aplicación de dicho procedimiento (desestimando las circunstancias que rodean la investigación); o, de asistirle razón a la víctima; se ordenará que la investigación continúe.

Bajo esta premisa muy sustancial, pasemos a tratar de desmenuzar que es esto del criterio de oportunidad, sus ventajas, reglas, y todo aquello en lo que puede desembocar la aplicación del mismo.

Sustento legal

Según el Código Procesal Penal (2008) artículos 212, 213, y 214, forman el sustento y la disyuntiva que origina este debate. Así, tenemos que el legislador plasmó de manera muy ambigua los requisitos, momentos (o etapas) procesales, y el posible control para la aplicación de este procedimiento que busca desmeritar una causa, cuando el fiscal considera que no es necesaria la intervención del Estado.

Tenemos entonces, que el código en cita en su artículo 212, da facultad al agente de investigación para suspender, o incluso prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal. En este punto; nos

podemos situar en una mera investigación (sin imputación) o, en una imputación ya formalizada. Luego, en el numeral uno se hace referencia al autor o partícipe del hecho, con lo cual nos podemos ubicar ante un delito en flagrancia, o, en una sentencia condenatoria como tal. En el último evento ya no tendría sentido la aplicación de dicho criterio, toda vez que, lo que se busca es precisamente no continuar con una causa específica.

De acuerdo a De Castro (2022) el daño físico sufrido por el agente es una afectación grave provocada por el propio imputado en su persona, producto de accidente durante o después de cometer el delito, tal evento podría ser el sufrir un padecimiento incurable, pérdida de un sentido, extremidad, la capacidad de procrear, entre otros. Advierte la autora que el daño en cuestión debe ser demostrado en el proceso de manera tal que permita establecer tanto su existencia, como su gravedad.

Mientras que el daño moral no es otra cosa que el perjuicio sufrido en la psiquis de una persona, el cual consistente en el dolor o la angustia física o espiritual que transgrede los derechos personalísimos de un ser humano en su dignidad, honorabilidad o integridad física, privacidad. Dicho daño debe ser demostrado a través de un dictamen de psiquiatría forense, psicología forense, trabajo social forense o el diagnóstico clínico basado en la Clasificación Internacional de Enfermedades de la Organización Mundial de la Salud (De Castro, 2022)

El Código Procesal Penal (2008) en su artículo 212 claramente señala que procede la aplicación del criterio de oportunidad cuando se trate de un hecho que no afecte gravemente el interés de la colectividad. Esto nos vuelve a situar en una mera investigación [sin imputación], afirmamos lo dicho ya que,

por cuestiones estratégicas, procesalmente hablando, no tiene sentido que el fiscal solicite una imputación ante un delito de bagatela, para luego decir que no continuará con la investigación dado lo fútil del hecho (ya iremos viendo por qué). El mismo numeral, en otra línea agrega: “o cuando la intervención del imputado se estime de menor relevancia”, situación que nos coloca posterior a una audiencia de imputación.

En la misma línea secuencial del código antes citado artículo 212, numeral 3, advierte que también procede el criterio de oportunidad cuando la acción penal esté prescrita o extinguida. Si tomamos este mandato desde el punto de vista de la prescripción, la autolimitación del Estado estaría a favor de un indiciado (sin imputación) o a un imputado (sujeto judicializado). Si partimos de la extinción, vemos que el mandato señalado, es concordante con el código citado, específicamente en su artículo 313, el cual se refiere a que, cuando el fiscal prescinda de la persecución penal, se debe declarar la extinción de la acción penal con relación al sujeto favorecido. Por lo tanto, se entiende que debe existir un imputado, y que corresponde al juzgador declarar o no la extinción de la acción penal.

Continuando con una secuencia lógica, observamos que la norma antes citada en su artículo 214, fuerza el control ante el juez de garantías cuando la decisión del fiscal sea de no perseguir el delito, esto, bajo ruego [petición o reclamo] de la víctima o el querellante una vez surtidos los efectos de la notificación. En la eventualidad que la víctima provoque el control ante garantías, el juzgador al escucharla decidirá si procede o no la extinción de la acción penal.

Por último, y antes de pasar a nuestro

sustento sobre la base de los principios, debemos advertir que el Código Procesal Penal (2008), en su artículo 281 estimula la dificultad planteada, específicamente en sus numerales 1 y 3. Allí se describen algunos de los efectos que produce la formulación de imputación; en el caso del numeral 1, se establece que la formulación de la imputación interrumpe la prescripción de la acción penal. Mientras que en el numeral 3, se advierte que una vez formalizada la imputación se abre la posibilidad de aplicar el criterio de oportunidad.

Veamos un caso hipotético, para tener una base de cómo -posiblemente- se puede desarrollar una audiencia con características de prescripción, al momento de la imputación ante el juez de garantías. Imaginemos que el agente fiscal inicia una investigación por alguno de los delitos tipificados en el Código Penal (2007); por ejemplo, un delito de lesiones, de posesión simple, o de acoso laboral. Luego, pasado el tiempo la fiscalía se percata de que no es viable solicitar audiencia de imputación porque la causa está prescrita (no entremos a debatir por qué), por su parte la víctima (querellante), fuerza la audiencia de imputación a través de su apoderado judicial.

Ante el panorama planteado pueden suceder varias cosas, pero las interpelaciones más claras podrían ser las siguientes.

Si el juez da por presentada la imputación.

- a) ¿Es viable petitionar que se decreta la prescripción de la acción penal?
¿Procede declarar la extinción de la acción penal?
Recordemos el Código Procesal Penal (2008), artículo 181, numeral 1.
- b) Si la defensa se opone a la imputación bajo el argumento de que el tipo penal que se

pretende imputar está prescrito.

¿Se formaliza la imputación o no?

¿Se declara la prescripción de la acción penal, y en consecuencia la extinción de la misma?

¿En favor de quién se declara la prescripción de la acción penal?

¿En favor de quién se decreta la extinción de la acción penal?

- c) ¿Cómo podría concluir o suspenderse una investigación que no llegó a los tribunales de justicia?

Ante lo dicho, debemos tener en cuenta lo señalado por De Castro (2022) con relación a la decisión del Ministerio Público sobre la aplicación del criterio de oportunidad; específicamente que dicha decisión debe estar motivada de acuerdo a los presupuestos del Código Procesal Penal (2008), artículos 22 y 73. En ese mismo sentido, debe constar por escrito, y contener tanto la descripción de los hechos, como el derecho aplicable, sin obviar los elementos de convicción que rodean el hecho presuntamente delictivo, para concluir con el sustento que permite la aplicación del criterio de oportunidad.

Principios, reglas y criterio de oportunidad

Como punto de partida, debemos ubicarnos en las disposiciones primeras que rigen nuestro procedimiento penal; toda vez, que es el sustento de nuestra conjetura. El Código Procesal Penal (2008), en su artículo primero mandata que el proceso penal está fundamentado en las garantías, principios y reglas, las cuales se encuentran plasmadas en sus primeros veintiocho artículos; por tanto, toda la norma contemplada en dicha ley debe obedecer interpretativamente a dichos postulados.

Lo manifestado, nos lleva al siguiente punto; es decir, la excesiva aplicación de la

ley que, según la interpretación cerrada, y literal de la norma por parte de los legalistas, solo se podía decidir con base en las reglas, esto es, o todo o nada. En oposición a ello, tenemos aquellos que se prefieren sustentar sus criterios basándose en los principios, los cuales consideran que existen diversas formas de solucionar el conflicto penal, ello, claro está, obedeciendo no solo a los principios, de igual manera a las reglas y las garantías (derechos) constitucionales, pero como un todo, es aquello que se conoce como la interpretación sistemática y jurisprudencial de la ley.

En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia (2015), dentro del expediente N.º 502-15, con la ponencia del magistrado Hernán A. De León Batista; expuso lo siguiente:

... Dentro de un sistema constitucional de derecho, con raíces y vinculación a principios democráticos, los servicios públicos deben operar bajo la clave de *eficiencia y calidad*, elementos que se logran si aquellos son vinculados a los principios esenciales descritos en el discurso de los derechos. Por esa razón si el debido proceso y la tutela judicial efectiva habla de acceso a la jurisdicción y *reducción de las formalidades legales*, entonces el juzgador debe aplicar estas reglas en la tramitación procesal, lo que impide que pueda construir obstáculos o aferrarse a interpretaciones que potencien formalidades excesivas, *que al final no representan más que un muro que obstruye el ingreso a la actividad jurisdiccional...* (Fallo de 19 de junio de 2012. Magistrado Harley Mitchell Dale).

Ya hemos dicho anteriormente que, de acuerdo a múltiples autores, los principios marcan una amplia magnitud de interpretación, especialmente en los casos difíciles, situación

que resulta contraria al regirse por las reglas, que, al ser mandatos cerrados, obedecen más que todo a términos legales (fatales), por lo menos así lo vemos en este sistema rogado, de confrontación y negociación.

En términos de Lamadrid (2018), con la introducción del principio de oportunidad el Ministerio Público tiene legislativamente la facultad de no ejercer la acción penal. Ello puede verse como una finalidad de la economía procesal, evitándo así el costoso trabajo de perseguir casos que no representan un daño significativo para un Estado de derecho. Sin embargo, aquellos casos que están amparados legislativamente para ser perseguidos, el fiscal debe justificar plenamente esa excepción a perseguir.

Otro punto en conflicto está radicado entre el principio [criterio] de oportunidad y el principio de legalidad; empero, como veremos, no necesariamente debe existir un debate entre ambos principios. Nuestro sustento va dirigido a los casos difíciles -o poco rutinarios, por decirlo de alguna forma- en materia penal; entonces, sobre la base de nuestra teoría, ante un sistema rogado y contradictorio, los principios dan soluciones más prácticas, sencillas y entendibles, que las reglas.

Para observar lo dicho a través de la doctrina, veamos lo que nos detalla Roxin y Schünemann (2019),

El *principio de legalidad* significa, de un lado, que la fiscalía tiene que llevar a cabo investigaciones, cuando se presenta la sospecha de que se ha cometido un hecho punible y, de otro lado, que está obligada a promover la acusación, cuando tras las investigaciones siguen permaneciendo una suficiente sospecha del hecho. Su antítesis teórica la configura el *principio*

de oportunidad, que autoriza a la fiscalía a elegir entre la promoción de la acusación y el sobreseimiento del procedimiento, incluso en el caso que las investigaciones conducen al resultado, de que, el imputado con probabilidad rayana en la certeza ha cometido una acción punible. (p. 159)

En ese mismo orden, los autores citados manifiestan que el principio de legalidad se encuentra quebrantado por numerosas excepciones, ya sea en el campo de la criminalidad leve y, en gran parte, en la criminalidad media. Advierten que en práctica debe regir, en principio, el principio de oportunidad. Entre las más relevantes están el interés insignificante, la cual se produce cuando el hecho es tan *insignificante* que no tiene ningún interés para la persecución penal; así mismo, está el interés sustituible, esta se da cuando el interés de la persecución penal puede satisfacerse de otra manera.

Por su parte, destaca Jauchen (2012) que una conceptualización puntual del criterio de oportunidad es:

... la facultad que tienen los órganos de la persecución penal, atento a un fundamento que así lo amerite, de no iniciar una investigación formal, de suspenderla, renunciarla, modificarla o de solicitar su extinción sin necesidad de arribar a una sentencia final. Es decir, el factor disposición de la acción, es el sustento de viabilidad de esta posibilidad. (p. 675)

Debemos considerar la siguiente interrogante: ¿Es un deber o una facultad del agente de investigación el de perseguir el delito? Si nos remitimos a nuestra Constitución Política (2004), artículo 220, numeral 4, veremos que es una atribución del

Ministerio Público el perseguir los delitos. De lo dicho por nuestra Carta Magna, se puede clarificar que el Estado le ha concedido esa potestad, ergo, es un deber y, en ciertos casos una potestad. Por lo menos, así lo inferimos.

Empero, volvamos con los principios. Si nos centramos en el Código Procesal Penal (2008), específicamente el artículo 3, veremos que entre varios de los principios allí establecidos están, el de la simplificación del proceso, la eficacia, la concentración, la estricta legalidad de las partes, economía procesal, y obviamente, la del debido proceso, entre otros.

Por otro lado, se encuentra en jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia (2001), salvamento de voto de la magistrada Graciela J. Dixon C., en el cual queda plasmado lo siguiente:

... Los principios constituyen el punto de partida para *conocer e interpretar el derecho* y permiten que la administración de justicia sea *expedita y racional*. En el derecho penal los principios constituyen el marco de referencia dentro del cual es obligatorio agitarse, al interpretar el contenido y alcance de un precepto jurídico. Estas máximas en el campo penal garantizan el fiel cumplimiento por parte del juzgador de los derechos y beneficios de las partes y en especial de los procesados.

Si a lo anterior, examinamos el Código Procesal Penal (2008) en su artículo 5, se avistará con transparencia que de manera incuestionable (regla) se demanda la separación de funciones entre el ente acusador y el juzgador; por ende, la dirección de la investigación es exclusiva del Ministerio

Público; lo que trae como consecuencia que el juzgador no pueda realizar u ordenar (sin petición de las partes) diligencias propias del agente de investigación; es decir, de aquel que está llamado a ejercer la acción penal.

La Corte Suprema de Justicia de Panamá, en Pleno (2001), entró a resolver amparo de garantías constitucionales en grado de apelación, con la ponencia del magistrado Hernán A. De León Batista. La magistratura se pronunció en los siguientes términos:

... En este contexto, es importante señalar que de acuerdo a los principios que orientan el nuevo modelo de justicia penal panameño, y ante la marcada separación de roles que tienen los intervinientes dentro del proceso, las decisiones jurisdiccionales corresponden a las autoridades judiciales (Jueces) que han sido instituidas para ello, a quienes se la ha confiado la labor de controlar los actos de investigación que pudieran afectar o restringir derechos fundamentales y de tomar las decisiones de naturaleza jurisdiccional durante la fase de investigación. En esa misma labor, tenemos que las funciones de investigación están separadas de la función jurisdiccional, correspondiéndole al Ministerio Público la dirección de la investigación, de manera exclusiva. Por tanto, no puede el Juez realizar actos que impliquen investigación o el ejercicio de la acción penal.

No es contradictorio y mucho menos insensato, afirmar que el criterio de oportunidad puede brindar una justicia justa en tiempo razonable, lo que conlleva a que toda actuación se surta sin dilaciones injustificadas (Código Procesal Penal, 2008, art. 15). Esto garantiza que las partes tengan derecho a saber

si dicho acontecimiento puede solucionarse de otra manera; ya sea porque ese asunto penal es mediable o conciliable, o cuando son conductas sin mayor interés social; y, en consecuencia, no merece la atención del Estado.

Provocar y judicializar todos los supuestos de hecho, especialmente aquellos de insignificancia social, como delitos patrimoniales (de poco caudal económico), o el consumo de sustancias ilícitas, por ejemplo; no es más que una prognosis de un litigio que terminará en una mediación, una suspensión del proceso bajo ciertas condiciones, o medida curativa, según sea el caso. Verbigracia, una estafa donde el actor del hecho, previa judicialización, ha restaurado el bien patrimonial a un 90 o 95%; un hurto con poca significancia, un drogodependiente (indigente) que es aprehendido con escasa cantidad de cannabis (marihuana).

Importante detalle nos brinda Lamadird (2018) al decir que en Alemania el Ministerio Público puede renunciar a la acción penal en los delitos menos graves como lo sería un hurto insignificante, la posesión de cannabis, incluso delitos contra la propiedad. Sin embargo, dicha decisión está sujeta a ulterior aprobación por parte de los tribunales en la mayoría de los casos, salvo los considerados de mínima gravedad.

Por su parte, De Castro (2022) puntualiza que esa abstención del ejercicio de la acción penal puede obedecer a casos en los cuales, aun cuando el hecho sea considerado un delito, “no resulta justo ni proporcional llevarlos hasta el debate del juicio oral, permitiendo que esos recursos sean destinados a otros procesos que generan mayor impacto social” (p. 50). Además, esa facultad de selección de casos es la que le permite al agente de la Fiscalía

determinar de forma inteligente con cuales procesos puede llegar hasta una acusación, y en cuales no son viables toda vez que no representan beneficio alguno, en comparación con los recursos que deberá utilizar.

En ese camino analítico, podemos decir que, ante un sistema penal acusatorio, que tiene sus bases en la utilización de métodos, y procedimientos que buscan el minimizar los casos que lleguen a un juicio oral, la no prisionalización de ciertas conductas, de minimizar las causas penales, de atender a la voluntad de las partes, y de intervenir solamente cuando es necesario; la norma, podríamos decir, reclama, a que no todo posible hecho delictivo tenga que formalizarse ante los tribunales de justicia.

Esto no es pereza mental, es simplemente que deben estudiarse los costos en los que incurre el Estado, versus, el interés que tiene la sociedad sobre ciertos hechos, además de ponderar la voluntad de las partes.

Zaffaroni, et al., (2002) sobre el abultamiento de los tipos penales nos detalla la cuestión, bajo sus muy atinados términos.

La consideración conglobada de las normas que se deducen de los tipos penales, es decir, su análisis conjunto, muestra que tienden en general, como dato de menor irracionalidad, a prohibir conductas que provocan conflictos de cierta gravedad. No se trata solo de una manifestación del principio de ultima ratio, sino del propio principio republicano, del que se deriva directamente el principio de proporcionalidad, como demanda de cierta relación entre la lesión al bien jurídico y la punición: no es racional que arrancar un cabello sea una lesión, apoderarse de una cerilla ajena para encender el

cigarrillo sea un hurto, llevar un pasajero hasta la parada siguiente a cien metros sea una privación de libertad, los presentes de uso a funcionarios constituyan una dádiva, etc. En casi todos los tipos en que los bienes jurídicos admitan lesiones graduables, es posible concebir actos que sean insignificantes. Lo mismo cabe decir de los tipos de peligro, por ser este un concepto eminentemente graduable. (Pág. 495)

Según De Castro (2022), podemos inferir que esa facultad que se le ha dado al Ministerio Público no es casual. Esta es una visión realista para que el sistema penal funcione en condiciones extraordinarias. Es obvio que no existe sistema de justicia que pueda revelar cómo sucedieron todos los hechos punibles, quiénes fueron sus actores; y mucho menos cuenta con el recurso humano necesario para llevar al juicio oral todos los casos que lleguen a su conocimiento, aun cuando esté identificado el autor del hecho.

Mojica reitera que dicho criterio “nace en contravía al principio de legalidad (obligatoriedad) en el ejercicio de la acción penal”, el cual, como ya hemos visto, impone al Ministerio Público “el deber de investigar cualquier hecho que pueda ser delictivo y llevar a juicio a todas las causas si a ello hubiere lugar, sin considerar su conveniencia o utilidad”. (como se citó en De Castro, 2022, p. 56)

Debemos tener presente que este sistema penal rogado, implica, que es facultad de la víctima, al momento en que es notificada, el oponerse a lo planteado por el agente investigador (criterio de oportunidad) de no perseguir determinada causa. Si esto es así, es el juzgador quien determina si la causa es de aquellas que merece ser investigadas o, no

amerita la intervención del Estado.

Para seguir un surco de cabal sustento, el Código Procesal Penal (2008) en su artículo 24, trata sobre la investigación objetiva que debe llevar todo agente de investigación, dicho artículo dicta un mandato de obligatoriedad al decir que se debe investigar lo desfavorable y lo favorable a los intereses del imputado y demás intervinientes en el proceso. Téngase en cuenta que, aunque el legislador utiliza el término imputado, es claro que también se refiere al indiciado o investigado, esto lo aseguramos dado que, a lo largo del cuerpo legal en comento, las inconsistencias sobre dichos calificativos son más que notorias, ya que sitúan tanto al indiciado, imputado, y acusado en etapas procesales disímiles y equivalentes al mismo tiempo.

Otro de los principios-regla que debemos tomar en cuenta, es el señalado en el Código Penal (2007) artículo 3, dicho enunciado dispone que la legislación penal solo debe intervenir cuando otros mecanismos de control social no den resultados o no puedan utilizarse; por lo tanto, queda instituida la mínima aplicación del derecho penal. Esto no es más que tomar en cuenta los recursos del Estado, sobre la base de casos, en otras palabras, el ente investigador debe determinar qué casos vale la pena investigar y cuáles no.

Es una tarea imposible, el pretender que toda denuncia o querrela deba ser investigada y judicializada, eso llevaría como consecuencia una falencia [evidente] en el actuar de los fiscales al momento de sustentar todas las causas penales en los tribunales de justicia, sin olvidar, la cantidad de recursos humanos y económicos utilizados en causas que no tienen por qué

llegar a las salas de audiencias.

De Castro (2022) advierte:

Algunos de los criterios de determinación para este supuesto son: el poco valor del objeto del delito, las circunstancias sociales en las que se ejecutó el delito y las circunstancias personales que rodearon al autor del hecho. Y, que en la doctrina se presentan ejemplos como el hurto famélico o por hambre, el hurto para obtener medicamentos para un hijo enfermo, entre otras circunstancias que, debidamente demostradas, podrían llevar a considerar su aplicación. (p. 62)

Si se observa detenidamente, y sin ejercer mayor presión al sentido común, la administración de justicia está ligada a los fiscales y los defensores, quienes activan el poder judicial, son quienes defienden los derechos de las partes. Si ello es así, que lo es, no es imprudente decir que, entre mayor sea el número de causas en delitos de bagatela, que estén prescritos, o carezcan de interés para la colectividad o las partes, mayor será la probabilidad de colapsar el sistema penal. Es por ello que el legislador plasmó en la ley otras salidas o herramientas para suspender o concluir la causa. Ilustremos esto con algo de jurisprudencia.

Ante lo dicho, acudamos a un fallo de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, en Pleno (2019), mediante el cual se resuelve amparo de garantías constitucionales en grado de apelación, dentro del expediente No. 534-19, ponente la magistrada María Eugenia López Arias.

... III. CONSIDERACIONES DEL PLENO:

El Tribunal Superior desestima el argumento del demandante con relación

al principio de la intervención mínima del derecho penal. En este sentido, afirma que “los mecanismos de control social a que se refiere dicho principio no son otros que los contemplados en la propia legislación penal, a saber, los medios alternos de solución de conflictos, el criterio de oportunidad, la suspensión del proceso sujeto a condiciones, los acuerdos, las medidas de seguridad, entre otros”.

... Al respecto, conviene aclarar que el principio de mínima aplicación del derecho penal (. . .) como ha dicho esta Corte (Sala Penal) en fallo de seis (6) de mayo de dos mil diez (2010), está asociado a “La función interventora estatal a través de la pena (*ius puniendi*), [que] se debe dar bajo los límites propios del principio de estricta legalidad, de protección de bienes jurídicos, de mínima intervención, proporcionalidad y de culpabilidad (principios que giran en torno a que el derecho penal solo debe intervenir como *última ratio*)”. Se trata, pues, de un principio destinado a “que el derecho penal [sea] utilizado con un sentido mínimo, dado el carácter represivo y lesivo de esta vía, donde solo se recurra a su uso ante la inexistencia de otros mecanismos a la solución del conflicto social y se produzca una real afectación de los bienes jurídicos tutelados penalmente, en aras de garantizar el respeto a la dignidad humana”.

Maier (2004) plantea que la discusión que gira en torno al principio de legalidad debe cambiar el rumbo. Debe entonces partir de los fines prácticos de la persecución penal, tales como la racionalidad desde el punto de vista empírico, incluso desde una perspectiva utilitarista de las instituciones jurídicas. Refiere el autor que el criterio de oportunidad es un empuje permitido del derecho a seleccionar que

hechos punibles a perseguir.

Pero, estos criterios deben tener sustento en criterios racionales y acordes con las metas perseguidas por el poder estatal. Dicho, en otros términos, si el principio de legalidad implica la persecución de todos los delitos, lo cual es claramente imposible, el criterio de oportunidad brinda al agente de investigación la facultad de prescindir de la persecución de ciertos hechos específicos. En las palabras del jurista tenemos lo siguiente:

Dos son las metas principales para que la aplicación del principio de oportunidad pueda convertirse en eficaz auxilio: la *desincriminación de hechos punibles*, para evitar la aplicación del poder penal allí donde otros métodos pueden alcanzar mejores resultados o donde resulte innecesaria su aplicación, y la contribución a la *eficacia del Derecho penal* en aquellas zonas o para aquellos hechos en los que resulta indispensable su actuación como método de control social. (p. 387)

Recapitulando, al aplicarse el criterio de oportunidad de acuerdo al Código Procesal Penal (2008) artículo 213, lo que procede es declarar la extinción de la acción penal con relación del participante de quien a favor se decide. Nótese la inconsistencia del término [participante]; esto es, que participa, podría decirse, colabora, comparte, integra, etc. El legislador no utilizó los términos de investigado, indiciado, encartado, imputado, o acusado. Si nos vamos a una interpretación gramatical, pareciese ser, que se habla del partícipe (cómplice primario o secundario), y para ello nos debemos centrar ante una condena, de lo contrario no podemos utilizar dicho calificativo.

Entonces, a quién se refiere ¿al indiciado o al ya imputado? Si partimos del último

no existe controversia debido a que, una vez formulada la imputación el fiscal puede solicitar la aplicación del criterio de oportunidad en la propia audiencia, con la presencia de la víctima (de existir una determinada), y el imputado con su defensor. Momento procesal en que el juez deberá decidir.

Sin embargo, si nos centramos ante un indiciado, para ubicarnos en una audiencia, es necesario que exista una víctima o querellante, que no esté de acuerdo con el hecho de que el fiscal decida no investigar, esto, obviamente al ser notificada, y que el agente instructor le explique por qué no continuará con la investigación. Así lo establece el Código Procesal Penal (2008) en su artículo 214. Es en dicho artículo donde se plasma que: “En la audiencia, el Juez escuchará a la víctima y decidirá de plano sobre la extinción o no de la acción penal, instando en este caso a que se continúe con la investigación”.

Al respecto de la víctima, vemos que, entre sus derechos está el de ser informada sobre el curso del proceso penal respectivo y recibir explicaciones relacionadas con el desarrollo del proceso, cuando la víctima lo requiera; por tanto, es una obligación de las autoridades correspondientes informar a la víctima sus derechos, y el ser oída [escuchada] por el Juez, cuando así lo requiera, procesalmente hablando.

Esto no es más que el control que ejerce el juez de garantías, ya sea en la investigación previa o en la imputación, a petición de la víctima. Resaltamos, es a petición de la víctima, ya que, si esta considera que le asiste razón a la Fiscalía, o no tiene mayor interés en la investigación, es claro que dicho caso no debe llegar a los tribunales de justicia.

Veamos ahora el fenómeno de la

prescripción establecido en el Código Procesal Penal (2008), artículo 115, numeral 6. Señala dicha disposición que la extinción de la acción penal procede porque la persecución del hecho está prescrita. Es decir, el Estado no puede perseguir un delito de por vida, salvo los delitos de lesa humanidad, por ejemplo. Entonces, ¿cuál es el propósito que el hacedor de leyes buscó al momento de establecer este articulado?

Utilicemos jurisprudencia emitida por la Corte Suprema de Justicia (2014), con la ponencia del magistrado Harley J. Mitchell J., dentro del expediente No. Exp, 1166-10. Señaló la Corte:

... estableció la Corte que la extinción de la acción penal: es un fenómeno jurídico que limita la potestad punitiva del Estado, dado que se extingue la posibilidad de investigar un hecho ilícito, y con él la responsabilidad del presunto autor o autores. La prescripción de la acción penal es la autolimitación que el Estado se impone para perseguir los hechos presuntamente delictivos, debido al transcurso del tiempo.

Destaca Jauchen (2012) que:

... la trascendencia social será otro elemento a ponderar entre las causales; es decir, si el hecho criminoso no encierra un ataque importante a la paz social y es desvalorizado como ilícito por el conjunto ciudadano (...) el fiscal tendría un camino para no avanzar en este sentido. Además de ello, puntualmente nos describe los puntos medulares sobre la cuestión en debate. (p. 679)

La escasa importancia del hecho a perseguir ha sido una de las principales

causas donde se esgrimía la necesidad de la incorporación de la oportunidad. Se sostuvo que ante la poca entidad del hecho criminoso, o en su caso, de sus consecuencias, el Estado no podría poner en marcha todo un mecanismo de persecución para dar una respuesta en una cuestión de nula gravitación en el interés social. En este punto la legislación procesal penal alemana lo regula indicando la no persecución de asuntos de poca importancia o litigios de mínima cuantía (Gomez), lo que se denomina el principio de insignificancia. (p. 680)

También es ponderable como supuesto reglado aquel llamado pena o retribución natural, que da respuesta a una situación difícil como es la derivada de hacerle transitar un proceso penal y quedar sujeto a una eventual condena, a aquella persona que está sufriendo gravemente las consecuencias del obrar delictual que lo tiene como imputado. El caso típico del conductor imprudente que en el accidente de tránsito que lo tiene como acusado ocasionó la muerte de su familiar directo, o aquel que en el robo que cometió sufrió heridas que lo dejaron postrado de por vida. (pp. 680-681)

Para Lamadrid (2018) “En principio, el ministerio público tiene la facultad de decidir no presentar un caso ante los tribunales, cuando quiera que observe evidencia insuficiente o no existan bases para creer que un tribunal pueda encontrar a una persona culpable del delito” (p. 110). En otras palabras el agente fiscal al determinar que casos pueden ser llevados a la justicia penal, lo que está haciendo, es un juicio práctico de cada caso en particular; es decir, se establece un filtro en el cual los casos mediables, conciliables (prejudiciales), y definitivamente los delitos de bagatela o de poco interés social no deben llegar a judicializarse.

Finalizando la controversia procesal y, de acuerdo a Lamadrid (2018), no se requiere de

aprobación por parte del tribunal al momento en que el Ministerio Público imponga la aplicación del criterio de oportunidad, y esto lo sustenta de la siguiente manera, idea con la cual estamos totalmente de acuerdo, veamos:

La idea del principio de oportunidad es aportar a la descarga del sistema penal y a la consecuente posibilidad de que los jueces tengan tiempo suficiente para dedicarse a delitos graves de alto impacto. Condicionar la aplicación del principio de oportunidad a una aprobación del tribunal supone que la anhelada descarga no se materialice, ya que los tribunales tendrán en todo caso que conocer, aunque claro está, sin las características de un juicio, aquellos hechos susceptibles de su aplicación, y para aprobarla tendrán mínimamente que estudiar las características de este, así se diga que el ministerio público va a llevar toda la información necesaria para que el juez opte por la decisión solicitada, esto es la aprobación del archivo por aplicación del principio de oportunidad. (pp- 162-163)

En la misma dirección Lamadrid (2018) describe:

Es necesario que el sistema penal confíe en la capacidad de los fiscales del ministerio público para la aplicación del principio de oportunidad sin ulterior aprobación del tribunal. Si se le ha dado la potestad para ejercer la acción penal, para acusar a las personas que, con el material probatorio recaudado, considere responsables de delitos; si le es dada la facultad de solicitar condenas, es posible que le sea dada la facultad de archivar un proceso si considera que concurren los elementos del principio de oportunidad. (p. 163)

Conclusiones

“La educación es una apertura a lo que está más allá de uno mismo, a todas aquellas cosas que no aparecen automáticamente en nosotros”. (Laje, 2023, p. 206)

Somos del criterio, que nuestra ley procesal penal acude al auxilio de un sistema ya proscrito, que sin duda alguna no era lo suficientemente viable para el cúmulo de casos que se ventilaban en la esfera penal; además, de la formalidad excesiva y una conformación procesal, en demasía escritural.

En un sistema donde víctima e imputado pueden solventar sus diferencias sin judicializar el asunto (penal), donde se está en presencia de delitos que no merecen ser investigados por su poca valía social (principio de insignificancia), porque iniciada la investigación es imposible determinar el autor del hecho, o que el autor del hecho lleva inmersa la pena natural, así como que el presunto delito este prescrito, debemos preguntarnos: ¿Vale la pena utilizar los recursos del Estado para perseguir ese hecho en específico?

Ante situaciones como la planteada a lo largo de este ensayo, debemos cuestionarnos con relación a toda la logística, el movimiento de vehículos, personal de apoyo, agentes de policía, fiscales, defensores, jueces, los compañeros de la oficina judicial, salas de audiencias, etc. ¿Cuáles son los costos vs los beneficios para el Estado? Obviamente es necesaria, e inminente una modificación en nuestra cultura jurídica, en consonancia con

nuestras leyes penales y procesales.

Si se niega la facultad del Ministerio Público en la aplicación del criterio de oportunidad en casos específicos; insistiendo en que todo debe judicializarse (imputarse), no importa el sistema procesal penal que se implemente, y si a esto, añadimos el hinchamiento de los tipos penales, el colapso en la administración de justicia penal; es imparable.

Solo la modificación en la mentalidad jurídica de todos los actores que de una u otra manera están involucrados con la administración de justicia, es lo que garantizaría el fin primordial del sistema penal, el cual no es otro que desempeñarse afanosamente en favor de una mejor sociedad, mejorando las atenciones a los usuarios del sistema penal, respondiendo a una justicia en tiempo razonable, que busque la igualdad procesal, sin olvidar la simplificación del proceso.

Las características de la inteligencia denominadas analíticas son en sí mismas poco susceptibles de análisis. Las apreciamos solo en sus efectos. Sabemos de ellas, entre otras cosas, que son, para los que las poseen en alto grado, fuente del mayor goce. Así como el hombre fuerte se complace en su destreza física, deleitándose con ejercicios que pongan en acción sus músculos, así goza el analista en la actividad espiritual que significa *desenredar*. (Allan Poe, 2012, p. 77)

Referencias bibliográficas

- Allan Poe, E. (2012). *Obras Selectas. Los asesinatos en la calle morgue*. Edimat Libros, S. A.
- Código Penal, Ley 14 mayo 18, 2007. 22 de mayo de 2007, (Panamá).
- Código Procesal Penal, Ley 63 agosto 28, 2008. 29 de agosto de 2008, (Panamá).
- Constitución Política (2004). 15 de noviembre de 2004, Gaceta N°. 25,176, (Panamá)
- Corte Suprema de Justicia. Pleno. Expediente: 372-04 (M.P. Adán Arnulfo Arjona L., julio 07 de 2004). <http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html>
- Corte Suprema de Justicia. Pleno. Expediente 1166-10. (M.P. Harley J. Mitchell D., febrero 24 de 2014) <http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html>
- Corte Suprema de Justicia. Pleno. Expediente 502-15 (M.P. Hernán A. De León Batista; agosto 31 de 2015) <http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html>
- Corte Suprema de Justicia. Pleno. Expediente: 534-19. (M.P. María Eugenia López Arias; diciembre 26 de 2019). <http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html>
- Corte Suprema de Justicia. Pleno. Expediente 717-2020. (M.P. Hernán A. De León Batista; junio 04 de 2021). <http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html>
- De Castro, D. (2022). *Herramientas Discrecionales y Salidas Alternativas en el Sistema Penal Acusatorio*. Editora Circulo de Escritores.
- Jauchen, E. (2012). *Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo I*. Rubinzal-Culzoni Editores.
- Laje, A. (2023). *Generación Idiota*. Harper Collins.
- Lamadrid, M. (2018). *El Principio de Oportunidad como una Herramienta de Política Criminal*. Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Maier, J. (2004). *Derecho Procesal Penal. Tomo I*. Editores del Puerto s.r.l.
- Nietzsche, F. (2020). *Así Habló Zaratustra. El Anticristo*. Editores Mexicanos Unidos, S. A.
- Roxin, C., & Schünemann, B. (2019). *Derecho Procesal Penal*. Ediciones DIDOT.
- Zaffaroni, E. R., Alagia, A., & Slokar, A. (2002). *Derecho Penal, Parte General*. Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera.

Carlos Manuel Pedro Pablo Barragán Quirós

El Magister Carlos Barragán Quirós, inició labores en el Órgano Judicial para el 2004, ha ocupado las posiciones de escribiente II, oficial mayor, secretario judicial, defensor de circuito, juez circuital, suplente de magistrado en el Tribunal Superior de Apelaciones de Panamá. Actualmente se desempeña como juez de garantías del segundo circuito judicial de Panamá. Es profesor universitario en ISAE Universidad, y APPRENDO Academy, entre otros. Es autor de más de 30 artículos en la

revista Sapiencia del Órgano Judicial; revista científica de ISAE Universidad, EDUCATE, Guía Legal, entre otras. Entre sus obras publicadas están Sistema Penal Acusatorio en Panamá, (2023), Derecho Penal, Parte General, (2022), Vademécum de la Prueba,(2022), Maniqueísmo de la Detención provisional y libertad limitada (2021), El Juez de Garantías En el Sistema Penal Acusatorio (2020), Procesos Disciplinarios ante El Ministerio de Educación (2012).

El contrato público, ¿Un acto administrativo?

The public contract, an administrative act?



José Roberto Castro M.

Asistente de magistrado

Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas

jcastro@tacp.gob.pa

<https://orcid.org/0009-0009-0760-2235>

El contrato público, ¿Un acto administrativo? The public contract, an administrative act?

Recibido: septiembre 2023

Aprobado: febrero 2024

Resumen

El presente trabajo analiza la definición del contrato público a partir del concepto del acto administrativo. Propugna que, las semejanzas entre ambas definiciones dan cuenta de que, el contrato público, en el ordenamiento jurídico panameño, se trata de un acto administrativo. Para ello, hace un estudio de las disposiciones de la ley de contratación pública en relación con el contrato público; analiza las normas de la ley de contratación pública que determinan las disposiciones aplicables a los contratos públicos y que regulan su interpretación, a la vez que hace un estudio de derecho comparado, a este respecto. Asimismo, identifica las similitudes que existen entre las definiciones del contrato público y acto administrativo, y realiza un análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en relación con la clasificación del contrato público como un acto administrativo. Se concluye, con base en lo anterior, que el contrato público es un acto administrativo de carácter bilateral en el que intervienen la administración pública, con miras a la satisfacción del interés colectivo y otra entidad o persona natural o jurídica, encargada de prestar el servicio, bien u obra requerida por aquel sujeto.

Abstract

This paper analyzes the definition of public contracts based on the concept of administrative acts. He argues that the similarities between the two definitions show that the public contract, in the Panamanian legal system, is an administrative act. To this end, a study is made of the provisions of the public procurement law in relation to public procurement; it analyses the rules of the Public Procurement Law that determine the provisions applicable to public contracts and that regulate their interpretation, while at the same time carrying out a study of comparative law, in this regard; The similarities between the definitions of public contract and administrative act are identified, and an analysis of the jurisprudence of the Supreme Court of Justice is carried out, in relation to the classification of public contracts as an administrative act. It is concluded, based on the above, that the public contract is an administrative act of a bilateral nature in which the public administration intervenes, with a view to satisfying the collective interest and another entity or natural or legal person, in charge of providing the service, good or work required by that subject.

Palabras Claves

Contrato público, acto administrativo, contratación pública, jurisdicción contencioso-administrativa, derecho comparado.

Key words

Public contract, administrative act, public procurement, contentious-administrative jurisdiction, comparative law.

Introducción

El contrato público es un instrumento de vital importancia para la adquisición de las obras, bienes y servicios por parte del Estado.

El Texto Único de la Ley 22 (2006), que regula la contratación pública, ordenado por la Ley 153 (2020), dispone que, el contrato público, es un acuerdo de voluntades celebrado conforme a derecho entre dos entidades estatales o entre un ente estatal y un particular, del cual surgen derechos y obligaciones, y cuya finalidad, es de carácter general.

Si bien ese instrumento constituye una ley especial de aplicación preferente en el ámbito de la contratación pública, el contenido de algunas de sus disposiciones es similar al de otras normas contempladas en instrumentos de aplicación general.

Tal es el caso de la Ley 38 (2000), artículo 201, numeral 1, relacionado con el acto administrativo, el cual presenta muchas semejanzas en relación con la definición del contrato público, previamente señalado.

Estas coincidencias nos llevan a plantear la siguiente pregunta: ¿El contrato público puede ser considerado como un acto administrativo según el ordenamiento jurídico panameño? Este artículo pretende responder esta interrogante.

Para ello (i) se analiza la definición del contrato público, desarrollada en la doctrina y el ordenamiento jurídico panameño; (ii) se identifican las disposiciones aplicables a los contratos públicos y los criterios a utilizarse para su interpretación, según el ordenamiento jurídico nacional y el derecho comparado; (iii) se destacan las similitudes existentes entre las definiciones del contrato público y acto administrativo, y (iv) se analiza la

jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Panamá (CSJ) en relación con la clasificación del contrato público como acto administrativo.

Los hallazgos sugieren que, el contrato público, atendiendo a su naturaleza, objeto y conjunto de normas que lo regulan, podría ser considerado como un acto administrativo de carácter bilateral en el ordenamiento jurídico panameño de contratación pública.

1. Definición del contrato público según la doctrina y la ley panameña de contratación pública

La definición del contrato público se encuentra contemplada en la Ley 22 (2006), que regula la contratación pública.

Ese instrumento lo define como un acuerdo de voluntades celebrado conforme a derecho entre dos entidades públicas o entre un ente estatal, en ejercicio de una función administrativa, y un particular —el cual puede tratarse de una persona natural o jurídica o de un consorcio accidental, nacional o extranjero—, con el objeto de satisfacer un fin de carácter general.

En la doctrina y otras legislaciones, el contrato público también se denomina contrato administrativo.

Como lo documenta Fernández (2016) este tipo de acuerdos debe su existencia a la incapacidad de la administración de poder realizar, por sí sola, todas sus encomiendas; por ello, se ve en la necesidad de recurrir a la colaboración de los particulares, quienes prestan su apoyo con sujeción a un régimen especial enmarcado en el derecho público.

Por su parte, López define al contrato público o administrativo como aquel que

celebran las entidades del Estado con miras a la consecución de una necesidad general y que se diferencia de los contratos privados, porque cuenta con cláusulas exorbitantes a las que los particulares quedan sometidos por razón de los intereses públicos que persigue (como se citó en Fernández, 2016, p. 164).

Cuando el contrato administrativo se deriva de un acto público de selección de contratista, su suscripción se realiza una vez ejecutoriado el acto administrativo de adjudicación, mediante el cual se determina, reconoce y escoge la propuesta más ventajosa para el Estado, con base en la ley, los reglamentos y el pliego de cargos.

En otras palabras, la suscripción del contrato público, en el supuesto previamente señalado, tiene lugar después de la etapa precontractual del procedimiento de contratación pública.

Por otro lado, cuando el contrato público surge como resultado de un procedimiento excepcional o especial de contratación, el mismo, se firma tras la obtención de las autorizaciones de los entes públicos competentes o el cumplimiento de una serie de requisitos contemplados en la ley de contratación pública y su reglamento.

Aunque el contrato público es un medio de gran relevancia para la adquisición de bienes, obras y servicios por parte del Estado, su regulación conceptual en el ordenamiento jurídico panameño es escasa, por no decir casi nula.

Esta afirmación se sustenta en que solo una disposición de la ley de contratación pública y su reglamentación, lo define, conceptualmente.

La misma—citada *ut supra*—se encuentra

en el glosario de la ley de contratación pública, y, si bien hace alusión a la mayoría de los elementos esenciales de dichos acuerdos, se echan en falta otras disposiciones que expliciten, con una mayor profundidad, su alcance jurídico en nuestro país.

2. Las disposiciones aplicaciones a los contratos públicos su interpretación en la ley panameña de contratación pública y el derecho comparado: algunas consideraciones para tener en cuenta

La Ley 22 (2006), artículo 90, señala que los contratos administrativos “se regirán por las disposiciones de la presente Ley [Sic] y disposiciones complementarias, y lo que en ella no se disponga expresamente, por las disposiciones del Código Civil o del Código de Comercio, compatibles con las finalidades de la contratación pública”.

En cuanto a su interpretación, la citada ley, artículo 35, dispone que “se tendrán en consideración los intereses públicos, los fines y los principios de esta Ley [Sic], así como la buena fe, la igualdad y el equilibrio entre las obligaciones y los derechos que caracterizan los contratos conmutativos”.

En primer lugar, saltan a la vista las semejanzas de esas disposiciones con el contenido de algunas normas de ley colombiana de contratación estatal.

Como ejemplo, se destaca lo dispuesto en la Ley 80 (1993), artículo 13, el cual establece que “Los contratos que celebren las entidades [...] se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley”.

Del mismo modo, se destaca el artículo 28 de la ley antes citada el cual señala que

En la interpretación de las normas sobre contratos estatales [...] se tendrán en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.

En lo que concierne a la Ley 22 (2006), artículo 35, el mismo, si bien pone en primer término, para los efectos de la interpretación de los contratados administrativos, a los intereses públicos; señala, posteriormente, que en dicho ejercicio —de interpretación— se debe tener en cuenta “el equilibrio entre las obligaciones y derechos que caracterizan a los contratos conmutativos”, lo que constituye, a nuestro entender, una paradoja.

Esta contradicción radica en que los atributos del Estado impiden que pueda mantener una relación de tipo horizontal con otros sujetos —particulares— respecto de los cuales es intrínsecamente desigual, debido a los intereses y fines públicos que debe garantizar.

Por ello, algunos tratadistas como Arancibia (2019) afirman que la naturaleza de los contratos públicos no puede ser conmutativa, sino que, los mismos, están regidos por la justicia distributiva, la cual obliga a las entidades públicas a repartir los bienes y cargas necesarias en favor del bien común de un modo justo.

En consecuencia, el enfoque de la justicia conmutativa, aplicado a las relaciones jurídicas entre particulares, quienes actúan en igualdad de condiciones e intereses, no puede ser aplicado a los contratos administrativos.

Por otro lado, en lo que atañe a la Ley 22 (2006), el artículo 90, plantea la aplicación

inmediata de normas de derecho privado a los contratos públicos, en caso de lagunas en la ley de contratación pública.

Así, se observa en ambas disposiciones de la citada ley (artículos 35 y 90) una exagerada intención de suplir los vacíos de la normativa de contratación estatal con disposiciones que fueron concebidas para regular relaciones entre particulares.

A este respecto, llama la atención lo dispuesto en la ley chilena de contratación pública en cuanto a las disposiciones aplicables a los contratos administrativos y su interpretación.

En esta ley se establece que, en su celebración, se observarán las normas y principios contemplados en ella y su reglamentación y, supletoriamente, se aplicarán las normas de derecho público. Además, precisa que, en defecto de normas de derecho público, se deben aplicar las normas de derecho privado (Ley, 19886, 2003, artículo 1).

En relación con la interpretación de los contratos públicos, Asenjo (2022), luego de referirse al uso que, de los mismos, hace la administración pública y al rol que desempeñan los particulares en el marco de ese tipo de contratos —quienes se convierten, según indica, en agentes colaboradores del interés común—; sostiene que el contrato público “gira en torno a un interés público que se eleva por sobre los intereses individuales, y que transforma a dicho interés en un principio autónomo de interpretación del contrato” (p. 10).

Dicho esto, podemos indicar que, mientras que la ley panameña y colombiana establecen que, en caso de vacíos, se deben aplicar a los contratos públicos una serie de disposiciones de derecho privado que se

encuentran en el Código Civil y Código de Comercio, ya sea para su interpretación o para determinar sus normas reguladoras; la ley chilena de contratación pública Ley 19886 (2003), artículo 1 contempla la aplicación de ese tipo de normas como tercer y último recurso, dándole prelación a las normas de derecho público.

Igualmente, como se pudo apreciar, las reglas y principios de derecho público juegan, en el ámbito chileno de contratación pública, un papel preponderante para la interpretación de los contratos administrativos.

Consideramos que Panamá debería adoptar este último enfoque, pues garantiza que en los contratos públicos se atiendan los fines y objetivos generales que motivan la adquisición de bienes, obras y servicios por parte del Estado. Se podría explorar la posibilidad de darle un rol más protagónico, en caso de vacíos, a la Ley 38 (2000).

Igualmente, sería útil que, quienes ejecuten los contratos administrativos, tomen en cuenta la doctrina jurisprudencial del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas y de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo de la CSJ para la interpretación de los contratos públicos, en caso de vacíos.

Con esto, no se busca excluir, en su totalidad, la aplicación subsidiaria de las normas de derecho privado sino darles prelación a las normas de derecho público, ya que la contratación estatal, ayuda a satisfacer las necesidades generales.

Ello —por su supuesto— respetando los derechos, principios y garantías establecidos en la ley a favor de los contratistas. Esto se logra mediante la utilización responsable de las facultades que ostenta la administración

pública y la observación del principio de estricta legalidad.

3. Similitudes existentes entre la definición del contrato público y el acto administrativo

En párrafos anteriores se destacó la definición del contrato administrativo desarrollada por la ley panameña de contratación pública. Concluido este análisis, es propicio repasar qué dice la Ley 38 (2000), en relación con el acto administrativo.

Este es definido por la citada ley, artículo 201, numeral 1, como toda.

Declaración emitida o acuerdo de voluntad celebrado, conforme a derecho, por una autoridad u organismo público en ejercicio de una función administrativa del Estado, para crear, modificar, transmitir o extinguir una relación jurídica que en algún aspecto queda regida por el Derecho Administrativo.

A simple vista, en ambas definiciones, concurren los siguientes elementos: (i) el hecho de que, para su constitución, exista de por medio un acuerdo de voluntades — aspecto que, en el caso del contrato público, es absoluto, mientras que, en el caso del acto administrativo, es relativo—; (ii) el cual, además, debe ser celebrado conforme a derecho y (iii) en ejercicio de una función administrativa [del Estado].

En lo que concierne a la finalidad “de carácter público” que el contrato administrativo debe perseguir, la misma, si bien no está expresamente contemplada en la definición del acto administrativo que ofrece la Ley 38 (2000) debe estar en la base de toda actuación de la administración.

Esto, por cuanto que todo acto administrativo —visto desde su función material—, según la jurisprudencia de la CSJ (2022) debe ser expedido por la administración pública con el propósito de satisfacer los intereses generales y públicos que le han sido confiados por mandato constitucional y legal.

Misma suerte corre la última frase de la definición del acto administrativo —esto es, aquella que dice que, el mismo, Ley 38 (2000), artículo 201, numeral 1 “en algún aspecto queda regido por el Derecho Administrativo”— si se toma en cuenta que, el contrato público, como lo documenta Asenjo (2022) es entendido como parte del núcleo irreductible del derecho administrativo.

Sin embargo, a pesar de las similitudes que pueden inferirse de ambas definiciones, en la doctrina, se han suscitados fuertes debates en torno a la posibilidad de que los contratos públicos puedan ser considerados como actos administrativos.

Algunos autores como Dromi (1989) excluyen al contrato público de la categoría del acto administrativo por considerar que este último, en esencia, es de carácter unilateral, en el sentido que su expedición corre por cuenta exclusiva de la administración.

En la misma línea, se encuentra Berçaitz (1980) quien considera que el *nomen* “acto administrativo” debe ser reservado, únicamente, para las declaraciones unilaterales de los órganos del Estado, emitidas en ejercicio de una función administrativa, productoras de efectos jurídicos individuales en forma inmediata.

Por su parte, Gordillo (2017) incluye al contrato público dentro de la clasificación de los actos administrativos que emite la

administración pública; pero, por razones prácticas, realiza una diferenciación de régimen entre los actos que realiza la administración de común acuerdo con otros sujetos de derecho [naturales o jurídico] y aquellos actos que son meramente unilaterales.

En igual sentido, Arauz (2015) considera que la definición patria del acto administrativo hace alusión tanto al acto unilateral como al bilateral, planteando, como ejemplo de este último, la contratación pública, destinada a atender las necesidades generales de la publicación y para cuya existencia se requiere de la participación de dos voluntades.

Existe, también, otra corriente de pensamiento que considera que los contratos públicos son actos administrativos, porque se derivan de un largo procedimiento de actos sucesivos — *v.gr.*, en el caso de Panamá, la realización de estudios previos, estructuración del pliego de cargos, convocatoria del acto público, recepción de propuestas, verificación o evaluación de las propuestas presentadas, adjudicación del acto público, entre otros— que culmina con el perfeccionamiento de dicho contrato, lo que hace entrever que, el mismo, no surge de un auténtico acuerdo de voluntades, sino que se trata de un acto administrativo unilateral en su emisión (como se citó en Ariño, 2007).

A nuestro criterio, el contrato público — en tanto que acto dictado por la administración en ejercicio de una función administrativa y regido por la ley de contratación pública— se trata de un acto administrativo de carácter bilateral en el que intervienen los siguientes sujetos: (i) la administración pública, con miras a la satisfacción del interés colectivo y (ii) otra entidad del Estado o persona [natural o jurídica], encargada de prestar el servicio, bien u obra requerida por aquel sujeto.

Por interesante que sea, no compartimos la tesis de autores como Arancibia (2019) quienes sostienen que el contrato público es un acto administrativo de carácter unilateral de imposición, asignación o distribución de cargas públicas del Estado, porque, su eficacia jurídica, está sujeta al consentimiento de otro sujeto, expresado por medio de su firma o suscripción.

Tampoco puede ser, el contrato público, un acto administrativo unilateral por el hecho de haber sido confeccionado tras el agotamiento de una serie de actos administrativo que se suceden unos de otros; puesto que, si bien el acto de adjudicación —por ejemplo— es unilateral en tanto que es emitido, exclusivamente, por una entidad licitante, existe una suerte de aquiescencia o consentimiento táctico del adjudicatario y/o contratista derivada de la presentación de su propuesta y posterior firma del contrato.

Y es que el Estado, por más soberano que sea, no puede imponer, unilateralmente, la condición de adjudicatario o contratista a una persona: requiere, en todo caso, que esta quiera asumir tal condición, prestando su consentimiento, para tales efectos.

Si bien en Panamá la cuestión relativa a la determinación del contrato público como un acto administrativo no parece haber generado, en el ámbito académico, una discusión relevante como en otros países —España, Chile, entre otros—; dicha clasificación no deja de ser importante para una correcta interpretación y ejecución del contrato público.

Para algunos juristas como Arancibia (2019) la clasificación del contrato público como un acto administrativo permite comprender de dónde surgen sus atributos dogmáticos —esto es, aquellos que guardan relación con la interpretación, modificación

o terminación unilateral de los contratos administrativos—, los cuales han sido denominados por la doctrina como facultades exorbitantes.

En efecto, la definición del contrato público establecida en la ley de contratación pública sugiere que el legislador tuvo en cuenta la definición del acto administrativo para su formulación. Por ello, nos inclinamos por la corriente doctrinaria que incluye al contrato público dentro de la clasificación de los actos administrativos.

Dicho esto, es oportuno cuestionarnos, ¿qué ha dicho nuestra máxima corporación de justicia respecto de la clasificación del contrato público como un acto administrativo? En el siguiente apartado se abordará esta cuestión.

4. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en relación con los contratos públicos como actos administrativos

La Sala Tercera de la CSJ se ha pronunciado, en reiteradas ocasiones, sobre la clasificación del contrato público como un acto administrativo.

Si bien la mayoría de estos pronunciamientos ha tenido lugar en relación con demandas contencioso-administrativas de nulidad; Gasnell (2015) observa que la CSJ se ha pronunciado en demandas de plena jurisdicción sobre la legalidad de los contratos públicos en aquellos casos en los que existe un interés subjetivo en la pretensión de la demanda.

Con todo, esa corporación de justicia (2014) ha entendido que su competencia para conocer de las cuestiones suscitadas con motivo de los contratos públicos responde a lo dispuesto en la Constitución Política (2004),

artículo 206, en concordancia con el Código Judicial (2001) artículo 97, numeral 5.

En lo que atañe a la caracterización del contrato público como un acto administrativo, la Sala Tercera de la **CSJ** (2014) ha considerado como tal ese tipo de contratos atendiendo a su naturaleza administrativa —no así a su forma o apariencia— apoyándose, además, en la Ley 38 (2000), artículo 201, numeral 1, para llegar a esa conclusión.

En el mismo dictamen, la Sala Tercera de la **CSJ** (2014) dispuso, con meridiana claridad, que “... los contratos públicos que suscribe la Administración constituyen una verdadera declaración de voluntad de índole bilateral generadora de derechos y obligaciones para las partes contratantes, siendo acordada por el Estado en ejercicio de funciones administrativas”.

En otra ocasión, la Sala Tercera de la **CSJ** (1992), citando al tratadista español Antonio García-Trejivano, manifestó que la denominación de actos de la administración incluye a todos los actos que emanan de ella, sin importar cualquiera que sea su naturaleza, y que los administrativos son una especie determinada por la actuación de la administración en su faceta jurídico-pública.

Posteriormente, en el mismo precedente, la Sala Tercera de la **CSJ** (1992) manifestó que la competencia de este tribunal incluye a los actos administrativos en sentido estricto, respecto de los cuales, gran parte de la doctrina enfatiza su carácter unilateral, y aquellos en los que concurren dos voluntades, dentro de los cuales se encuentran los contratos administrativos.

La anterior distinción, continúa diciendo ese tribunal, sin perjuicio de que el contrato público pueda ser considerado como acto

administrativo, en tanto que se encuentra sujeto al derecho administrativo y a la jurisdicción contencioso-administrativa de la **CSJ**.

Asimismo, la Sala Tercera de la **CSJ** (2018) se pronunció respecto de la posibilidad de que los contratos públicos puedan ser impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

En dicho pronunciamiento —emitido en atención a un recurso de apelación presentado contra el auto que dispuso no admitir una acción contencioso-administrativa de nulidad por estar dirigida en contra de un pliego de cargos— la **CSJ** (2018) manifestó que, el contrato público, se convierte en el acto administrativo que debería ser objeto de impugnación.

Aunado a ello, es propicio destacar que, en este último precedente, se observa lo afirmado por Gasnell (2015) quien destaca que, los contratos públicos, pueden ser impugnados, según la jurisprudencia de la **CSJ**, ya sea por vía de acción contencioso-administrativa de nulidad o por medio de acción contencioso-administrativa de plena jurisdicción.

Lo anterior, por cuanto que, en esa sentencia, la Sala Tercera de la **CSJ** (2018) reconoce que, el tipo de acción a interponerse para la impugnación del contrato público [ya sea, contencioso-administrativa de nulidad o contencioso-administrativa de plena jurisdicción], depende de las circunstancias de cada caso.

En definitiva, el tribunal reitera que la confirmación de la inadmisión de la demanda se debe a que el accionante debió de haber impugnado el acto administrativo definitivo que lo constituía el contrato de obras, y no así el pliego de cargos [...], al tratarse el primero

de los documentos de un acto en firme y definitivo **CSJ** (2018).

De lo antes mencionado, se destaca lo siguiente:

- (i) La calificación del contrato público como un acto administrativo obedece a su naturaleza administrativa, esto es, al hecho de que emana de la administración pública, quien lo celebra en ejercicio de una función administrativa;
- (ii) La **CSJ** reconoció que, si bien parte de la doctrina enfatiza en

el carácter unilateral de los actos administrativos, estos últimos, comprenden a los contratos públicos, porque se encuentran sometidos al derecho administrativo y a la jurisdicción contencioso-administrativa de la Sala Tercera de la **CSJ**, y

- (iii) La determinación que realiza la **CSJ** del contrato público como un acto administrativo se sustenta, entre otras cosas, en la definición que de esta última institución realiza la Ley 38 (2000), artículo 201, numeral 1.

Conclusiones

Los contratos públicos son acuerdos de voluntades firmadas por dos entidades públicas o entre un ente estatal, en ejercicio de una función administrativa, y un particular — el cual puede tratarse de una persona natural o jurídica o de un consorcio accidental, nacional o extranjero—, con el objeto de satisfacer un fin de carácter general.

Aunque la definición que ofrece el Texto Único de la Ley 22 (2006), ordenado por la Ley 153 (2020) contiene muchos elementos esenciales de los contratos públicos, hay que buscar otras disposiciones —legales o reglamentarias— para desarrollar su alcance jurídico o conceptual.

De la lectura de la ley de contratación pública, se infiere una exagerada intención de suplir sus vacíos con disposiciones de derecho privado (Código Civil y Código de Comercio), las cuales fueron concebidas para regular las relaciones entre particulares.

Igualmente, un análisis comparativo de la ley panameña de contratación pública sugiere

que algunas de sus disposiciones fueron extraídas de las legislaciones de otros países en cuanto a la contratación pública.

En esencia, esto no constituye un problema. Sin embargo, resultaría interesante que nuestro sistema jurídico de contratación pública se sirva —por ejemplo— en lo que respecta a la interpretación de los contratos de la legislación chilena de contratación pública, cuyos vacíos legales son llenados, en primera instancia, por normas de derecho público.

De igual forma, las semejanzas entre las definiciones del contrato público y el acto administrativo evidencian que, el legislador nacional, utilizó como referencia la definición del acto administrativo para elaborar la definición del contrato público.

Esto abona a la idea de que el contrato público —al menos en lo que respecta a Panamá— se trata de un acto administrativo de carácter bilateral, descartando la posición doctrinaria que excluye a los contratos públicos de la clasificación de los actos administrativos.

Asimismo, un repaso por la jurisprudencia de nuestra máxima corporación de justicia evidencia que el contrato público, es considerado como un acto administrativo bilateral, atendiendo a (i) las normas —de derecho público— que lo regulan; (ii) su

sometimiento a la jurisdicción contencioso-administrativa de la Sala Tercera de la CSJ; (iii) su naturaleza administrativa —no así a su forma o apariencia—, y (iv) la intervención de la administración en su formación y suscripción.

Referencias bibliográficas

- Arancibia, J. (2019). Naturaleza y Justicia de los contratos administrativos. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, N° 30, 27-53.
- Arauz, H. (2015). *La vía gubernativa*. Imprenta Articsa.
- Ariño, G. (2007). El enigma del contrato administrativo. *Revista de Administración Pública*, núm. 172, 79-102.
- Asenjo, K. (2022). Contratos administrativos en sentido estricto y contratos privados de la administración. Criterios para su delimitación. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, N° 35, 5-34.
- Berçaitz, M. (1980). *Teoría general de los contratos administrativos*. Ediciones Depalma.
- Constitución Política, (2004), 15 de noviembre de 2004 Gaceta Oficial N°. 25,176 (Panamá).
- Código Judicial, 2001. Ley 23, junio 1, 2001. 10 de septiembre de 2001 (Panamá).
- Corte Suprema de Justicia. Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Laboral. (M. P. Arturo Hoyos; agosto 25 de 1992).
- Corte Suprema de Justicia. Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Laboral. Expediente No. 386-2012 (M. P. Abel Augusto Zamorano; abril 30 de 2014).
- Corte Suprema de Justicia. Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Laboral. Expediente No. 802-18 (M. P. Cecilio A. Cedalise Riquelme; septiembre 28 de 2018).
- Dromi, J. (1989). *La licitación pública*. Editorial Astrea.
- Fernández, J. (2016). *Derecho administrativo*. Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Gasnell, C. (2015). *El acto administrativo y el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa en Panamá* [Tesis doctoral]. Obtenido de Repositorio institucional de la Universidad Complutense de Madrid Docta Complutense. <https://docta.ucm.es/entities/publication/e7f3cd96-4699-4c83-af9b-300f9b80b2ba>.
- Gordillo, A. (2017). *Tratado de Derecho administrativo y obras selectas*. Fundación de Derecho administrativo.
- Ley 38, 2000. Que aprueba el Estatuto Orgánica de la Procuraduría de la Administración, regula el Procedimiento Administrativo General y dicta otras disposiciones especiales. Gaceta Oficial N°. 24109 (Panamá).
- Ley 80, 1993. Por el cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, Reformada. Diario Oficial, 28 de octubre de 1993 (Colombia).
- Ley, 19.886, 2003. Ley de bases sobre contratos administrativos de

suministro y prestación de servicios.
Biblioteca del Congreso Nacional, 30
de julio de 2003 (Chile).
Ley 22 de 27 de junio de 2006. Que regula la

contratación pública, ordenado por la
Ley 153 de 2020. Gaceta Oficial N°
29107-A (Panamá).

José Roberto Castro Montilla

Nació en la ciudad de Panamá, el 14 de octubre de 1993. Actualmente, se desempeña como asistente de magistrado en el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas de Panamá. Doctorando en Ciencias Jurídicas y Sociales (Universidad de Mendoza). Candidato a Experto en aplicación del Derecho internacional en perspectiva comparada (Universidad Autónoma de Madrid y Universidad de Mendoza), Magíster

en Derecho internacional (Instituto de Estudio e Investigación Jurídica), Magíster en Derecho administrativo (Universidad Latina de Panamá), Diplomado sobre Derechos Humanos, Migración y Políticas Públicas (Universidad de Panamá y Organización Internacional para las Migraciones) y Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas (Universidad Católica Santa María la Antigua).

Perspectiva de los actores sobre los Procesos Penales actuales

Perspective of the actors on current Criminal Proceedings



Luis G. Peñalba R.

Universidad de Panamá. Centro Regional Universitario de Veraguas.

Facultad de Derechos y Ciencias Políticas. Panamá.

luis-g.penalba@up.ac.pa

<https://orcid.org/0009-0002-4679-8188>

Perspectiva de los actores sobre los Procesos Penales actuales **Perspective of the actors on current Criminal Proceedings**

Recibido: octubre 2023

Aprobado: febrero 2024

Resumen

Los actores en el proceso penal toman relevancia en este nuevo sistema y la función que ejerce cada uno de ellos queda plasmado en el Código Procesal Penal. Esto trae consigo un sinnúmero de cambios que influyen de manera positiva en la efectividad del mismo. Los cambios significaron una renovación que fortaleció el sistema panameño, inclinándolo a una reforma procesal penal enfocada en garantizar de una manera más efectiva el cumplimiento de los derechos y el respeto de sus principios y garantías. Para que todos estos elementos se materialicen de manera segura, imperativo contar con la participación activa de diversos actores, cada uno desempeñando un papel específico. Esta colaboración no solo proporciona una estructura sólida, sino que también asegura una organización coherente y eficiente de todos los componentes involucrados.

Los participantes aportaron, basándose en su experiencia, perspectiva de cómo se produce este nuevo proceso penal. A partir del análisis de cada respuesta, los actores tienen una perspectiva positiva de los procesos penales. En diferentes ítems se observa cómo es constante que expresen su eficacia. Con base en ello, se concluye que la incorporación del proceso penal ha sido un cambio significativo en cuanto a la forma de impartir justicia.

Abstract

This article makes a brief theoretical approach to organized crime, its current situation. The actors in the criminal process take on relevance in this new criminal procedural system and the function that each one exercises is reflected in the Criminal Procedure Code. This system brings with it countless changes that positively influence its effectiveness. The changes meant a change that strengthened the Panamanian system, inclining it towards a criminal procedural reform focused on guaranteeing in a more effective way the fulfillment of rights and respect for its principles and guarantees. For all this to happen, the participation of various actors who play a specific role so that everything has a structure and organization. The participants, having years of experience, contributed based on their experience a perspective consistent with how this new criminal process occurs. From the analysis of each response, the actors have a positive perspective of the criminal processes, given that they indicate that it is effective. In different items, it is observed how they constantly express their effectiveness. Based on this, it is concluded that the incorporation of the criminal process has been a significant change in the way justice is administered.

Palabras clave

Actores, perspectiva, proceso penal.

Keywords

Actors, criminal process, perspective.

Introducción

Este trabajo de investigación se centra en analizar la perspectiva de los diversos actores respecto al actual proceso penal, con el objetivo de evaluar su eficacia. Explorar las opiniones de estos participantes revela puntos de vista valiosos sobre este nuevo sistema diseñado para corregir las deficiencias del sistema mixto inquisitivo.

El nuevo sistema adversarial en este país lleva pocos años de implementarse como mecanismo de justicia para resolver y sancionar a quienes se encuentren culpables de cometer algún tipo de delito. El mismo utiliza métodos y objetivos diferentes al inquisitivo que era el que existía hasta el 2016, cuando terminó el proceso de cambio a nivel nacional “al activar el primer Distrito Judicial, que corresponden a las provincias de Panamá, Darién Colón y La Comarca de San Blas” (Órgano Judicial, 2013). Este a pesar de ser el Primer Distrito fue el último en crearse debido a la complejidad del espacio territorial y el amplio campo judicial que abarcaba. Cuando inicio el proceso de cambio en el Sistema de Justicia se crearon los demás.

Entre los objetivos que se han planteado en este trabajo de investigación está el de analizar la perspectiva que tienen los actores sobre cómo se realizan los procesos actuales en el Sistema Penal Acusatorio, ya que, al ser un proceso oral y no escrito, permite que las partes involucradas puedan expresarse y emitir sus argumentos de defensa, así como quienes

dirigen garantizar que se respeten los derechos que constitucionalmente corresponden a cada ciudadano ya sea culpable o inocente. El análisis de esta situación permite conocer más si los cambios han sido positivos o se requiere de cambios que aporten a generar confianza en cada uno de los actores que conforma este nuevo sistema.

Cada persona tiene una perspectiva diferente con respecto a cada situación, es por ello que esta investigación aborda a los actores principales que han formado parte de este proceso y así identificar las fallas, limitaciones y beneficios que ha tenido su incorporación. El porqué de esta recae en el hecho de que se aborda desde el punto de vista personal y no profesional basándose en su propio trabajo o parte del proceso. En general se conoce como un proceso adversarial que llegó para actualizar el sistema inquisitivo y sus limitaciones por dejar todo el proceso a solo ciertos actores. Esta característica influyo en el hacinamiento carcelario que se vive hoy en día.

1. La Víctima

Soletto (2019), explica que se considera víctima aquella persona que de alguna manera ha sido agredida u ofendida. Es quien estará interponiendo la demanda para que sus derechos se hagan valer, y es quien espera que el daño del cual ha sido objeto sea resarcido. La concepción de víctima en el ámbito del derecho se entiende como aquella persona que ha sido objeto de una agresión.

Rodríguez (2021), afirma que es la persona que le han quitado algo, a quien han ofendido en el Sistema penal acusatorio se han de tomar en cuenta dentro del proceso si cumple con las características de víctima quien se presente a hacer una denuncia por algún agravio. Es el punto de referencia del cual debe iniciar una investigación.

2. Derechos de la víctima

Citando a Andrade (2022), la víctima en el Sistema Penal Acusatorio cuenta con los siguientes derechos:

- A que se le haga justicia, y que los daños que haya sufrido sean reparados.
- Participar del proceso penal según lo establecido por la Ley y que su persona sea protegida por las autoridades competentes.
- Participar como querellante, en el proceso para poder reclamar, y obtener del imputado, el resarcimiento de los daños.
- Contar con atención médica de ser necesario.
- Exigir que se le brinde seguridad a él y a sus familiares.
- Tener información constante sobre la causa penal correspondiente y recibir aclaración sobre cualquier dato de su proceso.

3. El Denunciante

En el Código Procesal Penal (2008), Sección 2ª, El Denunciante. Se define al denunciante, según el artículo 81, quien pone en conocimiento del Ministerio Público la ocurrencia de un delito investigable de oficio. No es parte en el proceso ni está obligado a probar su relato.

- **Presentación de la denuncia**

Sección 2ª El Denunciante

Las denuncias no requieren formalidad ni solemnidad alguna y pueden ser anónimas. Se presentan verbalmente

o por escrito. En este último caso, deberán contener, si fuera posible, la relación circunstancial del hecho con indicación de los autores o participantes, los afectados, los testigos y cualquiera otra información necesaria para la comprobación del hecho y calificación legal.

Cuestas (2021), señala que las denuncias orales se grabarán en presencia del denunciante, salvo en el caso de denuncias anónimas. En el caso de las denuncias escritas, la petición está firmada por el peticionario o funcionario que recibe, en cualquier caso, si el demandante no puede firmar, un tercero firmará a petición del demandante.

4. El Querellante

Es el comisionado legal de la víctima del delito, asiste a los tribunales para reclamar que el imputado sea procesado y lograr que su cliente reciba reparación civil por los daños y perjuicios del delito.

Sección 3ª El Querellante.

Artículo 84. Concepto. Es querellante legítimo la víctima del delito según los términos previstos en el artículo 79 de este Código [*sic*]. En el artículo 85, donde se menciona el querellante coadyuvante. “En los delitos investigables de oficio, la víctima o su representante legal podrá promover la persecución penal o intervenir en la ya iniciada por el Fiscal”. Igual facultad tendrán [*sic*] las entidades del sector público cuando resulten víctimas de delito. La participación de la víctima como querellante no alterará las facultades concedidas por la ley al Fiscal ni lo eximirá de sus responsabilidades (Código Procesal Penal, 2008, p. 125).

- **Particularidades del proceso instalado por el querellante**

En virtud del precitado artículo 86 que hace referencia a la inadmisibilidad de la querrela se debe inferir que la querrela no prosperará cuando de los mismos hechos emanen circunstancias que demuestren que por el discurrir del tiempo la acción penal esté prescrita, de igual manera se debe tomar en cuenta que tratándose de un acto de voluntariedad dentro de los delitos de acción privada el querellante puede desistir de la misma. Subrayar de manera categórica que la querrela se formaliza de manera escrita a través de un abogado.

Debe presentar los datos personales, domicilio y firma del denunciante y representante legal. Los datos personales y domicilio del imputado o, en su defecto, una descripción que permita así la identificación. Es fundamental proporcionar una descripción exhaustiva de los acontecimientos, incluyendo detalles como la ubicación y la hora, siempre que estén disponibles. Una narrativa clara de la situación no solo facilita a las autoridades la resolución y esclarecimiento preciso de los hechos, sino que también ayuda a comprender las circunstancias y motivos subyacentes. Además, es necesario especificar el valor inicial del daño reclamado para la indemnización. Asimismo, es crucial identificar las pruebas pertinentes, incluyendo cualquier información que permita a las autoridades desempeñar eficazmente sus funciones en relación con el caso.

5. Imputado

Se considera imputado a aquella persona a la que se le formulan cargos. En el Capítulo III La Persona Imputada Sección 1ª Normas Generales se expone en su artículo 92 “Concepto. Imputada es la persona a quien se le han formulado cargos por parte del Ministerio Público ante el Juez de Garantías.

Formalizada la acusación penal en su contra, pasa a denominarse acusado”. (Código Procesal Penal, 2008, p. 127).

Derechos del imputado

La ley estipula, en cuanto al acusado, que este tiene derecho a contar con un defensor desde el principio de la investigación que tenga en su contra. Carrasco (2021), explica que la abogacía o defensa no se brinda a pedido directo de los ciudadanos, sino a pedido del Ministerio Público. Cuando se trata de defensa pública esta inicia desde el momento en que la persona ha sido aprehendida, el cual debe estar presente cuando sea necesario.

Capítulo III La Persona Imputada Sección 1ª Normas Generales.

Artículo 93. Derechos de la persona imputada. A la persona imputada se le asegurarán todos los derechos establecidos en la Constitución Política, los tratados y convenios internacionales de derechos humanos ratificados por la República de Panamá y las leyes, desde el acto inicial del procedimiento dirigido en su contra hasta la conclusión del proceso. Entre ellos los siguientes: que le informen sobre los hechos imputados y conocer la identidad de su acusador o la fuente de la noticia criminosa. Además, que se le exprese el motivo y la causa de su detención y el funcionario que la ordenó, exhibiéndole según corresponda la orden de detención emitida en su contra. (Código Procesal Penal, 2008).

Al acusado se le garantizan todos los derechos estipulados en la constitución política, los tratados internacionales sobre derechos humanos y las leyes ratificadas de

la República de Panamá desde el inicio del juicio hasta el final del proceso. Entre ellos se encuentran los siguientes: se les informa sobre cuáles son los hechos por los cuales se les imputa; se les indica cuál es el fiscal que lleva el caso. En este punto también se le dictan las causas y los motivos por los cuales se llevó a su detención, al igual que el funcionario encargado de dictar su orden y revisar que la orden esté dictada por el mismo.

6. El Abogado Defensor

El abogado defensor tiene entre sus principales funciones, defender a su cliente. Es quien estará representando a aquella persona que se encuentra enfrentando un problema legal, el mismo debe actuar de manera profesional, lo que implica que este no puede emitir juicios personales sobre su cliente. Barría (2021), explica que entre las funciones este tiene al momento de ser contratado por quien requiere de sus servicios:

- Brindar la asesoría necesaria a su cliente sobre los pormenores de su caso.
- De manera clara explicar a su cliente cuáles son las implicaciones de su caso, y detallarle los movimientos que deben seguirse en el caso.
- Explicarle a su cliente de qué manera se debe responder ante las acusaciones que se encuentra enfrentando.
- Preparar una defensa adecuada al caso según lo establece la ley.

Barría (2021), expone que se establecen los principales aspectos correspondientes a la defensa, así, como se expone en el Capítulo IV denominado La Defensa los artículos designados para este contenido desde el 98 hasta el 105. En el artículo 98. “Las defensas técnicas es un derecho inviolable, e irrenunciable” (p. 1). Por lo tanto, siempre

que se identifique a cualquier persona como posible autor o participe de una conducta investigativa o procesal, tiene los mismos derechos que el imputado.

7. El Juez de Garantías

Entre las figuras que aparecen con el nuevo sistema de justicia que se implementa en Panamá está la del Juez de Garantías, como uno de los principios que establece el Sistema Penal Acusatorio, encontramos el de la separación de funciones. Esto permite que cada quien participe en el rol que le corresponde. En el caso del Juez de Garantías, al igual que los demás, cumple una función de vital relevancia en el proceso penal, basados en Código Procesal Penal (2008), artículo 44.

• Funciones

Podemos destacar entre las funciones del Juez de Garantías las siguientes:

- Otorgar las acciones jurisdiccionales.
- Tiene a su cargo el control de las actuaciones investigativas que perjudiquen o limiten los derechos fundamentales de esa persona (acusado o víctima) con controles anteriores y siguiente. Las etapas intermedias son apropiadas, ya que estas permiten organizar todas las pruebas lícitas para el juicio oral de conformidad con la ley.
- Conceder, validar o anular, los procedimientos de investigación que de alguna manera puedan perjudicar o coartar derechos fundamentales de la persona imputada o de quien se considere la víctima.

8. El Juez de Cumplimiento

Como lo indica González (2018), la principal función es la de velar, porque se cumpla de manera adecuada las penas que se han impuesto, y que con ellas no se

vea vulnerado ninguno de los principios fundamentales. En este sistema los Jueces de Cumplimiento llevan el registro de los acuerdos de mediación, las normas de conductas de las suspensiones del proceso de prueba y las condenas condicionales. El Juez de Cumplimiento es el encargado del registro de la pena, determinando la fecha de inicio marcada desde el momento en que se dicte la condena del imputado hasta la fecha en que debe finalizar la misma. De ahí entonces la persona sancionada podrá pretender su libertad condicional.

Continúa diciendo el autor antes citado que el Juez de Cumplimiento desempeña una serie de funciones importantes, ya que es responsable de velar por la ejecución y control de las penas, y señala que las tareas desempeñadas por el Juez de Cumplimiento son:

- Vigilar que las penas impuestas sean cumplidas.
- Velar por la resocialización del imputado. (p.21)

Reemplazar hasta un 30% de la pena, cuando exista comprobación de una buena conducta por parte del imputado. Además de demostrar que tiene posibilidades de una reinserción laboral. Lo anterior no aplica en el caso en que este haya sido acusado por homicidio doloso, homicidio doloso agravado, privación de libertad o secuestro. Y las excepciones que se encuentran contempladas en el Código Procesal Penal (2008).

9. El Fiscal

La autoridad del fiscal no se extiende a la autoridad que impone las medidas cautelares. Este debe pedir las al Juez de Garantías. Además de las diligencias de allanamientos

que tampoco se le están permitidos realizar, sin antes contar con la autorización del juez de garantías. En el proceso oral que distingue en el Sistema Penal Acusatorio se establece que, una vez solicitada la audiencia ante el Juez de Garantías, es el Fiscal quien debe notificar de forma oral a los investigados que se lleva a cabo una imputación de cargos en su contra referente a uno o varios delitos señalados.

Salazar (2021), señala que entre las funciones del Fiscal están las de realizar las investigaciones e imputaciones pertinentes. Cuando entra en función el Sistema Penal Acusatorio en Panamá, siendo este uno de los últimos países de la región en implementarlo, este estaba acompañado de diferentes cambios en la estructura organizativa. El Ministerio Público tenía que ser reformado en su estructura y adaptarse a las nuevas exigencias del renovado Sistema Penal. Se integran modernos conceptos metodológicos que permiten conocer el tratamiento de los conflictos penales.

• Funciones del fiscal

Ruiz (2022), señala que las funciones del fiscal son:

- Elegir casos en función de las circunstancias que presenten, basándose en su significado e importancia pública. En este caso se aplica el criterio de Oportunidad.
- Derivar las causas para la mediación y avenencia, para aplicar el acuerdo de acuerdo a la aceptación de cargos, y al grado de colaboración, de esta manera puede emplear los procedimientos simplificados que posibilitan la reducción de los plazos.
- Denegar las acusaciones cuando estime que el hecho en cuestión no constituye

una falta grave. Debe organizar los documentos de los procesos cuando no exista evidencia suficiente para dar con el supuesto responsable.

- Hacer la petición frente al Juez de Garantías, de la extensión del plazo de indagación.

Metodología de la investigación

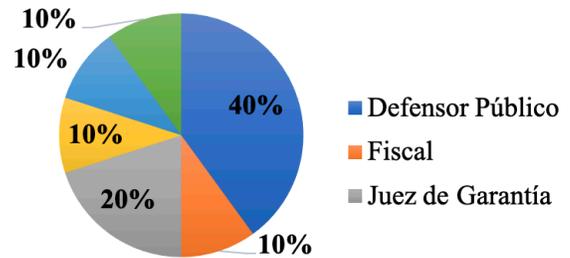
El tipo de investigación que desarrollamos es descriptivo, no experimental y se utiliza una encuesta tipo linker para obtener los resultados que se presentan en forma de gráficas.

Los participantes de esta investigación son el personal que trabaja en el Sistema Penal Acusatorio de Santiago de Veraguas, el cual pertenece al Segundo Distrito Judicial. Además de los otros funcionarios que intervienen en el proceso judicial; seleccionando una muestra significativa para lograr los objetivos que nos hemos planteado. Para el desarrollo de esta investigación, se presentará una muestra específica a partir de la población seleccionada para el estudio. El tamaño de la muestra total de personas encuestadas es 10 y serían considerando los individuos involucrados en el tema estos fueron seleccionados mediante un muestreo no probabilístico de tipo conveniencia, como funcionarios que intervienen en el proceso que se desarrolla en el Sistema Penal Acusatorio de Santiago, así como también los ciudadanos comunes mayores de 25 años, pertenecientes al distrito cabecera de Santiago, por lo tanto, la muestra se distribuye así; cuatro Defensores Públicos, un Fiscal, dos Jueces de Garantía, un policía, una víctima y un Imputado.

Resultados

Figura 1

Cargo que ejerce en el SPA.

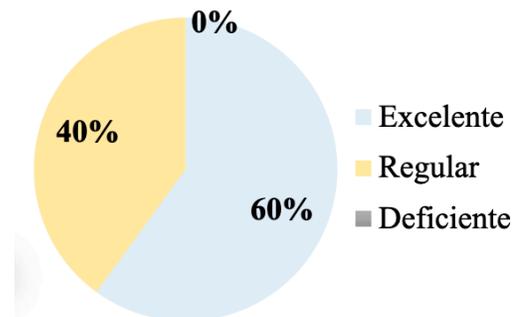


Fuente: Peñalba (2023).

La figura muestra las cifras de los cargos que ejercen los encuestados en el SPA. Donde el 40% indica que es defensor público; el 20% juez de garantías y el 10%, fiscal, policía, víctima e imputado. Se observa una distribución equitativa entre los actores en el proceso penal.

Figura 2

Evaluación de los procedimientos penales.

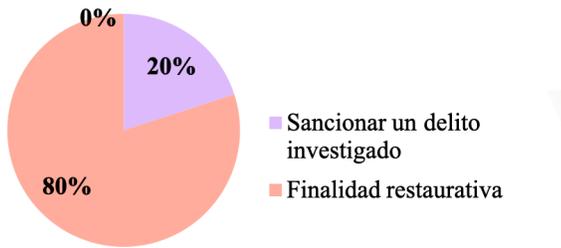


Fuente: Peñalba (2023)

En el análisis de los procedimientos penales, se puede constatar que un porcentaje del 60% indica que es excelente; mientras que el 40% es regular. La aplicación de medidas penales, los datos obtenidos corroboran que poseen una perspectiva positiva del sistema, lo cual ha permitido agilizar los procesos y otorgar mayor protagonismo a los diferentes actores que integran dicho sistema.

Figura 3

Señale que se busca en un proceso penal.



Fuente: Peñalba (2023)

En cuanto al propósito principal del proceso penal, el 80% de los encuestados respondieron que es la finalidad restaurativa; mientras que el 20% indicaron que se pretende sancionar un delito investigado. Esta perspectiva alternativa utilizada en este nuevo sistema tiene como objetivo que se reparen los daños; este proceso involucra a los individuos en su rol activo de acusado, se encargue y acepte reparar lo que proviene de la víctima o defensa. Esto es, el propósito principal de este nuevo sistema es resolver los conflictos de una manera más rápida y, a la vez, reparar el daño.

Figura 4

Deficiencias en la implementación de los nuevos los procedimientos penales.



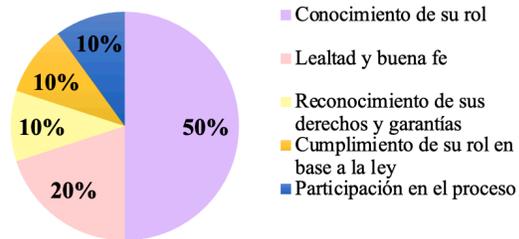
Fuente: Peñalba (2023)

Se observa, un 50%, que la principal deficiencia que se presenta en el nuevo proceso penal es que existe intervención externa y económica.

El 30% que se vulneran los derechos y un 20% que no hay transparencia. A pesar de su efectividad, aún existen deficiencias que requieren de reestructuración, y la influencia externa genera fallas en el proceso

Figura 5

Importancia de los actores en el cumplimiento de los procedimientos penales.

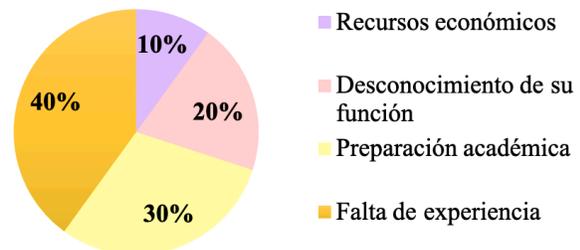


Fuente: Peñalba (2023)

Los participantes señalan que, para un óptimo desempeño en el cumplimiento de los procesos penales, el 50% respondió que es necesario que conozcan su rol en el proceso. Los actores cumplen un rol importante en los procesos penales, no obstante, se requiere conocer las funciones de sus interlocutores para que el proceso se realice de manera más transparente y efectiva.

Figura 6

Factores que influyen en el mal ejercicio del rol de los actores en los procesos actuales en el Sistema Penal Acusatorio.



Fuente: Peñalba (2023)

Según esta investigación, el ejercicio del rol en el nuevo proceso penal puede verse afectado por diversos factores. Un 40% señala que es por falta de experiencia y conocimiento; otro

30% indica que es por preparación académica; el 20% por desconocimiento de sus funciones y un 10% indica que es por falta de recursos económicos.

Conclusiones

Los participantes, por sus años de experiencia, aportaron una perspectiva específica acerca de la ejecución del nuevo procedimiento penal. A partir del análisis de cada respuesta, se distingue la perspectiva positiva de los procesos penales, ya que indican que estos son efectivos. En diversos ítems se evidencia una constante que exprese su eficacia. De esta manera, se concluye que la incorporación del proceso penal ha causado un cambio significativo en la forma en que se imparte justicia.

Como ya se ha mencionado, sobre la base de la perspectiva de los actores, se concluye que es un proceso efectivo, pero a su vez requiere de mejoras que reduzcan las limitaciones en cuanto a las arbitrariedades que se presentan actualmente, que muchas veces se deben, porque se aferran a sistema inquisitivo.

Cada persona tiene su punto de vista, pero en esta investigación se observa una concordancia en la respuesta, lo cual destaca la efectividad del mismo. La efectividad se describe mediante la llegada del juicio oral, donde el lapso para la imposición de la sentencia es reducido, lo que permite que el proceso se resuelva en menor tiempo. También se incorpora el juez de garantía, el respeto de los derechos de las partes, involucrar más a

la defensa en la investigación y los métodos alternos de resolución de conflictos que aportan a la comunicación y a la reparación de los daños.

Considerando la evidencia obtenida en la respuesta, se concluye que la relevancia recae en el buen desempeño de su rol en de los procesos penales. Los actores desempeñan un rol importante en los procesos penales, pero de acuerdo con estos datos, es necesario conocer bien sus funciones para que el proceso se realice de la manera más transparente y efectiva.

Se concluye que, debido a los factores que influyen en el mal desempeño del rol de los actores en los procesos y la falta de experiencia es un obstáculo en cualquier profesión, pero esto tiene un impacto negativo en todo el proceso, lo que dificulta que este sea transparente y que respete lo que impone la ley. Esta dificultad genera imparcialidad que impide la eficacia del proceso penal.

En resumen, se destaca que el conocimiento es fundamental, ya que garantiza el respaldo de los derechos y un proceso penal que proyecta igualdad, lo que implica confianza en la atribución de responsabilidades.

Referencias bibliográficas

- Andrade, E. (2022). Rol de la Víctima en el Proceso Penal Panameño. Boletín de Ciencias Penales. 35-47. <https://facderecho.up.ac.pa/sites/facderecho/files/2021-12/ROL%20DE%20V%C3%8DCTIMAS%20EN%20EL%20PROCESO%20PENAL%20PANAME%C3%91O.pdf>
- Código Procesal Penal, 2008. Ley 63 agosto, 28, 2008. 29 de agosto de 2008, (Panamá).
- Barría, I. (2021). El rol de la defensa en el Sistema Penal Acusatorio. Tema de panel presentado por el INED [Webinar en línea]. Tribunal Electoral: <https://www.tribunal-electoral.gob.pa/el-rol-de-la-defensa-en-el-sistema-penal-acusatorio-tema-de-panel-presentado-por-el-ined/>
- Carrasco, L. (2017). Los acuerdos entre el imputado y el Ministerio Público. *Sapientia*. 8, 6-20. <https://revistasapientia.organojudicial.gob.pa/index.php/sapientia/article/view/150/118>
- Cuestas, C. (2016). Los interdictos posesorios y la denuncia de obra nueva y obra ruinosa (aspectos procesales). *Sapientia*. 6–19. <https://revistasapientia.organojudicial.gob.pa/index.php/sapientia/article/view/93/65>
- González, H. (2018). El rol de la junta técnica penitenciaria, en la aplicación de los reemplazos de penas por el juez de cumplimiento en el sistema penal acusatorio. *Revista Cathedra*. 10, 11-28. <https://repositorio.umecit.edu.pa/bitstream/handle/001/4136/document%20%281%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Órgano Judicial. (26 de junio de 2013). División Territorial. <https://www.organojudicial.gob.pa/division-territorial>
- Rodríguez, J. (2021). La Participación Efectiva de la Víctima en el Procedimiento Penal Panameño. *Sapientia*. 10, 48–61. <https://revistasapientia.organojudicial.gob.pa/index.php/sapientia/article/view/234/180>
- Ruiz, J. (2022). El rol del Ministerio Público en el ámbito de la justicia civil, agraria, de familia, y de niñez y adolescencia. *Revista del Ministerio Público Doctora Aura Emérita Guerra de Villalaz*. 1, 7-29. <https://centroinvestigacionjuridica.up.ac.pa/sites/centroinvestigacionjuridica/files/2022-02/Revista-del-Ministerio-Publico-de-Panama-2022.pdf>
- Salazar, P. (2021). La imputación en el Sistema Penal Acusatorio. *Sapientia*. 7, 80–88. <https://revistasapientia.organojudicial.gob.pa/index.php/sapientia/article/view/145/115>
- Soletto, H. (2019). La reparación económica a la víctima en el sistema de justicia. Editorial Dykinson, S.L.

Luis Gabriel Peñalba Ríos

Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas, en el Centro Regional Universitario de Veraguas, 2011.

Maestría en Derecho con Énfasis en Derecho Procesal. Centro Regional Universitario de Veraguas, 2017.

Docente en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá, Centro Regional Universitario de Veraguas.

El principio de supletoriedad en la jurisdicción penal de adolescentes: problemática en su aplicación práctica

The principle of supplementation in the
criminal jurisdiction of adolescents:
problems in its practical application



Rafael Bernal Rodríguez

Defensor Público

rafael.bernal@organojudicial.gob.pa

<https://Orcid 0009-0008-8670-862X>

El principio de supletoriedad en la jurisdicción penal de adolescentes: problemática en su aplicación práctica

The principle of supplementation in the criminal jurisdiction of adolescents: problems in its practical application

Recibido: noviembre 2023

Aprobado: marzo 2023

Resumen

Es importante reflexionar sobre la actual situación del Régimen Especial de Responsabilidad Penal del Adolescente (RERPA) y, para ello, analizaremos diversas corrientes de pensamientos, materializadas tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, en relación al principio de supletoriedad dentro del proceso penal juvenil.

Al momento que el Juez Penal de Adolescentes le corresponde aplicar el principio de supletoriedad y acudir al Sistema Penal Acusatorio como norma supletoria, se va a encontrar una serie de incompatibilidades, como las que se detallarán en el presente trabajo, dejando al descubierto el quebrantamiento por acción u omisión de los derechos humanos de los adolescentes en conflicto con la ley penal.

De esta manera, se evidenciará la urgencia de una reforma procesal en la jurisdicción penal de adolescentes, al igual que la jurisdicción ordinaria en adultos. Esto implica la creación de un nuevo sistema penal juvenil de corte acusatorio que cumpla con las tendencias actuales en el respeto de los derechos humanos.

Abstract

It is important to reflect on the current situation of the Special Regime of Adolescent Criminal Responsibility (RERPA, in its acronym in Spanish language) in order to do this, we are going to analyze various current of thought materialized both in doctrine and in jurisprudence with reference to the principle of superiority within the juvenile criminal process.

At the moment when the Criminal Judge for Adolescents is responsible for applying the principle of supplementation and resorting to the Accusatory Criminal System as a supplementary norm, he will find a series of incompatibilities such as those we will detail in this document, exposing the breach by action or omission of the human rights of adolescents in conflict with criminal law.

In this way we are going to demonstrate the urgency of a procedural reform of the criminal jurisdiction of adolescents, just as ordinary adult jurisdiction implies the creation of a new accusatory juvenile criminal system that complies with current trends in respect for human rights.

Palabras Claves

Supletoriedad, Juez Penal de Adolescentes, Sistema de Juzgamiento Juvenil, Sistema acusatorio.

Keywords

Supplementary, Adolescent Criminal Judge, Juvenile Judgement System, Accusatory System.

Introducción

Desde la entrada en vigor de la Ley 40 (1999), que establece el Régimen Especial de Responsabilidad Penal para la Adolescencia, se ha acudido al Libro Tercero del Código Judicial, (1984), a fin de aplicar normas, sobre trámites o situaciones, no reguladas en dicho régimen conforme lo establece su artículo 14, “todas las materias afines que no se encuentren expresamente reguladas por este Régimen serán tratadas conforme lo establecen el Código Penal, el Código Judicial y el Código Procesal Penal cuando entre en vigencia.” (p.14). Haciendo la salvedad dicha norma, que las disposiciones aplicadas de forma supletoria no deben ser contrarias, ni menoscabar derechos y garantías.

Con la entrada en vigencia en todo el país del Código de Procedimiento Penal (2008), el cual también deroga las disposiciones del Libro Tercero del Código Judicial (1984), se aplicarán únicamente de manera supletoria las disposiciones del Código de Procedimiento Penal (2008) de corte acusatorio, a un Régimen Penal de Adolescentes de corte mixto inquisitivo, aunque garantista, lo que ha generado opiniones encontradas respecto a las normas a aplicar.

En este trabajo sustentaremos la incompatibilidad de ciertas disposiciones del nuevo sistema de procedimiento penal acusatorio con el sistema de Juzgamiento Juvenil, donde el primero de ellos se desarrolla meramente en oralidad contra el segundo que en su mayoría es escrito. Así como también estableceremos las limitantes del Juez Penal

de Adolescentes al momento de pretender aplicar en su totalidad normas del sistema acusatorio y para ello, analizaremos diversos pronunciamientos judiciales en la materia, dejando en evidencia la urgente necesidad de reforma procesal; pero antes de adentrarnos en el debate y tema central de discusión, se hace necesario distinguir el origen y características de ambos sistemas que los hace diferentes entre sí.

1. Sistema acusatorio, inquisitivo y mixto. Conceptos y diferencias

Según Langer (2014), “La doctrina y las autoridades europeas comenzaron a utilizar la categoría acusatoria para aludir al proceso penal anglosajón, y el término inquisitivo para referirse al proceso penal del Antiguo Régimen o de la Europa continental de ese momento” (p.7).

Es interesante puntualizar, que el proceso acusatorio es un sistema de juzgamiento adversarial cuyos casos se resolvían en audiencias orales, mientras en el proceso inquisitivo los casos se llevaban a cabo en un procedimiento escrito con reserva sumarial. En otras palabras, cada sistema asumía una forma distinta de recolectar, producir y evaluar la prueba para determinar la verdad en los casos concretos. En el caso de nuestra jurisdicción penal juvenil, la prueba se va produciendo a medida que se incorporan elementos de pruebas en un expediente escrito, mientras que en el sistema acusatorio la prueba se constituye como tal en un juicio oral, por lo que en las etapas anteriores solo constituyen elementos de conocimientos enunciados y aportados en

el debate a través de una carpetilla. Según Maier “la característica fundamental del enjuiciamiento acusatorio reside en la división de los poderes que se ejercen en el proceso” (como se citó en Araúz, 2002, p.38).

Ahora bien, tampoco pretendemos apresurarnos en categorizar el Régimen Especial de Responsabilidad Penal para la Adolescencia (RERPA) como un proceso meramente inquisitivo, ya que la ley en aquella época (1999), introdujo figuras novedosas y garantistas, como lo fue la asistencia letrada al adolescente en todos los actos que requieran su presencia o participación, el control jurisdiccional en la aplicación de la detención provisional, la prohibición de ser juzgado en ausencia, entre otras.

2. La supletoriedad en el Régimen Especial de Responsabilidad Penal para la Adolescencia y su aplicación práctica

Ya conceptualizados los sistemas de juzgamiento y establecidas sus características, indudablemente difieren entre sí. Aunado que, si se considera la filosofía de cada sistema, es difícil aplicar supletoriamente ciertas disposiciones del Código de Procedimiento Penal (2008) al Régimen Especial de Responsabilidad Penal para la Adolescencia (RERPA), pese a que dentro del contenido del referido artículo 14, queda expresamente establecido y permitido.

De esta manera surge el choque de posturas, al existir una corriente de pensamiento que se inclina en establecer que en la actualidad el **Régimen Especial de Responsabilidad Penal para la Adolescencia (RERPA)** se ha visto opacada ante las amplias garantías penales especiales que contempla el Código de Procedimiento Penal (2008).

Como explicamos en la primera parte

de este análisis, ambos sistemas en estudio tienen filosofías e ideologías que se excluyen entre sí, lo que imposibilita la aplicación en su totalidad del Sistema Acusatorio en la jurisdicción penal de adolescentes, ya que en este último solo se contempla la figura de un Juez unipersonal denominado Juez Penal de Adolescentes como primera instancia con un control vertical. Por su parte, el sistema acusatorio cuenta con Jueces de Garantías y un Tribunal Colegiado de Juicio como primera instancia con un control horizontal.

3. El Juez Penal de Adolescentes frente a la aplicación práctica del principio de supletoriedad

Sobre la improcedencia de convertir al Juez Penal de Adolescentes en un Súper Juez de Garantías dentro de un sistema con reglas de corte acusatorio, la Corte Suprema de Justicia (2017) establece que:

El Juez Penal de Adolescentes no puede ejercer las funciones señaladas para el Juez de Garantías en el Código de Procedimiento Penal, dado que estas funciones no se le han asignado por mandato legal.

A favor de esta interpretación opera lo dispuesto en el artículo 16 del Texto Único de la Ley 40 de 1999, denominado “Garantías Penales Especiales” que a continuación citamos:

Artículo 16. Garantías Penales Especiales. Además de los mencionados en el artículo anterior, los adolescentes y las adolescentes, en virtud de su condición de personas en desarrollo, tienen los siguientes derechos y garantías, consagrados en los siguientes principios:

- 1...
- 2...

6. Principio de la especialidad de la jurisdicción. A que no se les investigue ni juzgue por autoridades distintas a las que establece este Régimen... Además, en estricto cumplimiento del artículo 18 de la Constitución Nacional, no puede el Juez Penal de Adolescentes ejercer las funciones establecidas en el artículo 347 y 349 del Código de Procedimiento Penal ya que, según el citado artículo, los servidores públicos son responsables ante las autoridades por infracción de la Constitución o de la Ley, por extralimitación de funciones y por omisión en el ejercicio de éstas. (p.206)

Destacamos de la argumentación jurídica esbozada por la Corte Suprema, la prevalencia de garantías tales como el debido proceso, legalidad y juez natural. De igual forma, la posibilidad de incurrir en extralimitaciones del Juez Penal de Adolescentes en adoptar funciones distintas a las establecidas por ley. No obstante, aclaramos que esto tampoco impide que el Juez Penal de Adolescentes pueda ejercer controles permitidos por el RERPA, tales como el control de la medida cautelar de detención provisional en audiencia oral e incluso la adopción de acuerdos de pena, como lo plantea Hernández, (2022) al indicar que:

Consecuentemente fue preciso definir, si en la implementación de algunas figuras del nuevo modelo de justicia procesal en la justicia penal juvenil, entre ellas los acuerdos de pena, se podía asegurar primordialmente el referido interés superior del menor, lo que junto a los principios de oralidad, inmediatez, concentración, objetividad, constitucionalización del

proceso, contradicción, separación de funciones, y prontitud, entre otros principios, reglas y garantías, pudiesen asegurar en mayor medida el ejercicio y disfrute de los derechos de la niñez. Y la respuesta a ello, ha sido hasta el momento satisfactoria, al ser este nuevo sistema procesal mucho más expedito y sobre todo cercano, dentro de los plazos razonables ya que los términos son más cortos que los regulados en la Ley 40 (1999), prevaleciendo el respeto de los derechos humanos. (p.33).

Mientras que, en España, sobre la adopción de este mecanismo alterno de solución de conflictos, Montero (2022), señala: “muchos autores debaten si la implementación del mecanismo de la conformidad resulta compatible tanto con los fines del proceso penal que caracterizan esta jurisdicción como la función educativa, pedagógica y de reintegración social que caracteriza el castigo juvenil” (p. 198).

4. Afectación del derecho al recurso del adolescente

Antes acudíamos de manera supletoria a disposiciones del Libro Tercero del Código Judicial (1984) en materia recursiva, pues el RERPA de manera expresa señala que los recursos se tramitarán de acuerdo con lo que establece el referido texto legal. Como consecuencia, una vez derogada esta norma supletoria, se ha visto la necesidad de aplicar disposiciones del actual Código de Procedimiento Penal (2008) cuyo trámite es totalmente distinto e incompatible con el proceso penal juvenil. Por ejemplo, el catálogo de resoluciones apelables que contempla el RERPA es totalmente distinto al catálogo de resoluciones que contempla el citado código. Mientras que la formalización del primero es

por escrito contra una resolución escrita, el segundo se formaliza y argumenta oralmente contra decisiones o resoluciones adoptadas en oralidad.

Considerando lo anterior, debemos suponer que la sentencia de primera instancia emitida por el Juez Penal de Adolescentes conforme a la ley es susceptible del recurso de apelación, cuyo objeto es examinar el fondo y sobre todo revisar la valoración probatoria del juez A quo, donde el Tribunal de Alzada tiene la opción de confirmar, reformar e incluso revocar la decisión adoptada por medio de otra resolución con una valoración probatoria distinta. Mientras que el examen de la correcta o no valoración de pruebas en el Código de Procedimiento Penal (2008) es a través del recurso de anulación, que tiene por objeto la anulación de un juicio, acción recursiva, esta que no contempla el RERPA.

Es un hecho cierto que la mayor violación al derecho de impugnación del adolescente, la vamos a encontrar en el Recurso de Casación. En el supuesto que el Tribunal Superior de Niñez y Adolescencia al resolver la apelación incoada incurra en errores probatorios como lo son: el error de hecho en cuanto a la existencia de la prueba y error de derecho en cuanto a la apreciación de la prueba, como establece Fábrega (2011) “el elemento probatorio se examina, se toma en cuenta, se analiza, pero no se le atribuye el valor, la eficacia probatoria, que conforme a la ley le corresponde o se le atribuye un valor probatorio que no le corresponde” (p.177), estas eran causales de casación conforme el Código Judicial (1984). Entonces, si bajo la regla de supletoriedad del RERPA, pretendiéramos entonces aplicar disposiciones del Código de Procedimiento Penal (2008) en cuanto a dicho recurso, nos daríamos cuenta de que ninguna de las tres casuales corresponden a valoración

probatoria. Pues como ya bien expusimos, las causales probatorias en el sistema acusatorio panameño las encontramos en el recurso de anulación, quedando así el adolescente, sin mecanismos de impugnación efectivos, lo que también conllevaría un menoscabo a su derecho de recurrir del fallo que, según la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2013), “adquiere una relevancia especial tratándose de la determinación de los derechos de los niños, particularmente, cuando han sido condenados a penas privativas de libertad por la comisión de delitos.” (p.85).

Sobre la realización de audiencia de argumentación oral de apelación, la Corte Suprema de Justicia (2020), bajo ponencia de la Magistrada Angela Russo de Cedeño, señaló que:

De allí queda claro que la autoridad demandada de ninguna manera puede mantenerse reticente y desconocer el procedimiento fijado en la ley, en detrimento de las garantías procesales que les asiste a las partes, lo que incide en la igualdad de oportunidades para hacer valer sus derechos, frente al proceso penal de las personas mayores de edad, puntualmente en esta causa, la de argumentación, en ejercicio de la bilateralidad. (p.6)

5. Necesidad urgente de reforma procesal penal de adolescentes

Según (Binder, 2017),

Todo ciudadano tiene derecho a que no se le imponga una pena sin juicio previo, y juicio no es cualquier trámite sino la estructura (conjuntos de formas vinculadas a los actos, sujetos, tiempo, espacio, coerción y caso) que sostiene la imparcialidad, la

contradicción y la publicidad p.267).

Por tanto, se hace necesario un procedimiento penal para los adolescentes que sea un traje a la medida de sus necesidades, realidades y con una normativa especializada acorde a los instrumentos internacionales.

El presente trabajo no trata de desmeritar el criterio de una urgencia o necesidad de aplicar un proceso más ágil, moderno, participativo, adversarial y proactivo en la jurisdicción penal de adolescentes; características que opacan en efecto al ya obsoleto RERPA. Sin embargo, dicho proceso debe ser adoptado a través de una ley.

Resaltamos la iniciativa que hoy en día ha asumido el Órgano Judicial al presentar el anteproyecto de ley que adopta el Código Procesal Penal de Adolescentes. Este proyecto promueve un enfoque acusatorio en el procedimiento, con principios, reglas y garantías bien conocidos y efectivos, tales como la oralidad, la separación de funciones, contradicción y el control judicial de los actos de investigación, entre otros. Estos principios, junto con el interés superior y la protección integral de la persona adolescente, brindan un trato diferenciado conforme a los estándares internacionales en materia de juzgamiento penal juvenil.

Para Langer (2014) “En vez de comenzar por preguntarnos cuál de los sistemas es

normativamente superior al otro, convendría plantearnos cuáles deberían ser los principios y fines del proceso penal, y luego discutir cuál sería la mejor forma de implementarlos en jurisdicciones específicas” (p.26). Sobre la base de este planteamiento, indudablemente no podemos juzgar a un adolescente con las mismas reglas de un adulto, puesto que ambas jurisdicciones como medio para aplicar penas tienen fines distintos y excluyentes.

Por lo tanto, conforme al principio de especialización, se requiere el establecimiento de un sistema de justicia especializado en todas las fases del proceso y durante la ejecución de las medidas o sanciones que, eventualmente, se apliquen a los menores de edad que hayan cometido delitos y que, conforme a la legislación interna, sean imputables. Ello involucra tanto a la legislación o marco jurídico como a las instituciones y actores estatales especializados en justicia penal juvenil. (Corte, IDH, 2013, p.53).

El proceso penal juvenil está orientado a la aplicación de penas con objetivos primordialmente educativos; mientras que el proceso penal ordinario, tal como lo detalla Meini (2012) “la pena persigue funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al sentenciado. Estos cinco fines se complementan mutuamente y logran legitimar la pena” (p.21).

Conclusiones

La supletoriedad en la jurisdicción penal de adolescentes se aplica cuando en las materias afines que no se encuentren expresamente reguladas por este régimen, se tratarán conforme lo establecen el Código Penal y el Código Procesal Penal.

Una vez que se han derogado en su totalidad las disposiciones del libro tercero del Código Judicial, en caso de supletoriedad, hay que acudir a las disposiciones del Código de Procedimiento Penal definido como un sistema acusatorio.

El régimen especial de responsabilidad penal de adolescentes se define como un sistema mixto inquisitivo con ciertas características garantistas, por lo que al aplicar disposiciones del sistema acusatorio genera dificultades en su aplicación total.

El Juez Penal de Adolescentes, si bien es cierto, debe ser el garante de los derechos del adolescente, su actuar debe estar acorde a sus funciones y competencias determinadas en la Ley 40 (1999).

Se hace necesario y urgente una reforma procesal integral en la jurisdicción penal de adolescentes, a través de un nuevo sistema garantista de corte acusatorio, que sea compatible con las normas complementarias en caso de aplicar la supletoriedad.

El Órgano Judicial a través de una comisión de reformas a la Ley 40 (1999) en diciembre pasado culminó la elaboración, y presentó el anteproyecto de ley que adopta el Código Procesal Penal de la adolescencia de la República de Panamá, con el propósito de llevar a cabo una reforma integral en el sistema de juzgamiento penal juvenil.

Referencias bibliográficas

- Araúz, M. (2002). El nuevo Código Procesal Penal: Del proceso Inquisitivo al proceso Acusatorio. *Revista de Derecho*, 1, 35-52. <https://revistasnicaragua.cnu.edu.ni/index.php/revderecho/article/view/616>
- Binder, A. (2017). Derecho Procesal Penal: Teoría de las formas procesales. Actos inválidos. Nulidades. Ad-Hoc
- Código Procesal Penal, 2008. Ley 63 agosto 28, 2008. 29 de agosto de 2008, (Panamá).
- Código Judicial, 1984. Ley 29 octubre 25, 1984. 6 de diciembre de 1984, (Panamá).
- Corte IDH, Caso Mendoza y otros vs. Argentina, (Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones), Sentencia de 14 de mayo de 2013, Serie C No. 260
- Corte Suprema de Justicia. Pleno. Proceso 113-17 (M.P. Abel Augusto Zamorano; mayo 10 de 2017).
- Corte Suprema de Justicia. Pleno. Proceso 313-2020 (M.P. Angela Russo de Cedeño; septiembre 3 de 2020).
- Fábrega, J. (2011). Recursos Judiciales: reconsideración, apelación, apelación en subsidio, reforma, de hecho, casación, revisión. Editorial Portobelo.
- Hernández, L. (2022). Impacto de los acuerdos de pena en los procesos penales juveniles de Panamá Oeste. *Sapientia*, 13(2), 26–38. <https://doi.org/10.54138/27107566.360>
- Langer, M. (2014). La Larga Sombra de las Categorías Acusatorio-Inquisitivo. *Revista de Derecho Público*, 32, 1-34. <http://dx.doi.org/10.15425/redepub.32.2014.18>
- Ley 40, 1999. Que Regula el Régimen Especial de Responsabilidad Penal para la Adolescencia. Gaceta N°. 23874 (Panamá)
- Meini, I. (2012). Teoría jurídica del delito en el Sistema Penal Acusatorio panameño. Editora Novo Art.
- Montero, A. (2022). La conformidad en la jurisdicción de menores. *Revista InDret*, 1.2023, 195-223. <https://indret.com/wp-content/uploads/2023/01/1751.pdf>
- Órgano Judicial (2024). Anteproyecto de ley que adopta el Código Procesal Penal de la Adolescencia de la República de Panamá. <https://www.organojudicial.gob.pa/uploads/blogs.dir/1/2024/01/406/anteproyecto-de-ley-que-adopta-el-codigo-procesal-penal-de-la-adolescencia-panama.pdf>
- <https://www.organojudicial.gob.pa/uploads/blogs.dir/1/2024/01/406/anteproyecto-de-ley-que-adopta-el-codigo-procesal-penal-de-la-adolescencia-panama.pdf>

Rafael Bernal Rodríguez

Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Autónoma de Chiriquí.

Poseo una especialización en Derecho Penal y otra en Derechos Humanos, ambas de la Universidad Autónoma de Chiriquí.

Con título de maestría en Derecho Penal Acusatorio de la Universidad Especializada

de las Américas y postgrado en Derecho Procesal Penal con mención en los principios Constitucionales que fundamentan el Sistema Acusatorio en el INEJ.

Actualmente soy Coordinador Circuital y Defensor Público en la provincia de Bocas del Toro.

Implementación de medidas cautelares innominadas en el proceso contencioso administrativo en Panamá

Implementation of unnamed precautionary
measures in the contentious administrative
process in Panama



Eduardo Vargas Reyes

Juez Cuarto Municipal de Familia del Distrito de Panamá

eduardo.vargas@organojudicial.gob.pa

<https://orcid.org/0009-0005-6102-7033>

Implementación de medidas cautelares innominadas en el proceso contencioso administrativo en Panamá

Implementation of unnamed precautionary measures in the contentious administrative process in Panama

Recibido: agosto 2023

Aprobado: marzo 2024

Resumen

El proceso contencioso administrativo en Panamá tiene su génesis a partir de una normativa especial con la implementación de la Ley 135 (1943), misma que instituyó la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, regulándose así lo que constituía el procedimiento gubernativo y luego el procedimiento de control judicial de los llamados actos administrativos, este último concepto sobre el cuál básicamente se centra el marco de acción del control de legalidad en gran parte de nuestros países de Latinoamérica y por ende de Panamá.

Desde ese entonces y mediando tan sólo una modificación de esta ley en el transcurso de 80 años hasta nuestros días, este procedimiento contencioso administrativo solo contempla la suspensión del acto administrativo como única medida cautelar a fin de evitar que ante el grave riesgo que involucre o denote a los derechos subjetivos o intereses legítimos de alguna de las partes involucradas en un proceso de contencioso administrativo, puedan verse estos en serio riesgo al momento de resolver la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia el fondo, haciendo que resulte ya para los efectos prácticos, un fallo ilusorio. De modo que no siempre la suspensión de los efectos del acto administrativo agota este propósito tuitivo, surgiendo la interrogante sobre la viabilidad de la aplicación de medidas que la doctrina y el derecho comparado identifica como innominadas y en caso afirmativo bajo qué parámetros o circunstancias.

Abstract

Administrative process in Panama has its genesis from a special regulation with the implementation of Law 135 (1943), which established the Contentious Administrative Jurisdiction, thus regulating what constituted the governmental procedure and then the procedure of judicial control of the so-called administrative acts, this last concept on which the legality control action framework is basically focused in a large part of our Latin American countries and therefore of Panama.

Since then, and with only one modification of this law in the course of 80 years to the present day, this contentious-administrative procedure only contemplates the suspension of the administrative act as the only precautionary measure in order to avoid that in the face of the serious risk that it involves or denotes to the subjective rights or legitimate interests of any of the parties involved in a contentious-administrative process, these may be at serious risk when the Third Chamber of the Supreme Court of Justice resolves the merits, making it already for practical purposes, an illusory failure. Therefore, the suspension of the effects of the administrative act does not always

exhaust this protective purpose, raising the question about the feasibility of applying measures that doctrine and comparative law identify as unnamed and, if so, under what parameters or circumstances.

Plabras Claves

Selección, reclutamiento, test psicométricos, carrera judicial, perfil.

Key words

Selection, recruitment, psychometric test, judicial career, profile.

Introducción

Dentro de este ensayo se pretende realizar un análisis del alcance e importancia de las medidas cautelares dentro del proceso contencioso administrativo panameño, desde la perspectiva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, precisando si entorno a ella resulta suficiente la aplicación única y taxativa de la suspensión de los efectos del acto administrativo regente en nuestro ordenamiento jurídico y/o en su defecto, qué factores justificarían la necesidad de su ampliación en un sistema innominado.

Entorno al propósito encomendado es nuestro interés indagar en las condiciones que propicien una mayor protección de los derechos subjetivos, colectivos e intereses legítimos, que pueden verse afectados dentro del trámite de un proceso contencioso administrativo panameño hasta su resolución, siendo preponderante en ese sentido el régimen cautelar aplicable de la manera más favorable y amplia.

Bajo este enfoque nuestra investigación se expone a través de cuatro apartados, partiendo con un estudio de las particularidades del sistema cautelar aplicable en el proceso contencioso administrativo panameño, su análisis legal, concepto y aplicación en concreto.

En el segundo apartado analizaremos la relación directa existente entre la aplicación de

medidas cautelares y el principio constitucional y convencional de la tutela judicial efectiva de los derechos particulares que consagra el ordenamiento jurídico, evitando que el concepto de justicia sea ilusorio.

Seguidamente, en el tercer apartado procederemos a contrastar los argumentos que describimos como fundamento para la aplicación de la tutela cautelar en los procesos contenciosos administrativos en general, en un análisis crítico trasladado a la funcionalidad práctica de la suspensión de los efectos del acto administrativo como única medida cautelar existente en el control administrativo jurisdiccional en Panamá.

Por último, en el cuarto apartado el lector podrá apreciar de qué manera se ha dado la regulación del sistema cautelar en los procesos contenciosos administrativos de otras latitudes, en específico en Nicaragua, Colombia y España, a fin de observar compatibilidades, diferencias y criterios de mejora en el ordenamiento jurídico panameño.

1. Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo panameño

1.1 Concepto de medida cautelar

El ordenamiento jurídico panameño no contempla una definición expresa de lo que constituyen las medidas cautelares y su aplicación al proceso judicial, ello no se prevé

ni a groso modo en las normas adjetivas o procesales generales, ni mucho menos en las disposiciones que rigen de forma especial el proceso contencioso administrativo a través de la Ley 135 (1943) con sus respectivas modificaciones a través de la Ley 33 (1946)

Conforme a esta premisa, el Código Judicial (2015), se limita en definir en concreto el propósito de una de las medidas cautelares más comunes en concreto, que es el secuestro, al señalar en su artículo 533 lo siguiente:

Para evitar que el proceso sea ilusorio en sus efectos y que la parte demandada trasponga, enajene, oculte, empeore, grave o disipe los bienes muebles o inmuebles que posea, el demandante podrá pedir, antes de presentada la demanda o después de presentada, en cualquier estado del proceso ya sea ordinario o especial, el depósito de ellos en manos de un depositario que nombrará el tribunal. (p. 118)

En tanto que la Ley 135 (1943) solo se limita a enunciar en su artículo 73, bajo un apartado en específico identificado como Capítulo V De la Suspensión Provisional, al desarrollar la facultad con que cuenta el Pleno de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo para suspender los efectos de un acto, resolución o disposición, si a su juicio, ello es necesario para evitar un perjuicio notoriamente grave, cuya aplicación desarrollaremos de manera más profunda en el curso de este trabajo investigativo, pero como podemos apreciar a simple vista deja entrever una de las características comunes de las medidas cautelares, que es la urgencia de su aplicación ante el riesgo de un perjuicio notoriamente grave.

Por ende, nos valemos a priori señalar

el concepto que dispone el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico (2023) al respecto, al señalar que se trata de:

Instrumento procesal de carácter precautorio que adopta el órgano jurisdiccional, de oficio o a solicitud de las partes, con el fin de garantizar la efectividad de la decisión judicial mediante la conservación, prevención o aseguramiento de los derechos e intereses que corresponde dilucidar en el proceso.

Para hacer más entendible este concepto en su amplia connotación expuesta debemos partir del objeto del proceso, el cual es fungir como instrumento o vía de reconocimiento de los derechos consignados en la ley sustancial, de modo que pueden darse situaciones en el curso del mismo, en donde pese al cumplimiento de todos los aspectos integrantes de la garantía del debido proceso, derivando precisamente en el reconocimiento del derecho controvertido, no se logra que el mismo en la práctica pueda ser disfrutado o ejercido por diversas razones ajenas a la voluntad del juzgador, surgiendo en estos casos la necesidad emergente de la denominada tutela cautelar.

Cuando hablamos de tutela cautelar, nos estamos refiriendo a la garantía de los resultados de un proceso judicial, es decir que se persiga que el proceso no sea ilusorio en su propósito de tutelar los derechos susceptibles de afectación, mientras se resuelve el fondo del mismo y su procedencia. En ese sentido cuando se describe el concepto de medidas cautelares, siempre está la noción que debe encaminarse a la tutela de derechos en concreto en el proceso y en este caso en particular enfocado también a los intereses en juego dentro del proceso contencioso administrativo, ante la posibilidad de que los actos emanados

por la administración pública impliquen la necesidad de adoptar medidas provisionales de protección ante la posible vulneración de derechos en el plazo de su resolución.

1.2. Análisis legal

Como indicamos en el apartado anterior, no se encuentra una definición expresa en la Ley 135 (1943), modificada por la Ley 33 (1946) acerca del concepto de medida cautelar aplicado de forma expresa al proceso contencioso administrativo, centrándose a establecer taxativamente la suspensión provisional del acto, resolución o disposición administrativa como única medida regulada al respecto en el proceso contencioso administrativo panameño, es decir desde el punto de vista doctrinal se trata de un sistema cautelar nominado.

El criterio legal sostenido es que se trata de la única medida cautela aplicable en el proceso contencioso administrativo, una especie de medida sui géneris o general aplicable a todo tipo de situaciones, sin adentrarse en las particularidades que reviste o motiva el actuar ante la Sala y la naturaleza de los derechos e intereses legítimos en juego.

Tampoco se desarrollan los requisitos de acceso a la medida o si se trata de una medida que puede ser decretada de oficio por la Sala Tercera o se trata de un actuar a petición de parte de forma exclusiva, en qué acciones ventiladas en la entidad jurisdiccional es viable y en cuáles no, centrándose en señalar en qué situaciones puntuales no procede la misma, cuando en el artículo 74 de la Ley 135 (1943) dispone que:

No habrá lugar a suspensión provisional en los siguientes casos:

1. En las acciones referentes

a cambios, remociones, suspensión o retiro en el personal administrativo, salvo los casos desempleados nombrados por períodos fijos;

2. En las acciones sobre monto, atribución o pago de impuestos, contribuciones o tasas;
3. Cuando la acción principal está prescrita;
4. Cuando la ley expresamente lo dispone (p. 5).

No obstante, resulta muy importante para suplir estos vacíos de la ley especial, lo que la norma procesal general puede añadir, en virtud del contenido de la Ley 135 (1943), al acotar: Artículo 57-C.

Los vacíos en esta Ley se llenarán por las disposiciones del Código Judicial y las leyes que lo adicionen y reformen en cuanto sean compatibles con la naturaleza de los juicios y actuaciones que corresponden a la jurisdicción contencioso administrativa, así como las interpretaciones y aplicaciones prácticas que ha realizado la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo (p. 3).

Ahora bien, en cuanto a la procedencia de la medida cautelar nominada en sí, es decir la suspensión de los efectos del acto, disposición o resolución atacada de ilegal ante la Sala Tercera, aun cuando taxativamente no se enuncie en el precitado cuerpo normativo en su artículo 73, son los que se aprecian regularmente ante las medidas cautelares en general, desarrollados tanto doctrinal, como jurisprudencialmente, siendo estos la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), el peligro en la demora (*periculum in mora*) los cuales pasamos a exponer.

1.3. Requisitos de procedencia de las medidas cautelares

1.3.1 La apariencia de buen derecho (fumus boni iuris) o verosimilitud de derecho

En este supuesto, se trata de verificar un análisis anticipado del aparato jurisdiccional, acorde a la motivación que le otorgue el actor con relación a las particularidades de la actuación de la administración cuya ilicitud se pretende impugnar, en donde se dé como resultado una aparente violación al ordenamiento jurídico, apreciable a pesar de darse a priori en una fase incipiente en el trámite del proceso.

La jurisprudencia nacional ha reiterado en cuanto a este presupuesto, que significa que del acto administrativo impugnado se debe vislumbrar a primera vista una violación clara, manifiesta o notoria al ordenamiento jurídico.

En el derecho comparado también se utiliza como sinónimo a la apariencia de buen derecho, la denominada verosimilitud de derecho, según Ledesma:

La comprobación de la apariencia del derecho invocado, de modo que, según el cálculo de probabilidades, exista una real posibilidad de la certeza de la pretensión.

En ese sentido, continúa la autora señalando que, no es necesario "... un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino solo en grado aceptable de verosimilitud, como la probabilidad de que este exista, y no como una incuestionable realidad que solo se logrará al agotarse el trámite (Como se citó en Miranda, 2018, p. 24).

1.3.2. El peligro en la demora (periculum in mora)

Sobre este presupuesto es menester acreditar la condición de urgencia en la

adopción de la medida cautelar, en nuestra normativa especial la necesidad de suspensión de los efectos del acto administrativo cuya ilicitud se invoca.

En este punto consideramos importante agregar la preponderancia de la argumentación jurídica en conexión con los aspectos puntuales de la actuación de la administración pública, que dejen entrever a prima facie esta verosimilitud del derecho invocado y la vulneración del ordenamiento jurídico, si se trata de una acción contenciosa administrativa de nulidad, mientras que cuando se trata de derechos subjetivos en juego con su subsiguiente reparación, debe incorporarse prueba sumaria que haga palmariamente evidente esta afección con nexo causal al acto atacado.

En ese orden de ideas la Sala Tercera vía jurisprudencial ha sostenido la importancia de la prueba sumaria, a fin de determinar la urgencia en la adopción de la medida cautelar, por lo que nos valemos citar el siguiente extracto jurisprudencial:

Respecto del "periculum in mora", la Sala es de la opinión que el recurrente tampoco ha demostrado los graves perjuicios que se derivan del acto acusado, al no aportar elementos que le permitan a este Tribunal Colegiado, determinar la existencia de una aparente infracción al ordenamiento jurídico y una prueba fehaciente del perjuicio notoriamente grave que pueda sufrir el demandante, por lo tanto, no es procedente decretar en este momento la medida cautelar solicitada, bajo la salvedad que esta resolución en nada supone un fallo de fondo sobre la pretensión de ilegalidad solicitada, decisión que será proferida

una vez agotadas las etapas procesales correspondientes. (Corte Suprema de Justicia, 2021)

Conforme a estos criterios coincidimos con la conclusión de Miranda (2018), cuando asevera que:

El peligro en la demora o la urgencia de adoptar la medida cautelar, previo a la ejecución de la sentencia de fondo, una vez agotadas las etapas procesales correspondientes, es lo que constituye el fundamento principal para su adopción y garantizar así la efectividad de lo que se resuelva (p. 24).

1.4 Viabilidad de medidas cautelares de forma supletoria a la ley contenciosa administrativa panameña

No existe duda alguna acerca de la taxatividad de la suspensión de los efectos del acto administrativo, como única medida cautelar nominada contemplada en la jurisdicción contenciosa nacional; sin embargo, podría colegirse que a razón de la ya referida Ley 135 (1943) artículo 57C, que contempla el carácter supletorio de las disposiciones procesales contenidas en el Código Judicial (2015), con relación a los vacíos que mantenga dicha norma especial en cuanto a procedimiento se refiere, siempre y cuando no sean contrarias a la naturaleza de los negocios que se tramitan en la jurisdicción contenciosa administrativa.

Al respecto el precitado cuerpo normativo procesal, regula en su Libro Segundo, Capítulo Segundo, el apartado referente a las medidas cautelares en el procedimiento civil, dentro de cuyas particularidades se encuentran los mismos presupuestos de accesibilidad antes detallados, la necesidad de caución previa a

su práctica a fin de garantizar la reparación ante posibles daños y perjuicios derivadas de esta, mientras se reconoce el derecho en litigio, su tramitación a instancia de parte, susceptibilidad de sustitución de bienes objeto de la medida, ya sea de oficio o a petición de partes, de considerarse que con la aplicación en concreto se podrían suscitar perjuicios graves e innecesarios a la parte afectada, la tramitación inoída parte e incluso la posibilidad de incrementarse la caución requerida a priori, con relación al valor del bien objeto de la medida, entre otras características.

Como modalidades de medidas cautelares contempladas en cuerpo normativo antes señalado, se regula el secuestro, suspender cualquiera transacción, negociación, innovación, transformación, operación u obra respecto de la cosa que es objeto de la demanda, que pueda perjudicar su derecho y en su momento antes de su derogación, las medidas conservatorias o de protección general, que se trata de un género de toda aquella medida que se ajuste a asegurar la efectividad de las decisiones de fondo, esta última que permitiría la adopción de instrumentos de tutela cautelar que en mayor manera garanticen este propósito.

Sobre el análisis que requiere la aplicabilidad de la norma supletoria que refiere la Ley 135 (1943), artículo 57-C, podríamos externar la imposibilidad de aplicar la medida de secuestro en el contencioso administrativo, pues por mandato constitucional los bienes de propiedad del estado son inembargables y no son susceptibles de apropiación privada, en tanto que el objeto de la suspensión de los efectos del acto administrativo pareciera asimilarse a lo que regula para efectos civiles el Código Judicial, salvando semejanza alguna en cuanto a su tramitación, quedando en el tapete ventilar si la supletoriedad podría invocarse acerca de la tramitación de las

denominadas medidas conservatorias.

La respuesta a la interrogante anterior por la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo ha sido tajante y reiterada, valiéndonos citar los siguientes extractos jurisprudenciales:

De otro sentido, la solicitud de inscripción de la demanda cuando esta pueda afectar el dominio o derecho reales sobre bienes inmuebles, no resulta ser un mandato procedimental que pueda, conforme a nuestra legislación ser aplicado; ya que no existe en nuestro derecho positivo, siendo que la jurisdicción contencioso administrativa panameña cuenta con una función cautelar típica de tipo específica y no genérica, por cuanto ella determina claramente cuál es la acción cautelar que puede adoptarse en el proceso y no así, se otorga la potestad de hacer uso de otras no prevista en la ley, como son llamadas las medidas cautelares innominadas o genéricas. (Corte Suprema de Justicia, 2015)

La Ley de lo Contencioso Administrativo, con base al artículo 57-C permite que sus vacíos puedan ser complementados por las normas generales del Código Judicial y las leyes que lo adicionen y reformen; no obstante, no debe perderse de vista que las normas que no le sean compatibles, pues, bajo ningún motivo podrán ser aplicadas. Vale advertir, que en lo que respecta a medidas cautelares la legislación de lo contencioso administrativo no se encuentra desamparada ya que su artículo 73 dispone taxativamente lo referente a la suspensión provisional; de allí que, a fin de lograr proteger o asegurar los

efectos que se advierten amenazados con el acto presuntamente ilegal o arbitrario lo procedente es solicitar la suspensión provisional, -que es una acción de tutela cautelar-, para que así, de haber mérito suficiente la Sala declare tal suspensión. (Corte Suprema de Justicia, 2007)

Como podemos apreciar en los supracitados extractos jurisprudenciales, se nos deja expuesto el tipo de medida específica que contiene nuestro proceso contencioso administrativo en materia cautelar, la cual elimina cualquier posibilidad de aplicación genérica e innominada, ajena a la suspensión de los efectos del acto administrativo.

2. La importancia de las medidas cautelares en el ejercicio del derecho humano al acceso de la tutela judicial efectiva

2.1 Alcance de la figura de la tutela judicial efectiva

El concepto de tutela judicial efectiva, de amplio estudio doctrinal en materia de protección de los derechos humanos, no puede ser concebido como un mero término jurídico o arquetipo legal, sin una verdadera relevancia práctica en lo que podríamos denominar la labor de administración de justicia en un estado derecho.

Y es que, no podríamos hablar de conceptos como seguridad o certeza jurídica, debido proceso, paz social o la propia tutela judicial efectiva, sin evidenciar que los mismos nacen del control judicial que el estado ejerce, a fin de evitar la autorregulación de los propios derechos por parte de los administrados, buscando que exista una verdadera materialización de los mismos, a través de los cauces previstos previamente por la ley, los cuales una vez agotados puedan redundar no solo en el reconocimiento de

estos, sino en su verdadero goce y disfrute, sin afectaciones arbitrarias.

Se trata de un concepto notablemente amplio desde la perspectiva doctrinal y jurisprudencial, que por sí solo merecería un extenso campo de estudio, pero que para nuestros propósitos antes de adentrarnos en concreto en su aplicación al marco de las medidas cautelares en el régimen contencioso administrativo, vale traer a colación lo que ha expresado la jurisprudencia de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo (2021), al disponer lo siguiente:

En este sentido, iniciamos señalando que la Tutela Judicial Efectiva constituye el Derecho Fundamental que tiene todo ciudadano a acceder a un proceso con todas las Garantías Constitucionales, que culmine con una decisión de fondo debidamente motivada, lo que desde luego no significa el derecho a obtener una determinación favorable, sino únicamente un pronunciamiento fundamentado en el que se decida su pretensión. Además, la Tutela Judicial Efectiva implica también el derecho a la efectividad de la Sentencia. El Pleno de la Corte Suprema de Justicia en ocasiones anteriores y valiéndose de los comentarios esbozados por el jurista Joaquín Silguero E., ha expresado en qué consiste el contenido esencial de la Tutela Judicial Efectiva, tal es el caso del Fallo de 21 de diciembre de 1998, que en su parte atinente expresa:

“El derecho a la tutela judicial efectiva puede ser definido como el derecho fundamental que asiste a toda persona para obtener, como resultado de un proceso sustanciado

con todas las garantías previstas en el ordenamiento jurídico, la protección jurisdiccional de sus derechos e intereses legítimos. Se caracteriza por cumplir una función de defensa, en base a la heterocomposición del conflicto a través del poder del Estado, y por su marcado carácter procesal, ya que surge con la incoación, desarrollo y ulterior resolución de un proceso, manifiesta Joaquín Silguero Estagnan (SILGUERO E., Joaquín. La Tutela Jurisdiccional de los Intereses Colectivos a través de la Legitimación de los Grupos. Edit. Dykinson, Madrid, pág. 85-86)”.

Lo anteriormente expuesto, nos permite indicar que la Tutela Judicial Efectiva la integran, en términos generales, el Derecho a Acceder a los Tribunales de Justicia, la Garantía del Debido Proceso y el Derecho a la Ejecución o Efectividad de la Sentencia (p. 3)

Como podemos colegir de las supra citadas acotaciones de la Sala Tercera, pues el derecho fundamental de la tutela judicial efectiva parte en primera instancia de la facultad jurisdiccional exclusiva que ejerce el estado a través del poder judicial, de proteger los derechos e intereses legítimos de los administrados bajo un amparo normativo del derecho positivo, garantizando el acceso a esta función antes los Tribunales competentes, utilizando los cauces o procedimientos que le dan certeza y seguridad jurídica a su tramitación y con la existencia de mecanismos que le brinden una efectividad real y práctica a las decisiones jurisdiccionales, una vez se encuentren ejecutoriadas, siendo este último aspecto en donde tiene una relevancia notoria la existencia de medidas cautelares o la denominada tutela cautelar, cimentada en la

teoría del riesgo y que más allá de esta función garantista del resultado del proceso, no tiene una preponderancia por sí sola.

1. 2.2 La Tutela Judicial Efectiva y el control jurisdiccional de legalidad de la administración pública

Ya hemos visto como las medidas cautelares jurisdiccionales integran parte de la concepción de la garantía fundamental de la tutela judicial efectiva, específicamente en cuanto a lo que se refiere a la efectividad de las sentencias judiciales o alcance concreto de las mismas en el reconocimiento de derechos tutelados por el estado de derecho; sin embargo, para adentrarnos más adelante en la respuesta de nuestras preguntas directrices de investigación, es menester entender su relación directa con el control de legalidad de las actuaciones de la administración pública que realiza el aparato jurisdiccional.

Para ello, debemos traer a colación que nuestro proceso contencioso administrativo eminentemente derivado del sistema francés, trae consigo dos sistemas de control de legalidad de los actos de la administración pública, el primero de ellos de autocontrol, ejercido por la propia administración pública a través de su engranaje gubernamental, en el denominado agotamiento de la vía gubernativa, es decir la propia administración pública cuenta con un procedimiento legal previamente constituido, para garantizar la legalidad de sus actuaciones a instancia de parte; mientras que por otro, una vez agotada o culminada esta esfera de autocontrol, siempre y cuando se trate de aquellas actuaciones que la propia ley permita, pueden someterse estas situaciones al control jurisdiccional, pudiendo suscitarse en todo este lapsus, la posibilidad de que exista riesgos inminentes de afectación de derechos e intereses legítimos, ya sean individuales o colectivos durante todo este transcurrir.

Ahora bien, entendiendo que la tutela cautelar es de notable relevancia en la garantía de los resultados de toda sentencia ejecutoriada, no es menos cierto que en la materia contenciosa administrativa se dan particularidades propias a su naturaleza, que no le son atendibles por analogía a razón de su aplicación en el derecho privado, pues existe la presunción de legalidad de las actuaciones de la administración pública, la condición de inembargabilidad de los bienes del estado, la multiplicidad de figuras o entidades gubernamentales con sus respectivos regímenes jurídicos que las regulan, así como la pluralidad de actuaciones de la administración pública que hacen casi imposible establecer medidas cautelares sui generis para cada uno de los casos que se susciten, pero que no dejan de ser necesarias en virtud de la tutela judicial efectiva.

De este modo compartimos y consideramos muy atinado el criterio que expresa Miranda (2018) sobre la función accesorio que cumple para el ejercicio de la tutela judicial efectiva, las medidas cautelares y su relevancia particular en el proceso contencioso administrativo al manifestar textualmente que:

Dicho esto, se puede colegir que la Tutela Cautelar no se encuentra orientada a hacer justicia en sentido estricto, sino que es un medio para lograr esta. Es por ello que una de sus características principales es su variabilidad, toda vez que debe adaptarse a cada caso particular, a efectos de garantizar que el tiempo no haga inviable la concretización de la pretensión principal.

La relevancia de la Tutela Cautelar involucra que su limitación devenga en una lesión o afectación del derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva pues su

negación (injustificada) contravendría el eficaz funcionamiento de la justicia. En efecto, como un derivado de la tutela jurisdiccional efectiva, constituye una atribución sumamente importante para que el juzgador cumpla con el objeto del proceso, que es resolver la cuestión litigiosa y satisfacer el interés de los justiciables, supuesto que adquiere mayor relevancia en el proceso contencioso administrativo, en el cual, el conflicto versa sobre una presunta irregularidad de una decisión, actuación u omisión de la Administración respecto de los ciudadanos.

Es así como la Tutela Cautelar, en el ámbito contencioso administrativo, deviene en una herramienta eficaz del control del poder, ejercido en este caso por la Administración Pública en una etapa previa donde adoptó los roles de juez y parte (p. 23).

Es notable el aporte que estas líneas hacen en la concepción de un sistema cautelar aplicable al proceso contencioso administrativo que cumpla con las características de instrumentalidad real y práctica de justicia, bajo esa antigua premisa de dar a cada quien lo que le corresponde, ante el riesgo eminente de agravios por un actuar ilegítimo de la administración pública, su variabilidad o adaptabilidad a cada caso en particular y por ende en una verdadera herramienta de control al poder ejercido por la Administración Pública frente a la posible ocurrencia de vicios evidentes como la arbitrariedad, desviación de poder, ilicitud entre otros.

2.3. La tutela judicial cautelar como derecho humano de reconocimiento internacional

Como hemos precisado, la tutela cautelar es integrante de la figura de la tutela judicial

efectiva, en lo que se refiere a la eficacia que deben tener las resoluciones judiciales adoptadas por las autoridades competentes en una materia en específico, guardando estrecha relación con el derecho al debido proceso que en el rango constitucional consagra la Constitución Política (2004) artículo 32, pero su carácter de norma fundamental se extiende más allá, al punto de necesariamente ser estimada como un derecho humano de orden supranacional.

Para arribar a esa premisa, primero es necesario advertir las funciones primordiales de todo estado de derecho, siendo la primera de ellas el reconocimiento de su propia soberanía o el imperio del estado sobre su propio territorio y dentro del marco internacional, frente a las demás naciones independientes y la segunda de ellas y no menos trascendental, garantizar el pleno goce y disfrute de los derechos individuales y sociales del que gozan sus ciudadanos y habitantes, priorizando en la llamada dignidad humana como principio rector.

En ese orden de ideas, es importante traer a colación lo que establece nuestra máxima norma jerárquica establece en su preámbulo, cuando señala que se decretó la misma con el fin supremo de fortalecer la nación, garantizar libertad, asegurar la democracia y la estabilidad institucional, exaltar la dignidad humana, promover la justicia social, el bienestar general y la integración regional e invocando la protección de Dios, así como sus artículos 4 y 17, que destacan el acatamiento del Estado Panameño de las normas de derecho internacional y la obligación de los autoridades de la república en la protección de la vida, honra y bienes a los nacionales dondequiera se encuentren y a los extranjeros que estén bajo su jurisdicción; **asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales,**

y cumplir y hacer cumplir la constitución y la ley, exaltando la condición mínima y no excluyente de derechos y garantías de la carta magna.

Es dentro de este rol, de asegurar la efectividad de los derechos individuales y sociales, que encaja la tutela cautelar del estado y así lo afianza la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), donde más allá de consagrar las garantías judiciales en su artículo 8, aplicables “mutatis mutandis” a todo tipo de procesos, sostiene en sus artículos 1 y 2 lo siguiente:

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro

carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades (p. 2)

El deber del estado de garantizar la efectividad de los derechos y garantías individuales y sociales, lo obliga a buscar las medidas con arreglo a sus procedimientos constitucionales y convencionales para asegurar este fin, esto último a razón de la doctrina del control de convencionalidad que ha desarrollado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la protección de la dignidad humana, rol que por supuesto se extiende a los procesos contenciosos administrativos, en donde se ejerce el control jurisdiccional de las actuaciones de la administración pública, la cual bajo la presunción de legalidad que ampara su actuar, incurre en innumerables ocasiones en vulneraciones de derechos, en lugar de su protección real.

Por ende, la tutela cautelar se convierte en un derecho humano fundamental en el trámite del control administrativo jurisdiccional, pues existe una desigualdad de poderes del administrado frente al estado y la comentada presunción de legalidad de su actuar, lo que no en pocas ocasiones hace mucho más ostensible el riesgo de daños y vulneraciones a los derechos consagrados en nuestro ordenamiento jurídico, existiendo entonces la necesidad de que sea adecuado el régimen cautelar a las situaciones que en la práctica pueden ventilarse ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

En ese orden de ideas expresa Cumbe sus apreciaciones sobre decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el tema:

Sobre este tipo de medidas, Sandoval

Cumbe—citando una reciente decisión de la Corte IDH (Asunto Danilo Rueda respecto de Colombia)— afirma que «reiteró aquel Tribunal que las medidas provisionales consagradas en su reglamento [artículo 27] tenían dos caracteres: uno cautelar y otro tutelar» (Sandoval Cumbe, 2016, p. 117; el autor remite además a otras dos resoluciones de la Corte IDH, citadas ambas en la resolución del Asunto Danilo Rueda respecto de Colombia: Caso Herrera Ulloa respecto Costa Rica y Caso Wong Ho Wing vs. República de Perú). Respecto a lo primero, nos dice el mismo autor que se trata de mecanismos «cuya finalidad es preservar los derechos en posible riesgo, hasta tanto no se resuelva la controversia para asegurar la integridad y la efectividad de la decisión de fondo»

Esto permite evitar, en consecuencia, que se lesionen los derechos en litigio, situación que podría hacer inócua la decisión final o desvirtuar su efecto útil. En cuanto a lo segundo, «se trataba de conceder una verdadera garantía jurisdiccional orientada a proteger los Derechos Humanos, buscando evitar daños irreparables a las personas» (Como se citó en Arrien, 2018, pp. 317-318).

3. Análisis comparativo del propósito de las medidas cautelares en materia de derechos humanos y su aplicación en el régimen panameño

3.1. Justificación normativa de la medida cautelar existente en Panamá

Como indicamos en apartados anteriores, nuestro sistema cautelar en el proceso contencioso administrativo solo contempla a la fecha de forma taxativa la suspensión

provisional de los efectos de un acto, resolución o disposición si a juicio de la Sala de lo Contencioso Administrativo, ello es necesario para evitar un perjuicio notoriamente grave, según la Ley 135 (1943) artículo 73 y subsiguientes.

Sin embargo, para comprender la justificación normativa de la suspensión provisional de los efectos administrativos como única medida cautelar, debemos trasladarnos al concepto del acto administrativo, el cual fue considerado por mucho tiempo como el objeto de estudio del derecho administrativo, el cual según la Ley 38 (2000) artículo 201 lo define como:

Los siguientes términos utilizados en esta Ley y sus reglamentos, deben ser entendidos conforme a este glosario:

1. Declaración emitida o acuerdo de voluntad celebrado, conforme a derecho, por una autoridad u organismo público en ejercicio de una función administrativa del Estado, para crear, modificar, transmitir o extinguir una relación jurídica que en algún aspecto queda regida por el Derecho Administrativo (p.48).

Como podemos apreciar de esta definición, la función primordial del acto administrativo se centra en sus efectos, que crean, modifican, transmiten o extinguen relaciones jurídicas, que a su vez inciden en derechos e intereses legítimos individuales y colectivos, susceptibles del control administrativo, cuando el acto administrativo se emitió con propósitos distintos al legal, es decir que su objeto es ilícito o ilegal, finalidad acorde al ordenamiento jurídico, causa relacionada con los hechos, antecedentes y derecho aplicable, motivación comprensiva del conjunto de factores de hecho y de derecho

que fundamentan la decisión, el procedimiento previsto en el ordenamiento jurídico y la forma en que debe plasmarse, esto último que debe ser a priori por escrito, salvo las excepciones que expresamente contemple la ley, indicando expresamente el lugar, la fecha y autoridad que lo emite.

La suspensión provisional de los efectos del acto administrativo es considerada en la doctrina como una nulidad temporaria, impropia y atípica, pues conlleva poder diferenciar la decisión cautelar de la decisión definitiva, que de ser favorable a los intereses del demandante, derivaría en la supresión total de los efectos del acto administrativo declarado nulo o si se requiere su eliminación del mundo jurídico, es decir se trata de un criterio anticipado que produce los efectos de nulidad temporal hasta que se resuelva el control administrativo jurisdiccional.

Por ende, con la medida de suspensión provisional se busca suspender la eficacia, ejecutividad, la obligatoriedad y la suspensión de los efectos del acto de la administración pública, que es utilizado en el proceso administrativo como una especie de medida cautelar sui generis (Comadira, 2020).

3.2. Particularidades de la suspensión provisional en el contencioso administrativo panameño

Dentro de las particularidades que resalta la medida fuera de los casos en lo que no es viable la misma, descritos en la Ley 135 (1943) artículo 74, es que se trata de una facultad potestativa o discrecional de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, lo que involucra que no están en la obligación de acceder a la misma y que no pueda decretarse de forma oficiosa, debe circunscribirse a la posibilidad inminente de daño, se trata de un criterio preliminar o provisional ajeno a la

decisión de fondo y su viabilidad depende de los presupuestos generales de toda medida cautelar, es decir la apariencia de buen derecho o verosimilitud de derecho y el peligro en la demora y claro está la legitimidad de quién la invoca.

En el caso de las acciones de nulidad, se añade la necesidad de quedar demostrado que la norma legal o acto de índole general atacado, revista condiciones o argumentos de notable ilegalidad al ser confrontado con el ordenamiento jurídico, mientras que tratándose de acciones de restitución del derecho vulnerado o de plena jurisdicción, se requiere de pruebas que de forma sumaria e incipiente, permitan colegir el riesgo eminente de daño, de no darse la suspensión provisional del acto administrativo atacado.

Por otro lado, en cuanto a su aplicabilidad, de los procesos de conocimiento de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo descritos en el Código Judicial (2015) artículo 97, siendo estos las acciones de nulidad, plena jurisdicción reparación directa o indemnización, protección de derechos humanos, interpretación prejudicial del alcance de un acto administrativo o consulta de legalidad, advertencia de ilegalidad y los procesos contencioso administrativo sumarios, solo se reconoce en la práctica su aplicación en las acciones de nulidad y plena jurisdicción.

3.3. Efectividad práctica de la medida de suspensión del acto administrativo en el derecho panameño

En el derecho contencioso administrativo panameño al igual que en todos aquellos ordenamientos jurídicos en donde en algún momento rigió un sistema cautelar típico, cimentado únicamente en la potestad discrecional de la autoridad jurisdiccional de mitigar provisionalmente los efectos de los

actos emanados de la administración pública en ejercicio de una potestad administrativa y bajo el imperio del derecho administrativo, a priori funcionó como una fórmula generalizada ante la mayoría de las situaciones escrutadas y que ante situaciones excepcionales que no encajaban en este supuesto de alcance, pues estaban amparadas sus denegaciones ante nuestra taxatividad cautelar por ley, escapando así de su escrutinio particular.

Así en ese sentido podemos citar el siguiente extracto jurisprudencial de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo:

Es necesario tener en cuenta a otros institutos que, en un futuro, posibiliten el perfeccionamiento de la función cautelar en el proceso contencioso administrativo panameño. Ello a través de figuras como las mencionadas por el ex Magistrado Jorge Fábrega en su obra de nombre, “Medidas Cautelares Innominadas o Genéricas en la Jurisdicción Contencioso Administrativa”, verbigracias: denegación de una petición o la prohibición de realizar una actividad, decretada por un acto administrativo; la inscripción de la demanda cuando ésta pueda afectar el dominio o derechos reales sobre bienes inmuebles o muebles; el secuestro de determinados bienes; medidas conservatorias o de protección en general. Estas medidas no provienen de expresos mandatos procesales que puedan ejecutarse conforme a nuestra legislación para ser debidamente aplicadas acorde al principio de legalidad. Indudablemente, se estructuran como instituciones novedosas en el área que nos atañe y que desde hace tiempo vienen originando el debate doctrinal

en Panamá, lo cual tiende a inspirar una reflexión evolutiva de nuestra jurisprudencia, dentro del marco legal correspondiente y las aspiraciones que a bien se tengan (Corte Suprema de Justicia, 2009)

De lo expuesto en el supra citado extracto jurisprudencial, queda claro que son tan variables y múltiples las funciones que ejerce la administración pública en el cumplimiento de sus propósitos bajo el estado de derecho moderno, las cuales impiden que exista una fórmula *sui generis* en la tutela cautelar de los resultados del proceso contencioso administrativo, aun cuando se reconozca que en efecto quizás en la mayoría de casos la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo, sí logre este cometido tuitivo.

Y es que, como bien enlista el maestro Fábrega citado en el fallo anterior, al señalar que, situaciones como la denegación de una petición o la prohibición de realizar una actividad, decretada por un acto administrativo; la inscripción de la demanda cuando ésta pueda afectar el dominio o derechos reales sobre bienes inmuebles o muebles; el secuestro de determinados bienes; medidas conservatorias o de protección en general, dejan expuesta la necesidad de una adecuación en el sistema cautelar al servicio del contencioso administrativo panameño, pues no podemos hablar de una verdadera tutela jurisdiccional administrativa efectiva, si a este apartado de la garantía de la efectividad de las resoluciones no se puede acceder en la totalidad de los supuestos posibles.

Para culminar en este apartado, de un análisis reciente de los fallos de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, podemos colegir que las denegatorias ante peticiones

de medidas cautelares innominadas o atípicas recaen más que nada en las limitaciones de dominio sobre bienes inmuebles ante actos administrativos sobre adjudicaciones de tierras, para evitar su enajenación mientras se deslinda el proceso en cuestión, así como la inscripción en el Registro Civil de demandas contenciosas administrativas relacionada a determinado bien. En tanto que, es apreciable un porcentaje elevado de denegaciones de la medida de suspensión provisional en contraste con sus admisiones, ante todo ante la falta de argumentación jurídica que permita a priori al Pleno de la Sala, colegir en una fase incipiente, una notoria o evidente vulneración al ordenamiento jurídico tratándose de acciones de nulidad, mientras que en las acciones de plena jurisdicción, por la ausencia de pruebas sumarias lo suficientemente convincentes para ilustrar la apariencia de buen derecho y el peligro en la demora, de no darse su adopción.

4. Tratamiento del sistema de medidas cautelares aplicables al proceso contencioso administrativo en el derecho comparado

4.1 En Nicaragua

Sin pretender en este apartado hacer un análisis profundo e histórico de la evolución del sistema cautelar en el proceso contencioso administrativo de cada uno de los países propuestos, buscamos enfatizar en aquellas particularidades de estos ordenamientos jurídicos en contraposición con el sistema cautelar panameño, en aras precisamente de esa función tuitiva que ya hemos desarrollado, debe ser su fundamento.

Así tenemos como muestra de uno de nuestros hermanos países centroamericanos, lo que al respecto contempla Nicaragua, de quien a priori podemos resaltar, al igual que Panamá, mantiene un número clausus de medidas cautelares aplicable al proceso contencioso administrativo, siendo la única

expresamente descrita la suspensión o cese del acto administrativo, pero incluso de una forma más desarrollada y precisa de su extensión y con variantes a lo descrito en nuestro ordenamiento jurídico.

Así las cosas, tal como sucede en Panamá, en Nicaragua dentro del marco de los derechos humanos ha sido introducido en el ordenamiento jurídico la figura de la tutela judicial efectiva, desarrollada vía convencional con la aplicación interna de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), dentro de cuyas características como señalamos en apartados anteriores está la efectividad de las resoluciones judiciales y por ende, la importancia de la tutela cautelar al respecto; sin embargo, pese a existir disyuntivas doctrinales sobre la satisfacción íntegra de este propósito a la luz de esta coyuntura, la Ley 350 (2000), conocida como de regulación de lo contencioso-administrativo, únicamente desarrolla dentro de su cuerpo normativo la suspensión del acto como medida cautelar, pese a que su artículo 38 de forma aislada, liga la aplicación de la misma con la cualquiera otra medida necesaria para restablecer la legalidad, lo que podría mal interpretarse como una amplitud de este marco de medidas, pero que en la práctica no deriva en ello.

La suspensión del acto administrativo en Nicaragua guarda una diferencia notable con el ordenamiento jurídico panameño, al contemplar su ejercicio a instancia de parte o de oficio por el propio aparato jurisdiccional en sus labores de control administrativo, pues priva en Panamá el concepto de justicia rogada o a petición de parte en la justicia contenciosa administrativa. De este modo la Ley 350 (2000) señala:

Arto. 63. Suspensión de Oficio

La suspensión de oficio procederá en

los casos siguientes:

- 1) Cuando se tratara de algún acto que, de llegar a consumarse, haría materialmente improbable e imposible restituir al demandante el goce del derecho reclamado.
- 2) Cuando fuere notoria o evidente la falta de competencia de la autoridad, funcionario o agente contra quien se interpusiere la demanda.
- 3) Cuando el acto fuere de aquellos que ninguna autoridad puede ejecutar legalmente.

La suspensión a la que se refiere el presente artículo deberá ser declarada por la Sala respectiva del Tribunal competente, el cual deberá efectuar la respectiva notificación en un plazo de tres días hábiles por medio de cédula judicial o de cualquier medio o vía que contenga los elementos esenciales de la notificación y que dejare constancia por escrito para su cumplimiento inmediato.

Sobre sus requisitos de procedencia, el derecho contencioso-administrativo nicaragüense contempla la necesidad de argumentación con el libelo de petición acerca de lo que denominados la apariencia de buen derecho y el peligro en la demora, los cuales son básicos en este tipo de medidas, pero cuenta con la particularidad frente a nuestra realidad jurídica, de contemplar la posibilidad de emisión de garantías suficientes para evitar los daños que a terceros pudiera causar la suspensión del acto, de no proceder la demanda impetrada (artículo 64) e incluso la posibilidad de que un tercero afectado con la suspensión del acto administrativo o de sus efectos, pueda prestar caución o garantía de las resultas de la demanda contenciosa administrativa para restituir la situación de las cosas al momento previo a la emisión del acto atacado y se regula

la modificabilidad de la medida cautelar en cualquier parte del proceso, ya sea de oficio o a petición de parte.

Para concluir en el apartado referente a Nicaragua, pues como comentamos al principio de este breve análisis, resulta patente como existe en el panorama de ese país al igual que en el nuestro, la discusión sobre una reforma integral al procedimiento contencioso administrativo, en donde las garantías constitucionales y convencionales relacionadas a la efectividad de las resoluciones y su vinculación a la tutela cautelar, sean externadas en un catálogo de medidas que persiga una efectiva tutela de derechos y en se sentido se expresa Arrien (2018):

Sería adecuado que una futura reforma de la ley contencioso-administrativa nicaragüense vincule la tutela cautelar al derecho de tutela judicial efectiva de forma expresa, sosteniendo que aquel forma parte constitutiva de este, e incluso que permite el logro de tal efectividad al emitirse la medida cautelar pertinente a cada caso. Esa vinculación podría asegurarse mediante su reconocimiento como un principio transversal, de índole procesal, del contencioso-administrativo, en la misma normativa de la materia (p. 316)

4.2. En Colombia

En el derecho contencioso administrativo colombiano se marca un antes y después de la emisión de la Ley 1437 (2011), por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, pues con antelación, al igual que nuestro país y Nicaragua, contaban con un sistema de *numerus clausus*, en donde solo se contemplaba la tradición cautelar de la suspensión del acto administrativo; no

obstante, derivado de las mismas disyuntivas que su efectividad produce dentro del marco de tutela real de los derechos e intereses legítimos que se pueden ver afectados durante el curso prolongado del proceso contencioso administrativo, se adoptó de forma expresa un régimen innominado de medidas cautelares.

Sobre las particularidades de este régimen, vemos que estas medidas cautelares innominadas pueden ser requeridas y/o decretadas en cualquier etapa del proceso contencioso administrativo e incluso, tal como refiere el supra citado cuerpo normativo en su artículo 229, tratándose de la protección y defensa de los intereses colectivos pueden ser decretadas de oficio, resaltando que se trata de la adopción de una medida provisional que no implica prejuzgamiento.

La ley in examine, si bien establece en su artículo 230 una lista de medidas en concreto o taxativas, se deja el camino abierto para la aplicación de cualquier otra que guarde relación directa con las pretensiones de la demanda, es decir que se busca garantizar en cada caso en concreto la efectividad de los resultados del proceso una vez cumplidas todas las etapas procesales, a tal punto de prever la naturaleza de cada una de las medidas cautelares a adoptar e incluso la toma de aquellas decisiones que debe realizar la autoridad administrativa en cuestión a requerimiento del Juez o Magistrado ponente, al señalar lo siguiente:

Artículo 230. Contenido y alcance de las medidas cautelares. Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:

1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible.
2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.
3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.
4. Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos.
5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.
6. Parágrafo. Si la medida cautelar implica el ejercicio de una facultad que comporte elementos de índole discrecional, el Juez o Magistrado Ponente no podrá sustituir a la autoridad competente en la adopción de la decisión correspondiente, sino que deberá limitarse a ordenar su adopción dentro del plazo que fije para el efecto en atención a la urgencia o necesidad de la medida y siempre

con arreglo a los límites y criterios establecidos para ello en el ordenamiento vigente (p.76)

En cuanto a los requisitos de procedibilidad, prácticamente son los básicos, de legitimidad del accionante, la apariencia de buen derecho o verosimilitud, el peligro en la demora, que exista una adecuada relación entre los fundamentos argüidos para su acceso, las pruebas que sumariamente justifiquen la adopción de la medida, destacando la necesidad de suministrar caución en los procesos donde intervengan intereses o derechos particulares, por ende no es necesario caucionar en aquellos procesos que tengan por finalidad la defensa o protección de derechos colectivos o cuando la medida sea requerida por una entidad pública.

De igual manera, se regula la posibilidad de modificar, revocar y/o modificar de oficio las medidas cautelares decretadas, siempre y cuando considere el magistrado no sean cumplidos los requisitos para su otorgamiento o estos ya fueron superados o que es necesario variarla. Tales decisiones se podrán optar también por instancia de parte y se prevé la posibilidad de levantamiento de la medida cautelar adoptada ante la satisfacción de caución en garantía de los daños y perjuicios que se llegaren a causar, así como el supuesto de adopción de medidas cautelares innominadas cuando se advierta que con motivos de urgencia no se pueda cumplir con el trámite que el código prevé, el cual requiere de su correspondiente traslado.

4.3. En España

En el derecho español encontramos pues una evolución jurisprudencial primero y luego constitucional, con mayor peso a partir de la Constitución Política (1978) y entendible a partir de la exaltación no solo del control de legalidad de las actuaciones de la

administración pública, sino en una verdadera tutela de los derechos subjetivos e intereses legítimos, desarrollando y preponderando el derecho a la tutela judicial efectiva, dentro de la cual resalta la tutela cautelar como instrumento de garantía de esa eficacia que deben perseguir los fallos en esta materia, sobre todo cuando en la misma como característica priva un régimen exorbitante de derecho frente a los ciudadanos comunes.

En ese sentido la Ley 29 (1998) es la reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en el Reino de España y en específico su aspecto cautelar es tratado en sus artículos de 129 a 136, partiendo de la concepción incidental de tales peticiones dentro del trámite de las demandas contencioso administrativas.

Así mismo se constituye en un régimen cautelar innominado, al evitar enlistar o expresar taxativamente el tipo de estas a contemplarse dentro de los procesos contenciosos administrativos y sí resaltando que su delimitación o margen de aplicación se extiende a una valoración previa de los intereses en conflicto y acordarse únicamente cuando la ejecución de acto o la aplicación de su disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso y puede darse su denegación cuando se pueda inferir que de su aplicación pudiera darse perturbación grave de los intereses generales o de terceros, es decir corresponde a una análisis casuístico de la misma.

Dentro de otras de sus características particulares esta su susceptibilidad de modificación y revocación, de variar las circunstancias que la motivaron en el transcurrir del proceso. En tanto que, al igual que en los casos de Nicaragua y Colombia, se prevé la posibilidad, ante situaciones que requieran

evitar o mitigar los efectos perjudiciales de cualquier naturaleza, que puedan derivarse de la adopción de las medidas cautelares en el proceso, la tasación de cauciones y/o garantías a consignar por la parte favorecida con su aplicación a fin de responder de posibles daños y perjuicios, así como la susceptibilidad antes circunstancias de especial urgencia, de adoptar medidas cautelares inoida parte, sin requerir previamente el trámite incidental.

Para concluir este apartado, nos valemos traer a colación un análisis de un extracto jurisprudencial del Tribunal Supremo Español:

La exégesis del art. 130 de la Ley 29/1998 conduce a las siguientes conclusiones:

a) la adopción de la medida exige, de modo ineludible, que el recurso pueda perder su finalidad legítima, lo que significa que, de ejecutarse el acto, se crearían situaciones jurídicas irreversibles haciendo ineficaz la sentencia que se dicte e imposibilitando

el cumplimiento de la misma en sus propios términos, con merma del principio de identidad, en el caso de estimarse el recurso;

b) aun concurriendo el anterior presupuesto, puede denegarse la medida cautelar siempre que se aprecie perturbación grave de los intereses generales o de tercero, lo que obliga a efectuar siempre un juicio comparativo de todos los intereses en juego, concediendo especial relevancia, a la hora de decidir, a la mayor perturbación que la medida cause al interés general o al de un tercero afectado por la eficacia del acto impugnado; y,

c) en todo caso el juicio de ponderación que al efecto ha de realizar el Órgano jurisdiccional debe atender a las circunstancias particulares de cada situación y exige una motivación acorde con el proceso lógico efectuado para justificar la adopción o no de la medida cautelar solicitada. (Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 2015)

Conclusiones

Las medidas cautelares tienen una particular preponderancia en la eficacia de las resoluciones judiciales y sobre todo en la tutela real de los derechos y garantías que consagra el ordenamiento jurídico, por lo que su regulación adecuada dentro del control administrativo jurisdiccional, redundará siempre en un sistema jurídico garantista efectivo y respetuoso de la dignidad humana acorde a los estándares constitucionales y convencionales.

La suspensión de los efectos del acto administrativo es la única medida cautelar aplicable en el proceso contencioso administrativo panameño y así lo ha externado claramente la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo; sin embargo, la misma no cumple en la totalidad de los casos que pueden suscitarse del actuar de la administración pública moderna, con su función tuitiva precautoria a razón de la garantía fundamental de la tutela judicial efectiva.

Las medidas cautelares en los procesos contencioso administrativos tienen como presupuestos a su admisibilidad prácticamente los mismos en distintas latitudes, siendo estos

el peligro en la demora o riesgo de afectación de no aplicarse, la apariencia de buen derecho y la legitimidad de quien la invoca.

La aplicación de medidas cautelares innominadas acorde a la experiencia de países como España y Colombia, ha permitido encuadrar los efectos precautorios y de tutela de derechos subjetivos, colectivos e intereses legítimos que mejores resultados puedan obtener frente a determinada actuación de la administración pública.

Los factores que permitirían la viabilidad de la ampliación del catálogo de medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo panameño a nuestro criterio lo serían: la necesidad de adaptar los efectos tutelares de las mismas a la totalidad de situaciones que pueden derivarse del actuar moderno de la administración pública, los innumerables vacíos existentes en materia cautelar en el proceso contencioso administrativo panameño y la satisfacción de los estándares constitucionales y convencionales que en materia de protección de derechos humanos debe cumplir la administración pública.

Referencias bibliográficas

- Arrién, J. (2018). *La tutela cautelar en el contencioso-administrativo de Nicaragua*. Derecho PUCP, (81),303-339. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/20438/20354>.
- Código Judicial. Ley 23, junio, 1, 2001, 10 de septiembre de 2001, (Panamá).
- Comadira, J. P. (2020). *Presunción de legitimidad, ejecutoriedad y suspensión judicial de los efectos del acto administrativo: Un intento de aproximación equilibrada entre los caracteres esenciales del acto administrativo y la tutela judicial efectiva. La suspensión judicial de los efectos del acto administrativo como nulidad atípica o impropia* (Tesis doctoral). Facultad de Derecho de la Universidad Austral. <https://riu.austral.edu.ar/bitstream/handle/123456789/1819/Comadira%2C%20Julio%20Pablo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Constitución Política Nacional, (2004), 15 de noviembre de 2004 Gaceta N°.25176, (Panamá).
- Constitución Española, (1978), Boletín Oficial del Estado N°.311, (Reino de España).
- Convención Americana de Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Casación Laboral. Expediente 671-06 (M.P. Víctor L. Benavides P.; junio 18 de 2007).
- Corte Suprema de Justicia, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Casación Laboral. Expediente 346-15 (M.P. Abel Augusto Zamorano; octubre 9 de 2015).
- Corte Suprema de Justicia, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Casación Laboral. Expediente 81913-2021 (M.P. Efrén Cecilio Tello Cubilla; noviembre 26 de 2021).
- Corte Suprema de Justicia, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Casación Laboral. Expediente 46368-21 (M.P. Carlos Alberto Vásquez Reyes.; diciembre 14 de 2021).
- Diccionario Panhispánico del Español Jurídico. (2023). Medida cautelar, Proc. En *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico*. <https://dpej.rae.es/lema/medida-cautelar>.
- Ley 135, 1943. Orgánica de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Gaceta Oficial No. 09097, (Panamá).
- Ley 33, 1946. Por la cual se reforma la Ley 135 de 1943, Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Gaceta Oficial No. 10113, (Panamá).
- Ley 29, 1998. Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Boletín Oficial del Estado No. 167, (Reino de España).
- Ley 38, 2000. Que aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración, regula el Procedimiento Administrativo General y dicta disposiciones generales. Gaceta Oficial No. 24109, (Panamá).
- Ley 350, 2000. Ley de regulación de la jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo. Gaceta Oficial No.140 y 141, (Nicaragua). <https://www.poderjudicial.gob.ni/arc-pdf/Ley%20350.pdf>
- Ley 1437, 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Gaceta Oficial 47956, (Colombia).
- Miranda, O. (2018). *La modificación de*

oficio de la medida cautelar en el proceso contencioso administrativo. (Tesis de Maestría), Pontificia Universidad Católica del Perú. https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/15252/MIRANDA_CASTILLO_LA_MODIFICACION_DE_OFICIO.pdf?sequence=1

Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Recurso de Apelación 593/2015 (M.P. Juan Francisco López de Hontanar Sánchez; febrero 3 de 2016). <http://intranet.dipsoria.es/gestiona/Sentencias/21989.html>

Eduardo Vargas Reyes

Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Autónoma de Chiriquí, con Maestría en Derecho Mercantil obtenida en la Universidad Santa María La Antigua y Maestría en Derecho Administrativo en el Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ) de Nicaragua, Postgrado en Docencia Superior expedido por la Universidad Interamericana de Panamá y una carrera de poco más de 13 años en el Órgano Judicial, partiendo del cargo de Oficial Mayor II en el Juzgado Tercero

Seccional de Familia del Primer Circuito Judicial en 2010, Asistente de Juez en el mismo despacho, Asistente de Magistrado en el Tribunal Superior de Familia y en la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, hasta ocupar desde el año 2016 el cargo de Juez Cuarto Municipal de Familia del Distrito de Panamá y docente universitario de licenciatura y maestría en diversas universidades desde el año 2014.