

UNIVERSIDAD DE PANAMÁ
CENTRO REGIONAL UNIVERSITARIO DE VERAGUAS
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
VICERRECTORÍA DE INVESTIGACIÓN Y POSTGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO CON ESPECIALIZACIÓN EN
DERECHO PROCESAL

“EL CONTROL A LAS FUNCIONES JURISDICCIONALES DEL
MINISTERIO PÚBLICO EN PANAMÁ”

POR:
DENIA MABEL DE LEÓN SÁENZ

2006

DEDICATORIA

A mi hija *Juliane Marie Peralta De León*, con mucho
cariño de su madre, como muestra del esfuerzo y
perseverancia que implica alcanzar los retos de la vida.

AGRADECIMIENTO

A Dios por darme la sabiduría y facilidad para alcanzar esta especialización.

A mi esposo, Juan Manuel, por el apoyo incondicional brindado en todo momento, que sin él no hubiera sido posible lograrlo.

A mi hija, por el sacrificio que le he ocasionado en las horas de ausencia, mientras que recibía las clases y luego con la elaboración de esta investigación.

A mis padres, hermanos y amigos que con su apoyo me han permitido alcanzar esta nueva meta.

A mis compañeros de maestría especialmente a mi equipo de estudio César y Cinthya, con quienes compartimos las largas jornadas de estudio.

A el Licenciado Armando Fuentes Rodríguez, quien en todo momento nos ha brindado el apoyo y orientación para la elaboración de esta investigación.

A nuestro Director de tesis, Profesor Abel Zamorano, por la confianza y apoyo recibido en la realización de este trabajo, lo que es para nosotros un honor su dirección.

ÍNDICE

Página

Dedicatoria	
Agradecimiento	
Resumen	i
Summary	ii
Introducción	iii

CAPÍTULO PRIMERO “ASPECTOS METODOLÓGICOS”

1.1. Marco de Referencia	1
1.2. Marco Metodológico	11
1.2.1. Planteamiento del Problema	12
1.2.2. Alcance y Delimitación de la Investigación	15
1.2.3. Justificación de la Investigación	16
1.2.4. Objetivos	18
1.2.5. Hipótesis	19
1.2.6. Operacionalización de las variables	20

CAPÍTULO SEGUNDO “LAS FUNCIONES JURISDICCIONALES Y EL PROCESO PENAL PANAMEÑO”

2.1 Funciones Jurisdiccionales	36
2.1.1 Concepto	36
2.1.2 El ejercicio de la jurisdicción penal en Panamá	39
2.1.3 Los poderes de la función jurisdiccional penal	41
2.2. Naturaleza del Proceso Penal y Función del Ministerio Público en Panamá	43
2.2.1 Concepto de Ministerio Público	43
2.2.2 Principio de Legalidad	47
2.2.3 Principio de Discrecionalidad reglado	48
2.2.4 Naturaleza del Proceso Penal en Panamá	50
2.2.5 Características de los Sistemas Penales	54
2.2 Reflexiones para las Reformas a el Sistema de Procedimiento Penal Panameño	66

CAPÍTULO TERCERO

“MEDIOS DE CONTROL A LAS FUNCIONES JURISDICCIONALES DEL MINISTERIO PÚBLICO”

3.1 Medios de control existentes en el Proceso Penal Panameño	72
3.1.1 Hábeas Corpus	72
3.1.2 El Amparo de Garantías Constitucionales	84
3.1.3 El Incidente de Controversia	92
3.1.4 Revisión	100
3.1.5 Casación	104
3.1.6 Delitos Contra la Libertad	118
3.1.7 Denuncia por Abuso de Autoridad	124
3.1.8 Incidente de Nulidad	135
3.2. El Control a las funciones jurisdiccionales del Ministerio Público en el Sistema Acusatorio.	150
3.2.1 Naturaleza de la Función de los Jueces de Garantía	154
3.2.2 Actuaciones y Funciones del Juez de Garantía	163
3.2.3 El Control a las funciones jurisdiccionales en el Anteproyecto de Código Procesal Penal Panameño del 2006.	166

CAPÍTULO CUARTO

“LEGISLACIÓN COMPARADA”

4.1 Legislación Comparada	
4.1.1 Argentina	193
4.1.2 Colombia	196
4.1.3 Costa Rica	202
4.1.4 Chile	205
4.1.5 Paraguay	211
4.1.6 República Dominicana	215
4.1.7 Venezuela	220
4.1.8 Código Procesal Penal Modelo para Iberoamerica	221

CAPÍTULO QUINTO

“RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN”

5.1 Diseño de investigación de Campo	223
5.2. Objetivos de la investigación de Campo	223
5.3 Población y Muestra	224
5.4 Instrumento de la investigación	225
5.5 Técnica de Recolección de Datos	230
5.6 Análisis e interpretación de los Resultados	230

CONCLUSIONES	240
--------------	-----

RECOMENDACIONES	243
------------------------	-----

GRÁFICAS

OPINIÓN DE FISCALES Y PERSONEROS

Gráfica No.1	246
Sobre si los medios legales actuales son Suficientes y Eficientes.	
Gráfica No.2	
Medios legales más utilizado.	247
Gráfica No.3	
Si el Procedimiento existente es o no adecuado.	248
Gráfica No.4	
Si los Jueces son o no respetuosos en los trámites.	249
Gráfica No.5	
Si consideran que se debe o no Modificar el Sistema, crear los Jueces de Garantía o si el que tenemos es suficiente.	250
Gráfica No.6	
Si con la creación de los Jueces de Garantía se disminuye su responsabilidad, permitiéndoles realizar mejor su trabajo.	251
Gráfica No.7	
Si los Jueces de Garantía se constituirían en un impedimento en sus Investigaciones generando impunidad.	252

JUECES Y MAGISTRADOS

Gráfica No.8	
Medios legales más utilizados.	253
Gráfica No.9	
Si estan conforme con el procedimiento establecido en nuestra legislación.	254
Gráfica No.10	
Los agentes del Ministerio Público son o no respetuosos con el Trámite.	255
Gráfica No.11	
Si se debe o no Modificar los Medios legales o establecer los Jueces de Garantía.	256
Gráfica No.12	
Si lo Jueces de Garantía constituyen un impedimento en sus funciones.	257
Gráfica No.13	
Los Jueces cumplen actualmente como Control a las funciones Jurisdiccionales del Ministerio Público.	258

ABOGADOS LITIGANTES O DEFENSORES

Gráfica No.14	
Respecto a si consideran que los medios legales actuales son eficientes y eficaces.	259

Gráfica No.15	
Medios legales que más han interpuesto	260
Gráfica No.16	
Si se encuentran conforme con el procedimiento establecido en nuestra Legislación.	261
Gráfica No.17	
Si los agentes del Ministerio Público son respetuosos en el trámite que establece la Ley.	262
Gráfica No.18	
Si se debe o no Modificar los medios de control existentes o si es necesario establecer los Jueces de Garantía.	263
Gráfica No.19	
Si con el Sistema Actual se garantiza el cumplimiento de los principios del debido Proceso, Presunción de Inocencia e Imparcialidad de la Administración de Justicia.	264
Gráfica No.20	
Los Jueces de Garantía benefician la labor de los abogados defensores.	265
BIBLIOGRAFÍA	266

RESUMEN

Ante las críticas y deficiencias conocidas en nuestro sistema de enjuiciamiento penal, en Panamá, tales como que se violan las garantías fundamentales, los principios de contradicción, debido proceso, igualdad de las partes, imparcialidad y que a pesar de ser un sistema mixto, es más Inquisitivo que Acusatorio, debido a la concentración de facultades otorgadas a los funcionarios de instrucción. Y con las modificaciones realizadas en otros países que han cambiado sus sistemas de procedimiento penal, a un Sistema Acusatorio, en el que se introducen Jueces de Garantías, para controlar y supervisar la instrucción de la causa y otros jueces serán los que dictarán sentencia en el caso, se esta garantizando la imparcialidad y objetividad del juez que va decidir el fondo. Encontrándose posiciones en contra, a este Sistema y que consideran que eso sería impedir las funciones del Ministerio Público en el desarrollo de su labor en la lucha contra la delincuencia y que esos controles son innecesarios, porque en nuestro sistema, existen los medios legales que garantizan la no violación a los derechos y garantías fundamentales y que con un sistema así, se beneficia es a los defensores y se genera la impunidad en los delitos.

No hay duda que necesitamos un sistema de procedimiento penal eficaz y garantista de tal manera que la ley penal no sea letra muerta, con un juez imparcial que no haya tenido participación en la instrucción sumarial, en el que la fase sumarial no se convierta en un juicio anticipado. Ante ello hemos escogido como tema de investigación “El control a las funciones jurisdiccionales del Ministerio Público en Panamá”, en el que hemos desarrollado ampliamente los tipos de controles que plantea la doctrina en esta materia, las funciones jurisdiccionales que son sometidas a estos controles y la manera como otras legislaciones lo han regulado y qué adelantos esta realizando nuestro país al respecto. Consideramos que las reformas que se realicen a nuestro sistema ameritan de estudios que nos permitan determinar cuál modelo seguir y conocer las ventajas y desventajas del mismo.

SUMMARY

Before the critics and the obvious deficiency of our penal law system in Panama, such as violation of the individuals fundamental rights, principles of contradiction, a just trial, equality of the parties involved, impartiality, despite, of it being a mix system, it is more of an accusatory system than it is Inquisitive because of all the faculties concentrated on just one of the individuals of instructions with all the modifications made in other countries to their penal law system, to a more of an Accusatory system, in which judges of warranties are introduced, to control and supervise the establishment of cause and other judges dictate the adequate sentence to the case this warrants impartiality and objectivity of the judge that will ultimately decide on a verdict.

As well as supporters of this system, there are positions against it, that argue that this system will ultimately keep the Ministry of Public of doing its function against delinquency and that those controls are unnecessary, given that in our penal law system exist legal mediums that warrant the no violation to the fundamental rights and warrants of individuals and with a system like this, it would benefit the defense and it would generate impunity on the felonies. There is no doubt that we need an effective penal law procedure system in such way that the penal law is not a dead law, with an impartial judge that has no participation in the investigations, and that this investigative faze does not turn into an anticipated trial. For this reason we have chosen as a research subject “the control of the jurisdictional functions from the Public Ministry in Panama”, in which we have broadly developed the types of control which shows the doctrine in this subject, the jurisdictional functions that are subjects to this controls and the way how other legislations have regulated and the advances realized in our country. We consider that the reforms that are realized to our system are in merit to studies that allow us determine which model to follow and to know the advantages and disadvantages are the same.

INTRODUCCIÓN

“En materia de justicia penal, se presenta un serio conflicto entre la necesaria protección de la sociedad que exige que se sancionen los delitos y el respeto también exigido a los derechos fundamentales del individuo, ya que ningún Estado de Derecho puede estar legitimado para aplicar su aparato punitivo a una persona, con el propósito de proteger la sociedad dentro de su territorio, con desconocimiento de los derechos que le son inherentes al hombre”

Dr. LUIS PAULINO MORA MORA

La búsqueda de que la justicia funcione de manera eficaz, rápida y adecuada, pero que también sea respetuosa a las garantías y derechos fundamentales, que recoge nuestra Constitución Política, en la que no se den intervenciones ni arbitrariedades de los funcionarios, que afectan los derechos de los ciudadanos, es la aspiración de todos los abogados y ciudadanos en nuestro país. El punto es cómo lograrlo y que su implementación se pueda poner en práctica rápidamente sin ningún tipo de dificultad. Escuchamos, que otras legislaciones de países como Argentina, Costa Rica, Alemania, Paraguay, Uruguay, Colombia, Chile, República Dominicana, España y Venezuela han establecido un sistema acusatorio, adversarial, sistema acusatorio puro, sistema acusatorio con tendencia inquisitiva, entre otros, el cual es totalmente diferente al sistema de procedimiento penal que caracteriza al sistema mixto que hoy día tiene Panamá. Diferenciándose estos sistemas, principalmente, en que en el Sistema Acusatorio se le exige a las partes la acusación y la formulación de pruebas y en el Inquisitivo la iniciativa

probatoria del Juez, ofreciéndosele la oportunidad de practicar oficiosamente todas aquellas pruebas que estime conveniente en la búsqueda de la verdad. El Mixto, se aplica los principios del sistema acusatorio y del sistema inquisitivo, en el que en la fase preparatoria o de instrucción sumarial como en la plenaria, existe participación de las partes, hay iniciativa probatoria del funcionario de instrucción o del juez. Se dice que en nuestro país, rige el sistema Mixto, pero se critica fuertemente que se inclina más hacia lo inquisitivo con todos sus defectos y abusos que el mismo representa, ante ello diferentes juristas recomiendan urgentes reformas a esta sistema.

El Sistema Acusatorio, presenta entre sus principales características la intervención del juez de garantía como control a las funciones jurisdiccionales del Ministerio Público, a lo que muchos autores lo consideran fundamental, mientras que otros señalan que en el sistema actual o mixto, estos medios legales de control, existen, por lo que un juez de garantía es innecesario. Posiciones que nos generan inquietud y nos han motivado a realizar el presente estudio, en el cual hemos dedicado varios meses, toda vez que cuando hablamos de Sistema Acusatorio, son muchas las interrogantes que nos han surgido al respecto, por lo que hemos concretizado esta investigación al tema específico “El control a las funciones jurisdiccionales del Ministerio Público en Panamá”, pero antes queremos aclarar que cuando realizamos la inscripción de nuestra tema de tesis fue inscrito como “El control jurisdiccional a las funciones del Ministerio Público en Panamá”, sin embargo luego de profundizar nuestros estudios nos dimos cuenta que el control debe ir dirigido específicamente a las decisiones que corresponden a el Estado en

la facultad de administrar justicia, por ello lo modificamos a “el control a las funciones jurisdiccionales del Ministerio Público en Panamá”, el cual lo consideramos más específico al tema que nos ocupa. Estudio, en el que hemos desarrollado ampliamente los tipos de controles que plantea la doctrina en esta materia; las funciones jurisdiccionales que son sometidas a estos controles y la manera como otras legislaciones lo han regulado y qué adelantos esta realizando nuestro país al respecto. Investigación, que nos ha permitido determinar las diferencias del sistema mixto con el sistema acusatorio, en este tema, sus ventajas y desventajas de uno y del otro.

En ese orden de ideas podemos indicar, que el Sistema Acusatorio, traza una línea bien marcada en las funciones de investigación, acusación, decisión y participación con iguales derechos y obligaciones, en el que debe haber un gran equilibrio. De esta forma el Ministerio Público, se dedicará exclusivamente a realizar sus investigaciones que fundamenten sus decisiones las cuales pueden ser de condenar o absolver y no asumirá las funciones del Órgano Judicial.

En nuestro país, actualmente se ha preparado un anteproyecto de ley para modificar nuestro sistema de procedimiento penal, y todo parece indicar que se busca implementar un Sistema Acusatorio. Lo que exige que se realicen los estudios y análisis correspondientes a fin de crear una ley que venga realmente a combatir la delincuencia, la impunidad, que tenga como resultado una justicia pronta y confiable.

A nuestra opinión, el control que realiza el juez de garantía, en El Sistema Acusatorio es lo más destacado en este sistema, ya que con esta intervención se busca

brindar el cumplimiento a todas las garantías y derechos fundamentales, contemplados en nuestra carta magna, las cuales hoy día, con el sistema actual han estado un poco desamparadas.

Además, con este estudio, implícitamente, podremos conocer las causas que han ocasionado ese desamparo y verificar si con el Sistema Acusatorio no ocurriría lo mismo. De adoptarse el Sistema Acusatorio, implicaría cambios en todo nuestro procedimiento penal y sobre todo el papel que hasta ahora ha tenido el Ministerio Público, cambiaría rotundamente. Y sobre todo muchas figuras jurídicas serían modificadas e incluso eliminadas, ya que muchas de ellas responden directamente al sistema inquisitivo. Estos cambios nos demuestran que el Derecho no es estático y que hay una tendencia por mejorar las instituciones del Derecho específicamente del Proceso Penal.

Es así que para alcanzar nuestro objetivo, con esta investigación, la hemos organizado en cinco capítulos: Un primer capítulo en el que presentamos los aspectos metodológicos. En el segundo capítulo desarrollamos lo referente a las funciones jurisdiccionales y el Proceso Penal panameño. Seguidamente en el tercer capítulo presentamos los medios legales que sirven de control a las funciones jurisdiccionales del Ministerio Público y las experiencias. En el cuarto capítulo revisamos la legislación extranjera en esta materia. En el quinto y último capítulo realizamos un análisis e interpretación de los resultados de la investigación. Igualmente recogemos nuestras conclusiones y recomendaciones las que son una respuesta directa a nuestras hipótesis y objetivos inicialmente planteados en esta investigación. Presentamos gráficamente los

resultados de nuestras encuestas, las que nos ilustran y sustentan claramente nuestras conclusiones. Estudio que nos permitirá conocer la situación real sobre el funcionamiento, eficiencia y eficacia de nuestra normativa legal en materia de controles para evitar la violación de los derechos y garantías fundamentales en Panamá y compararla con el sistema acusatorio adoptado por otros países y sacar nuestras propias conclusiones si se debe o no modificar y establecer los jueces de garantía.

Capítulo Primero

“Aspectos Metodológicos”

1.1. MARCO DE REFERENCIA

Al revisar los estudios que se han realizado en nuestro país respecto a el tema que nos ocupa, a fin de orientarnos de qué se ha hecho y qué se ha dejado de hacer, lo que nos permitiría prevenir errores o repetir los estudios ya realizados, encontramos que son muy pocos los que se han realizado. Entre los que observamos que han brindado mayores aportaciones encontramos:

El Doctor Carlos Muñoz Pope en su obra “Cuestiones sobre el Proceso Penal II. Panamá, 2003”, presenta una serie de trabajos sobre aspectos inherentes al proceso penal, en los que expone su punto de vista personal sobre cada uno de ellos y plantea varios de interés a nuestra investigación.

Al referirse al Incidente de Controversia, hace diferenciación entre su regulación antes de la reforma de 1991 y luego de estas reformas.

Sobre el Presente y Futuro del Proceso Penal Panameño, el autor, fue claro al plantear: “que el sistema de enjuiciamiento penal vigente hoy día en la República de Panamá es anacrónico, obsoleto y violatorio de los derechos fundamentales del individuo, sobre todo si es un extranjero que carece de apoyo y consideración de sus familiares.

Y que repetir en el anteproyecto las viejas instituciones procesales penales de 1987, que vienen del Código Judicial de 1917, es inaceptable y todos debemos luchar contra ello, pues dicha normativa está consagrada para limitar los derechos del imputado y lograr una convicción del mismo a corto plazo”.¹

¹ MUÑOZ, POPE. Carlos. 2003. pp.102-103

En cuanto a los efectos de la sentencia de Hábeas Corpus, manifiesta: que muchas veces estas decisiones sobre la legalidad de la detención preventiva produce efectos desfavorables al sujeto ante el tribunal que conoce de la causa en primera instancia. Plantea los perjuicios que ocasiona a la administración de justicia la falta de tribunales especializados en esta materia.

Vemos que el autor de manera general, revisa dos (2) de los medios legales más importantes y más utilizados en nuestro sistema de procedimiento penal, que si los analizamos intentan servir de control a las funciones jurisdiccionales que realiza el Ministerio Público, con la limitante de que son medios que requieren muchas veces de que sean interpuestos por abogado, amén de los que no los utilizan por temor a que el funcionario de instrucción se moleste y tome represalias, como en muchas ocasiones nos pudimos percatar que ocurre. Cuando nos preguntaban los abogados litigantes cuando laborábamos como agentes de instrucción, “¿licenciada usted se molestaría si nosotros interponemos un Hábeas Corpus, Incidente de Controversia? ya que otros funcionarios de instrucción se molestan.

En otras de sus obras el Doctor Muñoz Pope “Estudios para la Reforma del Proceso Penal” 2004, reproduce una serie de estudios sobre la problemática del proceso penal panameño, con el objeto de poner de relieve los aspectos que deben tomarse en cuenta a la hora de intentar la sustitución del mismo por otro modelo procesal. En el que expone que en nuestro país sigue rigiendo el sistema inquisitivo con toda la carga de defectos y abusos que el mismo representa, por lo que es necesario crear conciencia de la urgente e imperiosa necesidad de cambiar dicho modelo por uno distinto de corte acusatorio o adversarial en el que se respeten los derechos del imputado y limite los

excesos de la autoridad que se producen con base a la normativa vigente o por razón de una inadecuada interpretación del derecho vigente.

Somos concientes de que a pesar de que teóricamente se señala que nuestro sistema de procedimiento penal es mixto, en la realidad práctica nos encontramos que es más inquisitivo, quizás por la necesidad que muchas veces se requiere para la aplicación y cumplimiento de las decisiones que el funcionario de instrucción ordena o por la mala interpretación a la legislación vigente como refiere el autor.

Deja sentada la urgente necesidad de un modelo procesal penal que esté en concordancia con lo previsto con el artículo 22 de la Constitución Política, en el que se consagra la necesaria presunción de inocencia a menos que en juicio público se compruebe la culpabilidad del procesado. Artículo, este, que es fundamental y que a nuestra humilde opinión, si realmente fuera interpretado y aplicado en su sentido literal por quienes administran justicia principalmente por los funcionarios de instrucción, realizarían sus investigaciones y tomarían decisiones en forma más objetivas.

Realiza una distinción y comparación entre los sistemas de enjuiciamiento civil y penal. Señalando que en el proceso civil ha estado dominado un sistema dispositivo, en el que sólo a petición de la parte interesada interviene la jurisdicción estatal para resolver los conflictos que se someten a la consideración de jueces y tribunales, existiendo pocas o nulas facultades oficiosas en el juzgador para actuar sin haber instado por las partes. Es decir que se requiere de la instancia inicial de la parte, pues el juez no inicia de oficio el proceso. Su decisión no debe exceder lo pedido por la parte, ya que son las partes las que establecen el objeto del proceso y el juez debe pronunciarse sólo sobre aquello que las partes han sometido a la consideración del juzgador. La parte que alega debe probar

su afirmación, ya que el juez no puede ni debe suplir la actividad probatoria de las partes que han propuesto y delimitado el objeto del proceso. En este sentido, la prueba de oficio es inaceptable pues la misma suple una actividad ineficiente de la parte a lo largo del proceso mientras que la utilización de diligencias para mejor proveer son admitidas en cuanto tienen por objeto aclarar una situación oscura o ambigua respecto de la actividad probatoria de la parte lo que no supone una actividad dirigida a reemplazar la actividad de la parte, pues la pasividad del juzgador entorno a la iniciativa probatoria se mantiene incólume a este respecto. Sin embargo, nos encontramos, por el contrario que en el proceso penal con un juez dotado de amplias facultades para averiguar la verdad material, de forma que el interés público del proceso se logre en toda su extensión, lo que al parecer ha resultado inconveniente y ello ha motivado la consagración de un proceso penal que tenga por objetivo la verdad formal en el que el juez es un mero árbitro de la pugna de partes encontradas que se enfrentan como adversarios e igualdad de condiciones frente a un tercero imparcial, el juzgador, que no suple la actividad de las partes en el proceso.

Agrega que “la posición del juzgador en nuestro sistema le permite a él mismo acusar y decidir la misma causa y tener amplias facultades probatorias sin necesidad de someterse a las pruebas aducidas por las partes, llegando incluso a tener facultad para decidir el proceso con base en la prueba recabada en la instrucción sumarial sin necesidad de su reproducción en la etapa del juicio oral o plenario, lo que para el autor es una verdadera aberración en todo el sentido de la palabra”.² Por lo que considera que si un mismo funcionario, puede acusar y decidir, no podemos hablar de un sistema mixto, ya

² Ibidem, p.26

que todo el poder recae en el juez. Igualmente, agrega que la consagración de los recursos de Apelación y Casación, como forma de uniformar la jurisprudencia y garantizar la integridad de la ley, son características propias de un sistema inquisitivo. Manifiesta su interés en que en nuestro país se sustituya el sistema de enjuiciamiento penal por un modelo de tipo más o menos acusatorio, en los que se introducen nuevas figuras jurisdiccionales que asumen un papel innovador en el proceso penal, de forma que unos jueces intervienen para controlar la instrucción de la causa y terminan su labor con elevar la causa a juicio.³ Compartimos esta posición, ya que consideramos que todas las personas para que realicen bien sus funciones requieren de ser supervisadas y más cuando se encuentra en juego la libertad y honor de una persona. Además, como seres humanos nos podemos equivocar o estar prejuiciados, sin darnos cuenta de que afectamos las decisiones que tomemos, y no todas las personas aceptamos nuestros errores, por lo que se requiere de terceras personas que nos hagan ver o corregir los mismos. Señala su descontento, en cuanto en que en nuestro medio “es lamentable que los jueces y agentes del Ministerio Público que intervienen en el proceso penal no hayan entendido la misión garantista del proceso penal moderno, pues parece que se ofenda al funcionario que se tilda de garantista, pues se asume que es un funcionario que concede muchos derechos del supuesto delincuente.”⁴ Situación que hemos podido confirmar en aquellos casos en los que obviamente el sindicado se merece una medida cautelar distinta a la detención preventiva pero por el temor a ser visto como un Fiscal o agente de instrucción garantista y mantener una imagen dura e invulnerable no se le concede.

³ Ibidem, pp.26-27

⁴ Ibidem, pp.30-31

Plantea que con estas reformas se lograría un Ministerio Público que no debe asumir funciones jurisdiccionales sino las de un acusador público ante un juzgador que sólo debe decidir. Y que en el texto del Anteproyecto de 1997 se potenciaba la igualdad procesal de las partes acusadoras y partes acusadas durante la fase de juicio oral de la causa, pues se eliminaban los diversos privilegios que existen en favor del Ministerio Público.⁵

No se puede negar que el principio de igualdad de las partes en cuanto a la defensa y Ministerio Público, como acusador, respecta no se cumple, ya que encontramos una serie de privilegios otorgados a los agentes de instrucción, que ocasionan desigualdad entre las partes.

Realiza una narración permonizada de los problemas fundamentales del Proceso Penal Panameño.

Y hace igualmente un análisis al Incidente de Controversia y expone sus deficiencias antes de la reforma de 1991. Vemos pues que el autor describe cual debe ser realmente el objeto del sumario y compara con su experiencia de los últimos años como ha sido en algunas ocasiones las funciones del Ministerio Público en el curso de la instrucción sumarial en el cual se ha tratado más que todo de obtener los elementos probatorios que permitan concluir con certeza la responsabilidad del imputado. Opinión que compartimos, ya que son pocos los agentes de instrucción que cumplen lo establecido en el artículo 2031 del Código Judicial, en el cual se establece el propósito del sumario y en su numeral 3, que reza: “Averiguar todas las circunstancias que sirvan para calificar el hecho punible, o que lo agraven, atenúen o justifiquen.”. (Subrayado es nuestro). Es así

⁵ Ibidem, pp.32-42.

que recordamos en nuestros años como funcionaria de instrucción, cuando ordenamos una prueba de diligencia de reconocimiento, a fin de atenuar la responsabilidad al imputado, ya que los resultados de la misma le favorecerían, manifestándonos su defensor, su asombro de que se practicara una prueba que sabíamos iba a atenuar o desvincular la responsabilidad penal de su cliente y que era la primera vez que veía que se cumpliera con lo establecido en ese artículo.

Estos Cuadernos y Revistas, en los cuales se hacen interesantes y breves análisis sobre los problemas que aquejan a nuestro sistema de procedimiento penal, encontramos que se recogen enriquecedoras opiniones, de profesionales estudiosos y expertos en esta rama del Derecho. Sin embargo, no encontramos un estudio nacional específico, sobre nuestro objeto de estudio, “el Control a las funciones jurisdiccionales del Ministerio Público en Panamá,” sino más bien algunos comentarios o reflexiones al respecto que se aproximan pero que no profundizan sobre el mismo.

Al leer otras obras, de autores nacionales nos encontramos con el “Estudio de Derecho Procesal Penal”, del profesor de Derecho Procesal Penal y Derecho Procesal Constitucional BORIS BARRIOS GONZALEZ, quien a través de dos (2) Tomos realiza comentarios a las normas jurídicas que regulan el procedimiento penal panameño. Quien atribuye, a la ausencia de una Política Criminal científica y coherente del Estado panameño, no haber podido encontrar el camino para una reforma integral y científica de nuestra justicia penal. Lo que ha originado que el texto del Código Judicial de 1987, en materia de procedimiento penal nació viejo, ha sido afectado por un número plural de reformas, algunas concebidas en función de intereses políticos o emociones políticas sino de influencia política internacional, que han venido a constituirse en tendencias

reformistas extrañas por la ausencia de una política criminal definida por parte del Estado nacional y fruto de improvisaciones legislativas.⁶

Realiza una revisión y análisis a los principios que rigen el proceso penal y entre sus comentarios manifiesta que deben entenderse en sentido amplio y no restringido. Opinión que compartimos, ya que somos del criterio de que si se cumplieran al pie de la letra los principios que rigen el procedimiento penal, se respetarían y cumplirían los derechos y garantías fundamentales, garantizándose de esta manera el debido proceso y la protección a la dignidad humana, al que aspiramos.

Explica el desarrollo histórico del sistema de enjuiciamiento penal y realiza un análisis crítico a las garantías constitucionales que recoge nuestra legislación nacional.

Igualmente, analiza las funciones jurisdiccionales en Panamá, brindándonos su punto de vista.

Revisando la bibliografía extranjera nos encontramos con la obra del Doctor David Vanegas González, “EL Sistema Acusatorio” luego de la transmutación normativa ocurrida en Bogotá, Colombia, al sistema de juzgamiento penal, en la que realiza un estudio a la función investigadora de la Policía; la titularidad de la acción penal y el nuevo rol del fiscal; la figura del Juez de Control de Garantías; las medidas de coerción personales y patrimoniales; la acusación pública; el inicio del juicio y las garantías básicas.

En lo que, al tema que nos ocupa, hace referencia de que el propósito de la reforma legislativa colombiana, “ con marcado acento acusatorio, pretende fortalecer la capacidad investigativa de la Fiscalía General de la Nación, limitándola en cierta forma

⁶ BARRIOS, Boris. 2002, p. xii y xiii.

en su facultad constitucional de restringir derechos fundamentales y de tomar determinaciones propias de los jueces, a efectos de que los fiscales se dediquen con mayor aptitud a la actividad pequisidora y con fundamento en sus resultados formulen la acusación ante el juez de conocimiento, o bien, a contrario sensu, soliciten a dicho juez, la preclusión de las investigaciones, cuando, según lo dispuesto en la Ley, no hubiera mérito para acusar.”

Agrega que “lo ideal es que sea el Juez el único servidor del Estado autorizado por la Constitución y la Ley para restringir los derechos básicos de los administrados, sin embargo las circunstancias actuales por la que atraviesa el país y que tienden a debilitar la democracia y las instituciones legítimas, obligan a que la Fiscalía siga con la facultad de tomar decisiones restrictivas de estos derechos, bajo el examen, la verificación y la vigilancia, aunque a posteriori, del juez de control de garantías, lo cual no implica la creación de una nueva categoría de jueces, según lo ha entendido la Corporación Excelencia en la Justicia. Más bien, representa una función en cabeza de un juez cuyo objetivo consiste en establecer, dentro de las treinta y seis horas siguientes, si los fiscales se ajustaron a la Ley al momento de ordenar una captura, un allanamiento, un registro, la incautación de un bien o la interceptación de comunicaciones. Planteamientos, que nos hacen cuestionarnos, de ¿por qué el Ministerio Público realiza estas funciones?.

Por su parte el autor, es de la opinión, la cual compartimos y consideramos muy atinado que para evitar desmanes y abusos que a diario se escuchan, por los usuarios del sistema, por parte del órgano investigativo y en consecuencia armonizar la función investigativa del Estado con la protección efectiva de los derechos humanos de los presuntos autores de las conductas ilícitas, realizar este tipo de reformas, en este sentido.

A lo que el autor hace referencia, que el control de garantías de su país aunque posterior, pero con la función primordial de determinar si el actuar de la Fiscalía estuvo acorde con las disposiciones constitucionales y legales, y enmarcado dentro de criterios de objetividad, son acordes con la situación que atraviesa su país, lo que los coloca en una posición *sui generis* en comparación con otros países del continente, la Fiscalía continuará con la facultad para restringir tales derechos básicos cuando así se requiera para el éxito de las investigaciones.

Controles que analizaremos a fin de determinar cuál debe ser el que debe establecerse en Panamá, para garantizar el objetivo.

Analiza sobre la función de los jueces de control de garantías en Colombia y de que manera se aplica ese control en cada una de las decisiones jurisdiccionales, los términos y figuras que se eliminaron con estas reformas. “Resaltando de que la imparcialidad judicial se afecta en la medida en que el funcionario que investiga tenga facultades de juez, porque él está interesado en el resultado de la investigación. Su función principal es la de investigar los delitos y acusar a los presuntos trasgresores de la Ley penal ante los jueces de la República, lo cual es incompatible, con la función de garantizar la libertad del procesado, si a una misma persona se le asigna las funciones de investigar y de proferir providencia de contenido judicial, cumplirá en forma ineficiente ambas tareas, porque ellas se contraponen. Es que resulta poco creíble que un funcionario o entidad sea capaz de considerar a alguien como eventual responsable de un delito y lo llame a indagatoria, para luego, pocos días después, ese mismo funcionario o entidad determine imparcialmente si el investigado debe ser detenido o puesto en

⁷ VANEGAS, GONZALEZ. David, 2004 p.78

libertad., casi nadie es un buen evaluador de sus propias investigaciones”. A lo que nosotros agregaríamos que no es fácil que el ser humano acepte los errores, por lo que siempre existirá la tendencia por parte del funcionario que investiga, de mantener sus decisiones y tratar de buscar sólo aquellas pruebas que comprueben que su decisión fue la correcta.

1.2 MARCO METODOLÓGICO

Para realizar esta investigación ha sido necesario recurrir a procedimientos, técnicas e instrumentos con los que se puedan alcanzar un buen desarrollo del tema “el Control a la funciones jurisdiccionales del Ministerio Público en Panamá”.

Por tratarse de una investigación de tipo Explorativa, Descriptiva y Evaluativa, toda vez que decimos que es Explorativa por la ausencia de estudios previos sobre la problemática que se investiga, por lo que procederemos a revisar los estudios nacionales y extranjeros, la doctrina, leyes nacionales y extranjeras, la opinión de funcionarios del Ministerio Público y del Órgano Judicial, como a abogados particulares.

Es Descriptiva, porque registramos los hechos de acuerdo a su realidad, es decir que los resultados de la investigación han sido plasmados tal y como lo hemos recibido, a fin de posteriormente exponer nuestras conclusiones y determinar si se prueban o no nuestras hipótesis.

La denominamos Evaluativa, porque a través de nuestro estudio haremos un diagnóstico de cuál sistema o procedimiento es el más efectivo para el control de las

funciones jurisdiccionales del Ministerio Público en Panamá, por lo que haremos una evaluación a fin de determinar la efectividad o no de los controles existentes actualmente con los que se proponen con el juez de garantía.

Para lograr los objetivos de nuestro estudio hemos tomado como población de estudio los Jueces, Magistrados, Fiscales, Personeros, Defensores y Abogados particulares con experiencia en la rama del Derecho Procesal Penal, toda vez que conocen la realidad práctica y teórica de nuestro sistema de procedimiento penal, actual, en nuestro país y nos pueden compartir sus conocimientos, experiencias y opiniones al respecto.

1.2.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:

Actualmente, se discute y se plantea a nivel mundial de que el Sistema Mixto (Inquisitivo y Acusatorio), que rige en nuestro país, no responde a las necesidades actuales de la justicia penal, es así que autores como Pessina señalan: que ninguno de los dos sistemas históricos del proceso penal reúne en sí todas las garantías necesarias para un acertado ejercicio de la justicia penal y ambos tienen graves defectos que los hacen totalmente inadecuados para nuestros días. Hoy día en donde se destaca la humanización, se habla de despenalización de las conductas típicas o destipificación, la desprisonalización, en el que se plantea la detención preventiva pero no como regla general y se señala la aplicación necesaria de medidas alternativas, se admite la coexistencia del principio de oportunidad con el de legalidad; de la instrucción sumarial reservada se pasa a la no reserva del sumario; se ha eliminado la incomunicación del

detenido; se establece el derecho a la no incriminación y, se reconoce que el imputado cuente con un abogado a lo largo de toda la investigación y proceso. Cambios estos que nos demuestran que el Derecho no es estático, que hay una tendencia por mejorar las instituciones y orientar nuevos principios dentro del marco de una propensión mundial generalizada hacia el desarrollo del respeto de los derechos y garantías individuales. Encontramos así, que países como Chile, Paraguay, Uruguay, Argentina, Costa Rica y Colombia, entre otros han realizado cambios en su procedimiento penal en base a ese interés de una justicia eficaz, rápida y adecuada en donde se respeten las garantías y derechos fundamentales, descongestionar los despachos judiciales y el de implantar un sistema que garantice eficacia y pronta justicia. Y sobre todo el de alejar a los Fiscales de la función de velar por los derechos fundamentales del sindicado, dedicándose con toda energía a investigar los delitos, asignándole estas funciones a otro funcionario, cumpliéndose de esta manera realmente con el principio de imparcialidad, lo que responde a los principios del Sistema Acusatorio que deja a un lado al Inquisitivo.

En Panamá, en el que nos rige el Sistema Mixto, aunque exista una división entre las etapas sumarial, a cargo del Ministerio Público y plenaria a cargo del Órgano Judicial, mucho se critica y se señala que es más inquisitivo debido a la concentración de facultades otorgadas a los funcionarios de instrucción y a el juzgador, quienes en su momento tienen facultades de acusar y decidir a el mismo tiempo sobre la responsabilidad o no del sindicado, así como sobre sus derechos fundamentales, respectivamente. Sin embargo, encontramos que en el Sistema Acusatorio se introducen nuevas figuras jurisdiccionales en el proceso penal y la intervención de unos jueces conocidos como Jueces de Garantía, quienes supervisan la instrucción de la causa y otros

jueces serán los que dictarán sentencia sobre el caso, garantizándose de esta manera la imparcialidad y objetividad del juez que va a decidir el fondo.

No hay duda que atravesamos por una crisis en nuestro sistema de enjuiciamiento penal, y que existe una tendencia hacia el reconocimiento e implementación de un modelo garantista, el abandono del modelo de corte inquisitivo por un modelo procesal más Acusatorio o Adversarial, buscándose fundamentalmente evitar la concentración de poderes o facultades en un mismo sujeto, ya que se establecen distintas funciones para los sujetos procesales. Entendiéndose, que el Ministerio Público, instruye la causa, no realizará funciones jurisdiccionales sin control y concentrándose sus funciones mas que nada en acusador ante el juez de la causa. Esta ha sido la tendencia utilizada por otros países hermanos, tales como Colombia que ha puesto en funcionamiento el sistema acusatorio, prediciéndose que se dejará de tener una justicia larga e ineficiente, según los simpatizantes del cambio, para pasar a redistribuir funciones en las tres partes procesales. En los países Europeos, se han elaborado los nuevos Códigos para el proceso penal, cuya inspiración va hacia el reforzamiento de las características del Sistema Acusatorio, fundamentados en la búsqueda de la ideología liberal, el valor de la libertad individual, la plenitud de defensa del imputado, la igualdad de armas según el método de la oralidad, pruebas practicadas en el juicio.

Es así que las nuevas tendencias que rigen al proceso penal en nuestro días imponen la necesidad de diseñar un sistema penal eficaz y garantista de tal manera que la ley penal no sea letra muerta, sin que se dejen de lado los derechos y garantías que el Estado debe respetar, para lograrlo los estudiosos del Derecho e institutos recomiendan dejar de lado el viejo proceso inquisitivo y establecer un sistema con un juez imparcial,

que no haya tenido intervención en la instrucción ni el control de la misma, en el que la fase sumarial no se convierta en un juicio anticipado. En este sentido, realizaremos nuestro estudio investigativo, a fin de determinar las ventajas de que se establezca en Panamá, un sistema de enjuiciamiento penal con control a las funciones jurisdiccionales realizadas por el Ministerio Público, ya que existen posiciones en contra que señalan que esto sería impedir la actuación de las autoridades en el desarrollo de su labor en la lucha contra la delincuencia y que estos controles son innecesario, por existir en nuestro país los mecanismo legales que garantizan el fiel cumplimiento a los derechos fundamentales.

1.2.2 ALCANCE Y DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN:

Muchos son los aspectos que pueden ser estudiados como tema de investigación en lo que respecta al Sistema Acusatorio, debido a la trascendencia mundial que está ocasionando en las últimas reformas a los sistemas de enjuiciamiento penal de algunos países, sin embargo en esta investigación hemos querido delimitar su alcance a investigar las Ventajas que puede generar para nuestro país el de establecer control a las funciones jurisdiccionales que en un momento dado debe realizar el Ministerio Público, dentro de la investigación sumarial, lo que nos permitirá determinar si realmente se requiere en nuestro país las reformas a nuestro procedimiento penal en este sentido, ya que existen las posiciones en contra, anteriormente citadas.

1.2.3 JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN:

Tal y como hemos venido señalando la tendencia hoy día es la de reformar el procedimiento penal hacia un sistema con inclinación acusatoria en la que se divida las dos funciones básicas de modo que el Ministerio Público se encargue de investigar y el Juez le queda así reservada la tarea de autorizar o de tomar decisiones pero nunca la de investigar; y principalmente se recomienda eliminar la concentración de funciones o más bien la creación de jueces garantistas que sirvan de control ante las funciones jurisdiccionales, ya que con el sistema actual, en la etapa sumarial el Ministerio Público realiza funciones jurisdiccionales tales como ingresar a domicilios en busca de pruebas, efectuar investigaciones corporales o mentales sobre el imputado o sobre un testigo, actos estos en los que se puede afectar el ámbito de la intimidad o bien la reserva debida a los documentos privados o la propiedad o la integridad física de las personas, sin ningún tipo de control. Como todos sabemos, la protección de esos bienes no es absoluta, sino que exige que, toda vez que ellos pudieren resultar afectados, se tomen decisiones formales, decisiones que actualmente son decretadas por los mismos funcionarios que la realizan. Con la implementación de un Sistema Acusatorio, la presentación de las pruebas deben ser en la audiencia oral, de manera que al realizarse un anticipo de pruebas cuando así lo ameriten ya sea porque sea necesario o urgente, también se debe cumplir con que se anticipen las condiciones básicas del juicio como lo es el control sobre la prueba, lo que deben ser medios excepcionales. Cambiándose de esta manera, los sistemas procesales latinoamericanos, en el que la prueba se adquiere en la etapa de la investigación, donde se dictan sentencias basadas en las pruebas adquiridas en el sumario. Es decir un sistema

en el que el funcionario de instrucción realiza cuatro actividades: investiga, toma decisiones, autoriza allanamientos y realiza pruebas anticipadas, por lo que mucho se critica de que los agentes del Ministerio Público concentran una gran cuota de poder sobre el proceso penal, se recomienda que se establezca un sistema en el que los fiscales solo tengan la responsabilidad de investigar y los jueces vigilen y controlen la investigación. Lo que nos motiva a realizar una investigación al respecto, a fin de determinar Cuáles serán las ventajas de establecer un sistema en el que existan controles a estas funciones jurisdiccionales que realiza el Ministerio Público, en la etapa preparatoria, en Panamá, ya que hay quienes señalan que esto sería impedir la actuación de las autoridades en el desarrollo de su labor en la lucha contra la delincuencia, y sería más bien para beneficiar a los defensores y que se generaría la impunidad en los delitos.

Consideramos que si bien nuestro sistema de enjuiciamiento penal está en crisis, ante las deficiencias del sistema, sus reformas ameritan estudios objetivos que nos permitan determinar cuál modelo adoptar y no copiar los sistemas de otros países que tienen realidades económicas y políticas muy diferentes a las nuestras. Es así que somos de la opinión que con este estudio determinaremos si es o no ventajoso para nuestro país, establecer control a las funciones jurisdiccionales que realizan los agentes del Ministerio Público, lo que nos brindará una respuesta a estas contradicciones o inquietudes que escuchamos a diario en el mundo jurídico.

1.2.4 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN:

En esta investigación se tratará de lograr los siguientes objetivos:

OBJETIVO GENERAL:

- Determinar las ventajas de establecerse un control a las funciones jurisdiccionales que realiza el Ministerio Público, en Panamá, dentro de la instrucción sumarial.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

- Señalar si realmente en nuestro país se requiere de establecer un control a las funciones jurisdiccionales que realiza el Ministerio Público.
- Identificar cuál modelo debe adoptar Panamá de realizarse las reformas al sistema de enjuiciamiento penal, en cuanto al control de las funciones jurisdiccionales.
- Elaborar los lineamientos que deben tenerse presente al momento de reformar nuestro Sistema de enjuiciamiento penal, en materia de control a las funciones jurisdiccionales que realiza el Ministerio Público.

1.2.5 HIPÓTESIS GENERALES:

1. Establecido un control a las funciones jurisdiccionales del Ministerio Público, se garantiza que no se violen los derechos fundamentales.
2. Al establecerse jueces de garantías, los agentes del Ministerio Público se concentrarían más y mejor en sus funciones como investigador de los delitos, actuando con mayor objetividad.
3. De no establecerse control a las funciones jurisdiccionales, no se garantiza el principio del debido proceso, de la presunción de inocencia ni de imparcialidad en la administración de justicia.
4. El control a las funciones jurisdiccionales del Ministerio Público impide la actuación de las autoridades investigativas en la lucha contra los delitos.
5. Los controles jurisdiccionales son innecesarios, ya que en nuestra Legislación, existen los medios legales para impugnar los actos que violen las garantías fundamentales.
6. Con el control a las funciones jurisdiccionales del Ministerio Público sólo se beneficia a los abogados defensores y se genera impunidad en los delitos, aumentando la delincuencia.

1.2. 6 OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES

Contamos con las siguientes variables, las cuales para su mejor comprensión pasaremos a la operacionalización de las mismas

En cuanto a la primera variable **“Los jueces de garantía, controlan las funciones jurisdiccionales del Ministerio Público “(independiente).**

“garantizándose que no se violen los derechos fundamentales de los ciudadanos”
(dependiente)

- **Jueces de garantía:** En los ordenamientos que lo prevén, es el llamado por ley a conocer las gestiones a que de lugar el respectivo procedimiento se pronunciará sobre las autorizaciones judiciales previas que solicitare el Ministerio Público para realizar actuaciones que privaren, restringieren o perturbaren el ejercicio de derechos asegurados por la Constitución.⁸
- **Controlar:** Fiscalizar, inspeccionar, examinar.
- **Funciones jurisdiccionales:** la función jurisdiccional penal es el ejercicio legítimo y privativo pero autolimitado del poder punitivo del Estado, delegado en la magistratura y los jueces, de administrar justicia en los asuntos penales.⁹
- **Ministerio Público:** Función estatal tendiente a la aplicación por el órgano jurisdiccional de la ley penal a los infractores de ésta a través del

⁸ www.defensoriapcnal.cl/archivos/1132775062.pdf

⁹ BARRIOS, Boris, 2002, p.274.

inicio de los procedimientos contemplados en la ley procesal. Es una función pública y objetiva. En relación jurídica procesal penal, se utiliza genéricamente la expresión para designar al magistrado o funcionario que ejerce esta función y en general al conjunto de procuradores, fiscales y personeros que integran este órgano del Estado. El agente del Ministerio Público es sujeto necesario y esencial en todas las fases del proceso penal, aunque no en todas realiza la misma función. Es órgano de investigación, con el apoyo de la Policía Judicial, en la fase preprocesal de la investigaciones preliminares. Es órgano incriminatorio al promover la acción penal contra el imputado culminada la fase investigativa e iniciada la fase procesal propiamente dicha y es parte requiriente al presentar solicitudes (inclusive impugnatorias) ante el juez durante la sustanciación de la acción penal formalmente planteada.¹⁰

- **Garantizar:** Cosa que asegura y ampara contra un riesgo o necesidad.¹¹
- **Violen:** Del verbo violar. Infringir, quebrantar.¹²
- **Derechos fundamentales:** Conjunto de aquellos de que gozan los individuos como particulares y que no pueden ser restringidos por los gobernantes.¹³
- **Ciudadanos:** Habitante de la ciudad.¹⁴

¹⁰ CUESTAS, Carlos H. "Diccionario de Derecho Procesal Penal". 2000, pp.48-49.

¹¹ Diccionario Enciclopedia Geminis, Op.cit. p.727

¹² Ibidem, p.1697.

¹³ OSORIO, Manuel. "Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales". 1981, p.241

Interrelacionando los conceptos podemos plantear la hipótesis: Funcionario que al fiscalizar o examinar, las decisiones judiciales del ente, al aplicar la ley penal a los infractores, asegura que no se infrinjan los derechos individuales que recoge la Constitución Política a los habitantes.

INDICADORES:

- Legislación Comparada
- Jueces
- Fiscales
- Personeros
- Magistrados
- Abogados particulares y Defensores
- Doctrina

Segunda variable: **“Establecer jueces de garantía”** (independiente)

“los agentes del Ministerio Público se concentrarían más y mejor en sus funciones”
(dependiente)

- **Establecer:** Fundar e instituir.¹⁵
- **Concentrar:** Reunir en un centro o punto lo que estaba separado.
Reconcentrarse.¹⁶
- **Mejor:** Superior a otra cosa.¹⁷

¹⁴ Ibidem, p.350

¹⁵ GEMINIS, Op.cit.p.644

¹⁶ Ibidem, p.381

¹⁷ Ibidem, p.1042

- **INDICADORES:**
- **Legislación comparada**
- **Fiscales**
- **Personeros**

Tercera variable: “No establecerse controles a los funciones jurisdiccionales” (independiente)

“No se garantiza el principio del debido proceso, presunción de inocencia ni de imparcialidad en la administración de justicia” (dependiente)

- **Principio del debido proceso:** El Estado quien posee el derecho de castigar o ius puniendi, poder que realiza en forma limitada al establecer la sociedad controles a fin de evitar improvisaciones y garantizar a todo imputado el respeto a sus derechos fundamentales.

Es así que autores como Suárez Sánchez, señalan que destinatario de la acción penal tiene derecho a un proceso que ha de desarrollarse de manera determinada, sin que pueda ser sorprendido ni con un delito y una pena no señalados con anterioridad, ni con un rito desconocido.¹⁸

Al tratar el proceso debido, en la doctrina nacional el Doctor Muñoz Pope, quien siguiendo a Gimeno Sendra, Caferatta, González Pérez y Esparza dice que el contenido del proceso debido implica o conlleva los siguientes aspectos:

¹⁸ SUAREZ SANCHEZ, Alberto. “El Debido Proceso Penal” Bogotá, Colombia. 1998, p.195

- **Derecho a Juez predeterminado por ley:** previsto en el artículo 32 de la Constitución Política “nadie será juzgado sino por autoridad competente”
- **Derecho a la asistencia de un abogado:** artículo 22 de la Constitución Política “quien es detenido tendrá derecho desde ese momento a la asistencia de un abogado en las diligencias policiales y judiciales.
- **Derecho a la defensa:** artículo 22 de la Constitución Política, “quien sea detenido tendrá derecho desde ese momento a la asistencia de un abogado en las diligencias policiales y judiciales”.
- **Derecho a la presunción de inocencia:** artículo 22 de la Constitución “las personas acusadas de haber cometido un delito tienen derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad”
- **Derecho a un juicio público:** recogido igualmente en nuestra carta magna, en el artículo 22, “mientras no se pruebe su culpabilidad en juicio público”.
- **Derecho a igualdad de posiciones:** Artículo 8 de la Convención Americana de los Derechos Humanos. Las partes deben tener igualdad de medios procesales para actuar en defensa de sus intereses dentro de la relación jurídica procesal y cualquier desigualdad de medios produce indefensión en la parte contraria.
- **Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas:** Artículo 8 de la Convención Americana de los Derechos Humanos
- **Derecho a la tutela judicial efectiva:** Artículo 8 de la Convención de los Derechos Humanos

- Derecho a recurrir ante autoridad superior a la que resolvió la causa:
Artículo 8 de la Convención de los Derechos Humanos
- Correlación entre acusación y sentencia : Artículo 8 de la Convención de los Derechos Humanos.

Para Boris Barrios, el debido proceso penal asimila e impone subordinación del poder de instrucción y de jurisdicción a derechos tales como:

- Derecho del imputado a ser asistido por interprete o traductor, pagado por el Estado, si manifestara no hablar correctamente el idioma español.
- Derecho a ser informado, previa y detalladamente, de las causas y razones del hecho que se le imputa.
- Derecho del imputado a contar con el tiempo suficiente y los medios adecuados, en igualdad de condiciones, para ejercer la defensa en el proceso.
- Derecho ser oído y a designar un defensor de su confianza o en su defecto contar con un defensor público (de oficio), pagado por el Estado, y a mantener comunicación libre y confidencial con su defensor.
- Derecho controvertir pruebas y a que se practiquen las pruebas que solicite personalmente el ejercicio de la defensa material o las que solicite su defensa técnica y de que se haga constar en el proceso tanto lo que le desfavorece como lo que le favorece.
- Derecho a guardar silencio, en todo o en parte, y a no declarar en contra de sí mismo ni a declararse culpable.

- Derecho a ejercer el beneficio de doble instancia y recurrir el fallo dictado en su contra y ante juez o tribunal superior.
- Derecho a ser juzgado por juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido por ley anterior, según artículo 32 de la Constitución Política.
- Derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable
- Derecho a ser juzgado conforme a ley anterior
- Derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías de su defensa
- Derecho a no ser coaccionado ni intimidado para que declare en contra de sí mismo ni de su cónyuge o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.
- Derecho a ser sentenciado por el delito al que se le llamó a responder en causa y no por otro.¹⁹
- A nuestra opinión tendríamos que agregar el principio *Non bis in idem*, contemplado en el artículo 32 de la Constitución Nacional, por lo que nadie puede ser juzgado dos veces por la misma causa..

Señala por su parte del Doctor Arturo Hoyos, que este principio “como institución instrumental, que engloba una amplia gama de protecciones y dentro de la cual se desenvuelven diversas relaciones, por lo que decimos que es compleja, sirve de

¹⁹ Ibidem, pp.45-46

instrumento para que puedan defenderse efectivamente y satisfacerse los derechos de las personas, las cuales, en el ejercicio de su derecho de acción, formulan pretensiones ante el Estado para que éste decida sobre ellas conforme a derecho”.²⁰

Agrega, que la Corte Suprema de Justicia, desde de 1990, ha prohiado su concepción amplia del debido proceso y en diversas sentencias ha recogido su definición como propia de la Corte Suprema de Justicia “el debido proceso como institución instrumental de carácter general: su alcance a todos los procesos, necesidad de regulación legal de ellos y el desarrollo del proceso sin dilaciones injustificadas.”²¹

Es así que compartimos lo planteado, por los aspectos que comprende el principio del debido proceso penal, a lo que agregaríamos que hablar de este principio no es más que recoger en cierta forma todos los principios procesales. Consideramos que un sistema de enjuiciamiento penal que cumpla a cabalidad con este principio no tendría ninguna crítica ni queja alguna.

Cuando hablamos del principio del debido proceso penal, tenemos que entender que abarca aspectos formales y materiales, encontrándose el debido proceso penal formal y el debido proceso material. Ya que es formal porque nadie puede ser juzgado sino es cumpliéndose las formalidades legales previamente establecidas en la ley, es decir la formalidad de la celebración del acto o diligencia.

Y es material, según Suárez Sánchez, es el adelantamiento de las etapas del proceso y el cumplimiento de las distintas actuaciones judiciales, con sujeción a las garantías constitucionales y legales, como límite a la función punitiva del Estado.²²

²⁰ HOYOS, Arturo. “Primer Congreso Panameño de Derecho Procesal”. 2004, p.310.

²¹ Ibidem, p.313

²² SUAREZ, SANCHEZ, Alberto. Op.cit., p.196

➤ **Principio de la Presunción de Inocencia:**

De acuerdo al Diccionario de la Lengua Española, el término **Principio** es definido: Primer instante del ser de una cosa. Norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta.

Para nosotros, es algo más que una idea fundamental que rige, sino lo que orienta, da directrices e informa que hacer. En sentido práctico significa que las actuaciones de los abogados, agentes de instrucción y juzgadores, deben ser guiados y acatar lo que estos les indiquen.

Al entrar a revisar el concepto completo del Principio de la Presunción de Inocencia, consideramos necesario revisar el concepto de Presunción.

Según, el mismo Diccionario es la que por ordenamiento legal se reputa verdadera, en tanto que no exista prueba en contrario.

Encontramos que este principio resulta ser uno de los más antiguos ya que hasta donde conocemos aparece consignado por primera vez en el artículo 9 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, cuyo texto dice “Todo hombre se presume inocente hasta que sea declarado culpable”.

En Panamá, este principio tiene rango constitucional y legal, recogándose en el artículo 22 de la Constitución Política y el artículo 1942 del Código Judicial, al establecer:

Artículo 22: “Toda persona detenida debe ser informada inmediateamente y en forma que le sea comprensible, de las razones de su detención y de sus derechos constitucionales y legales correspondientes.

Las personas acusadas de haber cometido un delito tienen derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad en juicio público que le haya

asegurado todas las garantías establecidas para su defensa. Quien sea detenido tendrá derecho, desde ese momento, a la asistencia de un abogado en las diligencias policiales y judiciales. La ley reglamentará esta materia. "

Artículo 1942: "Toda persona tiene derecho a su libertad personal y frente a toda denuncia se presume su inocencia".

De lo que comprendemos, que debe prevalecer la presunción de inocencia ante la presunción de la culpabilidad, lo que nos lleva a cuestionarnos, si en nuestro sistema de procedimiento penal o mejor dicho si actualmente los funcionarios de instrucción son cuidadosos en este sentido. Es decir que si son cuidadosos al ordenar una detención preventiva y que no la ordenan a la ligera, teniendo como norma este principio de la presunción de inocencia. Al revisar la investigación del Profesor Benedicto De León Fuentes, sobre la decadencia del Principio de la Presunción de Inocencia, quien realizó una investigación al respecto, concluye que en Panamá:

- "se observa una atención un tanto displicente en cuanto al examen que los casos requieren, sobre todo cuando se trata de detenidos que pueden sufrir largos períodos encarcelados con los consecuentes perjuicios que ello representa.
- Cuando alguien es acusado de haber cometido algún delito, esa persona al igual que los testigos que aporte pierden credibilidad.
- El funcionario de instrucción para ordenar la detención de un acusado no examina mas que si el delito de que se trate tenga señalada pena mínima de dos años de prisión, pese a que la norma le dice que debe tomar en

cuenta otros factores, como por ejemplo el material probatorio, la peligrosidad o no del imputado, si trabaja, si tiene familia, hijos, si viaja, en fin elementos que pueden indicarle al funcionario que puede aplicar otra medida cautelar que no sea precisamente la mas severa, la detención preventiva.”²³

Para mejor comprensión observamos que el artículo 2140 del Código Judicial, establece:

“Cuando se proceda por delito que tenga señalada pena mínima de dos años de prisión y exista prueba que acredite el delito y la vinculación del imputado, a través de un medio probatorio que produzca certeza jurídica de ese acto y exista, además, posibilidad de fuga, desatención al proceso, peligro de destrucción de pruebas, o que pueda atentar contra la vida o salud de otra persona o contra sí mismo, se decretará su detención preventiva. Si el imputado fuere una persona con discapacidad, el funcionario, además tomará las precauciones necesarias para salvaguardar su integridad personal.” (Subrayado es nuestro).

Observamos que si bien la norma establece que cuando se proceda por delito que tenga pena mínima de dos años de prisión y exista los elementos que acrediten la comisión del hecho punible y la vinculación, procede la orden de detención, pero es clara al utilizar el término y exista enumerando ciertas circunstancias que acompañen lo anterior, que de acuerdo a nuestra experiencia son pocos los agentes de instrucción que toman en cuenta estos elementos.

La presunción de inocencia, no solamente esta consagrado en nuestra Constitución y la Ley, si no que aparece igualmente consagrado en diversos convenios

²³ Memoria del Primer Congreso Panameño de Derecho Procesal. 2004, pp.132.

internacionales de los que Panamá, es signataria: El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966, La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de 1969, El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos de 1950, La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos adoptados en Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente entre otras.

Es así que este principio, el que es de obligatorio cumplimiento, debe estar presente en todos los funcionarios de instrucción y juzgadores al momento en que deciden una detención preventiva. Tal y como señala el Profesor Benedicto De León Fuentes “cuando un funcionario de instrucción ordena una detención preventiva, debe ser porque considera que el material probatorio allegado al expediente es suficiente para destruir la presunción de inocencia consagrada en la Constitución y la Ley, además de que se cumplan con los otros requisitos. No hacerlo así implica presumir lo contrario, la culpabilidad.”²⁴

Como consecuencias de la presunción de inocencia señala el Profesor De León, se cumple con: La no obligación de probar su inocencia, ya que le corresponde al Ministerio Público probar su culpabilidad, ya que la inocencia se presume; la no obligación de confesar en su contra; que en caso de duda esta debe beneficiar al acusado y que la orden de libertad debe ser mantenida aunque la misma sea apelada. Y de no cumplirse con este principio se afectan los siguientes: Principio del favor libertatis, el in dubio pro reo, la motivación de la sentencia y la valoración de las pruebas conforme a la regla de la sana crítica.

²⁴ Ibidem, p.112

Vemos, que es este un principio ampliamente garantista, el cual abarca otra serie de beneficios, por lo que si se cumpliera a cabalidad no hubieran quejas ni críticas del sistema

➤ **Principio de Imparcialidad:**

Este principio el cual es más sencilla su comprensión, a diferencia de los otros dos presentado, podemos brevemente indicar que con el propósito de garantizar la transparencia y credibilidad en la administración de justicia, y el de posibilitar la función juzgadora sin interferencia alguna, interna o externa al poder judicial, nuestra Constitución recoge:

Artículo 207 de la Constitución Política que los Magistrados y Jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones y no están sometidos más que a la Constitución y a la ley; pero los inferiores están obligados a acatar y cumplir las decisiones que dicten sus superiores jerárquicos al revocar o reformar, en virtud de recursos legales, las resoluciones proferidas por aquellos.

Igualmente, en el artículo 8 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, también recoge este principio al establecer: *“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial”*.

Y para garantizar la independencia e imparcialidad, nuestra legislación ha establecido causales de impedimento y que de no cumplirse se han establecido la recusación.

➤ **Administración de justicia:** Conjunto de los tribunales de todas las jurisdicciones cuya misión consiste en la interpretación y aplicación de las

normas jurídicas. Potestad que tienen los jueces de aplicar las normas jurídicas a los casos particulares.²⁵

➤ **INDICADORES:**

- Legislación Comparada
- Abogados y defensores
- Jueces

Cuarta variable: “ Los jueces de garantía como control a las funciones **jurisdiccionales del Ministerio Público**” (independiente)

“impiden la **actuación** de las autoridades investigativas en la lucha contra los delitos”. (dependiente)

- **Impedir:** Estorbar, imposibilitar la ejecución de una cosa.²⁶
- **Actuaciones:** autos de un procedimiento judicial.²⁷
- **Autoridades investigativas:** Mejor conocidas como fiscales o jueces de instrucción, que son aquellos que instruyen el proceso a través de la recopilación de los medios de prueba para decidir si solicita el llamamiento a juicio del imputado o su sobreseimiento.²⁸
- **Lucha:** Contienda, disputa. Actividad encaminada a satisfacer las necesidades morales y materiales de la vida.²⁹

²⁵ OSSORIO, Manuel. Op.cit, p.36

²⁶ GEMINIS, Op.cit. p.842

²⁷ Ibidem, p.18.

²⁸ CUESTAS, Carlos. Op.cit., p.44

²⁹ GEMINIS, Op.cit., p.974

- **Delitos:** El acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal.³⁰

INDICADORES:

- Legislación comparada
- Fiscales
- Personeros

Quinta variable: “Los jueces de garantías son innecesarios” (independiente)

“ ya que en nuestra Legislación, existen los medios legales para impugnar los actos que violen las garantías fundamentales” (dependiente)

- **Innecesario:** Que no es necesario.³¹
- **Medios Legales:** Se trata de los instrumentos que nos ofrece y regula la ley.
- **Impugnar:** Combatir, contradecir, refutar.³²

INDICADORES:

- Legislación Comparada
- Fiscales
- Jueces

³⁰ OSSORIO, Manuel. Op.cit., p.212.

³¹ GEMINIS, Op. cit., p.864

³² Ibidem, p.846.

- Abogados y Defensores
- Magistrados
- Personeros

Sexta variable: “Los jueces de garantía, como control a las funciones jurisdiccionales del Ministerio Público” (independiente)

“Benefician a los abogados defensores, generando la impunidad en los delitos”(dependiente)

- Beneficiar: Hacer bien. Cultivar, hacer fructificar una cosa.³³
- Abogados defensores
- **Impunidad:** Es definido por el Diccionario de la Academia como falta de castigo; como impune es lo que se queda sin castigo.³⁴
- **INDICADORES:**
- Legislación Comparada
- Fiscales
- Abogados particulares y Defensores

³³ GEMINIS. Op.cit., p.204

³⁴ OSSORIO, Manuel. Op.cit., p.366

Capítulo Segundo
“Las funciones jurisdiccionales y el Proceso Penal
Panameño”

2.1 FUNCIONES JURISDICCIONALES

2.1.1 CONCEPTO

Antes de continuar desarrollando nuestra investigación, consideramos muy importante detenernos a revisar qué debemos comprender por el término funciones jurisdiccionales, el cual representa el punto central de este estudio. El cual se encuentra muy ligado al de jurisdicción, sobre el mismo no existe, respecto a su definición, procedencia y significado. Dejando de lado estas polémicas que no nos ocupan en estos momentos, encontramos el siguiente concepto: “la legítima potestad del Estado de administrar justicia, de igual categoría que la administrativa y legislativa, con lo que establecemos nuestro objeto de exposición”. Y en consecuencia, “esa actividad del Estado, para actuar coactivamente las normas jurídicas, es, en esencia, la función jurisdiccional de carácter pública”.

De acuerdo a nuestra legislación panameña, la jurisdicción es ejercida por un órgano específico denominado Órgano Judicial, de carácter público en virtud de normas de carácter constitucional y legales que así lo establecen.³⁵

La función jurisdiccional, emana de la soberanía del Estado, permite establecer el propósito de pacificación social, al sustituir el instinto por el raciocinio; porque el Estado utiliza una razón imparcial antes de llegar a la utilización de la fuerza, la cual, por lo

³⁵ BARRIOS, Boris Op.cit, p.273

demás, es limitada.³⁶ Es decir, que cuando se toman estas decisiones judiciales las cuales pueden ser la detención preventiva, esta decisión la puede emitir el Estado, por el poder que posee, que emana de su soberanía, con el único propósito de brindar o garantizar paz en la sociedad, sustituyéndose de esta manera el instinto, ya que si nos dejamos llevar por el instinto humano, ante un hecho como por ejemplo, un homicidio a uno de nuestros hijos, vamos a querer proceder, mínimo en agredir a el causante del hecho, pero prevaleciendo el raciocinio que impone el Estado, se evita aplicar estas fuerzas. Igualmente, podemos explicar, la función jurisdiccional, de acuerdo a los conceptos estudiados, cuando se ordena practicar una diligencia de allanamiento y registro, a una residencia. Todos sabemos que una residencia es una propiedad privada, a la que nadie puede entrar, sin autorización del propietario, pero este derecho no es absoluto, ya que el Estado gracias a ese poder que conserva, puede entrar a esa residencia, pero con ciertas limitaciones y cumpliendo ciertos procedimientos, lo que constituye el raciocinio, ante el instinto. Porque puede ocurrir, que usted le hurtan en su casa un televisor y usted sabe en qué residencia lo tienen, usted no puede actuar por instinto y entrar a sacar su bien, por eso decimos que el Estado sustituye el instinto por el raciocinio.

Otra definición que encontramos es que, la jurisdicción, es una función pública estatal instituida en la Constitución Política y desarrollada en Ley, y que se realiza mediante el Órgano Judicial con la finalidad general de declarar el derecho positivo y procurar la defensa social.³⁷

³⁶ CLARIA OLMEDO, Jorge., 1960, p.89.

³⁷ Boris Barrios, Op.cit, p.274

Por otro lado tenemos que la función jurisdiccional penal “es el ejercicio legítimo y privativo pero autolimitado del poder punitivo del Estado, delegado en la magistratura y los jueces, de administrar justicia en los asuntos penales.

El proceso penal, siempre está dirigido a alcanzar la declaración judicial sobre su contenido, es decir que la declaración judicial constituye el fin de la función jurisdiccional penal, la cual se realiza, **por delegación en nombre de la República y por autoridad de la Ley**”; rezo este que se lee en la resoluciones judiciales que significa que se trata del ejercicio de la función jurisdiccional penal del Estado. Analizado de la siguiente manera: En primer lugar, la declaración jurisdiccional penal se hace, en nombre del Estado, como titular del poder soberano, en virtud al artículo 1 de la Constitución Política, por pertenecer al Estado, ese derecho de juzgar, el cual delega en los magistrados y jueces y se traduce en el poder jurisdiccional. En segundo lugar, por autoridad de la ley, porque es de donde proviene el poder jurisdiccional.

El poder judicial, al que también suele denominarse Órgano Jurisdiccional, ejerce fundamentalmente la función jurisdiccional del Estado y le corresponde interpretar la ley y aplicarla en la solución pacífica de los conflictos que surgen entre los particulares, y entre éstos y el Estado, y aplicar la sanción que corresponda a quien resulte culpable, como autor; cómplice, instigador o partícipe de un delito.³⁸

³⁸ ODERIGO, Mario A., 1952, T.1., p.5.

2.1.2 EL EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN PENAL EN PANAMÁ

Por expresa facultad constitucional y legal, se comprende que quien ejerce la jurisdicción penal, en Panamá, es el Órgano Judicial.

En el Estado Panameño, y conforme con el ordenamiento legal establecido, tanto el Ministerio Público como el Órgano Judicial, participan en la Administración de la Justicia; sin embargo, quienes ejercen la jurisdicción son los Magistrados y Jueces, y los Tribunales creados por la Ley para ello. El Ministerio Público realiza fundamentalmente el ejercicio de la acción penal y representa en algunos casos los intereses de la Nación y los Municipios y actúa en representación de la sociedad. Su función es de colaboración necesaria por imperativo legal, pero no es titular de la jurisdicción.³⁹ Es decir que el Estado tiene la facultad jurisdiccional y designa a uno de sus órganos a que realice esa misión y es entonces el Órgano Judicial, el encargado de la administración de justicia o función jurisdiccional.

Es así que al revisar el artículo 3 de nuestro Código Judicial, encontramos:

“La administración de justicia en lo judicial se ejerce de una manera permanente por la Corte Suprema de Justicia, los Tribunales Superiores de Justicia, los Jueces de Circuito, los Jueces Municipales, el Tribunal Tutelar de Menores, los Tribunales Marítimos, los Tribunales Superiores de Trabajo, los Juzgados Seccionales de Trabajo y cualesquiera otros tribunales que se creen dentro del Órgano Judicial.

También se ejerce en casos especiales, por personas particulares que, en calidad de jurados, arbitradores o árbitros, o por razón de cualesquiera otros cargos de esta misma naturaleza, participen en las

³⁹ BARRIOS, Boris. Op cit, p.277.

funciones jurisdiccionales, sin que ello incluya a tales personas como parte del Órgano Judicial.

Los agentes del Ministerio Público participan en la administración de justicia en calidad de funcionarios de instrucción mediante el ejercicio de la acción penal. También tendrán la representación de intereses nacionales, municipales y sociales, en los casos que señala la Ley.”(El subrayado es nuestro)

Si analizamos la norma veremos claramente que distingue entre la función del Órgano Judicial, los particulares como los arbitradores indicando que estos realizan funciones jurisdiccionales más no así al referirse, la norma, al Ministerio Público lo hacen en otro sentido al señalar taxativamente que los agentes del Ministerio Público participan en calidad de funcionarios de instrucción.

Si recordamos que debemos entender por Jurisdicción: Su origen etimológico deviene de las locuciones latinas iudiceres, que significa decir o declarar el derecho. Nuestro Código Judicial la define como la facultad de administrar justicia. Se dice que la Jurisdicción surge como una necesidad del Estado moderno de Derecho por poner fin a la venganza privada, cuando los pueblos o naciones se organizan como Estados de Derecho, al amparo del atributo de la soberanía, deben asumir la solución de conflictos que surjan del seno de la sociedad jurídicamente organizada y para tal fin se ejerce la función jurisdiccional.

2.1.3 LOS PODERES DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL PENAL:

Quienes ejercen la función jurisdiccional poseen un conjunto de potestades, que es lo que les permite el logro de las finalidades de esta función. Potestades que consideramos que son al servicio de la administración de justicia ya que van a permitir que puedan realizar sus funciones en beneficio de la misma.

2.1.3.1. Poder de Conocimiento:

Como principal y primordial poder tenemos el de Conocimiento que es de permitir examinar los elementos concretos que van a ser analizados previa averiguación y confrontados con la ley sustantiva, “por ello resulta entendible que uno de los poderes del juez consiste en la facultad de realizar el acopio de los elementos de convicción que servirán de fundamento a su decisión”.⁴⁰ Este autor cita de que por ello, algunas legislaciones regulan la figura del juez de instrucción, lo que es feliz esta denominación para alguna parte de la doctrina. Nos referimos a este poder, como primordial, ya que gracias a este poder del que está investido todo funcionario que ejerce la función jurisdiccional, es en etapa inicial donde se ilustra y efectúa una operación quizás de internalización de lo cognitivo con la norma, para proceder a tomar una decisión.

2.1.3.2 Poder Coercitivo:

Como todos sabemos, el poder de coerción tiene mayor intensidad en la jurisdicción penal o mejor aún es de vital importancia para el cumplimiento de las decisiones que se

⁴⁰ Ibidem. p.279

ordenen como lo son las detenciones preventivas, las citaciones de testigos. Facultad y poder vital para el cumplimiento de las decisiones u ordenes que se impartan. “Los individuos pueden manifestar resistencia ante los diversos actos del juez penal; por ello éste debe contar con medidas legítimas que le permitan vencer o superar las acciones ilegítimas de quienes deben obedecer y cumplir la ley penal y procesal penal.” Es importante destacar que si bien se cuenta con el poder coercitivo que le permite vencer cualquier resistencia, este poder de coerción está reglado y su uso inadecuado tiene responsabilidades legales para el funcionario jurisdiccional que en ellas incurra. Este poder si bien garantiza el cumplimiento de la justicia penal, es primordial que antes de ejercerse se cumplan con todos los requisitos y formalidades que la ley establece.

2.1.3.3 Poder de Decisión:

Este poder de decisión no se refiere sólo a emitir un fallo final, sino también aquellas decisiones que se toman a lo largo del proceso tales como detención, libertad, secuestro penal, allanamiento, prescripción, sobre la procedibilidad o no ante un incidente entre otras. Por lo que es este poder, facultad esencial que causa obligatoriedad para las partes y los sujetos del proceso.⁴¹

⁴¹ Ibidem, p.281

2.2. NATURALEZA DEL PROCESO PENAL Y FUNCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO EN PANAMÁ

El análisis de estos temas nos lleva a revisar con profundidad la Naturaleza del Proceso Penal y la función del Ministerio Público.

2.2.1 MINISTERIO PÚBLICO

Concepto

“El Ministerio Público es la institución o el órgano encargado de colaborar, necesariamente, en la administración de justicia, representando, por delegación, los intereses del Estado, de la sociedad y los particulares mediante el ejercicio de la acción penal, haciendo observar las leyes y promoviendo la investigación y represión de los delitos”.⁴²

El Ministerio Público, conocido incluso como el cuarto poder del Estado, es el representante del Estado, a quien se le encomienda constitucionalmente la delicada función de ejercer la acción penal.

En el artículo 219 y siguientes de nuestra Constitución Política, encontramos su regulación.

- 1. Defender los intereses del Estado o del Municipio.*
- 2. Promover el cumplimiento o ejecución de las Leyes, sentencias judiciales y disposiciones administrativas*

⁴² Ibidem, p.319.

- 3. Vigilar la conducta oficial de los funcionarios públicos y cuidar que todos desempeñen cumplidamente sus deberes.*
- 4. Perseguir los delitos y contravenciones de disposiciones constitucionales o legales.*
- 5. Servir de consejeros jurídicos a los funcionarios administrativos.*
- 6. Ejercer las demás funciones que determine la Ley.*

Igualmente, encontramos su regulación en el artículo 330, 1952, 1990 y 2031 del Código Judicial. De las cuales podemos indicar que la característica principal del Ministerio Público es investigar y promover el enjuiciamiento de los delitos. Señala el licenciado Boris Barrios, que el Ministerio Público, “no resuelve el conflicto, sino que pide actuación de la Ley, para que el juez resuelva. Peticion que no siempre es para que el Juez condene, puede ser también para que absuelva”.

A nuestra humilde opinión, consideramos que el Ministerio Público, si bien no resuelve el conflicto, lo disminuye por el hecho de que interviene ordenando las medidas preventivas, de manera preliminar hasta que el juez decida al respecto. Como vemos “ la función del fiscal no es sólo acusar, sino solicitar la actuación de la ley penal, no ya de obtener en todo caso la condena del imputado, sino de establecer la verdad acerca de la imputación, con deberes y poderes funcionales que se inspiran en el criterio objetivo de justicia, y no de un interés subjetivo, personal, siempre y necesariamente en conflicto con el de la otra parte”. Es así, que de lo planteado se desprende que es deber del Ministerio Público la búsqueda de la verdad, mantener una conducta imparcial y apreciar de manera objetiva todas las circunstancias que rodean el hecho punible, ya sean favorables o adversas para el imputado. Y no como escuchamos y vemos en la práctica de que funcionarios del Ministerio Público son de la opinión, que una vez que una persona es

indagada obligatoriamente tienen que solicitar a través de su Vista Fiscal. Llamamiento a Juicio.

Con respecto a las funciones que realiza el Ministerio Público, señala el Doctor Muñoz Pope, “que aunque los fiscales son jueces de instrucción con el nombre de funcionarios de instrucción no tienen legitimación para restringir de cualquier forma los derechos fundamentales del individuo sin la autorización de un juez que forme parte del Órgano Judicial”.⁴³ Y que en el desarrollo de sus funciones, el Ministerio Público adopta todas las decisiones o medidas que convengan a la investigación, sin necesidad de autorización judicial para restringir o limitar derechos fundamentales del individuo. Agrega, que aunque no haya norma constitucional o legal que así lo indique, el Ministerio Público no puede limitar, restringir o afectar derechos fundamentales del individuo sin una autorización expresa del Órgano Judicial, único sujeto con capacidad jurídica para adoptar tales decisiones. Lo que es visto por algunos funcionarios del Ministerio Público como un atentado con alevosía, premeditación y ventaja contra su investidura y que ha sido elaborado por abogados defensores para impedir la actuación de las autoridades en el desarrollo de su labor en la lucha contra la delincuencia. Y que de acuerdo a la norma constitucional, el Ministerio Público tiene la facultad de perseguir delitos, lo que equivale a demandar el enjuiciamiento y ulterior condena del imputado.⁴⁴

Al respecto encontramos en el internet que en Colombia, se interpuso una Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 4º, del artículo 135 del Decreto 2700 de 1991.

⁴³ MUÑOZ, POPE, Carlos. Op.cit, pp.51-52

⁴⁴ Ibidem, pp.53-54.

Planteaba la demandante, que de acuerdo al artículo 117 de la Constitución Política, el Ministerio Público, es un organismo de control, lo cual coloca a dicho organismo por fuera de la rama judicial del poder público, y por tanto “constitucionalmente no le corresponde el desempeño de ninguna clase de función judicial”

Mediante Sentencia No.C-479/95, del veintiséis (26) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995) de la Corte Constitucional de Colombia, encontramos que al darle traslado de esta Demanda al Procurador General de la Nación, al respecto señaló: “que la función contenida en la norma acusada tiene como fundamento el de la defensa del interés social que rige el actuar del Ministerio Público y que lo convierte en un colaborador de jueces y fiscales para que exista una pronta y cumplida administración de justicia”.

Al pronunciarse la Corte, indicó que el Ministerio Público es un órgano social de control de la función pública, como expresión del interés general prevalente, que es el del conjunto de los asociados, interesados en la conservación de la moral pública. Pero que el Ministerio Público no sólo ejerce función de control, sino de defensa del interés social y de vocero del común en los aspectos trascendentes de la función pública y que toda defensa supone acción preventiva o acción impulsiva, bien contra la lesión o bien contra la amenaza inminente sobre el interés común protegido por la Constitución y las leyes.

Con respecto a la actuación del Procurador, refiere que no es por capricho del procurador, sino cuando sea necesaria, y dicha necesidad puede ser fijada por la voluntad general a través de la ley. Por último, señaló que interviene en defensa del orden jurídico,

o del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales, en consonancia con la defensa del interés social, en defensa del interés colectivo y se entiende a la vez como una labor de vigilancia del cumplimiento de la normatividad jurídica y de defensa de los valores señalados en la Carta Política. Concluyendo que la función del Ministerio Público en defensa del interés social, lo obliga, a intervenir ante autoridades judiciales, en calidad de colaborador de la administración de justicia y asume entonces el carácter de verdadero sujeto procesal. En modo alguno ello implica desarrollar una función jurisdiccional, por cuanto no está administrando justicia, sino simplemente coadyuvando o impugnando una acusación ya en firme.

Declarándose finalmente exequible el numeral 4º del artículo 135 del Decreto 2700 de 1991.⁴⁵

2.2.2 PRINCIPIO DE LEGALIDAD

La intervención del Ministerio Público en el proceso penal, responde al principio de legalidad, toda vez que desde que un agente de instrucción tenga conocimiento de un hecho punible, perseguible de oficio, deben proceder a realizar la investigación del hecho, pero esto de perseguir los delitos, no es ni puede ser una facultad absoluta ni arbitraria, porque así fuera, el dejar de perseguir los delitos por absolutismo o arbitrariedad, invade la función jurisdiccional del juez.

⁴⁵ www.Secretariasenado.gov.co

2.2.3 PRINCIPIO DE DISCRECIONALIDAD REGLADO

Contrario al anterior principio de legalidad, encontramos el principio de discrecionalidad reglado, que algunos denominan de oportunidad, que no es más que la facultad discrecional del Ministerio Público para decidir si en determinados y tasados casos puede abstenerse de ejercer la acción penal. Y es esa discrecionalidad del Ministerio Público, la cual no es ni infalible ni puede ser arbitraria ni absoluta, la cual genera una desconfianza en el poder de esa decisión que exige la imposición de controles, tanto a lo interno como a lo externo del mismo Ministerio Público, por parte de un Órgano distinto al Ministerio Público de manera que se pueda recurrir contra los actos del mismo cuando los ejerce arbitrariamente y abusivamente la discrecionalidad. Agrega, el autor Barrios, que “la ausencia de controles internos y externos de la facultad discrecional del Ministerio Público para la promoción de la acción penal es una puerta abierta a la impunidad, en perjuicio de los derechos de la víctima de delitos, y en perjuicio de los derechos de la colectividad por lo que se impone un mecanismo de control, incluso, más externo que interno.”⁴⁶

En los países en donde impera el principio de discrecionalidad u oportunidad en el ejercicio de la acción procesal penal por parte el Ministerio Público, legislaciones con resabios inquisitorios, se ha tenido que buscar controles a lo interno del Ministerio Público para evitar que la facultad de discrecionalidad se convierta en una decisión de conveniencia política. Esto nos lleva a plantear que la facultad de discrecionalidad del Ministerio Público en vez de traer una solución al conflicto ha traído un conflicto

⁴⁶ BARRIOS, Boris, Op.cit, p.356-357.

adicional, que es el de la necesidad y reglamentación de controles, cuyos efectos es la burocratización de la investigación penal, y de esta manera victimizando a los sujetos del proceso sino creando víctimas sociales del sistema.

El otro sistema de control que impera contra el principio de discrecionalidad u oportunidad en las legislaciones que lo tienen es el control de carácter jurisdiccional, que no es más que otra forma de judicialización del sumario.

En nuestras constituciones latinoamericanas impera el derecho al ejercicio de la acción procesal penal con carácter público, cuya titularidad corresponde al Estado, y su ejercicio es obligatorio para el Ministerio Público que no tiene constitucionalmente facultades judiciales sino de instrucción sumarial, por lo que la facultad de discrecionalidad del Ministerio Público repugna al constitucionalismo latinoamericano que sigue el sistema de garantías fundamentales previstas en el texto constitucional.

En nuestro país, Panamá, se aprobó la Ley 39 de 26 de agosto de 1999 que ha introducido la facultad discrecional en la investigación penal, por parte del Ministerio Público, en franca contradicción con la Constitución Política que no pone excepción al deber del Ministerio Público de investigar y perseguir los delitos una vez que se manifiesten e indiquen los presupuestos del hecho punible. Para que impere la excepción de discrecionalidad o desistimiento de la acción procesal penal en el proceso penal debe haber una previsión de rango constitucional que lo establezca, pues su sólo establecimiento por ley sienta la ilegitimidad de la regla de excepción.

En nuestras legislaciones latinoamericanas, la legalización del principio de oportunidad es la legitimación de la usurpación de la función jurisdiccional por parte del Ministerio Público, función que es contraria a su naturaleza, pues recordemos que el

Ministerio Público tiene un origen eminentemente inquisitorio a propósito de la vindicta pública, y es que sus origen está en la venganza pública contra el hecho punible.⁴⁷

Vemos que al realizar el Ministerio Público funciones jurisdiccionales, está usurpando funciones al Órgano Judicial. Toda vez que las mismas, son contrarias a su propia naturaleza para lo que fue creado o las razones de su existencia, que serían las de investigar y perseguir los delitos independientemente de que se aprueben leyes con ese objetivo. Lo que nos recuerda el pensamiento de Radbruch: “el que tenga a un acusador por juez o a un juez como acusador, necesita a Dios por abogado”.

2.2.4 NATURALEZA DEL PROCESO PENAL EN PANAMÁ

Desde la Constitución Política de 1904 hasta la actualidad, en nuestro país se le ha reconocido valor jerárquico al Ministerio Público, toda vez que en las mismas se ha venido recogiendo, sus atribuciones y funciones, e incluso como lo mencionamos en líneas anteriores, es considerado, para muchos, el cuarto poder del Estado, por el gran poder que se le ha otorgado.

Para determinar cuál es la naturaleza del Proceso Penal en Panamá, consideramos que es importante, antes revisar la historia de nuestro sistema de enjuiciamiento penal. La historia del proceso penal nos muestra una serie de principios constitutivos o

⁴⁷ Ibidem, pp.357-358

configuradores que se fueron sucediendo entre sí, alternando y que más tarde se combinaron, inspirando los distintos sistemas de enjuiciamiento criminal.

El proceso penal, en sus etapas más primitivas, surgió a favor del delincuente, para librarlo de la venganza primitiva, pasó a ser un instrumento del Estado, que éste se obligaba a utilizar necesariamente para poder ejercitar su derecho al castigo (*ius puniendi*) de quienes habían transgredido las normas fundamentales de la convivencia.⁴⁸

Para alcanzar el fin de la justicia penal, aparecieron en la historia dos sistemas procesales, denominados Sistemas Acusatorio y Sistema Inquisitivo, como los dos caminos opuestos a través de los cuales el Estado ejercitaba su derecho al castigo.

El primero en surgir fue el Sistema Acusatorio, el cual tuvo su génesis en la Grecia antigua, a consecuencia de la democracia antigua que allí se practicaba. Modelo que se caracterizó por la acusación y el juzgamiento encomendados a órganos independientes y separados.

En el modelo griego, el acusador presentaba denuncia ante el ArconteRey y notificaba al acusado, quien debía acudir ante un magistrado para responder por la querella. Dicho sistema también fue adoptado por los romanos para la época de su organización política como República. Sin embargo, con el nacimiento del Imperio y su expansión que, como se sabe, comprendió casi toda la Europa continental, parte de la insular, el occidente de Asia. Así como el norte de África, resultaba difícil investigar y juzgar, in situ, a los acusados de la comisión de conductas delictivas y, poco a poco, se empezaron a implementar principios del llamado Sistema Inquisitivo, los cuales se

⁴⁸ VASQUEZ, José Luis. "El Proceso Acusatorio y su significación actual", 2004, p.784

implementaron aún más con los poderes ilimitados de los emperadores. Con la muerte de la república romana, con Julio César y nace el Imperio con Octavio (Augusto), puede decirse que decae el Sistema Acusatorio y surge el Inquisitivo.⁴⁹

Cuando Roma se convierte imperial y acoge una forma de gobierno dictatorial, despótico y autocrático, se dan las primeras formas de proceso inquisitivo con las causas de oficio por las delicta publica, empezando por los crimina laesae maestatis de subversión o conjura, en los que se estima ofendido un directo interés del príncipe y la parte perjudicada se identifica con el Estado. La acusación pública se cambió por la denuncia y la oculta calumnia, propiciadas por un tipo de individuos funestos, verdadero ejército de delatores, convertidas en un instrumento de la tiranía. El proceso se tramitó y decidió ex officio, en secreto y sobre documentos escritos, por magistrados estatales delegados por el príncipe, con base en detención del acusado y su utilización como medio de prueba, pronto acompañada de la tortura, que se introdujo para los imputados en el principado de Tiberio y también para los testigos bajo Setimio Severo.⁵⁰

Con la caída del imperio romano de Occidente año 476 renació el sistema acusatorio.

En la llamada Inquisición, siglo XIII a XIX, una de las páginas más vergonzosas en la historia de la humanidad, si no las más, tuvo su mayor auge el sistema inquisitivo en la investigación y juzgamiento de delitos, de allí surge su nombre de Inquisitivo.

⁴⁹ ARCINIEGAS, Augusto. 2005, pp. 1-3.

⁵⁰ RAMIREZ BASTIDAS, Yesid. 2004, p. 30.

Con el Concilio IV de Letrán de 1215, convocado por el papa Inocencio III, dictó un reglamento que dio forma a la inquisición pontificia. Los aspectos más importantes que guardaban relación con los siguientes temas: la herejía debía ser perseguida por autoridades civiles y eclesiásticas, los procesos debían ser iniciados de oficio; los obispos debían instalar un tribunal de inquisición en cada parroquia; las propiedades de los herejes debían ser confiscadas y los recalcitrantes deberían ser relajados .

Así pues, el papa INOCENCIO III organizó una cruzada en contra de los herejes y promulgó una legislación punitiva respecto de ellos. La Inquisición se constituyó en el año de 1231 con los estatutos Excommunicamus del papa Gregorio IX.

La iglesia, que elaboró un cuerpo propio de Derecho Penal, construye un tipo especial de proceso que, en principio, se fundamentó en los elementos medulares del proceso romano, pero después adquirió características propias. Fue la iglesia quien construyó y fijó el tipo de proceso inquisitivo y los principios que lo gobernaron.

Entre sus principales características del sistema procesal inquisitivo se encuentra que en éste era común el uso del tormento para obtener la confesión del acusado, quien se encontraba incomunicado y tenía una defensa nula pues en la persona del juzgador se reunían las funciones de acusación defensa y decisión.

La Inquisición fue una institución judicial creada por el pontificado en la Edad Media, la cual tenía como objeto la misión de localizar, juzgar y sentenciar a las personas culpables de herejía.

Como quedó visto, el uso de la tortura era común. Obviamente que con sólo mostrar al acusado la sala de tormento, los verdugos y los instrumentos de tortura, se obtenían confesiones y delaciones, fueron múltiples las modalidades de tortura.

2.2.5 CARACTERÍSTICAS DE LOS SISTEMAS PENALES

Sistema Inquisitivo

- Presunción de responsabilidad del procesado
- Sistema de justicia basado en la crueldad
- Tortura como medio de prueba
- La confesión era la prueba reina
- Jueces encapuchados
- Testigos secretos
- Pruebas secretas
- Jueces sometidos al poder del príncipe o monarca
- Se confundían delito y pecado
- Se condenaba también a los familiares del procesado
- La acción penal era pública
- Los delatores eran pagados y premiados
- Abuso de la pena de muerte y de los tratos denigrantes

Con la Conquista y la Colonia, nuestra América recibió toda la herencia cultural y jurídica de los españoles. Muchos conversos aprovecharon el descubrimiento de las nuevas tierras para quedar lejos del alcance de la Inquisición.

A mediados del siglo XVI, ya están los españoles firmemente establecidos en México, la Nueva Granada y el Perú. Surgen entonces reclamos para nombrar un

tribunal de inquisición. El rey Felipe II, por cédula real del 25 de enero de 1569, crea los tribunales de la Inquisición en la ciudad de México y en Lima. En el año 1610 se crea el último tribunal de América, en Cartagena de Indias.

En las etapas de época de la colonia, los españoles se apresuraron a abolir la legislación aborigen para implantar la suya, de perfiles arbitrarios y absolutistas.⁵¹

Frutos de cambios políticos profundos, el incremento del Sistema Inquisitivo abarca un período comprendido entre el siglo XIII, cuando comienza a arraigar, y el siglo XIX, época en que decae. Los manifiestos contra la tortura, el iluminismo, la Revolución Francesa y el imparable movimiento hacia la reforma procesal del siglo XIX, marcan el renacimiento del Sistema Acusatorio.⁵²

El siglo XIX se inicia con las victorias de Napoleón, quien en diciembre de 1808, decreta la extinción del Tribunal de la Inquisición. Las cortes españolas, que se oponen militarmente a Napoleón, dictan una constitución liberal y, en 1813, decretan la abolición de la Inquisición. Seguidamente, derrotado Napoleón y vuelto al trono el rey Fernando VII, éste restablece el tribunal, muerto Fernando, su sucesora María Cristina, elimina la Inquisición en el año de 1834. Pero, para esa época, gracias a las victorias de San Martín y Bolívar nuestra América ya había obtenido su independencia y se habían abolido los tribunales de la Inquisición.⁵³

⁵¹ ARCINIEGAS, Augusto. 2005, Op.cit, pp.15-17

⁵² ARMENTA DEU, Teresa. 2003, pp. 11-12

⁵³ CHAMI, Pablo. Conferencia dictada en el Centro de Investigación y Difusión de la Cultura Sefardi. 1999. p.18.

Si bien algunos estados mantuvieron los rasgos más característicos del Sistema Inquisitivo, el modelo también se hizo cada vez más humano, para ponerlo a tono con los principios liberales e iluministas y, por eso, se empezaron a implementar los llamados Sistemas Mixtos.

Bajo el imperio de Bonaparte, se instituyó un Sistema de juzgamiento mixto para amalgamar el autoritarismo del Sistema Inquisitivo, con el liberalismo de corte individualista, connatural al Siglo de Luces. La reacción ilustrada se hizo ver en la separación de poderes proyectada a la órbita del proceso penal que reclamaba la desconcentración funcional, que además de proscribir la confluencia en un mismo órgano de las atribuciones de acusar y juzgar, exigía la permanente intervención de un defensor llamado a enfrentar en pie de igualdad al acusador en desarrollo de un debate público, situaciones que le elevaron a la categoría de derechos subjetivos exigibles al Estado en cuya cima aparecía la presunción de inocencia (que desplazaba la interdicción del encarcelamiento cautelar) y el reconocimiento de la dignidad humana, pues toda persona es un fin en sí misma, no una cosa, que llevó a erradicar la tortura amparada por el secreto del rito procesal. Ese es el modelo procesal de la modernidad.⁵⁴

Posteriormente, el Código napoleónico y varios Códigos procesales europeos impusieron un nuevo modelo de proceso penal que se conoce como Mixto, porque supuso la combinación sucesiva del Sistema Inquisitivo y del Sistema Acusatorio.⁵⁵ Sin

⁵⁴ RAMÍREZ BASTIDAS, Yesid. Op.cit.,p.41

⁵⁵ VASQUEZ, Jose Luis. Op.cit, 2004, p.788.

embargo la convivencia del Sistema Acusatorio con el Sistema Inquisitivo, que se fue afirmando como el más eficaz, no podía mantenerse por mucho tiempo, como señala el autor, debido a que cada sistema responde a principios no solo distintos sino contrapuestos. Es así que podemos señalar que en el Sistema Acusatorio, el cual se caracteriza en el juicio penal: por su desarrollo oral y por la publicidad, concentrado y confrontativo, igualdad de armas entre el acusador y el defensor (precedido por la investigación particular de los delitos y la obtención de las pruebas por el acusador).⁵⁶

Los sistemas modernos han tenido algunas facetas. En el mundo occidental existen dos tendencias, por un lado, el sistema acusatorio anglosajón y por otro el continental europeo.

El Sistema Acusatorio anglosajón o Sistema Adversativo, sigue preponderantemente el modelo de los precedentes, propio del common law, debido especialmente, a los países que lo han adoptado y a su origen anglosajón.⁵⁷ El sistema continental europeo, llamado también Inquisitivo moderado, pero no por referencia a la Inquisición, sino por la necesidad del tribunal de inquirir para averiguar la verdad. Los jueces tienen una participación más activa, pues, si bien son imparciales, interrogan tanto a los testigos como a los acusados, para los cuales existe una declaración voluntaria, sin juramento y rodeada a todas las garantías en audiencia, empezando por el derecho a guardar silencio. Cuando el fiscal decide acusar, presenta el caso al Juez de control para que éste decida si abre el juicio principal, en una etapa intermedia entre la investigación y

⁵⁶ Ibidem, p.788

⁵⁷ ARCINIEGAS, Augusto. Op.cit, p.20.

el juicio. Después el juicio, el tribunal decide en derecho, con base en la ley, valorando las pruebas con sana crítica y motivando el fallo.

<i>SISTEMA INQUISITIVO</i>	<i>SISTEMA ACUSATORIO</i>
Presunción de responsabilidad	Presunción de inocencia
Acumulación de funciones en el órgano jurisdiccional	Separación de funciones entre distintos Organismos estatales
Escriturismo, sistema de actas y constancias	Oralidad Sistema de audiencias
Solucionar un conflicto generado por la violación de la ley. Admite sistemas alternativos a la pena.	Proceso inmediato, concentrado y público
Inmediación Judicial en todo el proceso	Inmediación judicial en el debate
Eficientismo	Garantismo
Inculpado: Objeto de investigación	Inculpado: sujeto de derechos
Detención es regla general	Libertad es regla general
Papel restringido de la víctima	Papel protagónico de la víctima
Sistema de prueba de tarifa legal e íntima convicción	Libre apreciación de la prueba y sana crítica razonada
Objeto del proceso: imponer una pena al Declarado culpable	Solucionar un conflicto generado por violación de la ley. Admite sistemas alternativos a la pena.
La acción penal es pública	La acción penal es privada
Opera principio de permanencia de la prueba	No opera principio de permanencia de la prueba
El juez dispone sobre las pruebas en la investigación y juzgamiento	Las pruebas son de la partes pero se practican ante el juez en el juicio.
Los poderes del juez son muy amplios	El juez tiene restricciones en las facultades de dirección del proceso
Se investiga con pruebas	Se indaga sin pruebas Sólo se considera prueba la que se

	practica en el juicio
No existe inmediación probatoria	Existe principio de inmediación probatoria
Se admite la comisión para la práctica de pruebas	No se admite
El juez participa en la prácticas de pruebas	El juez no participa en la práctica de pruebas
Las pruebas se practican en la investigación	Las pruebas se practican en el juzgamiento
No se ejerce control de legalidad	Juez ejerce control de legalidad sobre actuaciones de Fiscalía
No existen jurados sino jueces profesionales	Existen tribunales populares (jurados)
Instrucción es reservada	El proceso es público No existe instrucción como tal.
Es propio de sistemas autoritarios	Es propio de sistemas democráticos
La sentencia se adopta con base en lo que informe el expediente	La sentencia se adopta con base en lo realizado en el juicio.

Para MONTERO AROCA, existe una confusión conceptual en torno a esas características diferenciadores. Así, aduce que la misma idea de principios alternativos conformadores de sistemas procesales penales descansa en un grave error; que se diferencia cuando se advierte cuáles son los caracteres identificadores de uno y otro sistema. Agrega que, si se examina en detalle algunas de esas características aparecerá evidente que responden a varios principios o reglas configuradoras de aspectos parciales del proceso o el procedimiento que, por sí solos, no dicen nada respecto de uno u otro pretendido sistema, en cuanto no son determinantes.⁵⁸ A nuestra consideración cada

⁵⁸ MONTERO, AROCA. Juan. 1997, pp.27-28

sistema tiene sus propios principios que los rigen y que van a identificar o caracterizar un sistema del otro.

Agrega el autor, que en la actualidad no existe ningún país, por lo menos en la llamada cultura occidental, que tenga un sistema puro bien sea Acusatorio o Inquisitivo. Lo que se tiene es una mayor o menor tendencia hacia uno de esos modelos.

Con respecto al Modelo Norteamericano podemos destacar que con la llegada de los ingleses a territorio norteamericano significó, como es apenas obvio, la incorporación de la tradición jurídica de aquellos en las nuevas tierras. En tal sentido, se destaca como relevante la figura de la víctima en torno al Derecho Penal y la influencia que ello tuvo para el ordenamiento penal y procesal penal, en lo que luego fueron los Estados Unidos de Norteamérica. El delito era considerado una ofensa que afectaba a la víctima y no a la sociedad. Esta concepción hizo que la persecución penal no fuera una obligación imperativa para los organismos públicos, pues era una responsabilidad asumida por los particulares. Sin embargo, con el devenir del tiempo, la persecución penal empezó a tener un carácter público. En algunas ciudades se procuró establecer un régimen de vigilancia a cargo de los sheriffs, contratados por la misma comunidad y que atendían a las víctimas de los delincuentes. En el siglo XVIII se produce una transformación que, sumada a la revolución, trajo como consecuencia la declinación de dicho sistema. A partir de ese momento, hasta nuestros días, los procesos penales en los Estados Unidos están en manos de funcionarios públicos y no a cargo de los particulares, aunque ocupa un papel importante la víctima. La Fiscalía en los Estados Unidos es completamente descentralizada. La fragmentación política y territorial es característica esencial de esa

nación. Junto al Ministerio Público federal coexisten los de cada uno de los 50 estados que conforman la Unión.

Los fiscales norteamericanos a diferencia de sus pares europeos, tienen un alto componente político. En los Estados Unidos existen delitos federales que son investigados por fiscales federales. También cuentan con los denominados magistrados que son funcionarios de menor jerarquía que ejercen una jurisdicción limitada, similar a las funciones de los llamados jueces de paz. Entre sus tareas se encuentran las de autorizar arrestos, allanamientos, medidas cautelares sobre bienes, recepción de denuncias y desarrollan algunas audiencias preliminares.

Existe en este modelo otra institución denominada el Gran Jurado (Grand Jury), por medio de la cual se formalizan las acusaciones de los delitos federales de especial gravedad. Sin embargo, no se considera un trámite obligatorio en los procedimientos estatales.

Sobre el procedimiento penal, podemos indicar que opera, en la mayoría de los casos, el arresto por parte de un oficial de policía de la persona sospechosa de haber cometido un delito. El capturado debe ser llevado ante un funcionario judicial (magistrado) sin innecesarias demoras. En una audiencia informal se determina si la evidencia justifica o no la detención. De no ser así, el magistrado fija una fianza como condición para que el sospechoso sea liberado provisionalmente. El fiscal es el encargado de fundamentar la acusación. Posteriormente se realiza una audiencia ante el juez, si es de culpabilidad el juez puede dictar sentencia en la misma audiencia o citar para una posterior para dosificar la pena. En los casos de aplicación a la pena de muerte,

se realiza un nuevo juicio con el mismo jurado. Solamente puede ser impugnado el veredicto condenatorio.

Respecto al modelo Inglés, el cual se encuentra basado en los precedentes, lo que significa que para dirimir los asuntos penales, siempre ha de buscarse, como punto de referencia, otra decisión que hubiese resuelto un tema similar. Sus investigaciones criminales está a cargo de manera esencial, de las autoridades de policía, organizada a través de brigadas y departamentos de investigación. La acusación está a cargo del Ministerio Fiscal aunque, como se dijo la policía en la investigación criminal, goza de una amplia autonomía tanto que, en nombre de ese ministerio, formaliza la imputación por una conducta delictiva.

En el mundo occidental, resulta extraña la figura de la detención preventiva en la etapa de la investigación, sistema este que es visto como el más garantista, a nivel mundial, no existe el sumario. La publicidad es natural en estos tribunales. Existen mecanismos alternativos a la prisión, como el trabajo y servicio social, la reparación, entre otros.

En el modelo Español, corresponde al llamado modelo continental, el cual representa el paradigma del Derecho escrito. La ley, en consecuencia, es la principal fuente de Derecho. Entre sus principales características que podemos señalar, tenemos que existen jueces de paz que son órganos plurales y de instancia, que conocen de asuntos penales de menor importancia (faltas). Los juzgados de instrucción son los que llevan

adelante la investigación penal y, en algunos casos, actúan como segunda instancia de los jueces de paz.⁵⁹

Luego de haber realizado un análisis a la regulación constitucional y judicial del Ministerio Público, en Panamá, a los principios que lo rigen y de una revisión a los diferentes sistemas procesales que existen y han existido, podemos concluir que el Ministerio Público, en nuestro país es de Naturaleza teóricamente Mixto, con tendencia Inquisitiva, toda vez que existe una división entre la etapa sumarial y etapa plenaria o de juicio y ambas están a cargo de autoridades distintas. Sin embargo, si vamos a la realidad práctica podemos señalar que responde más hacia lo inquisitivo. Criterio este que es sostenido por autores como el Doctor Carlos Muñoz Pope, quien señala “aunque exista la división entre la etapa sumarial y etapa plenaria o de juicio y una está a cargo del Ministerio Público como funcionario de instrucción y la otra a cargo del juzgador o tribunal de la causa, el Sistema es Inquisitivo en atención a las facultades concentradas en el juzgador, quien tiene facultad para acusar y decidir él mismo acusa sin necesidad de la intervención del Ministerio Público que puede demandar la exoneración de cargos y no recomendar el enjuiciamiento. La posición del juzgador en nuestro sistema le permite a él mismo acusar y decidir la misma causa y tener amplias facultades probatorias sin necesidad de someterse a las pruebas aducidas por las partes, llegando incluso a tener facultad para decidir el proceso con base en la prueba recabada en la instrucción sumarial

⁵⁹ ARCINIEGAS, Augusto. Op.cit, 2005, pp.29-34.

sin necesidad de su reproducción en la etapa del juicio oral o plenario, lo que supone una aberración en todo el sentido de la palabra.⁶⁰

Sostiene el Magistrado Wilfredo Sáenz, que en Panamá, seguimos un Sistema Mixto porque tanto en la fase preparatoria o de instrucción sumarial como en la plenaria, existe participación de las partes, hay iniciativa probatoria del funcionario de instrucción o del juez, el imputado tiene acceso al expediente, la diligencia de declaración indagatoria debe rendirse con la asistencia de un abogado defensor, aun cuando éste no debe intervenir en la misma, más que para tutelar el cumplimiento de las garantías procesales y, al final se le permite dejar constancia de las objeciones que, al contenido de la misma, desea formular el defensor o el querellante. Durante la fase preparatoria o de instrucción sumarial el funcionario o agente de instrucción, tiene plena libertad para incorporar al proceso las pruebas que estime convenientes, sin ningún control jurisdiccional, incluso debe decidir si aquellas aducidas por las partes son admisibles o inadmisibles y, el único instrumento legal que pueden utilizar las partes para cuestionar los actos del funcionario de instrucción es un incidente de controversia, salvo la orden de detención preventiva cuando esté ejecutada. Agrega que tomamos del sistema inquisitivo la exigencia de evitar fallos inhibitorios y del sistema acusatorio la oportunidad de evaluar las pruebas con fundamento en el principio de la sana crítica.⁶¹

El Doctor Muñoz Pope, plantea que las últimas reformas introducidas al proceso penal ha acentuado el carácter inquisitivo del mismo, al punto que se refuerza la posición

⁶⁰ MUÑOZ, P. Carlos. 2004, pp.25-26.

⁶¹ SAENZ, Wilfredo. 2002, pp.93-95

del Ministerio Público en el proceso y se tiende hacia la obtención de una eficacia en el trabajo de los jueces y magistrados del Órgano Judicial, causando mayor presión en los funcionarios judiciales produciendo mayor número de resoluciones menos fundadas y muy superficiales en algunos casos.

Encontramos así, que países como Chile, Paraguay, Uruguay, Argentina, Costa Rica y Colombia, en los que ya se han realizado cambios en su procedimiento penal en base a ese interés de una justicia eficaz, rápida y adecuada, y que respete las garantías y derechos fundamentales como lo señaló William Monroy Victoria, al momento de solicitar a la Cámara de Representantes de Colombia, el proyecto de Reformas, igualmente, otros juristas colombianos propusieron el proyecto de Reformas, con el objetivo de descongestionar los despachos judiciales y el de implantar un sistema que garantizara la eficacia y la pronta justicia. El de alejar a la Fiscalía de la función de velar por los derechos fundamentales del sindicado, dedicándose con toda energía a investigar delitos, para asignar el cuidado de estos derechos a otro funcionario.

2.2 REFLEXIONES PARA LAS REFORMAS A EL SISTEMA DE PROCEDIMIENTO PENAL PANAMEÑO.

A partir de que el Estado se hizo cargo no sólo del juzgamiento de los delitos sino también de llevar adelante la acción procesal penal, surgió el problema respecto a la independencia o no de ambas funciones.

Cuando el tema se resolvió confundiendo esas dos funciones el resultado fue un procedimiento donde el actor y el juez, la acusación y la sentencia, quedaron en cabeza de un mismo funcionario o de funcionarios dependientes. Ese sistema es conocido como Inquisitivo. Muy por el contrario cuando se intentó diferenciar acusador de juez, e independizarlos, el sistema es conocido como Acusatorio. Con la Revolución Francesa se intentó compaginar ambos sistemas en uno nuevo que recibió la denominación de Mixto o proceso Inquisitivo reformado.

Desde hace tiempo, se ha convertido en tema ineludible en todos los Congresos, Seminarios y en las Aulas de clases, el análisis de los sistemas de enjuiciamiento penal desde la óptica de la ideología a la cual responden.

Héctor Superti, señala que para encarar esta transformación, como punto importante recomienda una coherente concepción ideológica de base, lo que consiste en tomar posición respecto del modelo básico a seguir. Y ello va tener incidencias puntuales en muchos aspectos, fundamentalmente en la estructura y funciones de los órganos públicos que deben encargarse de la acción y la jurisdicción.⁶²

⁶² SUPERTI, Héctor. 1998, pp.25-27

Agrega el autor, que para plantear diferencias del sistema Inquisitivo y Acusatorio, “radica en determinar la relación Estado-Persona qué es lo que se está dispuesto a resignar en el campo de los derechos individuales para conseguir el castigo de los delincuentes.”⁶³

“Normalmente ocurre que, si se quiere aumentar la eficacia del sistema punitivo, se recortan garantías de los imputados y por el contrario, si se pretende un proceso garantizador, pareciera que aumenta la impunidad. Esta cuestión, que es una constante en el abordaje ideológico de cualquiera de los grandes temas procesales penales fundamentalmente en su relación directa con las funciones y límites de los órganos públicos involucrados en los juicios penales, lo que necesariamente nos ubica frente a propuestas incompatibles que van a ofrecer por un lado el Sistema Acusatorio y por otro Inquisitivo.

Es importante insistir que cuando mayores facultades y concentración se le conceden a los órganos públicos, menor va a ser el marco de garantía que queda para el individuo y viceversa. De allí la íntima relación que existe entre el sistema procesal penal que se elija con el límite de las facultades del Estado y el alcance de los derechos individuales. A lo que agrega Alfredo Velez Mariconde, que “la historia demuestra una vez más la continua conexión que existe entre el Derecho Político y el Proceso Penal”⁶⁴

No puede siquiera discutirse que esa relación es casi matemática, pues las garantías que tutelan derechos son, necesariamente, recortes a las facultades del Estado.

⁶³ Ibidem, p.27

⁶⁴ VELEZ, MARICONDE, Alfredo “Derecho Procesal Penal” Tomo I, pp.136 y 137 en SUPERTI, 1998.

En este sentido, en las situaciones conflictivas, y según la ideología que se defiende, están, por un lado, los que priorizan el castigo y por otro los que hacen prevalecer los derechos individuales. Cada uno, a partir de esa premisa, elabora su estructura de enjuiciamiento penal.

Desde el Sistema Acusatorio advertimos que básicamente se pone el acento en lo garantizador, mientras que en el Inquisitivo se apunta la represión y el castigo”

Lo planteado por este autor, nos parece interesante y a lo que debemos prestarle atención al momento de realizar reformas procesales, cuál posición seguir o de lo contrario establecer un balance. Desafío a lo que nos enfrentamos actualmente con estos actos reformativos a nuestro sistema de enjuiciamiento penal. Muchos proponen que la solución está en tener como base los lineamientos del Sistema Acusatorio puro. A lo que puntualiza Superti, que este esquema elemental no tiene que ver directamente con el mejoramiento de la eficacia en la persecución penal ni con la disminución de la impunidad. Y que esos objetivos estatales son imprescindibles, pero que deben alcanzarse por otras vías, fundamentalmente mejorando la estructura y dinámica del actor penal público y la acción procesal que éste ejerce, incorporando, además los avances científicos en la investigación y prueba de los delitos.

Ante este punto, es por lo que nos interesa comprobar si realmente se requiere entre las reformas a nuestro sistema de enjuiciamiento penal, el establecimiento de jueces de control de garantías o simplemente no se trata de modificaciones a la estructura, sino dinamismo e incorporación de medios científicos y tecnológicos u otras vías.

Agrega, además el autor, que cuando se quiera lograr el loable objetivo de mejorar la punición modificando la estructura de enjuiciamiento en perjuicio de los

derechos individuales, lo que se produce en realidad es un avasallamiento a la persona por parte del Estado, porque se trata de lograr ese fin, válido en sí mismo, por medios que no son adecuados, y ello es sólo aceptable para quienes, al menos, adhieren al principio según el cual el fin justifica los medios. Considera que no puede aplicarse la potestad represiva y la consecuente pretensión punitiva del Estado como el único medio para encarar el problema de la delictuosidad sino, por el contrario, cree que el sistema represivo es el último recurso al que debe apelar el Estado en su política frente al tema socio cultural de la delincuencia. Por lo que entiende de que el amparo estatal en estas cuestiones no se agota en el castigo a los delincuentes, sino que existen otros medios, muchas veces incluso más eficaces que la pena, para neutralizar la delincuencia y sus efectos nocivos. La atención a la víctima, la resolución no adversarial de conflictos penales, etc., son formas indiscutibles de reacción estatal frente a los hechos delictivos, que implican amparo y no significan necesariamente aplicar penas. En realidad toda esta constelación de posibilidades, y su implementación, configuran la política criminal.

Pero, cuando llega el momento en que el recurso adecuado frente al crimen es juzgar y penar, la situación crítica aparece si se quiere combatir jurídicamente a la delincuencia estructurando un procedimiento penal de escasas y reducidas garantías, llegando a convertirlo en un instrumento de control social.

Por su parte autores como Pessina, señalan: “ninguno de los dos sistemas históricos del proceso penal reúne en sí todas las garantías necesarias para un acertado ejercicio de la justicia penal y que ambos tienen graves defectos que los harían totalmente

inadecuados para nuestros días. Por lo que estima que ninguno de los dos sistemas podría resucitar con las notas con las que funcionaron históricamente”.⁶⁵

Ahora si nos preguntamos si **¿el proceso penal es una garantía o un instrumento de represión?**

Señala Superti, que cuando el proceso penal es usado para combatir el delito, se genera una desnaturalización y se trastocan peligrosamente los fines de la institución, más allá de las posibles buenas intenciones de quienes lo proponen, ya que el enjuiciamiento penal, cede su sitio de bastión de las garantías para convertirse en un medio al servicio del poder público. Agregando que en cualquier política criminal respetuosa del hombre, el Estado no puede aplicar pena (el más gravoso de sus recursos) sin antes realizar un juicio previo, que reconozca el derecho de defensa y el debido proceso.⁶⁶

En ese mismo orden de ideas, surge una posición bastante innovadora para el sistema de enjuiciamiento penal, llamado “el esfuerzo de pacificación”, planteado por el profesor Binder, lo cual corresponde a una de las cuatro metas que debe alcanzar la reforma de la justicia en América Latina. Este esfuerzo de pacificación implica rescatar el concepto de reparación integral. Señala que la justicia penal tiene que darle paso a la reparación y la satisfacción del daño como una de sus finalidades. En los sistemas actuales, la víctima ha sido la excusa para degenerar el sistema el cual se fundamenta en reivindicar su dolor sin realmente conseguir una reparación de los perjuicios que haya

⁶⁵ VASQUEZ, José Luis. 2004. p.788.

⁶⁶ Ibidem, pp.29-30.

podido sufrir. En palabras de Binder “la víctima ha sido cruelmente tratada en nuestro sistema de justicia penal, ha sido una excusa para montar todo un sistema judicial que en última instancia se fundamenta, se legitima, en que va a satisfacer en el dolor a la víctima pero sin darle una verdadera satisfacción. Esta sólo pide que se le repare el daño, lo cual sí pacifica, a diferencia del castigo que no lo hace a pesar de ser legítimo y justo. Al respecto señala Binder, “que haya personas en la cárcel no pacifica, es simplemente un traslado de la violencia de un lugar a otro, no es una verdadera pacificación, independientemente del que sea necesario. Así, permitir que la ley pueda fortalecer los mecanismos de justicia restaurativa y de reparación integral a las víctimas, permitirá facilitarles una real indemnización de los perjuicios que hayan podido sufrir con ocasión al delito perpetrado. A lo que con el propósito de hacer menos nociva las consecuencias del delito para la víctima o sus familiares, se le puede solicitar al juez de control de garantías que imponga las medidas cautelares respectivas para garantizar la indemnización de perjuicios irrogados con la comisión de la conducta punible”.⁶⁷ Vemos como hoy día el restablecimiento del Derecho ocupa hoy un lugar destacado en los principios fundamentales del debido proceso.

⁶⁷ VANEGAS, G. David. Op cit, p.214.

Capítulo Tercero
**“Medios de Control a las funciones jurisdiccionales
del Ministerio Público”**

3.1 MEDIOS DE CONTROL EXISTENTES EN EL PROCESO PENAL PANAMEÑO

El Estado de Derecho limitó el ejercicio del poder público, a través de la Constitución, se reglamento el uso del poder, de manera que se le estableció al funcionario público lo que podía hacer y no podía hacer. De forma que cuando el funcionario público abusaba de su poder o se extralimitara en sus funciones, resultara fácil su identificación y surgiera la responsabilidad por los daños que se causen en el ejercicio arbitrario del poder. Conociendo los funcionarios qué les está prohibido y qué están obligados a realizar, asegurándose de esta manera los derechos.

En esta investigación sólo nos dedicaremos a revisar los mecanismos legales establecidos, actualmente, para cuando consideramos que han sido afectados nuestros derechos ante las decisiones jurisdiccionales del Ministerio Público. Con ese propósito encontramos:

3.1.1. *HÁBEAS CORPUS*:

La libertad individual, como elemento inseparable de la personalidad humana el cual el Estado está obligado a respetarla. Si la vemos en un sentido amplio incluye además de la física, el ejercicio de la libertad política, económica y religiosa como

manifestaciones de la libertad social del hombre, en su relación jurídica con la sociedad y el Estado.⁶⁸

Siendo la libertad uno de los bienes más preciados del hombre, para garantizarla, nuestra Constitución, previene los correctivos legales entre los que más se destaca, encontramos el Hábeas Corpus, que tiene por objeto proteger la libertad personal en caso de una detención ilegal o arbitraria.

Son muchos los aspectos jurídicos que pudiéramos revisar del Hábeas Corpus, pero solamente nos limitaremos a analizar su función, como mecanismo de control a las decisiones jurisdiccionales del Ministerio Público, en lo referente a las órdenes ilegales o arbitrarias de detención preventiva.

Nuestra Constitución Política recoge las garantías procesales de tipo penal, en los artículos 21, 22 y 23.

Artículo 21: "Nadie puede ser privado de su libertad, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente expedido de acuerdo con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley. Los ejecutores de dicho mandamiento están obligados a dar copia de él al interesado, si la pidiere.

El delincuente sorprendido in fraganti puede ser aprehendido por cualquier persona y debe ser entregado inmediatamente a la autoridad.

Nadie puede estar detenido más de veinticuatro horas sin ser puesto a órdenes de la autoridad competente. Los servidores públicos que violen este precepto tienen como sanción la pérdida del empleo, sin perjuicio de las penas que para el efecto establezca la Ley. No hay prisión, detención o arresto por deudas u obligaciones puramente civiles."

⁶⁸ BARRIOS, Boris. 1999, p.164.

De lo que se desprende **que para privar a una** persona de tan importante derecho es necesario que se cumplan cuatro **requisitos que no pueden faltar** al momento de la detención:

1. Mandamiento escrito
2. De autoridad competente
3. Expedido de acuerdo con las formalidades legales
4. Por motivo previamente definidos en la ley.

Es así, que en el artículo 23 se establece que es a través del Hábeas Corpus que se puede revisar, confirmar o corroborar si se ha cumplido o no con estos requisitos.

Artículo 23: "Todo individuo detenido fuera de los casos y la forma que prescriben esta Constitución y la Ley será puesto en libertad a petición suya o de otra persona, mediante la acción de hábeas corpus que podrá ser interpuesto inmediatamente después de la detención y sin consideración a la pena aplicable. La acción se tramitará con prelación a otros casos pendientes mediante procedimiento sumarísimo, sin que el trámite pueda ser suspendido por razón de horas o días inhábiles.

El hábeas corpus también procederá cuando exista amenaza real o cierta contra la libertad corporal, o cuando la forma o las condiciones de la detención o el lugar en donde se encuentra la persona ponga en peligro su integridad física, mental o moral o infrinja su derecho de defensa "

Igualmente nuestro Código Judicial, a partir del artículo 2574, se regula el procedimiento en esta materia:

"Todo individuo detenido fuera de los casos y la forma que prescriben la Constitución y la Ley, por cualquier acto que emane de las autoridades, funcionarios o corporaciones públicas del órgano o rama que fuere, tiene derecho a un mandamiento de Hábeas Corpus, a fin de comparecer inmediata y públicamente ante la justicia para que lo oiga y resuelva si es fundada tal detención o prisión y para que,

en caso negativo, lo ponga en libertad y restituya así las cosas al estado anterior"

En un Estado de Derecho, se garantiza al hombre frente al Estado, el derecho a la libertad y se crea el Hábeas Corpus, con el propósito de proteger la libertad personal en caso de una detención ilegal o prisión arbitraria.

3.1.1.1 CONCEPTO:

“El Hábeas Corpus es la acción constitucional de carácter individual, de procedimiento preferente, sumario e informal, y de conocimiento de la jurisdicción común, mediante la cual se ejerce la salvaguarda de la libertad física y corporal de una persona, frente a la comisión de una detención ilegal.

Se trata, propiamente, de una acción constitucional, pues su instauración o ejercicio no es incidental ni accesorio, es autónoma; y es que la causa que la motiva es una detención, y que en sentido procesal se pide como pretensión, la declaratoria de ilegalidad de la detención y la restitución de la libertad”.⁶⁹

Para el Doctor Rigoberto González, quien lo define como: “el instrumento procesal de naturaleza constitucional, regulado o previsto con el objetivo concreto de tutelar el derecho fundamental de la libertad corporal o física del individuo frente a sus amenazas o ante las detenciones arbitrarias provenientes de unas y otras de las autoridades.”

⁶⁹ Ibidem, p.168

Si analizamos este concepto encontramos las siguientes características que lo distinguen:

1. Acción Popular o Personal:

Para poder que se inicie debe ser interpuesto por una persona afectada o alguien en su representación. De acuerdo a lo establecido en el artículo 2582 del Código Judicial, el cual reza:

“La demanda de Hábeas Corpus puede interponerla la persona agraviada o cualquier otra en su beneficio, sin necesidad de poder. Dicha acción podrá ser formulada verbalmente por telégrafo o por escrito”...

Al respecto, esa permisibilidad de que cualquier persona puede presentar en beneficio de un detenido este recurso, consideramos que no debe ser tan abierta, se le debe establecer algunas limitaciones y establecer como requisito sine qua non la autorización y conocimiento del agraviado. En nuestra experiencia, como abogada defensora, tuvimos un caso, en el que la persona estaba detenida, le solicitamos una medida cautelar la cual fue concedida, pero desconocíamos tanto él como nosotros de la presentación de un Hábeas Corpus, el cual había sido negado, apelado y nuevamente negado. Cuando se emite la orden de la libertad gracias a la medida cautelar, solicitada, le aparece a la judicial que él estaba a órdenes de la Corte Suprema de Justicia y no de la Fiscalía, por lo que no se le podía dar la libertad. Teniendo que esperar que transcurrieran los días con el trámite de Hábeas Corpus en la Corte para que nuevamente fuera puesto a órdenes de la Fiscalía y se pudiera cumplir con la orden de libertad bajo medida cautelar. Situación que se hubiera podido evitar si él hubiera tenido conocimiento de esta presentación.

2. Es informal:

La norma no establece ninguna formalidad, ni requisitos ni condiciones de procedibilidad para su interposición. Y el tribunal no puede rechazarlo por defectos de forma. Puede ser presentado por escrito o verbal, personal o por fax. Tal como lo establece el artículo 2584:

“La demanda de Hábeas Corpus puede ser interpuesta en todo momento y en cualquier día. Esta no podrá ser rechazada por razones meramente formales, siempre que sea entendible el motivo o propósito de la misma.”

Es decir que siempre que se entienda lo pedido, se librará el mandamiento de Hábeas Corpus a la autoridad demandada para que lo conteste. “Lamentablemente el Código Judicial omitió establecer el término en que se debe responder el mandamiento. Lo que señaló es que se debe notificar en dos horas de preferencia personalmente, después de expedido el mandamiento, por lo que se debería exigir que la expedición del mandamiento lleve la hora en que se expide, y el secretario del tribunal está en el deber de lograr la notificación en el plazo indicado y si no pudiere hacer la notificación personal procederá enseguida a practicarla por medio de edicto, que fijara ante dos testigos, en la puerta de la oficina del funcionario demandado. Dos horas después de tal fijación quedará legalmente hecha la notificación. Repetimos, que no se establece un plazo para responder el mandamiento de hábeas corpus, y que el término de dos horas para contestar el mandamiento una vez hecha la notificación se toma por analogía de la acción de amparo.”⁷⁰ En la práctica observamos que por las distancias, en el caso del

⁷⁰ MOLINO MOLA, Edgardo. Op.cit, p.516

interior y en la capital por los tranques y falta de transporte entre otras dificultades, no se cumple con estas notificaciones personales, más bien, hoy día se realizan por fax.

3. Procedimiento preferente y sumario:

Preferente, porque por expreso mandato constitucional se tramitará con prelación a otros casos pendientes. Sumarísimo, porque se trata de un procedimiento especial que debe ser resuelto a la mayor brevedad posible, tal como lo señala nuestra carta magna, al establecer que el trámite de este recurso no puede ser suspendido por razón de horas o días inhábiles. Lo que responde a lo establecido en los artículos 2587, 2588, 2589, nuestro Código Judicial, en los siguientes artículos:

En cuanto a esta característica, no podemos dejar de comentar las situaciones observadas en la práctica, ya que no se cumple con este objetivo o característica. En primer lugar somos de la opinión, que para lograr que se cumpla deben existir tribunales especializados en esta materia y oficinas de fácil acceso para su interposición. Nos encontramos que en el interior, después de las 5:00 de la tarde o fin de semana, para usted interponer un Hábeas Corpus, al menos debe conocer donde vive el Juez o secretaria del Juzgado de Turno o cómo pueden ser localizados, porque de lo contrario es imposible presentarlo, durante esas horas, y tendrá que esperar hasta el lunes u horas hábiles para realizar el trámite, por lo que ante estas dificultades podemos señalar que el objetivo de este recurso no se está cumpliendo y por ende no es eficaz, por la falta de acatamiento a lo establecido constitucionalmente, lo que nos lleva a concluir que tampoco sirve a plenitud de control a las decisiones jurisdiccionales, del Ministerio Público, en este caso la detención ilegal o arbitraria. Es así que puede ocurrir, que un agente de instrucción

conocedor de todo lo planteado, espere el día viernes a las 4:30 de la tarde para ordenar una detención preventiva y se incurre en arbitrariedades e ilegalidades, no conociendo su defensa como ubicar al juzgado de turno y mucho menos al funcionario, su cliente tiene que pasar dos noches detenido, y no es hasta el lunes cuando puede interponer el recurso, para que se le revise si su detención es legal o ilegal, de ser ordenada su libertad, estos dos días detenidos, nadie se los compensará. Si bien, el artículo 2601 del Código Judicial, reza de que la persona puede presentar una Demanda contra el funcionario de instrucción que ordenó esa detención ilegal, o el Tribunal de Hábeas Corpus puede mandar una copia de lo referente a quien corresponda para que haga efectiva la responsabilidad criminal a la autoridad o funcionario que ha abusado o se ha excedido en el ejercicio de sus funciones. Contemplado este delito en el artículo 151:

“ El que ilegalmente prive a otro de su libertad, será sancionado con prisión de 6 meses a 3 años.”

Artículo 156:

“El servidor público que con abuso de sus funciones o infracción de las formalidades prescritas por la ley, prive a una persona de la libertad, será sancionado con prisión de 1 a 2 años e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por 6 meses a un año y si el hecho punible se comete con alguna de las circunstancias previstas en los artículos anteriores, las sanciones se aumentarán de una tercera parte a la mitad.”

Sin embargo en nuestro país son muy pocas las presentadas, por no decir que no se presentan, a lo que consideramos que quizás el día que se presenten se tendrá mucho más cuidado al ordenar detenciones preventivas.

Es así, que corrobora lo que hemos planteado la exposición del Licenciado Rodolfo Palma Guerra, asistente de Magistrado de la Corte, en el Primer Congreso Panameño de Derecho Procesal, al indicar que a pesar de la sencillez en la tramitación previstas en la Ley para estas acciones y de la existencia de una serie de normas destinadas a evitar su demora o paralización e incluso el establecimiento de sanciones para quienes entorpezcan o desobedezcan el sumarísimo trámite, en la práctica, particularmente a nivel de Tribunales Colegiados, la realidad es otra.

El tiempo de tramitación de una acción de Hábeas Corpus varía considerablemente si se trata de un Tribunal Unipersonal (Juzgados Municipales y de Circuito) o de uno Colegiado (Tribunales Superiores y el Pleno de la Corte Suprema de Justicia).

Quizás obedece tal vez al mayor volumen de acciones de esta naturaleza que tramitan los tribunales colegiados, en el caso de la Corte, que conoce de estas acciones cuando el acto emane de una autoridad con mando y jurisdicción en todo el territorio nacional o en dos o más provincias, llámese Procurador General de la Nación, Director de la Policía Nacional, Director de la Policía Técnica Judicial, Fiscal Auxiliar de la República, Fiscalías y Tribunales Superiores, Director Nacional de Migración, etc.

Durante el año 2003, el Pleno de la Corte atendió 1,228 casos, de los cuales 613 eran acciones de Hábeas Corpus, es decir, casi el 50% de los casos.

Por otro lado, tratándose de Tribunales Colegiados, se adjudica el expediente a un Magistrado, el Sustanciador, que luego de surtido el trámite correspondiente, debe elaborar el proyecto de resolución para someterlo a la consideración del resto de los

Magistrados que integran la Colegiatura, y en los casos en que hayan observaciones, se somete a discusión del Pleno, lo que naturalmente toma su tiempo.

En cuanto a los problemas que inciden en la demora de esta acción, podemos mencionar inconvenientes al momento de la notificación de la providencia contentiva del mandamiento de Hábeas Corpus, por la carencia de transporte y de medios materiales (unidades de fax) y personales.

Aún cuando no exista una norma, que de manera expresa señale el término que tiene el funcionario demandado para poner a disposición del Tribunal de Hábeas Corpus al detenido y rendir el informe correspondiente, por analogía se aplica el artículo 2621 del Código Judicial que rige en materia de amparo, que concede un término de dos horas, a partir de la notificación. No obstante en la práctica este término tampoco se cumple.

Menciona, la utilización inadecuada de esta acción por parte de alguno abogados, que ante la negativa o la imposibilidad de obtener copias de incipientes sumarias ante el funcionario instructor promueven una acción de Hábeas Corpus y una vez obtenidas las copias, correspondientes en el Tribunal de Hábeas Corpus, desisten de la misma con la consecuente pérdida de tiempo y recursos que ello implica.

Hace referencia a las sanciones las cuales considera muy tenue su aplicación, pues en los casos en los que se ha comprobado la desobediencia, sólo se plasma en la resolución un llamado de atención, y cita algunos fallos:

- El Pleno de la Corte, en resolución de 23 de agosto de 2003, con ocasión de una acción de Hábeas Corpus, cuyo mandamiento le fue notificado al Fiscal Auxiliar de la República el 22 de junio de 2003 y según informe secretarial el 10 de agosto de ese año, aún no había contestado, señaló:

“Como es la primera vez que tal cosa ocurre es necesario reiterar al Señor Fiscal Auxiliar de la República, que incurre en desacato el funcionario que no acata el mandamiento de Hábeas Corpus, en el término requerido, sin causa justa, conminarlo a que cumpla con su deber; y advertirle que de no hacerlo puede ser sancionado de conformidad con los artículos 2580, 2603 y 2604 del Código Judicial.

- En otro caso en Resolución de 20 de enero de 1999, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia hizo un llamado de atención: Esperamos que esto no se vuelva a repetir, ya que el incurrir en desobediencia del mandamiento de Hábeas Corpus conlleva su sanción, tal como se establece en los artículos 2603, 2604 y 2605 del Código Judicial.
- En reciente fallo de 14 de mayo de 2004 y 21 de julio de 2004, el Pleno de la Corte Suprema al resolver acciones de Hábeas Corpus, impuso multa de B/150.00 y en el segundo caso por la suma de B/200.00, además de la compulsión de copias a la autoridad competente para que iniciara una investigación, por no haber contestado el mandamiento de Hábeas Corpus dentro del término de dos (2) horas sino tres (3) meses después.

4. Efectos restitutivo, restringido y reparador:

Decimos que es restitutivo por el efecto que restituye al estado anterior, es decir de la libertad. Es restringido porque evita que se de el confinamiento, la deportación, el destierro, la remoción o traslado a otra jurisdicción de detenido de manera ilegal. Y

reparador, por el hecho de restablecer la libertad corporal de la persona detenida arbitraria o ilegalmente.

Si bien, su principal función es tender a restituir la libertad de la persona detenida ilegalmente y volver las cosas a su estado anterior. Es importante señalar que cuando se presente una acción de Hábeas Corpus solo se deben remitir las copias del proceso al tribunal competente que libro el mandamiento de Hábeas Corpus, contra el funcionario de instrucción, y puede que sea declarada legal esa detención, la defensa puede apelar y subir a la segunda instancia para su verificación, a lo que consideramos que en esta etapa la defensa, el Juez o el que lo revise, debería tener la cautela de que se tenga realmente el expediente completo a la fecha de su revisión porque hemos observado que posterior a la Providencia de Detención preventiva, muchas veces, se realizan varias diligencias, ya que recordemos que el expediente original debe quedarse con el agente de instrucción, donde se adelantan otras diligencias que pueden aclarar la responsabilidad o indicios existentes y que a pesar de ello, no se le otorga o cambia por otra medida cautelar distinta a la detención preventiva o se le da la libertad. Es por ello que consideramos que si el Tribunal tratara de tener el expediente actualizado pudiera darse cuenta de estas situaciones y jugar realmente un papel de control a las funciones jurisdiccionales del Ministerio Público. Ya que al apelar el expediente sólo sube con las copias autenticadas, hasta el folio que se encontraba en ese momento de la detención preventiva, sin agregar las diligencias judiciales posteriores. Ocurriendo, que ante estas diligencias posteriores a la detención preventiva, se aclara la situación, y el agente de instrucción al querer dar la libertad o una medida cautelar distinta, y por el hecho de que el detenido está a ordenes del Tribunal que está resolviendo el Hábeas Corpus, no se puede conceder sino es hasta

que el detenido sea puesto nuevamente a órdenes del Ministerio Público para que se haga efectiva la orden.

3.1.2 EL AMPARO DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

En nuestra Constitución Nacional en el artículo 54, se recoge esta acción, al señalar:

“Toda persona contra la cual se expida o se ejecute, por cualquier servidor público, una orden de hacer o de no hacer, que viole los derechos y garantías que esta Constitución consagra, tendrá derecho a que la orden sea revocada a petición suya o de cualquier otra persona. El recurso de amparo de garantías constitucionales a que este artículo se refiere, se tramitará mediante procedimiento sumario y será de competencia de los tribunales judiciales”.

En Panamá, el amparo también es considerado como un juicio o proceso, que contempla una serie de actos procedimentales, en el cual se acude a un remedio constitucional contra un acto lesivo, en donde el debate central lo es discernir si el acto emanado de la autoridad, viola o no los derechos y garantías fundamentales consagradas en la Constitución. En distintos pactos y convenios internacionales, tales como la Convención Americana sobre los Derechos Humanos de 1969- Pacto de San José, aprobada mediante Ley 15 de 28 de Octubre de 1977, en el numeral 1 del artículo 25 establece :

“Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando

*tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.*⁷¹

El recurso de amparo de garantías constitucionales a que este artículo se refiere, se tramitará, en nuestro país, mediante procedimiento sumario y será de competencia de los tribunales judiciales”.

Vemos que en Panamá, el amparo también es considerado un juicio o proceso, que contempla una serie de procedimientos, para enervar un acto lesivo.

A nivel jurisprudencial encontramos que el amparo es definido como “un proceso constitucional que tiende a restablecer la lesión que, como consecuencia de un acto de autoridad contentivo de una orden de hacer o no hacer, es decir, un mandato imperativo que impone una determinada conducta o abstención, resultare violatorio de los derechos fundamentales del proponente, consignados en la Constitución Política. Es pues un remedio constitucional contra actos lesivos de derechos fundamentales de una persona.”⁷²

De lo que comprendemos que ante una orden de hacer o no hacer emitida por cualquier funcionario público, con mando y jurisdicción, que viole los derechos y garantías, podrá el afectado o una persona, panameña, extranjera, residentes o transeúntes en su nombre solicitar a los tribunales competentes su revocatoria. A través de un procedimiento rápido, no quiere decir con ello que la suspensión de la orden va a ser automática con la sola admisión de la acción, ya que en estos casos queda sujeta la suspensión a la discrecionalidad del juez o magistrado.

⁷¹ BATISTA, Abilio y Otros. 1999, p.9.

⁷² Ibidem, p.10

Esta orden debe ser expresa tal como lo manifiestan los Magistrados César Quintero y Edgardo Molino Mola, en un fallo del 6 de septiembre de 1990, al señalar que de acuerdo con el artículo 2606, que es evidente que la resolución judicial impugnada debe ser por escrito.

De acuerdo con la jurisprudencia, el recurso de amparo protege únicamente los derechos individuales o sociales, establecidos en el Título III, de la Constitución, con excepción de la libertad individual, que es protegida por el recurso de hábeas corpus, lo que diferencia estas acciones, y las violaciones a algún derecho constitucional no contemplado en el Título III, deberá ser protegido mediante la acción de inconstitucionalidad.⁷³

Entre los derechos individuales y sociales, que protege la acción de Amparo de garantías constitucionales encontramos:

1. Derecho a no ser discriminado
2. La igualdad ante la ley.
3. Derecho de los nacionales a no ser extraditados
4. Derecho a no declarar contra si mismo, su cónyuge o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad
5. Derecho a la intimidad
6. Derecho a la inviolabilidad del domicilio
7. Derecho a la inviolabilidad de la correspondencia
8. Derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones telefónicas

⁷³ MOLINO, MOLA, Edgardo. 1998, p.560

9. Libertad de tránsito
10. Libertad de expresión
11. Libertad de pensamiento
12. Libertad de reunión
13. Libertad de profesión
14. Libertad de religión
15. Libertad de asociación
16. Derecho a no ser sometido a torturas
17. Derecho a no ser penado con la muerte
18. Derecho a no ser penado con la expatriación
19. Derecho a no ser penado con la confiscación de bienes
20. Derecho a ser penado sólo por delito reconocido en la ley
21. Derecho al debido proceso
22. Derecho a indemnización por violación de la legalidad o de la constitucionalidad
23. Derecho a presentar peticiones y quejas
24. Derecho a que no se apliquen leyes con efecto retroactivo, salvo las excepciones constitucionales
25. Derecho de propiedad
26. Derecho a no pagar contribución ni impuestos no fijado por ley
27. Derecho de autor
28. Derecho de trabajo
29. Derecho a la educación
30. Derecho a la vivienda

- 31. Derecho a la alimentación **de menores**
- 32. Derecho a un **ambiente sano**
- 33. Derecho de la familia
- 34. Derecho a la cultura
- 35. Derecho a la seguridad y a la asistencia social.
- 36. El fuero de maternidad (Ibidem, p.570).

Encontramos, a pesar de lo planteado, innumerables fallos de la Corte Suprema de Justicia, en los que se ha aceptado amparos de garantías constitucionales contra órdenes de hacer o no hacer que violan derechos consagrados fuera del Título III.

En lo que a nuestro tema de investigación respecta, es importante señalar que debemos entender por Orden de Hacer o No Hacer, dada por el Ministerio Público:

Si bien esta orden puede ser dada por cualquier funcionario público, del órgano ejecutivo, Legislativo o del judicial, municipal, provincial o de instituciones autónomas o semiautónomas, exceptuándose las decisiones de la Corte Suprema de Justicia o de sus salas, ni las decisiones jurisdiccionales del Tribunal Electoral, pero en esta ocasión nos concentraremos en las del funcionario de instrucción.

Partiendo de que se trata de un mandato imperativo para que se haga algo o se deje de hacer alguna cosa, que viola un derecho o garantía constitucional, podemos mencionar los siguientes ejemplos relacionados con nuestro estudio:

El Ministerio Público, ordene el cierre de un medio de comunicación.

Un agente de instrucción en un proceso de usurpación ordene el desalojo al demandado.

Este tipo de acción requiere de acción inmediata y para ello está el Amparo, el cual deberá ser interpuesto por el afectado o su apoderado, demostrando un interés para estar legitimado como actor en el proceso, el cual se resolverá rápidamente, una vez presentada se decide si se admite o no. Solicitándole al representante del Ministerio Público, en este caso un informe o el envío de la actuación, el cual deberá rendirlo en el término de dos horas, suspendiéndose la orden emitida, salvo en el caso de las decisiones jurisdiccionales, en que la suspensión de la orden es discrecional por parte del juez de amparo.

Sin embargo en la práctica son muy pocos los amparo presentados contra las ordenes dadas por los agentes del Ministerio Público.

Este proceso de Amparo es fuertemente criticado, por el hecho de que los terceros no tienen ninguna participación, a lo que la Corte, mediante una sentencia del 18 de abril de 1997, ante una demanda de inconstitucionalidad presentada por el Doctor Rolando Murgas Torraza, en la que se quejaba de la indefensión en que se encontraban los terceros ante esta Acción, nuestra más alta colegiatura dijo: que debe permitirse la intervención de los terceros a el proceso de amparo. Posteriormente mediante el fallo 12 de mayo de 2000, nuestra más alta colegiatura consideró viable escuchar a la parte afectada con el fallo de primera instancia dentro del proceso de amparo, sobre todo en aquellos que se siguen contra resoluciones judiciales, porque de no ser así , el tercero queda en estado de indefensión.

La autoridad competente en esta materia lo son los tribunales judiciales, específicamente los tribunales civiles del sistema judicial, la jurisdicción ordinaria , tomando en consideración la competencia jerárquica y el mando territorial del

funcionario público que expida la orden que se estima lesiona los derechos y garantías fundamentales.

Mediante Sentencia de 21 de agosto de 1992 del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, señaló que sólo procede la acción de amparo contra las resoluciones judiciales... cuando se hayan agotado los medios y tramites previstos en la Ley y así lo recoge el artículo 2615, en su numeral 2.

En la Sentencia de fecha 05 de mayo de 1999, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, dijo que la acción de amparo persigue revocar una orden que por la gravedad e inminencia del daño que representa, requiere de una revocación inmediata. Lo que quiere decir que el elemento fundamental del amparo es la urgencia en la protección del derecho constitucional que se estima conculcado. La inminencia del daño significa que se trate de un perjuicio actual, no pasado u ocurrido hace mucho tiempo. Inminente quiere decir que amenaza o está para suceder prontamente, y lo antónimo de inminente es remoto lejano.

Es decir que si la orden fue ejecutada ya no tiene sentido el Amparo, toda vez que se desnaturaliza el objetivo de esta acción.

Aunado a lo anterior, encontramos de que la Corte ha indicado, mediante Sentencia 01 de diciembre de 2000, que es un requisito básico e indispensable para acceder a la esfera constitucional o vía de la acción de amparo, haber agotado los remedios legales para enervar decisiones arbitrarias, y sólo cuando la resolución judicial no admite recurso, procede el amparo.

Señala el Doctor Molino Mola, que la protección de los derechos y garantías fundamentales, en Panamá, se puede apreciar por el porcentaje de amparos concedidos en los últimos años.

Agrega el autor, que no cabe amparo contra amparo, ya que una **sentencia que decide una acción de amparo no es una orden de hacer o no hacer. Dicha sentencia decide sobre la conformidad o no de la orden impugnada como violatoria de los derechos y garantías constitucionales, concediendo o denegando, según la decisión del tribunal de amparo.**

Consideramos que si bien, el amparo, puede en un momento revocar una orden que viola los derechos y garantías fundamentales, emitida por un agente del Ministerio Público, nos encontramos la limitante de que debe ser una orden grave, inminente y urgente que represente un daño a la parte demandante, lo que en un momento dado, a nuestra opinión, puede que lo que para mí sea urgente, inminente y grave para otra persona no lo sea, aunado al hecho de que debe agotar todos los trámites previstos en la ley para la impugnación de la resolución judicial de que se trate. Y como todos sabemos determinar estos elementos fundamentales del Amparo, mencionados, dependen de aspectos subjetivos lo que puede caer igualmente en arbitrariedades. Aunado al segundo punto, que igualmente se debe agotar los medios legales, todos sabemos que los trámites judiciales, en nuestro país son largos y tediosos, y que de no cumplirse a cabalidad no sólo el anuncio sino también su sustentación no podemos llegar a la instancia de interponer la acción de Amparo. Nos llama poderosamente la atención de que en la Doctrina se señala de que esta acción puede ser presentada bien por el afectado o una persona en su nombre, y sin embargo el Código Judicial establece en el artículo 2618, que se debe nombrar abogados que las representen. Igualmente, encontramos que al revisar en los archivos de nuestra Corte Suprema de Justicia, son muy pocos los Amparos presentados contra las decisiones jurisdiccionales del Ministerio Público, quizás porque

al cumplirse con la interposición previamente de otros medios legales antes, de la acción de amparo, se resuelve o por lo largo y costoso del trámite no se continúa agotando los mismos. Lo que nos lleva a concluir de que este medio de control, ha sido bien elaborado por lo que es eficaz, pero no es eficiente, ya que difícilmente resuelve el problema.

Nos parece importante el hecho de que se establezcan sanciones a los funcionarios demandados y que se les revoque la orden dada.

3.1.3 *EL INCIDENTE DE CONTROVERSIA*

El incidente de Controversia, considerado el medio más utilizado e importante, para controlar las funciones jurisdiccionales del Ministerio Público, en nuestro país. Lo señalamos como el más importante porque ante la falta de controles jurisdiccionales, en esta materia, en nuestro país, este viene a llenar ese vacío, a fin de evitar arbitrariedades y violaciones de derechos. al grado de poder ser utilizado contra cualquiera actuación de la vindicta pública, excepto la detención preventiva, ejecutada.

El cual se encuentra regulado en nuestro Código Judicial en el artículo 1993 y a su letra reza:

“Las actuaciones de los agentes del Ministerio Público podrán ser objetadas por las partes mediante incidente de controversia, el que será resuelto por el Tribunal competente para conocer del proceso. Exceptuase la orden de detención preventiva, en los casos en que la medida se hubiere hecho efectiva.

Tales incidentes se tramitarán como los de previo y especial pronunciamiento, sin interrumpir el curso del sumario ni la ejecución de la diligencia objetada. La apelación de la resolución que resuelva el incidente se

concederá en el efecto diferido y se remitirán los autos al superior, quien decidirá sin más actuación."

Entendiéndose del mismo, que todas las actuaciones de los agentes del Ministerio Público pueden ser objetadas a través de este incidente, exceptuándose las órdenes de detención preventiva, cuando se hubiere hecho efectiva. Señalándose, taxativamente en la misma, cuál es el trámite que se le debe dar.

Para algunos autores como el Magistrado Wilfredo Sáenz, quien en su obra " Las Perspectivas de Actualización de las Fases del Proceso Penal Panameño", al referirse al Incidente de Controversia lo hace dentro del título Recursos y Consultas, y en el que plantea los serios cuestionamientos que se le hacen a este Incidente de Controversia por el hecho de que no interrumpe el curso del sumario ni la ejecución de la diligencia objetada.

Ante lo planteado, queremos compartir lo observado, por nosotros, en nuestra experiencia vivida como agente de instrucción. Como todos sabemos, en todos los despachos de Ministerio Público, no se cuenta con acceso a fotocopadoras, para poder fotocopiar un expediente que esta siendo solicitado por el Juzgado, ante la interposición de un Incidente de Controversia contra una actuación del Ministerio Público, para resolver el mismo, amén de que en la mayoría de las veces son expedientes voluminosos y el funcionario difícilmente va a asumir el costo de las mismas. Ante ello, en la práctica la mayoría de los agentes de instrucción remiten, el expediente original, el cual muchas veces demora hasta meses, por ser devuelto, suspendiéndose el curso del sumario y la

ejecución de la diligencia objetada. Así si **confrontamos esta norma** con la realidad práctica vamos a encontrar **una serie de situaciones muy diferentes a las contempladas** en la norma, ya que en teoría **se dice que no debe** interrumpir el trámite del sumario y se dan situaciones que por las **circunstancias y limitaciones se suspende**.

Autores como Muñoz Pope, indican: “que la normativa vigente en esta materia **hace de esta una institución muy disminuida e insignificante, con evidente desmedro de los derechos de las partes en el proceso penal, que nuevamente están a merced del agente del Ministerio Público, quien otra vez será el señor de la instrucción y concluye indicando que con la reforma introducida al artículo 2009 (ahora 1993) no ha sido adecuada, ya que elimina el verdadero propósito que se perseguía con el incidente de controversia pues ahora en adelante no habrá forma de controlar la actividad de instrucción del Ministerio Público en el sumario.**”. Manifiesta, además que uno de los aciertos de estas reformas, en esta materia, fue la de modificar esta regulación, pero que lamentablemente el resultado de la misma fue el de facilitar la inoperancia de esta institución, ya que se convirtió en disminuida e inoperante, careciendo de trascendencia.⁷⁴ No tenemos duda de la importancia que tiene en el procedimiento penal, por la función controladora en la función jurisdiccional que realiza el Ministerio Público. Es obvio, que en nuestro país, el imputado se encuentra en desventaja frente al agente de instrucción,

⁷⁴ MUÑOZ POPE, Carlos. 2003, pp.36-37.

situación contraria al principio de igualdad de las partes que debe prevalecer en todo proceso penal. Encontramos así que al tomar decisiones debe valorar las pruebas para lo que para nuestro concepto causa fuertes desventajas con la defensa.

Somos de la opinión, que si el incidente de controversia no debe interrumpir la ejecución de la decisión impugnada, no tiene sentido este medio legal, porque si lo analizamos, al no suspender la decisión igual el incidentista se va a tener que someter a decisiones que en un momento le van a causar quizás emociones psicológicas fuertes o perjuicios sociales que nadie se los va más tarde a reponer. Ante estas discrepancias observadas, nos hacemos algunos cuestionamientos, los cuales consideramos oportuno, compartirlos y aclararlos, para ello realizamos algunas entrevistas a profesionales del Derecho que a diario se encuentran en contacto directo con este Incidente, posteriormente expondremos los resultados de las entrevistas realizadas.

Al revisar la jurisprudencia encontramos fallos de la Corte Suprema de Justicia, de procesos en los cuales se ha interpuesto INCIDENTE DE CONTROVERSIA, por el hecho de que el Ministerio Público se ha excedido en el término establecido por el artículo 2060 del Código Judicial, para la investigación sumarial. Es así que el fallo de la Corte Suprema de Justicia del 19 de enero de 1995, en el que se hace referencia a Incidente de Controversia formulado por la Firma VILLALAZ Y ASOCIADOS, en contra del Fiscal Tercero Superior, en las sumarias seguidas a ROBERTO LÓPEZ VILLARREAL Y MELQUÍADES DE LEON, por presunta comisión del Delito de Homicidio en perjuicio de Luis Antonio Huertas Dávalos, Magistrado Ponente José

Manuel Faúndes, en el cual por Apelación y procedente del Segundo Tribunal Superior de Justicia ingresó a la Sala Segunda Penal de la Corte Suprema de Justicia el expediente contentivo de Incidente de Controversia, en el cual el A Quo había resuelto en su resolución, que "ADMITE el incidente de controversia sólo en lo atinente" que el señor Fiscal Especial "debe emitir" dentro de un término perentorio, la Vista Fiscal Conclusiva y remitir el cuaderno sub judice a esta Corporación y se RECHAZA en cuanto las solicitudes de deserción y libertad provisional a favor del señor LÓPEZ VILLARREAL ...", lo cual fue Confirmado por nuestra más alta colegiatura. Vemos así, que este incidente tiene una, amplia utilidad, ya que no es solo para aquellas decisiones escritas de la vindicta pública, sino que permite que ante la indefensión y la falta de emisión de decisión por parte del funcionario de instrucción en el término establecido por la norma, a través del Incidente de Controversia se permite poner orden y llamar la atención al Ministerio Público. Igualmente, observamos que este INCIDENTE DE CONTROVERSIA, se ha utilizado, erróneamente y en reiterativamente contra aquellas providencias emitidas por el Ministerio Público, en las que se niega la Sustitución de la Medida Cautelar de la detención preventiva. Así podemos mencionar el fallo de la Corte Suprema de Justicia, del 04 de julio de 2002, en el cual procedente del Tribunal Superior de Justicia de Segundo Distrito Judicial de Coclé, la Corte Suprema de Justicia confirma el auto, apelado, dentro de las sumarias seguidas a María Teresa Umaña sindicada por el delito de Homicidio en perjuicio de Velkis García en contra de la Fiscalía Superior del Segundo Distrito Judicial, Magistrado Ponente Roberto González., en el que el A quo negaba el incidente de controversia "con fundamento legal en la norma y teniendo en cuenta el criterio jurisprudencial de la Corte que señala que las providencias que niegan

la sustitución de la detención preventiva no son impugnables vía incidente de controversia, indicó en el auto objeto de impugnación que si bien el abogado defensor orientaba su acción contra una resolución que niega sustitución de medida cautelar, lo cierto es que se hizo efectiva desde el 19 de julio de 2000, según ambas partes afirman, lo que para nuestra legislación constitucional y procesal penal tiene otros recursos especiales". La sala comparte la opinión del Tribunal A-quo, pues en jurisprudencia de esta Superioridad se ha indicado, además de la excepción que contempla el artículo 1993 del Código Judicial, que la providencia que niega la sustitución de la medida cautelar privativa de libertad no es susceptible del Incidente de Controversia puesto que ambas solicitudes en el fondo buscan dejar sin efecto la medida de detención preventiva ejecutoriada y no es la vía procesal idónea para hacer efectiva tal pretensión. (Cfr. Auto de 19 de diciembre de 1991). Confirmándose el Auto apelado en el que se negaba el Incidente de Controversia.

Observamos numerosos fallos de la Corte en este sentido, ya que los abogados defensores constantemente utilizan este incidente con este propósito, sin embargo los fallos jurisprudenciales de esta Superioridad han dejado sentado que "además de la excepción que contempla el artículo 1993 del Código Judicial, la providencia que niega la sustitución de la medida cautelar privativa de libertad no es susceptible del incidente de controversia puesto que ambas solicitudes en el fondo buscan dejar sin efecto la medida de detención preventiva ejecutoriada y no es la vía procesal idónea para hacer efectiva tal pretensión" (Resoluciones de 24 de marzo de 2003 y 4 de julio de 2002).

Al igual la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado que sólo pueden objetarse mediante incidente de controversia las actuaciones de los agentes del Ministerio

Público, entendiéndose como tales, las que guardan relación con la tramitación del sumario, según se desprende del artículo 2009 del Código Judicial; es decir, que únicamente podrán ser objetados por las partes a través de incidentes de controversia, los actos que se practiquen en la investigación sumaria y que, según lo normado por el artículo 2065 del Código Judicial, se extiendan mediante diligencias firmadas por el funcionario de instrucción, su secretario y las personas que hayan intervenido en las mismas. Es así que encontramos un caso en el que se interpuso contra una actuación verbal o de hecho de un Personero Municipal, quien no quiso recibir dos escritos que intentó presentar la incidentista, interponiéndose el incidente de controversia, el cual fue admitido pero apelado por la contraparte, resolviendo la Corte en revocar la Resolución que admitió el incidente, por las razones arriba expuestas y por considerar que debió ser visto como sustracción de materia. (Fallo 16 de Octubre de 1996 de la Corte Suprema de Justicia, dentro de las sumarias en Averiguación por el delito de Homicidio y Robo en perjuicio de José Félix De León. Magistrado ponente Humberto Collado).

De esta manera vemos que este incidente no sólo puede ser interpuesto contra la Providencia Indagatoria ordenada por el Ministerio Público, sino también cuando, la agencia de instrucción se exceda en el término establecido por el artículo 2033 del Código Judicial, para realizar la investigación. En cuanto al término de presentación si lo consideramos bastante limitado, ya que sólo puede ser interpuesto durante la fase de instrucción sumarial, por ser esta etapa donde realmente se dan de manera efectiva las actuaciones del Ministerio Público.

DOCTRINA:

Reiteradamente, se cuestiona el hecho de que por qué en la etapa intermedia y plenaria, no se puede utilizar este incidente, a lo que la Doctrina ha indicado de que en las etapas señaladas, el Ministerio Público viene a asumir un rol de parte y se equipara, bajo la autoridad judicial, a las otras partes del proceso a saber, el imputado, el defensor técnico y eventualmente, el querellante y al actor civil. Para el profesor Adolfo Montero, "el incidente de controversia es un medio de defensa procesal que la ley provee al imputado en la etapa del sumario para impugnar las actuaciones del Ministerio Público que estime lesivas a sus intereses y está regulado en el artículo 2009 del Código Judicial, subrogado por la Ley 3 de 1991" ⁷⁵

3.1.4 RECURSOS EXTRAORDINARIOS:

La existencia de estos recursos, nos recuerdan que las autoridades judiciales no están exentas de cometer errores y que sus actuaciones están sujetas a revisiones o impugnaciones, lo que nos garantiza un verdadero estado de Derecho, y que los mismos tengan ciertas limitaciones en sus actuaciones. Constituyéndose, también estos Recursos Extraordinarios, en mecanismos de control que evitan los excesos, arbitrariedades o el abuso del poder.

⁷⁵ Derecho Procesal Penal, Universidad de Panamá, Publicación del C. E. D., p. 121.

Estos recursos extraordinarios (Revisión y Casación) los cuales más que enmendar los agravios sufridos, anular, revocar o modificar una Sentencia que perjudica a alguna de las partes, buscan proteger los derechos de la persona humana contra los errores en que pueden incurrir los administradores de la justicia.

3.1.4.1 *RECURSO DE REVISIÓN:*

CONCEPTO:

Para Fabio Calderón Botero, el Recurso de Revisión “es un medio extraordinario de impugnación que tiende a remover una sentencia condenatoria injusta que hizo tránsito a cosa juzgada, mediante un nuevo debate probatorio por haber sido proferida con base en un típico error de hecho sobre la verdad histórica del acontecimiento delictual o contravencional que dio origen al proceso y fue tema de éste.

Secundino Torres Gudiño, expresa que “la revisión es un recurso excepcional. Debe su existencia al hecho de que la presunción de verdad de la cosa juzgada no puede ser absoluta, aunque ante ella existan nuevas circunstancias que invaliden los fundamentos que sirvieron para su dictación.”⁷⁶

3.1.4.2 *FUNDAMENTO DE LA REVISIÓN:*

Expone Chioyenda que “nada tiene de irracional en sí mismo que la ley admita la impugnación de la cosa juzgada; la autoridad misma de la cosa juzgada no es absoluta

⁷⁶ TORRES GUDIÑO, Secundino. Casación 1957, p.51.

necesaria, sino establecida por consideraciones de utilidad y oportunidad social; de tal manera que esas mismas consideraciones pueden a veces aconsejar su sacrificio para evitar el mayor daño que se deriva de la conservación de una sentencia intolerablemente injusta.⁷⁷

Para Guasp, su fundamento estriba en:

- Ser la última posibilidad de realización de los valores a que el proceso, como todo derecho sirve.
- Sirve a la seguridad jurídica, toda vez que prohíbe que resultados trascendentales injustos se consoliden definitivamente, pese al conocimiento y a las pruebas de las causas para que dicha injusticia se corrija.
- Es el medio final de remediar una situación gravemente injusta en razón de circunstancias que aunque extrínsecas al proceso lo vician radicalmente.

3.1.4.3 *CARACTERÍSTICAS DEL RECURSO DE REVISIÓN PENAL*

El recurso de Revisión Penal, de acuerdo a lo que tiene previsto la legislación, la jurisprudencia y la Doctrina, esta revestido de una serie de características que lo distinguen tanto de los recursos ordinarios como de los demás recursos extraordinarios, de las que por su importancia, pueden señalarse lo siguiente:

⁷⁷ FABREGA, Jorge. Instituciones de Derecho Procesal Civil, p.777

- a. **En cuanto al tipo de recurso y sus formalidades:** Para que proceda o sea admitido por el tribunal competente, deberá ser formulado cumpliendo con una serie de requerimientos de obligatorio cumplimiento y que son fijados o previstos taxativamente por la ley. Estas formalidades se aplican en el artículo 2455 del Código Judicial.

La importancia del cumplimiento de estos requerimientos legales es de tal relevancia, que de no ser observadas por el recurrente, el recurso no será admitido y ello por tratarse éste de un recurso extraordinario; con respecto a esta característica, la Sala de lo Penal de la Corte ha señalado lo siguiente:

“Es necesario anotar que la revisión es un procedimiento excepcional acerca del proceso mismo, por lo que el recurso no tan solo debe tomar en cuenta lo anotado por la ley, sino también ajustarse a lo que constituye la técnica procesal, que permita diferenciarlo de lo que es una alegación común u ordinaria”.

- b. **En cuanto al tipo de resolución contra la que procede:** De acuerdo al tipo de resoluciones judiciales susceptibles de ser recurridas vía recurso de revisión penal, son las que tienen la calidad de sentencias y dentro de estas las que sean en firme, es decir, aquellas revestidas de la cualidad de cosa juzgada; esto se plasma en el art.2454 del Código Judicial. Se colige de lo expuesto que no toda resolución judicial podrá ser objeto del recurso de revisión penal, en la medida en que sólo lo serán las sentencias y con respecto a éstas, aquellas que estén ejecutoriadas, es decir, las que tengan o poscan fuerza de Cosa Juzgada.

c. **Existencia de un motivo o causal prevista en la ley:** Se ha expresado que el recurso de revisión penal, en su naturaleza de medio impugnativo extraordinario, puede ser promovido o formulado por razón de motivos o causales previstas taxativamente en la ley. En otros términos, sólo podrá promoverse, teniendo como sustento, los sustentos fijados específicamente en la ley. Lo que significa de allí, que no le estará permitido a quién recurra en ejercicio de este recurso, aducir o invocar motivos o causales distintas a las que previamente se han establecido en la norma que regula este medio impugnativo.

d. **Otras particularidades:** Una de ellas es al que tiene que ver con el hecho de que no importa la jerarquía del tribunal que haya emitido la sentencia contra la cual se promueve dicho recurso pues el artículo 2454 del Código Judicial sólo exige que esta sea ejecutoriada y que se podrá presentar cualquiera que sean los tribunales que los hubieran dictado. Otra característica que tiene que ver con la concepción que se sigue en nuestro ordenamiento jurídico y que ha sido reafirmado por la Sala de lo Penal de la Corte, es la que tiene que ver con el tipo de sentencia contra la cual procede, es decir en cuanto a lo decidido en ésta.

Así pues, el recurso de revisión sólo procede contra sentencias condenatorias y en ningún momento cuando en ésta se haya absuelto.

3.1.4.4. FORMALIDADES DEL RECURSO DE REVISIÓN PENAL

Al igual que el Recurso de Revisión Civil, no es formal sin embargo en el artículo 2455, se señala:

El recurso de revisión se interpondrá ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia mediante memorial que indicará la sentencia cuya revisión se demanda; el Tribunal que la hubiere expedido; el delito que hubiere dado motivo a ella; la clase de sanción que se hubiere impuesto y los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoyare la solicitud. Junto con este memorial se acompañarán las pruebas de los hechos fundamentales. Su presentación puede ser en cualquier momento.

3.1.5 RECURSO DE CASACIÓN

Hemos incluido este recurso, por la utilidad que tiene ante aquellos procesos en los que por las decisiones y diligencias practicadas, arbitrariamente por agentes del Ministerio Público, han conllevado a sentencias condenatorias, viéndose en la necesidad de recurrir ante esta instancia, en donde muchas veces son declarados absueltos, indicando nuestra más alta colegiatura, los errores y arbitrariedades cometidas en la etapa sumarial.

CONCEPTO:

La palabra casación significa “anular, romper o quebrar” lo que en el fondo permite dar a entender que toda Corte o Tribunal de Casación, deja sin sus originales efectos, las decisiones o sentencias de los tribunales porque invalida o anula, total o parcialmente, la decisión jurisdiccional ordinaria.

Para Fabio Calderón Botero, la casación penal “es un medio extraordinario de impugnación, de efecto suspensivo, contra sentencias definitivas que acusan errores de juicio o de actividad, expresamente señalados en la ley, para que un tribunal supremo y especializado las anule, con el fin de unificar la jurisprudencia proveer a la realización del derecho objetivo, denunciar el injusto y reparar el agravio inferido” ⁷⁸

3.1.5.1 FINES DE LA CASACIÓN

Los fines de la Casación Penal, para autores como Fabio Calderón Botero, se distinguen entre objetivos principales y objetivos secundarios.

Objetivos Principales:

- a. La defensa al derecho objetivo, a fin que el Estado conserve la eficacia del ordenamiento jurídico. En otras palabras es la correcta aplicación de la ley en los fallos judiciales, se busca el imperio de la seguridad jurídica y la igualdad de los ciudadanos ante la ley y la defensa de la supremacía del órgano Legislativo.

⁷⁸ CALDERON BOTERO, Fabio.1985. p.2.

- b. La unificación de la jurisprudencia, para que el derecho mantenga su contenido estable de certeza y seguridad jurídica. Se persigue que se garantice la certeza jurídica, el interés social y la permanencia del postulado igualitario.

Objetivos Secundarios:

- a. Se tiene un interés privado, como lo es el interés particular de hacer evidente justo de la pretensión y lograr su reconocimiento por el Tribunal. Estos objetivos secundarios conllevan la denuncia del injusto por la parte afectada y la reparación del agravio por el Tribunal de Casación que admite la injusticia del acto.

Para González Novillo y Fedérico Figueroa, señalan que es “ un recurso extraordinario, cuyo objeto principal es el de observar la legalidad, obtener un jurisprudencia uniforme y asegurar que se dicte una sentencia justa en el caso que se ventile”.⁷⁹

Enrique Vescovi, señala que la finalidad de la Casación son la defensa del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia, pero a la vez tales fines se han ido transformando, y consiste en que se haga justicia a quien se siente lesionado o afectado en sus intereses ante la resolución judicial emitida. Señala que con excepción de los casos en que el recurso es promovido por el Ministerio Público, quien tiene la legitimación subjetiva para interponerlo, es el particular que se ve perjudicado.

En cuanto a los fines de la Casación, el Código Judicial no posee ningún artículo que indique cuales son. No obstante podemos señalar como fines del Recurso de Casación en la Legislación Panameña, de acuerdo al artículo 1162 del Código Judicial,

⁷⁹ GONZALEZ NOVILLO, Jorge y FIGUERO, Fedérico.”El Recurso de Casación en el Proceso penal”. Buenos Aires, p.12.

los siguientes:

a. Enmendar los agravios inferidos a las partes en las decisiones judiciales que hacen tránsito a cosa juzgada o las que puedan causar graves perjuicios por razón de la naturaleza de los negocios en que han sido dictadas.

b. Uniformar la jurisprudencia nacional.

Autores como Jorge Fábrega, consideran que el fin inmediato de la Casación Penal debe ser el interés privado, por lo siguiente:

- El recurso sólo puede ser interpuesto por la parte que haya sido vencida en el proceso. La excepción existe en el campo civil en donde el Ministerio Público “en interés de la ley” puede intervenir en cualquier asunto. En lo penal, también interviene el Ministerio Público para que se endurezcan las penas o se condene al sobreseído, como representante de la vindicta pública.
- La Corte sólo puede fallar en base a la causal invocada y si son varias y encuentra una justificada no entra a examinar a las restantes.
- La Casación permite el desistimiento y la deserción acciones estas que serían contradictoria si se tratara de una acción pública.

3.1.5.3 *CARACTERÍSTICAS*

En términos generales podemos señalar que el Recurso de Casación Penal regulado desde el artículo 2430 de nuestro Código Judicial, tienen las siguientes características, por lo que pasaremos a mencionarlas brevemente.

1. **Es un Recurso Extraordinario:** Unos dicen que no lo es, otros como Luis Carlos Reyes, señala que en transcurso de la Doctrina y Jurisprudencia lo han denominado extraordinario a diferencia de los ordinarios como el de Hecho, Apelación y Reconsideración por su viabilidad durante las instancias regulares del proceso, el de Casación sólo es dable en determinados casos y tiene formulación y sustanciación especiales y además la competencia para su conocimiento esta atribuida privativamente a las Salas respectivamente de la Corte Suprema de Justicia.
2. **Es un Recurso Limitado:** Como la Casación es un recurso extraordinario, que procede por causales expresamente señaladas en la Ley, resulta lógico que el estudio del Tribunal de Casación quede comprendido a las causales aducidas por el casacionista, sin que se pueda entrar a examinar de manera oficiosa otras causales que no fueron alegadas por el recurrente en el libelo contentivo del recurso. Las partes no pueden acudir a ella en base de su simple interés, sino que tiene que contar con una causa legalmente determinada, es decir con un motivo: el motivo de Casación precisamente; por su parte, el órgano jurisdiccional no puede conocer de los problemas litigiosos en los mismos términos de amplitud en que lo hicieron los tribunales de instancia, sino que encuentran limitados sus poderes a temas determinados y taxativos coincidentes precisamente con las circunstancias que funcionan como motivo de la Casación. Por razón a esta característica, la Corte una vez admitido el recurso, no sólo esta vedada para reconocer causales de manera oficiosa, sino que, además, se encuentra inhibida para proceder a la

complementación o rectificación de las omisiones, inconsistencias y defectos que se observen en la formulación de un recurso de Casación.

La Corte no puede examinar de oficio defectos de la resolución judicial que no hayan sido denunciados formalmente por el recurrente y decidir la invalidación del fallo por errores no invocados en la demanda de Casación. En Casación el objeto de la sentencia de la Corte es la existencia de una concreta voluntad de la ley que garantice el interés del recurrente en obtener la anulación del fallo impugnado contra la resolución, fundado sobre los vicios singulares de esta que él denuncia en su demanda.

3. **Es Formalista:** como la Casación no es una tercera instancia sino una fase extraordinaria del proceso en la que se debate en estricto derecho la legalidad del auto o sentencia impugnada, donde no existen plazos para la presentación de pruebas, se comprende que ella se desarrolla sobre la base de un memorial sustentatorio que debe consignar el señalamiento de las causales alegadas, los motivos que la acreditan, así como las disposiciones legales que se consideran infringidas.
4. **No es una Tercera Instancia:** En la Doctrina del derecho procesal, es verdad averiguada que como consecuencia de los principios de la publicidad y contradicción que imperan en el procedimiento, fluye el de las instancias en virtud del cual por regla general, el proceso es conocido sucesivamente por los jueces de jerarquía distinta, cuando los interesados lo requieran mediante el recurso de

apelación y en algunos casos por la consulta forzosa. La Casación no es ni puede ser una tercera instancia. Su sentido es diametralmente opuesto, totalmente diferente, al tema que se ha de definir en una instancia al proceso. En Casación se compara la sentencia impugnada con la norma jurídica, sea procesal o sustancial, para establecer si esa sentencia viola esa norma jurídica de allí que si el Juez cometió errores de derecho procesal o sustancial, la sentencia debe ser otra.

5. Es un Recurso Dispositivo: Significa que su ejercicio se encuentra condicionado a que la parte vencida o que se considera afectada con el resultado del fallo, interponga el recurso. Es posible que el error exista, pero si el impugnante no lo denuncia en la demanda, la Corte no tiene facultad oficiosa para reconocerlo, de tal manera que es un recurso eminentemente dispositivo, es un recurso delimitado que le limita el poder jurisdiccional a la Corte ya que no puede haber Casación sino por las causales indicadas por ley, pero siempre y cuando el impugnante las denuncie y las sepa denunciar. Una muestra del reconocimiento de estas características en nuestro ordenamiento jurídico lo constituye el artículo 1193 del libelo de Procedimiento Civil al expresar que sólo podrá alegar causales de Casación la parte que se considera agraviada con la inobservancia de la ley.

6. Procede contra resoluciones que contengan errores in indicando o in procedendo: El Juez al dictar sentencia puede cometer dos tipos de errores: error de juicio y error de actividad, el primero lo comete el Juez al aplicar la norma al hecho controvertido o relación conflictiva, es lo que los procesalistas le llaman en

error in indicando. El Juez al dictar sentencia puede cometer un error de actividad, un error de conducta, el cual es el de dictar sentencia sobre un proceso viciado en el sentido de que en él no se han cumplido las prescripciones de la ley procesal, la instrumental, en cuanto al procedimiento y en cuanto al proceso, normas que son de orden público y estricto cumplimiento; los Casacionistas llaman a este tipo de error, error in procedendo. El error in procedendo, se da cuando el Juez falla sobre un proceso o un procedimiento vicioso o la sentencia crea el vicio porque la actividad del Juez contraría normas procesales de obligatorio e imperativo cumplimiento, cuya violación causa grave perjuicio a las partes; el error in procedendo nada tiene que ver con la aplicación de la norma sustancial de derecho a la relación conflictiva, sino que se da por un error de actividad del Juez.

7. La violación **ha de infringir** en la parte resolutive del fallo: los errores de juicio o de actividad procedimiento para que tengan lugar en Casación tiene necesariamente que reflejarse en la parte dispositiva o resolutive del fallo, habida cuenta que es esta sección de la resolución y no sus motivaciones, la que vinculan al Juez y a las partes. No siempre la existencia de una errónea aplicación de la ley en la parte motiva de la sentencia o auto, produce, la ilegalidad de la parte resolutive, ya que por ejemplo, la decisión puede apoyarse en diversos motivos de derecho, independiente uno de otro, de tal suerte que el error jurídico respecto de alguno o algunos de ellos no sea suficiente para destruir la legalidad de la resolución recurrida que se sostiene en otras consideraciones no equivocadas.

A pesar de las características similares mencionadas, encontramos algunos Requisitos muy propios de cada uno.

3.1.5.4 FORMALIDADES DE LA CASACIÓN PENAL.

De acuerdo al artículo 2439 de nuestro Código Judicial se señalan los siguientes requisitos:

1. Si la resolución objeto del recurso es de aquellas contra las cuales lo concede la ley.
2. Si el recurso ha sido interpuesto en tiempo.
3. Si el escrito por medio del cual fue interpuesto, reúne los siguientes requisitos:
 - a. Historia concisa del caso.
 - b. Se determine la causal o causales y
 - c. Se especifiquen los motivos, disposiciones legales infringidas y el concepto en que lo han sido.
4. Si la causal expresada es de las señaladas por la ley.

3.1.5.5 CRÍTICAS

Luego de haber analizado de manera general los Recursos Extraordinarios de Revisión y Casación, en materia penal, hemos encontrado algunas críticas.

Es así que al revisar los fines del Recurso de Casación, en el que encontramos como fin primordial el de defensa pura de la ley, conocida por Calamandrei como la **función nomofiláctica**, y la uniformidad de la jurisprudencia y virtualmente como fin secundario el de servir de medio de desagraviar a las partes por los errores en que hubieren incurrido las sentencias de segunda instancia.⁸⁰ Sin embargo, cuando revisamos la realidad práctica encontramos una serie de incompatibilidades, con esas finalidades, tanto es así que señala el Doctor Jorge Fabrega, “que se ha convertido, que si se quiere en un medio especial, quizá, en un medio extraordinario de impugnación, pero nunca en un medio de defensa pura de la ley. Y que esa función nomofiláctica de la Corte hoy es un enunciado platónico de la jurisprudencia y de algunos de nuestros juristas”. Seguidamente, pasaremos a mencionar las razones de nuestro planteamiento, por lo cual hacemos estas críticas:

- Este recurso solo puede interponerlo, quien ha sido parte en el proceso y solo en cierto tipos de procesos de determinada cuantía, resoluciones y pena. Consideramos, que una violación a la ley puede ser tan grave, tan hiriente, al derecho objetivo, en un proceso de mínima cuantía, como en un proceso de mayor cuantía. Como lo vemos en aquellos casos que tienen pena menor de 2 años y las resoluciones no recurribles las cuales pueden que contengan graves violaciones a la ley. Situación que igualmente, observamos en el hecho de que sean los Fiscales de Circuito los únicos indicados para anunciar el recurso de Casación,, privándose de recurrir a

⁸⁰ FABREGA, Jorge. Congreso Panameño de Derecho Procesal. 2004, p.17

este medio, a los Fiscales Superiores y Personeros, debido a la competencia y las penas que establece la norma como los requisitos básicos para interponerlo.(Jurisprudencia de la Sala Penal en fallo de 7 de enero de 1992). Observándose, que el alcance a interponer la Casación es super limitado y no satisface ese interés de pura defensa de la ley y tampoco se esta cumpliendo con garantizar a los usuarios la igualdad ante la ley.

- Entre sus características encontramos que es Formal, lo que lo convierte la mayoría de las veces en un impedimento u obstáculo para la mayor parte de los interesados e incluso a los profesionales del Derecho. Lo que limita y coarta el acceso a la justicia y sobre todo a la defensa de un buen Derecho o de una sentencia justa.
- La Corte esta vedada para reconocer causales de manera oficiosa, además no puede hacer complementaciones o rectificaciones de las omisiones, inconsistencias y corregir defectos que observe en un Recurso. Aunque señalen que no es en forma absoluta, ya que al anular el Fallo se convierte en Tribunal de segunda instancia y procede a dictar la resolución que corresponde. Se dice que no es un mecanismo oficioso de control legal de las sentencias y solo procede con Demanda por parte de persona legitimada. A nuestra opinión, consideramos que debiera ser un tanto oficioso por lo importante y delicado a fin de garantizar una mejor justicia y un verdadero estado de Derecho. Es así, que para que realmente se cumpla con esa finalidad creemos que debemos establecer el sistema italiano del poder de rectificación de la Corte, mediante el cual si la Corte encuentra que

violación a la Ley existe, pero no es admitido el recurso, procede a expresar las razones por las cuales considera que el Tribunal violó la ley, censurando en abstracto el fallo, aunque sin efectos en el proceso.

- Su elaboración se encuentra ceñida no sólo a las exigencias de la ley, sino también a una técnica jurisprudencial y doctrinaria que es necesario aplicar con sumo cuidado, lo que consideramos exagerado.
- El recurso de Casación permite el desistimiento, lo que consideramos en contradicción a su finalidad de defensa de la ley, por lo que debe más bien ser admitido para efectos interpartes y que el trámite continúe hasta que se dicte el fallo de fondo, en defensa del interés de la ley. Ante ello se observa más que nada es una defensa al interés de las partes, a pesar de ser este un objetivo, según algunos autores secundario, consideramos que más bien parece primordial, por ello se dice que tiene una finalidad privada, pues todo el engranaje se mueve por el interés particular, el cual es impulsado por el particular que sufre un agravio de la sentencia.
- Señala Jorge Fábrega, que en Panamá, la Casación en el fondo, no se da el reenvío, y que sin embargo en la Casación en la forma si existe, cuando se envía el negocio para el sólo efecto de que se cumpla con determinada formalidad, es decir que la Corte le imparte una orden al Tribunal del conocimiento. En países de Europa, la Corte de Casación no conoce el fondo del negocio sino que envía el proceso a un Tribunal de igual grado al que pronunció el fallo para que lo vuelva a decidir, lo que no ocurre en

nuestro país.⁸¹ Igualmente, encontramos que en el Recurso de Revisión, se dan limitaciones, al establecer la norma, cuales son las resoluciones ante las cuales se pueden interponer, creándose de esta manera inaccessos a un proceso justo y desigualdades ante la ley.

- Consideramos que la denominación de RECURSO, no es la adecuada ya que si lo analizamos se trata más bien de un proceso a parte, por lo que más bien deben ser denominados Demanda.

Ante las críticas que hemos expuesto y al analizar sus funciones como medios legales de control, actualmente en nuestra legislación, llegamos a la conclusión que no se cumple a cabalidad, debido a la gran cantidad de formalidades y requisitos establecidos, lo que limita la utilidad de los mismos en nuestro país.

3.1.5.6 NECESIDAD O NO DE LAS FORMALIDADES EN LOS RECURSOS DE REVISIÓN Y CASACIÓN

Como hemos mencionado una de las características fundamentales en los recursos de casación y de revisión es su carácter formalista. Estos recursos deben cumplir una serie de formalidades para poder que dicho recurso sea admitido.

⁸¹ Ibidem, p.21

En cuanto a las formalidades necesarias para el Recurso de Casación el Artículo 1175 del Código Judicial, señala las siguientes:

1. Determinación de la causal o causales que se invoquen,
2. Motivos que sirven de fundamento a la causal,
3. Citación de las normas de derecho infringidas y explicación de cómo lo han sido.

Este memorial es un escrito sistemático que indica y demuestra, lógica y jurídicamente los errores cometidos en las resolución judicial, violatorio de una norma sustancial y/o procesal, y cuya observancia controla el tribunal de Casación, admitiendo o rechazando la demanda.⁸²

En referencia al Recurso de Revisión, el artículo 1209 del Código Judicial señala las formalidades que debe cumplir dicho recurso, sin las cuales este Recurso no sería admisible.

Este carácter formalista de estos recurso ha sido criticado fuertemente por la doctrina y jurisprudencia moderna, y esta corriente busca la eliminación de las formalidades rígidas que rodean a estos recursos y que las mismas no sean un obstáculo para conocer del fondo del caso. Consideramos que este carácter formalista, conlleva a que la mayoría de los recursos de Casación presentados no sean admitidos y por tanto no se analice el fondo del caso, y ese derecho a la tutela judicial efectiva se ve obstaculizado por las formalidades que exigen para la admisión del recurso y se desvirtúa el sentido propio de los requisitos y exigencias de estos recurso; somos del criterio de que se deben eliminar las exigencias formales de estos Recurso y analizar las cuestiones de fondo que

⁸² RODRIGUEZ MUÑOZ, Omar "Recurso extraordinarios y Acciones Judiciales, La Casación Civil,"p. 33

el recurso ofrece a fin de que este medio de control cumpla con el objetivo de evitar las injusticias.

3.1.6 *DELITOS CONTRA LA LIBERTAD:*

Antes consideramos necesario aclarar a qué nos referimos por este Delito contra la Libertad.

Según Pedro Alfonso Pabón Parra la libertad individual “es un derecho personal-facultad y posibilidad- de todo ser humano para desarrollar sus actividades vitales, sociales y económicas que tienen manifestaciones objetivas de su vida de interrelación”⁸³ Como hemos venido indicando nuestra legislación ha establecido los medios legales de control a las funciones jurisdiccionales, con el propósito de evitar las arbitrariedades, ilegalidades, en términos generales las injusticias. En el caso que nos ocupa, en lo que respecta a las decisiones del Ministerio Público, encontramos en nuestro Código Penal, un Título II que se denomina Delitos Contra la Libertad y dentro del mismo un Capítulo III con el nombre de Delitos Contra la libertad individual, en los que se consagran normas con esa finalidad, brindando a la ciudadanía la oportunidad de defenderse de cualquier acto arbitrario, denunciando cualquiera de estas conductas.

⁸³ PABON, PARRA. Pedro Alfonso. 1995, p.780

Para la Doctora Aura Emérita Guerra de Villalaz, cuando se hace referencia a la libertad individual se le da especial énfasis a la libertad física de la persona, esto es, a la de ambular, desplazarse, moverse corporalmente de un sitio a otro a voluntad.⁸⁴

Es así, que en el “Artículo 151 reza: El que ilegalmente prive a otro de su libertad, será sancionado con prisión de 6 meses a 3 años”.

La norma es clara y taxativa, al establecer que probada una detención como ilegal, ese servidor público debe ser sancionado. Sin embargo, al revisar en nuestra Jurisprudencia los casos seguidos a los servidores público que han incurrido en esta conducta, en especial los del Ministerio Público, nos encontramos que son escasos los procesos seguidos por esta causa, más sin embargo muchas son las detenciones declaradas ilegales. Somos de la opinión que si en realidad se aplicará esta norma, estamos seguro que la aplicación de la detención preventiva fuera ordenada con mucho más cuidado y cumpliéndose con todas las formalidades legales.

Señala la Doctora Guerra de Villalaz, que por tratarse de un tipo con características normativas, la ilegalidad de la acción debe ser plenamente conocida por el sujeto activo.⁸⁵ Es decir que la persona en este caso el agente de instrucción debe estar conciente de su arbitrariedad e ilegalidad.

“Artículo 152: Si el delito previsto en el artículo anterior se cometiere mediante amenaza, servicia o engaño, o por espíritu de venganza o lucro o si resultare del hecho un perjuicio grave para la salud o los bienes de la víctima, la sanción será de 2 a 6 años de prisión.”

⁸⁴ GUERRA DE VILLALAZ, Aura E. 2002, p.64

⁸⁵ Ibidem, p.64

“Artículo 156: El servidor público que con abuso de sus funciones o infracción de las formalidades prescritas por la ley, prive a una persona de la libertad, será sancionado con prisión de 1 a 2 años e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por 6 meses a un año y si el hecho punible se comete con alguna de las circunstancias previstas en los artículos anteriores, las sanciones se aumentarán de una tercera parte a la mitad.”

Vemos que las normas recogen, que el servidor público tiene sus limitaciones cuando ordena una detención preventiva, que no pueden actuar en forma absoluta ni arbitraria, y **deben ser sancionados como tal**. Igualmente se recoge en nuestro Código. Penal en el artículo 159, las omisiones, retardos o falta de denuncia por aquel funcionario que teniendo conocimiento **de que se ha dado una ilegalidad no haga nada para que recobre su libertad**.

Dentro del Capítulo V “Delitos Contra la Inviolabilidad del Domicilio”, encontramos que se establece en el artículo 165:

“El servidor público que allane la morada, casa o lugar de trabajo, sin las formalidades prescritas por la ley o fuera de los casos que ésta determina, será sancionado con prisión de 6 meses a 1 año y hasta 30 días-multa.”

Si bien la propiedad privada, tiene su respeto, no es en forma absoluta ya que nuestra legislación establece que bajo ciertas circunstancias se puede intervenir en la propiedad privada, estableciendo las formalidades legales que deben cumplirse para ello y en este artículo encontramos que de no ser así se le sancionará.

Consideramos oportuno nuevamente hacer mención sobre el fallo del 16 de Noviembre de 1993 de la Corte Suprema de Justicia, comentado, anteriormente cuando nos referimos al Incidente de Controversia. En esta ocasión en lo referente al Delito Contra la Libertad, proceso seguido a la Fiscal Segunda del Circuito, en el que el Fiscal

Segundo Superior del Tercer Distrito Judicial ordenó recibirle declaración indagatoria a la Fiscal, quien interpuso un Incidente de Controversia para no ser indagada, en la que la defensa alegaba que no existía justificación alguna para ordenar declaración indagatoria, toda vez que el hecho punible no está comprobado, desconociéndose aspectos fundamentales del proceso penal que se siguen en contra de su patrocinado.

Al decidirse el incidente de controversia, previo traslado a el Fiscal Superior demandado, el Tribunal Superior del Tercer Distrito Judicial acogió los planteamientos del incidentista y revocó la providencia por medio del cual el Fiscal Segundo Superior del Tercer Distrito Judicial dispuso la recepción de la declaración indagatoria. Siendo esta apelada por el Fiscal demandado y resolviendo la Sala que se trata de un sumario seguido en contra de un agente del Ministerio Público, al que se le declaró, mediante proceso constitucional de hábeas corpus, ilegal la detención de una ciudadana que luego ha promovido un proceso penal para exigir la responsabilidad a que alude el artículo 1974 del Código Judicial como consecuencia de una actuación ilegal del funcionario de instrucción sujeto pasivo de la pretensión punitiva en este caso.

El Tribunal Superior del tercer Distrito Judicial declaró ilegal la detención de la señora AURA URETA DE SITTÓN, quien fue sancionada y privada de su libertad por orden de la Fiscal DE LEÓN, situación que ha motivado el proceso penal que se adelanta en la Fiscalía Segunda Superior del tercer Distrito Judicial en contra de la Fiscal ANA CRISTINA DE LEÓN.

¿Qué elementos probatorios deben comprobarse para justificar recibirle declaración indagatoria a la Fiscal es el punto a dilucidar en esta ocasión.

¿Basta nada más aportar copia de la sentencia proferida por el Tribunal Superior que declaró ilegal la detención de la señora URETA DE SITTÓN para recibirle declaración indagatoria a la Fiscal por supuesto delito contra la libertad individual?

A juicio del Fiscal Superior demandado en este incidente de controversia basta y sobra que esté acreditado que la Fiscal De León ordenó la detención de la señor Aura Ureta de Sittón junto al fallo del Tribunal Superior que declaró ilegal tal detención, para que estemos en presencia de los presupuestos procesales a que alude el artículo 2115 del Código Judicial para justificar la indagatoria de la Fiscal investigada.

La Sala comparte los señalamientos del recurrente, ya que una vez acreditados dichos extremos en el sumario correspondiente está comprobado la existencia del hecho punible. La fiscal De León ordenó una privación de libertad que luego fue declarada ilegal, hecho que objetivamente puede constituir una infracción contra la libertad individual de la señora Aura Ureta de Sittón. Ello, sin embargo, no es materia que deba resolverse en esta etapa procesal.

Cuando se trata de hacer exigible la responsabilidad de los funcionarios del Órgano Judicial y del Ministerio Público por actuaciones que se han desarrollado en contravención con los principios y postulados consagrados en el Código Judicial, no se puede ser más que formalista en esta etapa inicial del proceso y a lo largo del mismo también, ya que ello es garantía de objetividad y apego a las palabras de la Ley.

No se puede pretender que el funcionario de instrucción, como indica el Tribunal Superior del Tercer Distrito Judicial, "incorpore al expediente elementos que de manera material ilustren la comisión del hecho punible", ya que los mismos que se arguyen para recibir la indagatoria son suficientes en esta etapa del proceso. Que dichos elementos sean suficientes para enjuiciar o condenar a la Fiscal es un aspecto que no puede la Sala entrar a considerar en esta ocasión, pero son suficientes para recibirle declaración indagatoria.

Si el Tribunal Superior concedió la acción de hábeas corpus promovida en favor de la señora Ureta de Sittón lo menos que puede hacer, para ser congruente con su defensa del ordenamiento jurídico, es permitir la indagatoria de la Fiscal objeto de investigación sumarial, ya que ello dará más luces al tribunal de la causa para luego tomar una decisión sobre el mérito del sumario. La Sala tiene que recordar que la declaración indagatoria es un medio de defensa que tiene el imputado para efectuar los descargos que considere conveniente en su favor, pero el imputado tiene derecho a no declarar si así lo considera conveniente en virtud del derecho constitucional consagrado en el artículo 25 de la Constitución Nacional.

Vistas así las cosas, debe revocarse el auto de 30 de junio de 1993 y declararse no probado el incidente de controversia promovido por la defensa de la señora Ana Cristina De León en contra del Fiscal Segundo Superior del Tercer Distrito Judicial.

Por las razones antes expuestas, la CORTE SUPREMA, SALA SEGUNDA DE LO PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

REVOCA el auto de 30 de junio de 1993, proferido por el Tribunal Superior del Tercer Distrito Judicial y AUTORIZA al Fiscal Segundo Superior de dicho distrito judicial a que reciba declaración indagatoria a la señora ANA CRISTINA DE LEÓN si todavía considera necesaria y conveniente dicha declaración en las sumarias.

Y el proceso presentado por David Mizrachi contra José María Castillo, como secretario del Procurador General de la Nación, el cual se aprecia en el fallo 16 de julio de 1999 de nuestra más alta Colegiatura, por el delito Contra la Libertad, y donde fue Sobreseído Definitivamente e impersonal.

Este proceso es uno de los pocos encontrados contra agentes del Ministerio Público luego de haberse decretado una detención ilegal, y que se ha interpuesto una Denuncia por el Delito Contra la Libertad Individual.

3.1.7 DENUNCIA POR ABUSO DE AUTORIDAD

Igual a lo establecido en el punto anterior, encontramos en ese mismo Libro, un Capítulo IV Abuso de autoridad e infracción de los Deberes de los Servidores Públicos.

La razón de ser de este capítulo consiste para evitar la impunidad de las conductas del funcionario público, toda vez que no las podemos enmarcar en otros tipos penales.⁸⁶

Según el jurista Jesús Bernal Pinzón, el abuso de autoridad contiene un acto arbitrario, ilegítimo e injusto y nos dice que “arbitrario no es solamente lo ilegítimo, sino lo ilegítimo concretamente actuado para un fin personal. El acto arbitrario-añade-queda

⁸⁶ Ibidem, p.327

como un acto personal del funcionario en cuanto describe al hombre con sus pasiones, con sus debilidades y sus imprudencias, y no ya al funcionario con sus deficiencias y sus errores. El acto arbitrario es el producto del arbitrio del funcionario, es un acto sometido al antojo del agente, sin consideración alguna al interés público que representa”.⁸⁷

“Artículo 336: El servidor público que, con abuso de su cargo ordene o cometa en perjuicio de alguna persona cualquier hecho arbitrario no clasificado especialmente en la ley penal, será sancionado con prisión de 6 a 8 meses o de 25 a 75 días-multa.”

Con respecto a el delito de abuso de autoridad nuestra Corte Suprema de Justicia en reiterados fallos ha indicado que para que se admita esta denuncia se requiere de aportar suficientes elementos probatorios para demostrar el cargo de abuso de autoridad que se le atribuye.

Es así que ha señalado que para que se configure la figura penal de abuso de autoridad se requiere la concurrencia de varios elementos, tales como: a) que el sujeto sea servidor público; b) que cometa un acto arbitrario; c) que lo haga con ocasión del cumplimiento de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas, es decir, con abuso; y d) que el acto arbitrario no esté especialmente clasificado en la ley penal (Sentencia de la Sala Segunda de la Corte Suprema, de 22 de octubre de 1992 y Sentencia del 26 de julio de 1995.)

Plantea la Doctora Guerra de Villalaz, la interpretación judicial de la Corte Suprema de Justicia, sobre este artículo 336, indicando brevemente que se trata de un acto que

⁸⁷ Ibidem, p.328

realiza indebidamente o excediéndose en sus funciones, con toda intención dolosa. Se trata de un acto que debe causar perjuicios a una persona y en primer lugar a la administración pública. Concluyendo que este delito se configura con la comisión de un acto no tipificado en la Ley Penal que causa un perjuicio, con conocimiento o conciencia de parte del funcionario que esta cometiendo un acto abusivo.

Como prueba de estos dos últimos delitos estudiados encontramos, el proceso seguido al Fiscal Segundo del Circuito, Licenciado Rolando Rodríguez, sindicado por el delito de Abuso de Autoridad y Contra la Libertad Individual.

Mediante sentencia del 12 de junio de 2002, el Tribunal Superior del Tercer Distrito Judicial Absolvió a Rolando Rodríguez Cedeño, Fiscal Segundo de Circuito.

La parte querellante, apeló, sustentando en tiempo oportuno y alegando que el Fiscal Rolando Rodríguez actuó con dolo, ya que tenía conocimiento de que la detención privativa de libertad de Sánchez era ilegal, omitió, retardó y demoró la entrega del pasaporte requerido para el trámite de deportación.

En ese sentido explica que está probado en el expediente que a Rolando Rodríguez se le informó que la Corte Suprema liberó a Sánchez Cepeda por considerar ilegal su detención, que la orden de libertad fue cumplida por el Director de la Cárcel de Chiriquí y que por tratarse de un extranjero, Sánchez Cepeda es puesto a ordenes de la autoridad de migración; y que también consta en el expediente, que el Director de Migración, le solicitó al Fiscal Segundo Rolando Rodríguez que entregara el pasaporte de Sánchez Cepeda para realizar los tramites de deportación, sin embargo, el señor Fiscal,

con conocimiento de que el pasaporte se encontraba en su poder y en su despacho, decidió no entregarlo.

La solicitud del pasaporte fue hecha el 14 de abril mediante oficio y luego de una segunda reiteración es que decide entregarlo el 25 de abril, luego de haber transcurrido 10 días.

Sostiene que si bien no se afectó la libertad de Sánchez Cepeda porque la libertad se la dieron sin el pasaporte, ello es un acto de desacato a las decisiones de los jueces y magistrados.

Por su parte la defensa sostiene: el Director de la Cárcel recibió la orden de libertad de Arturo Sánchez Cepeda emitida por la Corte, el 14 de abril de 2000 a las 11:55 y ordenó la libertad a las 13:18 de la tarde. Y que el propio ofendido manifestó que luego de llegar la orden de la Corte Suprema, el Director de la Cárcel lo puso a disposición del Departamento de migración, aunque parece desconocía que también estaba detenido a órdenes de migración.

Explica la defensa, en su escrito de oposición, que la orden de la Corte Suprema era que el detenido fuera puesto en inmediata libertad salvo que tuviese en su contra alguna otra detención, la cual no existía cuando llegó la orden de libertad.

Advierte la defensa, que nunca ni el director de la cárcel ni el de migración notificaron la orden de detención posterior a la orden de libertad. Por tanto, cuando a su

representado se le solicitan los documentos, se señala en la nota que el señor Sánchez Cepeda se encontraba en libertad.

Sostiene la licenciada Morales Miranda, que la no libertad del procesado fue producto de la orden de detención posterior a la comunicación de la Corte Suprema; inclusive, indica que el detenido permaneció, según su decir, como 10 minutos en la oficina de la misma cárcel con los funcionarios de migración, regresándolo luego a su celda, lo que se compagina con las copias del libro de Registro de la Cárcel.

La Sala por su parte, indica que el Señor Arturo Isabel Sánchez Céspedes se encontraba privado de su libertad y en resolución del pleno de la Corte Suprema de Justicia declaró ilegal dicha detención, comunicándosele al Director de la Cárcel Pública de David, tal decisión, poniéndolo a disposición de la Dirección de Migración y este le comunico al licenciado Rolando Rodríguez Fiscal Segundo de Circuito, que el señor Arturo Isabel Sánchez Céspedes ha sido puesto en libertad y le solicita la entrega de los documentos pertenecientes al mismo, para realizar trámites de deportación.

Al revisarse en el Registro de Departamento de Corrección de la provincia de Chiriquí se observa que el Señor Sánchez fue puesto en libertad el día 14 de abril de 2000 a las 13:18 horas e ingreso como detenido nuevamente a las 13:30 ó 13:36 luego de haber ordenado su detención el Director Nacional de Migración y Naturalización, licenciado Eric Singares, el mismo día 14 de abril de 2000 por no tratarse de un turista Bona Fide.

Según los documentos el señor Sánchez vuelve a salir en libertad el día 17 de abril de 2000.

Concluyendo, la Corte entonces que no se cumplen las tres exigencias citadas anteriormente, por lo que, no existe dolo de la omisión por parte del licenciado Rolando Rodríguez, sin existir entonces certeza de que sea culpable de la comisión del delito de privación de libertad, duda ésta que en base al principio universal de que la duda debe ser resuelta en favor del imputado (in dubio pro reo), debemos concluir con una sentencia absolutoria a su favor y así procede a disponerlo esta corporación de justicia.

Con relación a si el licenciado Rolando Rodríguez para aprehender el pasaporte cumplió o no las exigencias legales este tribunal entra a decidirlo porque como lo ha señalado la honorable Corte Suprema de Justicia en el auto de enjuiciamiento , no fue aducida la prueba sumaria que requiere el delito de abuso de autoridad y por esta conducta no se encuentra llamado a responder en causa criminal Rolando Rodríguez.

Al examinar las pruebas que sirvieron de fundamento para que el Tribunal Superior emitiera un fallo absolutorio a favor del señor Rolando Rodríguez Cedeño, Fiscal Segundo de Circuito, la alta superioridad advierte los siguiente:

Que si bien mediante resolución de 5 de noviembre de 2001 la Sala reformó el auto de 17 de mayo de 2001 y en la parte resolutive se llamó a responder criminalmente al licenciado Rolando Rodríguez Cedeño por la presunta comisión de delitos contenidos en el Libro II, Título II, Capítulo III relativo a los delitos Contra la Libertad Individual del Código Penal (fs.232-233).

Es importante indicar que el señor Sánchez Cespeda ingresó nuevamente al penal por causas independientes al caso que motivó la acción de hábeas corpus, es decir, su

detención última fue por motivos migratorios ya que así fue ordenado por el Director Nacional de Migración y Naturalización.

Luego entonces, independientemente que no se entregó el pasaporte aquél viernes 14 de abril de 2000 en horas de la tarde, lo cierto es que tal acción por parte del imputado Rodríguez Cedeño, no se adecua al tipo penal establecido en el artículo 159 del código punitivo patrio.

En tanto, en el caso bajo examen, la no entrega del pasaporte no incidió en la decisión adoptada por el Pleno de la Corte Suprema, que declaró ilegal la detención de Sánchez Cepeda y ordenó su libertad, porque aquella se cumplió.

Al resolver la CORTE SUPREMA, SALA SEGUNDA DE LO PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia apelada de 12 de junio de 2002 proferida por el Tribunal Superior del Tercer Distrito Judicial que ABSUELVE al licenciado ROLANDO RODRÍGUEZ CEDEÑO.

Vemos así una prueba de proceso seguido a un agente del Ministerio Público por el delito Contra la libertad y Abuso de Autoridad.

Otro proceso que nos parece interesante e instructivo es el seguido al Fiscal de Circuito de Darién, Belisario Espino, por el Delito de Abuso de Autoridad en el que mediante fallo del 17 de Mayo de 2001, de nuestra Corte Suprema de Justicia, se ordena una ampliación a la investigación.

Es decir, mediante Auto del 09 de Marzo de 2001, el Segundo Tribunal Superior del Primer Distrito Judicial de Panamá, sobreseyó definitivamente a Belisario Espino, Fiscal del Circuito de la Provincia de Darién, de la supuesta comisión del delito de Abuso de Autoridad.

Las constancias procesales dan cuenta que el presente proceso tuvo su génesis el 7 de mayo de 1999, cuando el licenciado Ausberto Mosquera Bethancourt presentó formal denuncia contra el Fiscal Belisario Espino, por la comisión del delito de abuso de autoridad. En su denuncia, el licenciado Mosquera plantea que el curador de la menor Yissel Del Carmen Barrios denunció a Casildo Moreno por lo comisión del delito contra el pudor y la libertad sexual, pero el 22 de abril de 1999, la menor Barrios nuevamente rindió declaración jurada ante la Fiscalía del Circuito de Darién y eximió de responsabilidad penal a Moreno. Según el licenciado Mosquera, esa declaración no consta en ese expediente, toda vez que el fiscal Espino la destruyó y obligó a la menor Barrios a cambiar su declaración.

El Fiscal Primero Superior del Primer Distrito Judicial, encargado de la investigación, solicitó al a-quo que clausurara la causa penal mediante un sobreseimiento definitivo, de conformidad con el artículo 2210, numeral 2 del Código Judicial, toda vez que no se demostró la comisión de los delitos de sustracción de documento público y abuso de autoridad.

El Segundo Tribunal Superior basó su decisión judicial de sobreseer al funcionario acusado en el hecho de que no se demostró que el fiscal Espino "haya actuado vulnerando norma punitiva alguna.

La remisión que se hizo a la Sala Penal de la Corte Suprema del presente negocio obedece al imperativo procesal establecido en el artículo 2477 del Código Judicial, referente a la consulta de los autos de sobreseimiento y sentencias en los cuales estuviesen involucrados servidores públicos, acusados de haber cometido abusos en el ejercicio de sus funciones o por falta de cumplimiento de sus deberes.

Al verificar si la decisión adoptada por el Tribunal Superior se ajusta a derecho, procede la Sala a examinar algunos elementos probatorios obrantes en el cuaderno penal.

Así, se tiene que conjuntamente con la denuncia se presentaron ciertos medios de prueba consistentes en algunos testimonios que, a juicio del denunciante, demuestran la comisión de los ilícitos. Revisandose la declaración de la menor, la de Julian Mosquera curador de la menor, Ilda Rosa Culiolo Hinestroza, Secretaria de la Fiscalía de Circuito de Darién, quien expresó que es cierto que el fiscal Espino ordenó que se le tomara una segunda declaración a la menor Barrios, toda vez que no estaba de acuerdo con la primera declaración. Agrega Culiolo, que luego de que tomara la segunda declaración a la menor Barrios "saqué la declaración de la gabeta donde la tenía guardada y procedí a (sic) romperla debajo de la mesita, y puse los pedazos encima de mi escritorio, el Señor Fiscal recogió los pedazos, qué los hizo, no sé". Todo esto, indica Culiolo, sucedió en presencia de los declarantes.

El delito de abuso de autoridad alude a un hecho arbitrario cometido por un servidor público en ejercicio de su cargo, siempre que ese hecho o esa conducta no se encuentre clasificado especialmente por la ley penal. Aún cuando las sumarias se iniciaron por razón de una denuncia en contra del fiscal Espino, por la comisión del delito de abuso de autoridad, ello no limita al funcionario de instrucción en advertir de que ha descubierto la comisión de otro u otros delitos, siempre que sean aquellos en que debe procederse de oficio, según el artículo 2026 del Código Judicial.

Los testimonios examinados en el presente caso, coinciden en manifestar que existió una declaración de la menor Barrios en la cual eximió de responsabilidad penal a Moreno, por la comisión del delito contra el pudor y la libertad sexual, así como también son coincidentes en indicar que esa declaración no fue custodiada en el lugar apropiado, en el expediente, ya que fue destruida.

Así las cosas, la Corte no comparte la decisión vertida por el Tribunal Superior, en el sentido de dictar un sobreseimiento definitivo, ya que los hechos allegados al cuaderno penal acreditan la comisión de un hecho punible que consagra el artículo 348 del Código Penal, el cual se encuentra ubicado en el Título X, del Libro Segundo denominado "Delito Contra la Administración Pública".

Con vista de que esta Sala encuentra acreditada la existencia de la comisión del delito genérico de sustracción en oficinas públicas, y la correspondiente vinculación del fiscal Espino en la comisión del mismo, esta Superioridad estima conveniente ordenar una ampliación del sumario, a fin de que se le tome declaración indagatoria al fiscal

Belisario Espino en la comisión del delito enunciado, ya que las piezas probatorias apuntan a que tuvo plena intervención o supervisión en el hecho punible, y que se le tome nuevamente declaración jurada al personal de la Fiscalía de Circuito de Darién en relación a la sustracción del documento que acreditaba el testimonio rendido por la menor Barrios donde eximía de responsabilidad penal a Crisildo Moreno por la comisión del delito contra el pudor y la libertad sexual.

En virtud de lo anteriormente expuesto, LA CORTE SUPREMA, SALA DE LO PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, REVOCA el auto fechado 9 de marzo de 2001, proferido por el Segundo Tribunal Superior del Primer Distrito Judicial de Panamá y ORDENA a la Fiscalía Primera Superior del Primer Distrito Judicial de Panamá la ampliación de las sumarias por el término.

Lo interesante de estos fallos es que nos demuestran que sí han existido denuncias por el delito de Abuso de autoridad, resaltándose en este caso en particular lo significativo que ha sido el artículo 2477, que obliga a que cuando son procesos contra servidores públicos y que los mismos son sobreseídos o condenados, aunque no hayan sido apelados deben ser revisados por el superior de instancia de manera de controlar y brindarse la credibilidad en la administración de justicia. Vemos lo trascendental que ha sido esta norma en el presente caso.

Igualmente, encontramos un fallo del 31 de julio de 1995, de un recurso de revisión incoado por el Licenciado Rogelio Cruz Ríos, en el que solicitó la revisión a la

Sentencia del pleno de la Corte Suprema de Justicia del 28 de de Octubre de 1993, en la que se le condenó por el delito de abuso de autoridad, conducta realizada cuando ejercía como Procurador General de la Nación, a la pena de 12 meses de prisión.

Otra muestra de que si se han presentado Denuncias por Abuso de Autoridad, lo es la presentada por Licenciado Darío Eugenio Carrillo Gomila contra el Licenciado Cristóbal Arboleda Alfaro, como Fiscal Superior Especial por la comisión del delito de Abuso de Autoridad e infracción de los deberes de Servidores Públicos, fallo del 19 de agosto de 1998, en el cual se Sobresee definitivamente de manera objetiva e impersonal por falta de prueba.

Y el proceso presentado por Davida Mizrachi contra José María Castillo, como secretario del Procurador General de la Nación, el cual se aprecia en el fallo 16 de julio de 1999 de nuestra más alta Colegiatura, por el delito Contra la Libertad, y donde fue Sobreseído Definitivamente e impersonal.

3.1.8 INCIDENTE DE NULIDAD:

Concepto de Nulidad:

Según Boris Barrios, no es más que la estimación de la posible o efectiva irregularidad del acto procesal, que deviene de la carencia de algún elemento o elementos que lo constituye o por la concurrencia de vicios coetáneos a su conformación o

existencia, que a instancia de parte o por actuación de oficio es colocado en la situación de ser declarado judicialmente nulo.⁸⁸

Es decir que se evalúa el acto procesal a fin de determinar en que consiste la irregularidad procesal para declararse la nulidad del acto. Para ello se requiere de la formulación del incidente de nulidad procesal, lo que no indica que con la sola presentación del incidente se va a declarar la nulidad, ya que puede ocurrir que la interposición sea infundado, extemporáneo o simplemente insuficiente para probar la causal que se alega. Este procedimiento esta sujeto a la doble instancia y puede conllevar a una Acción de Amparo de Garantías.

Es así que el legislador establece con anticipación las exigencias de forma y contenido de las diferentes diligencias judiciales, para su eficacia y validez de los actos procesales es importante su cumplimiento, de esta manera se cumple el principio del debido proceso. Señala el autor, que de lo que “se trata no es el imperio de las formas por las formas sino defender el equilibrio entre la necesidad de las formas, por un lado, como la manera más idónea para el cumplimiento de la garantía del debido proceso penal, pero que la observancia de las formas no ahogue ni obstaculice, como efecto negativo, el fin del logro de encontrar la verdad material e histórica en el proceso penal y, más aún, el resultado de una sentencia penal justa”.⁸⁹

⁸⁸ BARRIOS Boris. 2002, Op.cit, p.561

⁸⁹ Ibidem, p.564

3.1.8.1 CLASIFICACIÓN DE LAS NULIDADES PROCESALES:

La clasificación de las nulidades nos llevan a determinar cuáles pueden ser subsanadas o no.

3.1.8.2.1 *Subsanables o Insusnables:*

Nulidades subsanable se produce cuando un acto procesal pese a encontrarse afectado por un vicio o defecto, puede ser convalidable evitando de esta manera que se declare la nulidad.

Esta clasificación de las nulidades parte del principio que todas las nulidades son subsanables.

Es así que Devis Echandía explica que la economía procesal aconseja extender el saneamiento de la nulidad a la mayor cantidad de casos y como la regla general, mientras que la ley no contemple lo contrario.

Por su parte Lucas López, señala que las nulidades insusnables tienen las siguientes características:

1. El vicio puede declararse de oficio en el momento en que lo advierta el tribunal
2. No puede ser subsanado por ratificación ni por convalidación.
3. Puede ser solicitado por cualquiera de las partes mediante incidente o simple memorial.⁹⁰
- 4.

⁹⁰ Ibidem, pp.572-573

a. Nulidad absoluta y nulidad relativa:

Encontramos opiniones encontradas en la doctrina, Devis Echandía señala que las nulidades absolutas son aquellas que deben ser declaradas de oficio por el juez, y que las relativas, deben hacerse solo a petición de parte.

Para Couture, la nulidad absoluta es la nulidad insubsanable y la nulidad relativa es la subsanable.

b. Nulidad originaria y nulidad derivada:

La nulidad originaria se refiere a la ineficacia del acto individualmente considerado, pero sin afectar los otros actos procesales que se producen con posterioridad y con los que establece relación

La nulidad derivada, se refiere a la nulidad o ineficacia de un acto procesal debido a la nulidad de otro que le antecede y con el cual guarda relación de origen, o sea que la nulidad derivada es consecuencia de la originaria.

c. Nulidades expresas y nulidades implícitas:

Las expresas son aquellas cuando el legislador las contempla taxativamente en la ley, como lo podemos apreciar en nuestro Código Judicial en el artículo 2294 y 2295. Y

las nulidades implícitas son la que el legislador no puede prever en forma detallada en el proceso.

d. Nulidades de fondo y de forma:

Nos referimos a nulidad de fondo cuando la infracción en la sentencia es a la ley substantiva.

Y la de forma, cuando la infracción del acto procesal va en las formalidades establecidas por la ley procesal.⁹¹

4.1.8.3 CAUSALES DE NULIDAD EN EL CÓDIGO JUDICIAL PANAMEÑO

En la legislación panameña se ha establecido una distinción entre estas causales de nulidad en los procesos penales (artículo 2294) y causales de nulidad de actos procesales cumplidos con inobservancia de disposiciones legales (artículo 2295)

Artículo 2294: Son causales de nulidad en los procesos penales:

1. *La ilegitimidad de personería del querellante, cuando el proceso sea de aquellos en que no puede procederse de oficio.*
2. *La falta de jurisdicción o de competencia del Tribunal.*
3. *No haberse notificado al imputado o a su defensor el auto de enjuiciamiento;*
4. *Haberse incurrido en el error relativo a la denominación genérica del delito, a la época y lugar en que se cometió o con respecto a la persona responsable o del ofendido; y*

⁹¹ Ibidem, pp.572-576.

5. No haberse notificado legalmente los autos y las providencias que acogen o niegan pruebas.

Artículo 2295: *Se entienden siempre sancionados con nulidad los actos cumplidos con inobservancia de las disposiciones concernientes a:*

- 1. La no participación del Ministerio Público en el proceso y en los actos procesales que lo requieran de acuerdo con la Ley; y*
- 2. La no intervención, asistencia y representación del imputado en los casos que la Ley establece.*

Será causa de nulidad del acto el empleo de promesa, coacción o amenazas para obtener que el imputado declare.

En el proceso seguido a JSL, sindicado por el delito de tráfico de personas, su abogado el licenciado Generino Rosas Rosas, interpuso incidente de nulidad contra Auto de 30 de mayo de 2002 de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el que se rechaza el recurso de Casación en el fondo. En base a lo establecido en el artículo 760 numeral 5 y 12, artículo 765 y el artículo 199, numeral 6, 10 y 11 del Código Judicial, toda vez que el Magistrado González Rodríguez no debió conocer del proceso porque estaba impedido para ello. Indicando que no presentó la recusación anteriormente toda vez que desconocía que el Licenciado González era el sustanciador, sino fue hasta que obtuvo copia del fallo en el que se negó el Recurso de Casación.

Aunado a lo anterior, el incidentista refiere que no pudo asistir a la audiencia por incapacidad médica-sin especificar en que etapa del proceso-, el juez no aceptó la excusa y tampoco procedió a notificar al abogado sustituto, realizando la audiencia nombrando como defensor de ausente al Licdo. ALONSO VELARDE, abogado defensor de oficio, quien a su vez tenía a cargo la defensa del señor HÉCTOR JIMÉNEZ HERRERA, con el

cual su poderdante tenía serias discrepancias y claras contradicciones, lo cual infringe el artículo 2017 del Código Judicial.

Al dársele traslado al Licdo. JOSÉ ANTONIO SOSSA RODRÍGUEZ, Procurador General de la Nación, tras referirse a la pretensión del incidentista, hace un análisis de las normas que regulan la materia de incidente de nulidad en nuestra legislación y luego señala que la situación jurídica que alega el Licdo. ROSAS no está listada en los artículos 2294 y 2295 del Código Judicial como causal de nulidad, por lo que no debe reconocerse como tal, pues con ello se evita el alargamiento o extensión del proceso de manera innecesaria.

De otra parte, el Licdo. ROSAS se refiere a una serie de situaciones que considera contrarias a Derecho las cuales se suscitaron en la primera instancia del proceso.

Sobre el particular, la Sala manifiesta que los señalamientos que hace la defensa técnica en cuanto a la actuación de los juzgadores de primera y segunda instancia debieron ser atacados en la etapa procesal correspondiente cuando ya había advertido los defectos, de forma tal que fueran subsanados y se continuara con el normal desarrollo del proceso, y no esperar hasta la no admisión de un recurso de casación para solicitar que se enmendaran los actos procesales a que a hecho referencia.

Ahora bien, la Sala no puede soslayar que le asiste la razón al Licdo. ROSAS quien sostiene que no procedió a recusar al Magistrado GONZÁLEZ RODRÍGUEZ con anterioridad porque se le indicó que la ponente del caso era la Magistrada DIXON

CATON, lo cual se corrobora a foja 989 del expediente principal en que se detalla que, por las reglas del reparto, se le adjudicó el expediente.

Aunado a lo anterior, el proyecto de resolución en que no se admitió el recurso de casación en comento fue circulado en lectura el día 28 de mayo y el 30 de mayo se profirió el fallo. En ese período el Magistrado GONZÁLEZ RODRÍGUEZ estaba haciendo la suplencia de la Magistrada titular quien se encontraba de vacaciones del 26 al 31 de mayo del año en curso.

De allí que el Magistrado ROBERTO E. GONZÁLEZ RODRÍGUEZ debió declararse impedido para conocer el proceso, toda vez que fue uno de los magistrados ponentes del fallo cuya revisión se demanda por medio del recurso de casación.

De consiguiente, se desprende que el Magistrado GONZÁLEZ RODRÍGUEZ no era competente para conocer de la admisión del recurso de casación, lo cual se adecua a la causal de nulidad consagrada en el numeral 2 del artículo 2294 del Código Judicial, es decir, por la falta de competencia, aun cuando la resolución está firmada por los otros Magistrados que integran el Tribunal de Casación, por lo que la Sala procede a declarar la nulidad de lo actuado en relación al auto que no admitió el recurso de casación, proferido por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y todas las actuaciones que van de la foja 992 a la foja 1011 del expediente.

Vemos como en este fallo, ante el incidente de nulidad interpuesto en el que la defensa plantea una serie irregularidades ocurridas durante la primera y segunda instancia

del proceso, la sala no lo entra a estudiar, limitándose a resolver el Incidente de nulidad, en lo referente a la competencia o no del Magistrado González.

Es así que a través de este medio legal, observamos que se puede subsanar cualquier error o arbitrariedad del Ministerio Público en lo que respecta a cuando se admita una querella y el querellante carezca de legitimidad de la personería para interponerla, en aquellos casos en los que no se puede proceder de oficio. Igualmente, cuando una Fiscalía o Personería, tramite un proceso y no era de su competencia es por medio del Incidente de Nulidad que se puede poner en conocimiento al Juez o Tribunal de la causa, de esta situación para que se declare la Nulidad de lo actuado. Hemos realizado una revisión minuciosa a nuestra jurisprudencia patria y son muy pocos los incidentes de nulidades interpuestos contra actuaciones del Ministerio Público, de acuerdo a lo establecido en el artículo 2294 y 2295 del Código Judicial. Veamos uno de los pocos fallos encontrados contra las actuaciones del Ministerio Público:

En otro caso la Licenciada Ana Belfon, en su condición de apoderada judicial del C.M, Juez del Tribunal Marítimo de Panamá, ha presentado Incidente de Nulidad contra las investigaciones efectuadas por la Procuraduría General de la Nación, a través de la Fiscalía Primera Anticorrupción, en virtud de querella promovida por la firma forense Morgan y Morgan, por supuesto delito Contra la Fé Pública.

Se fundamenta el Incidente de Nulidad por los hechos juzgados en manteria penal; ausencia de legitimación del querellante; y ausencia de perjuicios previo exigido por la ley.

En cuanto a la cosa juzgada alega el incidentista que por haberse pronunciado la Corte Suprema de Justicia a través de la Sala Penal, mediante auto, 3 de enero del presente, las mismas partes, el mismo objeto, la misma causa o razón de pedir todo ello de acuerdo a el artículo 1014 del Código Judicial y 32 de la Constitución Política y 2 del Código Penal. La ausencia de poder de la supuesta perjudicada otorgado a la firma, trae como consecuencia la ausencia de legitimación del querellante lo que conlleva el incumplimiento de procedibilidad penal.

Se puntualiza en la ausencia de perjuicio previo exigido por la Ley.

El señor Procurador General de la Nación al emitir su opinión realizó observaciones sobre la legitimidad de la Fiscalía Primera Anticorrupción de la Procuraduría General de la Nación y que esta no había realizado cargos formales en contra de CM, por lo que este no es considerado imputado.

Respecto al fondo de la incidencia, refiere que la nueva querella contra CM, no supone un doble juzgamiento, por no haberse efectuado investigación: "... por la supuesta comisión del delito de falsificación de documento, sobre la cual se pronuncien los Tribunales de Justicia.

Al opinar sobre la ausencia de la legitimación del querellante, disiente de la incidencia señalando: "...se comprende que cualquier actuación ilícita que afecte la referida resolución atañe a la firma forense, interesada directa en la decisión del Tribunal Marítimo, y por consiguiente considerarse como víctima, lo que le confiere la categoría de querellante legítimo".

Sobre la ausencia de perjuicio previo exigido por la ley, considera el señor Procurador que la norma del Código Penal artículo 272-A, no requiere acreditación previa del mismo, "... que el delito de falsificación es perseguible de oficio, y es precisamente la investigación sumarial, cuyo propósito es el esclarecimiento de la verdad material, la etapa procesal idónea para comprobar la existencia de la comisión del delito, así como el perjuicio causado".

Culmina su vista solicitando que se niegue el incidente de nulidad promovido por la licenciada Belfon en representación CM.

Al entrar a analizar la Corte Suprema de Justicia, las causales de nulidad alegadas por la incidentista encontramos:

En cuanto a la primera causal invocada, en que la querella que se investiga es por hechos juzgados en materia penal. Revisa la Corte el artículo 32 de la Constitución Política, el artículo 2 del Código Penal y 1945 del Código Judicial, Resolución No.1 del 30 de agosto de 2001, Gaceta Oficial 24,384. Cita al autor Ibérico Juan Carlos Carbonel Mateu.

Señalando que en nuestro sistema procesal, las nulidades genéricas se encuentran delimitadas por los artículos 2294 y 2295, dentro del Libro III del Procedimiento Penal del Código Judicial. Jurisprudencialmente (reenumerado por la Resolución No.1 del 30 de agosto de 2001, G.O. 24,384 autorizado por la Ley 23 de 2001), la Corte ha establecido que a parte de estas, puede verificarse la nulidad por la infracción de las pautas de

procedimiento marcadas en el artículo 1974 hoy reenumerado bajo el artículo 1950 del mismo cuerpo legal. (Véase. Registro Judicial Enero 2001, p 349- 350).

Indicando que la letrada Belfon cuestiona el hecho que se investiga, pues considera que hay nulidad en base a las siguientes consideraciones:

I.. Nulidad por hechos juzgados en materia penal.

II.. Ausencia de legitimación del querellante.

III. Ausencia de perjuicio previo exigido por la Ley.

Señala esta colegiatura que debe entenderse que la persona contra la cual se dirige una investigación por la comisión de un hecho punible, tiene derecho a defenderse o designar un Defensor que atienda su causa penal, desde el mismo momento que se acoja la denuncia o querella en su contra.

Tras las consideraciones expuestas, la Sala concluye que carece entonces de eficacia, la solicitud del señor Procurador de rechazar de plano por improcedente la incidencia planteada, por lo que pasan a revisar el fondo de la misma.

No obstante, los hechos a los cuales se refiere esta querella fueron considerados con anterioridad por la Sala, lo cual culminó con fallo ordenando el archivo del sumario y rechazando la petición del Procurador en el sentido que se ordenara la compulsa de copias para investigar, la supuesta alteración del documento que se cuestiona en este momento.

Se desprende de la norma, que aún cuando se modifique la calificación o se afirmen nuevas circunstancias, situación que ocurrió en el caso sub-júdice, no procede ser juzgada nuevamente, puesto que la firma forense Morgan & Morgan, inicialmente interpuso querrela contra el Juez M por abuso de autoridad e infracción de los deberes de servidor público, presentó escrito de "ampliación de querrela", incorporando así en este proceso, otro delito a investigar, este es el delito contra la fe pública, el cual en esta ocasión nuevamente solicita se investigue por alteración del mismo documento público.

Queda claro entonces que tanto la querrela ampliada como la recomendación del Señor Procurador de la Nación, fueron consideradas por la Sala, arribándose a la conclusión de que no procedía la investigación del supuesto delito de alteración de documento, por no cumplirse la condición de procedibilidad exigida por el artículo 272-A del Código Penal, se ordenó el archivo del expediente.

Por otro lado, en cuanto a la ausencia de legitimación, señala la incidentista que la firma Morgan & Morgan no es parte afectada, toda vez que actuaba como "gestora oficiosa

La Sala pudo constatar que efectivamente la gestión oficiosa iniciada en su primer momento por MORGAN & MORGAN, fue ratificada por la demandante, al presentar MORGAN & MORGAN, copia del Poder General a favor de ellos e inscrito en el Registro Público desde el 11 de septiembre de 2000 y máxime que la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, resuelve la apelación del auto, en favor de MORGAN & MORGAN, por lo que conceptuamos que efectivamente la actuación de la firma forense

está legitimada y por lo tanto su actuación como querellante es legítima de acuerdo al artículo 2034 del Código Judicial y el Poder General otorgado por LIVERPOOL AND LONDON PROTECTION AN INDEMINITY ASSOCIATION LIMITED a MORGAN & MORGAN.

Por último, en cuanto al perjuicio previo, señala la incidentista que el delito de alteración de documento público, exige previamente según lo ordena el artículo 272-A, que en los casos que tratan los artículos 265, 266, 267 y 270, se acredite el perjuicio causado.

Por otra parte, el Señor Procurador General de la Nación, señala que en el artículo 272-A, adicionado por la ley 37 de 26 de julio de 2000, preceptúa que en los señalados casos, "será necesario que se acredite el perjuicio causado", no exigiendo la excerta legal que la referida acreditación debe ser previa, por lo que contrario a lo expuesto por la impugnante, no es una exigencia de nuestra normativa penal, en los delitos de falsificación de documentos públicos, aportar junto a la querella y como presupuesto para poder iniciar la investigación, las pruebas que acrediten el perjuicio causado.

Tiene razón el Señor Procurador General de la Nación, sin embargo el Título IX del Código Judicial, acerca de los procesos especiales, en el Capítulo II, en cuanto a los procesos contra servidores públicos, en su artículo 2467 (reenumerado por la Resolución No.1 del 30 de agosto de 2001, G.O. 24,384) manifiesta que se deberán acompañar la prueba sumaria.

El caso sub-júdice, tiene inicio por una querella interpuesta por la firma **MORGAN & MORGAN** contra el Juez Marítimo de Panamá, quien ostenta la calidad de servidor público a la cual se refiere el artículo 2467 del Código Judicial (reenumerado por la Resolución No. 1 del 30 de agosto de 2001, G.O. 24,384), por lo tanto, siendo que nuestro cuerpo procedimental en materia penal, regula las actuaciones de los servidores judiciales, en cuanto al perjuicio causal al cual se refiere el artículo 272-A del Código Penal, pese a que el legislador no precisa cuando debe acreditarse, esta Sala estima que para dar una interpretación lógica coherente y dinámica a lo establecido por el artículo 272-A del Código penal, en concordancia con el artículo 2467 del Código Judicial (reenumerado por la Resolución No. 1 del 30 de agosto de 2001, G.O. 24,384), debe entenderse que en los procesos contra servidores públicos, el supuesto perjuicio causado, debe ser aportado con la prueba sumaria. Igualmente en las denuncias o querellas por supuesta violación de los artículos 265, 266, 267 y 270 del Código Penal, el perjuicio del que habla el artículo 272-A del Código Penal, deberá acreditarse por algún medio probatorio, al presentarse la denuncia o querella.

En conclusión, a juicio de la Sala, la firma **MORGAN & MORGAN** no cumplió con lo señalado por los artículos 2467 del Código Judicial, (reenumerado por la Resolución No. 1 del 30 de agosto de 2001, G.O. 24,384) concordante con el 272-A del Código Penal, por no haber acreditado el supuesto perjuicio causado junto la prueba sumaria.

Esta Sala conceptúa, que la petición formulada por el Señor Procurador General de la Nación, consistente en rechazar de plano la iniciativa formulada, carece de eficacia.

En cuanto a la petición formulada por la incidentista de nulidad por hechos juzgado en materia penal, esta Sala precisa que efectivamente es materia juzgada.

Sobre la petición de la incidentista de nulidad por ausencia de legitimación del querellante, no le asiste razón y por último en cuanto a la ausencia de perjuicio, esta Sala luego del análisis realizado conceptúa que tiene razón la incidentista, por lo que procede acoger la misma y declara lo que en derecho procede. ACOGE el incidente planteado, en cuanto a nulidad por hechos juzgados en materia penal y ausencia de perjuicio exigido por la ley, por lo que ORDENA el archivo del sumario instruido por la Fiscalía Primera Anticorrupción de la Procuraduría General de la Nación. Vemos como el incidente de nulidad ejerce su medio de control ante las funciones y decisiones que realice el Ministerio Público en un momento dado ante una investigación penal, como la que hemos revisado.

3.2 EL CONTROL A LAS FUNCIONES JURISDICCIONALES EN EL SISTEMA ACUSATORIO

Con la finalidad de lograr fortalecer la capacidad investigativa de la Fiscalía, imparcialidad, celeridad, hacer más clara la delimitación de las fases de investigación y juzgamiento, vemos que se recomienda un Fiscal desprovisto de facultades jurisdiccionales que restringieran las garantías fundamentales, por considerar que un ente investigador no debe ostentar las facultades propias del juez. Recomendándose la creación de los jueces de control de garantías quienes tendrán la facultad de decretar las medidas de aseguramiento por solicitud expresa de la Fiscalía, y una vez materializada la captura, allanamiento, registro, la incautación de un bien o la interceptación de

comunicaciones, es deber del juez de control de garantías ejercer el examen pertinente dentro de cierto tiempo, a efecto de velar si la Fiscalía se ciñó a los lineamientos legales.

Se plantean varios esquemas, el adoptado dependerá de la reglamentación.

Se recomiendan tres posibilidades de intervención del juez:

1. Que el control sea previo, con el que la decisión de aplicar el principio de oportunidad sería en sentido estricto del juez, no del fiscal;
2. Que el control sea posterior y automático, como el previsto para el derecho a la intimidad , y
3. Que el control sea posterior, pero siempre y cuando alguien lo provoque, como la víctima.

Algunos consideran que la intervención judicial previa ofrece un mayor control, pero puede desfigurar el principio, ya que es la Fiscalía quien aplica la política criminal.

Nosotros somos de la opinión de que el esquema más saludable para nuestro medio debe ser el previo, ya que se evitarían en gran medida la violación de derechos fundamentales. Modelo adoptado por la legislación Venezolana.

Otros autores como David Vanegas González, estiman que el control posterior automático es más seguro que el rogado, en el sentido de que cubre eventuales fallas de la defensa, pero puede implicar trabajos innecesarios para los jueces, ya que en la mayoría de los casos no se requerirá.⁹²

⁹² VANEGAS, GONZALEZ. David. 2004, p.76

El control posterior, si bien sirve para subsanar los errores de la defensa, es decir en el sentido de que ordenada una detención preventiva, ilegal, no interpuso el Hábeas Corpus, el juez de garantía posterior, al revisar la medida adoptada por el Fiscal, la orden detención, revisa y se percata de esta ilegalidad, inmediatamente manda a subsanar. Sin embargo, somos de la opinión, de por qué permitir que una persona sea afectada de esta manera con algo tanpreciado como la libertad, lo más saludable consideramos es establecer un control previo de manera que se evitarían graves perjuicios, que debe ser el principal objetivo.

Por su parte el autor, es de la opinión, la cual compartimos y consideramos muy atinado que para evitar desmanes y abusos que a diario se escuchan, por los usuarios del sistema, por parte del órgano investigativo y en consecuencia armonizar la función investigativa del Estado con la protección efectiva de los derechos humanos de los presuntos autores de las conductas ilícitas, realizar este tipo de reformas, en este sentido. A lo que el autor hace referencia, que el control de garantías de su país aunque posterior, pero con la función primordial de determinar si el actuar de la Fiscalía estuvo acorde con las disposiciones constitucionales y legales, y enmarcado dentro de criterios de objetividad, son acordes con la situación que atraviesa su país, lo que los coloca en una posición sui generis en comparación con otros países del continente, la Fiscalía continuará con la facultad para restringir tales derechos básicos cuando así se requiera para el éxito de las investigaciones.⁹³

⁹³ Ibidem, p.78

Por su parte otros autores como Augusto Ibañez Guzmán, indican que existen casos de control posterior por parte del Juez de Control de Garantías, que deben ser excepcional, y dentro de este control judicial posterior menciona los registros, los allanamientos, las incautaciones.⁹⁴

Con respecto a las de control previo, en las que el juez de garantía tendrá que autorizar o no las solicitudes del Fiscal para que adopten medidas que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas. Así también le corresponde ejercer el control en la aplicación del principio de oportunidad.⁹⁵

Igualmente este autor hace una distinción De los Controles: Control Formal y Control Material.

Control Formal: cuando se examina la legalidad formal, el juez debe evaluar si se observó el debido proceso en lo que concierne a los presupuestos constitucionales y legales de la detención preventiva.

Control Material: el juez debe evaluar si se reúnen los requisitos probatorios y de necesidad y proporcionalidad para la adopción de la medida.

Realiza una equiparación del Juez de control de garantía con un juez constitucional, toda vez que su principal función es tutelar los derechos fundamentales, lo que nos lleva a analizar la naturaleza de estos jueces para una mejor comprensión.

Antes de continuar es importante indicar que al revisar nuestra historia patria en este tema, pudimos comprobar que en Panamá, existieron los llamados jueces de

⁹⁴ Ibidem, p.349

⁹⁵ Ibidem, p.350

instrucción que nacieron con el sistema inquisitivo, pero fueron eliminados mediante ley 15 de 1941 por razones presupuestarias, suprimiéndose a un sujeto procesal y otorgándosele sus funciones al agente de instrucción (fiscal) ⁹⁶

3.2.1. NATURALEZA DE LA FUNCIÓN DE LOS JUECES DE GARANTÍA

El Estado tiene una misión de administrar justicia, pero esta administración como lo hemos señalado anteriormente tiene sus límites., ya que no puede ser a costa de sacrificar los principios y de derechos fundamentales que recoge nuestra carta magna, ni a través de procedimientos irregulares o violatorios de una serie de derechos. Con ese propósito de evitar que el mismo Estado vulnere las normas. Para ello las reformas al proceso penal hoy día incluyen al juez de control de garantías, quienes serán los únicos que pueden autorizar, cuando lo evalúen necesario que se limite algún derecho fundamental.

De lo brevemente dicho surge que la naturaleza de la función de Control de Garantías es eminentemente constitucional; no ritual o formal. Es constitucional en todo el sentido de la palabra, y ello supone que el Juez deberá hacer un juicio no de manera adecuación, sino también de poderación, proporcionalidad y en fin, de razonabilidad de las medidas y autorizaciones que deba conceder a la Fiscalía en la investigación de los delitos, pues las mismas implican en ocasión afectación a derechos fundamentales, que

⁹⁶ Fuentes, Armando. en Memoria del XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal.Op.cit, p.451.

deben ser resueltas en cada caso particular y desde la óptica constitucional. Y serán ellos los responsables de la legitimidad constitucional de la limitación de los derechos fundamentales, la disposición de la acción penal en aplicación del principio de oportunidad y en fin, cuando quiera que la ley precise su intervención en un aspecto concreto.⁹⁷

Cuando hablamos de jueces de control de garantías, inmediatamente se piensa en que ha de crearse nuevos jueces, a lo que no es así, vemos que la Corporación Excelencia de Justicia de Colombia, refiere que con ello “no se quiere dar a entender que la Constitución ha creado una nueva categoría de jueces sino de una nueva función que deben cumplir durante la etapa de la investigación, cuando en opinión del fiscal que la adelanta debe limitarse algún derecho fundamental”. Jueces, que no podrán dar orientaciones a la Fiscalía sobre el rumbo de la investigación, no podrá decretar pruebas de oficio, ni tampoco celebrar audiencias no pedidas y respecto de la cadena de custodia, sólo intervendrá para verificar que exista y se haya manejado correctamente. Lo que nos obliga a revisar la denominación, porque no se trata de un nuevo cargo, sino de un Juez que va a tener la función de controlar las garantías, lo que no es una función permanente sino una tarea que se ejecuta en ocasiones en que la ley lo requiere o a petición del Fiscal, por lo que compartimos la opinión del autor Luis Alejandro Becerra Mójica, quien indica que la denominación debe ser jueces con funciones de control de garantía y no el término que se ha popularizado de jueces de garantía.

⁹⁷ Ibidem, p.427

Para el profesor Alvarado Velloso y el profesor Silvio Guerra Morales, quienes reconocen como elemento fundamental del Juez de Garantía el concepto de imparcialidad, que quiere decir que está entre partes, sin ser, ni comportarse como parte.⁹⁸

Al definir al Juez de Garantías, señala el Francisco Saldivar que “es un controlador que evita los desmanes y abusos consustanciales de la autoridad que se mueve en un ámbito aparente de ilimitación, contrario al querer constitucional que preconiza nuestro sistema jurídico y que por otro lado reprime con el encaje de la figura penal y de garantías, la extralimitación de las funciones evitando en consecuencia, con ese control exceso, abuso, desorden, desarreglo, exageración, atropello, injusticia, arbitrariedades, trastorno, irregularidad, desorganización, desbarajuste del investigador, en perjuicio de las garantías del imputado. Por otro lado la figura busca la armonización funcional entre la investigación que el Estado realiza en la infracción del orden penal y la protección efectiva de los derechos y garantías del presunto actor de la conducta punible”.⁹⁹

Encontramos, que en el instrumento de Derecho Internacional titulado Directrices de la Función de los Fiscales, aprobado por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas, en el acápite de las Facultades discrecionales se preceptúa lo siguiente:

“En los países donde los fiscales estén investidos de facultades discrecionales, la Ley, las normas o los reglamentos publicados proporcionarán directrices para promover la equidad y coherencia de los criterios que se adopten al tomar decisiones en

⁹⁸ SALDIVAR, Francisco. “El Juez de Garantías del Sistema Acusatorio”. Memoria III Congreso de Derecho Procesal, 2006. p.356

⁹⁹ Ibidem pp.357-358

el proceso de acusación, incluido el ejercicio de la acción o la renuncia al enjuiciamiento.” Subrayado es nuestro.¹⁰⁰

Ante estos planteamientos, consideramos que otorgarle otras funciones diferentes a las indicadas, sería desnaturalizar la figura del juez de control de garantías.

Es así que las Naciones Unidas, reconoce que se requiere de establecer lineamientos para los Fiscales, en su toma de decisiones lo que debe ser acatado por todos los países suscritos a esta organización, recomendándolo no solo para decidir si se ejerce la acción penal como cuando se renuncia a ella, situaciones no reglamentadas en nuestra legislación panameña. Podemos encontrar que la aplicación del principio de oportunidad en nuestro medio carece de todo tipo de controles, situación que da lugar para que se cometan arbitrariedades.

Así vemos que en Panamá, se ha establecido el principio de Oportunidad, a través de la Ley 39 de 1999, del 26 de agosto de 1999, Gaceta Oficial No.23,874 del 26 de agosto de 1999.

En la cual se faculta a los agentes del Ministerio Público a abstenerse de ejercer la acción penal ante ciertas circunstancias y exceptuándose en ciertos procesos penales.

Estableciéndose como procedimiento que quede por 60 días en la secretaría de dicho despacho a fin de que el denunciante o querellante pueda presentar las objeciones correspondientes, se establece el mismo procedimiento que el Incidente de Controversia, establecido en el artículo 2009 del Código Judicial. Es así que no se establece ningún control previo antes de que el agente de instrucción tome esta decisión, sino que en caso

¹⁰⁰ VANEGAS G, David. Op.cit., 2004 pp.66-67 .

de que las partes objeten la decisión, es que procede la revisión por parte del juzgador. A diferencia de otras legislaciones en las que existe un control en estas decisiones.

No estableciéndose ningún tipo de control, revisión ni supervisión, sólo será visto por otro funcionario distinto al de instrucción, cuando la parte solicite al Juez competente su reapertura, y es cuando el Tribunal interviene y le solicita al Ministerio Público el expediente para determinar si acoge o no la solicitud de la parte, para su revisión y ver si amerita que se abra o continúe la investigación sumarial.

No siempre ocurre que las partes afectadas, se dan cuenta de que existe un proceso en investigación, ni tampoco se presentan a presentar cargos o coadyuvar con la investigación, lo que puede dar lugar a que funcionarios de instrucción se presten a impunidades, archivando estos casos y las personas queden sin ser investigadas ni sancionadas.

En la legislación procesal penal de Venezuela, como hemos señalado se presenta un control previo, pues según lo establecido en su artículo 31 del Código Orgánico Procesal Penal el fiscal podrá solicitar al juez de control la autorización para prescindir, total o parcialmente, del ejercicio de la acción penal, o limitar a algunas de las personas que intervinieron en el hecho, en los casos contemplados en la misma Ley. Muy similar a lo que nosotros planteábamos en el párrafo anterior.

Comprendemos que no siempre se puede aplicar este esquema de control previo porque existirán situaciones en la que se ameritan de tomar decisiones inmediatas sin tener que ser antes autorizados por el juez de control, por lo que procedería el control posterior, a lo que señalaríamos que la regla general debe prevalecer el previo y en casos excepcionales debidamente justificados el control posterior. Como lo podemos observar

en la legislación colombiana en su artículo 250 numeral 1, inciso 3°, en donde se establece que la “Ley podrá facultar a la Fiscalía General de la Nación, para realizar excepcionalmente capturas; igualmente, la Ley fijará los límites y eventos en que proceda la captura. En estos casos el juez que cumpla la función de control de garantías lo realizará a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes”.¹⁰¹

Es así que con estos jueces de control el Fiscal o agentes de instrucción ya no podrá tomar estas decisiones, que afectan el principio de imparcialidad del juzgador, al tener que investigar, recolectar pruebas, privar de la libertad y también acusar. Con estos jueces, al funcionario de instrucción, como se le conoce en nuestro medio, se fortalece la capacidad investigativa, al poder dedicarse de lleno a esa función, sin tener que preocuparse directamente de que no se afecten los derechos fundamentales de las personas. Decimos directamente, porque si bien, al realizarse las investigaciones también se debe evitar cualquier afectación a los derechos y garantías individuales; esa responsabilidad de tomar decisiones jurisdiccionales ya no sería totalmente de los agentes de instrucción, al tener que solicitarle a los jueces de control la autorización para las mismas, recayendo en ellos esa función, que es una facultad propia de un juez, porque puede ocurrir que él este interesado en el resultado de la investigación. Como así lo señala el autor David Vanegas González, al indicar que la función de un fiscal es la investigar los delitos y acusar a los presuntos transgresores de la Ley penal ante los jueces de la República, lo cual es incompatible, con la función de garantizar la libertad del procesado, si a una misma persona se le asigna las funciones de investigar y de

¹⁰¹ Ibidem, p.60

proferir providencia de contenido judicial, cumplirá en forma ineficiente ambas tareas, porque ellas se contraponen. Por lo que le resulta poco creíble que un funcionario o entidad sea capaz de considerar a alguien como eventual responsable de un delito y lo llame a indagatoria, para luego, pocos días después, ese mismo funcionario o entidad determine imparcialmente si el investigado debe ser detenido o puesto en libertad... casi nadie es un buen evaluador de sus propias investigaciones”¹⁰²

Plantea VANEGAS, que “el funcionario de instrucción trabaja motivado por el desafío que representa el descubrir la verdad, y para quien cualquier objeto o versión es una prueba incriminatoria en potencia, no considerará mayormente la prevalencia de la protección de los derechos fundamentales del sindicado, sino que le dará, más peso a su obligación de conseguir respuestas certeras dirigidas a clarificar la comisión del delito. Dicha evaluación la hará influenciado por el deseo de querer confirmar su hipótesis inicial respecto de la culpabilidad del acusado.

Es necesario permitir que el juez sea entonces quien lleve a cabo la evaluación de medidas como las mencionadas, ya que este tipo de decisiones en cabeza del fiscal, resultan potencialmente violatorias de los derechos del sindicado que se ve sometido a ellas. Dicho examen posterior inmediato permitirá confirmar la necesidad que motivó al Fiscal para adelantar la incautación o interceptación telefónica según sea el caso, a la luz de consideraciones respecto de la razonabilidad, proporcionalidad y necesidad de la medida”.¹⁰³

¹⁰² Ibidem. p.83.

¹⁰³ Ibidem, p.88

Posición, que como hemos dicho y de acuerdo a nuestra experiencia, como funcionara de instrucción, se requiere de un tercero que sea completamente imparcial, para garantizar neutralidad ante estas consideraciones, ya que consideramos que el agente de instrucción puede quedar prejuiciado o tener ideas preconcebidas de la culpabilidad del imputado.

De adoptarse un sistema de corte acusatorio es el juez quien tiene de manera exclusiva la potestad jurisdiccional y el único facultado por la Ley para restringir los derechos fundamentales a la libertad y la intimidad del procesado.

Ante lo importante y delicado que es el cambio de un sistema procesal penal y los riesgos que se enfrentan, es necesario compararlo como señala Superti, como “cuando un médico detecta síntomas de enfermedad, para determinar su naturaleza, debe realizar los análisis y estudios científicos necesarios y evitar que el tratamiento que disponga, por más que use elementos modernos y de alta calidad generen en el paciente más daño que la enfermedad misma” y para ello presentamos los siguientes aspectos:

1. Decisión política encaminada a cuantificar y cualificar la necesidad de cambio.
2. Relevamiento y análisis a la infraestructura judicial y policial (material, funcionamiento y humano). Efectuar una valoración crítica desde la persona o desde el poder estatal.
3. Elegir el modelo ideológico a seguir.
4. Elaborar un mapa de distribución de los organismos, respondiendo a las características demográficas, socioculturales y geográficas cada región.

5. Modificaciones rápidas que generen asamblea permanente, es decir que le den dinamismo al sistema, tanto en la etapa de preparación del juicio como en su desarrollo.
6. Estudiarse cómo se hará la transición de un sistema a otro, teniendo presente:
 - La continuidad de las causas en trámite
 - Aprovechamiento de los bienes y servicios
 - Entrenamiento de los operadores del nuevo sistema
 - Movimiento de personal.
7. Mecanismos de verificación al cumplimiento de la transición y la valoración comparativa del nuevo sistema con el anterior.¹⁰⁴

Compartimos el plan elaborado por el autor, y más cuando señala que puede perderse por un mal método una muy buena idea, y lo que es más grave, aprovechar la conciencia y reclamos de cambios para introducir ajustes que nada cambien.

Recomendación que pudiéramos llamar científica por la experiencia y conocimiento del autor, que debemos recoger todos los que aspiramos a tener un sistema de enjuiciamiento penal eficiente y eficaz. Problema que debe ser estudiado de manera seria y científicamente, asumiéndose los costos necesarios, debido a la responsabilidad que tiene el Estado, ante la problemática de contar con un sistema próximo a colapsar lo que puede traer como serias consecuencias, justicia por sus propias manos.

Otras de las conclusiones a las que llega este autor es que:

¹⁰⁴ Ibidem, pp.161-167.

1. Si el estado encomienda a un mismo funcionario las tareas de investigar la presunta comisión de un delito y de controlar el respeto a los derechos y garantías individuales en relación a esa investigación, decidiendo los casos en que deben suspenderse, el sistema de garantías queda de hecho, derogado.
2. Para que funcione el sistema constitucional de garantías, el investigador estatal encargado de realizar la investigación preparatoria de la acusación debe ser ajeno a quien se le encomiende decidir, en el caso concreto, sobre la suspensión de ellas en relación a esas investigaciones.
3. Por tal motivo, los jueces de instrucción son inconstitucionales y el sistema de citación directa rescata la estructura garantizadora prevista en la Constitución Nacional.
4. No obsta a lo antes dicho la circunstancia de otorgarlas ciertas facultades al investigador público que puedan afectar derechos o garantías individuales, en la medida en que se encuentre sometido a un celoso control jurisdiccional por parte del encargado de custodiar dichos derechos y garantías y que debe ser un órgano independiente del investigador y ajeno a la investigación.

3.3.2 ACTUACIONES Y FUNCIONES DEL JUEZ DE GARANTÍA

Si nos preguntamos cuál debe ser la función que debe tener este juez, al respecto encontramos la opinión de la doctora Angela María Buitrago Ruiz, quien indica: “que el juez con función de control de garantías es el encargado de surtir los juicios de legalidad,

sobre todos los actos que deben realizarse en la fase de investigación”.¹⁰⁵ Para aclarar su opinión agrega lo que debe hacer y presenta una aproximación desde varias aristas: Ejercer control y Decidir.

“Cuando ejerce control, el juez debe verificar que las actuaciones que se hayan realizado son legales y en esencia cumplan con todos los requisitos formales y sustanciales. Por ende en esta actividad el juez de control de garantías es además de veedor, un garante (institucional) de legalidad y Ostenta un status de verificador previo o posterior de los actos que se vayan a realizar o se realicen por parte de la Fiscalía y de la Policía Judicial. Debe observar con detenimiento y ponderación las actividades a desarrollar o adelantadas para determinar la validez de las mismas y de los elementos que hayan podido recoger a través de éstas.

“Cuando ejerce la condición de juez y produce decisiones jurídicas, el status que ostenta y el rol que desempeña será el de proferir decisión judicial, la función es analizar las pretensiones, los medios de conocimiento que se aducen, el razonamiento lógico deductivo y las formas racionales de justificación de la decisión.”¹⁰⁶

Dentro de algunas de las actuaciones del juez de control de garantías encontramos:

- Audiencias de control y verificación de legalidad: previas o posteriores, como para practicar capturas, registros y allanamientos u obtener pruebas.

¹⁰⁵ BUITRAGO RUIZ, Angela María. Memoria del XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal. 2005, p.335

¹⁰⁶ Ibidem, p.p. 335-336

- Intervención del juez de control de garantía: Audiencia de formulación de imputación, Audiencia de medida cautelares personales (de aseguramiento), Audiencias de medida cautelares reales.

Todo esto comprendemos que es con el único propósito de garantizar que no se violen los derechos fundamentales y los principios constitucionales. A lo que nos preguntamos ¿qué si esta no debe ser función de todos los funcionarios judiciales?, cuestionamiento que también se hace el Licenciado Armando Fuentes Rodríguez, quien señala que “aún con la existencia del juez de garantía, podemos afirmar, que él no es el único que debe tener esa labor”.¹⁰⁷ Posición que compartimos ya que consideramos que esta debe ser función natural de todos los que administran justicia, y cómo bien señala el licenciado Fuentes, ¿quién nos garantiza de que el juez de garantía va a cumplir realmente esta función y no se violaran los derechos constitucionales?, cuando todos sabemos que el trato constante con los agentes de instrucción puede dar lugar que por amiguismo y consideraciones se admitan pruebas ilegales y abuso de poder. Bien lo señala el autor “de que estos jueces deberán tener una preparación psicológica sobre su función y no se conviertan en notarios o fedatarios de ilegalidades”. Interesante estos planteamientos los que nos hacen reflexionar sobre lo que puede suceder en el futuro, de crearse estos jueces.

¹⁰⁷ Ibidem, p.432

3.3. EL CONTROL A LAS FUNCIONES JURISDICCIONALES EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL PENAL DEL 2006.

En nuestro país a pesar de contar con un Código Judicial, que tuvo modificaciones recientemente, no se ha contemplado los controles a las funciones jurisdiccionales. Hoy día se realizan los primeros pasos para lograr modificar nuestro Sistema de Procedimiento Penal, para ello se creó la Comisión Codificadora de los Proyectos de Código Penal y de Código de Procedimiento Penal, mediante Decreto Ejecutivo No. 541 de 17 de Noviembre de 2005, firmado por el Excelentísimo Señor Presidente de la República Licdo. Martín Torrijos Espino y del entonces Ministro de Gobierno y Justicia Licdo. Héctor Alemán. Comisión integrada por los siguientes miembros codificadores: Dr. Carlos Muñoz Pope, Licenciado Jerry Wilson, Dr. José Rigoberto Acevedo, Licda. Mercedes Araúz de Grimaldo, Licdo. Wigberto Quintero, Dr. José Juan Ceballos, Licda. Ana Belfón y el Dr. Silvio Guerra Morales, cuyo coordinador lo era el Magistrado Wilfredo Sáenz F., subdividiéndose la comisión, para efectos de la redacción de los anteproyectos: una de Derecho Penal integrada por Jerry Wilson, José Rigoberto Acevedo, Jorge Giannareas, Ana Belfón y José Juan Ceballos, quedando como coordinador el Dr. José Juan Ceballos y por la subcomisión de Derecho Procesal Penal: Wilfredo Sáenz Fernández, Carlos Muñoz Pope, Mercedes Araúz de Grimaldo, Jerónimo Mejía, Wigberto Quintero y Silvio Guerra Morales. Designándose como coordinador de dicha subcomisión al Dr. Silvio Guerra Morales.

Es importante indicar que la Comisión de Estado por la Justicia, constituida gracias al señor Presidente de la República Licdo. Martín Torrijos, e integrada por la

Procuradora General de la Nación, el Procurador de la Administración, el Defensor del Pueblo y representantes del Colegio Nacional de Abogados, la Alianza Pro Ciudadana y el Comité Ecuménico, ya para el 28 de Septiembre de 2005, habían presentado al Órgano Ejecutivo un informe sobre la reforma judicial en la República de Panamá, en el que habían recomendado la adopción de un Código Procesal Penal, en texto independiente y autónomo, que estuviera acorde con los postulados del Sistema Acusatorio.

La Comisión Codificadora se trazo como norte buscar una propuesta que se ajustara al máximo a la idea del Sistema Procesal Acusatorio como sistema propio de las democracias, entre sus principales ideas la efectiva igualdad de las partes en el proceso, una justicia restaurativa, respetuosa de los derechos humanos, de la dignidad humana, con fines propios de la paz jurídica, la resocialización efectiva de los delincuentes, la tutela de las víctimas, sobre todo las indefensas; que el debido proceso responda a las ideas lógicas de dos partes, en condiciones de plenas y absoluta igualdad, ante un tercero independiente, imparcial, llamado Juez, la vigencia eficaz de la oralidad en los juicios que permitan procesos inspirados en la economía procesal sin que por ello se desmerite la eficiencia y la eficacia procesal, controlándose la morosidad judicial. Quienes manifiestan haber trabajado por una justicia penal pronta, expedita e ininterrumpida como lo establece la Constitución Política, de manera que la sociedad incremente la credibilidad en el sistema judicial. Destacándose el tema referido a las garantías constitucionales y legales que deben valer tanto para el acusado como para la víctima. Anteproyecto de Código Procesal Penal, que ellos han denominado que es un Código muy a la panameña.

A manera de introducción presentamos brevemente, en lo que respecta a nuestro tema de estudio, algunos aportes y sugerencias que se recogen en el presente Anteproyecto: Se indica que el Anteproyecto se estructuró en base a un sistema que funcione con la idea acusatoria: igualdad de las partes, igualdad de derechos, defensa y oportunidades, un juzgamiento adversarial, formulado sobre la idea del cargo probado y de la culpabilidad acreditada en el proceso; que no hay cargo sin acusación ni pena sin culpa probada; un proceso acusatorio solo puede ser aquél que vigencia las garantías y las libertades de las partes en el proceso; en donde intervenga un juez imparcial e independiente. Indicando que por ello la idea del Juez de Garantía es esencial al sistema acusatorio. Con ello no se quiere decir que el Ministerio Público deja de ser o de existir, muy por el contrario sigue siendo el gran actor penal, pero ahora normado, regulado, constitucionalizado y dirigido por el Juez de las Garantías.

En cuanto al Juzgamiento Penal y Normas Rectoras, en consecuencia se señala que los tribunales al aplicar las normas procesales, habrán de tener en cuenta para el respeto a la tutela judicial efectiva, los derechos y garantías contenidos en la Constitución Nacional y en los tratados, pactos, convenios u otros instrumentos internacionales vigentes en la República de Panamá, cuyas normas y principios del mismo modo deben tenerse como de aplicación directa e inmediata en los casos sometidos a su jurisdicción y prevalecerán siempre sobre cualquier otra ley.

Se establece el concepto de libertad como fundamental y primaria como vertebral del sistema acusatorio, que tiene como fondo y contenido sustancial la defensa del sistema de las libertades y garantías de la persona. Estableciéndose la prisión provisional dentro del catálogo de medidas cautelares personales, como la última de ellas. Cuyo

control de toda medida cautelar estará bajo la exclusiva responsabilidad de los jueces y no del Ministerio Público. Judicializándose las actuaciones del Ministerio Público a fin de que el Juez de Garantías sea el verdadero ejecutor de un sistema procesal libertario.

Indicándose que para ello el Gobierno Nacional tendrá que comprender que un nuevo sistema procesal y una auténtica transformación de la justicia penal demandan inversiones serias y responsables que empiezan por hacer lectura en relación a la cantidad de jueces y restantes funcionarios que operan en el actual sistema.

De manera tal que, para el nuevo juzgamiento penal y sus codificadores, existe clara conciencia de que el tema de la libertad y sus garantías procesales es la espina dorsal de sistema acusatorio.

Se ha sugerido la figura del Magistrado de Garantía, adscribiendo dicho funcionario judicial a la Corte Suprema Judicial y éste será responsable de la fase de iniciación o de investigación de todos aquellos casos que sean de la competencia de la Sala Segunda de lo Penal o del Pleno de la Corte Suprema de Justicia como tribunal de única instancia. Es decir, será el controlador judicial del Ministerio Público o de quien ejerza las funciones de tal ante esa corporación de justicia. Esperándose con esta figura se contribuya grandemente, a descongestionar una gran cantidad de situaciones y casos que se producen en el seno de la Sala Penal o del Pleno de la Corte. Por ello su norte habrá de ser siempre el proceso debido como derecho consustancial a la naturaleza interactuante de todo ser humano.

En cuanto al Recurso de Casación en esta exposición de motivos o introducción se indica que se ha formulado la liberalización del recurso de casación, es decir de que todo particular pueda, de modo libre y efectivo, idóneo y accesible, impetrar este recurso

ante la Sala Segunda de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, sin que el rigor formal y la exacerbada aplicación de una falsa lógica formal o simbólica imposibiliten o hagan nula toda posibilidad de que dicha sala, como Tribunal de Casación, enmiende las decisiones de instancias anteriores por considerar que han sido erróneas o contrarias al derecho patrio. Corresponderá al recurrente en casación cumplir un mínimo de requisitos que lejos de la formalidad actual sólo persiguen que el Tribunal de Casación se dé por enterado de cuáles son los hechos y el fin perseguido, previa denuncia de violación a la ley. Además, se permite la posibilidad de que el recurso pueda ser enmendado o corregido conforme a las observaciones que le haga el Tribunal de Casación Penal.

En lo referente al principio de oportunidad, debe el Juez de Garantías, al final de cuentas realizar una valoración, de ponderación de hechos y circunstancias, tras el pedido que le formule una o ambas partes, o el propio Ministerio Público, resolver si efectivamente hay o no lugar a declarar la oportunidad en el proceso. Se le quita, de este modo, esa función propia de la jurisdicción al Ministerio Público, para reubicarla en el lugar que le corresponde.

Para los miembros codificadores ha sido de vital importancia la propuesta que ha hecho el Instituto de Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad de Panamá en cuanto elaboró unas propuestas consecuentes de política criminal para el Estado panameño, mismas que fueron presentadas en ocasión de las múltiples reuniones efectuadas por la Comisión de Estado por la Justicia. Igualmente las propuestas o resultados habidos en el Séptimo Congreso de Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente de la ONU surgidas en razón de la materia de prevención del delito y la justicia penal en el contexto del desarrollo y que vinculan o ligan el tema de la

prevención y la cooperación internacional. Es así que se recogen algunos lineamientos como los siguientes: Que en vez de observar el fenómeno delictivo con un microscopio de rango nacional debemos utilizar un telescopio internacional ya que la criminalidad doméstica ha rebasado los controles gubernamentales y la transnacionalización del delito se ha acelerado más allá del alcance inclusive, de la comunidad internacional. La existencia de un sistema penal justo, equitativo y humano, sólo puede ser en el ámbito del fiel respeto y plena vigencia de las garantías individuales teniendo como norte a su vez la garantía de los derechos humanos. Por otro lado una política criminal no puede perder de vista el contexto y las circunstancias socioeconómicas, políticas y culturales del país en que se apliquen. Mantener un examen permanente de las medidas y los programas relacionados con la prevención del delito y la justicia penal de modo que se evalúe su eficiencia y determinar si es necesario las nuevas formas para mejorarlo. Mantener relaciones de trabajo con otros organismos que se ocupen de la planificación del desarrollo nacional para garantizar la coordinación y el intercambio de información necesaria.

Queremos felicitar a esta comisión Codificadora que obviamente para realizar un documento de esta naturaleza implica un esfuerzo y sacrificio personal, tal como ellos lo indican que se reunían de lunes a viernes, en el Colegio Nacional de Abogados de diez de la mañana hasta las dos de la tarde, y más recientemente de lunes a sábado, de modo honorario, pero convencidos de servir a la Patria. Convencidos de que dicho sistema es indispensable e ineludible, en el que se igualará a los contendientes en el proceso penal y para ello se le permite la efectiva igualdad de armas de oportunidades. Y que el Ministerio Público no puede seguir ostentando el doble papel de ser juez y parte, en el

que se introduce la figura del Magistrado y Juez de Garantía para mover el fiel de la balanza de la justicia entre un fiscal que investiga y un Tribunal que juzga y decide, con ello no se le restan funciones ni fines al Ministerio Público, por el contrario se consolidan su misión constitucional dándole el carácter de ser un ente independiente, imparcial, lo mismo que el juez natural.

Concluye la Comisión de que la propuesta de una Sala de Garantías Constitucionales es válida y necesaria, dentro del sistema acusatorio, para que conozca de las acciones de hábeas corpus y de los amparos de garantías constitucionales. Porque sistema acusatorio, en definitiva no es otra cosa que vigencia y presencia de un garantismo procesal.

En el Título Primero encontramos las Normas Rectoras denominado, el Capítulo Primero: Principios, Garantías y Reglas. En el que se presentan 25 artículos cuyas ideas principales consisten en que en el proceso debe prevalecer: El respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, para ello el proceso penal se regirá por el principio del proceso debido, el Juez natural, el juicio previo, derecho o estado de inocencia, la prohibición del doble juzgamiento, la inviolabilidad del derecho a la defensa en juicio, la economía procesal, la inmediación, la independencia, lo contradictorio, la imparcialidad y la no auto incriminación.

Los tribunales al aplicar las normas procesales garantizarán la tutela judicial efectiva, los derechos y garantías contenidos en la Constitución Nacional y en los tratados, pactos, convenios u otros instrumentos internacionales vigentes en la República.

Se establece con carácter excepcional, las medidas de coerción, restrictivas de la libertad personal o de otros derechos.

Respecto a la prisión preventiva estará sometida a un límite temporal razonable a fin de evitar que se convierta en una pena anticipada. La ley señalará los límites.

En el artículo 20, se deja clara la separación de las funciones al indicarse “que las funciones de investigación están separadas de la función jurisdiccional. El Juez no puede realizar actos que impliquen el ejercicio de la acción penal ni el Ministerio Público puede realizar actos jurisdiccionales.”... Regulación similar que hemos visto recogida en todas las legislaciones estudiadas.

En el Capítulo Tercero, se presenta la Jurisdicción Penal:

1. El Pleno de la Corte Suprema de Justicia.
2. La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia;
3. Los Tribunales Superiores de Distrito Judicial;
4. Los Juzgados y Tribunales de Garantías;
5. Los Tribunales Colegiados de Circuitos Judiciales;
6. Los Juzgados de Cumplimiento;
7. Los Juzgados móviles;
8. La Asamblea Nacional en los casos contemplados por la Constitución Política de la República;
9. Los jurados en los procesos penales de acuerdo con lo establecido por la ley.

En cuanto a la Diligencia de Allanamiento y Registro, recogida en el Capítulo XII, a partir del artículo 126, en términos generales podemos señalar que se establece que el Juez o Magistrado a petición del Ministerio Público, decretará en forma inmediata, mediante resolución motivada dicha diligencia. Estableciéndose como competentes para decretar allanamiento, los Jueces de Garantías, de juicio o Magistrados.

Como todos sabemos estas diligencia requieren de toda la discrecionalidad y rapidez por lo que esperamos que al requerirse de la autorización previa para realizar dichas diligencias, no se perjudiquen las mismas.

Igualmente, se introduce en este anteproyecto la Mediación o Conciliación, en donde se señala que si las partes desean someterse a una Mediación o Conciliación deben solicitárselo al Juez o Magistrado de Garantía, quien los remitirá a la Dirección de Medios Alternativos de Solución de Conflictos del Órgano Judicial.

Nulidades

Observamos que en lo que respecta a las Nulidades se amplían las causales incluyéndose: La violación de las garantías fundamentales o reglas rectoras de proceso, la Constitución Política de la República, los Convenios sobre Derechos Humanos aprobados y ratificados por Panamá; las Notificaciones hechas en formas distintas a las contempladas en el Código y normas especiales; La ilegitimidad de personería del querellante, cuando el proceso sea de aquellos que dependen de instancia privada; la no participación del Ministerio Público en el proceso y en los actos procesales que lo requieran; el empleo de promesa, coacción o amenaza para obtener la declaración del imputado; la no intervención, asistencia y representación del imputado en los casos exigidos por este Código; el incumplimiento de los requisitos legales para la aplicación de medidas cautelares personales.

Agregándose en el artículo 382, que "toda resolución dictada dentro del proceso en clara violación de los derechos y garantías prescritos en la Constitución, convenios y tratados sobre derechos fundamentales y demás leyes vigentes en la República de Panamá y que guarden relación con las formas propias del juicio en cuanto a principios y garantías se refiere será nula de modo absoluto. En virtud de ello la parte agraviada con la resolución podrá solicitar ante la propia instancia judicial que dictó la resolución su nulidad. Se surtirán para este propósito los trámites propios previstos para los incidentes

y la decisión permite el recurso de apelación en defecto suspensivo. Cuando la solicitud de nulidad versare sobre puntos relacionados a cuestiones de puro derecho y la solicitud de nulidad planteada invoque el supuesto de un proceso fraudulento o viciado de nulidad sustancial constitucional o legal no se requerirá la presentación de pruebas. Se exceptúan los casos en donde además la infracción o vicio sustancial constitucional existen hechos que exigen ser probados.”

Otra de las figuras que observamos que se le han realizado modificaciones es al

Recurso de Revisión:

En el artículo 374 del Anteproyecto se han agregado tres numerales más, el numeral 9, que establece “Cuando se hubiere incurrido en una causal de nulidad absoluta o en violación al debido proceso o de alguna garantía procesal o fundamental, o cuando se hubiere dictado sentencia condenatoria en proceso que no podía iniciarse o proseguirse por la prescripción de la acción o falta de querella válidamente formulada”; numeral 10: “Cuando después de ejecutoriada una sentencia se formule una nueva ley penal o como consecuencia de una acción constitucional, la ley o la decisión favorecen al sancionado”; numeral 11: “cuando mediante pronunciamiento judicial la Corte haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria.

La Corte Suprema de Justicia, Sala Penal revisará de oficio o a solicitud del sancionado, del Ministerio Público o de cualquier ciudadano en acción popular la sentencia condenatoria, a fin de aplicar esta Ley o una decisión Constitucional favorable al sancionado.

Al entrar en materia encontramos un Título Primero denominado Magistrados, Jueces de Garantías, Jueces Móviles y Jueces de Cumplimiento.

En el Capítulo Primero de los Magistrados de Garantías, artículo 678 se establece:

“que a nivel del Pleno y de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia actuará un Magistrado de Garantías, responsable de la fase de iniciación o de investigación, quien tendrá las siguientes atribuciones:

1. Advertir a las partes sobre la posibilidad de utilizar otros medios alternativos de solución de conflictos para los delitos que permiten el desistimiento de la pretensión punitiva;
2. Pronunciarse sobre la admisibilidad de las querellas;
3. Resolver los incidentes, excepciones y nulidades;
4. Resolver las peticiones del Ministerio Público relativas a las diligencias de allanamientos, registros y medidas cautelares personales y patrimoniales;
5. Decidir las peticiones del ejercicio de la regla de oportunidad presentadas por el Ministerio Público;
6. Decidir lo referente al desistimiento de la pretensión ;
7. Celebrar la vista oral y dictar la resolución judicial respectiva, con respecto a la autoincriminación;
8. Pronunciarse sobre los juicios abreviados y directos;
9. Pronunciarse sobre la admisión de los poderes presentados por las partes;
10. Resolver las peticiones de pruebas anticipadas y en el supuesto de ser admitidas practicar las mismas;
11. Resolver las detenciones con motivo de flagrancia, para establecer cuál es la medida cautelar personal aplicable;
12. Resolver las apelaciones o recursos de hecho presentados contra los autos providencias y sentencias dictadas por el Magistrado de Garantías con funciones a nivel del Tribunal Superior respectivo;
13. Celebrar la vista oral de la fase preparatoria y dictar la resolución correspondiente.”

Artículo 680: “En cada Tribunal Superior actuará un Magistrado de Garantías, con las mismas atribuciones previstas en este código para los jueces de garantías.”

Al respecto observamos que en la forma en que es introducido esta materia confunde, toda vez que a nuestra humilde opinión las funciones entre los jueces de garantías y magistrados de garantía no deben tener mayores diferencias, y partir de la primera y principal función que estos funcionarios deben tener que es la de velar que se

garantice el cumplimiento a los derechos fundamentales. Por otra parte felicitamos a la Comisión por la brillante idea de diferenciar a la categoría de jueces de garantía, ya que no lo hemos visto en las legislaciones extranjeras estudiadas, evitándose denominar jueces de garantía a todas las jerarquía judiciales.

Respecto a las atribuciones sólo hay una que no nos parece adecuada y es la primera “la de advertir a las partes sobre la posibilidad de utilizar otros medios alternativos de solución al conflicto”, ya que consideramos que no debe ser función de estos funcionarios, ya que para esos están otras instancias o funcionarios.

Del artículo 681 al 699, se distribuye los jueces de garantía a nivel nacional de la siguiente manera:

PANAMÁ

Primer Circuito Judicial

Panamá (sede)

Taboga

Balboa

Cantidad de Jueces de Garantía 15 jueces.

Segundo Circuito Judicial

San Miguelito

Cantidad de Jueces de Garantía 5

Tercer Circuito Judicial

Chepo (sede)

Chiman

Cantidad de Jueces de Garantía 1.

Cuarto Circuito Judicial

Arraiján

La Chorrera (sede)

Cantidad de Jueces de Garantía 5

Quinto Circuito Judicial

Capira

Chame (sede)

San Carlos

Cantidad de Jueces de Garantía 1

COLÓN

Primer Circuito Judicial

Colón

Cantidad de Jueces de Garantía 5

Segundo Circuito Judicial

Portobelo (sede)

Santa Isabel

Cantidad de Jueces de Garantía 1

Tercer Circuito Judicial

Chagres (sede)

Donoso

Cantidad de Jueces de Garantía 1.

DARIÉN

Primer Circuito Judicial

Chepigana

La Comarca Emberá Wonnám (Sambú)

La Palma (sede)

Cantidad de Jueces de Garantía 1

Segundo Circuito Judicial

Pinogama

Comarca Emberá Wounnam (Cémaco)

El Real (sede)

Cantidad de Jueces de Garantía 1.

COMARCA KUNA YALA

Primer Circuito Judicial

Kuna de Madungandi

Kuna de Wargandi

El Porvenir (Sede)

Cantidad de Jueces de Garantía 1

COCLÉ**Primer Circuito Judicial**

Antón

Penonomé (sede)

La Pintada

Cantidad de Jueces de Garantía 3

Segundo Circuito Judicial

Olá

Natá

Aguadulce (sede)

Cantidad de Jueces de Garantía 3.

VERAGUAS**Primer Circuito Judicial**

Santiago (sede)

Atalaya

Cantidad de Jueces de Garantía 1.

Segundo Circuito Judicial

Calobre

San Francisco (sede)

Santa Fe

Cantidad de Jueces de Garantía 1.

Tercer Circuito Judicial

Cañazas

La Mesa (sede)

Las Palmas

Cantidad de Jueces de Garantía 1

Cuarto Circuito Judicial

Soná

Río de Jesús (sede)

Mariato

Cantidad de Jueces de Garantía 1.

CHIRIQUÍ**Primer Circuito Judicial**

David

Cantidad de Jueces de Garantía 5.

Segundo Circuito Judicial

San Lorenzo

San Félix

Remedios

Tolé (sede)

Cantidad de Jueces de Garantía 1

Tercer Circuito Judicial

Boquete (sede)

Dolega

Gualaca

Cantidad de Jueces de Garantía 1

Cuarto Circuito Judicial

Bugaba (sede)

Boqueron

Renacimiento

Cantidad de Jueces de Garantía 1.

Quinto Circuito Judicial

Alanje

Barú (sede)

Cantidad de Jueces de Garantía 1.

BOCAS DEL TORO

Primer Circuito Judicial

Bocas del Toro (sede)

Chiriquí Grande

Cantidad de Jueces de Garantía 1.

Segundo Circuito Judicial

Changuinola

Cantidad de Jueces de Garantía 3

Tercer Circuito Judicial

Comarca Ngobe Buglé

Llano Tugrí (sede)

Cantidad de Jueces de Garantía 1

HERRERA**Primer Circuito Judicial**

Chitré

Cantidad de Jueces de Garantía 1.

Segundo Circuito Judicial

Santa María

Parita (sede)

Ocú

Cantidad de Jueces de Garantía 1.

Tercer Circuito Judicial

Pesé (sede)

Las Minas

Los Pozos

Cantidad de Jueces de Garantía 1.

LOS SANTOS**Primer Circuito Judicial**

Las Tablas (sede)

Pedasí

Pocrí

Tonosí

Cantidad de Jueces de Garantía 1.

Segundo Circuito Judicial

Los Santos (sede)

Macaracas

Guararé

Cantidad de Jueces de Garantía 1.

TOTAL 66 Jueces de Garantía.

Esta distribución es el sueño ideal, pero como bien se recoge en las reflexiones planteadas de la Política Criminal y recomendaciones de Superti de que se debe aprovechar los bienes y servicios existentes, para implementarse en nuestro país estas

normas deben ser acordes con la realidad nacional y debido a las experiencias que tenemos de otras leyes, las cuales han sido aprobadas y ordenan la creación de otros despachos como Fiscalías de Familia y Fiscalías de Adolescentes, las cuales todavía no terminan de crearse en algunos distritos judiciales del interior, a razón de ello y como bien se plantea en la introducción o exposición de motivos de este Anteproyecto, de lo costoso que es implementar estas reformas; en ese orden de ideas consideramos que debemos seguir la línea de las legislaciones estudiadas las cuales no han creado estos despachos sino más bien han adjudicado esta competencia a los juzgados penales ya existentes, de manera que opinamos que si queremos que esto arranque se deben atribuir a los juzgados penales existentes, en nuestro país, fortaleciéndolos quizás en algunos aspectos estructurales, personal, material entre otros; y es así que en países como Paraguay y Colombia realizan turnos los jueces penales ya establecidos de acuerdo a su disponibilidad, impedimentos y en caso de no haber juez ya sea por impedimento y que solo existe un funcionario de dicha especialidad en esa área, la función de control deberá ejercerla otro juez del mismo lugar sin importar la especialidad o a falta de éste, del municipio más próximo.

Artículo 701: “Se establecen los requisitos para ser Juez de Garantía: Ser panameño, haber cumplido treinta (30) años de edad; estar en pleno goce de sus derechos civiles y políticos; tener diploma de Derecho y poseer certificado de idoneidad expedido por la Corte Suprema de Justicia para el ejercicio de la abogacía; haber ejercido la profesión de abogado durante cinco (5) años por lo menos o haber desempeñado por igual lapso un cargo público para el cual la ley exige tener diploma en Derecho y certificado de idoneidad para el ejercicio de la profesión de abogado, además tener experiencia en materia penal”.

Uno de los aspectos, que a nuestra opinión es el más importante y delicado es la escogencia de estos funcionarios, si realmente queremos que esto se cumpla y no caer en lo que algunos señalan de que qué garantía hay de que estos funcionarios verdaderamente cumplan su función y no se conviertan en cómplices de la violación a la ley.? Es aquí donde la parte científica debe jugar un papel preponderante para evitar que esto ocurra, aunado a ello la experiencia es fundamental, a nuestra opinión, un profesional del Derecho con 5 años de ejercer, no tiene los suficientes conocimientos para garantizar el cumplimiento de la ley. Se debe evaluar bien el campo de experiencia porque no es lo mismo ejercer el Derecho en el campo comercial o administrativo que encargarse de velar por el cumplimiento de los derechos constitucionales.

Artículo 707: “ Es competencia de los Jueces de Garantías conocer en primera instancia:

- 1. Admitir o Inadmitir la formalización de las querellas;*
- 2. Promunciarse sobre las medidas cautelares personales o reales;*
- 3. Conceder autorización, si procediere, a los Fiscales para practicar secuestros, allanamientos y registros o tomar declaraciones;*
- 4. Admitir o Inadmitir las peticiones de pruebas anticipadas y, practicar las admitidas;*
- 5. Admitir o Inadmitir los desistimientos de la pretensión preventiva;*
- 6. Promunciarse sobre las reglas de oportunidad aplicadas por los Fiscales;*
- 7. Celebrar la vista oral en los casos de autoincriminación y dictar la sentencia respectiva;*
- 8. Admitir o Inadmitir las peticiones de juicio abreviado o directo, en el supuesto de admitirlas, celebrar la vista oral y dictar la sentencia respectiva.*
- 9. Para la celebración de la vista orales citadas, debe procederse de la siguiente forma:*
 - 9.1 El Juez declarará abierta la sesión y solicitará al Secretario que explique cuál es el negocio, quien es la persona objeto del proceso, si hay evidencias, cuáles son, en el supuesto de guardar detención preventiva a la*

persona juzgada debe decir que tiempo lleva ingresado a un Centro Penitenciario y si disfruta de libertad caucionada ofrecer las explicaciones respectivas.

9.2 Permitir al señor imputado, ofrecer su versión de los hechos y ser cuestionado por el Juez sobre su culpabilidad o inocencia.

9.3 Practicar pruebas si hubiese sido aducidas y, pronunciarse sobre aquellas aducidas en la audiencia.

9.4 Conceder la oportunidad de alegar primero al señor (a) Fiscal, como acto seguido al querellante y finalmente al defensor, por una sola vez, durante un periodo de quince minutos, el cual podía extenderse hasta treinta minutos si fuese necesario de acuerdo con el criterio del Juez.

9.5 Una vez finalizado los alegatos dictar la sentencia respectiva, cuya copia se ofrecerá a las partes en un disco.

10. Aprobar el preacuerdo ejecutado por el Fiscal, el defensor y el imputado en los delitos perseguibles de oficio sobre determinación de pena y aplicación del criterio de oportunidad, cuando la cooperación sea efectiva para lograr la detención e imputación de cargos a los jefes, organizadores, autores, cómplices de blanqueo de capital, narcotráfico, corrupción en la Administración Pública, homicidio y asesinato entre otros delitos.

En este caso es necesario que el Juez de Garantías explique prolijamente al imputado las implicaciones de no ir a juicio e inquirir al fiscal los motivos o razones del mismo, así como advertir que lo actuado será nulo si posteriormente se descubre ilicitud en el preacuerdo."

Compartimos las atribuciones asignadas a los Jueces de Garantías, pero nos llama poderosamente la atención es el hecho de que no se indica si estas decisiones puede ser o no apeladas, como lo hacen las legislaciones de Argentina y República Dominicana que indica que estas decisiones son apelables, mientras que en Colombia se establece que no son impugnables.

Igualmente encontramos otras normas en la que se le asignan funciones a los Jueces o Magistrados de Garantías como el artículo 429:

“A solicitud de parte, el Juez o Magistrado de Garantías o el Tribunal podrá ordenar que se reconstruya el hecho conforme a la declaración de quienes tuvieron conocimiento sobre la forma como ocurrió. El imputado no está obligado a participar en la reconstrucción y tal negativa no debe ser considerada como indicio en su contra. Se prohíben las reconstrucciones que atenten contra el sentimiento nacional o religioso, el respeto a las personas fallecidas y la moral o las que pongan en peligro el orden público. Las partes podrán formular las preguntas o repreguntas que estimen necesarias de acuerdo con los hechos.

La parte que solicita la reconstrucción deberá indicar la materia u objeto sobre la que de recaer. Atendiendo a la regla de unidad de audiencia se fijará fecha y hora de la reconstrucción”.

Artículo 430: “A dicha diligencia concurrirá la autoridad jurisdiccional respectiva con la participación del Ministerio Público, el querellante si lo hubiere, el imputado y su abogado defensor, testigos y peritos sugeridos por las partes. La decisión sobre la petición de la reconstrucción es irrecurrible”

Entendemos que siendo esta una práctica de prueba, de acuerdo a el listado de las atribuciones de los jueces de garantías en el artículo anterior, numeral 4, debe presenciar la misma, por lo que su redacción debe ser más clara sobre su participación al respecto.

Entre otros de los artículos que encontramos y que se hace referencia a los Jueces de Garantía tenemos:

Artículo 438: “La víctima podrá durante esta fase presentar desistimiento de la pretensión punitiva ante el Juez o Magistrado de Garantías, con relación a los delitos permitidos por el artículo 299. Dicho funcionario en un audiencia oral con la participación de las partes deberá pronunciarse sobre la admisibilidad o inadmisibilidad, mediante resolución irrecurrible. En el supuesto de admitirlo aprobará el acuerdo y declarará extinguida la

acción penal, en caso contrario continuará el procedimiento”.

Artículo 439: “Toda incidencia, excepción o petición de libertad caucionada o de cualquier naturaleza, durante esta fase debe presentarse al Juez o Magistrado de Garantías, quien la decidirá en una audiencia oral con participación de las partes.

La decisión respectiva sólo permite recurso de apelación cuando fuese denegada la petición correspondiente, el cual se surtirá sin más trámite ante el Tribunal Superior quien debe resolverlo en una audiencia con la participación de las partes”.

Artículo 440: Es obligación del Juez o Magistrado de Garantías advertir a las partes sobre los medios alternativos de solución de conflictos, en los delitos que permiten el desistimiento de la pretensión preventiva, por tanto, cuando éstas determinen acogerse a ellos, remitirá lo actuado al Centro de Mediación del Órgano Judicial, cuyo trámite no debe excederse los treinta (30) días....

Reiteramos nuestra humilde opinión de que no consideramos que sea función del Juez o Magistrado de Garantía, la de advertir a las partes sobre los medios alternativos de solución de conflictos.

Artículo 441: “ Las querellas deben formalizarse ante el Juez o Magistrado de Garantías o el Tribunal, quien se pronunciará al respecto en una audiencia oral, previa notificación por fax o correo electrónico, con la participación del Ministerio Público, el imputado, la parte querellante, si la hubiere y la defensa, sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de la misma. En el supuesto del incumplimiento de la prueba para acreditar la legitimidad de la parte querellante, se concederá un término hasta de treinta (30) días hábiles para subsanar el mismo. Las resoluciones dictadas al respecto permiten el recurso de apelación en el efecto devolutivo”

Artículo 445: “Cuando medie la confesión del acusado rendida de acuerdo con los requisitos previstos en este código y, esté completa la investigación, el Fiscal de la

causa remitirá lo actuado al Juez o Magistrado de Garantías con la correspondiente formulación de cargos. En la vista oral intervendrá las partes, en la cual se dictará la sentencia que corresponda de acuerdo con lo alegado y probado”.

Artículo 446: “El imputado puede solicitar que el procesado sea sustanciado y decidido en la fase de iniciación, ante el Juez o Magistrado de Garantías, cuando la investigación esté completa y la prueba resulte evidente, esta petición puede hacerla verbalmente ante el fiscal para que remita el negocio ante el Juez o Magistrado de Garantías y se decida sobre la misma en un proceso oral...”.

Artículo 448: “Cuando el imputado sea detenido en flagrancia y exista confesión de su parte al tenor de lo previsto en este código y se encuentre sujeto a detención provisional o medida cautelar personal equivalente, podrá solicitar ante el Juez o Magistrado de Garantías el proceso directo...”.

Artículo 459: “El Juez o Magistrado de Garantías podrá, atendiendo a la naturaleza del caso, autorizar la filmación o la grabación de encuentros, conversaciones o comunicaciones telefónicas, para acreditar el hecho punible y la vinculación de determinada persona...”.

Artículo 461: “El Juez o Magistrado de Garantías podrá autorizar operaciones encubiertas en el curso de una investigación sobre delitos de blanqueo de capitales financieros, terrorismo, extorsión, hurto y robo internacional de vehículos, tráfico de personas, tráfico de armas de guerra, secuestro, turismo sexual, corrupción y pornografía de menores, corrupción de servidores públicos, peculado, narcotráfico y delitos conexos, con el propósito de identificar los autores o cualquier grado de participación delictiva, encubridores, o para el esclarecimiento de los hechos relacionados con los delitos mencionados”.

Artículo 462: “El Juez o Magistrado de Garantías autorizará, previo análisis, valoración y procedencia, a los respectivos funcionarios del Ministerio Público, la entrega vigilada de drogas ilícitas, precursores, sustancias químicas y dinero producto del narcotráfico, para lo cual

se permitirá que éstos ingresen, transiten circulen o salgan del Territorio Nacional con la finalidad de identificar a las personas involucradas en los delitos de narcotráfico y delitos conexos”.

En los artículos 472 y 473, se recoge el reconocimiento en rueda de internos y el reconocimiento fotográfico respectivamente, no indicándose nada al respecto sobre la participación del Juez de Garantía en la práctica de estas pruebas. Pruebas estas a nuestra opinión muy trascendentales para la vinculación o no de una persona en un hecho punible en las que en un momento dado se pueden violar los derechos fundamentales, por lo que requerirían de la presencia por lo menos del juez de garantía.

Artículo 478: “El Juez o Magistrado de Garantías podrá autorizar la aprehensión en las oficinas postales o telegráficas, de las cartas, pliegos, paquetes, valores, telegramas u otros objetos de correspondencia cuando existan fundadas razones para suponer que le han sido dirigidas al imputado, ya sea con su propio nombre o con nombre supuesto, a través de interpuesta persona o que de cualquier modo, estén relacionadas con el delito”.

Artículo 491: “En la investigación de los delitos de lesiones personales, el Fiscal, sin necesidad de autorización judicial, hará dictaminar a los facultativos o peritos autorizados para practicar los reconocimientos...”.

Artículo 521: La partes pueden presentar incidentes ante el Juez o Magistrado de Garantías, lo cual será decidido en una vista oral sumaria, con una decisión en el acto, la cual no admite recurso alguna.

Artículo 527: “La solicitud de suspensión condicional del procedimiento será elevada a las consideración del Juez o Magistrado de Garantías, quien la decidirá en una audiencia oral con la participación del imputado, su defensor técnico; el Ministerio Público y la parte querellante. Cuando fuese admitida, debe fijarse condiciones a las cuales queda sometido el imputado y establecer el plazo para su cumplimiento, no menor de seis meses ni superior de dos (2) años”.

Artículo 536: "Al aplicar las medidas, el Juez o el Magistrado de Garantías o el Tribunal de primera instancia, deberán evaluar la efectividad de cada una de ellas, en cuanto a la naturaleza y el grado de las exigencias cautelares requeridas en el caso concreto.

Cada medida será proporcionada a la naturaleza del hecho y a la sanción que se estime podría ser impuesta al imputado.

La detención provisional en establecimientos carcelarios sólo podrá decretarse cuando todas las otras medidas cautelares resultaren inadecuadas...

Los Jueces o Magistrados deberán comprobar que la persona dependiente se encuentra efectivamente sometida a un programa de recuperación".

Artículo 537:" En caso de infracción de los deberes inherentes a una medida cautelar atribuirle al imputado, el Juez o magistrado de garantías o el tribunal de primera instancia, dependiendo del estado del proceso, podrá decretar la sustitución o acumulación con otra medida más grave habida consideración de la naturaleza, motivos y circunstancias de la infracción"

Artículo 557: "En cualquier momento del proceso el Juez o Magistrado de Garantías o el tribunal del conocimiento, podrá, aun de oficio, sin más trámite en resolución fundada, sustituir, modificar o cancelar la procedencia de las medidas cautelares cuando se den las circunstancias suficientes para considerar que han variado las condiciones que justificaron su imposición en especial cuando exceda del término de dos (2) años. En estos casos, si procediere la detención provisional será sustituida por otra medida cautelar personal de las señaladas ...".

Esta actividad debe ser normada como obligatoria de los jueces de garantía, estableciéndose que cada cierto tiempo el Juez debe verificar si aún persisten las causas que motivaron la aplicación de la detención preventiva, ya que si verdaderamente queremos proteger los derechos y garantías, pues con nuestra experiencia sabemos que

muchas veces surgen pruebas que aclaran la situación del detenido y ameritan que se les de la libertad inmediata y sin embargo no se ordena.

Artículo 581: "Una vez agotado el término para la fase de iniciación o de investigación, el Ministerio Público, la parte querellante o el defensor solicitará al Juez o Magistrado de Garantías que declare cerrada la primera fase y ordenará pasar a la fase preparatoria o intermedia, durante la cual será calificada la actuación. Esa decisión no permite recurso alguno y debe ser notificada por edicto, fijado durante veinticuatro horas y una vez desfijado quedará surtida la notificación de las partes".

Artículo 584: "El Juez o Magistrado de Garantías dictará la resolución por medio de la cual se pronuncia sobre la admisión o inadmisión de la acusación, en cuanto a la existencia de los medios probatorios para comprobar el hecho punible y la vinculación del imputado con el hecho".

Hemos recogido brevemente las normas del Anteproyecto de Código Procesal Penal del 2006, que tienen relación directa con nuestro tema de investigación.

Para nosotros el concepto básico que tenemos de los Jueces de Garantía o de los Magistrados de Garantía o como los denomina el autor Luis Alejandro Becerra Mójica, *Jueces con funciones de control de garantía*, no es más que el funcionario imparcial que busca el control de la legalidad y quien examinará y evaluará las decisiones que se tomen en la investigación. Sin embargo de las normas que recoge este anteproyecto observamos que si bien se le asignan estas funciones, también se le asignan más que nada funciones de tomar decisiones lo que nos llama poderosamente la atención, ya que lo que vemos que se ha hecho es trasladar las funciones del agente de instrucción a los llamados Jueces o Magistrados de Garantías. Hay que tener mucho cuidado al respecto, porque si lo que queremos es que se logre un control o supervisión a las decisiones jurisdiccionales del

Ministerio Público y si ponemos a que el Juez de Garantías tome estas decisiones, entonces nos preguntamos quién controla al Juez o Magistrado de Garantía. Ya que si lo comparamos con las legislaciones extranjeras estudiadas, estas atribuyen a estos funcionarios directamente y en forma detallada funciones de control a la legalidad.

Vemos que se recoge una autorización judicial más bien previa, sin embargo en ninguno de los artículos, revisados, hace referencia a este aspecto, el cual debe quedar bien explicado. No nos podemos olvidar que hay situaciones o pueden ocurrir casos en los que se requerirá, por la necesidad de la urgencia, una autorización posterior, por ello insistimos en que se debe establecer como principio general que la autorización judicial sea previa, pero ante ciertas circunstancias que se deben detallar y justificar, puede ser una autorización posterior, y establecer el término legal para su revisión, como lo han hecho países como Colombia, Paraguay y Argentina.

Con respecto a las modificaciones que se recogen para el Código Penal, vemos que algunos de los medios legales, estudiados anteriormente, se le realizan algunas modificaciones como las siguientes:

Delito Contra la Libertad

Se aumenta la pena mínima de seis meses es aumentada a 1 año de prisión y se disminuye la máxima que tenemos de 6 años es bajada a 3 años, pero se incluyen equivalente de días multa o arresto de fines de semana. Diferenciando que si la privación de la libertad fue ordenada o ejecutada por un servidor público con abuso de sus funciones, la sanción será de dos (2) a cuatro (4) años. Igualmente es aumentada la pena para el servidor público competente que, habiendo tenido conocimiento de una detención

ilegal, omita o retarde adoptar la medida pertinente para hacerla cesar, será sancionado con prisión de uno (1) a dos (2) años o su equivalente en días multa o arresto de fines de semana.

En los delitos Contra la Inviolabilidad del Domicilio o Lugar de Trabajo, se cambio el nombre del Capítulo, y se aumento las penas de dos (2) a tres (3) años o su equivalente en días multa o arresto de fines de semana.

Delito de Abuso de Autoridad de los Servidores Públicos

Se aumentan en este Anteproyecto las sanciones, ya que antes eran de 6 meses a 18 meses o de 25 a 75 días-multa, con estas modificaciones se aumentan de uno (1) a dos (2) años o su equivalente en días multa o arresto de fines de semana.

Respetamos el esfuerzo realizado por los reconocidos profesionales del Derecho que participaron en la elaboración de este Anteproyecto, el cual obviamente implicó esfuerzos que quizás desconocemos, pero luego de haber revisado la Doctrina, las opiniones de profesionales del Derecho, la bibliografía y las legislaciones extranjeras en esta materia, nos permiten hacer los señalamientos arriba expuestos.

Capítulo IV

“Legislación Comparada”

4.1 LEGISLACIÓN COMPARADA

4.1.1 ARGENTINA

En este país se da una peculiaridad y es que en las provincias de Córdoba, Buenos Aires y Tucumán, en cada una han establecido sus propios, nuevos, códigos procesales penales, que producen innovaciones respecto a la etapa de instrucción.

Con respecto a nuestro tema de investigación, encontramos que si bien en la Ley Suprema, se reconoció los derechos individuales y los protegió con adecuadas garantías frente a eventuales e hipotéticos atropellos del Estado. Pero como los derechos y garantías no pueden ser absolutas, circunstancia que impediría toda convivencia organizada y pacífica. Estableciéndose, que cuando se trata de restringir un derecho individual garantizado constitucionalmente a efectos que el Estado desarrolle alguna de sus funciones, compete a los jueces intervenir como terceros imparciales y resolver el conflicto entre autoridad e individuo. En tal sentido es común que los códigos procesales penales adjudiquen competencia a los jueces penales para decidir sobre los pedidos de órdenes de allanamiento efectuados por las autoridades nacionales, provinciales o municipales que necesiten practicar registros domiciliarios para el cumplimiento de sus funciones. Para resolver, el juez puede pedir todas las informaciones que estime pertinentes y, en base a los antecedentes reunidos, decidirá si excepciona o no la garantía, en este caso, el domicilio inviolable. Criterio que se encuentra recogido en los Códigos de La Pampa, Río Negro, Chubut, Mendoza, Neuquén, Entre Ríos, Chaco, Formosa, Santa Fé, Salta Catamarca.¹⁰⁸

¹⁰⁸ SUPERTI, Héctor, 1998. Op.cit., pp.69-70

En estos nuevos Códigos la investigación se encomienda a un funcionario, fiscal, y el control constitucional de las garantías a otros, jueces.

Encontramos dos característica interesantes en el Código Córdobaes, y es que al investigador con facultad de detener que se le llama juez en este Código cordobés, se le denomina fiscal. Además, las facultades del investigador no se refieren a todos los derechos y garantías individuales, pues en algunos casos debe necesariamente obtener la suspensión de éstos de un juez, como sucede en el caso de allanamiento, la incomunicación, etc. Se salvaguarda el control jurisdiccional de esas facultades del investigador, estableciéndose un doble sistema de revisión. Indicándose que toda actuación coercitiva del fiscal recibe un debido control jurisdiccional por dos vías:

- a) posibilidad del imputado a la oposición, con eventual apelación ante la Cámara de la Acusación y b) El control en cualquier momento por el juez a requerimiento del imputado, con apelación también ante la Cámara de Acusación.¹⁰⁹

Estos últimos controles nos llaman la atención, ya que con esa doble revisión se garantiza enormemente la protección a los derechos y garantías fundamentales.

Es así que encontramos que la primera edición del Código Procesal Penal de Buenos Aires, se ha realizado sobre la base del texto aprobado por la ley 23.984, Código en el cual observamos normas con los siguientes contenidos:

Artículo 209: El representante del ministerio fiscal procederá con arreglo a lo dispuesto por este Código para practicar las actividades a que lo faculta el artículo 196 y que le servirán de base a su requerimiento.

¹⁰⁹ Ibidem, pp.75-76

Artículo 210: En el supuesto que el juez de instrucción proceda según el párrafo primero del artículo 196, el representante del ministerio fiscal, practicará los actos procesales que considere indispensables, salvo aquellos que la ley atribuye a otro órgano judicial. En este caso los requerirá a quien corresponda....

Artículo 213: En esta etapa, el representante del ministerio fiscal requerirá, bajo penal de nulidad, al juez de instrucción que practique los siguientes actos:

- a) La recepción de la declaración del imputado.*
- b) Toda medida restrictiva de la libertad ambulatoria del imputado, con excepción de los delitos cometidos en flagrancia o de suma urgencia, en cuyo caso nunca podrá superarlas seis horas.*

También deberá requerir inmediatamente, cuando corresponda, la cesación de las mismas:

- c) La producción de los actos irreproducibles y definitivos;*
- d) Toda medida relativa al archivo de las actuaciones, a la suspensión de la persecución penal o al sobreseimiento del imputado; ...*

En el artículo 224, se regulan las diligencias de allanamientos, indicándose que es el juez quien delegará en el fiscal o en los funcionarios de la policía o de las fuerzas de seguridad, para que realicen el registro, la cual puede ser por medios electrónicos, y se puede usar la firma digital.

Entre otras de las diligencias que se señalan que requieren de la autorización del juez tenemos: Requisa personal, secuestro, interceptación de correspondencia, intervención de comunicaciones telefónicas, reconocimientos, detención e incluso se menciona cuando no requieren la orden del juez.

4.1.2 COLOMBIA:

En esta legislación colombiana, con un modelo de marcado acento acusatorio encontramos una reforma que ha modificado el esquema de procedimiento criminal colombiano, que ha establecido jueces de control de garantías que tienen la facultad de decretar medidas de aseguramiento por solicitud expresa de la Fiscalía General; igualmente, una vez materializadas las capturas, que por excepción le autoriza la Carta Política a la Fiscalía y se practiquen los allanamientos y registros, la interceptación de comunicaciones y las incautaciones de bienes, es deber del juez de control de garantías ejercer el examen pertinente dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, a efectos de velar, si la Fiscalía se ciñó a los lineamientos legales y constitucionales. Modelo adoptado en razón según algunos a la crítica situación de orden público por la que atraviesa este país, hermano. Es así que se le ha establecido vigilancia a las funciones de la Fiscalía, a través de la ley 906 de 2004, por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal Colombiano.

En el artículo 2 de la mencionada ley se establece:

“Toda persona tiene derecho a que se respete su libertad. Nadie podrá ser molestado en su persona ni privado de su libertad sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, emitido con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley.

El juez de control de garantías, previa solicitud de la Fiscalía General de la Nación, ordenará la restricción de la libertad del imputado cuando resulte necesaria para garantizar su comparecencia o la preservación de la prueba o la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas. Igualmente, por petición de cualquiera de las partes, en los términos señalados en este código, dispondrá

la modificación o revocación de la medida restrictiva si las circunstancias hubieren variado y la convirtieren en irrazonable o desproporcionada.

En las capturas en flagrancia y en aquellas en donde la Fiscalía General de la Nación, existiendo motivos fundados, razonablemente carezca de la oportunidad de solicitar el mandamiento escrito, el capturado deberá ponerse a disposición del juez de control de garantías en el menor tiempo posible sin superar las treinta y seis (36) horas siguientes."

En el artículo 250 de la Constitución Colombiana, se establece la labor de los jueces de garantía:

1. *"Por solicitud de la Fiscalía General de la Nación, decretar medidas de aseguramiento.*
2. *Una vez materializadas las diligencias de capturas, que por excepción le autoriza la Carta Política a la Fiscalía, se practiquen los allanamientos y registros, la interceptación de comunicaciones y las incautaciones de bienes, es deber del juez de garantías, ejercer el control pertinente dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.*
3. *Asimismo, como lo dispone el inciso 1º del artículo 250 superior, le corresponde ejercer el control de legalidad respecto de la aplicación del principio de oportunidad por parte de la Fiscalía General. Esto es, si la Fiscalía decide suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal en los casos que le autorice la Ley, el control de esta determinación le corresponderá al juez de garantías".*

Estableciendo claramente que el juez que ejerza las funciones de control de garantías, no podrá ser en ningún caso, el juez de conocimiento, en aquellos asuntos en que haya ejercido esta función.

Por su parte en el artículo 39 de la ley 906 se establece la función de control de garantías:

"Será ejercida por un juez penal municipal del lugar en que se cometió el delito.

Si más de un juez municipal resultare competente para ejercer la función de control de garantías, ésta será

ejercida por el que se encuentre disponible de acuerdo con los turnos previamente establecidos. El juez que ejerza el control de garantías quedará impedido para conocer del mismo caso en su fondo.

Cuando el acto sobre el cual deba ejercerse la función de control de garantías corresponda a un asunto que por competencia esté asignado a juez penal municipal, o concurra causal de impedimento y sólo exista un funcionario de dicha especialidad en el respectivo municipio, la función de control de garantías deberá ejercerla otro juez municipal del mismo lugar sin importar su especialidad o, a falta de éste, del municipio más próximo.

Parágrafo primero: En los casos que conozca la Corte Suprema de Justicia, la función de juez de control de garantías será ejercida por un magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.

Parágrafo segundo: Cuando el lugar donde se cometió el hecho pertenezca a un circuito en el que haya cuatro o más jueces de esa categoría, uno de estos ejercerá la función de control de garantías”.

Se aprovecha a organizar como funcionarán los jueces de garantía en cuanto a competencia e impedimentos, previéndose de esta manera cualquier situación de confusión.

De una manera bien didáctica encontramos en el artículo 213, de esta ley, un listado de las actuaciones que no requieren autorización judicial previa, para su realización, explicando de manera breve la situación judicial en referencia, entre las que podemos señalar:

Inspección del lugar del hecho: refiriéndose concretamente a cualquier hecho que pueda constituir delito.

Inspección de cadáver: Explicando que puede ser de caso de homicidio o de cualquier hecho que se presuma como tal.

Inspecciones en lugares distintos al del hecho

Aseguramiento y custodia

Exhumación

Aviso de ingreso de presuntas víctimas

Procedencia de los registros y allanamientos

Fundamento para la orden de registro y allanamiento

Respaldo probatorio para los motivos fundados: Se refiere a recoger pruebas que respalden, es decir en un registro o allanamiento, el testigo o informante o en elementos materiales probatorios y evidencia física que establezcan con verosimilitud la vinculación del bien por registrar con el delito investigado.

Objetos no susceptibles de registro: Señala como ejemplo: las comunicaciones escritas entre el indiciado, imputado o acusado con sus abogados. Las comunicaciones escritas entre el indiciado, imputado o acusado con las personas que por razón legal están excluidas del deber de testificar. Los archivos de las personas indiciadas que contengan información confidencial. Documentos digitales, videos, grabaciones, ilustraciones y cualquier otra imagen que sea relevante a los fines de la restricción.

Caso de flagrancia.

Correspondencia

Intercepción de comunicación telefónica y similares.

Recuperación de información dejada de navegar por internet y otros medios tecnológicos que produzcan efectos equivalentes.

Vigilancia y seguimiento de personas

Vigilancia de cosas

Análisis e infiltración de organización criminal.

Agentes encubiertos

Entrega vigilada

Búsqueda selectiva de bases de datos.

Exámenes de ADN que involucren al indiciado o al imputado.

En todas estas diligencias se establece como condición que existan motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognitivos previstos en este Código, que permita inferir que existe información útil para la investigación.

Posteriormente, a estas diligencias, de acuerdo al artículo 237 se establece una audiencia de control de legalidad posterior, en un término de veinticuatro (24) horas siguientes. El Fiscal comparecerá ante el juez de control de garantías, para que realice la audiencia de revisión de legalidad sobre lo actuado. Y que solo podrán asistir, además del Fiscal, los funcionarios de la Policía Judicial y los testigos o peritos que prestaron

declaraciones juradas con el fin de obtener la orden respectiva, o que intervinieron en la diligencia.

El juez puede, si lo estima conveniente, interrogar directamente a los comparecientes y, después de escuchar los argumentos del fiscal, decidirá de plano sobre la validez del procedimiento.

La decisión del juez de control de garantías no será susceptible de impugnación por ninguno de los que participaron en ella. No obstante, si la defensa se abstuvo de intervenir, podrá en la audiencia preliminar o durante la audiencia preparatoria solicitar la exclusión de las evidencias obtenidas.

Con respecto a las que si requieren Autorización Judicial previa para su realización, encontramos a partir del artículo 246, como regla general aquellas cuando se presente circunstancias excepcionales que ameriten extrema urgencia, en cuyo caso el fiscal deberá ser informado de ello inmediatamente. Indicándose seguidamente:

- **Inspección Corporal**
- **Registro personal**
- **Obtención de muestras que involucren al imputado**
- **Investigaciones relacionadas con libertad sexual, la integridad corporal o cualquier delito en los que sea necesario la práctica de reconocimiento y exámenes físicos de las víctimas.**

Al igual que las otras legislaciones estudiadas se establece un control judicial en la aplicación del principio de oportunidad. En el artículo 327, se indica que el juez de control de garantías deberá efectuar el control de legalidad respectivo, dentro de los cinco (5) días siguientes a la determinación de la Fiscalía de dar aplicación a este principio siempre que con éste se extinga la acción penal. Dicho control es obligatorio y automático y se realizará en audiencia especial en la que la víctima y el Ministerio

Público podrán controvertir la prueba aducida por la Fiscalía General de la Nación para sustentar la decisión. El juez resolverá de plano y no procede recurso alguno, contra esta decisión.

Vemos pues, que en Colombia se ha establecido por la situación sui generis, una labor al juez de garantía de control posterior y previa en ciertas circunstancias. Modelo que a nuestra humilde opinión lo consideramos razonable a fin de garantizar la protección a las libertades y garantías fundamentales. Nos parece innovador el hecho de establecer taxativamente cuales diligencias requieren de autorización judicial y cuales no, ya que de las otras legislaciones revisadas, esta es la única que la recoge de esta manera.

Encontramos que en países como Estados Unidos, se permite a la Fiscalía en casos urgentes limitar ciertos derechos con el control posterior del Magistrado o Juez de garantías.

A diferencia de otros países, Colombia, en atención al principio de investigación oficiosa (principio de legalidad), ante la comisión de infracciones penales de considerable importancia, la Fiscalía General de la Nación se subroga el derecho de iniciar la averiguación penal correspondiente, sin que se requiera solicitud de la víctima o de los particulares, excepción hecha de los delitos querellables.

Es así, que en Colombia, tenemos un proceso mixto: inquisitivo con tendencia acusatorio, en el cual el fiscal instructor, además de las facultades de instrucción y de recolección de pruebas, tiene permitido limitar derecho a la libertad y otras garantías, pero vigilado por el juez de garantías.

Si tuviéramos que recomendar una legislación como modelo para la reformas a nuestro procedimiento penal, entre las que escogeríamos sería la de Colombia, ya que no

solo plantea las diligencias que requieren autorización judicial o no, sino que ilustran con ejemplos las situaciones en referencia lo que pedagógicamente permite comprender cual es la intención del legislador con la norma.

4.1.3 COSTA RICA:

En términos generales podemos resumir que los cambios más relevantes en el sistema penal de Costa Rica se realizan en la fase de investigación, es decir que se elimina la instrucción formal y se le asigna al Ministerio Público el deber de investigar todos los hechos delictivos, bajo la supervisión del juez de garantía denominado de la etapa preparatoria.

Al igual que lo establece la ordenanza procesal alemana (arts. 153 y ss), el *Código de Procesal Penal* modelo para Iberoamérica (arts. 230 y ss), el proyecto de *Código Procesal* argentino de 1987 (art. 15) y el proyecto de *Código Procesal Penal* guatemalteco (art. 10), se admite en ciertos casos, claramente predeterminados, que el ente acusador, con la autorización y supervisión del órgano jurisdiccional, pueda prescindir total o parcialmente de la persecución penal. Seguirá imperando el principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal; sin embargo, la introducción del principio de oportunidad en algunos casos claramente definidos, bajo el control jurisdiccional, permite una significativa racionalización de la persecución penal, evitando la intervención de la represión estatal en casos en que no se justifica realmente. Vemos, como también en este país la aplicación del principio de

oportunidad tiene establecido un control jurisdiccional, muy diferente a lo que ocurre en Panamá en donde no tiene regulado ningún control.

Es así que con la Ley 7594 de 10 de Abril de 1996, publicada en la Gaceta Oficial 106 del 4 de junio de 1996, en la que se contemplan los siguientes artículos referente a lo anteriormente planteado:

ARTICULO 62.- Funciones

“ Ministerio Público ejercerá la acción penal en la forma establecida por la ley y practicará las diligencias pertinentes y útiles para determinar la existencia del hecho delictivo. Tendrá a su cargo la investigación preparatoria, bajo control jurisdiccional en los actos que lo requieran. Los representantes del Ministerio Público deberán formular sus requerimientos y conclusiones en forma motivada y específica.”

Artículo 178: Defectos absolutos

“No será necesaria la protesta previa y podrán ser advertidos aun de oficio, los defectos concernientes:

a) A la intervención, asistencia y representación del imputado en los casos y formas de que la ley establece o los que impliquen inobservancia de derechos y garantías previstos por la Constitución Política, el Derecho Internacional o Comunitario vigente en el país y la ley.

b) Al nombramiento, capacidad y constitución de jueces o tribunales.

c) A la iniciativa del Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal y su participación en el procedimiento.”

ARTICULO 277.- Actuación jurisdiccional

“Corresponderá al tribunal del procedimiento preparatorio realizar los anticipos jurisdiccionales de prueba, resolver

excepciones y demás solicitudes propias de esta etapa, otorgar autorizaciones y, en general, controlar el cumplimiento de los principios y garantías establecidos en la Constitución, el Derecho Internacional y Comunitario vigentes en Costa Rica y en este Código. Lo anterior no impedirá que el interesado pueda replantear la cuestión en la audiencia preliminar.

Los fiscales no podrán realizar actos propiamente jurisdiccionales y los jueces, salvo las excepciones expresamente previstas por este Código, no podrán realizar actos de investigación.”¹¹⁰

Ante algunas dudas sobre la Legislación de Costa Rica y con el propósito de ampliar nuestros conocimientos, tuvimos la oportunidad en el Congreso de Derecho Procesal, celebrado en Panamá, en Agosto de 2006, conversar con el Magistrado Presidente de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Doctor Luis Paulino Mora Mora, quien nos compartió lo siguiente:

- Que en lo referente a la nomenclatura se han resistido a utilizar el término de jueces de garantía pues estiman que todos los jueces son de garantía, en todo momento del proceso.
- Con respecto a el modelo adoptado en su país, nos manifiesta que el control es a posteriori.
- Al preguntársele su opinión si estas decisiones de los jueces con funciones de control de garantías deben ser o no apeladas, nos indica que efectivamente deben tener recurso y en Costa Rica lo tienen. Además de que es muy utilizado el hábeas

¹¹⁰ <http://www.raesa.co.cr/asamblea/biblio/leyes.htm>

Corpus, para proteger el procedimiento cuando se encuentre de por medio la libertad.

4.1.4 CHILE

La legislación procesal penal Chilena regulada a través de la ley 20.074 de 14 de Noviembre de 2005, en la cual a través de no más de diez artículos recoge aspectos relativos a nuestra investigación. Es así que encontramos:

Artículo 9: Autorización judicial previa

“Toda actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restringiere o perturbare, requerirá de autorización judicial previa.

En consecuencia, cuando una diligencia de investigación pudiere producir alguno de tales efectos, el final deberá solicitar previamente autorización al juez de garantía.

Tratándose de casos urgentes, en que la inmediata autorización u orden judicial sea indispensable para el éxito de la diligencia, podrá ser solicitada y otorgada por cualquier medio idóneo al efecto, tales como teléfono, fax, correo electrónico u otro, sin perjuicio de la constancia posterior, en el registro correspondiente. No obstante lo anterior en caso de una detención se deberá entregar por el funcionario policial que la practique una constancia de aquélla, con indicación del tribunal que la expidió, del delito que le sirve de fundamento y de la hora en que se emitió.”

Se ha establecido como regla general un sistema de control judicial previo, a todas las actuaciones del procedimiento, de manera que para poder privar a el imputado o a un

tercero de cualquiera de los derechos constitucionales o lo restrinja, perturbe, requieren de una autorización judicial previa. Es decir que para poder realizarse la diligencia judicial, requieren que el juez de garantía lo autorice antes. Haciéndose la salvedad que en los casos urgentes, se pueden utilizar cualquier medio idóneo señalando entre ello el fax y el correo electrónico, lo que nos indica que en nuestro medio se requeriría de modernizar y actualizar la tecnología en todos los despachos judiciales a nivel nacional.

Artículo 10: Cautela de garantías. “ En cualquier etapa del procedimiento en que el juez de garantía estimare que el imputado no está en condiciones de ejercer los derechos que le otorgan las garantías judiciales consagradas en la Constitución Política, en las leyes o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, adoptará, de oficio o a petición de parte, las medidas necesarias para permitir dicho ejercicio. Si esas medidas no fueren suficientes para evitar que pudiese producirse una afectación sustancial de los derechos del imputado, el juez ordenará la suspensión del procedimiento y citará a los intervinientes a una audiencia que se celebrará con los que asistan. Con el mérito de los antecedentes reunidos y de lo que en dicha audiencia se expusiere, resolverá la continuación del procedimiento o decretará el sobreseimiento temporal del mismo”.

Muchas veces nos encontramos ante situaciones en que conversando con las víctimas y conociendo su interés realmente con el proceso, nos ayudan a ilustrarnos en la toma de decisiones.

Artículo 39: Reglas generales. “De las actuaciones realizadas por o ante el juez de garantía, el tribunal de juicio oral en lo penal, las Cortes de apelaciones y la Corte Suprema se levantará un registro en la forma señalada en este párrafo. En todo caso las sentencias y demás resoluciones que pronunciare el tribunal serán registradas en su integridad. El registro se efectuará por cualquier medio apto para producir fe, que permita garantizar la conservación y la reproducción de su contenido.”

Con el propósito de dejar constancia, dar fe y reproducir en caso necesario, se ha previsto la necesidad de emitir una resolución.

Se recoge en esta legislación que las actuaciones realizadas por el juez de garantía o ante él se llevará un registro.

Artículo 70: Juez de garantía competente. “ El juez de garantía llamado por ley a conocer las gestiones a que de lugar el respectivo procedimiento se pronunciará sobre las autorizaciones judiciales previas que solicitare el ministerio público para realizar actuaciones que privaren, restringieren o perturbaren el ejercicio de derechos asegurados por la Constitución.

Si la detención se practicare en un lugar que se encontrare fuera del territorio jurisdiccional del juez que hubiere emitido la orden, será también competente para conocer de la audiencia judicial del detenido el juez de garantía del lugar donde se hubiere practicado la detención, cuando la orden respectiva hubiere emanado de un juez con competencia en una ciudad asiento de Corte de Apelaciones diversa.

En los demás casos, cuando debieren efectuarse actuaciones fuera del territorio jurisdiccional del juzgado de garantía y se tratare de diligencias u órdenes urgentes, el Ministerio Público también podrá pedir la autorización directamente al juez de garantía del lugar. Una vez realizada la diligencia o cumplida la orden el Ministerio Público dará cuenta a la brevedad al juez de garantía del procedimiento”.

Se ha establecido como regla general un control previo sobre las actuaciones judiciales del Ministerio Público. Igualmente, encontramos que se prevé incluso los conflictos por competencia al establecerse que en un caso en el que Ministerio Público ordene una detención y esta se practique fuera de su jurisdicción, es también competente para la audiencia. Y en caso de urgencias puede solicitarle al juez de garantía del lugar la autorización.

Artículo 95: Amparo ante el Juez de Garantía. "Toda persona privada de libertad tendrá derecho a ser conducida sin demora ante un Juez de Garantía con el objeto de que examine la legalidad de su privación de libertad, y en toda caso, para que examine las condiciones en que se encontrare, constituyéndose, si fuere necesario, en el lugar en que ella estuviere. El Juez podrá ordenar la libertad del afectado o adoptar las medidas que fueran procedentes".

El abogado de la persona privada de libertad, sus parientes o cualquier persona en su nombre podrán siempre ocurrir ante el juez que conociere del caso o aquél del lugar donde aquella se encontrare para solicitar que ordene que sea conducida a su presencia y se ejerzan las facultades establecidas en el inciso anterior.

Con todo, si la privación de libertad hubiere sido ordenada por resolución judicial su legalidad sólo podrá impugnarse por los medios procesales que corresponden ante el Tribunal que la hubiere dictado, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 21 de la Constitución Política de la República.

Se establece en estos artículos que una persona detenida, tiene derecho a que inmediatamente, sin demora sea puesta en manos de los jueces de garantía a fin de que examine las condiciones en que se encontrare y la legalidad de la detención."

Vemos que se regula el procedimiento que puede utilizar el imputado o sus familiares ante el juez de garantías quien evaluará y revisará las decisiones de detención que el Ministerio Público tome, que incluso puede ordenar libertades o convertir la detención en otra medidas.

Artículo 167: El archivo provisional. "Lo puede realizar el Ministerio Público en aquellos casos que no aparecieran antecedentes que permitan desarrollar actividades conducentes al esclarecimiento de los hechos."

Artículo 168: Facultad para no iniciar investigación. "En tanto no se hubiere producido la intervención del juez de garantía en el procedimiento, el fiscal podrá abstenerse de toda investigación, cuando los hechos relatados en la denuncia no fueren constitutivos de delito o cuando los antecedentes y datos suministrados permitieren establecer que se encuentre extinguida la responsabilidad penal del imputado. Esta decisión será siempre fundada y se someterá a la aprobación del juez de garantía."

Se recogen las dos situaciones de archivo provisional y la de no iniciar investigación, estableciéndose las condiciones particulares para cada caso. Similar a lo que encontramos en Panamá, con la aplicación del principio de oportunidad, con la gran diferencia de que en Chile se encuentra sometido a la aprobación del juez de garantía.

Artículo 169: Control judicial. En los casos contemplados en los dos artículos anteriores, la víctima podrá provocar la intervención del juez de garantía deduciendo la querrela respectiva. Si el Juez admitiere a tramitación la querrela el fiscal deberá seguir adelante la investigación conforme a las reglas generales.

Nos parece interesante el hecho de que la víctima se le faculta para provocar la intervención del juez de garantía.

Artículo 170: Principio de oportunidad. Establece, en términos generales que los fiscales del ministerio público podrán no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada cuando se tratare de un hecho que no comprometiere gravemente el interés público, a menos que la pena mínima asignada al delito excediere la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo o que se tratare de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones. Para estos efectos, el fiscal deberá emitir una decisión motivada, la que comunicará al juez de garantía. Este a su vez, la notificará a los intervinientes, si los hubiere.

Dentro de los diez días siguientes a la comunicación de la decisión del fiscal, el juez de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes, podrá dejarle sin efecto cuando considere que aquél ha excedido sus atribuciones en cuanto a la pena mínima prevista ... También le dejará sin efecto cuando, dentro del mismo plazo la víctima manifestare de cualquier modo su interés en el inicio o en la continuación de la persecución penal. La decisión que el juez emitiera en conformidad al inciso anterior obligará al fiscal a continuar con la persecución penal ...”

Nos parece importante el hecho de consultar a la víctima si se inicia o se continúa la persecución penal.

Artículo 186: “Control judicial anterior a la formalización de la investigación, cualquier persona que se considere afectada por una investigación que no se hubiere formalizado judicialmente, podrá pedir al juez de garantía que le ordene al final informar acerca de los hechos que fueren objeto de ella. También podrá el juez fijarle un plazo para que formalice la investigación.”

Tiene una gran participación el juez de garantía en cuanto no solo a proteger los derechos fundamentales del imputado sino también de informarle acerca de los hechos que se les esta formulando.

*Artículo 237: “Suspensión condicional del procedimiento y acuerdos reparatorios.
El fiscal, con el acuerdo del imputado, podrá solicitar al juez de garantía la suspensión condicional del procedimiento.... Estableciéndose ciertos requisitos.
Al decretarse la suspensión condicional del procedimiento, el juez de garantía establecerá las condiciones a las que deberá someterse el imputado, por el plazo que determine que no podrá ser inferior a 1 año ni superior a 3 años.
La resolución que se pronunciare acerca de la suspensión condicional del procedimiento será apelable por el imputado, por la víctima por el Ministerio Público y por el querellante.”*

Se permite la suspensión condicional del procedimiento y es el juez de garantía el que establece las condiciones que ha de cumplir el imputado estableciéndose su término de cumplimiento, resoluciones apelables por las partes.¹¹¹

4.1.5 PARAGUAY

Se encuentra recogida en la ley No.1286-98 del 08 de julio de 1998. en la que revisando, encontramos que respecto a el control jurisdiccional :

Artículo 19: "Oportunidad. El Ministerio Público, con consentimiento del tribunal competente podrá prescindir la persecución penal de los delitos".

Vemos como en este país, se le ha establecido control a el principio de oportunidad a través del consentimiento del Tribunal competente para prescindir de la investigación. Situación que en nuestro país no se ha contemplado.

Artículo 42: "Jueces Penales. Los jueces penales serán competentes para actuar como juez de garantías y del control de la investigación, conforme a las facultades y deberes previstos.

- 1. La decisión de naturaleza jurisdiccional que se deban tomar durante la etapa preparatoria*
- 2. De la sustanciación y resolución del procedimiento."*

Observamos que se le faculta a los jueces penales regulares, la competencia para cubrir la función de un juez de garantía. No distinguiéndolos con ninguna denominación, como lo veremos posteriormente.

Artículo 56: "Poder coercitivo y de investigación. El Ministerio Público dispone de los poderes y atribuciones

¹¹¹ www.defensoriapenal.cl/archivos/1132775062.pdf

*que este código le concede y aquellos que establezca su ley orgánica o leyes especiales.
En ningún caso asumirá funciones jurisdiccionales."*

De manera muy clara y sencilla establece las funciones del Ministerio Público, indicando taxativamente la prohibición de realizar funciones jurisdiccionales.

Artículo 239: "En su párrafo final, se indica que la autoridad policial que haya aprehendido a alguna persona lo debería comunicar, dentro de las seis horas, al Ministerio Público y al Juez".

Vemos que se establece un término de seis horas que tiene la policía en caso de aprehensión para comunicar no sólo al Ministerio Público, sino también a el Juez. Entendemos, que se refieren a ese Juez que tiene la función de controlar la legalidad o no de la aprehensión, es así que se habla de un juez como si fuera uno normal.

Artículo 240: Se refiere a los casos en que el Ministerio Público puede ordenar detención preventiva.

Indicando, que en todos los casos, la persona que haya sido detenida será puesta a disposición del juez en el plazo de 24 horas para que resuelva, dentro del mismo plazo, sobre la procedencia de la prisión preventiva, aplique las medidas sustitutivas o decrete la libertad por falta de mérito.

Artículo 282: " Control Judicial: Las actuaciones de investigación del Ministerio Público, la Policía Nacional y la Policía Judicial se realizarán siempre bajo control judicial.

A los jueces penales le corresponderá realizar los anticipos jurisdiccionales de prueba, resolver los incidentes, excepciones y demás peticiones de las partes, otorgar autorizaciones y, en general, controlar el cumplimiento de todos los principios y garantías establecido en la Constitución, en el Derecho Internacional vigente y en este Código.

Los Fiscales no podrán realizar actos propiamente jurisdiccionales y los jueces, salvo las excepciones expresamente previstas por este código, no podrán realizar actos de investigación que comprometan su imparcialidad”.

Nuevamente, en forma más amplia se establece la prohibición a los fiscales de realizar funciones jurisdiccionales, y la función de los llamados jueces penales.

Artículo 302: “El Fiscal tiene que notificar al Juez del acta de imputación...” Y es ahí donde el Juez tendrá por iniciado el procedimiento, realizando los registros pertinentes.

Entendemos que ese acta de imputación, viene siendo la providencia en la que se le formulan los cargos al imputado, la que debe ser remitida al Juez (juez de garantía) para su notificación y revisión ; y es cuándo en cierta forma, realiza un registro del caso.

Artículo 304: “Medidas Cautelares. El acta de imputación no implicará necesariamente la aplicación de una medida cautelar. El fiscal cuando lo considere pertinente requerirá el juez penal la aplicación de cualquiera de las medidas cautelares dispuestas, de conformidad a las reglas de este código.

Sin embargo, no se podrá solicitar ni aplicar una medida cautelar si no existe previamente un acta de imputación fundada.”

Es decir que no necesariamente existiendo el acta de imputación debe dictarse la medida cautelar, pero para que esta última se ordene debe previamente existir el acta de imputación. Para ello se le debe solicitar el juez penal la aplicación de la misma.

Artículo 305: “El Ministerio Público, solicitará al juez, mediante requerimiento fundado la desestimación de la denuncia, la querrela o las actuaciones policiales, cuando

sea manifiesto que el hecho no constituye hecho punible, o cuando exista algún obstáculo para el desarrollo del procedimiento."

En Paraguay, observamos que se encuentra controlado estas desestimaciones a diferencia de lo que hemos venido reiterativamente criticando de que en nuestro país hoy día ocurre, en donde los agentes de instrucción pueden tomar estas decisiones sin ningún tipo de control lo que es peligroso ya que puede dar lugar a arbitrariedades para beneficiar a alguien o igualmente para perjudicar a una de las partes.

Artículo 307: "Oportunidad. Cuando la ley permita la aplicación de criterios de oportunidad para prescindir el ejercicio de la acción pública o para hacerla cesar, el Ministerio Público podrá solicitar la resolución al juez, quien decidirá declarando extinguida la acción penal o suspendiendo el procedimiento según el caso".

Igual, a lo planteado en el artículo anterior, en Paraguay se encuentra controlado la aplicación de este principio, lo que no ocurre en Panamá en donde los funcionarios de instrucción pueden manejarlo a su antojo.

Artículo 316: "Facultades del Ministerio Público. El Ministerio Público practicará todas las diligencias y actuaciones de la etapa preparatoria que no precisen autorización judicial ni tengan contenido jurisdiccional."¹¹²

De manera clara se establece que mientras no se requiera de autorización judicial el Ministerio Público, puede realizar las diligencias. Igualmente, cuando no sean decisiones propias de las autoridades judiciales.

¹¹² www.unifr.ch/derecho_penal/legislacion/py/cpp_paraguay08.pdf

4.1.6 REPÚBLICA DOMINICANA:

En vista de que el Código de Procedimiento Penal era el producto de la traducción, localización y adecuación del Código de Instrucción Criminal Francés desde 1884, el cual favorecía la aparición de prácticas inquisitivas, arbitrarias, altamente formalizadas y reñidas con la programación constitucional de un debido proceso, dio lugar a que se creará un nuevo Código Procesal Penal a través de la Ley 76 del 27 de Septiembre de 2002 en la Gaceta Oficial No.10170.

En este nuevo proceso penal Dominicano, se establece la intervención del juez en el procedimiento preparatorio, función que comprende tres aspectos: a) las decisiones que afectan derechos fundamentales, como las decisiones sobre medidas cautelares, intervenciones telefónicas, o registro de lugares privados; b) la solución de las discrepancias y conflictos entre el Ministerio Público y los demás sujetos procesales, en especial con la defensa del imputado; c) aquellas relativas a los anticipos de prueba.

Se establece una clara distinción entre las funciones del fiscal y las del juez, con el fin de desterrar la sombra de inquisitiva del juez instructor.¹¹³

Es así que en este nuevo Código el Juez es un sujeto que interactúa frente a las partes y al Ministerio Público, con el propósito de garantizar el respeto de los derechos fundamentales y la objetividad durante la investigación. Y la investigación es exclusiva de responsabilidad de la Policía y del Ministerio Público, y los jueces quienes controlan el ejercicio de ese poder cuando interesa a las seguridades individuales básicas. Es decir que estas funciones no se pueden fundir.

¹¹³ BINDLER, Alberto. "Documento de Seminario para la implementación del Nuevo Código Procesal Penal", 2004. p.62

En el artículo 22 del nuevo Código Procesal Penal señala:

“ El juez no puede realizar actos que impliquen el ejercicio de la acción penal ni el Ministerio Público actos jurisdiccionales ”.

Se señala entre las funciones del Juez del procedimiento preparatorio, garantizar el respeto de los derechos fundamentales y de la objetividad, solo durante la etapa preparatoria. Particularmente debe ejercer una labor de vigilancia y control sobre la actividad de la policía y del fiscal durante la investigación, con el fin de minimizar o eliminar el abuso o la arbitrariedad. La función del juez no es oficiosa sino requerida por los órganos represivos.

Encontramos que en la investigación preliminar, una vez que el Ministerio Público recibe la denuncia, la querella, el informe policial o realiza las primeras investigaciones de oficio, abre de inmediato el registro correspondiente, si decide ejercer la acción penal, practica por sí mismo u ordena a la policía practicar bajo su dirección las diligencias que no requieren autorización judicial ni tienen carácter jurisdiccional.

De considerar que se debe archivar, en base a las causas que contempla la norma, se notifica a la víctima que haya presentado la denuncia y solicitado, la cual puede objetar el archivo ante el juez quien convocará a una audiencia, decisión que es apelable.

Artículo 284: “ Medida de Coerción. El ministerio público puede solicitar al juez la aplicación de una medida de coerción. El requerimiento debe contener los datos personales del imputado, el relato del hecho y su calificación jurídica, los elementos de prueba que lo sustentan, el tipo de medida que se requiere y en su caso la solicitud del arresto.

Recibido el requerimiento, el juez cita a las partes a una audiencia que se realiza en un plazo no mayor de tres días hábiles. Es indispensable la presencia del ministerio público, del imputado y su defensor. Si el ministerio

público no concurre, se tiene el requerimiento como no presentado. En la audiencia, el ministerio público expone los motivos de su requerimiento y se invita al imputado a declarar en su defensa. Si el imputado ha sido arrestado, será puesto a disposición del juez sin demora innecesaria y siempre dentro del plazo máximo de veinticuatro horas de su arresto. De lo contrario, el ministerio público dispone su libertad, sin perjuicio de continuar con la acción penal."

Este artículo el cual esta redactado en forma clara, evitando cualquier duda al respecto, establece el procedimiento para que el ministerio público pueda aplicar lo que nosotros conocemos como medida cautelar.

En el artículo 286 se establece que corresponde al Fiscal la realización de la investigación preparatoria, con el apoyo de la Policía, para lo cual realizan las diligencias de investigación que sean necesarias. Las partes pueden proponerle al Fiscal diligencias de investigación dirigidas a atender sus derechos. Si el Fiscal no atiende la solicitud, las partes pueden acudir ante el juez para que decida sobre la procedencia de la prueba propuesta, quien finalmente puede ordenarle al Fiscal que la realice si la estima procedente.

En el Artículo 287: se establece como una excepción a los límites de la Etapa Preparatoria, en ciertos supuestos tasados en la ley, se autoriza a las partes acudir ante el Juez para que practique prueba que serán introducidas por lectura al juicio, y corresponderá a este último decidir y practicarla. El Código señala en forma expresa los supuestos que deben concurrir para que se autorice la anticipación como lo son: citación previa a las partes, oportunidad real de la investigación, presencia del juez, lo cual no es suficiente para que adquiera plena eficacia en juicio. Es necesario además, conforme

indicarnos, que haya concurrido alguna de las condiciones por las que la ley autoriza en forma expresa la anticipación de la prueba, de modo que se justifique no esperar hasta el juicio. Se trata de un requisito de validez que debe controlar el juez.¹¹⁴

ENTREVISTA A ITZEL HERNANDEZ DE BRENAN:

Nuestra compañera de maestría Licenciada Itzel Hernández de Brenan, quien recientemente participó en un Seminario en República Dominicana, por tres (3) meses sobre El Sistema Acusatorio, quien compartió con nosotros su experiencia, al preguntarle sobre:

1. ¿ Qué opinión puede usted brindarnos sobre el sistema de control a las funciones jurisdiccionales del Ministerio Público, establecido en República Dominicana, con las reformas de procedimiento penal?.

Manifestándonos, que pudo observar algunas dificultades en la práctica como las siguientes:

- En la fase de la investigación preliminar al momento de solicitar autorización para realizar alguna diligencia como los allanamientos, el juez de garantía, resolvía no de forma inmediata, transcurrían a veces horas y días. Los funcionarios del Ministerio Público señalaban que existía mucha desconfianza por parte de esos jueces, lo que podía ser interpretado como temor.

Indicándonos que una de las principales críticas que hacen los fiscales del Ministerio Público a las audiencias para solicitar medidas de coerción, es que esta

¹¹⁴ Código de la Normativa Procesal Penal Dominicana. 2005, pp.192-193.

audiencia la convierten los jueces de garantía en un juicio de fondo, ya que examinan a los testigos, no siendo esta la fase para ello, extendiéndose por muchas horas, las audiencias lo que desnaturaliza el mismo sistema.

- Señala además, la licenciada Itzel, que se detectan jueces que son renuentes a el cambio del sistema e insisten en mantener prácticas que no son acordes al nuevo sistema.
- Pudo observar una mayor participación de las víctimas en las diligencias de la etapa de investigación.

2. ¿ Pudo usted percatarse si la ciudadanía se siente conforme con estos nuevos medios de control establecidos en la nueva ley de procedimiento penal?.

Señala que pudo observar, a través de los medios de comunicación, que la ciudadanía tiene poca comprensión del respeto que hoy día tienen las autoridades a las garantías fundamentales de los delincuentes. Además, se catalogan a los centros penitenciarios como unos paraísos, puesto que ahora se les da mejor alimentación, capacitación laboral, estudio en algunos penales que han comenzado a aplicar un nuevo sistema de tratamiento a los detenidos.

Experiencia, que debemos tener presente para tomarla en consideración al momento de implementarse, si tiene lugar las reformas a nuestro sistema de procedimiento penal.

4.1.7 VENEZUELA

Es considerado uno de los pioneros en Latinoamérica en implementar un sistema penal acusatorio. La detención preventiva es decisión del juez de garantías y debe estar precedida de la solicitud que al respecto haga el Ministerio Público.

*En el artículo 252 de la ley Procesal Penal, se establece “que se debe respetar el estado de libertad, por lo que una persona que se le imputa participación en un hecho punible permanecerá en libertad durante el proceso, con las excepciones fijadas en el mismo ordenamiento procesal penal”.
Añade la Ley que, en todo caso que el imputado sea aprehendido, deberá ser puesto a la orden del juez para que éste decida después de oírlo, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes sobre la libertad o la privación preventiva de ella, cuando el Ministerio Público, solicite la aplicación de esta medida.”¹¹⁵*

A nuestra opinión, nosotros como abogados comprendemos la norma y el propósito de la misma, pero el resto de la ciudadanía no, por lo que para que en nuestro país se puedan crear normas de esta naturaleza tendríamos primero que educar a la comunidad al respecto, porque como todos sabemos en nuestra cultura por muy chiquito o leve que sea el delito la gente tiene la opinión que debe ir detenida inmediatamente, porque de lo contrario ellos actúan por su cuenta.

Por su parte el artículo 31 del Código Orgánico Procesal Penal, establece que:

“el fiscal podrá solicitar del juez de control la autorización para prescindir, total o parcialmente, del ejercicio de la acción penal, o limitarla a algunas de las personas que intervinieron en el hecho, en los casos contemplados en la misma ley”.

¹¹⁵ VANEGAS, 2004, p.84

Observándose de esta manera, que Venezuela, tiene ante estas situaciones un control previo, situación que no se regula de ninguna manera en nuestra legislación con la aplicación al principio de oportunidad.

4.1.8 CÓDIGO PROCESAL PENAL MODELO PARA IBEROAMERICA:

Este Código aunque se trata de un texto doctrinal resulta importante su revisión, pues el mismo esta influyendo en las regulaciones del procedimiento penal de varios países de iberoamerica.

Plantea la contradicción que implica encomendar las funciones de investigar y decidir a una misma persona, pretendiendo resguardar la dignidad del perseguido y señala que no es susceptible de ser pensado que una misma persona se transforme en un investigador eficiente y al mismo tiempo, en un guardián celoso de la seguridad individual; el buen inquisidor mata al buen juez o el buen juez destierra al inquisidor. Esto es, precisamente, lo que ha sucedido al colocar la instrucción en manos de jueces inquisidores. Es lo que hemos venido planteando que otorgar varias funciones a una misma persona significa otorgar demasiados poderes a un funcionario y que una persona no va a ser lo suficientemente objetiva al decidir sobre el fondo ya que tenderá a parcializarse.

Establece claramente que la atribución del procedimiento preparatorio al Ministerio Público no ha supuesto la desaparición de la intervención judicial en dicha fase para la realización de los actos propiamente jurisdiccionales y para controlar el

ejercicio de las facultades del Ministerio Público cuando resulten afectadas garantías individuales básicas. Previéndose dentro de la fase de instrucción dos tipos de actividades de intervención o de control: Los actos de decisión y de autorización, entre ellos encontramos: Las decisiones acerca de las medidas de coerción, estableciendo este Código diferenciaciones entre medidas de coerción personal del imputado y entre el embargo y otras medidas de coerción patrimoniales o reales. Mencionando entre ellas el arresto, aprehensión, prisión preventiva, la incomunicación del imputado privado de libertad, para la obtención de elemento de pruebas a través de allanamiento de morada, las decisiones sobre el ejercicio de la acción penal y anticipos de pruebas.¹¹⁶

¹¹⁶ MARTIN, PASTOR. Jose. 2005, pp.182-191

Capítulo V

“Resultados de la Investigación”

5.1 DISEÑO DE INVESTIGACION DE CAMPO

Luego de haber abordado el análisis a las teorías, la Doctrina, Derecho Positivo y a la Legislación Comparada, es oportuno realizar una investigación de campo y exponer los resultados obtenidos, a fin de corroborar o no nuestras hipótesis.

Es importante recordar que en la primera parte de esta investigación expusimos las hipótesis que nos hemos planteado.

5.2. OBJETIVO DE LA INVESTIGACIÓN DE CAMPO

Consideramos oportuno realizar esta investigación de campo a fin de determinar si los controles o medios legales que existen en el sistema de procedimiento penal panameño, que nos rige actualmente, en nuestro país es lo suficientemente eficiente y eficaz; y si ante ello era necesario la creación de los jueces de garantía. Información que sólo puede ser obtenida con quienes se desempeñan a diario en esta área del Derecho, toda vez que consideramos, que quien mejor que ellos para detectar las deficiencias o no del sistema en un momento dado. Y a la vez nos dieran sus opiniones sobre los jueces de garantía. Lo que nos permitiría comprobar o no nuestras hipótesis presentadas en nuestra primera parte de este trabajo.

5.3. POBLACIÓN Y MUESTRA

Es así que a través de un conjunto de preguntas respecto a las variables presentadas realizamos las entrevistas a profesionales del Derecho y Ciencias Políticas, con amplia experiencia en el procedimiento penal, en Panamá, los cuales consideramos abogados muy competentes, estudiosos y con la capacidad de brindarnos sus conocimientos, experiencias y opiniones para esta investigación.

Como se comprenderá realizar una entrevista de esta naturaleza no es nada fácil, ya que no la podemos aplicar a todos los profesionales del Derecho de la República de Panamá, porque todos no conocen el tema y mucho menos tienen la experiencia en esta área, el acceso a todos ellos sería difícil y tomaría mucho tiempo.

Tomando en consideración, de acuerdo a investigación realizada a la fecha de hoy 29 de Mayo del 2006, en la República de Panamá, hay aproximadamente 9,686 abogados entre los cuales encontramos 65 jueces, 21 magistrados, 20 defensores, 71 personeros, 69 Fiscales y el resto de los abogados muchos se dedican a ejercer el Derecho en diferentes ramas, no existiendo un registro al respecto, otros a diversas actividades que no necesariamente tienen que ver con el Derecho. Información que no se encuentra registrada estadísticamente en ningún documento, por lo que hemos escogido minuciosamente a nuestros encuestados, tomando en consideración su experiencia, estudios y acceso, resultando en la cantidad de 31 personas, cifra que se constituye en nuestra muestra representativa a esta población del Derecho.

4.4 INSTRUMENTO DE LA INVESTIGACIÓN

Para ello hemos elegido como instrumento para la medición de nuestras variables el cuestionario el cual se aplicó de manera autoadministrada. Es decir que se elaboraron una serie de preguntas, la menos cantidad posible para no resultar tediosos a nuestros respondientes, que contemplaran nuestras variables, a fin de alcanzar nuestros objetivos y que las mismas pudieran ser codificadas.

Es así que tomando en consideración nuestras variables elaboramos tres (3) cuestionarios, dirigidos a tres (3) sectores :

ABOGADOS LITIGANTES O DEFENSORES

La siguiente entrevista, es dirigida a profesionales del Derecho y Ciencias Políticas, con amplia experiencia en el procedimiento penal, los cuales consideramos, abogados competentes, estudiosos y con la capacidad de brindarnos sus conocimientos, que nos permitirán enriquecernos para culminar nuestra investigación sobre el “El control a las funciones jurisdiccionales del Ministerio Público”, para poder culminar nuestra Maestría en Derecho Procesal.

1.- ¿Considera usted que los medios legales tales como el Incidente de Controversia, Hábeas Corpus, Recurso de Revisión, Casación, Amparo de Garantías Constitucionales la Denuncia por Abuso de Autoridad y el Delito contra la Libertad, Incidente de Nulidad entre otros, establecidos en nuestro sistema de procedimiento penal son eficientes y eficaces para controlar las decisiones jurisdiccionales que realiza el Ministerio Público y evitar las arbitrariedades, abusos de autoridad o violaciones a los derechos y garantías fundamentales?

2- ¿Ha utilizado, usted, alguno de los medios legales señalados, de ser positiva su respuesta señale cuál es el que más ha interpuesto y por qué?

3-¿ Se encuentra, usted conforme con el procedimiento establecido en nuestro Código Judicial, para impugnar las decisiones emitidas por el Ministerio Público? ¿De ser negativa su respuesta explique su respuesta?

4-¿Considera usted, que los agentes del Ministerio Público son respetuosos en el trámite, que establece la norma , en cuanto a qué mucho de los medios legales señalados, la ley establece que se resuelvan sin suspender el trámite, que se faciliten copias al tribunal competente, y que se resuelvan en 24 horas.?

5- ¿Según su opinión, estos medios de control existentes, deben ser modificados o si es necesario establecer los jueces de garantía, explique su respuesta?

6- ¿ Con el sistema actual se garantiza el cumplimiento de los principios del debido proceso, presunción de inocencia e imparcialidad de la administración de justicia?

7- ¿ Considera usted, que con los jueces de garantía, como control a las funciones jurisdiccionales del Ministerio Público, benefician la labor de los abogados defensores, garantizándose el cumplimiento de los principios del debido proceso, presunción de inocencia e imparcialidad de la administración de justicia?.

FISCALES Y PERSONEROS

La siguiente entrevista, es dirigida a profesionales del Derecho y Ciencias Políticas, con amplia experiencia en el procedimiento penal, los cuales consideramos, abogados competentes, estudiosos y con la capacidad de brindarnos sus conocimientos, que nos permitirán enriquecernos para culminar nuestra investigación sobre el “El control a las funciones jurisdiccionales del Ministerio Público”, para poder culminar nuestra Maestría en Derecho Procesal.

1. ¿De acuerdo a su experiencia, considera usted, que los medios legales establecidos en nuestra legislación tales como el Incidente de Controversia, Hábeas Corpus, Recurso de Revisión, Casación, Amparo de Garantías Constitucionales, Denuncia por Abuso de Autoridad y por el Delito Contra la Libertad, Incidente de Nulidad entre otros, establecidos en nuestro sistema de procedimiento penal son utilizados con frecuencia por los abogados independientes?

2- ¿De los medios legales señalados, cuál es el más utilizado?

3-¿Según su experiencia, el procedimiento establecido en nuestro Código Judicial, para estos medios legales, es el adecuado, de ser negativa su respuesta explique su respuesta?

4- ¿Considera usted, que los Jueces son respetuosos en los trámites que establece la norma, y en los términos consagrados en la ley, para los medios legales mencionados?

5-¿Considera usted, que estos medios legales mencionados son suficientes, si requieren modificaciones o es necesario establecerse jueces de garantía?

6- ¿ De crearse los jueces de garantía, usted considera que se disminuye su responsabilidad y trabajo, permitiéndole realizar mejor las investigaciones sumariales?

7- ¿Considera usted, que los jueces de garantía como control a las funciones jurisdiccionales del Ministerio Público, constituyen un impedimento en sus investigaciones, en su lucha contra la delincuencia, generando la impunidad en los delitos?

JUECES y MAGISTRADOS

La siguiente entrevista, es dirigida a profesionales del Derecho y Ciencias Políticas, con amplia experiencia en el procedimiento penal, los cuales consideramos, abogados competentes, estudiosos y con la capacidad de brindarnos sus conocimientos, que nos permitirán enriquecernos para culminar nuestra investigación sobre el “El control a las funciones jurisdiccionales del Ministerio Público”, para poder culminar nuestra Maestría en Derecho Procesal. Les agradecemos ser sinceros en sus respuestas.

I. ¿Con qué frecuencia observa, usted, que se interponen los siguientes medios legales Incidente de Controversia, Amparo de Garantías Constitucionales, Revisión, Casación, Denuncia por Abuso de Autoridad, Delito contra la Libertad e Incidente de Nulidad?

Hábeas Corpus:

- a- Muy pocas Veces
- b- Algunas veces
- c- Muchas veces

Incidente de Controversia:

- a- Muy pocas Veces
- b- Algunas veces
- c- Muchas veces

Amparo de Garantías Constitucionales

- a- Muy pocas Veces
- b- Algunas veces
- c- Muchas veces

Revisión

- a- Muy pocas Veces

- b- Algunas veces
- d- Muchas veces

Casación

- a- Muy pocas Veces
- b- Algunas veces
- c -Muchas veces

Denuncia por Abuso de Autoridad

- a- Muy pocas Veces
- b- Algunas veces
- c- Muchas veces

Delito Contra la Libertad

- a- Muy pocas Veces
- b- Algunas veces
- c- Muchas veces

Incidente de Nulidad

- a- Muy pocas Veces
- b- Algunas veces
- d- Muchas veces

2. ¿Cuál de los mencionados considera usted, qué es el más utilizado?

- a- Hábeas Corpus
- b- Incidente de Controversia
- c- Amparo de Garantías Constitucionales
- d- Revisión
- e- Casación
- f- Denuncia por Abuso de Autoridad
- g- Delito contra la Libertad Individual
- h- Incidente de Nulidad
- i- Otros

3. ¿Se encuentra usted, conforme con el procedimiento establecido en nuestro sistema de enjuiciamiento penal, para estos medios controles:

Hábeas Corpus

- a- Si

b- No

De ser negativa su respuesta explíquela:

Incidente de Controversia

a- Si

b- No

De ser negativa su respuesta explíquela:

Amparo

a- Si

b- No

De ser negativa su respuesta explíquela:

Revisión

a- Si

b- No

De ser negativa su respuesta explíquela:

Casación

a-Si

b-No

De ser negativa su respuesta explíquela:

Denuncia por Abuso de Autoridad

a- Si

b- No

De ser negativa su respuesta explíquela:

Delito Contra la libertad individual

a- Si

b- No

De ser negativa su respuesta explíquela:

Incidente de Nulidad

a- Si

b- No

De ser negativa su respuesta explíquela:

4-¿Considera usted, que los agentes del Ministerio Público son respetuosos en el trámite, que establece la norma , en cuanto a qué mucho de los medios legales señalados, la ley establece que se resuelvan sin suspender el trámite, que se faciliten copias al tribunal competente, que se resuelvan en 24 horas.?

5-¿Según su opinión, estos medios de control existentes son suficientes, requieren ser modificados o si es necesario establecerse los jueces de garantía, si su respuesta es negativa explíquela?

6-Considera usted, que los jueces de garantía como control a las funciones jurisdiccionales del Ministerio Público, constituyen un impedimento en las investigaciones sumariales, generando la impunidad en los delitos.?

7- Considera usted que los jueces, en la actualidad cumplen con esa función de controlar las funciones jurisdiccionales del Ministerio Público?

- a- Si
- b- No
- c- Por qué?

5.5 TÉCNICA DE RECOLECCIÓN DE DATOS

Para alcanzar el objetivo con estas entrevistas, se le ha formulado un cuestionario con las preguntas anteriormente observadas, las cuales se le proporcionó en un cartapacio con un color llamativo, verde eléctrico a fin de que no se extraviara, siendo entregadas por la investigadora quien les explicó el propósito de nuestra investigación, dejándole el cuestionario, el tiempo que requerían, a el respondiente para contestarlo. Aunque es un cuestionario, con respuestas concretas, Sí o No u opiniones generales.

Una vez recogidas, las revisamos y tabulamos las respuestas. Igualmente, presentamos las entrevistas realizadas personalmente a dos estudiosos del Derecho que han realizado estudios al Sistema Acusatorio y que forman parte, actualmente, del Ministerio Público.

5.6 ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS

Con el propósito de realizar una investigación seria y lo más científica posible, buscamos apoyo en un profesional de Estadística, quien nos reviso antes de formular las preguntas el cuestionario para garantizar que las mismas pudieran ser codificadas y tabuladas e indicándonos de que manera analizar e interpretar los resultados y como

deben ser presentados gráficamente. Es así que a continuación les presentamos los resultados obtenidos.

Al ser entrevistados los Fiscales y Personeros quienes forman parte del Ministerio Público, obtuvimos los siguientes resultados:

- 1- En cuanto a si consideran, si los medios legales actuales, son suficientes y eficientes: el 50 % manifestó que Sí, el otro 50 % dijo que No.
- 2- Al preguntárseles sobre cuál es el medio legal más utilizado para controlar las funciones jurisdiccionales del Ministerio Público: el 90 % indicó que es el Hábeas Corpus.
- 3- Al cuestionárseles sobre el procedimiento existente si es o no el adecuado, nos contestaron: el 70 % que Sí es el adecuado.
- 4- En lo referente a si los jueces son o no respetuosos en los trámites que establece la norma: el 80 % contestó que No son respetuosos.
- 5- Al preguntárseles sobre si consideran, que se debe o no modificar el sistema, crear los jueces de garantía o el que tenemos es suficiente: el 60 % señaló que el que tenemos es suficiente y el 40 % nos indicó que se requiere de establecer los jueces de garantía.
- 6- En lo referente, a si con la creación de los jueces de garantía se disminuye su responsabilidad, permitiéndoles realizar mejor su trabajo: el 60 % indicó que Sí lo consideran así, mientras que el 40 % considera que No.

- 7- Al preguntárseles si los jueces de garantía se constituirían en un impedimento en sus investigaciones generando la impunidad: el 90 % contestó que No son un impedimento.

Al interrogar a los Jueces y Magistrados al respecto, obtuvimos los siguientes resultados:

1. Sobre la frecuencia con la que son presentados estos los medios legales: el 90 % contestó que el más utilizado es el Hábeas Corpus.
2. Si se encuentran conforme con el procedimiento establecido en nuestra legislación: el 100 % señala que se encuentran conforme con el procedimiento del Hábeas Corpus, el 90 % sobre el de Revisión, el 90 % del Incidente de Controversia, el 100 % sobre el procedimiento del Delito contra la Libertad Individual, el 90 % Incidente de Nulidad, 80 % Abuso de Autoridad, 50 % del Amparo y 40 % Casación.
3. Sobre si los agentes del Ministerio Público son o no respetuosos con el trámite: el 80 % señala que no son respetuosos.
4. Si se debe o no modificar los medios legales o establecer los jueces de garantía: el 100 % indicó que Sí se deben modificar y establecer los jueces de garantía.
5. Si los jueces de garantía constituyen impedimento en sus funciones: el 100% contestaron que No son impedimento.
6. Si los jueces cumplen actualmente como control a las funciones jurisdiccionales del Ministerio Público: el 70 % señaló que No cumplen esa función.

Al cuestionar a los Abogados litigantes o Defensores obtuvimos los siguientes resultados:

1. En cuanto a si consideran que los medios legales actuales, como medios de control a las funciones jurisdiccionales del Ministerio Público son eficientes y eficaces: el 60% nos contestaron que No son eficientes ni eficaces y el resto o sea el 40 % que Sí lo son.
2. Al preguntárseles cual es el medio legal que más ha utilizado con este propósito: el 80 % señaló que el Hábeas Corpus.
3. Sobre si se encuentran conforme con el procedimiento establecido en nuestra legislación: el 80 %, indicó No estar de acuerdo con los procedimientos establecidos.
4. Al preguntar si los agentes del Ministerio Público son respetuosos en el trámite que establece la ley: el 100% contestó que No son respetuosos.
5. Si estos medios de control se deben o no modificar o si es necesario establecer los jueces de garantía: el 80% señala que Sí se deben modificar y establecer los jueces de garantía.
6. Con respecto a si con el sistema actual se garantiza el cumplimiento de los principios del debido proceso, presunción de inocencia e imparcialidad de la administración de justicia: el 100% contestó que No se garantiza el cumplimiento de estos principios.
7. Si con los jueces de garantía, se beneficia la labor de los abogados defensores garantizándose el cumplimiento del principio del debido proceso, presunción de inocencia e imparcialidad de la administración de justicia.

El 100% contestó que Sí se beneficiaría la gestión de los defensores y se cumpliría con estos principios.

Debido a lo trascendental del tema para el Ministerio Público, consideramos necesario conocer las opiniones de dos (2) profesionales del Derecho, Licenciado Ramiro Esquivel y Abilio Batista, quienes por su trayectoria profesional se han destacado ocupando altas posiciones en este Ministerio, formulándoles las siguientes preguntas:

1. ¿Considera usted, que los medios legales de control, a las funciones jurisdiccionales del Ministerio Público que contempla nuestro sistema de procedimiento penal tales como: el Incidente de Controversia, Hábeas Corpus, Recurso de Revisión, Casación, Amparo de Garantías Constitucionales, Denuncia por Abuso de Autoridad y por el Delito Contra la Libertad, Incidente de Nulidad entre otros, son suficientes, requieren ser modificados o es necesario establecerse los jueces de garantía?
2. ¿De crearse los jueces de garantía, usted considera que se disminuye su responsabilidad y trabajo, permitiéndole realizar mejor las investigaciones sumariales?
3. ¿Considera usted, que los jueces de garantía como control a las funciones jurisdiccionales del Ministerio Público, constituyen un impedimento en sus investigaciones, en su lucha contra la delincuencia, generando la impunidad en los delitos?

4. ¿De establecerse los jueces de garantía como medio de control a las funciones jurisdiccionales del Ministerio Público, cuál modelo, considera usted, debería establecer Panamá, el previo o posterior?

Al entrevistar al Licenciado Ramiro Esquivel, quien actualmente, ocupa el cargo de Fiscal Especializado en delitos de Propiedad Intelectual, nos manifestó lo siguiente:

1. Señaló que son suficientes como medios de control, nos obstante la deficiencia radica en la demora del pronunciamiento del juzgador, siendo tardía la respuesta. En la práctica, se considera en estado de indefensión a la persona lesionada por consiguiente no es necesario crear nuevos remedios legales, sino hacer que los existentes funcionen. Agregando, que la oralidad sería la garantía de dar respuestas efectivas.
2. A la segunda pregunta, indicó que no cree que disminuya la responsabilidad ni el trabajo, ya que el Fiscal debe igual sustentar sus peticiones con las evidencias recabadas. No obstante si disminuye las posibilidades de nulidades procesales por cuanto al juez de garantía como figura imparcial e imparcial vigilaría que las diligencias sean practicadas cumpliendo con los procedimientos legales.
3. En cuanto a si considera que sean un impedimento en sus investigaciones, indica que no, ya que como señaló anteriormente, sirvan para asegurar que las investigaciones cumplan con las exigencias legales y por consiguiente disminuye la posibilidad de impunidad por vicios procesales. Lo importante es que el mecanismo de control sea ágil, suprimiendo la formalidad o escritura para que los controles no

retrasen la práctica de diligencias urgentes cuyo aplazamiento podría menoscabar la investigación.

4. Finalmente, recomienda un control previo como regla general, en cuanto a diligencias que conlleven excepciones a límites de los derechos constitucionales. No obstante, se debe contemplar como excepción especialmente en los delitos de la criminalidad organizada aplicar el control posterior dentro de un plazo perentorio de manera tal que se disminuya las posibilidades de retraso a la autorización o de fuga de información que pudiera afectar el resultado de las diligencias. Hay que recordar que en el sistema acusatorio el actor principal es el fiscal (acusador) y por consiguiente debe conferirsele la flexibilidad, movilidad para desarrollar sus funciones.

Posteriormente, entrevistamos al Licenciado Abilio Batista, quien ocupa el cargo de Fiscal Superior de los casos Civiles en el Ministerio Público:

1. Manifiesta que los medios legales de control a las funciones jurisdiccionales del Ministerio Público, que contempla nuestra legislación penal actual, le parecen adecuados al Sistema Mixto que nos rige, pero que deben ser cambiados a un Juez de Garantía de control posterior, toda vez que él sigue la Doctrina moderna, y que con este control considera que la tutela sería más efectiva.
2. Indica que no es que se disminuya la responsabilidad ni el trabajo, lo que varía es el control que se ejerce sobre estas funciones. Al contrario, se agilizarían las investigaciones sumariales siempre y cuando estos mecanismos sean posteriores.
3. Igualmente, a la tercera pregunta señaló que no constituyen un impedimento a las investigaciones penales y que no generan impunidad siempre y cuando estos

medios de control sean posterior a las decisiones o actividades desarrolladas por el Ministerio Público, sobre todo en la delincuencia organizada o transnacional en la que esta presente el perjuicio por la demora.

4. A su opinión, como lo indica en respuestas anteriores, se inclina por el control posterior, ya que considera que el control previo si genera impunidad por la burocracia en nuestro sistema.

Estas respuestas, de profesionales del Derecho, que han realizado estudios pertinentes al Sistema Acusatorio, nos ayudan a ampliar y sacar mejores conclusiones sobre nuestra investigación.

Como vemos, las opiniones del Licenciado Esquivel coinciden bastante con las nuestras, las cuales se encuentran igualmente reflejadas en las respuestas recibidas en las entrevistas, pero apesar de atribuirle directamente la deficiencia a los juzgadores, nosotros no la compartimos del todo ya que consideramos que intervienen otros factores tales como falta de personal, económico, tecnología y sus propias regulaciones. Por su parte el Licenciado Batista, indica que con un juez de garantía el control sería más efectivo, posición que compartimos por el hecho de que somos de la opinión de que existiendo un funcionario ageno a la investigación, que se dedique exclusivamente a esta función se garantizaría un mayor control a estas funciones.

Igualmente, compartimos sus opiniones, de que no disminuyen sus responsabilidades, ni son un impedimento a sus investigaciones y que con el juez de garantía se agilizarían las investigaciones.

Con respecto al modelo de control, coincidimos plenamente con el control previo recomendado por el licenciado Esquivel, y no así con la posición del licenciado Batista, de un control posterior, porque somos del criterio de que un juez de garantía debe de garantizar que no se violen los derechos fundamentales y esto sólo lo logramos a través de un control previo, porque de qué sirve de que se dé la orden y esta viola un derecho fundamental, con la que la persona es afectada, afectación que puede conllevar muchos perjuicios psicológicos, morales y económicos que nadie reparará y después pronunciarse manifestando que la diligencia es ilegal. Por lo que nosotros adoptamos el modelo que recomienda el autor Augusto Ibañez Guzmán, quien recomienda un control posterior excepcional, el cual podría ser para los casos que señala el licenciado Esquivel de criminalidad organizada, y no como indica el licenciado Batista de que el control previo genera impunidad, por la burocracia de nuestro sistema, ya que consideramos de que no se trata de si genera o no impunidad sino de que las cosas se hagan cumpliendo con las formalidades, normas y principios constitucionales y que exista sobre todo funcionarios concientizados en su responsabilidad, porque de nada vale agilizar las investigaciones si posteriormente van a ser declaradas nulas. Y es más, nos atreveríamos a decir de que con un control tan sólo posterior sería mantener el que actualmente tenemos.

Resultados que nos permiten llegar a las siguientes conclusiones:

1. Con respecto a si los medios legales actuales, son eficientes y eficaces, podemos indicar que a pesar de que el margen de diferencia entre las respuestas es muy pequeño predomina la posición de que No son eficientes y eficaces.

2. El medio legal más utilizado coinciden en señalar al Hábeas Corpus.
3. Al contestar si están o no de acuerdo con el procedimiento establecido en nuestra legislación para estos medios legales: Encontramos diferentes respuestas, ya que indican que para ciertos medios legales el procedimiento es el adecuado, sin embargo en otros como es el caso del Amparo y Casación, indicaron no estar conforme con el procedimiento.
4. Si los jueces, fiscales y personeros son o no respetuosos en el trámite: Unánimemente contestaron que No son respetuosos en el trámite.
5. Referente a si se debe o no modificar nuestro sistema y establecer los jueces de garantía: Manifestaron que Sí se debe modificar y establecer los jueces de garantía.
6. Al cuestionarlos sobre si con los jueces de garantía se garantizaría el cumplimiento a los principios del debido proceso, presunción de inocencia e imparcialidad de la administración de justicia: Señalaron que Sí se garantizaría, ya que al opinar sobre el actual sistema, manifestaron mayoritariamente que no se garantiza.
7. Que los jueces de garantía no constituyen un impedimento en las funciones investigativas y que compartirán con los agentes del Ministerio Público las responsabilidades laborales permitiéndoles a los funcionarios de instrucción realizar mucho mejor su trabajo.

CONCLUSIONES

1. No hay duda de que nuestro sistema de procedimiento penal presenta deficiencias y se violan derechos y garantías fundamentales, en la fase preparatoria y que con los controles o medios legales existentes no se logran controlar a tiempo estos perjuicios.
2. El artículo 22 de nuestra Constitución Política es letra muerta, ya que si se cumpliera al pie de la letra, nuestro sistema de procedimiento penal cumpliera fielmente con el principio del debido proceso y se dejara de decir que en nuestro sistema no se presume la inocencia sino que se presume la culpabilidad, por lo que observamos que existe un divorcio entre la Constitución y el Proceso Penal.
3. Definitivamente que nadie es buen evaluador de sus errores, por lo que resulta incompatible de que una misma persona investigue y tome decisiones al respecto, porque la lógica nos dice que difícilmente será neutral y va a tratar de buscar y mantener la decisión tomada, aunque sea equivocada, sin darse él mismo cuenta de lo que pasa por querer comprobar su hipótesis inicial respecto a la culpabilidad del acusado.
4. Al controlarles las decisiones jurisdiccionales, a los agentes del Ministerio Público, ellos van a poder dedicarse mejor a investigar los delitos y acusar ante un juez a los posibles infractores de la ley, permitiéndoseles ser mas eficientes y obtener mejores resultados investigativas, ya que si bien no se liberan de toda

responsabilidad van a tener esa responsabilidad compartida con los jueces de garantía quienes tomaran las decisiones jurisdiccionales.

5. Creándose los jueces de garantía, se cumpliría con el principio de igualdad que debe reinar en el proceso, ya que se colocan a las partes en un plano de igualdad y ese poder que caracteriza a el Ministerio Público, actualmente, se vería disminuído, colocándolo en una posición igualitaria con la defensa, por ser el juez, el tercero imparcial quien tomará las decisiones, dándole transparencia y credibilidad a la labor del Ministerio Público.
6. Con el control jurisdiccional se fortalece el respeto a los derechos y garantías fundamentales, ya que deberán mediar motivos suficientes para estas diligencias o decisiones y la urgencia deberá fundarse en circunstancias objetivas y no en simples sospechas.
7. El trabajo de campo realizado, demostró de que los medios de control existentes actualmente, a pesar de que algunos son muy formalistas e inaccesibles son adecuados pero no suficientes, ya que muchas veces los funcionarios judiciales, no cumplen con los procedimientos legales, ocasionando deficiencia y lentitud en el sistema. Aunado al hecho de que para que el juez pueda intervenir y cumplir una función de control requiere de instancia de parte.
8. Con el sistema actual, una persona que haya sido detenida preventivamente, aún cuando sea posteriormente absuelta, ya sufrió una condena, siendo esta medida una de las más graves y estigmatizantes, convirtiéndose en víctima del sistema, a pesar de existir mecanismos legales que pueden aplicarse contra estas medidas cautelares, porque de que vale si ya el perjuicio ha sido ocasionado.

9. Al revisar la legislación extranjera observamos que se resaltan los aspectos a considerar al momento de que se ordena una detención preventiva a fin de que se respeten y garanticen los derechos fundamentales. Por lo que consideramos que hablar de establecer un sistema acusatorio va de la mano con este tema. Situación que nos hace concluir que los jueces de garantía tienen que garantizar que la privación de libertad es una medida cautelar, que sólo procederá cuando las demás medidas cautelares sean insuficientes para asegurar las finalidades del proceso.
10. Con los jueces de garantía, no se impide la investigación a los delitos ni se genera la impunidad, ni se beneficia a los abogados defensores, sino que al eliminarse la tendencia inquisitiva y respetarse los derechos y garantías individuales, quizás la ciudadanía no comprenda esta posición y que existen otras medidas cautelares distintas a la detención preventiva.
11. El Anteproyecto presentado es un avance, que no puede ser desperdiciado, pero que requiere que los diversos temas sean estudiados a profundidad para prevenir los errores. Se han incluido aspectos muy a la panameña que son innovadores que de incluirse en las reformas harán de nuestro sistema de procedimiento penal, único, diferente y con características propias. Sin embargo a nuestra humilde opinión la creación de estos despachos y en la forma en que se esta programando su distribución es muy difícil su realización en nuestro país.

RECOMENDACIONES

1. Necesitamos un sistema de procedimiento penal eficaz y garantista a fin de que la norma constitucional no sea letra muerta, con un juez imparcial que no haya tenido participación en la instrucción sumarial y que la fase sumarial no se convierta en un juicio anticipado.
2. Se debe concientizar a los funcionarios judiciales de que no es obligación solo del juez de garantía velar por la protección de los derechos fundamentales.
3. Los jueces de control a las funciones jurisdiccionales se deben someter a una capacitación a fin de concientizarlos en sus funciones y responsabilidades de manera de que no sean contaminados.
4. Para el buen desarrollo de este sistema se requiere que funcionarios de la Policía Nacional y la Policía Técnica Judicial principalmente, sean ampliamente capacitados para lograr el objetivo esperado.
5. El primer paso que hay que dar para realizar reformas a el sistema de procedimiento penal, es establecer la Política Criminal que el Estado adopta para enfrentar el fenómeno delictivo, en lo que corresponde este tema, que nos ocupa sería específicamente en lo que tiene que ver con el control de legalidad de las actuaciones del Ministerio Público durante la fase preliminar.

6. En lo que respecta a las clases de control que se deben establecer en nuestro sistema de procedimiento penal, consideramos que se debe crear como regla general el control previo y como excepción el control posterior.
7. Las modificaciones a nuestro sistema de procedimiento penal, requieren de estudios profundos, científicos y serios, debido a lo trascendental que va a ser para el país, en la que se involucren la mayor participación de los profesionales del derecho por lo que no debe ser algo apresurado.
8. Consideramos que se debe tener presente las legislaciones de Chile y Colombia como referencias, al momento que se crean los jueces de control a las funciones jurisdiccionales en Panamá, ya que se señala claramente sus funciones de manera muy didáctico y practico.
9. No podemos perder de vista que la función primordial de los Jueces de Garantía o Magistrados de Garantía es la de controlar la legalidad y que deben mantenerse como terceros imparciales e independientes en la investigación.
10. Tomando en consideración la Política Criminal, presentada, la que recomienda que se tome en cuenta la realidad social, en el tema que nos ocupa, somos de la opinión que para que comiencen a funcionar los Jueces de Garantías, en Panamá, se debe iniciar con los jueces penales ya existentes, fortaleciendo las estructuras físicas, material y de personal, los cuales pueden realizar turnos, ya que si esperamos a que se implementen los 66 jueces como lo indica el Anteproyecto va a ser más costoso y demorado.

GRÁFICAS

**Gráfico 01. OPINIÓN DE LOS FISCALES Y PERSONEROS
SOBRE SI LOS MEDIOS LEGALES ACTUALES SON
SUFICIENTES Y EFICIENTES. MAYO 2006.**

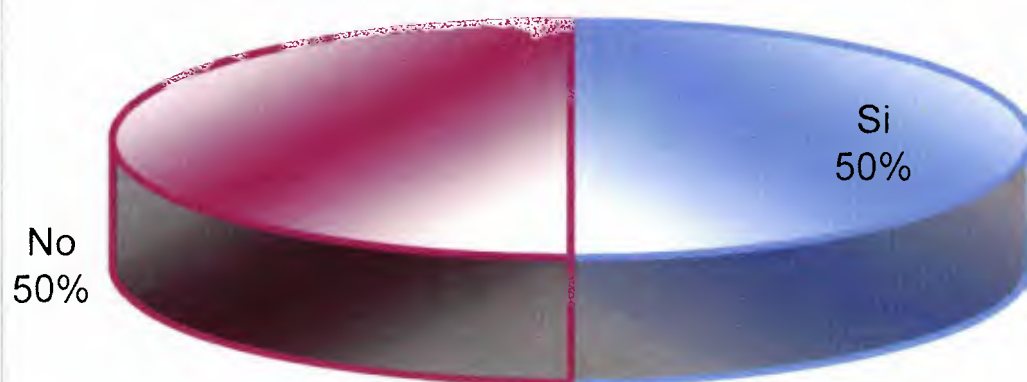
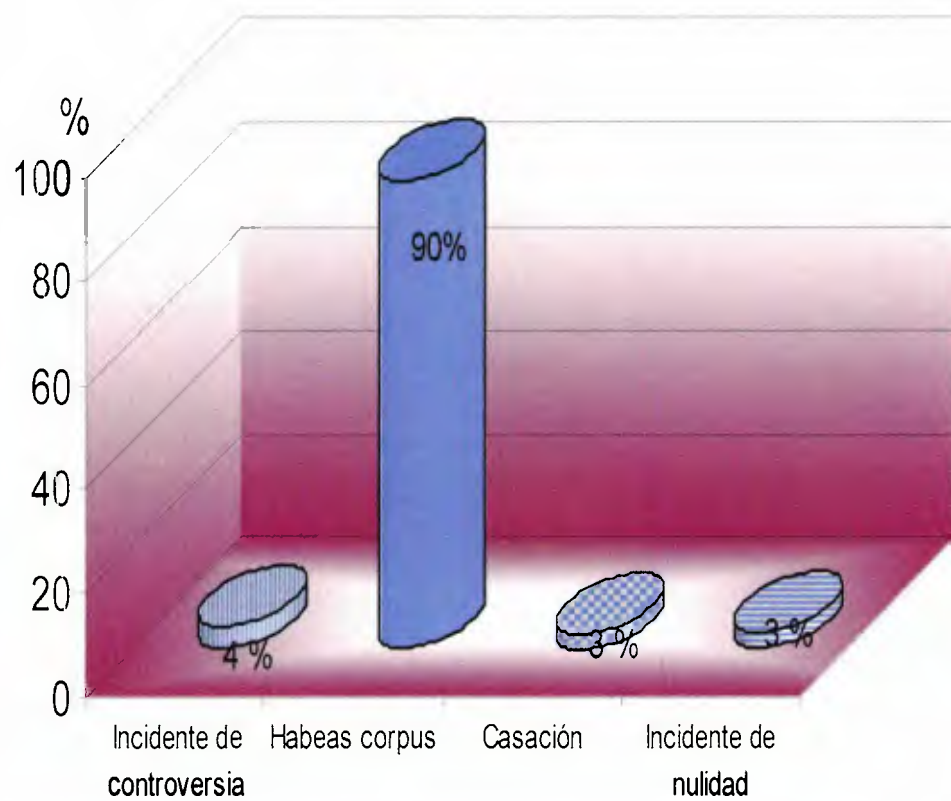
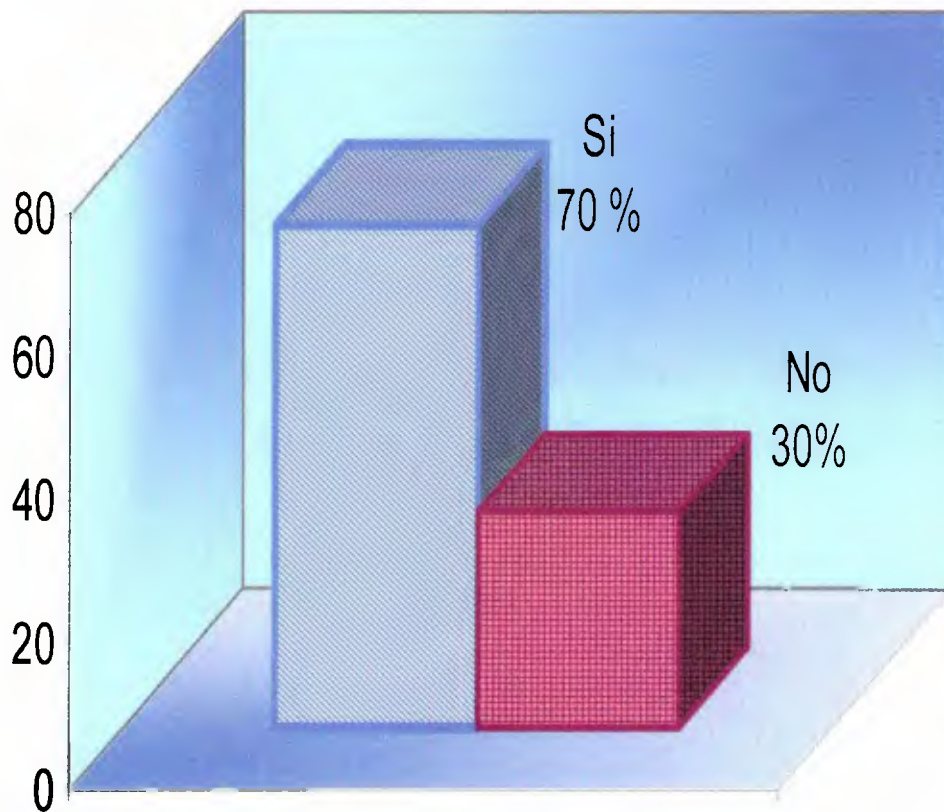


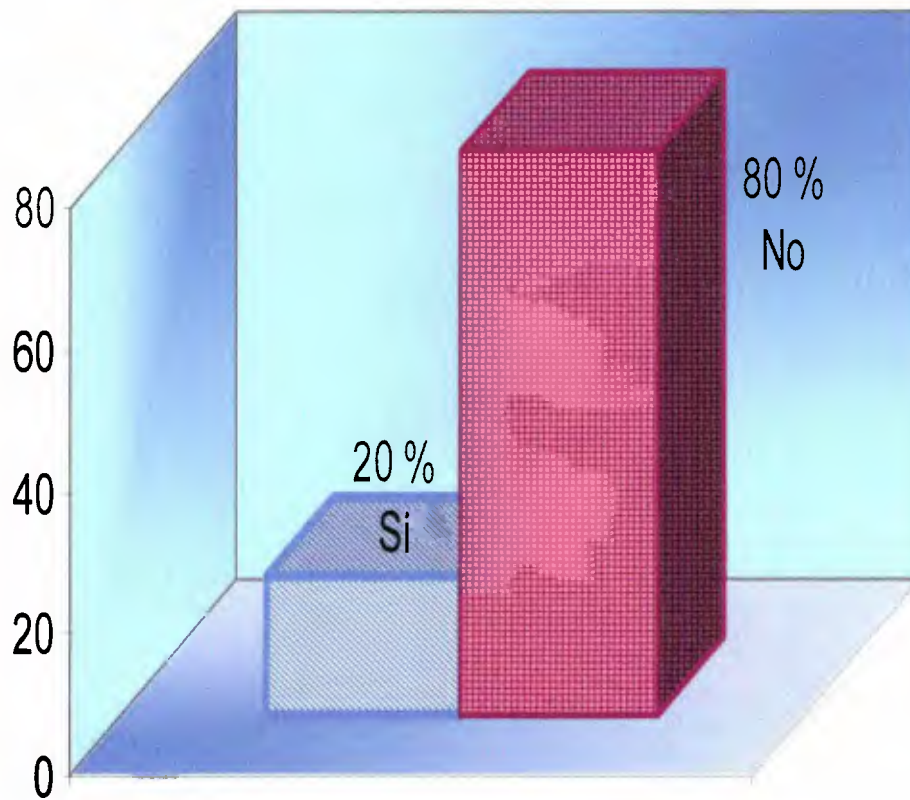
Gráfico 02. OPINIÓN DE LOS FISCALES Y PERSONEROS SOBRE LOS MEDIOS LEGALES MÁS UTILIZADOS. MAYO 2006.



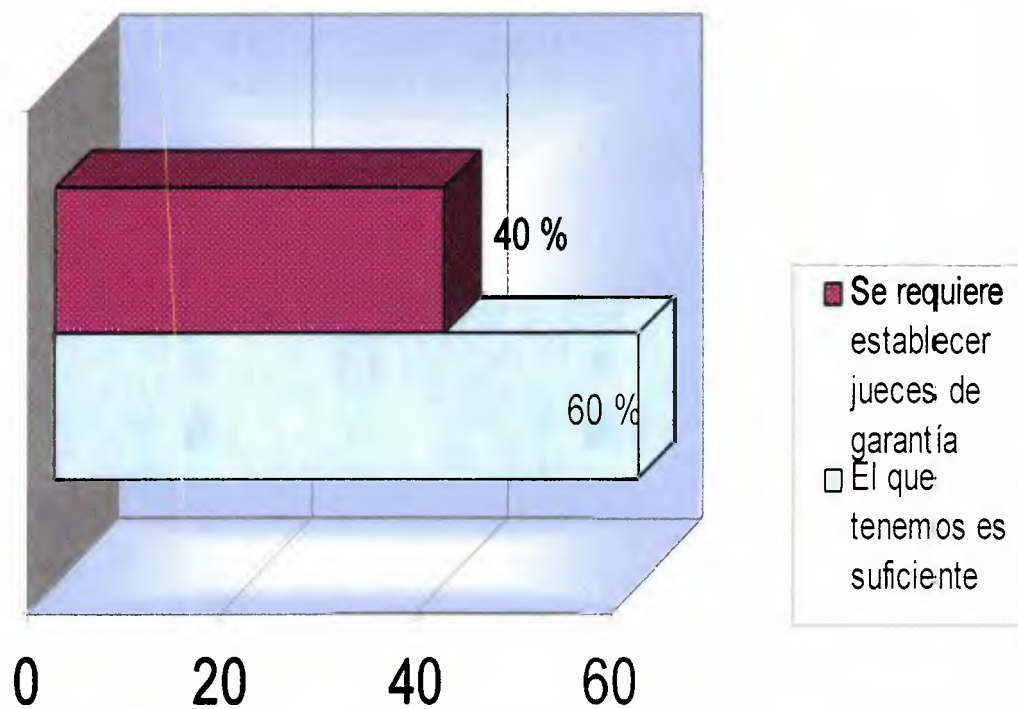
**Gráfica 03. OPINIÓN DE LOS FISCALES Y PERSONEROS SOBRE
SI EL PROCEDIMIENTO EXISTENTE ES O NO EL ADECUADO.
MAYO 2006.**



**Gráfica 04 OPINIÓN DE LOS FISCALES Y PERSONEROS SOBRE
SI LOS JUECES SON O NO RESPETUOSOS EN LOS TRÁMITES.
MAYO 2006.**



**Gráfico 05. OPINIÓN DE LOS FISCALES Y PERSONEROS
SOBRE SI CONSIDERAN, QUE SE DEBE O NO MODIFICAR EL
SISTEMA, CREAR LOS JUECES DE GARANTÍA O SI EL QUE
TENEMOS ES SUFICIENTE. MAYO 2006.**



**Gráfico 6. OPINIÓN DE LOS FISCIALES Y PERSONEROS SOBRE SI CON LA
CREACIÓN DE LOS JUECES DE GARANTÍA SE DISMINUYE SU
RESPONSABILIDAD, PERMITIÉNDOLES REALIZAR MEJOR SU TRABAJO.
MAYO 2006.**

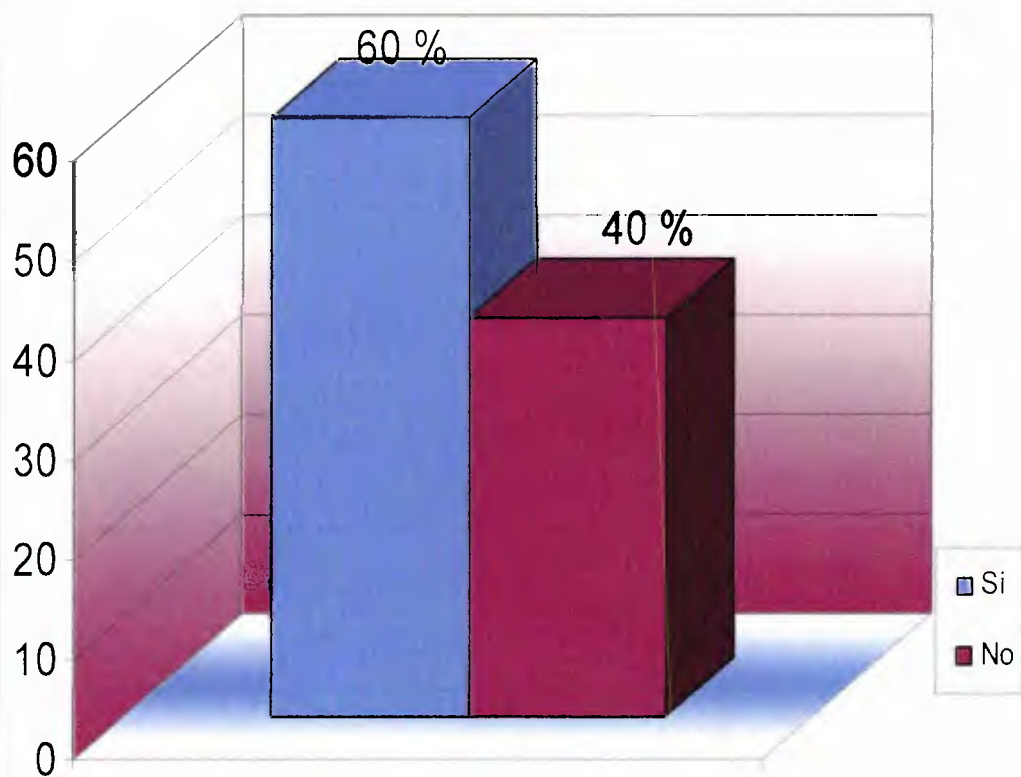
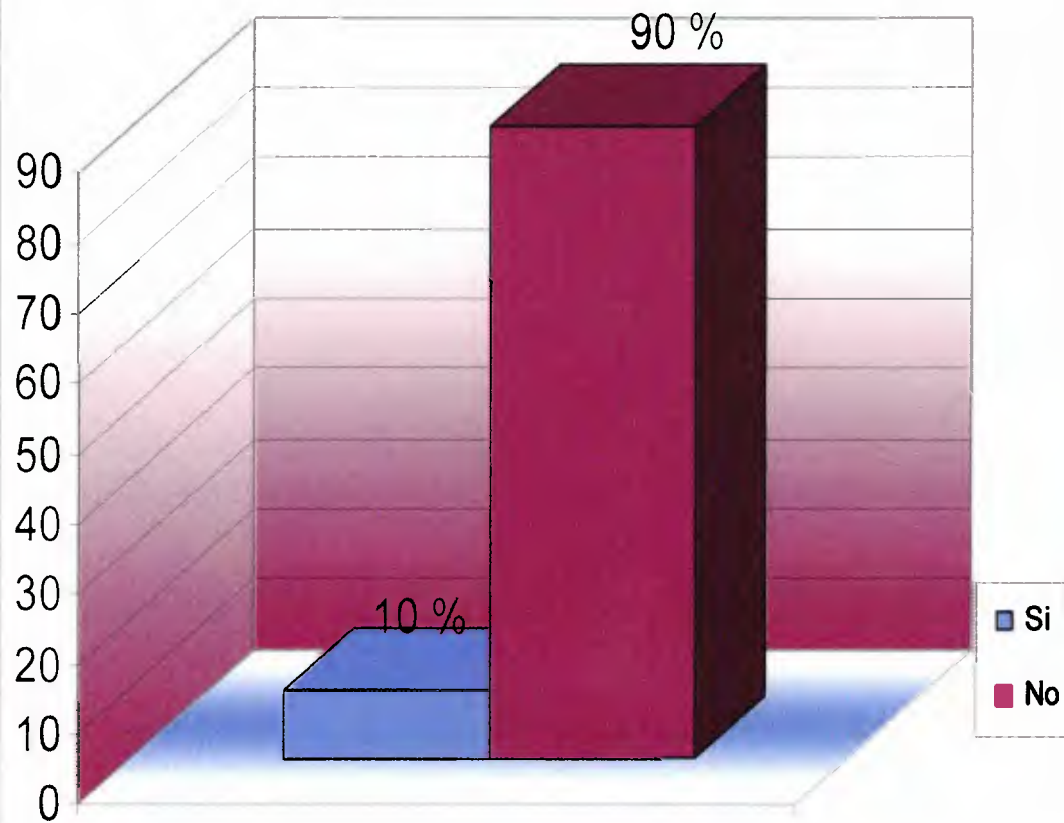
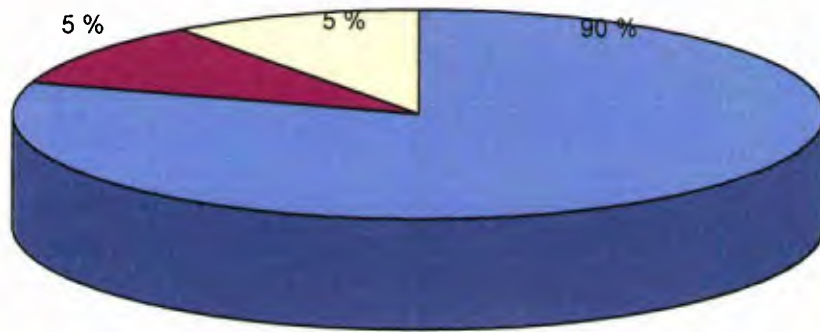


Gráfico 7. OPINIÓN DE LOS FISCALIAES Y PERSONEROS SOBRE SI LOS JUECES DE GARANTÍA SE CONSTITUIRÍAN EN UN IMPEDIMENTO EN SUS INVESTIGACIONES GENERANDO IMPUNIDAD. MAYO 2006.



**Gráfica 08 OPINIÓN DE LOS JUECES Y MAGISTRADOS SOBRE
LOS MEDIOS LEGALES MÁS UTILIZADOS. MAYO 2006.**



 Habeas Corpus
 Incidente de Controversia
 Casación

**Gráfico 09. OPINIÓN DE LOS JUECES Y MAGISTRADOS SOBRE SI ESTÁN
CONFORMES CON EL PROCEDIMIENTO ESTABLECIDO EN NUESTRA
LEGISLACIÓN. MAYO 2006.**

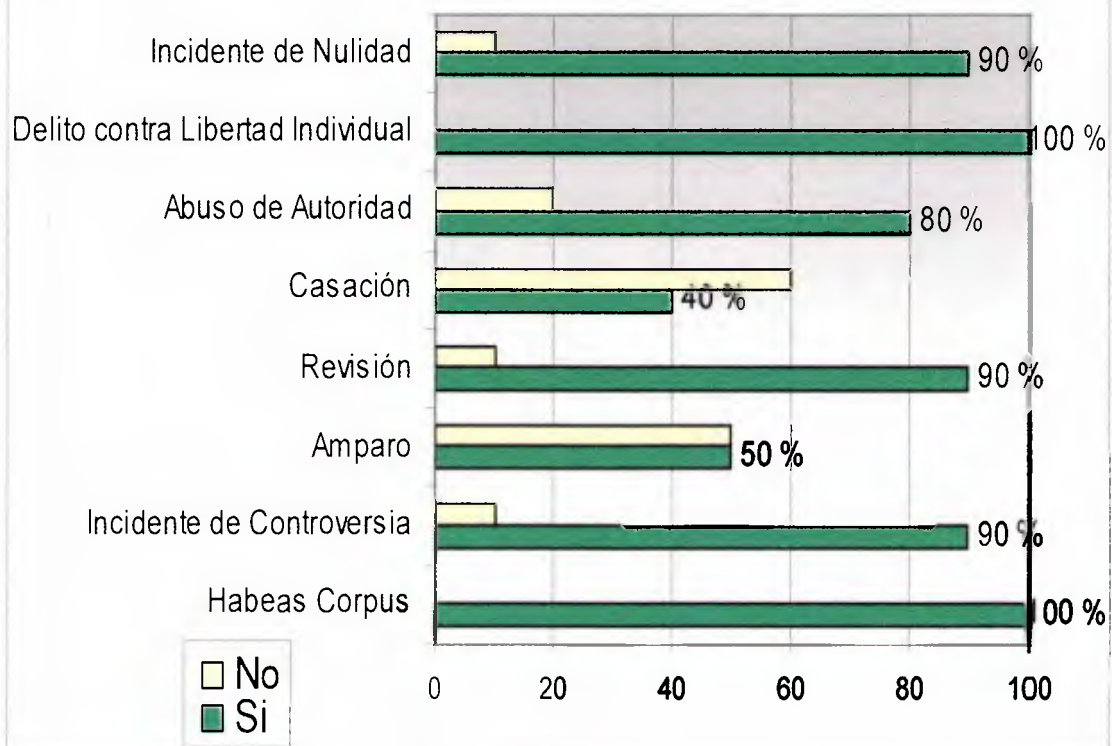


Gráfico 10 OPINIÓN DE JUECES Y MAGISTRADOS SOBRE SI LOS AGENTES DEL MINISTERIO PÚBLICO SON O NO RESPETUOSOS CON EL TRÁMITE MAYO 2006.

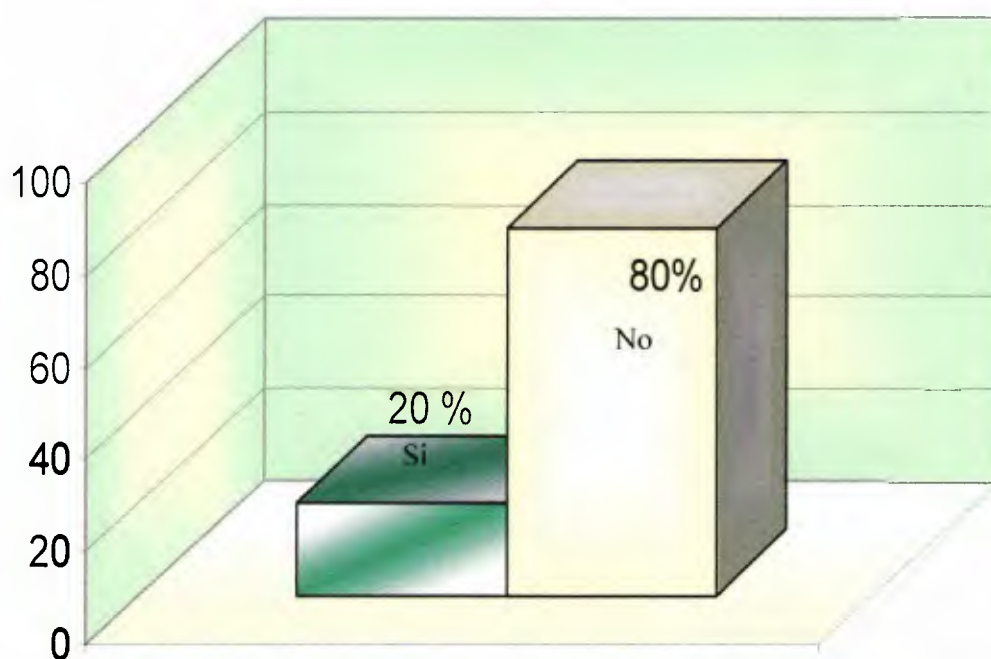
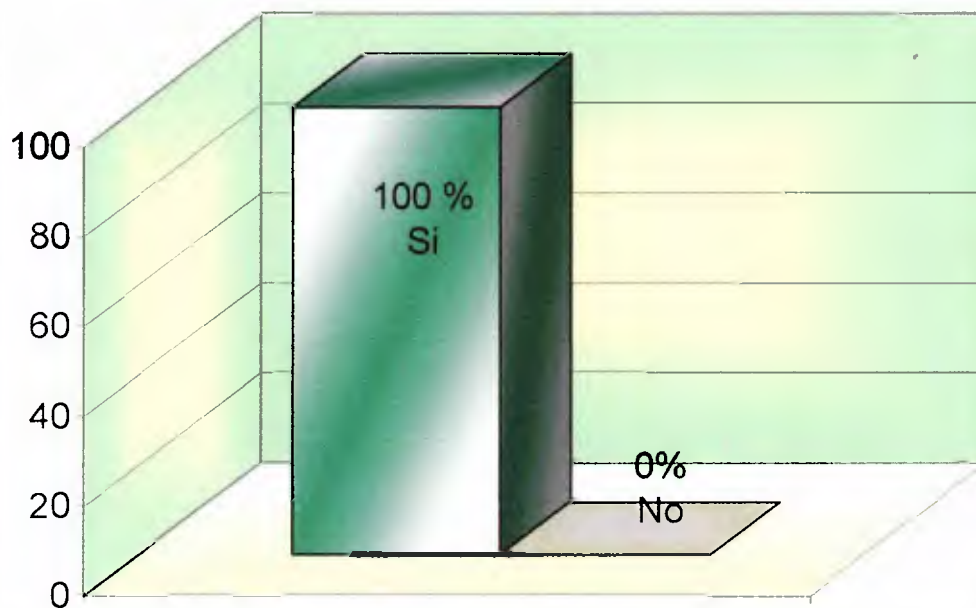
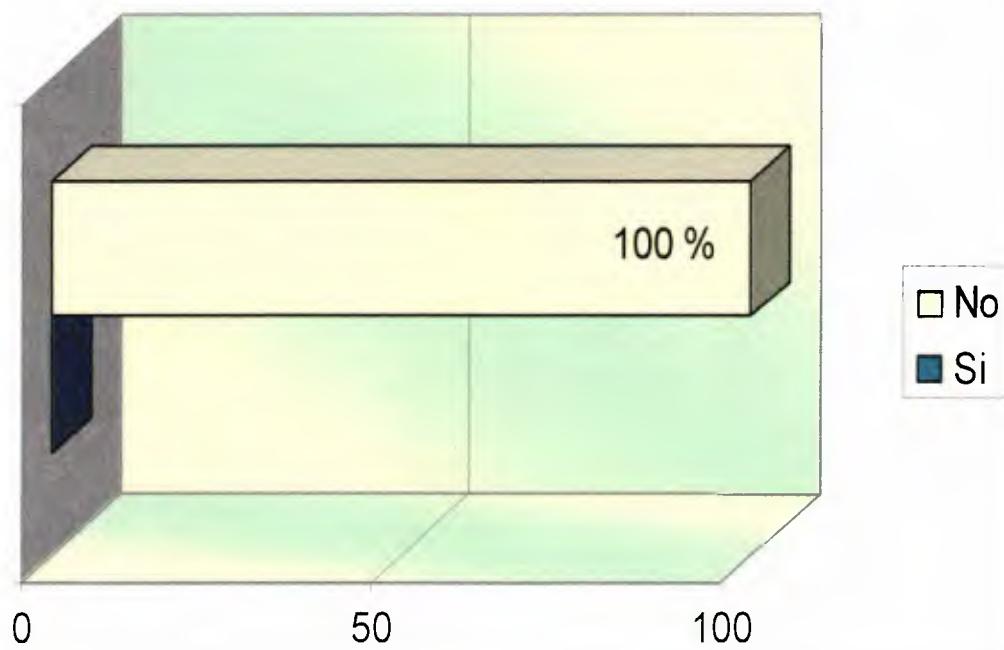


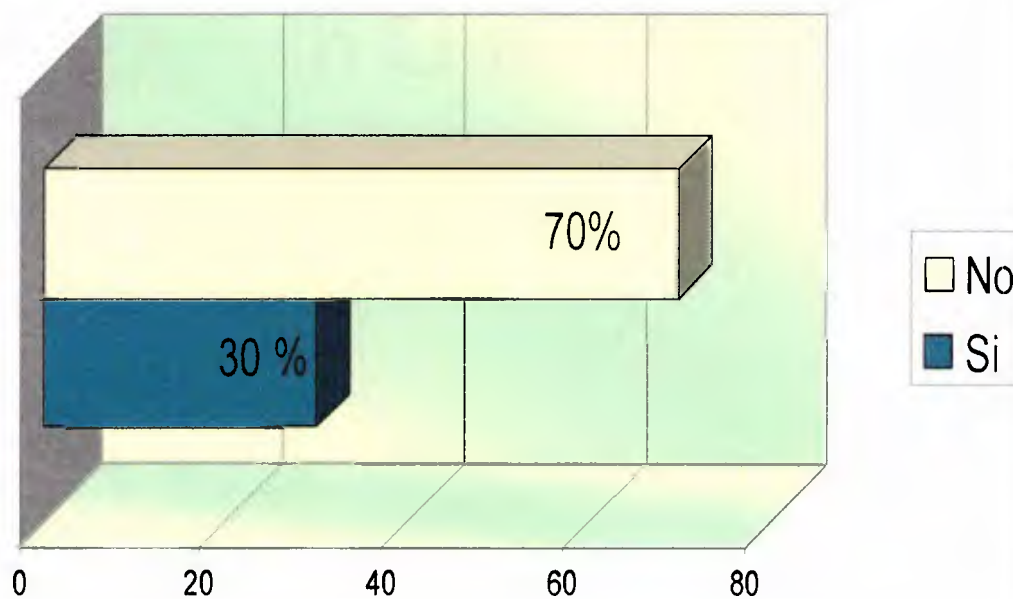
Gráfico 11 OPINIÓN DE JUECES Y MAGISTRADOS SOBRE SI SE DEBE O NO MODIFICAR LOS MEDIOS LEGALES O ESTABLECER LOS JUECES DE GARANTÍA. MAYO 2006.



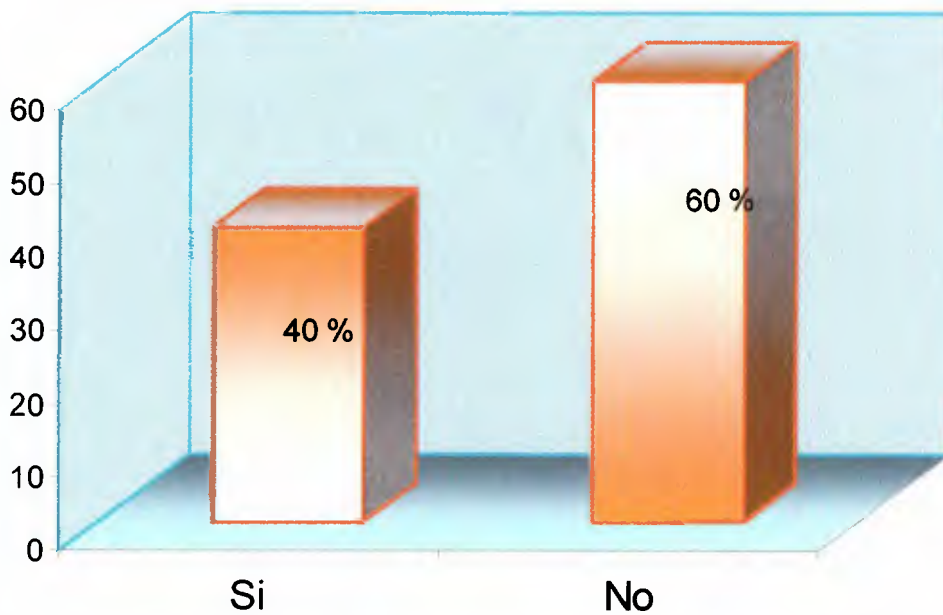
**Gráfica 12. OPINIÓN DE JUECES Y MAGISTRADOS SOBRE LOS
JUECES DE GARANTÍA CONSTITUYEN UN IMPEDIMENTO EN SUS
FUNCIONES. MAYO 2006**



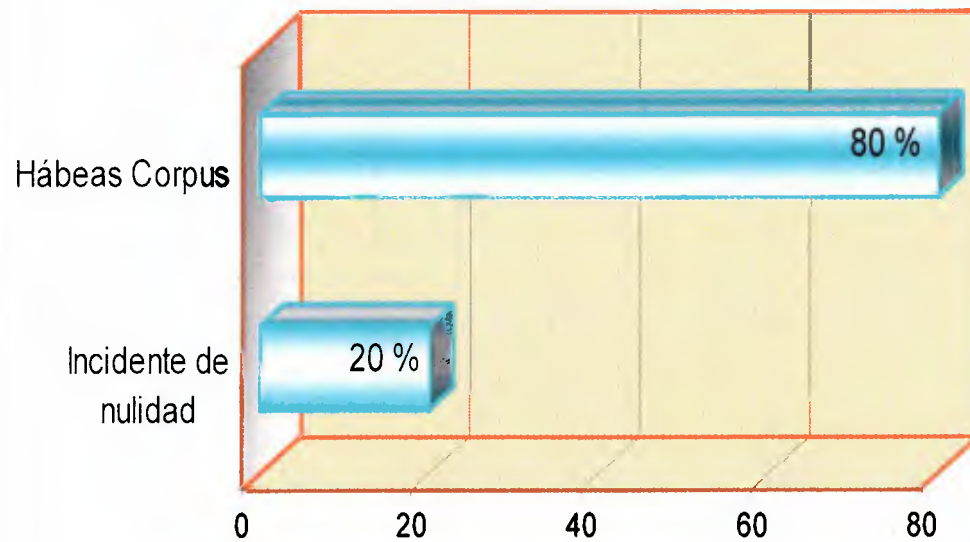
Gráfica 13. OPINIÓN DE JUECES Y MAGISTRADOS SOBRE SI LOS JUECES
CUMPLEN ACTUALMENTE COMO CONTROL A LAS FUNCIONES JURIDICIONALES
DEL MINISTERIO PÚBLICO. MAYO 2006



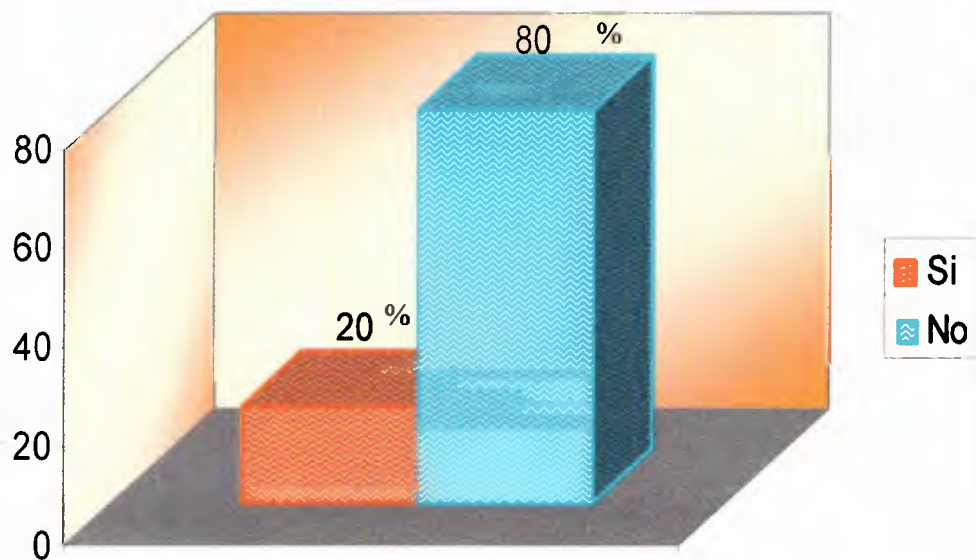
Gráfica 14. OPINIÓN DE LOS ABOGADOS LITIGANTES O DEFENSORES RESPECTO A SI CONSIDERAN QUE LOS MEDIOS LEGALES ACTUALES SON EFICIENTES Y EFICACES . MAYO 2006.



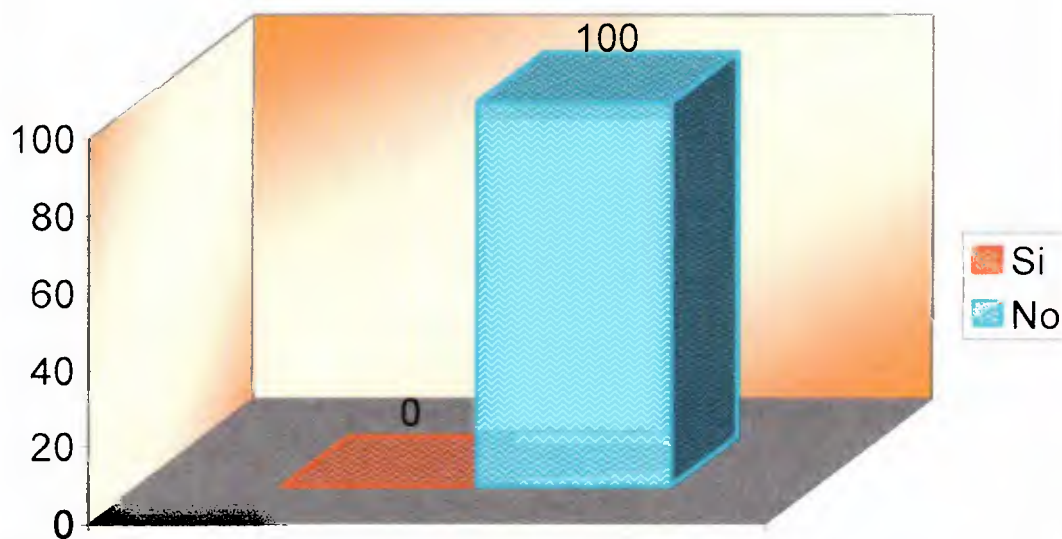
Gráfica 15. OPINIÓN DE LOS ABOGADOS LITIGANTES O DEFENSORES
SOBRE LOS MEDIOS LEGALES QUE MÁS HAN INTERPUESTO. MAYO 2006.



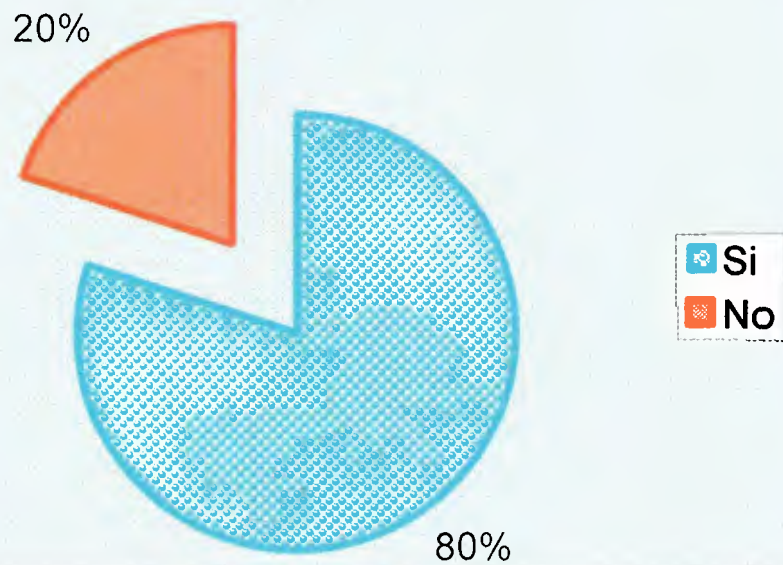
Gráfica 16. OPINIÓN DE LOS ABOGADOS LITIGANTES O DEFENSORES SOBRE SI SE ENCUENTRAN CONFORMES CON EL PROCEDIMIENTO ESTABLECIDO EN NUESTRA LEGISLACIÓN. MAYO 2006



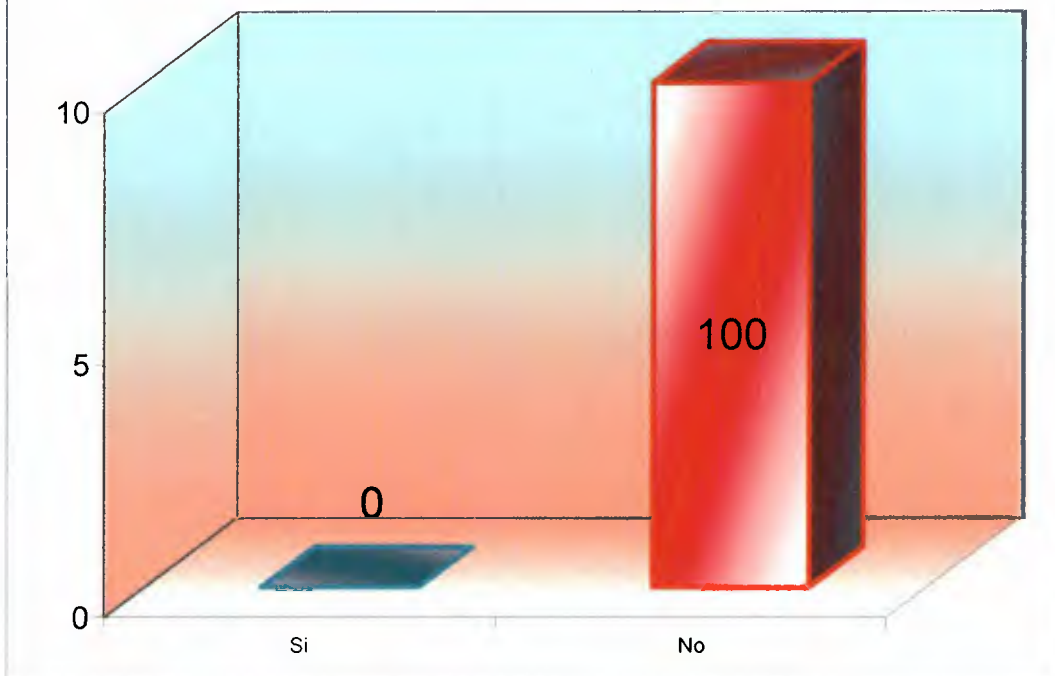
Gráfica 17. OPINIÓN DE LOS ABOGADOS LITIGANTES O DEFENSORES SOBRE SI LOS AGENTES DEL MINISTERIO PÚBLICO SON RESPETUOSOS EN EL TRÁMITE QUE ESTABLECE LA LEY. MAYO 2006



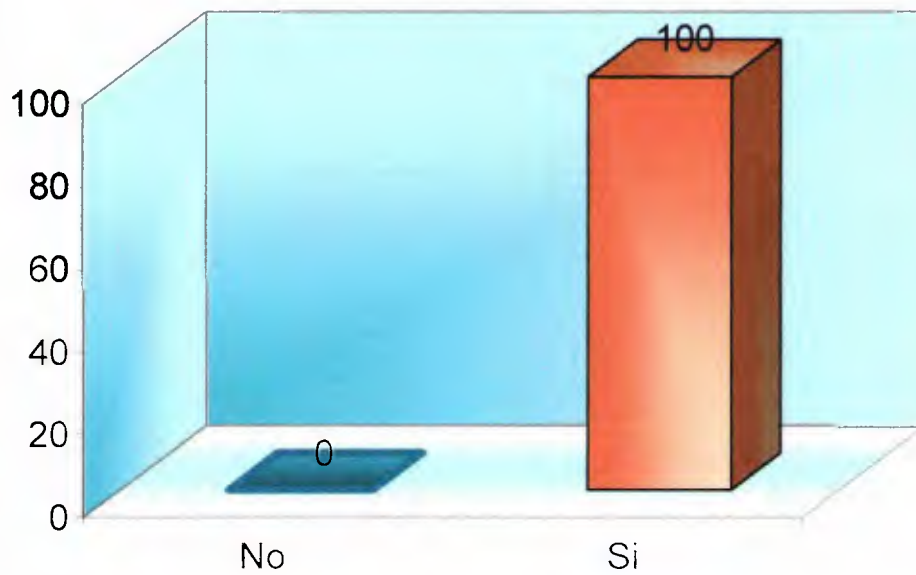
Gráfica 18. OPINIÓN DE LOS ABOGADOS LITIGANTES Y DEFENSORES RESPECTO A SI DEBEN SER MODIFICADOS LOS MEDIOS DE CONTROL EXISTENTES O SI ES NECESARIO ESTABLECER JUECES DE GARANTÍA . MAYO 2006.



**Gráfica 19. OPINIÓN DE LOS ABOGADOS LITIGANTES O DEFENSORES
CON RESPECTO A SI CON EL SISTEMA ACTUAL SE GARANTIZA EL
CUMPLIMIENTO DE LOS PRINCIPIOS DEL DEBIDO PROCESO,
PRESUNCIÓN DE INOCENCIA E IMPARCIALIDAD DE LA
ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. MAYO 2006.**



Gráfica 20 OPINIÓN DE LOS ABOGADOS LITIGANTES O DEFENSORES SOBRE SI CON LOS JUECES DE GARANTÍA SE BENEFICIA LA LABOR DE LOS ABOGADOS DEFENSORES. MAYO 2006.



BIBLIOGRAFÍA

1. ANTONY, Carmen. “Análisis de la Problemática Jurídico-Administrativa del Medio Ambiente Panameño”. Serie de Estudios Especiales, Instituto de Investigación Agropecuaria de Panamá, Panamá, Enero 1994.
2. AMODIO, II Modelo Acusatorio en el nuevo proceso penal italiano. 1998.
3. ARCINIEGAS MARTINEZ, Augusto. “Investigación y Juzgamiento en el Sistema Acusatorio”. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá, 2005.
4. ARMENTA DEU. Teresa “Principio Acusatorio y Derecho Penal” Instituto de Criminología de la Universidad de Barcelona. J.M Bosch Editor, S.A. España. 1995
5. Anteproyecto de Reformas al Procedimiento Penal Panameño.
6. BACIGALUPO, Enrique y Otros. “La posición del Fiscal en la investigación penal: la reforma de la ley de Enjuiciamiento Criminal”. Centro de Estudios Jurídicos. Editorial Aranzadi, S.A. España, 2005.
7. BARRIOS, GONZALEZ, Boris. “Derecho Procesal Constitucional”. Editorial Jurídica Ancón, Primera Edición, Panamá, 1999.
8. BARRIOS, GONZALEZ, Boris. “Estudio de Derecho Procesal Penal Panameño”. Tomo I y II, Editorial Jurídica Ancón. Panamá. 2002.
9. BATISTA ABILIO y Otros. “Acciones y Recursos Extraordinarios”. Manual Teórico Práctico. Editorial Mizrachi y Pujol. Panamá, 1999.
10. BERNAL, Jaime y MONTEALEGRE, Eduardo. “El Proceso Penal”. Universidad Externado de Colombia. Tercera Edición. Julio 1995.
11. BINDER, Alberto M. “Iniciación al Proceso Penal Acusatorio” Primera Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental 1999.

12. BINDER, Alberto. "Documento de Seminario para la implementación del Nuevo Código Procesal Penal", Primera Edición. Santo Domingo. Escuela Nacional de la Judicatura, 2004.
13. BRAÑES, Raúl. "Manual de Derecho Ambiental Mexicano". Fundación Mexicana para la Educación Ambiental Fondo de Cultura Económica México. 1994.
14. CALDERON BOTERO, Fabio. "Casación y Revisión en materia penal", Segunda Edición, 1985.
15. CLARIA OLMEDO, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Penal. Buenos Aires (Argentina): Ediar, S.A., Editores ; T.I., 1960.
16. Colegio de Abogados de Costa Rica, Asociación de Ciencias Penales. "Reflexiones sobre nuevo proceso penal". Segunda edición. 1997
17. Código Judicial de la República de Panamá. Texto Unico. Sistemas Jurídicos, S.A., 2001
18. Código Procesal Penal de la Nación de Argentina, Edición al cuidado de Ricardo Leandro de Zavalía. Febrero de 2005.
19. Código de Procedimientos Penales del Estado de México. Editorial Pac, S.A. de C.V. Primera Edición. Mayo del 2000.
20. Código de Procedimiento Penal de Colombia. Ley 906 de 2004. Corporación Excelencia en la Justicia. Primera Edición. Bogotá. Colombia, Septiembre, 2004.
21. Constitución Política de la República de Panamá. Editorial Mizrachi Pujol, S.A. Segunda Edición. Abril. 1996.
22. Cuaderno de Ciencias Penales. Instituto Panameño de Ciencias Penales Año III, Panamá Viejo, Panamá, 2000.
23. CUESTAS, Carlos H. "Diccionario de Derecho Procesal Penal". Órgano Judicial, Panamá, 2000.

24. CHAMI, Pablo. "Conferencia dictada en el Centro de Investigación y Difusión de la Cultura Sefardi". Junio de 1999.
25. CHIESA APONTE, Ernesto L. "Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos". Tomo I, II y III, Editorial Forum, 1995.
26. DELGADO PEÑA, Nelson "Principios del Sistema Acusatorio" Ediciones Nueva Jurídica, Panamá 2005.
27. ESQUIVEL, Ramiro y Otros. "Recursos Extraordinarios y Acciones Judiciales". Manual Teórico Práctico. Mundo Jurídico, Primera Edición, Marzo. Panamá, 2002
28. GUERRA DE VILLALAZ, Aura E. "Derecho Penal Especial" Panamá. Editorial Mizrachi y Pujol, S.A. Panamá, 2002.
29. GRANADOS, Jaime. "Antecedentes y Estructura del Proyecto de Código de Procedimiento Penal". 2004.
30. HERNANDEZ SAMPIERI, Roberto. Y Otros. "Metodología de la Investigación". Mc Graw Hill México. 1995.
31. HIDALGO, MURILLO. José Daniel. "Manual de Derecho Procesal Penal Costarricense". Editec Editores, S.A. Costa Rica, San José, 2004.
32. Manual de Derecho Procesal Penal. Editorial Leyer. Colombia. Bogota DC.
33. MARIN, F. Jesús A. "Historia de la Aducción de la Prueba hasta llegar al Sistema Acusatorio" 2004.
34. MOLINO, MOLA, Edgardo. "La Jurisdicción Constitucional en Panamá. En un Estudio de Derecho Comparado. Primera Edición, 1998.
35. MONTERO, AROCA. Juan. "Principios del proceso penal. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia. 1997.
36. MUÑOZ, POPE, Carlos Enrique. "Política Criminal y Reforma Penal en Panamá". Panamá Viejo. Primera Edición. 2001.

37. MUÑOZ, POPE. Carlos Enrique “Cuestiones sobre el Proceso Penal Tomo II. Ediciones Panamá Viejo. Primera Edición. 2003.
38. MUÑOZ, POPE. Carlos Enrique “Estudios para la Reforma del Proceso Penal”., Ediciones Panamá Viejo. 2004.
39. Memoria del Primer Congreso Panameño de Derecho Procesal, Instituto Colombo Panameño de Derecho Procesal. Panamá. Editora Sibauste. Agosto del 2004.
40. Memoria del XXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal , Bogotá Colombia, Primera Edición. Agosto, 2004.
41. Memoria del XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal . Bogotá Colombia, Primera Edición. Agosto, 2005
42. Nuevo Código de Procedimiento Penal. Primera edición. Colombia, Septiembre 2004.
43. HERNANDEZ PIEGO, Julio. “Programa de Derecho Procesal Penal”. Segunda Edición. Editorial Porrúa. México. 1997,.
44. LONDOÑO, JIMENEZ. “Tratado de Derecho Procesal Penal.” Tomo I. Editorial Temis, Bogotá, Colombia.1989.
45. ODERIGO, Mario A. Derecho Procesal Penal. 2. Vols I; Buenos Aires (Argentina); Editorial Ideas, 1952.
46. OSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas. Editorial Heliasta S.R.L, Argentina. 1981.
47. PABON, PARRA. Pedro Alfonso. Manual de Derecho Penal Parte General y Especial. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. Bogotá. 1995, p.780
48. RAMIREZ BASTIDAS, Yesid. “El juicio oral en Colombia”. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Segunda Edición, Bogotá, 2004.
49. RIFA SOLER, José María, VALLS GOMBAU, José Francisco. “Derecho Procesal Penal”, Iurgium. Editores. Madrid, 2000.

50. RUBIANES, Carlos “Manual de Derecho Procesal Penal”. Buenos Aires (Argentina): Editorial Depalma, T. I, 1981.
51. SAENZ, Wilfredo F. “Las Perspectivas de Actualización de las Fases del Proceso Penal Panameño. Ediciones El Canal. Panamá. Primera Edición. Junio, 2002.
52. SALDIVAR, Francisco. “El Juez de Garantías del Sistema Acusatorio”. Memoria del III Congreso de Derecho Procesal. Panamá, 2006.
53. SOLORZANO GARAVITO, Carlos Roberto. “Sistema Acusatorio y Técnicas del Juicio Oral.” Ediciones Nueva Juridica. Primera Edición, Colombia. 2005.
54. SUAREZ, SANCHEZ. Alberto. “El Debido Proceso Penal”. Bogotá. Colombia. Edición de la Universidad Externado de Colombia. 1998.
55. SUPERTI, Héctor C. “Derecho Procesal Pena Temas Conflictivos”. Editorial Juris. Argentina, Octubre 1998.
56. TORRES GUDIÑO, Secundino. “ La Casación Civil, Panamá, 1957.
57. TOME, PAULE. José y Otros. “Temario de Derecho Procesal Penal” Editorial Colex. Segunda Edición. 2004.00
58. VANEGAS, David. “El sistema Acusatorio” Tercera Edición, Biblioteca Juridica Dike, 2004.
59. VASQUEZ, José Luis “ El Proceso Acusatorio y significación actual”, 2004.
60. ZUÑIGA, M. Ulises. “Código Procesal Penal” Colecciones de Código de Procesal Penal. Investigaciones Jurídicas, S.A. Costa Rica.