

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGÍA



**“MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO DE LA ACEPTACIÓN SOCIAL DE LOS PROCESADOS EN
LIBERTAD EN PANAMÁ COMO MEDIDA DE PROTECCIÓN AL INDIVIDUO”**

TESIS DOCTORAL

**PARA OPTAR POR EL GRADO DE:
DOCTOR EN DERECHO CON ORIENTACIÓN EN DERECHO PROCESAL**

Presentada por:

LUZMILA JARAMILLO FUENTES

SAN NICOLÁS DE LOS GARZA, N.L., FEBRERO 2021

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGÍA



**“MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO DE LA ACEPTACIÓN SOCIAL DE LOS PROCESADOS EN
LIBERTAD EN PANAMÁ COMO MEDIDA DE PROTECCIÓN AL INDIVIDUO”**

Tesis Doctoral

Para optar por el grado de doctor en Derecho con Orientación en Derecho Procesal

Presentada por

LUZMILA JARAMILLO FUENTES

Dirigida por

Prof. Dr. ARNULFO SANCHEZ GARCÍA

A Dios Todopoderoso,

Que me ha guardado y guiado siempre

A mi esposo por ser incondicional.

Al Dr. Arnulfo Sánchez por su aliento y dirección.

**Al Dr. Gorjón por su apoyo, y todos aquellos que
que colaboraron de una forma u otra.**

TABLA DE CONTENIDO

TABLA DE CONTENIDO	5
INTRODUCCIÓN	10
METODOLOGIA	16
CAPÍTULO I	20
I. CONTEXTO GENERAL DEL ORDENAMIENTO PENAL Y EL SISTEMA PENITENCIARIO.	20
1.1 La Crisis del Derecho Penal en la Actualidad.	21
1.2 Disfunciones del Derecho Penal Tradicional.	26
1.3 <i>Ius Puniendi</i> del Estado ¿prevención o represión?	29
1.3.1. Principio de Legalidad.	40
1.3.2. Principio a la seguridad Jurídica.	44
1.3.3. Acceso a la Justicia.	46
1.3.4. Principio de Legitimidad.	56
1.3.5. Sistema Penitenciario entre la legalidad y la realidad.	60
1.4 Crisis del Sistema Penitenciario.	64
1.4.1. Crisis de la rehabilitación y reinserción social.	74
CAPITULO II.	85
II. CORRIENTES FILOSOFICAS DE MINIMOS Y MAXIMOS EN LA JUSTICIA PENAL	85
2.1 Noción de justicia en el Derecho.	86
2.2 Derecho Penal Mínimo o Garantismo Penal.	89
2.3 Derecho Penal del Enemigo.	95

CAPITULO III	116
III. EXPANSIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL GARANTISMO PENAL.	116
3.1 Expansión de los Derechos Fundamentales y el Garantismo Penal.	117
3.2 Instrumentos Jurídicos Universales que reconocen Derechos Humanos.	137
3.2.1 Textos universales que recogen Derechos Humanos.	138
3.2.2 Instrumentos Europeos de Derechos Humanos.	139
3.2.3 Instrumentos Americanos de Derechos Humanos.	140
3.2.4 Instrumentos Africanos de Derechos Humanos.	141
3.3 Derechos y Principios en el Sistema Penal Acusatorio.	142
3.3.1 Igualdad de las Partes	144
3.3.2 Oralidad.	145
3.3.3 Inmediación.	145
3.3.4 Contradicción.	146
3.3.5 Publicidad.	147
3.3.6 Concentración del proceso.	148
3.3.7 Imparcialidad del Juzgador.	149
3.4 Derechos y garantías del imputado, en el Sistema Penal acusatorio.	152
3.4.1 Presunción de Inocencia.	154
3.4.2 Tener pleno conocimiento de los motivos de su detención.	157
3.4.3 Derecho a comunicarse y ser visitado.	158
3.4.4 Derecho a mantener silencio.	158
3.4.5 Derecho a una defensa (Pública o Privada).	159
3.4.6 Juicio en Audiencia Pública.	160
3.4.7 Solicitar a los Fiscales diligencias de investigación destinadas a desvirtuar las imputaciones que les formulen.	161
3.4.8. Explicación de la sentencia.	162
3.5 Derechos de la víctima u ofendido.	162
3.5.1 Protección de datos y protección personal.	165
3.5.2 Constituirse en querellante.	167
3.5.3 Solicitar Medidas de Seguridad.	168
3.5.4 Características del Sistema Penal acusatorio.	168
3.5.4.1 Modelo de justicia que trata al procesado en libertad.	172

3.5.4.2 Modelo de justicia en igualdad y transparencia.	172
3.5.4.3 Modelo de justicia rápida.	173
3.6 Debido Proceso y el Individuo en la justicia panameña.	173
3.6.1. Derecho al debido proceso. ¿Cómo debe ser un proceso penal garantista?	177
3.7. Derecho a la dignidad humana y trato igualitario en el proceso penal.	188
3.8. Trato igualitario en el proceso.	196
3.9 Derecho de la presunción de inocencia.	205
3.10 La presunción de inocencia en la prisión preventiva.	213
3.10.1 Instrumentos Internacionales que reconocen la presunción de inocencia.	222
3.10.1.2 La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano 1789.	223
3.10.1.3 La Declaración Universal de los Derechos Humanos 1948.	224
3.10.1.4 La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre 1948.	225
3.10.1.5 El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales 1950.	225
3.10.1.6 Las reglas mínimas para el Tratamiento de los Reclusos 1955.	226
3.10.1.7 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.	226
3.101..8 El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional 1998.	227
3.10.1.9 La Convención Americana sobre Derechos Humanos 1969.	228
3.10.1.10 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea 2000.	228
3.10.1.11 Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de libertad en las Américas 2008.	229
3.11 Principio de presunción de inocencia como fundamento de las acciones del Estado para la protección de los procesados en Panamá.	230
CAPITULO IV	232
IV. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO PANAMEÑO.	232
4.1 Aplicación de las Medidas cautelares en el ámbito del derecho penal panameño.	233
4.2 Instrumentos Internacionales sobre las Medidas Cautelares.	255
4.3 ¿Qué es la medida cautelar de Prisión Preventiva?	259
4.4 Características de las Medidas Cautelares.	265
4.5 Principios de las Medidas Cautelares.	267
4.6 Requisitos o presupuestos para la aplicación de Medidas Cautelares y finalidad de las mismas	

	275
4.7 Consecuencias de la detención Preventiva.	284
4.8 Motivación y argumentación judicial panameña en materia de Medidas Cautelares.	287
CAPITULO V.	291
V. CRISIS ACTUAL EN LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL NUEVO SISTEMA PENAL ACUSATORIO. 292	
5.1 Crisis actual de la Medidas Cautelares en el Nuevo Sistema Penal Acusatorio.	292
5.2 Conflictos primarios con la aplicación de las Medidas Cautelares en el Sistema Penal Acusatorio	296
5.2.1 Dificultades en Panamá de la Unidad de Seguimiento de las Medidas Cautelares.	304
5.2.2 Mito de la impunidad por aplicación de Medidas Cautelares distintas a la detención provisional.	307
5.2.3 Medida Cautelar en libertad vs. Prisión preventiva ¿Socialización y legitimación de las Medidas Cautelares en la sociedad.	311
CAPITULO VI	316
VI. NUEVO MODELO DE MEDIDAS PRE-SOCIALIZADORAS PARA LOS PROCESADOS EN LIBERTAD. 316	
6.1 Motivación de las Medidas Pre-socializadoras.	317
6.2 En qué consisten las Medidas Pre-socializadoras.	322
6.3 Distinción de la pena con las Medidas Pre-socializadoras dentro del proceso	.324
6.4 Las Medidas Pre-socializadoras ¿Atentan contra la presunción de inocencia? o brindan competencias al individuo que atiende al proceso en libertad.	328
6.5 ¿Es el procesado un individuo en estado de vulnerabilidad?	330
6.6 Modelo de Gestión para las nuevas medidas Pres-socializadoras en favor del procesado en libertad.	333
6.6.1 Procedimiento para aplicar Medida Pre-Socializadoras.	341
6.6.2 Beneficios del imputado por el cumplimiento de las Medidas Pre-socializadoras.	343
6.6.3 Consecuencias del incumplimiento del imputado con las Medidas Pre-socializadoras.	344
6.7 Importancia de su implementación.	344
6.8 Medidas Pre-socializadoras en los específicos.	348

6.8.1 Cursos vocacionales.	348
6.8.2 Trabajo remunerado.	352
6.8.3 Formación continua en materia de cultura de paz y conciencia social.	354
CONCLUSIONES	362
ADDENDA	376
Addenda No. 1 Simone André Diniz VS. Brazil	377
Addenda No. 2 Caso Piersack VS. Bélgica	425
Addenda No. 3 Caso De Cubber VS. Belgica	450
Addenda No. 4 Caso Defrenne VS. Belgica	472
Addenda No. 5 Caso Canesse VS. Paraguay	477
BIBLIOGRAFÍA	491
LEYES	¡Error! Marcador no definido.
WEBGRAFÍA	¡Error! Marcador no definido.

INTRODUCCIÓN

La suma de nuestras decisiones como parte de una sociedad incide, en el bienestar común de todos los asociados. El derecho viene a regular las relaciones existentes entre particulares, entes jurídicos e incluso con el Estado. Siendo el Derecho penal el que interviene con más fuerza y directamente sobre el individuo, teniendo la potestad a través del *lus Puniendi* de limitar la libertad de las personas ante la transgresión de la norma o incluso la presunción grave de esta, lo que ha generado en la dialéctica jurídica un debate enriquecedor en esta ciencia, en cuanto a los límites.

El trabajo que a continuación se presenta aborda el tema de las medidas cautelares, como foco central pero desde la perspectiva de la falta de confianza que genera en la población esta institución jurídica en el nuevo modelo de justicia aplicado en Panamá, es decir el Sistema Penal Acusatorio que se ha implementado desde hace poco más de tres años, pero el que ha impuesto de forma exponencial las medidas cautelares distintas a la detención preventiva, en comparación al Sistema Mixto. Surgiendo con este nuevos retos para la Administración de Justicia, para los imputados y la sociedad, así entonces, los imputados beneficiados con medidas cautelares distintas a la detención provisional requieren supervisión a fin de verificar que cumplan con lo impuesto y a su vez evitar que durante este tiempo de espera de una audiencia para decidir la responsabilidad no cometan nuevos delitos; mientras que la sociedad o buena parte de ella considera que el nuevo

sistema es harto flexible y que deja en libertad a los imputados luego de darse la audiencia de Control, por lo tanto la sociedad requiere confianza en su administración de justicia.

Antes de ocuparnos en el objetivo principal que son las medidas cautelares y como se podría atacar la errónea percepción de la población en cuanto a las medidas cautelares, que permiten que el imputado se mantenga en libertad mientras afronta un proceso, utilizando una nueva herramienta a la que denominaremos Medidas Pre-socializadoras, la cual se desarrolla en el último capítulo, pero antes pasamos a abordar los otros puntos relevantes, que justifican la necesidad de estas nuevas medidas.

Hacemos mención en este trabajo en los primeros capítulos, de los problemas que circundan la aplicación de las medidas cautelares como es el tema de la inflación de los tipos penales y la alarma social que propicia el aumento de las penas, así como una generalizada insatisfacción hacia la administración de justicia. Por un lado el aumento de la delincuencia y la exacerbada promoción de la misma en los medios de comunicación, que pareciesen alabar cada suceso delictivo en las crónicas rojas, exigiéndose el castigo ejemplar por parte de los administradores de justicia hacia los trasgresores de la norma, pero a la par denuncian las condiciones carcelarias y la necesidad de mejores estructuras de los centros carcelarios, atacando el uso excesivo de la medida cautelar de detención provisional; creando el caldo de cultivo esencial para que se aumenten las penas y se deplore la aplicación de las medidas cautelares distintas a la detención preventiva, sin que se haga una campaña real de los beneficios que se obtienen de las medidas cautelares que mantienen el imputado en

libertad.

Prima facie el derecho penal está en crisis, conforme la publicidad masiva, negativa que le atribuye responsabilidad cuando los tribunales no emiten sentencias de condenas y, cuando se aprecia el aumento de las estadísticas delincuenciales, surge entonces el repudio público contra el trabajo de la administración de justicia, quien no tiene el deber de disminuir la delincuencia sino de dar a cada cual lo que corresponde; puesto que la labor de erradicar o disminuir la delincuencia es parte de la misión integral del Estado, a través de la educación, la cultura, programas llevados desde una política criminal estudiada y desarrollada; de igual manera cerrando la brecha socio-económica y socio-cultural; algo mucho más complejo de la labor de los tribunales de justicia.

El sistema penitenciario tiene un trabajo que ha venido postergando de uno u otro modo en Panamá y Latinoamérica, ya sea por la falta de recursos y el interés, en este sector de la población por parte de las autoridades estatales, cuando observamos el desarrollo histórico de los diferentes sistemas carcelarios, se evidencia que no ha sido mucho el avance hasta nuestros días, se mantiene, el hacinamiento, las condiciones sanitarias poco optimas, la inseguridad y violaciones a los derechos humanos, sin satisfacerse la misión de reinserción en la sociedad de los condenados a pena de prisión y ni siquiera se ha trazado un esquema bien planteado en cuanto a la situación de los detenidos preventivamente, que esperan una sentencia pero en este tiempo podría ser de beneficio para los mismos, si se establecieran programas específicos dirigidos a ellos.

El tema del aumento de la delincuencia hace oportuno abordar las dos corrientes filosóficas de boga, mismas que están perfiladas desde diferentes perspectivas, una desde la aplicación del derecho penal en su mínima expresión y cuando se aplique que sea como *ultima ratio*, además con un enfoque muy estricto hacia la tutela de los derechos fundamentales de los individuos sometidos a procesos penales esbozado por Ferrajoli, quien considera que la justificación de la mínima aplicación del derecho penal está basado en el máximo bienestar para los que no se han desviado de la norma, y el mínimo malestar para los que sí se han desviado, pero a su vez para evitar los castigos que puedan ser injustos.

Por otro lado el derecho penal del enemigo, que si bien no es un tema absolutamente nuevo, puesto que en otras épocas también fue considerado a los trasgresores de la norma como enemigos; ha resurgido nuevamente con Jacobs, esta filosofía donde coexisten un derecho penal del ciudadano y un derecho penal del enemigo, para el primero la pena se constituye en la contradicción, mientras que para el derecho penal del enemigo hay que eliminar un peligro; considerado solamente este último para aplicarlo a aquellos delincuentes peligros y no así para todos los infractores de la norma sino aquellos que ya constituyen un peligro.

Lo anterior entra en franca contradicción con la expansión que vienen sufriendo los derechos fundamentales mismos que se mencionan más adelante, y que no son vetados ni

a los sentenciados ni a los detenidos en forma preventiva, estos últimos quienes aún gozan de la presunción de inocencia, que también es considerada un derecho humano, por ende al tratarse de personas deben ser respetados y tutelados sus derechos individuales.

Desde diferentes perspectivas se podrá apreciar en este trabajo la necesidad de darle la importancia y el valor que tienen las medidas cautelares distintas de la detención preventiva, ese grupo de medidas de aseguramiento que le permite al individuo integrarse en sociedad; pero que la sociedad no las visualiza siempre en su máxima expresión, ya sea por experiencias o publicidad noticia negativa; pero que mientras estas medidas de aseguramiento se mantienen, pueden causar un efecto potenciado en el imputado sometido a ellas y conjuntamente proyectarlos en una faceta positiva en la comunidad. De esta manera este trabajo finaliza con una propuesta, hacia la implementación nuevas medidas innovadoras a las que hemos denominado Medidas Pre-socializadoras, las que se pretende puedan implementarse como una serie de medidas, que los jueces aplicarán de conformidad con las circunstancias que aprecian al momento de la imputación, que pueden ser solicitadas por las partes, ya que constituyen un beneficio y no una pena, que satisface necesidades para el imputado en su crecimiento personal y que redunda en beneficio de los miembros de una sociedad.

Las Medidas Pre-socializadoras, ocuparían un espacio en el Órgano Judicial, contemplarían toda una nueva estructura enfocada a atender las necesidades del imputado en cuanto a su mejora continua y de este con relación a la sociedad. Con estas medidas no

se esperaría resocializar mientras se cumple una condena, se actuaría lo más pronto posible, brindando capacitación, trabajo, incluso fortaleciendo los vínculos familiares y sociales de los sometidos a procesos. Se atacaría la razón de muchos problemas que antes la simple aplicación de la norma de procedimiento y la norma penal no lo contemplaban, teniendo que devolverse a individuos a la sociedad sin ningún tipo de apoyo a pesar de haberse detectado, un riesgo, un problema, que podía generar el regreso al sistema de justicia; es decir que en muchos casos aplicada las medidas cautelares distintas a la detención provisional el juez y las partes percibían la necesidad de orientación para el imputado pero no existía la forma de imponerla al no estar regulada en la norma.

Pretendemos entonces dejar una visión no de crisis del derecho penal, sino evidenciar la evolución que el derecho penal está sufriendo y los caminos acertados y otros desatinados que surgen en el camino. No se pretende con este trabajo dar solución a los nuevos problemas que han surgido con el nuevo modelo de justicia, pero si mostrar una realidad que es difícil ignorar y las posibles alternativas de palear tales situaciones, porque nunca el desoír o desconocer, va a generar cambios.

METODOLOGIA

En las diferentes épocas han surgido, diversas necesidades ya sea de descubrir, dar respuesta a fenómenos cotidianos o bien dar solución a diferentes problemas surgidos en las ramas de la ciencia existentes. Teniendo el hombre la necesidad de investigar, para dar solución o bien dar respuesta a las situaciones planteadas. Las ciencias jurídicas y sociales no se escapan de esta realidad por ende se hace necesario estructurar y esquematizar la forma en como llegaremos a dar respuesta a los nuevos retos que nuestra sociedad debe afrontar.

Es un hecho conocido en Panamá y muchos países de la región, que la detención provisional, hizo exacerbar el hacinamiento carcelario, así como otras situaciones que gravitaban sobre el mismo. La necesidad de dar respuesta más rápida a los usuarios del sistema de justicia, la necesidad de preservar la presunción de inocencia así como atacar el exceso de la detención provisional; hizo entre otras cosas que emergiera el Sistema Penal Acusatorio, que paso a disminuir exponencialmente la medida cautelar de detención preventiva, pero que dio paso al incremento de medidas cautelares que permiten al imputado permanecer en libertad, coetáneamente a esta nueva realidad han surgido nuevos problemas que circundan a esta institución jurídica.

Debemos llevar a cabo una investigación utilizando métodos que permitirán identificar un problema para luego; poco a poco, arribar a planteamientos y conclusiones

lo más certeros posibles, para ello tomamos dentro de una amplia gama métodos, tales como el método inductivo, el método deductivo y por último el métodos comparativo.

Con el método deductivo se pretende conseguir principios desconocidos, a partir de aquellos conocidos; también sirve para conocer consecuencias desconocidas de principios conocidos. Mientras que por su parte el método inductivo crea leyes a partir de la observación de los hechos, mediante la generalización del comportamiento observado¹, para el trabajo que nos ocupa el objeto de la investigación, son los imputados sometidos a medidas cautelares que incumplen y otros que reinciden, al estar en libertad, luego una percepción en la sociedad de impunidad ante la aplicación de medidas cautelares. Partiendo entonces del método deductivo vamos de lo general a lo particular donde no todos los imputados incumplen su medida cautelar, tampoco todos cometan nuevos delitos, pero muchos pueden enmarcarse en uno u otro o bien simplemente, es posible detectar focos de individuos que pueden beneficiarse del hecho de ser parte de un proceso penal y dejar una huella positiva en los mismos y en la sociedad.

Por otro lado utilizando el método comparativo se pudo evidenciar la similitud que existe entre Panamá y algunos países de la región en cuanto a los tipos de medidas

¹<http://www.rdigital.unicv.edu.cv/bitstream/123456789/106/3/Libro%20metodologia%20investigacion%20este.pdf?fcjmgIfcbaiekngd> Págs.39, 40.

cautelares que mantienen en sus legislaciones y con relación a México también se destaca que el Sistema Penal Acusatorio se le tilda de ser una “una puerta giratoria” dejando entre dicho la eficiencia y eficacia de la administración de justicia, el cual se encuentra en una disyuntiva, nueva tendencia humanizadora y la percepción negativa al respecto de la sociedad, siendo un excelente referente comparativo con la situación de Panamá.

La actividad investigadora que se desarrolla en este trabajo trata de desprendérse de la subjetividad propia del conocimiento práctico pero aliado a su vez del mismo, para objetivamente intentar a partir de distintos los elementos investigados arribar a conclusiones efectivas y científicas.

Pregunta de Investigación:

¿Qué medidas son pertinentes, para que en los casos en que se impongan medidas cautelares a los procesados que enfrentan su proceso en libertad, adquieran aceptación social en su ámbito de influencia?

Hipótesis:

Las medidas que son pertinentes, para que en los casos en que se impongan medidas cautelares a los procesados que enfrentan su proceso en libertad, adquieran aceptación social en su ámbito de influencia son:

- Generar ofertas de trabajo remunerado, cuando se trate de desempleados.
- Cubrir cursos de formación en educación vocacional y/o técnica cuando no tenga una formación profesional.
- Cursos de paz y cultura de la legalidad, computables en el evento de ser condenados.

Objetivo General

Establecer las medidas que el Estado debe adoptar para que los procesados eviten cometer delitos antes de ser sentenciados y se proyecten en forma positiva en la sociedad.

Objetivo Específico

- Diferenciar entre las medidas cautelares y las Medidas Pre-socializadoras.
- Enunciar las distintas medidas cautelares y su aplicación en Panamá.
- Crear un nuevo esquema preventivo ante la incidencia de cometer nuevos delitos, de los procesados que aguardan su juicio y sentencia en libertad.

CAPÍTULO I

CONTEXTO GENERAL DEL ORDENAMIENTO PENAL Y EL SISTEMA PENITENCIARIO.

1.1 La Crisis del Derecho Penal en la Actualidad

La palabra “crisis”, supone el surgimiento de una situación, que pone en peligro la continuidad o el desarrollo de un proceso; se rompe con algo que tiene estabilidad, creándose entonces incertidumbre al respecto; bajo esta idea pareciese que el derecho penal, es una ciencia cuya naturaleza contempla una crisis permanente. Pese a esto la realidad podría decirse que es otra, el derecho penal está sometido a cambios; que por su naturaleza de represión no comulgan fácilmente, con los estándares éticos de los últimos tiempos.

Erick J. Hobsbawm, advierte que el término crisis, en el sentido literal de la palabra, expresa algo positivo, creativo y optimista, porque implica un cambio que puede ser el renacimiento luego de un fracaso. Si bien denota una separación también es una elección, decisiones y la oportunidad de expresar una opinión, una experiencia nueva que conduce a un punto de inflexión en el plano personal o socio histórico colectivo². Se trata entonces que sobre una nueva base, es posible preparar los ajustes necesarios para hacer surgir algo nuevo, algo diferente a lo conocido, podría apuntarse entonces que de la situación actual del derecho penal se puede lograr cambios positivos como en efecto se puede notar.

En todo el periodo que antecede a la ilustración, no se vislumbraba al derecho penal

²https://planetadelibrosco0.cdnstatics.com/libros_contenido_extra/32/31900_1_ESTADO_DE_CRISIS.pdf

en una crisis, sin embargo, si comparamos, como eran sancionadas las conductas por los sistemas de gobierno de la época, las penas y el trato de los reclusos, evidentemente podrían considerarse en la actualidad como una situación en extremo grave, aunque esto no indique que se está exento de pecado en nuestros días.

Sí nos ubicamos en nuestros días atendiendo a aspectos éticos, sociales, humanitarios, actuales sin duda estamos frente a una crisis en el derecho penal, se podría decir que se trata de una autocrítica que se encamina a evitar marcadamente repetir las prácticas pasadas y mejorar el sistema, *“la crítica no representa un mero aspecto negativo del derecho penal o de su conocimiento, sino la insatisfacción frente a un instrumento que si bien es tenido por necesario, envuelve numerosos conflictos filosóficos, morales, sociales, políticos, jurídicos y religiosos”*³. La crisis referida se circunscribe a la necesidad de salvaguardar derechos inherentes a los seres humanos con independencia de sus actos.

Lo anterior no pone en duda la legitimidad del *ius Puniendo*, cuya *ratio*, se fundamenta en la preservación de paz social, sin embargo, las tensiones surgen cuando el Estado tiene una doble función, potestad punitiva, potestad sancionadora, pero a su vez garante del respecto de los derechos fundamentales de cada ciudadano ello en completa igualdad por el hecho de tratarse de seres humanos que por su condición se le garantizan

³ YACOBUCCI, Guillermo J. *El Sentido de los Principios Penales. Su naturaleza y Funciones en la Argumentación Penal*. Edit. Äbado de Rodolfo de Depalma, Buenos Aires, Argentina, 2002 Pag.30.

derechos mínimos, y es allí es donde surge una de las situaciones que ha generado más la denominada crisis del derecho penal, la medida cautelar de detención provisional, haciéndonos las preguntas, ¿A que tienen derecho los que mantienen detención preventiva? ¿Sí la presunción de inocencia no ha sido desvirtuada, en la persona que guarda prisión preventiva, porque se mantiene en iguales condiciones que un sentenciado? ¿Realmente el Estado garantiza los derechos fundamentales del privado de libertad de forma preventiva?, ¿Responde el detenido preventivamente, a las necesidades políticas de los gobernantes, ante la alarma social?, puntos que abordaremos más adelante y pasamos aclarar otros controvertidos.

La crisis puede presentar diversas dimensiones, como señala Maximiliano Rusconi, el mismo la desarrolla en tres puntos; en primer lugar se trata de una crisis de eficiencia, en su capacidad para cumplir con los objetivos que predicen como su propia justificación, considera que el derecho penal debe ser uno de los mecanismos de control social más ineficientes, desde un punto de vista, de relación costo-beneficio, ello en virtud de los altos índices de violencia, frente a escasos resultados que consigue. En segundo lugar, se trata de una crisis ética o axiológica que nace en nuestra región de trabajos criminológicos empíricos, que demostró el carácter selectivo, desigual e ideológicamente orientado del sistema penal y en tercer lugar, se trata de una crisis de legitimación social o comunitaria, los valores que protege el derecho penal no coinciden con las demandas del ciudadano común, sino que las consecuencias de procesos están más vinculados a necesidades institucionales o políticas

que a la necesidad de protección social de los valores comunitarios⁴. Continúa señalando este autor que no se puede negar una manifiesta violencia Estatal con un basamento de legitimidad moral casi inexistente, ya que aún rodeado de límites y garantías, conserva siempre una intrínseca brutalidad.

Estos tres puntos que aborda Rusconi, deja sentado que bajo ninguno de los postulados que debe soportar o sustentarse como pilares la existencia del derecho penal, cumple a satisfacción, su existencia, como medio de control social, por lo menos en nuestros países latinoamericanos y en Panamá, no se evidencia, ya que los índices de violencia en lugar de disminuir van en aumento dando como resultado que la sociedad cuestione la efectividad, del sistema de administración de justicia, específicamente la labor de los tribunales penales que aplican la norma penal.

Con respecto al segundo punto señalado por Rusconi, que existe una crisis de ética en cuanto a la existencia de una justicia selectiva, punto que es bastante complejo y cuestionado; por los alcances que esgrime, puesto que podríamos cuestionar, si se trata de ¿Corrupción para evitar la investigación de delitos de donde se involucra personas de alto perfil, económico o poder o ambos? ¿Falta de recursos? ¿Falta de independencia judicial? ¿Falta de personal debidamente idóneo y capacitado para dirigir investigaciones complejas?

⁴ RUSCONI, Maximiliano. *Las Fronteras del Poder Penal*. Editorial Ciudad de Argentina 2005. Pags 8,9

o bien un conjunto de todas estas alternativas; las cuales no escapan a las realidades de los países de la región.

El tercer punto advertido por Rusconi, va de la mano con su primer cuestionamiento, en un ambiente donde los ciudadanos, no se sienten seguros y consideran que el Estado a través de su sistema de Justicia, no garantiza la sanción a los delincuentes, por las garantías que se propugnan en favor de los procesados; resulta bastante complicado que comulguen; buena opinión ciudadana, desempeño de la administración de justicia, cuando los índices de delincuencia van en aumento y la población, se siente desprotegida; pero el asunto que se obvia o queda confuso, es que el derecho penal lo aplica un juez sobre la base de normas y decide luego, no que tiene como misión eliminar la delincuencia. La delincuencia se elimina o se disminuye con políticas criminales preventivas que ataque la génesis del problema, las cuales no permitirían que se llegara a imponer una sanción cuando ya es la última etapa del camino.

Ciertamente pese a los años de existencia del derecho penal, como una ciencia y establecida por los Estados como la forma de control social, es innegable su avance, pero aun así, no ha logrado cumplir las metas y los fines para los cuales fue instituido y legitimado, los costos de un poder judicial, son elevadísimos, el aparato judicial no sólo contempla, jueces, defensores públicos y de víctimas, sino también un numero plural de personal administrativo, sumado el costo que representa el Ministerio Fiscal también para el Estado, al cual se le debe dotar de herramientas idóneas y suficientes, para la investigación de los

delitos, puesto que a fin de cuentas se pretende que sea objetiva la misma y se encuentre la verdad de los hechos, así evitar sancionar inocentes por conductas que no han realizado o dejar en impunidad delitos perpetrados.

Otro punto digno de mención sobre el derecho penal es que en principio se protegen valores que no son cónsonos con las demandas del ciudadano común, sino que se atiende más a necesidades políticas e institucionales, en cierto modo esto sucede cuando el ciudadano común, pretende que el Estado garantice su seguridad en las calles, no obstante, la retórica política trata de trasladar esta función a las resultas un proceso penal, pretendiéndose que una condena, será la que garantizara que no exista delincuencia en las calles, punición de nuevos tipos penales y luego sanción severa por parte de los administradores de justicia; siendo esta respuesta sin duda para salvaguardar interés políticos de popularidad sin lograr atacar la raíz del problema, que coyunturalmente no en pocos casos atiende a la corrupción imperante de los gobiernos, que no dirige fondos a necesidades que surtirían efectos en cascada, para mejorar, condiciones del país en forma integral. De allí entonces que la crisis o falta de avance de los países de la región, en materia delincuencial es mucho es mucho más profunda y compleja que adjudicar la culpa a la justicia penal.

1.2 Disfunciones del Derecho Penal Tradicional

La tendencia del derecho penal hacia la omnipresencia, en todos los ámbitos de la

sociedad es cada día más palpable las conductas que “atentan” contra bienes jurídicos tradicionalmente tutelados, llámese seguridad, salud, seguridad entre otros, arrastra consigo un problema cada vez más creciente. Si las sociedades evolucionan de forma cada vez más complejas, el derecho penal no puede pretender reprimir todas las conductas que surjan; debe entonces ponderarse un criterio de racionalización del derecho penal, a fin de tutelarse lo que será realmente necesario; surge la pregunta entonces ¿Qué es realmente necesario?, a lo cual podría responderse de muchas formas, pero una de esas respuestas puede ser las que afecten directamente y duramente a la sociedad.

En el ámbito legislativo el incremento de las normas presentan un alcance capaz de establecer sanciones tanto a delitos graves, como a delitos que razonablemente son de bagatela, en este mismo orden de ideas también tenemos la macro-regulación en tipos penales, se pretende abarcar detalles de carácter cualitativo que generan, mayor número de delitos, mismos que se puede desprender que ya están inmersos en tipos penales “*dando relevancia al aspecto “cuantitativo”, el legislador afronta la hipertrofia punitiva, tratando de incidir sobre la bagatelización. Este fenómeno merece especial atención, porque responde no sólo a una necesidad práctica, de rebajar la sobrecarga del sistema penal, sino también a un principio de proporcionalidad entre la gravedad del ilícito y la gravedad de la respuesta sancionadora*”⁵

⁵ PALAZZO Francesco. *Principio de la Última Ratio e Hipertrofia del Derecho Penal*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Salamanca Cuenca, 2001.

Se hace entonces necesaria la racionalización punitiva a fin de dar por parte del legislador una respuesta sancionadora a conductas que merecen una sanción penal, y ello de conformidad con el bien jurídico afectado. Los delitos que objetivamente resultan insignificantes o bien su lesividad no es de consideración deberían ser despenalizados.

No cabe duda que el derecho al ser dinámico y una ciencia social varía, se modifica y cambia de conformidad con las épocas, los individuos como parte de una sociedad cambiante los intereses, problemas y necesidades cambian, con lo cual se requiere que las tutelas a los bienes jurídicos se modifiquen de conformidad con las necesidades. Para muestra los delitos utilizándose la tecnología ni siquiera eran previsibles para los años ochenta hacia atrás, pero lo cierto es que se han convertido en una modalidad generalizada para los delincuentes la utilización las redes sociales y sistemas informáticos, para la consecución de los fines delictivos, las transferencias electrónicas de dinero fraudulentas, la clonación de tarjetas, uso indebido de tarjetas, dentro de muchas otras modalidades.

Pretender que ante la aparición de nuevos tipos penales, así como la represión a través de penas de prisión cada vez más severas que contemplan los tipos penales ya existentes, será la solución al aumento de la delincuencia, resulta una falacia; el resultado de esta práctica legislativa ha demostrado que el legislador se ve motivado a crear tipos penales, con penas elevadas a fin de justificar la detención preventiva, al establecerse que si el delito es grave tendrá una pena severa y por ende se hace necesaria la detención

provisional del sujeto transgresor de la norma, así entonces las penas cada vez más elevadas van creando mella en el sistema, generándose una gran cantidad de detenidos, así como el abultamiento de los tipos penales.

Lo cierto es que las normas en no pocas ocasiones observan aumentos en la penalidad y creación de nuevos tipos penales, como resultado de la alarma social, lo cual desencadena aumento de la detención preventiva, así como también de las falencias en los centros carcelarios; que en definitiva no cumplen con estándares de resocialización y protección a los derechos humanos de los privados de libertad.

Ius Puniendi del Estado ¿prevención o represión?

El poder para establecer los delitos y las penas, es hegemonía única del Estado, como señala Arnel Medina Cuenca “*El derecho de castigar del Estado o Ius puniendi, como doctrinalmente se le conoce, es la facultad que se le ha otorgado al Estado para Imponer una pena o una medida de seguridad, ha adquirido rango constitucional y se integra por un sistema de principios, denominados limitativos al derecho de castigar, mediante los cuales se logra introducir una “barrera” ante posibles arbitrariedades*”⁶

⁶ MEDINA CUENCA, Arnel. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla México. ISSN 1870-2147, Vol.1, Núm 19 (2007). Pág.88.

Esta barrera continúa señalando más adelante el autor, que son principios que alcanzan rango constitucional, como son la legalidad, culpabilidad, humanidad, proporcionalidad, intervención mínima, igualdad, resocialización, presunción de inocencia, entre otros que se erigen como escudos protectores del individuo frente al poder del Estado. Y es que, al ser el Estado tan fuerte frente a los ciudadanos, particulares individualmente e incluso colectivamente, se requiere limitaciones a ese poder.

Cuando nos referimos al Ius Puniendi, es la forma como las sociedades contemporáneas formalizan el poder del Estado, un grupo de individuos determina que por su actuar otro grupo de personas serán sometidas a su coacción con el fin de imponerles una pena. Mediante este proceso se criminaliza y surge el sistema de conductas y normas que al violentarlas son la esencia del derecho penal. Esta se considera que se desarrolla en dos etapas, criminalización primaria y secundaria, la primera es el acto de sancionar una ley penal material, que incrimina o permite la punición de ciertas personas. Se trata de un acto formal meramente programático, que debe ser cumplido por las agencias que lo formulan. Mientras que la criminalización secundaria es la acción punitiva ejercida sobre personas concretas, que tiene lugar cuando las agencias policiales detectan a una persona, a la que se le atribuye la realización de cierto acto criminalizado primariamente.⁷ Pero para esta

⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal Parte General*. 2da ed. Buenos Aires Argentina. pag.7

segunda criminalización se requiere una investigación que realizara la entidad judicial previamente establecida para esta laborar y determinar de forma fehaciente si el sujeto cometió o no la conducta previamente establecida, de ser así le corresponde al juez, la aplicación de la pena y en la eventualidad que esa pena corresponda a privación de la libertad, corresponde el cumplimiento de la misma a un sistema penitenciario instituido para tal fin y en principio coadyuvar, en un crecimiento social del individuo que le correspondió la pena, llámese reeducación, reinserción, para que el sujeto, al momento de regresar a la sociedad en libertad, se integre exitosamente.

A este respecto, surge entonces el deber que la criminalización primaria, la cual es realizada, por diputados, congresistas, o las diferentes denominaciones que se le den al poder del Estado encargado de crear, el marco de la conducta, la cual se considerará finalmente en un tipo penal, que ante la población se le conocerá como un delito. Siendo entonces de suma relevancia esta etapa, de la creación de las normas penales, debiendo garantizarse que estas personas investidas del poder que les confiere el Estado, y elegidas por la población deberían ser los más capacitados, y con un alto sentido moral, lastimosamente no es lo que acontece en la mayoría de nuestros países latinoamericanos. La creación de la norma debe atender al fenómeno social, a la protección de bienes jurídicos de trascendencia, y no constituirse en un medio de publicidad.

No es indiferente al conocimiento de la mayoría que los medios de comunicación inciden en gran medida para que se creen nuevas normas, para que se sancione de forma

más severa algunos delitos, pero objetivamente pareciese que no se estudia el fenómeno criminológico, para entonces saber si es necesario o no punir una conducta o sancionar más severamente otra o si se requiere de una solución alterna, es entonces que para la satisfacción de las masas que han sido, sometidas a la opinión del medio de comunicación masivo y al hablar estos, con la autoridad de un conocimiento incuestionable, sucumben ante el populismo los creadores de las normas, a fin de mantener una opinión pública favorable; por ende van naciendo tipos penales inflados y represión ante situaciones que años atrás no se consideraban de gravedad o delitos, otros tipos penales que incluso, pueden enmarcarse en tipos penales existentes, cuya estructura no permite una investigación eficiente, sino que se confunde con otros tipos penales existentes, tales son los casos de los delitos, que han surgido relacionados a violencia de género.

Pero hasta qué punto son ¿los límites del Estado? ¿Para prevenir el delito?, ¿cuándo o como saber si, el Estado rebasa y entra en el ámbito de la represión injustificada?, se estará reprimiendo o previniendo, en la actualidad en nuestros países Panamá, México, la mayoría de los países hispanos de América.

Un asunto de relevancia con el *Ius Puniendi* es la legalidad, se sustenta sobre la base de los procesos para la creación de la norma, al seguirse una serie de pasos, que generan la norma entonces decimos que es legal, penalizar una conducta, el asunto que surge es las motivaciones que dieron lugar a penalizar o despenalizar o incluso ignorar conductas que pareciesen debían ser objeto de sanción, incluso normas con sanciones calificadas como de

irrisorias ante conductas que generan gran afectación a la población, como suelen ser los casos de corrupción, peculado en sus diferentes formas, fraude en las contrataciones públicas, en general los delitos contra la administración pública; muchas de ellas ocasionan graves daños pero la pena no es consona; pero las mismas al cumplir con los parámetros de creación de la norma pasan el filtro de la legalidad.

En Panamá, bajo la premisa de sancionar, mas severamente el delito, las penas se han aumentado exponencialmente, el catálogo de delitos se ha inflado, incluso se ha empezado a tutelar, mediante tipos penales, que ni siquiera tutelan bienes jurídicos, reconocidos, tal como el tipo penal que sanciona la sustracción violenta de material ilícito __ llámese drogas o estupefacientes __ con lo cual pareciera protegerse a la droga, no sea objeto de los denominados “tumbes” es decir que sea arrebatada de las manos de otro traficante las sustancias ilícitas, he allí que surge la duda sobre que se está tutelando, cuando en principio solo se protegen bienes jurídicos legalmente reconocidos, pareciese entonces que la tendencia es a reprimir las conductas y no necesariamente la protección de bienes jurídicos.

El *lus Puniendi*, como tal no siempre fue así, tiene antecedentes de larga oscuridad, visos de claridad, hasta encontrarnos en un momento histórico de la evolución de la humanidad y del derecho penal que no podemos negar, es la forma más segura para evitar la desproporcionalidad que generaba la venganza privada, que era un derecho incluso reconocido como fue la ley de Talión; “*El primitivo “derecho” individual de castigar ha*

pasado a ser una potestad pública (potestad represiva, mal llamada “derecho subjetivo de punir”), cuyo ejercicio está condicionado al de la potestad (formal) de realizar el derecho sustantivo, o sea, al poder super- partes de ejercicio obligatorio tendiente a descubrir la verdad y administrar justicia.

Solo en este sentido histórico _mirando el pasado_ podría pensarse que la voluntad del Estado se ha sustituido a la voluntad de los particulares”⁸

En la etapa primitiva que nos referimos legitimarse era sinónimo de imponerse a la fuerza, por la destreza y el uso de habilidades, e incluso los fenómenos naturales influyeron para que se obligara e impusieran, gobernantes bajo la premisa de la autoridad divina y así evitar males mayores, esto para el caso de grupos étnicos en los cuales los sacrificios humanos eran necesarios, para saciar el deseo de los dioses, de esta manera conseguirían mejores cosechas u otros beneficios, incluso la iglesia establece las formas de aplicar penas, procedimiento y ejecución para la época de las monarquías. Todo lo cual va cambiando, con el surgimiento de pensadores y filósofos en distintas épocas, que propugnaban por derechos y criticaban los sistemas existentes.

El Estado concebido a través de los tiempos ha evolucionado, primero el Estado territorial, luego el Estado Feudal, posteriormente el Estado Absoluto, y es para el siglo XVIII

⁸ VELEZ MARICONDE, Alfredo. *Derecho Procesal Penal*. Tomo II, edit. Marcos Lerner, Argentina, pág. 16.

que surge el Estado de Derecho, consolidándose en el siglo XX, siendo el que prima en la actualidad; entonces el Estado de derecho se configura en una unidad de poder, que surgió “*porque, frente a la arbitrariedad del absolutismo, tanto individuos como sectores sociales no sólo buscaron seguridad para sus personas, bienes y propiedades, sino, además, exigieron garantías y protección efectiva para su libertad*”⁹. Garantía, libertades y derechos que abordaremos más adelante, pero que, en principio en virtud, del poder que despliega el Estado, corresponde su deber de garantizar las anteriores.

Sin lugar a dudas el Estado tiene dentro de sus muchas funciones que van dirigidas a mantener normas de convivencia entre las personas y a la protección de los derechos de quienes viven o transitan por sus fronteras; la venganza privada desaparece, siendo el Estado el único, con la potestad de crear normas y ejecutarlas a través del engranaje judicial “*Por el imperio del Derecho Penal sustantivo, la potestad represiva del Estado __ por eso llamado derecho sustantivo de punir__ queda sustancial y formalmente definida, disciplinada y limitada, de suerte que solo puede proyectarse en la órbita del derecho: este gobierna estrictamente la actividad del Estado, cuyos órganos tienen la obligación de actuar dentro de un marco que excluye en máximo grado toda facultad discrecional*”¹⁰. Pese a esa prerrogativa única del Estado de crear las leyes, por las cuales se deben mantener al margen

⁹ GARCIA RICCI, Diego. *Estado de Derecho y Principio de Legalidad*. Texto sobre Derechos Humanos. México 2011. Pag.22

¹⁰ VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. Op. Cit. pág.19

los individuos, de transgredir las mismas o hacerse justicia por sus propias manos, pero a su vez el Estado establece las conductas y las reglas de procedimiento que se seguirán, dejando de lado la posibilidad arbitrariedades por los órganos jurisdiccionales, como la creación espontánea de delitos, para aplicar a alguien.

El Estado de derecho democrático, tiene como objetivo asegurar la convivencia pacífica, castigar a los transgresores de la norma y sumado a ello la protección de derechos fundamentales de los individuos, señala Octavio Alberto Orellana que *“Con el nacimiento del Estado Liberal se abrió paso al llamado Estado de derecho democrático, donde el sistema de gobierno político esté sujeto a la voluntad mayoritaria de los ciudadanos, que constituye la esencia de este tipo de Estado”*¹¹ con lo cual ya el poder no emana de una sola persona, pero el Estado de derecho liberal no lo fue en toda su extensión de la palabra, aun cuando así lo predicaba este modelo de Estado, que garantizaba los Derechos Fundamentales del hombre, pero al parecer solo para una clase minoritaria, ya que la lucha de las clases marginadas frente al poder político y económico, continuo y dio lugar al llamado Estado de derecho democrático.

En este Estado de derecho democrático, se tiene por objeto asegurar la convivencia humana y social en las mejores condiciones posibles, y que el imponer penas a quien viole las leyes penales, es un derecho del que no debe claudicar y una obligación, pues la

¹¹ ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. La Individualización de la pena de prisión. Edit. Porrúa, México 2003.

Pág.17, 18.

impunidad es un cáncer para la sociedad tan grave como la propia delincuencia. Siendo así el *Ius puniendi* es un derecho y corresponde al Estado. En el contenido o esencia, de ese derecho a castigar, se ubica el delicado equilibrio entre la protección de los derechos fundamentales del individuo, y los de la sociedad; entre los primeros destaca la vida y la libertad; entre los segundos el orden, la paz y la convivencia armónica.¹² Este último detalle que menciona Orellana del delicado equilibrio entre protección de derechos fundamentales de los individuos y la sociedad que corresponde al Estado lograr, sin ignorar lo uno o lo otro es sin duda una labor de dimensiones extraordinarias.

Como hemos señalado el *Ius Puniendi* ese poder del Estado a punir conductas conlleva el paradigma *Iuspositivista*, el cual alcanza la tutela de bienes jurídicos, en cuanto a ¿que debe ser punible?, por la égida del Estado, consecuentemente la tutela alcanza el ámbito procedural; la positivación de las conductas humanas elevadas a la categoría de delito conllevan la aplicación de sanciones y luego entonces se describe el procedimiento a seguir, he allí el momento en el cual el Estado determina cómo y cuándo se aplican medidas cautelares personales y se crean delitos.

Pero a pesar de este modelo la realidad de los pueblos no ha escapado a nuevas formas tiranas por lo que Elías Díaz, ha creado cuatro rasgos fundamentales para distinguir

¹² ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. Ibídем. Pág.17, 18.

al Estado de Derecho de las formas contaminadas, señalándose 1. El imperio de la Ley, 2. División de poderes, 3. Legalidad de la Administración, 4. Derecho y Libertades Fundamentales: Garantía jurídico-formal y efectiva realización formal, las cuales pasamos a explicar.

a. El imperio de la Ley:

Concretamente debe ser entendida como las leyes que crea un órgano del Estado, llámese parlamento o legislativo, cuya elección surge de la decisión de la mayoría por ende los habilitados por la voluntad popular para crear las leyes; pero las leyes ordinarias deben estar sujetas a la constitución como ley fundamental.

b. División de poderes:

Para que funcione un Estado, sin los abusos de poder por un sector, es indispensable la separación de los poderes o de lo contrario se regresaría a las formas absolutistas del poder, o bien las dictaduras; sin embargo, sin controles la anarquía sería rampante en una sociedad. Con lo cual el Estado de Derecho soluciona con un sistema al cual se le denomina de pesos y contrapesos, para así lograr un balance, en el cual el ejecutivo no sea “hiper-presidencialismo”, el poder judicial que administre justicia, con completa independencia de los otros poderes del Estado y el legislativo cree normas sin inmiscuirse en las funciones de los otros dos poderes.

c. Legalidad de la Administración:

“La Administración Pública en un estado de derecho deberá ser controlada por el

legislativo, este principio implica el sometimiento de la administración pública a la ley: sólo puede llevar a cabo los actos permitidos por la ley”¹³, es decir entonces que en un Estado de derecho el control de la administración pública usualmente deberá ser vigilado por el poder legislativo, a través de los procesos contenciosos administrativos, juicios políticos.

d. Derecho y Libertades Fundamentales: Garantía jurídico-formal y efectiva realización formal:

Sobre este punto gravita el eje central de un Estado de derecho, no sólo se trata de certeza jurídica, sino que se garantice, proteja y realicen los derechos humanos y libertades fundamentales a cada uno de los ciudadanos que conforman el conglomerado social.

Ahora bien más recientemente se ha abordado un nuevo paradigma de Estado; el Estado Constitucional de Derecho, el cual implica la existencia de un Estado de Derecho, pero elevado a la categoría de Constitucional, “El Estado de derecho quiere expresar el sometimiento del Estado a un conjunto de normas e instituciones jurídicas, sin embargo, el Estado Constitucional específica que es la constitución a lo que ante todo y primariamente se somete el Estado”¹⁴, la concreción del Estado Constitucional, a diferencia del Estado social de derechos, pretende un alcance más allá de los derechos denominados de primera y segunda generación, tomando derechos más novedosos, como el derecho a la paz, al

¹³ ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. Ibídem. Pág.36.

¹⁴ AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique. Op. Cit. pág.71-72

medioambiente, de los consumidores, calidad de vida o libertad informática acaecidos durante la revolución tecnológica o digital,¹⁵ de igual modo la norma constitucional busca ser de mínimos contrario al Estado de derecho que pretende regular absolutamente todo, en cambio el constitucionalismo busca dirigir el ordenamiento jurídico con la finalidad de garantizar los derechos fundamentales.

Hecho referencia del Estado de Derecho, del Estado Constitucional de Derecho y el Estado Social de Derecho, se aprecia entonces que los derechos fundamentales, deben ser garantizados por el Estado a todos sus miembros, incluso para aquellos que han transgredido normas, creadas y contempladas para lograr la convivencia social pacífica, concretamente para el estudio que nos ocupa aquellos individuos que enfrentan procesos penales en libertad.

1.3.1. Principio de Legalidad:

Con la existencia de un Estado democrático, surgen simultáneamente los tres poderes del Estado, ejecutivo, legislativo y judicial, mismos que se sirven como contrapeso para que exista un balance, esto es lo que existe por lo menos en teoría. El poder legislativo, crea las leyes que serán las que regirán la conducta que deben seguir los ciudadanos de ese Estado, normas definidas, publicitadas, de tal manera que nadie en principio deba

¹⁵ AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique. Ibídем, pág.76

transgredir la norma por falta de conocimiento; luego estos catálogos de normas son entregados, para su sanción por delegación al poder judicial.

Lo anterior es explicado por Eduardo Ángel Russo al indicar que *“El marco abierto Kelseniano no es sino una forma de expresar la cuota de poder que se delega (o que se pierde) frente al órgano aplicador de la norma, y, al mismo tiempo del que no se delega. Este juego de delegación y objetivación del mandato primitivo que da lugar al principio de legalidad permite, a su vez, estudiar la norma como una pauta de predecibilidad de la conducta del órgano aplicador, lo que constituye el equilibrio dinámico del sistema (homeostasis)”*.¹⁶ Continúa señalando el autor que en base al conocimiento operativo que ya tiene el órgano al cual se le delegó el mandato, es razonablemente predecible el comportamiento de éste, frente a casos concretos en los cuales debe aplicarse la norma, esto brinda seguridad jurídica a los asociados, esa seguridad se verá reforzada cuando existen instancias revisoras de actos de aplicación de la norma.

Para Jorge Alberto Mancilla Ovando, al referirse a los preceptos constitucionales que consagran el principio de legalidad en la República Mexicana advierte que los artículos 14 y 16, ordenan que las atribuciones de los órganos del Estado solo tienen validez si se encuentran establecidos en la ley. Señala que tienen un sistema legalista puesto que los

¹⁶ RUSSO, Eduardo Ángel. Teoría General del Derecho En la modernidad y en la Posmodernidad. Tercera edición. Edit. LexisNexis Albeledo –Perrot, Buenos Aires Argentina. Pag.312.

preceptos anteriores, establecen que solo pueden afectarse la esfera jurídica de los gobernados de existir la ley, la que a su vez debe estar en vigencia con anterioridad a la conducta para que pueda encuadrar el contenido de la norma¹⁷.

Legalidad presupone la existencia de un ordenamiento jurídico, permitiendo a las personas hacer todo aquello que la ley no prohíba, pero con respecto a la autoridad estatal esta sólo puede actuar conforme se lo permita la ley, por lo tanto existencia de sujeción a la ley; Pedro Salazar advierte que para la efectiva legalidad se requiere: 1) *la existencia de un cuerpo normativo emitido por una autoridad jurídicamente reconocida*; 2) *dicho cuerpo normativo debe estar integrado por normas estables, prospectivas, generales, claras y debidamente publicadas*; 3) *la aplicación de normas a los casos concretos debe ser ejecutada por una institución imparcial, esto es, tribunales previamente establecidos, mediante procedimientos normativos accesibles para todos, que garanticen que toda pena se encuentra debidamente fundada y motivada*¹⁸.

Sin un cuerpo normativo la legalidad no deja de ser más que una falacia, se requiere de un punto de partida con las reglas claramente establecidas, pero por una autoridad jurídicamente constituida por lo tanto legitimada para la creación de la normativa que

¹⁷ MANCILLA OVANDO, Jorge Alberto. Las Garantías individuales y su aplicación en el proceso penal. Séptima edición, edit. Porrúa, México. Pág.4

¹⁸ SALAZAR, Pedro. “Una aproximación al concepto de legalidad y su vigencia en México”, en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 9, p. 200

regirá. Aunque no se puede perder de vista que este cuerpo normativo, no en pocas ocasiones atiende a intereses políticos, sectoriales, demandas populistas; no obstante, pese a esto; están legalmente establecidas, por lo que existe un cuerpo legal al cual ceñirse.

El artículo 31 de Constitución nacional panameña advierte que: “Sólo serán penados los hechos declarados punibles por Ley anterior a su perpetración y exactamente aplicable al acto imputado”.¹⁹ Esta norma constitucional, viene a dejar plasmado de forma contundente la necesidad que sea estable los hechos declarados como punibles, la finalidad es que sea conocida y respetada por los asociados, por lo tanto, su publicación se hace absolutamente necesaria, de modificarse constantemente se perdería seguridad jurídica al respecto, si no se publicara.

De suprema importancia resulta la aplicación de la norma a los casos concretos, lo cual deberá ser tarea de los Tribunales de Justicia, mismos que deben ser de fácil acceso, y estar establecidos previamente; esto atiende a que se imposibilite crear un Tribunal únicamente para juzgar a un individuo determinado, lo que demostraría que la constitución de dicho Tribunal, sería ilegítimo y que pretende beneficiar o por el contrario perjudicar a esta persona, lo cual vulneraría los derechos fundamentales.

¹⁹ Constitución Política de la República de Panamá. Edit. Mizrahi & Pujol. Pág.317.

La positivación de la conducta humana por parte del Órgano Legislativo mayormente; no atiende a criterios científicos, estudio de campo o bien de un análisis con respecto a la conducta que conculca bienes de la sociedad, en mayor medida, ¿que motiva al individuo a realizar la conducta?, sino que por el contrario, es producto del intempestivo deseo de reprimir bajo la premisa de protección del Estado de sus ciudadanos ante ciertos actos que la sociedad queja o bien por intereses privados de la clase que ostenta el poder de turno, estos son algunos de los escollos con los que aún hay que lidiar, pero que poco a poco van mejorando.

1.3.2. Principio a la seguridad Jurídica:

La Seguridad Jurídica brinda certeza y confianza a los miembros de una sociedad, con respecto a que los derechos son previsibles y la norma no debe variar de forma constante, por lo tanto, razonadamente se puede prever y conocer el ordenamiento jurídico, el cual es constante. Ahora bien, esto no significa que, para que exista seguridad jurídica, el ordenamiento no podrá cambiar; muy por el contrario, al tratarse el Estado de Derecho, de un ente dinámico, este se adecua a los cambios que requieren los tiempos, lo cual sucede de forma gradual y paulatina.

Para Jorge Ignacio de Aquilino, señala que el tema de la seguridad jurídica, bajo cualquier enfoque, es complejo y de difícil análisis en todo sistema del cual se quiera hablar, ya que al presentarse como un valor que, junto con la justicia, constituye uno de los ideales

del derecho.²⁰

Al ser un ideal el derecho en ocasiones resulta entonces ilusorio pretender satisfacer su plena dimensión operativa, al momento de ligarse con la justicia, para Pérez Luño, se distinguen dos acepciones básicas, una exigencia objetiva de regularidad estructural y funcional del sistema jurídico a través de sus normas e instituciones lo que sería la seguridad *stricto sensu*, y en la segunda faceta que es la subjetiva que se presenta como certeza del derecho, es decir que se presenta como certeza del Derecho; es decir como proyección en las situaciones, de la seguridad objetiva, que requiere de la posibilidad del conocimiento del derecho por parte del individuo que es destinatario, algo que se materializa con adecuados medios de publicidad para que el sujeto sepa con claridad y de antemano aquello que le está mandado, permitido o prohibido²¹.

Vista la seguridad jurídica desde la óptica antes mencionada, se refiere primero a la estructura, el sistema donde se materializa, el ordenamiento jurídico y donde acceden las partes de un proceso judicial y el otro punto viene dando directamente la seguridad que deben tener las partes, que existe un procedimiento a seguir para su caso, que está perfectamente definido, que no habrá cambios y que lo que se resuelva será lo más justo.

²⁰ AQUILINO, Jorge Ignacio. El Estado de Derecho Latinoamericano. Integración Económica y Seguridad Jurídica en Iberoamérica. Ed. Universidad Salamanca, 2003, España. Pag.122.

²¹ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. La Seguridad Jurídica. 2da ed. Ariel Derecho. Pag.140-142

1.3.3. Acceso a la Justicia:

En principio la justicia, se aplica a todos los individuos de una sociedad por igual, ya sea hombre o mujer, sin discriminación, de raza, condición social o creencia religiosa; no obstante acceder a la justicia no siempre es sencillo, en ocasiones precisamente por los mismos puntos antes mencionados, por lo que se hace necesario remover aquellas barreras que imposibilitan a todos los individuos al acceso a la justicia.

El acceso a la justicia está contemplado en la Constitución Política de Panamá en el artículo No.17 dispone: *“Las autoridades de la República están instituidas para proteger en su vida, honra y bienes a los nacionales dondequiero que se encuentren y a los extranjeros que estén bajo su jurisdicción; asegurar la efectividad de los derechos individuales y sociales, y cumplir y hacer cumplir la Constitución y la Ley. Los derechos y garantías que consagra esta Constitución, deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona”*²²

La Constitución Política de Panamá, establece el compromiso de las autoridades panameñas, en proteger derechos fundamentales de las personas, tanto de nacionales como extranjeros; desprendiéndose el acceso a la justicia, como punto de suma relevancia

²² Constitución Política de la República de Panamá. Gaceta oficial No.25176 de 15 de noviembre de 2004.

es necesario que las partes o los interesados en un proceso accedan con facilidad a plantear sus situaciones y recibir respuesta en tiempo razonable.

Continua la Constitución política de Panamá en su artículo 201 señalando que “*La administración de Justicia es gratuita, expedita e ininterrumpida. La gestión y actuación de todo proceso se surtirá en papel simple y no estarán sujetas a impuesto alguno. Las vacaciones de los Magistrados, jueces y empleados judiciales no interrumpirán el funcionamiento continuo de los respectivos tribunales.*”²³

El hecho que la justicia sea gratuita es de gran trascendencia para el acceso a la justicia, de igual forma que esta sea ininterrumpida y expedita, garantiza que quien se acerca a reclamar un derecho en principio encontrara respuesta prontamente y de forma gratuita.

Al artículo 215 de la Constitución Política también señala que: “*Las leyes procesales que se aprueben se inspiraran, entre otros, en los siguientes principios.*

- 1. Simplificación de los trámites, economía procesal y ausencia de formalismos.**
- 2. El objetivo del proceso es el reconocimiento de los derechos consignados en la ley substancial.”**²⁴

Esta norma Constitucional tiene trascendencia en materia de acceso a la justicia, ya que

²³ Constitución Política de Panamá, Título VII La Administración de Justicia Capítulo 1, Órgano Judicial, Artículo 201

²⁴ Constitución Política de Panamá. Ibídém. Artículo 215

reconoce la importancia de la ausencia de formalismos, y advierte que el objetivo del proceso es el reconocimiento de derechos que precisamente reconoce la ley.

Esta tutela de derechos fundamentales, en relación a la tutela judicial efectiva la observa el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, cuando establece que:

“Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o 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, aun cuando tal violación sea sometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. Los Estados Partes se comprometen: a). a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que imponga el recurso; b). a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c). a garantizar el cumplimiento por las autoridades competentes, de toda decisión en que haya estimado el recurso”²⁵

Lo anterior indica que cuando una persona, siendo sometida al escrutinio de una autoridad competente, siendo respetadas sus garantías fundamentales en principio, ésta puede que considere que se le han vulnerado sus derechos, el Estado debe garantizar el

²⁵ Convención Americana de Derechos Humanos.

acceso a un recurso legal ante autoridad competente a fin de revisar la decisión, en Panamá este recurso sería el Amparo de Garantías Constitucionales.

Las implicaciones del derecho al acceso a la justicia, según Javier Llobet Rodríguez, radican en que *“el acceso a la justicia implica el derecho que tienen las personas, ya sea como demandantes o demandadas, víctimas o imputados de reclamar sus derechos en sede administrativa o judicial, en forma individual o colectiva, o bien de resolver las discusiones sobre los mismos por vías alternas. Tiene un carácter instrumental, de modo que la vía administrativa y la judicial deben ser eficaces y sencillas para la tutela de los derechos, debiendo los reclamos ser resueltos en un plazo razonable y en forma imparcial. Además, los reclamos que se presenten deben ser resueltos respetando el debido proceso y en forma transparente lo que exige la fundamentación y la publicidad”*²⁶.

El acceso a la justicia implica el derecho que tienen las personas, ya sea como demandantes o demandadas, víctimas o imputados, de reclamar sus derechos en sede administrativa o judicial en forma individual o colectiva, o incluso el Estado debe facilitar que las discusiones o problemas puedan resolverse por vías alternas, es dar todas las facilidades a los usuarios del sistema, a fin de cuenta todo el engranaje judicial existe y su razón de ser se debe a los individuos que de una u otra manera hacen uso del poder judicial.

²⁶ RODRÍGUEZ, Javier Llobet. Acceso a la Justicia y Derechos Humanos en Panamá. Módulo Auto formativo. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José Costa Rica. Pag.20

El acceso a la justicia tiene un carácter instrumental, no debería reclamarse sino deberían accesarse sin problemas cuando haya la necesidad, de tutela de los derechos, debiendo recurrir a los reclamos, deben ser resueltos en un plazo razonable y en forma imparcial, por parte de tribunales de justicia y la esfera administrativa. Además, los reclamos que se presenten deben ser resueltos respetando el debido proceso y en forma transparente lo que exige la fundamentación y la publicidad.

El Sistema Interamericano de los Derechos Humanos, en sus estándares sobre acceso a la justicia como un derecho humano, destaca; los siguientes puntos en los cuales el Estado debe intervenir de forma positiva, removiendo obstáculos o facilitando el acceso a la justicia de forma efectiva; ya que se identificaron una serie de situaciones que imposibilitan el ejercicio real del derecho al acceso a la justicia; dentro de estas situaciones podemos mencionar:

1. El derecho de acceder a la justicia y la obligación de remover obstáculos económicos para garantizar derechos sociales, está ligado no solamente a evitar, sino también al hacer. El acceso a la justicia desde la perspectiva de una defensa gratuita, no sólo debe circunscribirse a la gratuidad, sino también a la calidad de la misma. Sería inoperante el acceso a la justicia sin una defensa de calidad, o bien desde el otro extremo sin una representación para la víctima del delito.

Con respecto a las víctimas del delito, es una realidad por lo menos en Panamá, que

la asistencia a las víctimas de forma gratuita, era muy limitada, por diferentes factores, primero solamente está disponible, para personas con un ingreso de salario mínimo, partiendo negativamente con respecto de esta asistencia ya que no necesariamente alguien, con un mejor salario este en capacidad de costear gastos de abogados particulares; desde ese plano inicia la desigualdad ya que para la defensa pública, se garantiza sin que medie ingresos económicos. En la actualidad con el Sistema Penal Acusatorio, todas las personas que son víctimas pueden solicitar la asistencia de un defensor público de víctimas de forma gratuita.

No en pocos casos, una víctima está en desventaja económica con respecto a su agresor, como sucede en los casos de violencia doméstica o los delitos contra la Fe Pública, entre otros.

Pasaremos a mencionar algunas falencias identificadas por el sistema Interamericano de los Derechos Humanos y reconocido por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos en algunos fallos:

a. La obligación de proveer servicios de asistencia jurídica gratuita:

Como señalara en líneas precedentes los servicios de acceso a la justicia, no se limitan únicamente de permitirles a todos los ciudadanos a interponer sus denuncias, en el Ministerio Fiscal, asistir a las audiencias, sino que se trata más que eso de lograr que los intervenientes, cuenten con igualdad de armas, la defensa pública, eficiente y profesional, al igual que el representante de la víctima.

b. Los costos del proceso, la localización de los tribunales y el derecho a acceder a la justicia; en no pocas ocasiones es un gran obstáculo para aquellos individuos. Las áreas rurales o bien aquellas zonas con poblaciones pequeñas y distantes de cabecera de distritos, cuyo transporte no sólo es irregular, poco eficiente, sino también muy costoso para la economía, de la población que habita en dichas áreas; se requiere entonces que la justicia llegue a ellos, con otras alternativas como justicia comunitaria, creándose los juzgados de paz, o similares que permitan, un acceso real a la justicia así como también el profesionalismo de defensores no solo para el sindicado sino también para la víctima.

c. Situaciones de exclusión sistemática del acceso a la justicia:

Constitucionalmente se reconoce que todos los individuos son iguales, que no existe fueros ni privilegios, por razones de condición social o raza, no obstante, tácitamente, no se encuentran en plano de igualdad todos los ciudadanos, cuando de acceder a la justicia se trata, recientemente, la CIDH ha comenzado a destacar la situación de ciertos sectores sociales que atraviesan procesos estructurales de desigualdad y exclusión, y, se ven, consecuentemente, imposibilitados de acceder a la justicia.²⁷

Para exemplificar la denegación de justicia por situación racial, es pertinente

²⁷ www.Cidh.org>countryrep

traer a colación el Caso Simone André Diniz, es un ejemplo tangible, de denegación de justicia por razones meramente, de raza, a la denunciante se le había negado la posibilidad de obtener un empleo por ser afro-descendiente, a pesar que dentro de las investigaciones resulto palpable, que la señora Diniz no fue considerada para el empleo, ya que de forma abierta se le preguntó cuál era el color de su piel, y al indicar que era negra, de inmediato se le indicó, que no aplicara ya que no cumplía con los requisitos del empleo.

La señora Diniz denunció la discriminación racial sufrida, pero el Ministerio Público resolvió que no existía base para impulsar una acción penal por el delito de racismo. El juez, de la causa consideró los argumentos de la fiscalía y de igual forma decidió el archivo de las actuaciones.

La Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, en su informe de fondo, con relación al caso concluyó que el Estado no garantizó el pleno derecho a la justicia y al debido proceso, pues no condujo debidamente los recursos internos para determinar la discriminación racial sufrida por la víctima y que con ello violó los derechos consagrados en los artículos 8.1 y 25 en conjunción con el artículo 1.1 de la Convención Americana, de igual modo las recomendaciones incluían Conceder apoyo financiero a la víctima para que pudiera iniciar y concluir un curso superior; establecer un valor pecuniario que se pagará a la víctima a título de indemnización por daños morales; así como también realizar las modificaciones legislativas y administrativas necesarias para que la legislación contra el

racismo sea efectiva²⁸.

En cuanto a la existencia de obstáculos económicos en el acceso a los tribunales para el impulso de causas por el delito de racismo, la Corte Interamericana de los Derechos Humanos destacó; que el autor de un insulto racista en el Brasil, en la mayoría de los casos, queda impune. Según abogados de organizaciones afro-brasileras, el hecho de que el insulto racista no esté encuadrado en la Ley 7716/89, crea un obstáculo en la administración de justicia pues el insulto, según el Código Penal brasileño, es delito de acción privada y depende de la iniciativa de la víctima para ser iniciado. Por su parte, la mayoría de las víctimas de racismo en el Brasil es pobre y no tiene cómo contratar los servicios de abogados. El acceso a la justicia de esta forma también queda limitado. En Panamá los delitos contra el honor los afectados requieren accionar la vía judicial a través de querella y muchos no lo hacen por desconocimiento o falta de recursos.

El caso Diniz, trata de un caso de enorme trascendencia en el marco del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos, pues la Comisión identificó expresamente la existencia de una práctica sistemática por parte del Poder Judicial de Brasil tendiente a desestimar la aplicación de la legislación antirracismo del país. En consecuencia, la Comisión Interamericana destacó que esta práctica genera una situación generalizada de

²⁸ www.cidh.oas.org/annualrep/2006sp/Brasil12001sp.htm Cfr. con Addenda No.1 Informe No.66/06, caso 12.001 Merit Simone André Diniz Brazil. 21 de octubre 2006.

desigualdad en el acceso a la justicia para quienes son víctimas de discriminación racial.

Igualmente, en su informe “Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas”, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se refirió en particular a las dificultades en el acceso a la justicia que enfrentan las mujeres afro-descendientes y los pueblos indígenas. En relación con el primer grupo, la CIDH destacó:

Las mujeres afro-descendientes ubicadas en zonas rurales marginadas, cohesionadas en grupos sociales pequeños, que aún mantienen sus idiomas, tradiciones y costumbres, y en ocasiones sus propios sistemas de justicia, deberán enfrentar problemas de accesibilidad geográfica, de falta de comunicación con los operadores judiciales en sus propios idiomas, de manejo del contexto, así como de falta de recursos económicos, similares a los que deben enfrentar las mujeres indígenas y que en ocasiones, pueden configurar una doble discriminación, por ser mujer y por ser afro-descendientes o ser indígenas (...) Esta situación no dista, de la que deben sufrir las mujeres afro-descendientes ubicadas en zonas urbanas, donde las dificultades para acceder a remedios judiciales efectivos, están asociados con su situación de marginalidad económica y con el color de la piel. Consecuentemente en aquellos espacios, donde el factor económico y de marginación social ha sido superado, las dificultades generalmente están relacionadas con el color de piel...²⁹

²⁹ <http://www.cidh.org/countryrep/AccesoDESC07sp/Accesodesci-ii.sp.htm>

De lo anterior se desprende que, en efecto, en la actualidad no contamos con un acceso real a la justicia operativa, aunque mucho se ha avanzado y cada día los avances son notorios, de la existencia de una justicia igual para todos, lo cual se plasma en blanco y negro, es decir en la normativa aún falta camino por recorrer.

1.3.4. Principio de Legitimidad:

Podría decirse que la legitimidad es la capacidad de un grupo o persona (poder), que logra obediencia sin necesidad de recurrir a una coacción activa, la fuerza constante. Pero la legitimidad va más allá de la necesidad que llegar al poder, la pretensión se centra en lograr mantener el poder, bajo el paradigma de legalidad, por lo tanto, en la actualidad se interrelacionan en un círculo.

La legitimidad encuentra sus raíces en las épocas de las monarquías en las que, la fundamentación de mantener el poder en una determinada familia encontraba sustento, en lo mítico, divino y la costumbre; pero ese ejercicio ya no es suficiente en épocas de mayor civilización *“Los principios de legitimidad no son más que ensayos de justificación del poder, explicaciones que pretenden fundamentar el derecho del gobernante a mandar y el deber de los gobernados a obedecer”*³⁰, en principio lo que nos aleja de la situación anterior en épocas pasadas tiene su fundamento en que individuos libres e iguales definen el

³⁰ MARTÍNEZ FERRO, Hernán. Los principios de la legitimidad política (Ferrero y los genios invisibles de la ciudad). Revista Diálogo de Saberes. ISSN 0124-0021 Julio-Diciembre de 2009. Pag.203

procedimiento que se lleva para legitimar a sus gobernantes Jürgen Habermas, parafraseado por Ignacio Carrillo Prieto, señala que la legitimidad de un orden de denominación, se juzga por la creencia de legitimidad por aquellos que se encuentran sujetos a ella. Se trata de una creencia que las estructuras, creencias, decisiones, acciones de un Estado son correctas, adecuadas, moralmente buenas y que por ello merecen reconocimiento.³¹ Ciertamente cuando los miembros de una sociedad, sienten que el gobierno, hace su trabajo, que sus gobernantes y normas que se expiden son a favor y en beneficio de todos; las normas presentadas por el parlamento suelen ser aceptadas, sin mayores inconvenientes, las consideran correctas y hasta moralmente adecuadas, ese reconocimiento permite la legitimación, pero si por el contrario las normas expedidas por el poder del Estado destinado a esta misión, impone normas que afectan a la población en efecto, será casi imposible legitimarlas ante el levantamiento de las masas en contra de las mismas.

La separación entre el derecho y la moral, lo cual sería la separación entre la legitimación interna y la legitimación externa, como señala Ferrajoli, son juicios de valor o de deber ser, son juicios de hecho que se refieren solamente a la existencia de normas, es decir a su permanencia en el derecho positivo, el derecho como es y el derecho como debe ser³², todo lo cual sin duda ha permitido, nuevas corrientes de pensamiento, que han

³¹ <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/gac/cont/16/pr/pr26.pdf>

³² LUIGI, Ferrajoli. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Edit. Trotta. Decima edición 2011. Pag. 355.

llevado a proteger al individuo, incluso al transgresor de la norma, ya no solo visto como un infractor sino como un ser humano, que pese a su actuar, debe garantizársele, sus derechos humanos y buscar la reinserción del individuo en el grupo social, que tratarlo en función de una venganza, en nada distinguiría, al transgresor de la norma, del que en principio está en mejor capacidad de imponer la sanción.

En materia penal no cabe duda que la obligación de perseguir y acusar, es por parte del Estado, principio de oficiosidad ejecutada por el Ministerio Fiscal, desde el momento en que exista la sospecha que se ha cometido un delito, luego de investigar también le corresponde al Ministerio Público la acusación, quien luego de terminada la etapa investigativa la debe presentar. No obstante, cabe otra salida al proceso a través del principio de oportunidad, dándosele la autoridad a la Fiscalía de que aun cuando existan elementos suficientes en la investigación para la acusación se abstenga de esta.

La obligación de acusar sigue rigiendo como máxima del principio de legalidad, la fiscalía está obligada a practicar las investigaciones a consecuencia de todo hecho punible y perseguible en tanto existan indicios materiales suficientes y si las investigaciones ofrecen motivos suficientes, debe promoverse la acusación.³³

No obstante, hay excepciones a la obligación de acusar; quebrantándose el principio

³³ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Editores del Puerto, Argentina. Pag.90

de legalidad, cuando la criminalidad es particularmente leve, existiendo cuatro grandes grupos para ser sobreseído; el primero atiende a cuando el reproche por el hecho es insignificante y no existe ningún interés por la persecución penal, en este caso la afectación es de tan poca relevancia que es mejor para el estado no ocuparse de ella.

Otro caso puede ser, que cuando el interés por la persecución penal, puede ser satisfecho de otro modo; para tal caso se puede aplicarse condiciones; o bien cuando a él le son opuestos intereses estatales prioritarios. El cuarto supuesto atiende, cuando el ofendido puede llevar sí mismo la persecución penal, esto de conformidad con lo señalado por Roxin en la doctrina alemana.

Aunque en nuestro derecho a pesar que debería aplicarse más el principio de oportunidad, el mismo no ser utilizado con frecuencia, ni siquiera en los casos donde es evidente que aplicar principio de oportunidad sería lo más razonable dado lo insignificante del hecho; ello atiende a diferentes situaciones o dificultades que observan los fiscales, de acogerse a aplicar este principio.

El primer inconveniente en el sistema mixto radicaba en aspectos de carácter administrativo, el archivo de los expedientes físicos, que aun en algunos distritos judiciales existen, ya que, al enviarlos a los juzgados, luego de haber decidido un sobreseimiento provisional o definitivo, corresponderá el archivo de los mismos a los tribunales judiciales. Y el segundo inconveniente surge por políticas institucionales o bien por el temor de la

opinión pública, que al ser insaciable las críticas por parte de medios de comunicación, prefieren que la decisión sea tomada por el juez.

La legitimidad, presupone la existencia de normas existentes al momento de su aplicación, por ende, hay seguridad jurídica, para los individuos que forman parte de una sociedad, dentro de un Estado, donde se ejerce en el evento que sea necesario el *Ius Puniendi*, como garantía de protección a los ciudadanos, pero también como represión a actos por parte de los asociados, que sean contrarios al ordenamiento jurídico.

1.3.5. Sistema Penitenciario entre la legalidad y la realidad

Luego de haber hecho mención del poder del Estado y como está legitimado para imponer penas, a los transgresores de la norma, debiendo pasar por un proceso judicial legalmente instituido para hacer cumplir la ley; tenemos que referirnos a los centros penitenciarios donde se cumple la pena a imponer más severa (dejando de lado la pena de muerte que no existe en Panamá), pero como la finalidad de este trabajo no está destinada a la pena de prisión, sino a las medidas cautelares, la más severa es precisamente la que se cumple en estos mismos centros, refiriéndonos a la medida cautelar de detención provisional, a la cual me referiré más adelante en otro capítulo con más detalle.

Parece oportuno en este momento aclarar la diferencia que existe entre cárcel, prisión y penitenciaría. “Cárcel” que proviene del latín *carcer-eris*, indica un “local para los presos”, la cárcel es el edificio donde cumplen condena los presos. “Prisión” proviene del

latín *prehensio-onis* “acción de aprender”, sitio donde se encierra y asegura a los presos, igual que la cárcel. En cambio, penitenciaría es el sitio donde se sufre penitencia. Penitenciaría invita a meditar a los sujetos sometidos al régimen, haciéndolos expiar sus delitos encaminado a su enmienda y mejora, la cárcel, se distingue por ser el lugar destinado para el cumplimiento de las penas de los condenados³⁴. Continúa indicando Carrancá y Rivas que en México se cuenta con el llamado “Palacio negro de Lecumberri” que es cárcel para sujetos en proceso y la Penitenciaría de Santa Marta para los sentenciados, considerando que las diferencias son de matiz en cuanto al léxico.

En retrospectiva debemos recordar que en el derecho primitivo no existía la privación de la libertad, como sanción, sino que las sanciones pecuniarias, corporales e infamantes constituyeron el núcleo de la aplicación de los castigos, por lo tanto, la mayoría de la doctrina denomina “cárcel custodia”, a lo que en ese momento hubiese sido la prisión³⁵. Ciertamente la prisión provisional es precisamente una cárcel en custodia.

Desde un perspectiva histórica, es importante señalar que existieron varios sistemas penitenciarios en el mundo, resumiendo lo señalado por José Patricio Patiño Arias, en cuanto a cada uno de ellos describe, al *Sistema Filadelfiano o celular*, que surge en Estados Unidos de América en 1777, consistía en el aislamiento en celdas, de cada persona

³⁴ CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl. Derecho Penitenciario. 4ta edición, Edit. Porrúa, México. 2005. Pág.11,12

³⁵ ZARAGOZA HUERTA, José. El Sistema Penitenciario Mexicano. Edit. Omar Lazcano Garza. México 2009. Pág.4.

separándolo de tal forma que fuera imposible conocer a sus demás compañeros de reclusión; dentro de este sistema había dos tipos de aislamiento el rígido de 24 hora y el moderado en el que se permitía cierto contacto con otros reclusos. Lo importante era que el recluso tuviera tiempo para la reflexión, penitencia y el arrepentimiento en soledad. El sistema de *Auburn y sing-sing*, consistía en trabajo duro todo el día en grupo, pero en silencio, en la noche aislamiento, severos regímenes de castigos y aplicación de penas corporales. Es también llamado el régimen del silencio, breves espacios de comunicación y lecturas sin comentarios durante la comida; instaurado en 1823 en Nueva York.³⁶ Las prisiones bajo este sistema fueron construidas por los propios reclusos.

Otro de los sistemas penitenciarios, fue el *Sistema de Reformatorios*, surge en Estados Unidos y estaba dirigido primordialmente a mayores de 16 años y menores de 30 años, el sistema se basaba en la Clasificación objetiva de los internos y la observación de la conducta, la integración de un fichero o expediente del recluso que incluía exámenes médicos. Las sentencias iban de mínimas a máximas. En ese lapso, quien observaba buena conducta lograba su libertad. Luego tenemos el *sistema inglés de los Borstals*, instaurado en 1901, un sistema progresivo que consistía en tres etapas, primero Filadelfiano de control y aislamiento, segundo llamado intermedio o probatorio se dan una serie de libertades, como

³⁶ PATIÑO ARIAS, José Patricio. Nuevo Modelo de Administración Penitenciaria. Editorial Porrúa, 2010, México.
Pág.15,16

era jugar en el exterior, recibir correspondencia y leer y el tercer grado consistía que una vez evaluado el comportamiento del interno, por las autoridades se le concedía el beneficio de la libertad condicional. Finalmente, *Sistemas Progresivos*, su función principal es la rehabilitación social, este sistema incorpora un elemento sustancial, que es la clasificación de los internos y la diversificación de los establecimientos penitenciario. Este es el sistema adoptado por las Naciones Unidas en sus recomendaciones y por casi todos los países en vías de modernización penitenciaria³⁷.

Como sistemas progresivos, se conocen el Mark System o Maconochie, implementado por del capitán Alexander Maconochi, consistía en a). Aislamiento celular diurno y nocturno, b). Trabajo en común bajo la regla del silencio, c). Libertad condicional. Luego este mismo sistema es implementado en Irlanda con algunas variaciones bajo el sistema de Crofton y el Sistema de Valencia o Montesinos tiene tres periodos que van “del sufrimiento a la plenitud”, el de los hierros, el del trabajo y el de la libertad intermedia³⁸.

Panamá lleva un sistema de clasificación denominada “Sistema Progresivo Técnico”, basado en el estudio del sujeto y su tratamiento progresivo, incluye la clasificación y la diversificación en establecimientos³⁹. Aunque el sistema penitenciario no es el ideal, los

³⁷ PATIÑO ARIAS, José Patricio. Ibídem Pág. 17-19

³⁸ MENDOZA BREMAUNTZ, Emma. Derecho Penitenciario. Edit. McGraw-Hill Interamericana Editores S.A. de C.V., México 1999. Pág.103-105

³⁹ <http://www.mingob.gob.pa/sistemapenitenciario/propuesta-de-clasificacion/>

esfuerzos pueden verse por lo menos con una serie de beneficios que en la actualidad tienen los detenidos en los centros carcelarios.

La evolución de los sistemas penitenciarios ha dado lugar a que los Estados, reconozcan que los individuos que permanecen en dichos centros de reclusión, siguen siendo personas y también sujetos de derechos. Lo cierto es que, pese a los grandes avances en materia histórica, sí lo vemos desde ese punto de vista, no debemos olvidar que la mayoría de las cárceles de Panamá, México y de la región, no logran evidenciar de forma contundente que estas realidades; que se vivían en el pasado, sean solo en el pasado, sino que muchas situaciones son idénticas ahora como lo fueron en aquellas épocas y superadas en países más desarrollados actualmente.

Crisis del Sistema Penitenciario.

En América latina los problemas en los centros penitenciarios relacionados al hacinamiento carcelario, inseguridad, salubridad, entre otros, aún no se han sido superados, constituyéndose en una constante, en menor o mayor medida, cada país intenta hacer frente a esta situación, algunos por falta de presupuesto otros por real interés.

Para la Constitución política panameña de 1941, la anterior a la vigente, consagraba en su artículo 35 que: *“Las cárceles son lugares de seguridad y expiación, no de castigo cruel; por lo tanto, es prohibida toda severidad que no sea necesaria para la custodia y enmienda*

de los presos".⁴⁰ De la norma anterior prevista en la Constitución política de 1941, se contemplaba que las cárceles no eran lugares de expiación, sino de seguridad, importante avance encaminado a la idea humanizadora de los centros penitenciarios.

Posteriormente la Constitución de 1972 misma que se mantiene vigente da un giro de importancia, con relación a la Constitución de 1941, el artículo 28 de la Constitución Panameña de 1972 señala que: "*El sistema penitenciario se funda en principios de seguridad, rehabilitación y defensa social. Se prohíbe la aplicación de medidas que lesionen la integridad física, mental o moral de los detenidos. Se establecerá la capacitación de los detenidos en oficios que les permitan reincorporarse útilmente a la sociedad. Los detenidos menores de edad estarán sometidos a un régimen especial de custodia, protección y educación*".⁴¹

Aunque lo anterior no se cumple a cabalidad, por lo menos marca el camino, para un sistema penitenciario que debe cumplir, con fines de gran relevancia y observa la función que deben cumplir las cárceles. Aunque la Constitución no menciona la separación de los privados de libertad que cumple una pena de aquellos que se encuentran en detención preventiva, lo cual es de suma importancia, ya que la situación de ambos es completamente diferente, no obstante, la ley que veremos más adelante si lo prevé.

⁴⁰ Constitución Política de la República de Panamá de 1941.

⁴¹ Constitución Política de la República de Panamá de 1972

En Panamá la ley 55 del 30 de julio de 2003 reorganiza el Sistema Penitenciario, la exposición de motivos, advertía sobre el malestar social y público ante la crisis carcelaria, por lo que era necesario dotar al país, de un instrumento jurídico acorde con las corrientes modernas criminológicas y penitenciarias, seguridad y tratamiento de los privados de libertad, ya que la población carcelaria, había crecido en ese momento a un ritmo del 20% anual durante los últimos 5 años, habiendo más de 8,000 detenidos albergados en estructuras carcelarias insuficientes e inadecuadas para la custodia y tratamiento de rehabilitación.

Se destaca en esa exposición de motivos de la incorporación del principio de presunción de inocencia, que debe presidir el sistema penitenciario de todos los detenidos sujetos a la detención preventiva y propone que nadie podrá permanecer detenido preventivamente por más tiempo del que señala la ley señala como pena mínima, para el delito que se le impute sin haber sido condenado. También se incorpora la separación de los detenidos en forma preventiva de los que han sido condenados, así como la clasificación criminológica y penitenciaria de los internos.⁴²

Pese a ésta bien intencionada, reorganización del sistema Penitenciario, lo cierto es

⁴² Ley 55 de 30 de julio de 2003. Exposición de motivos. “Reorganiza el Sistema Penitenciario”.

que los cambios no son palpables en su justa dimensión; el hacinamiento, problemas de seguridad, salubridad y de rehabilitación para los privados de libertad en la actualidad sigue siendo, objeto de disconformidad por la población penitenciaria; aunque no se puede negar que se han dado grandes avances, incluso la construcción de nuevos centros penitenciarios mucho más modernos, con mejores instalaciones para los privados de libertad y aquellos encargados de su custodia; desafortunadamente la situación de las femeninas, en el centro penitenciario destinado a las mismas en la ciudad capital, sigue manteniendo grandes falencias, en salubridad y la necesidad de mejores instalaciones en general, ya que no se han hecho ampliaciones y la población de privadas de libertad ha ido en aumento.

No obstante, el fenómeno en Latinoamérica de los centros penitenciarios es la prosecución, de un mejor sistema penitenciario, así, por ejemplo, la legislación penitenciaria mexicana, en su reforma constitucional de 2008, en el precepto 18, señala que el sistema penitenciario se organiza sobre el respeto de los derechos humanos, el trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado en la sociedad y procurar no vuelva a delinquir.

La evolución constitucional en materia Penitenciaria de la República de México, señala Luis Rivera Montes de Oca, se precisa con la Constitución Mexicana de 1917 en el artículo 18 advierte “Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El lugar de ésta será distinto y estará completamente separado del que destinare para la extinción de las penas”. Luego para 1965, se dictó el primer decreto que reforma y

adiciona el artículo 18 y con el cual se da un carácter humanista al sistema penitenciario mexicano, quedando así:

“... Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El lugar de ésta será distinto y estará completamente separado del que destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.

Los Gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios de readaptación del delincuente. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.

Los Gobernadores de los Estados, sujetándose a lo que establezcan las leyes locales respectivas, podrán celebrar con la Federación convenios de carácter general, para que los reos sentenciados por los delitos del orden común extingan su condena en establecimientos dependientes de Ejecutivo Federal.

La Federación y los Gobiernos de los Estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores...”⁴³

Posteriormente en 1977 se adiciona un quinto párrafo al artículo 18 de la Constitución Federal, el cual hace referencia a reos de nacionalidad mexicana que estuviesen condenados en el extranjero para que sean trasladados a la República y

⁴³ <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/articulos/18.pdf>

viceversa. Luego en el año 2001 se adiciona un sexto párrafo al artículo 18, el que hace mención a que los sentenciados pueden compurgar sus penas en centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, para propiciar su reintegración en la comunidad.

Para establecer los objetivos y forma de organización del sistema penitenciario, cada entidad y la federación tienen marcado dentro de sus respectivos códigos penales, además la federación cuenta con la ley que establece las Normas Mínimas sobre readaptación de los sentenciados y sus equivalentes en las entidades federativas, comúnmente conocidas como leyes de ejecución de sanciones privativas y medidas restrictivas de la libertad⁴⁴

Respecto a lo anterior señala el Zaragoza Huertas, que el fin primordial de las instituciones mexicanas ha ido evolucionando, desde su instauración en la Carta Magna mexicana (regeneración, readaptación, reinserción), advierte que no se trata de un cambio semántico; por el contrario, se está frente a un paradigma de la ejecución de la pena privativa de la libertad.⁴⁵

No obstante, podemos observar que pese a los avances, aún la clasificación con relación a los detenidos de forma preventiva no ha sido una realidad, ya que en la actualidad

⁴⁴ RIVERA MONTES DE OCA, Luis. Juez de Ejecución de Penas la Reforma Penitenciaria Mexicana del siglo XXI, 2003. Edit. Porrúa, México. Pág. 25,26

⁴⁵ ZARAGOZA HUERTA, José. Op. Cit. Pág. 19,20.

conviven detenidos y condenados en las mismas celdas incluso tratándose de criminales peligrosos, convirtiéndose en una situación de peligro y un entorno que en nada beneficia al detenido preventivamente que incluso puede estar en peligro de ser atacado otros privados de la libertad violentos; quedando en tela de duda que se garantice el principio de presunción de inocencia, la separación de detenidos preventivamente y sentenciados sí es un punto que deben resolver las autoridades.

Pero el problema de los centros penitenciarios va más allá de la clasificación y el tratamiento de los reclusos como señala Montes de Oca, que la sobre población existente en el sistema lo que propicia son intentos de fuga, motines, riñas, homicidios, suicidios, huelgas de hambre, autogobiernos, tráfico de drogas y de armas, etcétera. No es fácil entonces proponer una o varias medidas que permitan enfrentar este explosivo asunto. Continúa el autor indicando que algunos pensarán en la construcción de más centros de readaptación, otros pensarán que concedionar a particulares la construcción y administración de los reclusorios, hasta que recuperen su inversión. Pero también se deben tomar en consideración, aspectos fundamentales de la sobre población carcelaria, como es la lenta respuesta de las autoridades judiciales, el Ministerio público, los defensores públicos y particulares, para la solución de los procesos, restricciones para obtener la libertad bajo fianza, limitados beneficios de libertad anticipada, la carencia y obligatoriedad de las fianzas de interés social, la improvisación del personal penitenciario, el endurecimiento de las normas penales y la poca confianza de los patrones para contratar reos liberados en sus

empresas⁴⁶.

Ciertamente como advierte Montes Oca, el problema de las prisiones es de grandes dimensiones, ya que no hay un solo problema que atacar son diversos y a pesar que se hable de la demora en las investigaciones y de la administración de justicia, lo cierto es que el aumento de la población, así como de la delincuencia incrementa directamente el número de casos, la multiplicación de investigaciones y audiencias, que a su vez aumenta a los detenidos que esperan respuesta. El problema no es de un solo sector y aunque en Panamá ha disminuido el número de detenidos de manera preventiva en aumento de la delincuencia es evidente, por ende, es estudio criminológico de campo, con posteriores programas para atacar la delincuencia desde la raíz, debería ser un norte a seguir.

Por lo tanto la denominada crisis en el sistema penitenciario va más allá de la creación de normas, lo cual es imperativo, pero los esfuerzos por mejorar los centros penitenciarios, debe ir con una visión mucho más integral, no solo se trata de mayor cantidad de instalaciones, las que sin duda se necesitan ya que al aumentar la población penitenciaria, aumenta la delincuencia por diferentes situaciones que no son objeto directo de estudio en este trabajo; pero aparte de requerirse mayor cantidad de cárceles, se requiere que el Estado invierta en prevención, con programas deportivos, educativos, arte,

⁴⁶ ZARAGOZA HUERTA, José. Ibídem. Pag.33

música, culturales, y oferta de trabajo que mantengan a la población más vulnerable, alejada del ambiente delincuencial.

De igual modo la política del Estado debe estar enfocada en evitar en lo posible que nuevos individuos ingresen a cumplir penas, es decir que se deben tomar todas las medidas necesarias para evitar este fracaso social, unas de esas alternativas se plantearan al final del trabajo y con la finalidad de ser parte de la solución al flagelo de las cárceles.

Sin duda la política criminal que se despliega en países de la región y del mundo en muchos casos, está orientada a un derecho penal intolerante, reactivo y represivo, así como de interés políticos ajenos del bien común. La justicia penal se intenta utilizar como panacea para problemas que rebasan su comprensión y competencia. Además, se deja afuera de la elaboración de políticas públicas y criminológicas a los actores sociales directamente afectados por dichas políticas ¿Por qué no tomar en cuenta la opinión y participación política de los internos en los centros penitenciarios para la confección y ejecución de las políticas y reglamentos internos del sistema penitenciario? Lo anterior sería consecuente con modelos de políticas sociales, modelos doctrinales y discursos políticos sobre reinserción social.⁴⁷

⁴⁷ AGUILERA PORTALES Rafael Enrique; GONZÁLEZ CRUZ, Joaquín. Políticas Democráticas de Seguridad Pública. Colección Altos Estudios No.29, México, 2011, Págs.28,29.

Un recluso condenado y cumpliendo una pena o incluso el detenido provisionalmente, no ha dejado de ser persona y es el individuo perfecto, para darnos de primera mano elementos que permitan lograr su reinserción real en la sociedad una vez que haya cumplido la pena o haya permanecido detenido; pero esta finalidad no debe empezar a prepararse cuando ya esté a las puertas del cumplimiento de la pena impuesta, es desde el momento que inicia el cumplimiento de la sanción, así cuando culmine podrá tener mejores expectativas en la sociedad. Pero solo el sentenciado puede decir que le motivaría a llevar una vida alejada de problemas y ser productivo en sociedad; por lo tanto, mientras sean obviados los mismos se seguirán desvaneciendo oportunidades para otros sentenciados que el sistema como se encuentra en la actualidad no les ofrece la posibilidad de cambios reales.

Luigi Ferrajoli, considera que la cárcel es una Contradicción institucional y su reforma una utopía, que la experiencia histórica de las cárceles en Italia y el resto del mundo, lo desmiente como el modelo ideal, además que está demostrado que la reclusión carcelaria esta inevitablemente en contradicción con todos los principios de legalidad, igualdad y de respeto a la dignidad humana, sobre los que se fundamenta un Estado de Derecho. Por su carácter institucional total la cárcel no puede serlo, la simple limitación de la libertad personal de circulación como los principios de legalidad y taxatividad exigirían, sino que es una institución generadora de miles de aflicciones distintas inevitablemente dispares entre

una cárcel y otra, para un preso y otro⁴⁸.

Sí bien la eliminación de las cárceles, sería el modelo ideal en un mundo sin delincuencia, no se puede obviar que no solo se debe proteger los derechos de los privados de libertad, sino también de los ciudadanos que llevan una vida cotidiana de cumplimiento de deberes y responsabilidades, que al ser atacados en sus derechos, bienes e integridad requieren una respuesta del Estado. La anarquía no solucionaría nada, de no existir controles por el Estado regresaríamos a formas primitivas de venganza, ya que si aún a sabiendas de la existencia de la represión, la delincuencia aumenta la no existencia de cárceles no parece una solución, más bien puede ser un anhelo que se pueda ir consiguiendo conforme vaya evolucionando la sociedad.

1.4.1. Crisis de la rehabilitación y reinserción social:

La finalidad del régimen penitenciario según el artículo 48 de la ley 55, es la convivencia ordenada y pacífica que permita el cumplimiento, de los privados o privadas de la libertad sujetos a prisión preventiva, así como para los condenados, también para llevar a cabo el tratamiento de readaptación social⁴⁹.

Se aprecia que se menciona al privado de libertad en forma preventiva en igual sentido, como si se tratara de un condenado, lastimosamente él mismo es tratado como

⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit.162-164

⁴⁹ Ley 55 de 30 de julio de 2003 “Reorganiza el sistema penitenciario”. República de Panamá.

condenado, pero incluso con desventajas realmente abismales entre ambos; al detenido en forma preventiva no tiene acceso a los beneficios del sistema penitenciario completamente en cuanto a salidas para trabajar fuera del penal. Sin embargo, la ley lo incluye como parte del fin de esta institución tratamiento de readaptación social, cuando aún su presunción de inocencia permanece incólume, pero si tiene los beneficios intramuros luego de una reforma con la Ley 42 de 2016.

En este mismo orden de ideas, pareciese que no se tiene muy claro, por parte de la ley, cuál es el fin real de una detención preventiva en un centro penitenciario, ya que únicamente la detención preventiva está encaminada a asegurar que el mismo permanezca pendiente al proceso, para que en el evento de una sanción esta no sea ilusoria, o si se trata de una persona peligrosa, sacarlo del entorno social para prevenir.

En principio la ley señala que las personas privadas de su libertad al ingresar a cualquier centro penitenciario, deben ser clasificadas, separadas y ubicadas, tomando en cuenta, edad, sexo, estado de salud, diagnostico, pronostico conductual y recomendación del tratamiento respectivo, situación procesal, antecedentes penales es decir si son primarios o reincidentes; en la actualidad en Panamá pese a los esfuerzos, aun no es una realidad.

Por otro lado el fin de lograr la readaptación de los condenados, el artículo 54 de la

ley 55, de la normativa penitenciaria panameña cada centro penitenciario debe realizar programas y actividades para la educación formal y no formal de las personas privadas de libertad, para ello se coordinará, con el Ministerio de Educación, el Instituto Nacional de Formación Profesional, el Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral y las universidades. Los sistemas de educación y formación trátese de gubernamentales como no gubernamentales garantizarán el desarrollo de estos programas, los cuales se ajustarán a las necesidades del privado o privada de libertad y del régimen penitenciario. Además, los oficios que se enseñen según la ley deben ser concordantes con los privados o privadas de libertad y las necesidades del mercado laboral nacional.

De relevancia es advertir que la ley en mención contempla que los privados de libertad en forma preventiva gozaran de este derecho que será implementado o autorizado por la Junta Técnica, de conformidad con el último párrafo del artículo 54 de la ley 55. El trabajo para los privados o privadas de libertad, según establece la ley es un derecho u es un deber. El trabajo no deberá tener fines ni afflictivos ni punitivos, sino que sus modalidades son formativas y productivas.

El privado o privada de libertad gozará de la protección otorgada en materia de seguridad social y de salud y debe garantizársele las condiciones de seguridad e higiene establecidas en la ley. La distribución de la remuneración del salario neto de los privados o privadas de libertad que laboren fuera de los centros penitenciarios se repartirá el treinta 30% de lo recibido para la cuota de responsabilidad civil derivada del delito, decretada por

la autoridad competente, cuando exista la reclamación, en caso contrario sería destinado para ahorro. El cuarenta 40% para la familia. El veinte 20% para gastos personales durante el tiempo de la condena. Y un diez 10% para la su cuenta de ahorros de la que dispondrá al momento de recuperar su libertad. La ley establece que estos porcentajes son inembargables, exceptuando cuando sean para garantizar el cumplimiento de las pensiones alimenticias legalmente decretadas.

Para los casos de trabajo dentro del Centro penitenciario, la remuneración que este obtenga, el cincuenta 50% le corresponde a la Dirección Nacional de Sistema Penitenciario y el resto se distribuye en un diez 10% para la cuota de responsabilidad civil derivada del delito y decretada por autoridad competente, cuando exista la reclamación, en caso contrario se destinaria al renglón de ahorros. El veinte 20% para su familia. El 10% para gastos personales durante el tiempo de la condena. El diez 10% para su cuenta de ahorros de la que dispondrá al momento de recuperar su libertad. Estos porcentajes serán inembargables, excepto para garantizar pensiones alimenticias.

Es importante resaltar que el cincuenta 50% que corresponderá al Sistema Penitenciario, sería utilizado, para el mantenimiento, reparación adquisición de maquinarias y equipos, así como para gastos y servicios que se establezcan en el manual de procedimientos para los fondos de gestión institucional de proyectos de producción elaborado por la Contraloría General de la Nación.

Los programas de permisos de salida contemplados en la ley 55, en el artículo 65 y

siguientes establece, la posibilidad real de los programas de Permisos de Salidas, cuyo propósito fundamental es la resocialización y reinserción gradual del privado o la privada de libertad, a la comunidad como sujeto productivo. Estos permisos de salidas tienen diferentes modalidades tales como lo plantea el artículo 67 de la ley 55:

“El permiso de salida laboral: Consiste en la salida de la privada o privado de libertad condenado hacia un puesto de trabajo, sin custodio y dentro del horario establecido en el permiso respectivo.

Permiso de salida de estudio: Consiste en la salida de la privada o privado de libertad condenado sin custodio, con el propósito de iniciar o continuar estudios formales en el centro educativo autorizado, dentro de la jornada y el horario establecido en el permiso respectivo.

Permisos de Salida Especial: Consiste en la salida de la privada o privado de libertad condenado, con la vigilancia de custodios o sin ella, para atender situaciones especiales, tales como eventos familiares relevantes, recibir atención médica, laborales o de estudios, honras fúnebres de parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad, por enfermedad grave o convalecencia de dichos parientes, dentro de la jornada y hora o establecido en el permiso respectivo.

Deposito Domiciliario u Hospitalario: consiste en la reubicación del privado o privada de libertad en un recinto hospitalario o domiciliario de manera temporal, cuando sus

condiciones clínicas no sean aptas para permanecer en el medio carcelario, certificado por el Instituto de Medicina Legal, sujeto a los controles y seguimientos del sistema Penitenciario y de Medicina legal.”⁵⁰

Los dos primeros constituyen verdaderas oportunidades, de transición de un privado de libertad a su regreso a la sociedad, lo cual se sucede en forma paulatina, sin ser un choque, para el privado de libertad que, al verse fuera del sistema, no se enfrente a un entorno en el cual sienta que no encaja y las posibilidades laborales sean nulas al desconocer por completo la realidad socioeconómica del momento de obtener su libertad.

La posibilidad de que un privado de libertad, regrese en forma positiva a la sociedad no es tarea única del privado de libertad, es deber el Estado proveer las herramientas, para que este objetivo sea una realidad; señala Zaragoza Huertas que la asistencia que debe recibir quien se encuentra expurgando una pena privativa de la libertad así como aquél que ha expurgado la misma, resulta imprescindible para la consecución efectiva del proceso, que implica la reinserción social en los establecimientos carcelarios.⁵¹ Es así entonces que si el Ius Puniendi, del Estado es tal que permite sacar de la sociedad a individuos que han transgredido la norma y la sociedad demanda sanciones, debe ser obligación en una sociedad civilizada, pretender no menos que este individuo regrese, reformado, readaptado,

⁵⁰ https://procurement-notices.undp.org/view_file.cfm?doc_id=134366

⁵¹ ZARAGOZA HUERTA, José. *El Nuevo Sistema Penitenciario Mexicano...*, op.cit., p.25,26.

útil y se realice plenamente como cualquier otro individuo que no ha transgredido las normas, si a final de cuentas ya cumplió la pena. La obligación del Estado y la sociedad, es la de brindarles ayuda a los que están cumpliendo su sanción, así como aquellos que la cumplieron, ya que este tema repercute en la sociedad nuevamente, cuando el que cumplió la pena se reintegre a una comunidad, el mismo lo hará en forma positiva o negativa y en gran medida dependerá no sólo del sujeto sino de las oportunidades que le brinde el grupo social al cual se reincorpora.

La ley 55, contempla el Patronato de Ayuda Post-penitenciaria, en la cual la Dirección General de Sistema Penitenciario brindaría seguimiento, asistencia social a las personas liberadas o beneficiadas con libertad condicional, este mencionado patronato estaría integrado por un equipo interdisciplinario destinado a brindarles la ayuda y la asistencia posible, con carácter temporal, a fin de facilitar la reincisión social.

Esta asistencia a los liberados o liberadas en colaboración con el Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral, las empresas privadas, las asociaciones filantrópicas y los respectivos municipios, tratarán de obtener empleo, para personas que cumplieron sus respectivas sanciones, de acuerdo con las aptitudes y tomando en cuenta el pronóstico para su reincisión en la sociedad.

Dentro de las funciones del patronato de ayuda post-penitenciaria, se encuentra encauzar al liberado o liberada en el ámbito laboral, social y familiar. Crear las condiciones

más apropiadas para la reinserción de los liberados en la sociedad. Iniciar la participación de los representantes de la empresa privada y del sector social con capacidad de apoyas la reinserción laboral de las personas liberadas.

Incluso la ley señala que el patronato debe brindar servicios básicos de ayuda post-penitenciaria, no sólo empleo sino también, capacitación, becas, albergue temporal, alimentos, asistencia médica o cualquier otra que busque tales fines. Esta estructura, prevé la responsabilidad del Estado, para el que ha cumplido su sanción, de bríndale el apoyo que requiere, ya no sólo el Estado se debe ocupar de la investigación y represión del delito, dotando de Fiscalías y entes encaminados a lograr el control social, sino que este mismo Estado, como buen padre de familia debe procurar en igual magnitud la reinserción del individuo condenado, brindándole una vida digna luego de que en principio los centros penitenciarios lograron su cometido, no de expiación de la pena sino de ente regenerador.

La normativa con respecto el detenido preventivamente pareciese que la ayuda post-penitenciaria, es para el sancionado que cumplió la pena, se menciona a las “personas liberadas o beneficiadas con libertad condicional” pero no se tomó en cuenta la situación de un detenido en forma preventiva; quien pudo haber pasado entre un par de meses e incluso más del año, ya que la normativa permite, que la detención preventiva se extienda hasta que se cumpla el mínimo de la pena en Panamá en aquellos Distritos Judiciales en donde no está vigente el Sistema Penal Acusatorio y para los detenidos en forma preventiva en donde si se aplica el Sistema Penal Acusatorio la detención preventiva máxima es de un

(1) año, pero también se podría extender verificando otras circunstancias. La eventualidad luce aún peor cuando el detenido preventivamente en la sentencia resulta absuelto, en estos casos la pérdida del empleo en ocasiones también de la familia; hace de necesidad apremiante; que el patronato de ayuda post-penitenciaria para los detenidos preventivamente, sea aun doblemente más eficiente a fin de disminuir en mayor medida el efecto que pudo ocasionarle la privación de su libertad.

Pero la realidad actual es que el patronado, detallado en la ley nunca se ha conformado y tomando en cuenta que la promulgación de la ley fue en el año 2003, pareciese que no ha existido un esfuerzo real para que se materialice, han transcurrido más de 15 años, pero no existe nada en concreto.

La clasificación de los establecimientos penitenciarios, en preventivos y cumplimiento, es evidente señala Zaragoza Huerta, que en México, los establecimientos penitenciarios preventivos son aquellos que funcionan como lugares cuya característica principal es la detención y custodia de individuos que se encuentran en calidad de detenidos y presos, por lo que no han de confundirse con los centros carcelarios de ejecución o de cumplimiento de penas, pues mientras subsista la situación de detenido o preso, habrá que aplicarse el régimen correspondiente⁵².

⁵² ZARAGOZA HUERTA, José. El Sistema Penitenciario Mexicano. op. cit Pág.21

Finalmente, el fin último de los centros penitenciarios debe ser a toda costa, alcanzar la readaptación, ahora reinserción, del que ha sido privado de su libertad y no solamente encerrarlo y vigilar que no se evada. Esta finalidad es tan importante que cuando un reo no se readapta o reinserta, ello significa que todo el trabajo de prevención, de procuración, administración y ejecución de sentencias ha fallado, pues no se trata de hacerlo seguir en el círculo vicioso, de entrar por una puerta y salir por la otra, sino de evitar que reincida⁵³. Los recursos que ha destinado el Estado, al centro penitenciario ha sido desperdiciado, sí nuevamente un reo, regresa a la cárcel, a pasar por el mismo proceso que evidentemente no le hizo mella, en su primera estadía como sentenciado.

La reincidencia es una realidad de las cárceles que evidencia, que dichos centros no están cumpliendo su cometido, sino que por el contrario profesionalizan al delincuente primario, señala Irma García Andrade, que *“efectivamente el peligro mayor de un inadecuado tratamiento en la cárcel, se encuentra en la posibilidad de regresar a ella en un tiempo más o menos breve o bien no regresar por que se han aprendido las altas técnicas delincuenciales que les hace más peligroso por su difícil detección, después que el interno ha obtenido su libertad. El problema de la reincidencia es el que pesa más sobre los modelos carcelarios tradicionales, pues la mayor parte de la población penitenciaria, está constituida*

⁵³ MÉNDEZ PAZ, Lenin. Derecho Penitenciario. Oxford University Press, México, 2008. Pág.11

de residentes habituales, los que regresan repetidamente a la cárcel como si fuera una etapa obligatoria de su vida social. En cuanto al individuo que no regresa a prisión pero que se ha especializado, se convierte en un problema de seguridad pública”⁵⁴.

Este flagelo de la reincidencia tiene altos costos para el gobierno, el individuo reincidente no solo es una carga para sí mismo, sino lo que representa cada reincidente para el centro penal, son recursos económicos de la sociedad, que pudiesen ser dirigidos a otros sectores de la población, no obstante, lo que significa es que se debe destinar más recursos para lograr una reinserción real, la asistencia psicológica del detenido es apremiante, concientizar al personal administrativo y de seguridad, que los atiende que tengan vocación de servicio, que no son sus verdugos y que el trato que les dispensen sea digno.

Los seguimientos post-penitenciarios son importantes para evitar este círculo vicioso de reincidencia, aunque no podemos pretender que ni con todos los recursos, ni con todas las capacitaciones a los reclusos, no habrá sujetos que regresaran una y otra vez, sea por la razón que sea, y pese a las ayudas no solo económicas y psicológicas, ya que también se trata del deseo del reo de realizar cambios, pero sin duda debe ser menor la reincidencia si contáramos con recursos y voluntad para mejorar los centros carcelarios.

⁵⁴ GARCÍA ANDRADE, Irma. Sistema Penitenciario Mexicano Retos y Perspectivas. Edit. Sista. México 1989.

CAPITULO II.

CORRIENTES FILOSOFICAS DE MINIMOS Y MAXIMOS EN LA JUSTICIA PENAL

2.1 Noción de justicia en el Derecho.

El término justicia, proviene del latín *Iustitia*, que significa justo; ahora bien, tal valor resulta variable, a cada individuo o grupo de individuos, lo cual se ha formulado por comunidades e individuos de forma concreta, no obstante, es en efecto más complejo, ya que la justicia no solo radica en un concepto, sino en todos los vértices que implican su ejecución.

En la antigüedad la justicia residía en el Rey, en la actualidad es rogada y la jurisdicción la ejerce el poder Judicial, mismo que es “imparcial” e “independiente” en principio, ya que para que ello se materialice se requiere de todo un proceso que estaremos estudiando en este trabajo.

Aunque la justicia es un concepto complejo, desde la perspectiva, del que la solicita como víctima, y para aquel que es acusado, ahora bien, que es justo para cada quien, debe ser labor del juez. Para Rawls Cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que ni siquiera el bienestar de la sociedad en conjunto puede atropellar. Es por esta razón por la que la justicia niega que la pérdida de libertad para algunos se vuelva justa por el hecho de que un mayor bien es compartido por otros. No permite que los sacrificios impuestos a unos sean compensados por la mayor cantidad de ventajas disfrutadas por

muchos⁵⁵.

Para José Francisco Caballero al referirse a la teoría de Rawls, en relación con la justicia, indica que los principios de la justicia que son objeto de acuerdo entre personas racionales, libres e iguales en una situación contractual justa, pueden contar con una validez universal. Él mismo denomina a su teoría de justicia como: imparcialidad apoyado en la idea que a partir de condiciones imparciales se pueden obtener resultados imparciales⁵⁶.

Así entonces ¿será justa la privación de libertad de un individuo?, se podría pensar que, para casos graves, y donde la sociedad corre peligro, sería justa la prisión, pero entraríamos en un debate de juicios de valor, cuando el delito en principio es menos grave, pero para la víctima, representa gran valor, le parece que en efecto hay mérito para privación de libertad. Para Rawls, la justicia, no permite la perdida de libertad, bajo la premisa de las ventajas que acarrea, para el resto de la sociedad.

La justicia se perfila, en la actualidad desde la perspectiva del conglomerado social, la masa debe observar que hay justicia por parte de los operadores de justicia, pero la misma llega a ser subjetiva por regla general, los individuos ante la toma de decisiones por parte de un juez, pueden tener diferentes percepciones, que fue muy benévolos, que fue

⁵⁵ http://mastor.cl/blog/wp-content/uploads/2018/02/Rawls_Teoria_de_la_justicia_cap_1-2.pdf

⁵⁶ <https://www.redalyc.org/pdf/2110/211015573007.pdf> pag.2

comprado o bien que fue exagerado, en cualquiera de los casos con relación al justiciable, y la decisión a la cual arribó. Pero lo cierto es que el juez tiene una gama de normas y principio que sustentan sus decisiones e inhiben los mitos populares a cerca de la justicia.

Con la entrada en vigencia del Sistema Penal Acusatorio, ha sido un reto en Panamá, la opinión pública con respecto a la justicia, en esencia se percibe que ya no hay justicia. Con el Sistema Mixto, era el exceso en la detención preventiva, la demora en llegar a un fallo ya fuera absolutorio o condenatorio de una persona que guardara detención preventiva, el investigado era detenido por la fiscalía y si la misma consideraba mérito para detención preventiva, así era ordenado, para lograr su libertad el investigado la opción era apelar la decisión ante un juez, quien podía revocar la medida de detención preventiva, otorgar una medida cautelar menos severa o bien otorgar la libertad hasta que concluya el proceso.

En la actualidad sea casos graves o menos graves, en el acto de audiencia de control de la aprehensión, suele otorgarse medidas cautelares distintas a la detención preventiva, ello sin distinción de tratarse de homicidios, robos agravados, violaciones, entre otros, ello tomando en cuenta la humanización del derecho penal, lo cual hace aún más imbricando el abstracto sentido de la Justicia, para los legos.

El asunto es que, pese a los pensamientos individuales de la población, han surgido pensamientos filosóficos en la actualidad, algunos muy discutidos otros muy controvertidos, pero sin duda, intentan buscar una solución, desde diferentes perspectivas del delincuente.

2.2 Derecho Penal Mínimo o Garantismo Penal.

La corriente filosófica-jurídica, desarrollada y cuyo máximo exponente es el italiano Luigi Ferrajoli, su pensamiento y trabajo se ha extendido en Europa y nuestros países latinoamericanos, como Garantismo penal, bajo este paradigma o tomándolo en cuenta han surgido reformas sustanciales en el ámbito de la justicia penal.

Ferrajoli detalla un grupo de diez principios, que considera definen el modelo garantista, garantías penales y procesales, que se trata solo de un modelo límite, solo tendencial y nunca perfectamente satisfacible, según como lo indica:

1. Principio de *retributividad* o de la sucesividad de la pena respecto del delito.
2. Principio de *legalidad*, en sentido lato y en sentido estricto.
3. Principio de *necesidad* o de economía del derecho penal.
4. Principio de *lesividad* o de la ofensividad del acto.
5. Principio de *materialidad* o de la exterioridad de la acción.
6. Principio de *culpabilidad* o de la responsabilidad personal.
7. Principio de *jurisdiccionalidad* también en sentido lato o en sentido estricto.
8. Principio *acusatorio* o de la separación entre el juez y acusación.
9. Principio de la *carga de la prueba* o de verificación.
10. Principio del *contradicitorio*, o de la defensa o de refutación.

Advierte que estos diez principios, fueron elaborados sobre el pensamiento iusnaturalista, que se concibió como principios políticos, morales o naturales de

delimitación del poder penal “absoluto”. Y que ulteriormente han sido incorporados, más o menos integra y rigurosamente, a las constituciones y codificaciones de los ordenamientos desarrollados, convirtiéndose así en principios jurídicos del moderno *estado de derecho*.⁵⁷

Para Ferrajoli el derecho penal mínimo tiene dos fines, la prevención del delito y de las penas informales, indica que la justificación externa y al mismo tiempo de los límites del derecho, es recurrir a un segundo párrafo de utilidad “El máximo bienestar posible de los no desviados, también el mínimo malestar necesario de los desviados.”, pero considera que otra justificación en la necesidad de la pena mínima surge, para prevenir los castigos injustos que punitiva pero no penal, que a falta de penas podrían provenir de las personas ofendidas, o fuerzas sociales o institucionales solidarias con ella, por ende no se tutela solo la persona ofendida, sino también al delincuente ante las reacciones informales, públicas o privadas; bajo esta perspectiva entonces la “pena mínima necesaria” en sentido genérico de la reacción afflictiva a la ofensa, no solo es un medio, sino que en ella misma un fin de la minimización de la reacción violenta del delito y a diferencia de la prevención del delito, este fin también es idóneo, para indicar en razón de su homogeneidad con el medio, el límite máximo de la pena, por encima de la cual no se justifica el que se sustituyan las penas informales.⁵⁸

⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi “Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. Edit. Trotta. Madrid, 2014. Pág.93

⁵⁸ Ibídem. Pag.332

El derecho penal dirige sus esfuerzos, a la protección de bienes jurídicos, mismos que ya se encuentran pre establecidos en el Estado de Derecho, en los instrumentos jurídicos como lo son la Constitución y normativa vigente en cada país, apuntándose al principio de ofensividad de los delitos, lesividad de los mismos, ahora bien, el tema se vuelve escabroso, cuando axiológicamente debemos atender que es una ofensa, desde el creador de la norma y a las razones político, sociológicas y culturales a las que atiende. Ferrajoli señala que, en torno a este problema, viene a la vez tematizada la función -utilitaria y garantista- del Derecho Penal como técnica de tutela de los ciudadanos contra la ofensa de derechos subjetivos e intereses fundamentales, sea individuales o colectivos. La idea del bien jurídico que se remite al principio de la ofensividad de los delitos como condición necesaria de la justificación, de las prohibiciones penales, se configura como límite axiológico externo (con referencia a bienes considerados políticamente primarios) o interno (con referencia a bienes estimados, constitucionalmente protegidos) del Derecho Penal.⁵⁹

Observamos entonces que la tutela de derechos de los ciudadanos, va atender a la subjetividad, de intereses individuales, como colectivos, los delitos emergen como prohibiciones, que se justifican en virtud de la lesión o la puesta en peligro de un derecho legítimamente tutelado, haciéndose cada vez más extensa la lista de delitos y derechos que se consideran objeto de protección. Pero la ofensividad a un bien jurídico debidamente

⁵⁹ FERRAJOLI, Luigi. "El derecho penal mínimo." *Poder y control*, número 0 de 1986m (1986). Pág.24

tutelado no es el único bastión, que merece defensa sino también es imprescindible el denominado principio de adecuación que el Derecho Penal, sea apto para la tutela del bien jurídico (bien jurídico susceptible de tutela penal) y que la medida adoptada sea también adecuada a la finalidad perseguida. El principio de necesidad de la pena es otra expresión de prohibición de exceso. Allí donde la pena resulta innecesaria, es injusta, como se viene diciendo desde Beccaría y reconoce la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano.⁶⁰ Dejándose entonces de lado, que la protección de derechos, debe atender a la relevancia del bien objeto de tutela, no solo convertirse en un enunciado que cumplir en la norma, sino que atienda a tutelar bienes jurídicos de relevancia, por lo tanto, es necesaria la protección, ante la puesta en el peligro de los mismos. Cuando se aplique una sanción por el bien jurídico ofendido o lesionado, es imprescindible que está este adecuada al hecho y a los resultados que se presupone existen.

Contrario a los avances en el derecho penal mínimo, pareciese que el catálogo de delitos, en las legislaciones penales va en aumento, el principio de intervención mínima precisa de una renovación y profundización conceptuales, la medida que no cabe ignorar, que padece en la actualidad un implícito cuestionamiento. Este deriva por un lado, de la potenciación que están experimentando los efectos simbólicos del derecho penal y por otro la complejidad que suscita, la creencia de que cuando los demás subsistemas de control

⁶⁰ MATEU CARBONELL, Juan Carlos. "Reflexiones sobre el abuso del Derecho penal y la banalización de la legalidad." *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos* 1, 2001. Pág.131.

social no funcionan, o lo hacen insuficientemente, es precisamente cuando funciona el subsistema penal de control,⁶¹ no obstante la realidad no solo demuestra, que inflar el número de delitos, no necesariamente redunda, en un mejor sistema de control social, sino que redunda en un sistema de administración de justicia congestionado, que ventila causas que en efecto podrían conocer la esfera administrativa o bien podrían despenalizarse, las causas de poca monta, no solo congestionan el sistema, sino que se utilizan recursos económicos, que no justifican el costo *per se*, siendo onerosos para todo el sistema.

Aun así la clase política a fin de ganar adeptos, incrementa, promueve y promete, penalizar más aún conductas, como si se tratara de un verdadero freno, a la criminalidad en la sociedad, de aquellos individuos que transgreden la norma, lo cual sin duda no ha dado los resultados esperados por la población, no obstante ante la ignorancia del pueblo _ que se siente atendido_ al engrosarse la lista de delitos penales, pero desconoce que sin políticas criminales de prevención, educación, mal puede el derecho penal dar solución a un flagelo que no le compete intrínsecamente resolver.

El derecho penal mínimo, tiene carácter de subsidiariedad o *ultima ratio* y fragmentariedad, estos principios, buscan limitar el *Ius Puniendo*, constituyéndose en garantías. Con relación a la subsidiariedad o *última ratio*, consiste en recurrir al Derecho

⁶¹ RIPOLLÉS DÍEZ, José Luis. "El bien jurídico protegido en el Derecho penal garantista." *Jueces para la democracia* 30 (1997): Págs.10-19.

penal, como forma de control social, solamente en los casos en que otros controles menos gravosos son insuficientes.⁶² El derecho penal no es la única forma de control social y algunas conductas son perfectamente ventilarlas, en otras esferas, comercial, laboral, civil, familia, sin que se requiera verlas como delito, basta con que sea un conflicto que requiere ser atendido, por un juez o un mediador, de la rama del derecho en donde surge la situación que debe atenderse. También la tutela de algunos derechos, cuando no resulten o creen un peligro grave, al destinatario del derecho, se requiere de una solución alterna y no hacer uso del derecho penal; advierte Milanese Pablo que carácter fragmentario consiste en limitar la actuación del Derecho penal a los ataques más violentos contra bienes jurídicos más relevantes,⁶³ si el bien jurídico no es relevante se somete al individuo al escrutinio judicial, en ocasiones incluso perdiendo, el temor reverencial a la investidura de la justicia, al darse cuenta que la sanción a la que resulto condenado, no es de relevancia; no toda violación de un derecho merece un reproche de intensidad.

El derecho penal mínimo, propugna por una disminución del poder Punitivo del Estado, que se restrinja el uso desmedido y exagerado del derecho penal como formas de control de la criminalidad, que se utilicen medidas alternas a la solución de conflictos. Considera que los derechos que son afectados a los transgresores de la norma en muchos

⁶² MILANESE, Pablo. "El moderno derecho penal y la quiebra del principio de intervención mínima." *Obtenido de Sitio Web de la Facultad de Derecho de la Universidad de Fribourg, 2004. Pág.5.*

⁶³ MILANESE, Pablo. *Ibíd*em. pag.6

casos son extremas, no teniendo ni siquiera el valor suficiente el bien jurídico tutelado, con relación a la afectación de los bienes jurídicos afectados al individuo sancionado, repercutiendo en daños a la sociedad. El derecho penal, surge históricamente, con la finalidad de evitar la venganza privada, por ende, la pena no puede, garantizar venganza a través del derecho penal, sino por el contrario impedir que esta se dé.

El derecho penal a través de la imposición de penas nunca, se ha demostrado que previene el delito, el individuo que planea y en su psíquis concibe el delito, prevé como eludir las consecuencias del delito, a fin de evitar las consecuencias de una eventual pena, es decir que el transgresor de la norma actúa convencido de eludir la justicia, por lo tanto, el aumento de las penas no es disuasorio para el delincuente.

El tema de las penas, encuentra diferentes posiciones, aumentar las penas como medio de intimidación a fin de prevenir el delito e incluso sacar de la sociedad a aquellos delincuentes peligrosos, cómo será la posición que más adelante desarrolla o bien la corriente más benévolas, que las penas no deben ser severas, abogándose más por los derechos del ciudadano que se encuentra sujeto a un proceso.

2.3 Derecho Penal del Enemigo.

En el contexto mundial actual, se han multiplicado las alarmas de peligro, con relación a temas vinculados al crimen organizado, redes de terroristas que se atribuyen

atentados en diferentes países del mundo, especialmente de la región del Oriente Medio, Europa, Estados Unidos; en América latina tenemos fenómenos de terrorismo pero de otra índole, no enmarcada al extremismo religioso, pero sí motivado por dominios territoriales de pandillas y carteles, muchos de ellos generados por el narcotráfico y la afluencia de dinero que genera __ es esta la realidad en la región__ también podemos advertir fuera de las drogas, delitos graves como la Trata de Personas, el Tráfico ilegal de Personas y la venta de armas, blanqueo de capitales entre otros. También los países latinoamericanos sufren el flagelo de los delitos comunes, robo, homicidios, corrupción, entre otros que en mayor o menor medida afecta más directamente a la población con menos recursos.

En las últimas décadas algunos juristas, han replanteado o podría decirse que han desempolvado algunos dogmas, como es la idea de considerar a los delincuentes como enemigos de la sociedad, los cuales no deberían comulgar conjuntamente con ciudadanos, cuya conducta no es cuestionable por la norma penal adjetiva, sino que por el contrario deben ser protegidos, de estas personas transgresoras de la norma. Estas nuevas corrientes, que no lo son tanto, tiene sus antecedentes en filósofos y pensadores de épocas pasadas, cuyos pensamientos se consideraban superados, pero con sustentos más elaborados en la actualidad, han tomado un espacio doctrinal y no en pocos casos de forma tenue también en algunas legislaciones; incluso han permeado a no pocos penalistas que sustentan esta posición doctrinal como una opción realmente válida, tomando en consideración, los ataques hacia el Estado y sus ciudadanos por parte de los delincuentes.

Sin importar el escenario delictivo de cada país, lo cierto es que los ciudadanos, exigirán a sus gobernantes, la protección de sus derechos, ningún ciudadano promedio, está preocupado por los derechos de los delincuentes, por el contrario, consideran que estos al delinquir perdieron sus derechos, que deben ser sancionados de la forma más severa posible, de hecho, la prisión permanente no es una idea descabellada, sino que supone una solución a la criminalidad a corto y largo plazo. Pero este pensamiento que circunda en la mente de los ciudadanos, no escapa a algunos juristas y doctrinarios de la materia penal, tampoco es que se trate de una idea innovadora o que no había sido pensada en la antigüedad o a lo largo de los diferentes momentos históricos de la humanidad; como se advierte arriba.

La expansión del poder punitivo, es una realidad con el pretexto de las emergencias sociales, el aumento de pena, así como de tipos penales, ya no se requiere en muchos casos que haya un derecho lesionado, la mera puesta en peligro o el peligro ya es objeto de penalización. Dado que el sujeto que transgrede la norma, es visto por el resto de los ciudadanos como un peligro, y por ende todo peligro, se configura en una amenaza, para el resto de los asociados en una comunidad. Entonces el individuo es un enemigo, al que debe tratarse como tal, ya que no merece tener derechos, sí a fin de cuentas ha transgredido los derechos de otros.

Entonces debemos empezar por saber quién es el enemigo, podría decirse que es aquel individuo, parte de la sociedad, qué con sus capacidades físicas y mentales,

especialmente estas últimas, a voluntad y con plena conciencia de su actuar, trasgrede las normas, pone en riesgo deliberadamente a los miembros de la sociedad, o bien ataca directamente los derechos de otros asociados vulnerando, la propiedad, la seguridad, en fin bienes jurídicos tutelados por el Estado, y en peligro de ser garantizados por éste.

Enemigo es quien incluso, manteniendo intactas sus capacidades intelectivas y volitivas, y disponiendo de todas sus posibilidades de adecuar su comportamiento a la norma, decide mutuo propio autoexcluirse del sistema, rechazando las normas dirigidas a personas razonables y competentes, despersonalizándose a sí mismo mediante la manifestación en forma de inseguridad cognitiva, que –precisamente por poner en peligro los pilares de la estructura social y el desarrollo integral del resto de los ciudadanos (personas de derecho)- ha de ser combatida por el ordenamiento jurídico, de forma especialmente drástica, con una reacción aseguraría más eficaz.⁶⁴ Así entonces es deliberada la manifestación del individuo, desviado socialmente, al actuar en contra de las normas que deben regirlo. Lo cierto es que algunos transgredirán la norma de forma más severa que otros, y representarán riesgos mayores o menores dentro del entorno social.

Pero el enemigo no es una concepción generada en este siglo, como señaláramos en un inicio; en el derecho Romano se hablaba del enemigo, clasificado en *inimicus*, que venía

⁶⁴ POLAINO-ORTS, Miguel. Derecho Penal del enemigo: desmitificación de un concepto. Edit. Grijley, Perú, 2006, p.102.

ser el enemigo personal, mientras que el *hotis*, el extraño, extranjero enemigo, este último no tenía, ningún derecho. El *hotis*, extranjero era un prisionero y esclavo, bastante semejante a lo que en la actualidad la situación de muchos inmigrantes ilegales en algunos países, pero evidentemente en la actualidad incluso estos son sujetos con derechos.

En las diferentes épocas, se han advertido pensadores que hacen alusión, a los transgresores de la norma, como enemigos de la sociedad, citando a German Aller, quien hace un recuento de pensadores y filósofos de diferentes épocas.

Hobbes citado por Aller, indica que mientras no se tenga la garantía de que las demás personas cumplirán las leyes, todos tienen el derecho a defenderse; esta es una premisa básica que la mayoría de los pensadores de la época, consideraban que era permitido la defensa de un individuo frente al otro al transgredirse normas que los afectaban directamente como víctimas, ya que se convertirían deliberadamente en enemigos.

A continuación, elaboramos un cuadro a partir de lo citado por German Aller⁶⁵.

⁶⁵ ALLER Germán. El Derecho Penal en peligro. Maver editor, 1ra edición abril 2008, Argentina Pags.128-131

<p>1º HOBBS (1588-1679):</p> <p><i>Manifestaba que mientras no se tenga la garantía de que los demás no vayan a incumplirlas (a las leyes naturales) todos retienen el derecho originario de defenderse por los medios y con las fuerzas que tuviera, esto es el derecho a todo o a la guerra [...] De donde se sigue que el Estado tiene su derecho primigenio, esto es, el derecho a guerra contra el discrepante, como contra un enemigo. También: El daño inflingido a quien se considera enemigo no queda comprendido bajo la denominación de pena, ya que si se tiene en cuenta que no está ni sujeto a la ley, y, por lo tanto no pudo violarla o que habiendo estado sujeto a ella y declarando que ya no quiere estarlo, niega por lo tanto que pueda transgredirla, todos los daños que pueda inferírseles, deben ser considerados como actos de hostilidad [...] al rechazar la condición de súbditos, rechaza la pena que ha sido establecida por la ley, y por consiguiente padece ese daño como enemigo del Estado.</i></p> <p><i>Asimismo: durante el tiempo que los hombres viven sin un poder común que</i></p>	<p>2º GROCIO (1583-1645):</p> <p><i>Entre los enemigos el Derecho escrito, o sea, civil, nada vale, pero el no escrito es el que vale [...] se puede cometer injusticia con el enemigo.</i></p> <p>3º PUFENDORF (1632-1694):</p> <p><i>Sobre la violencia que se aplica en la guerra contra un enemigo y sus prioridades, hay que distinguir entre lo que el enemigo puede sufrir sin abuso y lo que nosotros le podemos inferir sin faltar a la humanidad. En efecto, quien se declare mi enemigo, como en esa declaración esta la intención de causarme males extremos, por eso mismo también me asiste la facultad de defenderme de él en cuanto enemigo hasta el infinito. Sin embargo, la humanidad manda que cuanto lo permita el rigor de las armas, no causemos mayor mal a un enemigo que el que exija la reclamación de nuestro derecho y la que requiere la seguridad para el futuro.</i></p>
---	--

<p><i>los atemorice, a todos, se hallan en la condición o estado que se denomina guerra; una guerra tal que es la de todos contra todos [...] Por consiguiente, todo aquello que es consustancial a un tiempo de guerra, durante el cual cada hombre es enemigo de los demás, es natural también en el tiempo en que los hombres viven sin otra seguridad que la que su propia fuerza y su propia invención pueden proporcionarle.</i></p>	
<p>4º LOCKE (1632-1704):</p> <p><i>Al transgredir la ley de la naturaleza, el delincuente pregoná vivir según una norma distinta de aquella razón y equidad común, que es la medida que Dios puso en las acciones de los hombres para su mutua seguridad, y así se convierte en peligroso para la estirpe humana; desdeña y quiebra el vínculo que a todos asegura contra la violencia y el daño, y ello, como transgresión contra toda la especie y contra la paz y seguridad de ella, procurada por la ley de la naturaleza, autoriza a cada uno a que por dicho motivo, según el derecho</i></p>	<p>5º ROUSSEAU (1712-1778):</p> <p><i>Todo malhechor, atacando el derecho social, conviértese por sus delitos en rebelde y traidor a la patria; cesa de ser miembro de ella al violar sus leyes y le hace la guerra. La conservación del Estado es entonces incompatible con la suya; es preciso que uno de los dos perezca, y al aplicarle la pena de muerte criminal, es más como enemigo que como ciudadano. El proceso, el juicio constituyen las pruebas y la declaración de que ha violado el contrato social, y por consiguiente, que ha dejado de ser miembro del Estado. Ahora bien;</i></p>

que le asiste de preservar a la humanidad en general, pueda sofrenar, o, donde sea necesario, destruir cuantas cosas les fueren nocivas y así causar tal daño a cualquiera que haya transgredido dicha ley [...]

Y Caín estaba tan plenamente convencido de que todos y cada uno tenían derecho de destruir tal criminal que, después de asesinar a su hermano, exclamó: "Cualquiera que me hallare me matará; tan claramente estaba este principio escrito en los corazones de toda la estirpe humana [...] En verme libre de tal fuerza reside la única seguridad de mi preservación, y la razón me obliga a considerarle a él como enemigo de mi valeduría y posible rapiñador de mi libertad, que es el vallado que me guarda; de suerte de quien intenta esclavizarme, por ello se pone en estado de guerra conmigo [...] Y esta es la obvia diferencia entre el estado de la naturaleza y el de guerra, los cuales por más que los hubieren algunos confundido, son entre sí tan distantes como un estado de paz bienquerencia, asistencia mutua y

reconocido como tal, debe ser suprimido por medio del destierro como infractor del pacto, o con la muerte como enemigo público, porque tal enemigo no es un apersona moral, sino un hombre, y en ese caso el derecho de la guerra establece matar al vencido.

<p>preservación lo sea de uno de enemistad, malicia, violencia y distribución mutua.</p>	
<p>6º KANT (1724-1804):</p> <p><i>En los Estados no se concibe una guerra penal, porque ellos no existe la relación de superior e inferior. Por tal motivo, una guerra de exterminio que lleva al aniquilamiento de ambas partes y a la anulación de todo derecho, haría imposible una paz perpetua, a no ser que fuese la paz de los cementerios para toda la humanidad. También: Al Derecho está unida a la vez la facultad de coaccionar a quien lo viola, según el principio de contradicción. El sujeto ha de estar también autorizado a obligar a cualquiera, con quien entre en conflicto sobre lo mío y lo tuyo acerca de tal objeto, a entrar con él en una constitución civil. Asimismo: la transgresión de la ley pública que incapacita a quien la comete para ser ciudadano se llama 'crimen' sin más (crimen), pero también crimen público (crimen público). También: El de un Estado contra un enemigo 'injusto' no</i></p>	<p>7º FICHTE (1765-1814):</p> <p><i>Quien abandona el contrato ciudadano en un punto en el que el contrato se contaba con su prudencia, sea de modo voluntario o por imprevisión, en sentido estricto pierde todos sus derechos como ciudadano y ser humano, y pasa a un estado de ausencia completa de derechos. Asimismo, expresa: quien no cumple [el contrato de ciudadanía], no está incluido en él, y quien está incluido en él lo cumple necesaria y enteramente. Quien no participa en él, no participa en ninguna relación jurídica, y está legítimamente excluido y a todos los efectos de la acción recíproca con otros seres semejantes en el mundo sensible.</i></p>

tiene límites (entiéndase en cuanto a la cualidad, pero no en cuanto a la cantidad o el grado). Es decir, que un Estado ofendido no tiene el derecho de emplear todos los medios de que pueda echar mano, para defenderse, sino solamente los que son absolutamente permitidos.

Cuadro de elaboración propia

Los enemigos en la historia de la humanidad siempre han existido, como señala Aller, muchos han entendido que el derecho, permite por el bien común, eliminar los potenciales riesgos que puede un individuo representar. Se aprecia entonces que en primer momento; desde la época de los romanos ya era reconocido a los transgresores de normas como enemigos; no obstante Jakobs realiza una construcción, más actual con respecto al enemigo en la actualidad, la cual hace que tome relevancia, cuando en el congreso de profesores de derecho penal celebrado en Frankfurt en 1985, planteaba que si aquellos individuos, definidos como peligrosos en función con su habitualidad y reincidencia delictiva, estilo de vida o presumible rechazo al sistema institucional se les ha de privar de su condición de persona por considerar que se apartan de su rol de ciudadanos y por ello se tornan enemigos de la sociedad; como la noción de ciudadanía se requiere en el Derecho, en 1999 replanteo Jakobs su posición y en el 2003 publicó el artículo *El Derecho penal del ciudadano y Derecho Penal del Enemigo*, en este punto considera que *solo es persona quien ofrece una*

garantía cognitiva suficiente de un comportamiento personal, se caracteriza por ser portadora de derechos y obligaciones y la pena tiene una función de confirmar la identidad de la sociedad y la dirección de la motivación, por la cual se pueden excluir comportamientos en aras de la estabilidad social.⁶⁶

Un comportamiento contrario, al bienestar común en la sociedad, por parte de personas que forman parte de esa sociedad representan un peligro, como tratar a este sujeto, parece obvio, si los ciudadanos tienen derechos y obligaciones, el Derecho debe buscar a través de la pena mantener la dirección de los sujetos cumpliendo las normas del cual han sido dotados, y que han permitido la paz social.

Ahora bien un punto de relevancia es, sí los enemigos no son erradicados no hay certeza del futuro, se mantiene abierto el juicio de peligrosidad, hasta qué, quien decide, quien es el enemigo, deja de considerarlo como tal, por lo que el grado de peligrosidad del enemigo, y por ende el grado, de la necesidad de contención, dependerá siempre del juicio subjetivo del individualizador, que no es otro que quien ejerce el poder.⁶⁷ ¿Cómo se podría medir la peligrosidad del individuo transgresor de la norma?, ¿Por cuánto tiempo sería peligroso?, ¿Podría ser un individuo peligroso útil a la sociedad en algún momento?, ¿son merecedores de derechos?, podrían ser muchas las interrogantes al respecto. Entonces

⁶⁶ ALLER Germán. Op. Cit. Pags. 113-116

⁶⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El enemigo en el Derecho Penal. Buenos Aires Argentina, 2009. Pag.25

como podría el poder punitivo del Estado, establecer hasta cuando es suficiente mantener en contención al individuo (enemigo), por su peligrosidad, ello sin convertir el sistema, en inquisitorial, sí, se trata de un juicio de valor de quien ostenta el poder, será difícil establecer, un criterio uniforme y ecuánime; ya que mucho dependerá de las políticas que estén, emergiendo en su momento producto del impacto, de los diferentes tipos delincuenciales, que azoten a la población.

Por ende, se sugerirá por quienes tienen, la potestad de decidir, en materia del *lus Puniendi*, -mucho por la presión que ejerzan los ciudadanos y, los medios de comunicación- que al enemigo es necesario, tratarlo como tal, un enemigo, que no merece, mayor respecto que el que él haya mantenido en la sociedad. Esta sería la posición del derecho penal del enemigo.

Por cuanto tiempo al *hotis*, se le debe mantener en observación, como un individuo, que tiene un virus latente, el cual podría manifestarse nuevamente, los antecedentes penales, son considerados en Panamá, por diez años, no obstante, no desaparecen del historial luego de transcurrido este tiempo, a fin de cuenta, “El derecho, a diferencia de la moral, no tiene por fin hacer bueno al hombre; por esto es que atiende únicamente al comportamiento exterior suyo y se satisface, si en ese plano no altera el orden de

convivencia social que tiene, por misión imponer.”⁶⁸ Entonces parece tener sentido mantener un historial penal, que declara y evidencia en principio el tipo de individuo con el cual se está tratando.

En esta misma línea de pensamiento podría decirse que el comportamiento de la persona, convertido en enemigo no puede, dejarse sin vigilancia y su conducta reiterada, va a demostrar aún más, lo peligroso que es, su conducta anterior tampoco debe ser olvidada, ya que permite alertar la tendencia, del sujeto a ser un transgresor de la norma, en resumidas un sujeto peligroso para la sociedad. Silva Sánchez considera que ese tránsito de ciudadano a enemigo, se irá produciendo, por la reincidencia, habitualidad, profesionalidad delictiva y finalmente la integración en organizaciones delictivas estructuradas, situación especial que debe ser enfrentada de un modo expeditivo y eficaz que justificaría un derecho penal de emergencia.⁶⁹

Desde esta perspectiva, que ahonda este autor; a quienes se les debe considerar como enemigos, no se trata del delincuente oportunista, el ladrón de poca monta, sino del infractor de la norma penal grave, grave para los ciudadanos ya que han demostrado que luego de recibir una sanción esta no le ha sido intimidatoria, no le ha sido suficiente para

⁶⁸ NOVOA MONTREAL, Eduardo. Causalismo y Finalismo en Derecho penal. Edit. Juricentro, pag.94.

⁶⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. La expansión del Derecho Penal, 2da. Edición, Madrid, Ed. Civitas, 2001, pag. 164.

desistir de cometer nuevos actos en contra de lo establecido por la ley.

Se evidencia de esta manera que la situación de los nuevos esquemas delictivos, y actos delincuenciales, se han vuelto alarmantes, tal vez no por los hechos delictivos mismos; ya que la mayoría ha existido siempre, pero sin obviar que se han adicionado al catálogo de delitos algunos muy bélicos y otros muy innovadores en virtud, de la época tecnológica en la que vivimos y por ende que hace surgir nuevas figuras. Pero más que por los delitos nuevos son precisamente las nuevas formas de comunicación mundial en un mundo globalizado que han focalizado esta alarma, de la necesidad de tomar medidas extremas.

Cuando Silva Sánchez, hace la salvedad del delincuente habitual o reincidente; se deja de lado la realidad advertida por Carlos Parma al señalar que la reincidencia se asocia a la exclusión social que sufren aquellos que tienen antecedentes delictuales, y aunque hayan recibido capacitación durante, al volver enfrentan desempleo y marginación. Baja competitividad debido al abandono escolar temprano, que influyen en una inserción escolar digna. Ambiente familiar disfuncional, muchas veces violento que acompaña pautas de interrelación inadecuadas. Ruptura del vínculo social, redes sociales más frágiles. Cultura de violencia y consumismo reflejados en la televisión, juegos y deporte.⁷⁰

⁷⁰ PARMA, Carlos. Roxin o Jakobs ¿Quién es el enemigo en el derecho penal? Ediciones Jurídicas Andrés Morales Pag. 258,259

Sí se solucionarán esos puntos mencionados, entonces tal vez podría hablarse de un enemigo, pero bajo la existencia de que subyace al delincuente; deja entrever posibles sujetos vulnerables más que enemigos, por los cuales el Estado al haberse irrogado el Ius Puniendi, también tiene la obligación, de proteger a sus ciudadanos, que estén bajo este esquema y garantizar en mayor medida la resocialización.

Pero que sucede con la Corrupción de Servidores Públicos, los cuales no estaban bajo el paraguas en mención, quienes suelen ser en la mayoría de los casos los corruptos están en puestos jerárquicos del Estado, con funciones plenamente definidas y sus actos trascienden en el desarrollo integral de los ciudadanos de un país en materia de salud, educación, infraestructura en calles, escuelas hospitales y desarrollo cultural y deportivo, no serían estos grandes enemigos; Carlos Parma, señala que el derecho penal no tiene forma de decir científicamente que un terrorista sea más “peligroso” que un golpeador, abusador y maltratador de la familia. Tampoco puede afirmar que un terrorista haga más daño que un funcionario corrupto, quien, vaciando arcas del Estado, impide que miles de niños sean alimentados⁷¹ limitar entonces que los enemigos, son los terroristas, reincidentes, narcotraficantes; deja un sabor de duda, al respecto.

Para autores como Rousseau y Fichte, los ciudadanos son parte de un contrato, con

⁷¹PARMA, Carlos. Roxin o Jakobs. Ibídem. Pag.204

el Estado, teniendo así derechos y obligaciones, pero si incumplen entonces pierden el derecho de ser tratados como ciudadanos, Rousseau en este mismo pensamiento, advierte que cuando se ataque el derecho social, se deja de ser miembro del Estado.⁷² Así entonces los que se inclinan hacia, la teoría contractualista, también observan al individuo, que transgrede, el ordenamiento jurídico del Estado, del cual forma parte como un sujeto que pierde su calidad de ciudadano, incluso sus derechos de humano, por ende carece de derechos en absoluto.

Pareciera entonces que el individuo, pierde según lo anterior cualquier posibilidad, de saldar una deuda con la sociedad, se debe eliminar el peligro latente, el mismo debe ser combatido, en una guerra legítima, donde la seguridad de los ciudadanos, no, de los transgresores de la norma prima.

El derecho penal del enemigo, sugiere con su denominación, una idea peyorativa, del derecho penal, enmarca en negativo a todo aquel, que se permita inclinarse, a compartir un razonamiento en esta perspectiva, desconociéndose que siempre ha existido y en cierta medida la mayoría, estaríamos de acuerdo bajo ciertos parámetros y circunstancias que un transgresor de la norma, pero no cualquier transgresor, aquellos que cometen delitos graves, atroces en la sociedad, deben ser castigados de forma más severa, “En el derecho

⁷² ROUSSEAU, Staat und Gesellschaft. “Contrat Social” traducido y comentado por Weigend, 1995, p.33

penal del ciudadano, la función manifiesta de la pena es la *contradicción*; en el Derecho penal del enemigo la *eliminación de un peligro*. Los correspondientes tipos ideales prácticamente nunca aparecerán en una configuración pura. Ambos tipos pueden ser legítimos” advierte Gunther Jakobs, y continúa diciendo “Un derecho Penal del Enemigo claramente delimitado es menos peligroso, desde la perspectiva del Estado de derecho, que entremezclar todo el Derecho Penal, con fragmentos de regulaciones propias del Derecho Penal del enemigo”⁷³ se puede delimitar y enmarcar de forma más clara, las conductas y la forma de represión, sin que ello riña, con otros conceptos, máxime cuando no cabe duda que tanto la sociedad como el Estado, pretenden mayor seguridad; pero esta mezcla de derecho penal garantista y normas eminentemente en favor del derecho penal del enemigo, no es lo más adecuado.

El trato del enemigo debe ser diferenciado, según esta doctrina pero esto podría generar otros yerros, como identificar realmente al enemigo, sin ceder a garantías de los ciudadanos, sucede que se autorizarían allanamientos domiciliarios, requisas personales de automotores y de viviendas, intervenciones y registros de comunicaciones de toda índole, detenciones sospechosas, se podría decir que solo a sospechosos de terrorismo, pero se sabe que será imposible evitar que las agencias policiales, hagan uso de estas facultades cada vez que sean convenientes: les bastará con alegar que lo hacen por sospecha de

⁷³ JAKOBS, Gunther; CANCIO MELIÁ, Manuel. Derecho penal del Enemigo. Edit. Hammurabi s.r.l., Buenos Aires, Argentina. Pág.63, 64.

terrorismo, y que por azar encontraron, cigarros de marihuana, divisas, ello sin considerar agencias ejecutivas y políticas no deterioradas, pues de lo contrario también se sabe que declaran el hallazgo por azar, siempre que no hayan llegado a un acuerdo extorsivo con el infractor.⁷⁴ Con esto también se abre paso a otras situaciones como la corrupción, la venganza, el chantaje, así como persecuciones políticas, bajo el paraguas de sospechas de un delito grave.

Ciertamente el infractor de la norma o el enemigo, como prefiera llamarse, debe buscarse formas de contención hacia el mismo, el asunto será ¿Que tratamiento aplicar a éste? y determinar qué grado de peligrosidad, representa cada individuo, puesto que no serán todos, amenazas inminentes, ni tampoco sujetos irrecuperables para la sociedad. Para el funcionalismo penal cada individuo tiene un rol que cumplir, esto implica no solamente, buena convivencia social y por ende del bienestar común, entonces el rol social es el comportamiento, de acuerdo con la norma jurídica, que debe tener un sujeto con respecto al papel social que le corresponde con base a una expectativa social⁷⁵

Como ya hemos visto el tratamiento del enemigo debe ser diferenciado, entonces, el asunto también viene entrelazado con la pena a imponer al enemigo, a algunos una pena

⁷⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. Cit. Pág.117

⁷⁵ PADILLA Sabrina; XOCHILTL, Lisbeth. Delincuencia Organizada, Lavado de dinero y terrorismo. El derecho penal del enemigo y la restricción de los Derechos Humanos en el Neoliberalismo Jurídico. Edit. Flores. México 2015. Pág. 5

de prisión ejemplar sería la solución, pero ¿Qué tiempo de prisión?, ¿Qué lugares destinar para cumplir la pena?, ¿pena de muerte también debe ser tomada en cuenta?, derechos humanos para el penado, que tantos derechos debe dársele, la estadía en prisión presupone privación de libertad pero esta a su vez trae aparejada otra serie de disminución de derechos, que en principio no deberían ser afectados, pero en efecto resulta inevitable la perdida de otros derechos.

El tiempo en prisión, nunca se sabrá cuál, es el más adecuado, interrogado Ho Chi Min, al respecto éste respondió: en la cárcel siempre es mucho tiempo. Pero además diríamos distinto, *“porque durante el encarcelamiento se produce una suerte de insensible suspensión de la existencia, una fractura entre los mundos de afuera y de dentro, un decrecimiento del tiempo vital, infinitamente más lento en la prisión que en la libertad”*⁷⁶

No existe receta perfecta para dosificar la pena, a pesar de existir mínimos y máximos, estos también atienden a la voluntad legislativa, no a un estudio científico, sino que atiende a la alarma social y lo cierto que para el privado de libertad siempre, el tiempo pasara despacio, por tanto, a mi consideración las penas cortas son muy efectivas, el individuo no se acostumbra del todo al sistema carcelario, vive una experiencia, que en muchos casos prefiere no repetir, sin guardar tanto resentimiento hacia la sociedad que le

⁷⁶ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Justicia Penal. Edit. Porrúa, México 1982 pag.60,61

permita, reincorporase de forma más amigable, por así decirlo.

Aunque si seguimos bajo el prisma del enemigo, lo cierto es que, si se necesitaría, en ciertas ocasiones, la pena de muerte y la disminución marcada de derechos, ante la amenaza que representa el individuo; pero también distingue que no es a todo transgresor de la norma que debe ser tratado con severidad, ni de la misma manera; este punto siempre será cuestionado por algunos y aceptado por otros dependiendo su experiencia personal, sus orígenes y creencias. Pero ciertamente no podemos obviar que esta posición también encierra una forma de venganza que en principio ha sido desechada por el Estado.

Finalmente, al enemigo, debe identificarse para poder, diferenciarlo del resto de los otros individuos transgresores de la norma, pero que su peligrosidad sea tal, que permita ser tratado como enemigo, siendo así, el asunto subyace en la posibilidad de establecer parámetros de identificación, que las propias normas puedan establecer, sin dejarlo a criterio, de los administradores de justicia, como el caso de terroristas, asesinos seriales, traficantes de armas, solo por mencionar algunos.

Al reflexionar sobre, el derecho penal del enemigo pareciera que este derecho, deja de ser derecho, ya que el derecho penal conlleva, que el individuo debe ser tratado como persona, desde esta base se desnaturaliza lo que es un Estado de Derecho, que surge para garantizar la dignidad humana. Aunque no cabe duda, que la intención de los que defienden un derecho penal del enemigo; se preocupan de la protección más efectiva de los

ciudadanos no transgresores de la ley y propugnan la contención de los delincuentes habituales; pero se deja de lado que ningún sistema, es perfecto, pudiéndose cometer injusticias, tan graves como las muchas ocurridas en épocas inquisitoriales.

CAPITULO III

EXPANSIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL GARANTISMO PENAL.

3.1 Expansión de los Derechos Fundamentales y el Garantismo Penal.

Existe una pluralidad de terminologías en torno a los derechos humanos; a partir del siglo XVIII, el término derecho humano se acuña al lenguaje jurídico. Desde entonces, desde el plano teórico e institucional se han propuesto una lista de expresiones, vocablos como libertades públicas, derechos públicos subjetivos, derechos fundamentales, derechos personalísimos, derechos y libertades individuales, derechos humanos, derechos esenciales, derechos naturales, derechos morales, mismos que se utilizan en muchas ocasiones como sinónimos⁷⁷. Cada terminología tiene diferentes sustratos, por ejemplo, derechos morales se liga a un sustrato axiológico, en tanto que el positivismo jurídico se va a relacionar más con el positivismo, derechos humanos se aborda a partir de la Declaración de los Derechos Humanos, libertades públicas se vincula a influencia liberal y doctrina francesa, respondiendo estas al Estado. Pero de todas estas denominaciones las más utilizadas se trata de derechos humanos y derechos fundamentales, que más allá de la semántica engloba un interés para la humanidad; el reconocimiento o por el contrario su desconocimiento acarrea una serie de implicaciones para cada ser humano que habita el planeta. Se reconocerán y protegerán derechos y libertades, dependiendo si son reconocidos o no por los Estados.

⁷⁷ RAMÍREZ GARCÍA, Hugo Saúl; PALLARES YABUR, Pedro de Jesús. Derechos Humanos. Pág.24

Maurizio Fioravanti, considera que existen diferentes formas de fundamentar las libertades en el plano teórico-doctrinal, el modelo historicista, individualista o estatalista, los cuales se pueden resumir el primero en un modelo que guarda un lugar privilegiado para los derechos civiles, los patrimoniales y personales. La cultura individualista y cultura historicista de las libertades se encuentra preliminarmente en el punto, relativo a la relación existente con el pasado medieval, señala que es en este punto donde está la gran diferencia en los dos modelos. Mientras la cultura historicista busca en la edad media la gran tradición europea del gobierno moderado y limitado, y en algún modo empuja al constitucionalismo moderno, que como quiera convertirse en protector de aquellas libertades a compararse con el legado medieval; la cultura del individualismo tiende por el contrario a enfrentarse con el pasado a construirse en polémica con él, al fijar la relación entre moderno y medieval en términos de fractura de época. Por su parte la cultura estatalista se refiere a un modelo en el que no existe ninguna libertad y ningún derecho individual previo al Estado, ya que son las normas del Estado las únicas capaces de ordenar la sociedad y de fijar las posiciones jurídicas subjetivas de cada uno⁷⁸. Las posiciones pueden ser aún encontradas para los Iusnaturatistas y los Iuspositivistas, pero lo importante de las mismas puede ser enfocado en el interés superior del reconocimiento de los mismos para el bienestar de los humanos miembros de un Estado.

⁷⁸ FIORAVANTI, Maurizio. Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones. Edit. Trotta, segunda edición 1998, Madrid pág.34,35

Los derechos humanos también encuentran justificación, aunque menos exploradas o detallas, en el fundamento democrático y el fundamento social; el fundamento democrático se basa en que entre el principio democrático y los derechos humanos existe una relación de carácter indisoluble, ya que de no existir un gobierno elegido por sus ciudadanos sería difícil el goce de libertades del hombre y viceversa, siendo entonces considerados derechos fundamentales los esenciales para garantizar el sistema democrático constitucional⁷⁹ siendo considerado derecho fundamental el derecho al voto, a los procesos electorales, etc., no obstante si bien es un medio para garantizar en principio derechos, sería el método, no así a nuestra consideración derechos fundamentales.

En tanto que el fundamento de los derechos humanos, desde la perspectiva social, encuentra como argumento que son derechos fundamentales, aquellos que resultan necesarios, para garantizar condiciones civiles, políticas, económicas, sociales y culturales mínimas e igualitarias para llevar una vida digna dentro de la comunidad, que los derechos fundamentales encuentran sustento, en lecciones históricas de opresión a los más débiles, que la función de los derechos fundamentales es la paz, la igualdad, la democracia y la protección de los más vulnerables social, cultural y económicamente⁸⁰ . El fundamento de

⁷⁹ SILVA MEZA Juan; GARCÍA SILVA Fernando. La expansión del Derecho Penal, 2da. Edición, Madrid, Ed. Civitas, 2001 pág.11

⁸⁰ SILVA MEZA Juan; GARCÍA SILVA, Fernando. Ibídém. Pág.23,24

los derechos humanos va ligado a circunstancias, épocas, ideologías, que dan el rumbo de la sociedad.

Una definición única limita en gran medida el alcance que tienen los derechos humanos, vistos desde la promulgación de los primeros derechos fundamentales reconocidos en la Revolución Francesa, luego la expansión de los mismos ha dado al surgimiento de una serie de debates al respecto, se han ensayado una serie de definiciones, que tienen fundamento en distintos momentos históricos o bien filosofías, a manera de muestra pasamos a mencionar algunas:

Carlos F. Quintana Roldán y Norma D. Sabido Peniche, proponen dos definiciones para los derechos humanos, la primera siguiendo tendencias actuales *“Se entiende por Derechos Humanos al conjunto de garantías que establecen los ordenamientos legales nacionales e internacionales con el objeto de proteger frente al poder público los derechos fundamentales de los seres humanos, en cuanto a su dignidad y el respeto que merecen por el mero hecho de pertenecer a la especie humana”* esto desde un punto de vista filosófico valorativo y la segunda acepción con una tendencia histórica podría definirse *“El conjunto de prerrogativas y garantías que salvaguardan la vida y la dignidad de los seres humanos y que los criterios valorativos de la cultura y de la civilización moderna atribuyen a todos los*

*integrantes de la especie humana sin distinción alguna*⁸¹. Una y otra vez la matriz de los derechos humanos, radica en la necesidad de protección de los derechos más elementales de los humanos.

Los derechos fundamentales según, Rubén Hernández Valle tienen un sentido jurídico preciso y exacto, por cuanto se refieren al conjunto de derechos y libertades jurídicas e institucionalmente reconocidas y garantizadas por el derecho positivo. Advierte que una característica importante es que los derechos fundamentales, aunque normalmente se encuentran consagrados en textos constitucionales, pueden estar incluidos en tratados internacionales, que también tutelan Derechos Humanos.⁸² Es entonces que los derechos humanos, se refieren a las exigencias, que los seres humanos tienen por su calidad, necesidades que resultan básicas a todos los individuos y los Derechos Fundamentales, tienen una connotación de tutela de derechos y libertades reconocidos en el orden positivo de conformidad con esta última acepción.

En este mismo orden de ideas apuntan los autores Carlos Alberto Chávez Solera y José Daniel Hidalgo Murillo, quienes indican que los derechos del hombre o derechos humanos, son los que tiene el hombre por su condición humana y no por concesión estatal,

⁸¹ QUINTANA ROLDÁN, Carlos F; SABIDO PENICHE, Norma D. Derechos Humanos. Edit. Porrúa. 2da edición. México.2001, Pág.21

⁸² HERNÁNDEZ Rubén. La Tutela de los Derechos Fundamentales. 1ed San José Editorial Juricentro 1990. Pag.13.

razón por la cual los conocemos con el nombre de derechos naturales, innatos a la misma persona. El hombre es persona y como tal debe ser reconocido por el ordenamiento jurídico, siendo su reconocimiento su derecho fundamental⁸³. Debe tenerse claro con esta concepción, que el derecho tutela y reconoce los derechos de los hombres, siendo ya estos inherentes a la persona, por ende, no son creación jurídica del Estado, a través de ficciones jurídicas, sino que se reconoce que el hombre al nacer como hombre ya le son connaturales derechos inalienables.

La idea anterior se desarrolla desde el plano iusnaturalista, se aprecia en concordancia con la de Antonio Pérez Luño, la cual es citada por Rafael Aguilera, al indicar: Desde una perspectiva iusnaturalista moderada podemos definir a los derechos humanos como: *“Conjunto de facultades e instituciones, que en cada momento histórico concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”* considerando que este concepto tiene un fundamento filosófico preciso y claro proveniente de las ideas del liberalismo político, el movimiento ilustrado y el contractualismo moderno. Continúa señalando Aguilera Portales que ...Desde una dimensión iuspositivista, los derechos fundamentales son aquellos que se encuentran garantizados por algún

⁸³ CHÁVEZ SOLERA, Carlos Alberto; HIDALGO MURILLO, José Daniel. Temas de Derecho Procesal Penal. Editec Editores S.A., Desamparados, Costa Rica. Pag.131, 132.

ordenamiento positivo jurídico, es decir derechos que son limitados espacial y temporalmente. Desde una perspectiva iusnaturalista o iuspositivista los derechos humanos representan un conjunto de exigencias éticas mínimas universalmente aceptadas a lo largo de la historia, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948⁸⁴

Los derechos humanos entonces toman diferentes, causes dependiendo la óptica desde la cual es abordado, las acepciones antes mencionadas van de la mano con el uisnaturalismo, el cual es abordado desde el plano de un fundamento axiológico, el individuo nace con derechos; pero este método también permite la posibilidad de solucionar colisiones de derechos a través de la jerarquización de valores⁸⁵, según Miguel Carbonell; pero lo cierto es que este planteamiento no representa una solución realmente viable ya que no existe un orden para los valores, por lo tanto realizar una ponderación al respecto dependerá de las preferencias.

Mientras las acepciones que van más ligadas al iuspositivismo, consideran que no existen derechos previos “*...solo existe el derecho positivo producido por los órganos estatales, que son los que crean (no declaran) los derechos. En el estado de naturaleza, no*

⁸⁴ AGUILERA PORTALES, Rafael; LÓPEZ SÁNCHEZ, Rogelio. Un Modelo Democrático para la Enseñanza de los Derechos Humanos en México. (La enseñanza de los Derechos Humanos Rafael Aguilera Portales. coordinador). Monterrey México, Primera edición Pág. 80,81

⁸⁵ CARBONEL, Miguel. Los Derechos Fundamentales en México. Edit. Porrúa. México 2004, pág.40

*es posible hablar de derechos naturales, sino de capacidades naturales de los individuos. Y ello porque la ley natural no tiene valor jurídico..."*⁸⁶ de este modo los derechos fundamentales en la naturaleza no tienen valor por lo que no pueden entenderse sin el Estado. Continúa señalando Juan y Fernando Silva que en resumen la perspectiva positivista contempla derechos fundamentales garantizados por el Estado judicialmente en la Constitución, que constituyen una protección de las minorías frente a las mayorías, por lo tanto, se deduce eficacia para sus titulares y es que no podría ser de otro modo, el iusnaturalismo por sí solo no protege los derechos individuales, requieren ser positivados.

Desde la postura iusnaturalista también se encuentra lo señalado por Graciano González R. Arnaiz, quien advierte *"Debido a esta consideración, los seres humanos aparecen como titulares de derechos en su condición de humanos, poniéndose en consideración un concepto de los mismos como 'como algo previo'; es decir algo preciso que no es necesario que nadie nos conceda como si fueran derechos legales_ porque todos los tenemos. Los derechos humanos, se tienen en virtud de la condición de humanos; por el hecho de ser personas diríamos"*⁸⁷, seguidamente a esta aseveración el autor, pasa a señalar que decir que los derechos son humanos, porque lo exige la peculiar condición. Deja sin aclarar el término "derecho", el cual tiene ventajas y desventajas, según indica Graciano, la

⁸⁶ SILVA MEZA, Juan; SILVA GARCÍA, Fernando. Derechos fundamentales. Edit. Porrúa. México 2013 pág. 8

⁸⁷ GONZÁLEZ R, Graciano. Arniz. Enseñar Derechos Humanos: Oportunidad y Reto. (La enseñanza de los Derechos Humanos Rafael Aguilera Portales. coordinador). Monterrey México, Primera edición Pág.18,19.

desventaja del término derecho es que oculta el sentido moral de una exigencia ínsita de la condición humana. Pero tiene también, ventajas. Pues resulta provechoso no sólo para poner de relieve que son exigencias que deben ser satisfechas, sino también para manifestar la ‘obligación’ que tienen los poderes de pasar por la expresión jurídica _ por la vía del reconocimiento de derechos_ de tales exigencias para legitimarse y darse sentido. A esto nos referimos cuando hablamos de legitimidad del Estado de Derecho, o mejor aún, del Estado Social de Derecho. Sería utópico que se defienda la posición del derecho natural estrictamente, ya que es evidente que en países donde la religión se aplica como ley, como algunos países musulmanes, las mujeres no tienen los mismos derechos que los hombres con lo cual ya representa una antinomia para los derechos fundamentales que no se aplique a mujeres.

Lo cierto es que aceptar o no que los derechos fundamentales sean antropológicamente un derecho innegable a los seres humanos es de considerar, que no es lo medular del asunto, ya de lo que no cabe duda es que para garantizarlos deben estar positivados en las normas de los Estados, en los cuales se establecerá su promoción y su respeto, que es a fin de cuentas lo que las personas necesitan. No basta con la sola proclamación constitucional de unos determinados derechos, utilizando formulas vagas y ostentosas, sino que además resulta necesario dotarlos al mismo nivel de mecanismos de garantías que les permitan hacerlos efectivos frente al Estado o los particulares. La adopción de mecanismos de garantía de los derechos reconocidos en la Constitución, resulta necesaria, para que no termine siendo como en muchas ocasiones sucede, en simple grupo

de fórmulas retóricas, vacías sin un contenido real.⁸⁸

Que los Estados reconozca en sus normas, los derechos humanos es de vital importancia para que puedan ser tutelados y exigidos, puede que intrínsecamente sepamos el valor como personas que tenemos, pero ello va ligado a la educación que se haya podido recibir desde los primeros años de vida, no obstante si el individuo crece en una sociedad donde los derechos y garantías fundamentales están limitados, mal podría decirse que le es connatural derechos que ni el mismo se reconoce, es entonces imprescindible el reconocimiento a nivel de Estado como garante y no solo del individuo los derechos humanos.

Cuando terminó la Segunda Guerra Mundial, las atrocidades y el respeto por la dignidad humana, fue evidente, los principales mandatarios de los Estados, que entonces conformaban la sociedad internacional decidieron incluir la promoción y protección de los Derechos Humanos, entre los objetivos principales de las Naciones Unidas, voluntad que se vio confirmada tres años más tarde en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), esta acción se concebía como una protección internacional del individuo a cargo de los Estados. Serían los Estados quienes, tomando como fundamento jurídico, los textos internacionales que ellos mismos habían elaborado y adoptado, garantizarían la protección

⁸⁸ SAMANIEGO SANTAMARÍA, Luis Gerardo. Catálogo de los Derechos Fundamentales en México: Su Necesario Desarrollo en las Constituciones de las Entidades Federativas. (La enseñanza de los Derechos Humanos Rafael Aguilera Portales. coordinador). Monterrey México, Primera edición Pág.93

de los derechos humanos en sus relaciones mutuas.⁸⁹

Se observa entonces que en un principio la idea central, era que los Estados, luego de haber confeccionado instrumentos jurídicos para sus respectivos países, serían los que se encargaran de gestionar todo lo pertinente a la protección de los derechos fundamentales de sus ciudadanos.

Señala Ferrajoli, la catástrofe de la Segunda Guerra Mundial y la derrota del Nazifacismo viene a ser *“En el clima cultural y político en el que vio la luz el actual constitucionalismo – La Carta de la ONU de 1945, la Declaración Universal de 1948, la Constitución Italiana de 1948, la Ley fundamental de la República Federal Alemana de 1949 – se comprende que el principio de mera legalidad, considerado suficiente garantía frente a los abusos de la jurisdicción y la administración, se valore como suficiente para garantizar frente a los abusos de la legislación y frente a las involuciones antiliberales y totalitarias de los supremos órganos decisionales”*⁹⁰ continua refiriéndose Ferrajoli, que se redescubre el significado de “Constitución” como límite y vínculo de los poderes públicos establecidos en el artículo 16 de la declaración de derechos de 1789 que indica *“Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida no tiene Constitución”*, con este redescubrimiento de la Constitución, se garantiza la separación de

⁸⁹ BJÖRN, Arp. Código de Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Pag.17

⁹⁰ FERRAJOLI, Luigi. Derechos y Garantías. La ley del más débil. Editorial Trotta, octava edición. Pag.55

poderes y por ende también garantías fundamentales, debidamente instituidas y reconocidas en la normativa de cada Estado.

Ahora bien resulta de importancia señalar como han nacido o como han surgido los diferentes derechos humanos que conocemos; dentro de la teoría general de los derechos humanos, se menciona que existen tres generaciones de derechos, significando la evolución progresiva de derechos fundamentales, mismos que no han surgido espontáneamente ni en pocas décadas, más bien ha sido la conquista de generaciones desde un plano histórico y cronológico; esta es una de las posiciones más destacadas en la actualidad, para Miguel Carbonell la idea de las “generaciones” de los derechos viene a reforzar, el marcado carácter histórico de los derechos contribuyendo a debilitar las argumentaciones iusnaturalistas según las cuales los derechos fundamentales forman parte del patrimonio genético de la humanidad y en consecuencia, siempre han estado allí, incluso antes que los grupos sociales decidieran positivarlos en instrumentos jurídicos⁹¹, este segundo criterio según Carbonell, permite un desarrollo más interesante desde la perspectiva de las relaciones jurídicas que surgen con los derechos fundamentales, en efecto es bajo esta postura positivista que puede ser desarrollada por el derecho, en la medida que existe la necesidad de reconocimiento y tutela respectiva, siendo entonces el Estado el garante del mismo.

⁹¹ CARBONELL, Miguel. Los Derechos Fundamentales en México. Edit. Porrúa. Pág. 46

La posición de las generaciones de derechos detalla que, en primer lugar, surgen los derechos civiles y políticos, reconocidos en Revoluciones Liberales, el segundo grupo de derechos corresponden al Estado Social de Derecho, derechos de segunda generación derechos sociales, económicos, culturales, los cuales surgen principalmente con la Revolución Industrial del siglo XIX. Por último, en cuanto a derechos de tercera generación, los mismos son novedosos, el derecho a la paz, el derecho al medioambiente, derecho de los consumidores, derecho a la calidad de vida, a la libertad informática, que tienen su origen en la última revolución digital o tecnológica. En este contexto histórico o de descubrimiento de los derechos fundamentales es donde se sitúa de forma general el origen de la teoría garantista ferrajoliana.⁹²

En este mismo sentido Margarita Herrera Ortiz, refiere que los derechos humanos de primera generación se pueden ubicar en la época del absolutismo político junto con las monarquías que le daban sustento siendo a finales del siglo XVIII que surge el constitucionalismo clásico, continúa señalando que en esta época las Colonias Inglesas se independizaban de Inglaterra, por el mismo tiempo surge la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Advierte que la mayoría de los autores señala la Constitución de Estados Unidos de América del Norte y la Declaración Francesa, donde surge la primera generación de derechos humanos los llamados “derechos individuales” que

⁹² AGUILERA Rafael, ORTEGA Santiago, LÓPEZ SÁNCHEZ Rogelio. Estudio Preliminar. (Luigi Ferrajoli Derechos Fundamentales Democracia Constitucional y Garantismo). Ediciones Jurídicas AXEL, Bogota Colombia Pag.13

contenían derechos civiles y políticos. La misma autora al referirse a los Derechos de Segunda generación, indica que los mismos derechos civiles y políticos requerían ser ampliados, en virtud de las necesidades de los hombres por mejorar sus condiciones de vida social, cultural y estos derechos de segunda generación deben cumplir una función social, sin dejar de ser individuales, siendo el individuo el titular para ejercerlos con una conciencia social.

Luego entonces surgen los derechos de Tercera Generación, los cuales se desarrollan en nuestro tiempo, algunos consideran que ya cerro este ciclo y que debe hablarse de Cuarta Generación de derechos, no obstante, se trata de los mismos y también se les ha denominado “derechos de Solidaridad”, que se refieren al derecho de los pueblos para reclamar ciertas prestaciones de la sociedad internacional. Mencionando para mejor comprensión solo algunos: derecho a la paz, derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, derecho a la comunicación. Agrega que los derechos de tercera generación tienen un “interés” difuso en razón que tiende a confundirse en todo un grupo humano que puebla una región de la tierra, colectivo porque afecta a la colectividad y transpersonal, porque rebasa al interés personal; supraindividual porque va más allá del interés individual.⁹³ Estos últimos derechos son los más difundidos en la actualidad ya que son innovadores, con relación a los de primera y segunda generación ya son ampliamente

⁹³ HERRERA ORTIZ, Margarita. Manual de Derechos Humanos. Edit. PAC, S.A. de C.V., 3ra ed. Mexico, Pág. 13-

conocidos, pero el derecho a vivir en un ambiente sano, a la paz y la cultura, son de reciente promoción y en proceso de aseguramiento por los Estados.

Filósofos, ilustrados y personas de diferentes épocas fueron las voces iniciales que permitieron que consecuentemente se desarrollaran ideas innovadoras que permitieron el desarrollo generacional de los derechos humanos, para la primera generación filósofos como Aristóteles, Cicerón, luego retomadas por Rousseau, Voltaire, Diderot, entre otros. Mientras que, en la Segunda Generación de Derechos Humanos, surgen los ideólogos Karl Marx, Federico Engels, Lenin, Hegel, y para los Derechos Humanos de Tercera Generación pensadores que hicieron surgir los mismos son Harold Laski, Benedetto Croce, Mahatma Gandhi, George Friedman, Jacques Maritain, entre otros. No cabe duda que la expansión de los derechos humanos en la tercera generación, se han aumentado de forma exponencial, en función de avances tecnológicos y una conciencia más globalizada a partir de un mundo más conectado el cual ya los humanos conocen en tiempo real que sucede alrededor del planeta, ocasionando un conocimiento generalizado de los beneficios y de los perjuicios que puede involucrar a los países, conciencia global y el empoderamiento de los individuos de la palabra derecho.

Luigui Ferrajoli, propone una definición teórica de derechos fundamentales, “son “derechos fundamentales”, todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar entendiendo por “derecho subjetivo”

cualquier expectativa positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de esta”⁹⁴

De la definición anterior se extrae que Ferrajoli, considera como derechos fundamentales, aquellos derechos subjetivos, que corresponde universalmente a los seres humanos, que estén dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar. Este autor crea un modelo nuevo con relación a los derechos fundamentales, redimensionándolos desde el punto de vista axiológico de los derechos fundamentales, en base a cuatro criterios que resumen los autores Rafael Aguilera, Santiago Ortega y Rogelio López Sánchez de la siguiente manera:

- a). Conexión de derechos fundamentales e igualdad; este criterio se relaciona con el principio clásico de igualdad, pero también propone el establecimiento de una sociedad civil global mediante la creación del “*Constitucionalismo global*” para establecer niveles mínimos de subsistencia a las personas habitantes de países menos privilegiados.
- b). Conexión entre derechos fundamentales y democracia: concibe la democracia constitucional desde dos ópticas, la procedural y la sustancial, la primera se refiere a la norma mediante la cual se tomarán las decisiones del Estado, es decir, sobre “*quien*” está autorizado a decidir y el “*cómo*” se va a decidir determinadas situaciones colectivas.
- c). Conexión entre derechos fundamentales y paz: Esta implicación y valor surge de

⁹⁴FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit. Pág.37

la filosofía contractualista de Thomas Hobbes, de quien Ferrajoli, ha tomado diversos criterios para su propuesta iusfilosófica.

d). El papel de los derechos fundamentales como leyes del más débil: Ferrajoli ha creado una clasificación de los factores negativos que intervienen en las decisiones del Estado. Estos fenómenos han sido denominados por Ferrajoli como “micro” y “macro” poderes públicos o privados, creadores de desigualdades sustanciales dentro y fuera del Estado.⁹⁵

Los derechos considerados como fundamentales a los seres humanos, que pertenecen a una sociedad, dentro de Estados Constitucionales de Derecho, se han expandido a tal punto, que existe una sobre-legislación en muchos casos al respecto, pero el asunto, preocupante es la tutela de los mismos, que no dejan de ser más que letra muerta, en muchos países. El nuevo paradigma que despliega Ferrajoli, novedoso en cuanto eliminar básicamente las fronteras, hacia la existencia de un mundo plenamente globalizado constitucionalmente, sin duda, propone un reto cultural, social y económico sin precedentes; pero trae aparejado una realidad, sí los países menos desarrollados comulgan diariamente con altos niveles de corrupción y delincuencia, establecer un nuevo orden deja en desventaja a los Estados que han logrado, niveles, socio-económicos y culturales más elevados. Un punto relevante que deja de lado al parecer el autor es la cultura de países

⁹⁵AGUILERA Rafael, ORTEGA Santiago, LÓPEZ SÁNCHEZ Rogelio. Op. Cit. Pag.23,24

cuyas creencias religiosas, no reconocen ni les interesa reconocer ciertos derechos, como sería el derecho de la igualdad de las personas, sin importar raza, credo, religión, etnia o bien sexo. Pareciese entonces que se convierte en una imposición, la aceptación de un derecho, olvidándose que es un derecho también la autodeterminación de los pueblos.

Con relación a lo anterior Mario Jori, ha señalado que resulta imposible la distribución de los recursos, para otorgar garantías materiales a quien lo solicitara mediante la apertura de la ciudadanía, convirtiéndose este modelo en un “imperialismo de los derechos”, a lo largo de toda la tierra. Mientras que Ana Pintore, considera que el garantismo convierte a los derechos en un instrumento insaciable y devorador de la democracia, del espacio político y [...] de la autonomía moral de la cual los hacemos derivar⁹⁶ ambos autores citados por Rafael aguilera, Santiago Ortega y Rogelio López Sánchez, plasman de forma crítica, este paradigma, que pareciera poner a los derechos por encima de todo poder del Estado y esté al servicio de estos; abrazando al Estado como una vorágine y coronándose con una jerarquía superior a todo. Ciertamente se requiere que los Estados no solo consagren en sus ordenamientos jurídicos, derechos fundamentales, lo realmente relevante es la tutela extrajudicial y judicial efectiva, así como también la conciencia de las personas sobre estos derechos.

⁹⁶ AGUILERA Rafael, ORTEGA Santiago, LÓPEZ SÁNCHEZ Rogelio. Op. Cit. Pag. 26,27

El nuevo modelo propuesto de Ferrajoli, no deja de ser interesante, pese a lo difícil que podría ser su implementación, cambiando todos los esquemas prestablecidos de los Estados y en harás que todos los individuos del mundo lograran acceder a los mismos, bienes y recursos mínimos, sonando hasta un tanto paradisíaco el pensamiento del autor, pero hacia un modelo de mundo mejor, para todas las personas que habitan el planeta. De esta manera se logra apreciar hasta qué punto se pretende la expansión de los derechos fundamentales, hasta donde en su crecimiento podrían llegar a verse materializados, la concepción va más allá de los derechos de un ciudadano para catapultarse a los derechos de las personas, es decir los derechos se convierten en universales y todos tienen acceso independientemente donde residan.

Si tomamos en consideración que los derechos fundamentales se han ido expandiendo, no quedando limitados aquellos derechos fundamentales reconocidos tradicionalmente, los de primera y segunda generación; sino que han evolucionado al punto de tener derechos de tercera generación denominados los más innovadores, como el derecho al medioambiente, en la actualidad muy vanguardista el tema, máxime con la proliferación de activistas a favor del ambiente y al legado que se debe dejar a las futuras generaciones, leyes que promueven reducción y reutilización de materiales no biodegradables, también está el derecho de los consumidores, a quienes se les debe garantizar que los productos que compran o bien los servicios que se contratan; debe garantizarse el uso y goce tal como había sido anunciado, con expectativas al momento de su adquisición que no sean publicidad engañosa o que el producto no sea de una calidad

mínima, para garantizar estos derechos del uso del producto que se ha pagado; creándose para los efectos de proteger los intereses de los más débiles que serían las personas que individualmente, requieren de servicios o productos en contra de los abusos de grandes empresas multinacionales y poderosas, el Estado ha creado instituciones, como la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos (ASEP) y también la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia (ACODECCO), entidades instituidas por el Estado, con la intención de lograr la defensa de los derechos de los consumidores.

Derecho a la libertad informática, una realidad para los países más desarrollados, y con bastante presencia en aquellos en vías de desarrollo; ya casi nadie en las ciudades escapa de estar conectado, la revolución digital, ha traído a aparejada información de calidad como también información falsa en las redes, es indiscutible que este desarrollo ha incrementado el acceso al conocimiento de forma exponencial, pero la penetración de los medios informáticos no llega a todas las regiones, y las áreas de difícil acceso también mantienen alejadas estas nuevas herramientas ya consideradas como derechos, por ende se exige a los Estados la ardua misión de satisfacer este nuevo derecho.

Tomando en cuenta lo anterior no hay que perder de vista, que el reconocimiento de un derecho trae consecuentemente la expectativa de que el mismo pueda ser efectivo, cuando se engloba el reconocimiento de nuevos derechos, considerándolos fundamentales, introducen al Estado en un compromiso que no logra satisfacer a cabalidad, tal vez se deba a la presión en muchos casos de países con mayor capacidad económica, que no representa

una carga cumplir con los requerimientos de estas nuevas tendencias. Reconocer un derecho y luego no poder satisfacerlo, es un asunto de integridad, promesas dadas, pero no cumplidas, la parte positiva que se puede extraer que, al existir una expansión de derechos fundamentales, se encamina a realizar todos los esfuerzos por parte del Estado, para alcanzar su cumplimiento en principio.

3.2 Instrumentos Jurídicos Universales que reconocen Derechos Humanos:

Si bien cada Estado Constitucional de Derecho, debe reconocer derechos fundamentales en sus cuerpos normativos y la protección efectiva le corresponde a los mismos, en la actualidad dicha idea trasmuta, a un panorama más amplio, las personas ahora pueden acceder a una protección jurídica internacional, contra el Estado responsable del agravio cometido en su contra, esto así ya que la víctima tiene acceso directo a los Tribunales Internacionales, tales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de los Derechos Humanos; hasta en el sistema Africano, ya se logra un acceso más directo para la defensa de los derechos de las víctimas.

Así como la Constitución Política de Panamá y la mayoría de las Cartas Magnas de los Estados, sociales y democráticos, reconocen derechos humanos, puntos que no hayan sido previstos en la normativa nacional también deben ser reconocidos por principio de convencionalidad. Vale entonces mencionar una serie de instrumentos jurídicos, que

reconocen derechos:

3.2.1 Textos universales que recogen Derechos Humanos:

- Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada el 10 de diciembre de 1948.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Nueva York 16 de diciembre de 1966.
- Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Nueva York 16 de diciembre de 1966.
- Protocolo Facultativo Segundo al Pacto Internacional de los Derechos civiles y políticos destinado a abolir la Pena de Muerte. Nueva York 15 de diciembre de 1989.
- Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 10 de diciembre de 2008.
- Convención para la prevención y la sanción al delito del genocidio. Nueva York 9 de diciembre de 1948.
- Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, inhumanos o Degradantes, Nueva York 1984.
- Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas

Cruel, inhumanos o Degradantes. Nueva York, 18 de diciembre de 1979.

3.2.2 Instrumentos Europeos de Derechos Humanos,

Podemos mencionar:

- Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Roma 4 de noviembre de 1950.
- Protocolo (No.1) al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. París 20 de marzo de 1952.
- Protocolo (No.4) al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales reconociendo ciertos derechos y libertades además de las que ya figuraban en el Convenio y en el Protocolo adicional al Convenio. Estrasburgo, 16 de septiembre 1963.
- Protocolo (No.6) al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales relativo a la abolición de la Pena de Muerte. Estrasburgo 28 de abril de 1983
- Protocolo (No.7) al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Estrasburgo 22 de noviembre de 1984.
- Protocolo (No.12) al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Estrasburgo 4 de noviembre del 2000.
- Protocolo (No.13) al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales relativo a la pena de muerte en todas las circunstancias.

Vilna 3 de mayo de 2002.

- Convenio Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes. Estrasburgo, 26 de noviembre de 1987.
- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2007/C303/01) incorporada y adaptada en el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007.

3.2.3 Instrumentos Americanos de Derechos Humanos:

- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Bogotá 2 de mayo de 1948.
- Convención Americana sobre los Derechos Humanos (Pacto de San José). San José Costa Rica 22 de noviembre 1969.
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) San Salvador 17 de noviembre de 1988.
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la abolición de la Pena de Muerte. Asunción (Paraguay), 8 de junio 1990.
- Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura. Cartagena de Indias 9 de diciembre de 1985.
- Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Belem Do Para (Brasil) 1994.

3.2.4 Instrumentos Africanos de Derechos Humanos:

- Carta Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos. Banjul, 27 de junio de 1981.
- Protocolo a la Carta Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos para el Establecimiento de una Corte Africana de Derechos del hombre y de los Pueblos. Banjul 9 de junio de 1998.
- Protocolo a la Carta Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos sobre los Derechos de la Mujer en África. Maputo (Mozambique), 11 de julio de 2003.

Por último, vale la pena mencionar que todos los derechos son muy importantes, advierte Miguel Carbonell:

“... todos los derechos son indivisibles interrelacionados y dependen unos de otros en cierta medida. No son más importantes las libertades que los derechos sociales ni pueden jerarquizarse una por encima de otras. No se puede defender la prioridad de los derechos de seguridad jurídica por encima de los derechos de participación política. No se pueden separar los derechos de igualdad de los derechos colectivos y así por el estilo. Los derechos fundamentales, en la práctica, deben ser concebidos como un todo con independencia de las clasificaciones, que repito, en el plano teórico o con finalidades pedagógicas se puedan crear.

Este criterio fue definitivamente consagrado en la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos convocada por la ONU y realizado en Viena en 1993. En la declaración y

*programa de acción de Viena..."*⁹⁷

Es entonces necesario, tener claro que jerarquizar los derechos humanos, en nada beneficia a la sociedad en general, ya que como individuos debemos ser protegidos, pero también como miembros de una sociedad, en nada sirve que se proteja la vida como tal de un individuo, si no se hace énfasis a que otra forma que salvaguardar la vida de muchas personas de la colectividad de una región corresponde a evitar emanaciones toxicas de fábricas, de los manejos en forma indebida de los desechos, que afecta a la salud de un grupo, la protección de derechos debe ser integral.

3.3 Derechos y Principios en el Sistema Penal Acusatorio.

Arriba hemos realizado un análisis de los derechos fundamentales en general, ahora nos ocuparemos de los derechos y principios en el sistema penal acusatorio, los cuales no riñen ni se alejan de los antes mencionados. Podríamos decir que los derechos que se deben reconocer van en doble vía hacia las personas miembros de una sociedad y los individuos sujetos a procesos, el primero podemos mencionarlos como la colectividad o la persona individual que se haya visto afectado o disminuida en sus derechos (victima) y también para el individuo sujeto a un proceso.

⁹⁷ CARBONELL, Miguel. Los Derechos Fundamentales en México. Edit. Porrúa. México. Pág.51

El modelo garantista de Ferrajoli, usa el termino, postulados no el termino de principios rectores; el modelo garantista del constitucionalismo por cuatro principios: “*Principio de legalidad*”, el “*principio de completitud deontológica*”, el principio de “*jurisdiccionalidad*”, el “*principio de accionalidad*”. En conjunto ellos diseñan la “sintaxis” del Estado Constitucional: Las “reglas fundamentales sobre la producción del derecho”, propios de esta forma de organización lus-politica.⁹⁸ El principio de legalidad viene a ser un limitante al poder regulador. Mientras que el principio de completitud deontica, se refiere que donde haya derechos e interés por normas primarios, se debe introducir la garantía, la obligación y la prohibición de no dañarlos, así por ejemplo se refiere que, si el derecho a la vida está consagrado en la Constitución, también esta debería establecer la prohibición de la pena de muerte.

El principio de jurisdiccionalidad, se refiere a garantías secundarias, es decir que cuando existan garantías primarias, deben crearse para defender sus posibles violaciones, garantías secundarias o jurisdiccionales separadas de cualquier otro poder. Y finalmente el principio de accionalidad a su vez este principio prescribe que donde haya una garantía secundaria se debe activar una vía complementaria que supla la falta de actividad o bien la debilidad.

⁹⁸ CHIASSONI, Pierluigui. Los Postulados del Modelo Garantista. Ediciones Jurídicas AXEL. Bogotá Colombia. Pag.249-251.

Lo cierto es que estos principios, resultan complicados y poco operativos, pero dignos de estudio, parecen redundantes y crean casi ad infinitum vías complementarias, con la intención que no queden derechos en ningún momento desprotegidos, ni carentes de instancias donde los afectados puedan acercarse a hacer valer sus derechos.

Ahora bien, pasamos a identificar los derechos y principios en el Sistema Penal Acusatorio, en general:

3.3.1 Igualdad de las Partes

En el modelo inquisitivo mixto, el imputado tomaba una posición pasiva ante la acusación del Ministerio Público, bajo la premisa de mantener incólume la presunción de inocencia, la defensa advertía fallas procesales y basaba sus alegaciones en que el Ministerio Fiscal no lograba probar su responsabilidad. Con el modelo adversarial la parte acusada debe ofrecer elementos de juicio en los que sustenta su postura. Bajo este nuevo modelo el Ministerio Público, presenta su teoría del caso, mientras que los acusados tienen su propia versión de los hechos, ambos ven los hechos desde diferentes perspectivas. Ambas partes entonces son activos al momento de presentar pruebas para hacer su versión la más fidedigna ante los Jueces.

3.3.2 Oralidad

La escrituralidad que mantenía un sistema penal Inquisitivo o bien el modelo mixto, trajo aparejados inconvenientes, el que más se destaca es que ante la gran cantidad de casos, la obligatoriedad de dictar sentencias escritas, incluso habiéndose realizado la sentencia oralmente aun así debía transcribirse, sin duda que representaba un atraso evidente para las partes involucradas. En la actualidad las audiencias deben ser fijadas y en el mismo acto de audiencia dictarse una sentencia la cual queda registrada en audio y vídeo. Al tratarse de jueces que solo se limitan a tomar decisiones judiciales en acto de audiencia permite que sea más rápido y transparente la toma de decisiones bajo este nuevo sistema.

3.3.3 Inmediación

La inmediación hace alusión a ese acercamiento directo que tiene el juez y las partes, con las pruebas ofrecidas en la audiencia las cuales crean el convencimiento en el juzgador. El vocablo inmediación refiere a la cercanía física de una persona con relación a otra o a una cosa. Procesalmente los imputados tienen derecho a ser oídos ante un Tribunal que sea competente, siendo orientados por una defensa idónea y garantizándoseles sus derechos y garantías.

3.3.4 Contradicción

El contradictorio es una de las piedras angulares de la defensa, en palabras de Sergio García Ramírez el “contradicitorio” constituye un principio procesal de la más elevada trascendencia. Permite el equilibrio entre las partes la efectiva igualdad de armas y conduce a un plano de igualdad análisis judicial de la contienda. Cada parte, al tanto de los elementos probatorios sugeridos o aportado por su adversario, puede llevar adelante el examen y la crítica de la prueba. Solo serán eficaces las probanzas desahogadas por el juzgador y bajo regla de contradicción. Quedan a un lado, la reserva probatoria, el secreto, la omnipotencia de una parte y el desvalimiento de otra, bajo el rubro de la contradicción⁹⁹. Lo que significa esto es que las partes tienen derecho a la igualdad, al respeto y por ende ambas tienen las mismas oportunidades en aras de lograr la justicia.

Así entonces no hay que perder de vista que en virtud del principio de contradicción las partes pueden debatir los hechos y los argumentos de su contraparte, así como también debatir medios de prueba que estos presenten.

⁹⁹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. La Reforma Penal Constitucional (2007-2008) ¿Democracia o Autoritarismo?. Edit. Porrúa. México. Cuarta edición, Pág.121

3.3.5 Publicidad

La publicidad permite el escrutinio popular, que los miembros de una comunidad ejerzan ese control y se presencie la transparencia ante los actos que se van dando sucesivamente. Sin embargo, la esencia de la publicidad está dada en función que los individuos asistan a las salas de audiencia, que se enteren de primera mano de lo que está ocurriendo, observando como emerge la prueba, luego viendo las argumentaciones de las partes y que puedan escuchar sin intermediarios la decisión razonada de un fallo. No es la publicidad mediática de ciertos casos, los resúmenes informativos que no encierran la realidad de lo que se ha vivido en audiencia, ni el espectáculo que no en pocos casos, se montan los medios de comunicación para lograr audiencia o bien el interés de incidir en la decisión que ya han tomado previamente.

Salvo algunos casos muy puntuales las audiencias se deben celebrar a puertas cerradas, sin permitir acceso al público o a los medios de comunicación, trátese en muchos casos con delitos donde se pretende evitar la re-victimización, casos sensitivos de menores y relacionados a delitos relacionados a la libertad sexual.

La publicidad es uno de los principios que rige el sistema penal acusatorio, pero no es innovador ya el mismo se cumplía a cabalidad, en el sistema mixto y gozaba del mismo escollo enunciado previamente, el oportunismo mediático de los medios de comunicación social.

3.3.6 Concentración del proceso

Con el principio de concentración se pretende ganar en celeridad, que todas las decisiones se tomen de forma rápida y eficiente, advierte García Ramírez, que el principio de concentración, más propio del régimen acusatorio que del inquisitivo, con el propósito de ganar en celeridad procesal y lograr, hasta donde sea accesible, el ideal de la justicia pronta y expedita sin detrimento de los actos de defensa y el esclarecimiento de la verdad.

Para ello se reúnen los actos procesales fundamentales pruebas y alegaciones; eventualmente la sentencia misma en una audiencia o en un reducido número de audiencias, máxima economía. En este contexto la continuidad debe ser entendida como aspecto o modalidad de la concentración, que las actuaciones procesales se sigan a breves intervalos, en forma inmediata o con la más apretada solución de continuidad¹⁰⁰. Si bien la concentración va ligada a ese deseo de lograr una justicia pronta y oportuna, de debe ser cauto a este respecto, la justicia debe ser en tiempo razonable, no se puede pretender que en un caso complejo se resuelva inmediatamente, ya que por la exigencia de rapidez, nada excluye que se pueda cometerse errores y como bien lo señala García Ramírez “*... la emisión abrupta de sentencia no atiende a las exigencias, que plantea una decisión de fondo, ni corresponde a la buena imagen de la administración de justicia ante los ojos que observan*

¹⁰⁰ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Op. Cit. 124

el desempeño de los tribunales. Sobra agregar que tan intempestiva decisión es prácticamente imposible cuando el tribunal de la causa ésta integrado de forma colegiada".¹⁰¹

Y es que más allá de conseguir una sentencia, no tiene ningún valor que la misma se haya expedido en forma rápida, pero mediocre, que no recoja de forma razonada y concienzuda la decisión, donde se aprecie que se valoraron las pruebas y que las mismas lograron una convicción en el juzgador o juzgadores. La sentencia razonada también permite a quien no esté de acuerdo con la decisión recurrir ante otra instancia, pero a la vez satisfecho de conocer que criterios llevaron a esa decisión del juzgador, y no sentir que sus pruebas ni siquiera fueron valoradas.

3.3.7 Imparcialidad del Juzgador.

La imparcialidad del juez era vista desde una óptica en el sistema mixto, bastante diferente con relación al sistema penal acusatorio, en ese momento las recusaciones del juez o el declararse impedido, por encontrarse causales previamente establecidas, eran las razones por las que el juez se separaba del conocimiento de una causa sometida a su decisión. Con el Sistema Penal Acusatorio, este punto toma otro ángulo relevante a la luz de

¹⁰¹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Op. Cit. Pág.125

la imparcialidad, cuando se establece como un principio, de forma expresa la separación de las funciones, la concentración de las funciones de investigar las tiene el Ministerio Público y decidir a los jueces, las mismas no pueden estar en manos de una misma persona.

Aunque en Panamá no existía un sistema inquisitivo puro, ya que no existía el juez de instrucción, lo cierto es que el código de procedimiento penal, permitía que el juez de la causa ordenara ampliaciones estas constituyan verdaderas órdenes de investigación al Ministerio Público, las cuales en muchas ocasiones luego de realizar las investigaciones ordenadas por el juez, variaban su criterio de un sobreseimiento provisional, se generaba una solicitud de apertura de causa criminal. Sin duda alguna ya existía una actuación dentro de la instrucción de un sumario; este punto parece ser superado, pero aún quedan vestigios, como lo es que ante un archivo de cuadernillo que considere la Fiscalía que no hay delito la presunta persona ofendida puede oponerse y el juez ordena que se continúe si así lo estima, tal control horizontal es cuestionable.

La independencia de un Tribunal debe ser absoluta, tal postura también puede observarse en fallos de la Corte Europea de Derechos Humanos, a manera de ejemplo se cita el caso 8692/79 Caso Piersack, este caso se refiere a una demanda que presenta el señor Piersack, condenado por asesinato a 18 años de trabajo forzoso, por considerar que no fue juzgado por un tribunal imparcial ya que el veredicto de condena fue emitido por un jurado de siete votos en contra de cinco votos y de acuerdo a la legislación belga vigente establecía que el presidente y dos magistrados más que formaban parte de la audiencia debían

pronunciarse al respecto, y estos coincidieron con la mayoría.

Piersack solicita en Casación la Nulidad en virtud que el presidente de la audiencia el señor Van Walle, había sido recientemente designado en su cargo y antes había formado parte del Ministerio Fiscal, a pesar que no llevaba la causa personalmente lo cierto es que tenía facultades de supervisión de la labor de los encargados de la investigación del caso, la Corte de Casación rechazó el recurso. Ante este resultado Piersack interpuso demanda ante la Comisión Europea de Derechos Humanos alegando que no fue juzgado por un Tribunal independiente e imparcial, finalmente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por unanimidad decide que había violación en el artículo 6.1 del Convenio (Convenio Para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales)¹⁰².

En ese mismo sentido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también determinó en el Caso Cubber que existió violación al artículo 6.1 del Convenio, en este caso el señor Cubber de Nacionalidad belga, expreso su disconformidad alegando que el Tribunal que lo condenó no era un Tribunal imparcial, recurrió en apelación y Casación de conformidad con las normas de derecho interno belga, no siendo una jurisdicción imparcial, ya que los asesores del mismo han instruido previamente el caso.

¹⁰²Link:file:///C:User/8-874-711/

CASE%20OF%20PIERSACK%20v.%20BELGIUM%20%20[Spanish%20Traslation]%20summary%20by%20the%20Spanish%20Cortes%20Generales.pdf

Addenda No.2 Caso Piersack

El señor Cubber estimaba que la presencia del juez instructor en el Tribunal que fallo condenándolo, no permitía que el Tribunal fuera imparcial en su causa, esto fue considerado También por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el cual en sus conclusiones indica que la Comisión, por unanimidad, expresa su parecer de que la causa del requirente no había sido vista por un Tribunal Imparcial, en el sentido del artículo 6.1 del Convenio y que se había cometido violación a esta disposición¹⁰³.

En Panamá el principio de imparcialidad e independencia se establece en el artículo 6 del Código Procesal Penal, indica que se garantiza la independencia interna y externa de los jueces, así como su imparcialidad. La imparcialidad del juez no solamente va en dirección del imputado o procesado, sino también va dirigida a la confiabilidad de la sociedad en su institución de justicia, creando certeza y confianza en la administración de justicia.

3.4 Derechos y garantías del imputado, en el Sistema Penal acusatorio:

En Panamá el artículo 92 del Código de Procedimiento Penal, define al imputado como la persona a quien se le han formulado cargos por parte del Ministerio Público ante el juez de Garantías. Formalizada la acusación penal en su contra, pasa a denominarse

¹⁰³Link:file:///C:/Users/8-874-711/Downloads/CASE%20OF%20DE%20CUBBER%20v.%20BELGIUM%20-%20[Spanish%20Traslation]%20summary%20by%20the%20Spanish%20Cortes%20Generales.pdf Cfr con Adenda No.3 Caso Cubber.

acusado.

Nuestro ordenamiento jurídico reconoce como derechos de la persona imputada, todos los derechos establecidos en la Constitución, los Tratados y Convenios Internacionales de derechos humanos ratificados por la República de Panamá y las leyes, desde los primeros actos dirigidos en su contra hasta la conclusión del proceso. El acusado tiene los siguientes derechos:

1. Que le informen sobre los hechos imputados y conocer la identidad de su acusador o la fuente de la noticia criminosa.
2. Que se le exprese el motivo y la causa de su detención y el funcionario que la ordenó, exhibiéndole según corresponda la orden de detención emitida en su contra.
3. Ser asistida por el defensor que él proponga, o que cuando este privado de su libertad, proponga su conyuge, conviviente o parientes cercanos y en su defecto por un defensor Público.
4. Tener una comunicación inmediata y efectiva, con la persona, asociación, agrupación o entidad a la que deseé informar su aprehensión.
5. Ser conducida con la mayor brevedad posible, ante la autoridad competente.
6. Abstenerse de declarar sin que ello la perjudique o sea utilizado en su contra, o a declarar como medio de defensa en la audiencia de juicio oral.
7. Presentar escritos y peticiones ante el encargado de su custodia quien los tramitara de inmediato al Ministerio Público o al Juez que corresponda.
8. No estar incomunicada y en cualquier momento, tener comunicación con su

defensor.

9. Comparecer las veces que lo solicite o ante el Juez, debidamente assistida con su abogado, a presentar declaración sobre los hechos de la investigación.
10. No ser sometida a tortura, ni a otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.
11. Recibir visitas y comunicarse por escrito o a través de otro medio lícito.
12. No ser juzgado en ausencia.
13. Tener acceso a una pronta atención médica.
14. Que no se utilicen en su contra medios que impidan su libre movimiento en el lugar y durante la realización de un acto procesal, sin perjuicio de las medidas de vigilancia, que en casos especiales estime ordenar el Tribunal o el Ministerio Público.
15. Contar con un traductor o intérprete, cuando no entienda el idioma español o tenga alguna limitación para expresarse de forma oral o escrita.
16. Tener acceso a las actuaciones, a la documentación o a los elementos de prueba y presentar las pruebas que hagan valer sus derechos.
17. Aducir pruebas de descargos, las cuales deben ser diligenciadas conforme a las reglas de ausencia de formalismo, celeridad y economía procesal.

Pasaremos a detallar de forma más amplia solo algunos de los derechos consagrados en la norma prevista en el artículo 93 del Código de Procedimiento Penal Panameño y algunos mencionados por la doctrina siendo de importancia.

3.4.1 Presunción de Inocencia:

La presunción de inocencia afortunadamente no es un derecho innovador, ya en el sistema mixto se reconocía por el juez, los problemas que surgieron en su momento al respecto, eran en función en muchas ocasiones que el Ministerio Público, ejercía funciones jurisdiccionales, realizaban detenciones provisionales en muchos casos a la ligera, con la reforma a un nuevo sistema de justicia, el indiciado tiene el derecho de que un juez de garantías decida sobre la petición del fiscal al momento de solicitarse la medida cautelar más severa que sería la detención preventiva.

Pero más allá de una detención provisional, se debe presumir la inocencia del individuo en las diferentes etapas que reconoce el Sistema Penal Acusatorio, en la etapa de investigación, en la audiencia de control, al momento de la formulación de la imputación, así como para aplicar medidas cautelares, en la etapa intermedia y en juicio oral. Siendo que en ninguna de estas etapas ha sido aún vencido el indiciado o imputado, en juicio.

Lucio Alfonso Rubio Antelis, destaca que hay dos momentos importantes en el tema de presunción de inocencia “*el primero es que toda persona sin importar la condición que guarda respecto de su responsabilidad probable en la comisión de un delito, goza de la presunción de ser inocente, la cual se traduce en que no debe ser torturado, maltratado o vejado en cualquier forma física, moral o psicológica por los agentes policiacos aprehensores.*”¹⁰⁴ Y más adelante indica Rubio Antelis que hay un momento fundamental

¹⁰⁴ RUBIO ANTELIS, Lucio Alfonso. Estudio de la Presunción de Inocencia y el Arraigo en el Sistema Penal Acusatorio. Edit. Flores, México 2017, pág. 67-68

para la observancia del principio de presunción de inocencia, el cual se inicia al momento de preservarse la escena del lugar donde se cometieron uno o varios delitos, señala que la escena debe preservarse de forma íntegra, con los objetos materiales relacionados al evento delictivo, las cuales deben ser analizados y reportados en un informe por los peritos, ya que estos servirán en un juicio oral.

La presunción de inocencias al ser una garantía fundamental, para que se materialice debe ser tomada en cuenta en las diferentes etapas, desde la investigación el Ministerio Fiscal no debe dirigirse a investigar a un presunto responsable, sino de una recolección de evidencia en completamente imparcial y objetiva, lo cual será en beneficio de la mejor defensa del sujeto al proceso y a la transparencia en la administración de justicia, esta connotación ya es conocida y reconocida ampliamente en los países democráticos.

En el ámbito Constitucional Europeo, el derecho a la defensa y a que se presuma la inocencia del acusado son verdaderos derechos fundamentales, toda persona se presume inocente hasta tanto su culpabilidad sea demostrada en un tribunal de base legal mediante un procedimiento justo con todas las garantías que debe ofrecer un Estado Democrático y de Derecho, la inversión del “onus probando” esta proscrita, a partir de la premisa que el Estado como titular del “ius puniendi” debe desvirtuar la presunción de inocencia más allá

de toda duda razonable¹⁰⁵.

3.4.2. Tener pleno conocimiento de los motivos de su detención:

Nuestro ordenamiento jurídico establece que hay que poner en conocimiento del detenido, los motivos por los cuales está siendo privado de su libertad, luego será un juez de garantías quien determinará si los hechos, circunstancias y la vinculación del sujeto para que se mantenga la detención provisional, como medida cautelar, por ende, la detención fuera del tiempo previsto en la ley será ilegal. Este derecho a ser informado de los motivos de su detención tiene rango constitucional en el artículo 22 de la Constitución Política de Panamá el cual señala:

*“Toda persona detenida debe ser informada inmediatamente y en forma que le sea comprensible de las razones de su detención y de sus derechos constitucionales y legales correspondientes”.*¹⁰⁶ Sería completamente arbitrario que una persona no se le deje claro los motivos por los cuales se le esta privando de su libertad.

¹⁰⁵ SÁNCHEZ SANTANA, José Antonio. La Potestad Sancionadora de la Comisión Europea. La Presunción de Inocencia, el Principio “Nemo Tenetur Prodere Seipsum” y los Derechos de Defensa en la Jurisprudencia del TJUE. ReDCE. Año 8. Núm.15. Enero-junio/2011. Págs.657-689.

¹⁰⁶ Constitución Política de Panamá. Edit. Mizrachi & Pujol. Pág.322

3.4.3. Derecho a comunicarse y ser visitado:

Quien está guardando una detención provisional, aún mantiene sus otros derechos, que deben permanecer ejerciéndose en la medida de las posibilidades, mantener comunicación con familiares y amigos, es importante para el privado de libertad y es un derecho que debe ser garantizado ya que el mismo no le está vedado. La comunicación del indiciado o del acusado con su abogado defensor es de vital importancia, a fin que este pueda proveer a su defensa de elementos indispensables para su mejor defensa.

3.4.4. Derecho a mantener silencio:

El derecho a guardar silencio, elevado a rango constitucional en Panamá está previsto en el artículo 25 de la Constitución Nacional que señala *“Nadie está obligado a declarar, en asunto criminal, correccional o de policía contra sí mismo, su cónyuge o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad”*; la auto-preservación de los seres humanos, y su naturaleza misma está encaminada a protegerse a sí mismos, declarar en contra de sí mismo sería contra natura. Sumado a ello la coacción, la tortura que fue utilizada por mucho tiempo esta proscrita, con lo cual se tutela el derecho del individuo a guardar silencio.

3.4.5. Derecho a una defensa (Pública o Privada).

La defensa del indiciado o imputado es de tal suerte que no se podría pensarse una audiencia sin la representación legal del individuo, para los que tienen medios económicos para designar uno, lo puede hacer utilizando los servicios de un abogado de la práctica privada; pero es obligación del Estado proveer de forma gratuita la asistencia legal idónea.

El artículo 98 del Código de Procedimiento Penal, enuncia que la defensa técnica es irrenunciable e inviolable, en consecuencia, toda persona tiene derecho a nombrar un abogado que lo represente desde el momento en que lo señalen en cualquier acto de investigación o acto procesal como posible autor o partícipe, con los mismos derechos que el imputado, aunque no se utilice este calificativo.

Vale mencionar que la designación de un defensor no está sujeta a formalidades, y de inmediato debe informar a las autoridades el lugar en donde recibirá notificaciones, así como la forma; el imputado puede en cualquier momento designar nuevo defensor, pero el primero no podrá renunciar hasta tanto el designado comunique su aceptación.

Una defensa puede renunciar a su cargo, pero debe tener excusa justificada, el abandono de la defensa o la representación de interés contrapuestos podrá ser sometido a la jurisdicción disciplinaria correspondiente, sin perjuicio de la responsabilidad penal, así lo establece el artículo 105 de Código de Procedimiento Penal.

Se desprende entonces de la normativa antes señalada la imprescindible presencia de la defensa de un individuo desde los inicios de la investigación hasta que llegue a un juicio, sin importar que se trate de defensa pública o privada.

3.4.6. Juicio en Audiencia Pública

Todas las personas tienen derecho a acceder a la sala de audiencias, los menores de doce años pueden ingresar acompañados de un adulto que asuma la responsabilidad de su comportamiento; no se permite o se puede prohibir el acceso de cualquier persona que se presente en forma inadecuada para la seriedad de la audiencia, así como también se puede ordenar la expulsión de quien provoque disturbios o asuma actitudes irregulares y provocativas.

Pese a lo que se observa en lo arriba señalado por el Código Procesal Penal panameño en el artículo 361; se contempla en el artículo 362 excepciones a la publicidad, lo cual decidirá el Tribunal que se realice total o parcialmente en forma privada en los siguientes casos:

1. Cuando se pueda afectar la vida privada o la integridad física de alguno de los intervenientes.
2. Cuando peligre un secreto oficial, profesional, particular, comercial o industrial, cuya revelación cause perjuicio grave.
3. Cuando la víctima sea una persona menor de edad.

Pero el tribunal también puede imponer a las partes que intervienen guardar secreto sobre

los hechos que presenciaron o conocieron.

Los medios de comunicación pueden estar presente en el debate e informar al público, aunque el Tribunal establecerá las condiciones para cada caso.

La audiencia pública permite al imputado constatar la transparencia al igual que el resto de los ciudadanos interesados en el conocimiento de la causa que se sigue.

3.4.7. Solicitar a las Fiscales diligencias de investigación destinadas a desvirtuar las imputaciones que les formulen.

El Ministerio Público, es de suprema importancia ya que al mismo le corresponde velar por la correcta aplicación de la ley, desde los inicios de la investigación, lo cual le corresponde hacer de forma objetiva, ya que la idea no es conseguir un culpable sino el responsable de una conducta delictiva. *“El principio de objetividad consiste en entender que el Ministerio Público, no es simplemente un querellante, sino que es un órgano público que representa el interés de la comunidad en la persecución del delito. Por lo tanto, no solo, debe considerar los hechos y circunstancias que configuran ese delito o agravien la responsabilidad del imputado, sino también aquellos que eximan, extingan o atenúen tal responsabilidad”*¹⁰⁷ Debe entonces el fiscal interesarse por realizar todas las investigaciones

¹⁰⁷ MATURANA MIQUEL, Cristián; MONTERO LÓPEZ, Raúl. Derecho Procesal Penal. 2da edición, Albeledo

y diligencias útiles para el esclarecimiento de los hechos, en esto también se observa la imparcialidad.

El acusado entonces puede pedir al Ministerio Público realizar algunas investigaciones en su favor, advirtiendo las diligencias a fin de lograr la verdad de los hechos.

3.4.8. Explicación de la sentencia:

La sentencia está dirigida a las partes, por lo tanto, debe ser motivada de tal forma que sus destinatarios la puedan comprender, debe ser explicada de tal modo que no quede duda alguna en especial al imputado y quien es o se sienta ofendido, que la decisión del juzgador no solo es apegada a derecho, sino que es razonada en conjunto con el cumulo de pruebas que le fueron suministradas. No deben las partes sentir que la decisión fue caprichosa o bien tomada en función de amistad o privilegios de los que pueda gozar una de las partes.

3.5 Derechos de la víctima u ofendido:

En un proceso acusatorio donde se contempla la igualdad de armas entre el

Ministerio Público, el imputado y no se puede obviar que en muchos casos se cuenta con la víctima que se constituye en querellante, en la doctrina se ha visto a esta última, como que puede causar fricciones *“Sin embargo otro sector de la doctrina es partidario de consagrar un ejercicio de la acción pública por parte de la víctima y contemplar salidas alternativas diversas al juicio oral para la solución del conflicto penal que se hace valer dentro del proceso”*¹⁰⁸, en este sentido la víctima que está abierta a las medidas alternas de solución de conflictos es una de las aliadas al nuevo sistema de justicia.

Aunque es innegable que el congestionamiento de los Tribunales en el sistema mixto fue uno de los mayores problemas del sistema que trajo como consecuencia que la justicia no fuera rápida ni eficiente; con el sistema Penal Acusatorio, a escasos tres años de su implementación en todo el territorio nacional, tras bastidores, ya se entiende colapsado el sistema por diferentes razones y la carga de causas va en aumento; las salidas alternas no solo descongestionan el sistema, sino que logra el resarcimiento del ofendido, en la mayoría de los casos la víctima busca el resarcimiento monetario y no la venganza, aunque no podemos obviar que esta es otra motivación persistente y en la actualidad a pesar de utilizarse ampliamente las medidas alternas de solución de conflictos, las causas se incrementan a diario.

¹⁰⁸MATURANA MIQUEL, Cristián; MONTERO LÓPEZ, Raúl. Op. Cit. Pág..330

Como derechos de la víctima podemos mencionar algunos incluidos en la doctrina como sería solicitar protección ante amenazas, hostigamiento, en su contra o en contra de sus familiares, también tiene derecho a presentar querella si así lo tiene a bien, realizar acciones tendentes a lograr la reparación del daño a través de responsabilidad civil, derecho a ser oída y derecho a solicitar medidas cautelares.

Taxativamente el artículo 80 del Código de procedimiento penal estable siete derechos de la víctima los cuales pasamos a detallar:

1. Recibir atención médica, siquiátrica o sicológica, espiritual, material y social cuando las requiera, en los casos previstos por la ley las cuales se recibirán a través de medios gubernamentales, voluntarios y comunitarios.
2. Intervenir como querellante en el proceso para exigir la responsabilidad penal del imputado y obtener indemnización civil por los daños y perjuicios derivados del delito.
3. Solicitar su seguridad y la de su familia cuando el juez de garantías o el tribunal competente deba decidir o fijar la cuantía de una fianza de excarcelación u otorgar la concesión de una medida cautelar personal sustitutiva de una detención preventiva a favor del imputado.
4. Ser informada sobre el curso del proceso penal respectivo y recibir explicaciones relacionadas con el desarrollo del proceso, cuando la víctima lo requiera.
5. Ser oída por el juez, cuando esté presente, en la solicitud de sobreseimiento presentada por el Ministerio Público.
6. Recibir prontamente los bienes de su propiedad o de su legítima posesión

aprehendidos como medios de prueba durante el proceso penal, cuando ya no sean necesarios para los fines del proceso.

7. Recibir asistencia legal gratuita del Estado mediante un abogado para obtener la reparación del daño derivado del delito y coadyuvar con el Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal.

8. Cualesquiera otras que señalen las leyes.

De igual modo este mismo artículo conmina a las autoridades señalando, que es obligación de los mismos informar a la víctima de sus derechos durante su primera comparecencia o su primera intervención.

3.5.1 Protección de datos y protección personal

El artículo 331 y siguientes del Código de Procedimiento Penal panameño establece la protección a la víctima, dependiendo del caso, algunas de ellas son: radicar provisionalmente a la víctima en un lugar de protección hasta por treinta días oficial o con algún familiar, omitir en las diligencias que se practiquen las generales o cualquier otro dato que sirva para identificar a la persona protegida; fijar a efecto de notificaciones la oficina que la ley señale como domicilio del sujeto protegido; mantener reservada la identidad del testigo así como su domicilio, profesión, oficio; refuerzo a la seguridad del domicilio en muros, puertas, ventanas y demás, entrega de alarmas personales, cambio de lugar de trabajo o estudios, mantener protección policial permanente o mientras se mantengan las

circunstancias de peligro, reubicación o cambio de lugar de residencia ya sea temporal o permanente; el listado de medidas de protección incluye no solo un catálogo para las víctimas sino también para el testigo protegido, peritos y otros intervenientes, con la finalidad de brindar protección oportuna e idónea en los casos que se presenten.

Si la víctima es menor de edad se toma en consideración, evitar re- victimizarlo o re-victimizarla, también si es un adulto mayor o discapacitado se les permite estar acompañados al momento de brindar su testimonio, pero que no influya en el testimonio de éste.

Aunque en principio el catálogo es abarcador, incluye incluso la posibilidad de facilitar la salida del país y la residencia en el extranjero de las personas protegidas, cuando las medidas antes señaladas sean insuficientes para garantizar su seguridad, pese a lo normado los recursos económicos al ser limitados hacen difícil que en efecto se materialicen medidas de protección de esta naturaleza, el recurso económico para su implementación es muy elevado; incluso las medidas de protección más comunes como las órdenes de alejamiento no son verificadas a cabalidad y se ha hecho mofa de víctimas que en materia de violencia doméstica, han muerto a manos de su agresor con la medida de alejamiento en su mano; lo que demuestra que hay un número inflado de medidas de protección que aún el Estado no está en capacidad de cumplir a cabalidad.

3.5.2 Constituirse en querellante

En Panamá nuestro ordenamiento jurídico reconoce la figura del querellante, del artículo 84 al 91 del Código Penal y establece quienes pueden constituirse en querellantes, siendo restrictivo al considerarse que solo podrá ser querellante la víctima de conformidad con el artículo 79, víctima es:

“La persona ofendida directamente por el delito.

El conyuge, el conviviente en unión de hecho, los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y los herederos de la persona ofendida.

Los socios en relación de los delitos que afectan una sociedad, cometidos por quienes la dirigen, administren, gerencien o controlan.

Las asociaciones reconocidas por el Estado, en los delitos que afecten los interés, colectivos o difusos, graves perjuicios patrimoniales, para el Estado o afecten servicios públicos, siempre que el objeto de la asociación se relacione directamente con esos intereses.

Las instituciones y entes públicos afectados en los casos de delitos contra la Administración Pública y contra el patrimonio económico, o por cualquier circunstancia se encuentren afectados sus bienes.

En general toda persona que individual o colectivamente haya sufrido daños y/o lesiones físicas, mentales o emocionales, incluyendo la perdida financiera o el menoscabo sustancial de los derechos, como consecuencia de acciones que violen la legislación penal vigente, con independencia que se identifique, aprehenda o enjuicie o condene al infractor y de la relación familiar existente entre ellos”.

Luego de identificado quienes pueden ser querellantes, la normativa procesal le brinda la oportunidad al mismo como sujeto procesal el derecho a incorporar en el debate los medios de prueba, que conduzcan a demostrar la responsabilidad penal, así como la naturaleza y cuantía de los daños y perjuicios derivados del delito.

La figura del querellante coadyuvante en los delitos investigados de oficio, la víctima o su representante legal, podrá promover la persecución penal o intervenir en la ya iniciada por el fiscal, sin que esto altere las facultades y responsabilidad que tiene el fiscal.

3.5.3 Solicitar Medidas de Seguridad

Cuando la víctima tenga temor por su integridad personal o la de su familia con respecto de su agresor puede solicitar medidas de seguridad ante un juez de garantías o el juez competente que deba decidir o fijar la cuantía de una fianza excarcelaría u otorgar medida distinta a la detención provisional. En definitiva, la sola solicitud no será suficiente para que se conceda ya que deberá mínimamente demostrarse o indicarse en qué radica el peligro, a pesar que la norma no lo indique, tampoco sería caprichosa dicha solicitud con la intención de afectar de mala fe al imputado, lo cual debe valor el juez.

3.5.4 Características del Sistema Penal acusatorio.

Desde el punto de vista procesal señala Cristián Maturana y Raúl Montero, que este

sistema supone como todo juicio, el penal se traduce como una discusión entre dos partes opuestas. Cuyas diferencias deben ser resueltas por el juez. Dentro del proceso, las partes se encuentran en igualdad, de condiciones, siendo el juez un espectador, quien debe resolver según las pruebas que se rindan en este. Continúa señalando que en sus orígenes el sistema acusatorio se encontraba regido por ciertos principios:

- El juez no era el representante del Estado. El juez era el pueblo mismo o una parte de él (ya sea bajo la forma de jurados o jueces).
- El proceso sólo puede iniciarse previa acusación de un ciudadano, siempre distinto del juez. Originalmente solo el ofendido y sus parientes; luego cualquier ciudadano. El juez no podía intervenir sin que mediara una acusación de parte (principio de pasividad).
- El proceso es público. Las partes conocen la acusación, la defensa y las pruebas que se rinden durante el proceso.
- El proceso es oral.
- Las partes se encuentran en igualdad de condiciones, rigiendo plenamente el principio del contradictorio (principio de bilateralidad).
- El acusado permanece en libertad mientras se tramita el proceso.
- El proceso es concentrado, ya que desarrolla en una o más audiencias hasta su término.
- La sentencia no requiere ser fundada. El juez se limita a declarar la inocencia o culpabilidad (este punto encuentra explicación tanto en la soberanía del pueblo, como en la incapacidad técnica).
- El juez debe ajustarse al examen de las pruebas acompañadas (principio de representación

por las partes).

- Rige el sistema de valoración de la prueba de la libre convicción.
- Las sentencias son inapelables (soberanía en la decisión).

Señalan los autores que el sistema acusatorio presentado de esta manera, tiene serias críticas y su aplicación sería casi imposible o no ser en grupos reducidos, educados en valores cívicos y democráticos, también considera que una excesiva publicidad puede afectar la comprobación de la verdad y sus pruebas¹⁰⁹.

Con respecto a un modelo de sistema penal acusatorio puro que esbozan los autores citados, sin duda en el sistema penal acusatorio implementado en Panamá, difiere en varios puntos y coincide en varios otros; el acusado puede o no estar libre durante el proceso, puede ocurrir que el Ministerio Público sustente riesgos procesales, que deben ser valorados para que se de medidas cautelares distintas a la detención preventiva y determina el juez que se requiere que el procesado debe mantener detención provisional por considerarse el peligro de fuga o desatención del proceso, o bien temor fundado que pueda sustraer elementos de prueba o ser un peligro para la sociedad.

Las sentencias en Panamá sí deben ser motivadas, la fundamentación debe dejar claro para las partes las razones por las cuales se dictaminó el veredicto, ya fuera de

¹⁰⁹ MATURANA MIQUEL, Cristián; MONTERO LÓPEZ, Raúl. Op. Cit.. Pág.92,93

culpabilidad o de inocencia, el artículo 427 de nuestro ordenamiento procesal penal indica que la sentencia debe condenatoria debe contener la enunciación de los hechos y circunstancias que hubieran sido objeto de la acusación y, cuando procede, la pretensión de la restauración, la determinación de los hechos y circunstancias que el Tribunal estima acreditados, la valoración de los medios de pruebas que fundamentan sus conclusiones según las reglas de la sana crítica, las razones legales o doctrinales que sirven para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y circunstancias acreditados, así como la participación del acusado en aquellos cuando fuere procedente, incluso en el numeral 7 de esta exhorta legal, advierte que la decisión condenatoria fijara motivadamente las sanciones y su modalidad de ejecución, e incluso cuando se haya promovido una pretensión civil la sentencia debe considerar su procedencia declarando responsabilidad y se fijara el monto de la indemnización.

En el artículo 22 también se hace referencia a la motivación, al indicarse que las autoridades judiciales y el Ministerio Público tienen el deber de motivar jurídicamente, de manera congruente, clara y precisa, sus decisiones judiciales, salvo las de mero trámite. La simple mención de las pruebas y la petición de las partes o de exposiciones genéricas no suple la motivación jurídica.

El principio del sistema acusatorio, está en la distribución de funciones o poderes entre distintos intervenientes, lo que se denomina separación de funciones la investigación y acusación, con relación a la defensa y a la decisión. Se podría decir que este modelo de

justicia busca mayormente tratar al acusado en libertad, que sea más rápido todo el proceso y a su vez sea más transparente.

3.5.4.1 Modelo de justicia que trata al procesado en libertad.

Si bien un acusado puede guardar detención provisional, lo cierto es que la finalidad del sistema es evitar al máximo, que el procesado guarde una detención provisional de no ameritarse razonadamente, así se aprecia cuando el código de procedimiento penal indica que la detención provisional en centros carcelarios, debe decretarse cuando todas las otras medidas cautelares resulten inadecuadas, siendo entonces excepcional su aplicación.

3.5.4.2 Modelo de justicia en igualdad y transparencia.

Los jueces están obligados a preservar el principio de igualdad procesal, se garantiza la intervención de las partes de conformidad con el artículo 19 del Código de Procedimiento Penal, al señalar que las partes tienen igual posibilidad de ejercer las facultades y los derechos previstos en la constitución política, los tratados y convenios ratificados por la República de Panamá y en el Código Penal. Deben los jueces allanar todos los obstáculos que impidan su vigencia o lo debiliten.

La trasparecencia juega un papel importante al indicarse que los jueces no deben tener comunicación con las partes o sus abogados sobre los asuntos sometidos a su conocimiento sin dar previo aviso a todas las partes.

3.5.4.3 Modelo de justicia rápida.

Uno de los puntos de mayor trascendencia que puede señalarse con la reforma al sistema penal de justicia es precisamente este; Justicia en tiempo razonable que advierte el artículo 15 del Código de Procedimiento Penal, al observar que toda persona tiene derecho a una decisión judicial definitiva emitida en tiempo razonable. Toda actuación debe surtirse sin dilaciones injustificadas.

Una de las falencias que mayores críticas generaba en el sistema mixto panameño, era precisamente el tiempo que tomaba desde que iniciaba un proceso hasta que finalizaba, lamentablemente en no pocos casos el Ministerio Público ordenaba detenciones provisionales que nunca eran revisadas por un juez, llegándose incluso a sentencias absueltas con personas que guardaban detención provisional hasta por varios años. Este fue uno de los principales detonantes de poner en marcha la reforma del sistema de justicia existente.

3.6 Debido Proceso y el Individuo en la justicia panameña:

El debido proceso, se ha levantado como un estandarte y se ha utilizado en los medios de comunicación social como un término populista por el ciudadano simple, casi se ha

prostituido su uso, al ser generalizado; entonces se ha incluso considerado al debido proceso un derecho fundamental, categoría que resulta compleja semánticamente, ¿Es el debido proceso un derecho fundamental?, sino lo fuera ¿que es el debido proceso entonces?, todos los individuos como se indicó antes, son sujetos de derechos, derechos que son inalienables e incuestionables; para algunos estudiosos del derecho, han considerado el debido proceso como un derecho fundamental al señalar que *“El debido proceso es un derecho fundamental complejo de carácter instrumental, continente de numerosas garantías de las personas, y constituido en la mayor expresión del derecho procesal. Se trata de una institución integrada a la Constitución y que posibilita la adhesión a unos sujetos que buscan una tutela clara de sus derechos.”*¹¹⁰

Pareciera entonces que el hecho que una Constitución, albergue de forma expresa o tácita la expresión debido proceso la eleva de inmediato a la categoría de derechos fundamentales, continua señalando Ramírez Roa, que el debido proceso, al considerarse como derecho fundamental, se le concibe como un derecho del ser humano incluido en norma positiva constitucional, pero que también se le concibe, reconociendo que son aquellos derechos reconocidos por los Estados en sus Cartas Políticas y en el contexto de los tratados y convenios en materia de derecho internacional humanitario. Hace alusión de igual forma que comprende, el derecho a la jurisdicción, al juez natural, el derecho a la

¹¹⁰ RAMÍREZ ROA, Luis Arturo. El Debido Proceso como un Derecho Humano. Edit. Hispamer, pag.16

defensa, el derecho a un proceso público, el derecho a la independencia del juez y el derecho a la prueba; puntos que sin duda son los instrumentos que van dirigidos a lograr, que derechos fundamentales, como la libertad, salud, educación, trabajo, entre otros no se vean menoscabados, debiéndose llevar un procedimiento acucioso y justo. Surge entonces esta misma interrogante por haberse introducido en una Carta Política, el término debido proceso, ¿En efecto se constituye en derecho fundamental o no? ¿Será suficiente que el debido proceso al ser solo un instrumento y esto lo haga, un derecho fundamental?

La proliferación irracional de los derechos humanos, causa cansancio en la defensa de los mismos, mofa en su legislación, violación y desprecio por su falta de importancia, según Hidalgo Murillo, los derechos humanos son derechos de todos y cada uno de las personas humanas. Cuando empezamos a producir derechos para ciertas personas, como el debido proceso, entonces dejan de ser derechos de todos, para convertirse en derecho de unos pocos, aquellos pocos sometidos a procesos y reflexiona el autor indicando, que todo el proceso es arbitrario, arbitrariedad que impide hablar de derechos humanos desde el proceso, entendiéndose que el único derecho procesal que puede considerarse derechos humanos es el acceso a la justicia¹¹¹.

Si un derecho fundamental está dirigido a la protección de los derechos de las

¹¹¹ HIDALGO MURILLO, José Daniel. Debido Proceso no es Derecho Humano. Edit. Hispamer, pag.152

personas, no de unas sino de todas, resulta paradójico, que el debido proceso no es un derecho para todos, ya que, para estar envuelto en un debido proceso, se requiere estar sometido a un proceso, lo que no necesariamente ocurre a todas las personas a lo largo de su vida, de hecho, muchas nunca llegan a estar envueltas en asuntos legales, que les permita conocer cómo funciona la administración de justicia, por ende, el debido proceso no es un derecho humano, sino un instrumento, que luego de tenerse acceso a la justicia debe recorrerse un camino, a fin de garantizarse los derechos del indiciado o procesado y los derechos de la presunta víctima, para que finalmente cada cual reciba lo que le corresponde en su justa medida.

No se debe confundir un derecho humano, con un instrumento, que permite que se desarrollen derechos humanos, indudables, tal sería el caso de condenar a una persona por el mero dicho de otra, sin pruebas, violentándose el principio de presunción de inocencia, el derecho a la defensa, a ser oído, y de una audiencia pública, violenta el debido proceso esa serie de eventos, que a fin de cuenta es el conjunto de derechos y garantías que pretende se observe al mencionarse el debido proceso.

Pareciese entonces que derecho humano, está siendo una calificación, que se está utilizando, para darle fortaleza cada vez más a muchas instituciones jurídicas que si bien, son de gran importancia, no resultan aplicables a todos los individuos, lo cual sí debería ser cuando se trata de un derecho humano, que debe ser aplicable a todos los ciudadanos, como sería la protección del acceso a la justicia otro derecho fundamental, pero si aplicable

a todos por la expectativa, que conlleva.

Ahora bien, el debido proceso en Panamá, está basado en un sistema penal garantista, que ha sido objeto de profunda trasformación en los últimos años, hacia un corte acusatorio, el cual se identifica con regímenes más democráticos y conforme al Estado de Derecho de países más desarrollados. En cuanto a los derechos del individuo en la justicia panameña, se garantiza el respeto a los derechos humanos y así se encuentra consagrado en el artículo 14 del Código de Procedimiento Penal, al indicarse que las partes serán tratadas con el respeto debido a la dignidad inherente a todo ser humano; los derechos y garantías que declara la Constitución Política, los tratados y convenios internacionales de derechos humanos que deben considerarse como mínimos prevalentes y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona.

3.6.1. Derecho al debido proceso. ¿Cómo debe ser un proceso penal garantista?

La idea de un debido proceso, descansa o se refiere a garantías procesales; a los derechos individuales; el Estado *per se*, al instaurar un proceso ya atenta contra el derecho individual de la persona, ya que se priva de algún bien, por ende, mínimamente debe existir los lineamientos a seguir, cuando se inicia un proceso en contra de un individuo, ya en este proceso han intervenido el Poder Legislativo cuando se ejercitó el *Ius Puniendi* en la creación

de los delitos y faltas.

Pero que es una “garantía”, de allí debe partirse, establecer el concepto, ya que no es un término exclusivo del derecho penal, sino del léxico jurídico que designa la técnica normativa que tutela un derecho subjetivo. Señala Ferrajoli que: *“El terreno sobre cual se ha expandido el significado de “garantías” en el derecho penal. En particular la expresión “garantismo”, en el sentido restringido “garantismo penal”, aparece, en el ámbito de la cultura jurídica italiana de izquierda de la segunda mitad de los años setenta, como respuesta teórica de la legislación y de la jurisdicción de emergencia que, de aquel momento en adelante, han ido reduciendo, de diversas maneras, el ya debilitado sistema de garantías del correcto proceso. En este sentido, el garantismo enlaza con la tradición clásica del pensamiento liberal. Y expresa la demanda, propia de la ilustración jurídica, de la tutela de los derechos a la vida, a la integridad personal y a la libertad personal en contra de ese <<terrible poder>>, como lo denomino Montesquieu, que es el poder punitivo”*.¹¹² Así entonces se debe entender que garantías penales hacen énfasis a la protección de bienes jurídicos que podrían verse amenazados ante el poder punitivo del Estado.

Con respecto a lo anterior continúa señalando Ferrajoli, que *“lo que tienen en común todas las garantías es, en efecto, el haber sido predispuestas atendiendo al peligro de que,*

¹¹² FERRAJOLI, Luigi. El Paradigma Garantista. *Filosofía Crítica del Derecho Penal*. Op. Cit., Pág.22

en su ausencia, el derecho que es su objeto pueda ser violado: una especie de desconfianza en el espontaneo cumplimiento o el espontaneo respeto de los derechos y, específicamente, por lo que respecta a los derechos fundamentales, en el ejercicio espontáneamente legítimo del poder”¹¹³. Pese que el Estado es el ente que debe garantizar la tutela efectiva de derechos, para Ferrajoli éste en principio debe estar a su vez garantizado a través de otros medios idóneos para preservar los derechos de los individuos incluso en contra del propio Estado el que naturalmente debe garantizarlos, la desconfianza va ligada a la necesidad que se vuelva infranqueable la posibilidad de atentar contra derechos fundamentales, esto como eje principal de su teoría.

Luego de detenernos en lo que significa las garantías, debe continuarse con el debido proceso; según Carlos Santiago Nino, se podría decir que hay dos justificaciones principales de la necesidad de interponer un proceso, uno sería contra la privación de un bien y el otro es el individuo que es objeto de ella: la primera, que este autor favorece, aduce un *valor intrínseco*, en el hecho de que el individuo ante la posible coacción no sea simplemente manipulado, sino que sea participe de un dialogo, en el que se lo trate de convencer – así como el trata de convencer de la posición contraria— sobre la justificabilidad del acto de coacción. Ello implica respetar la dignidad de la persona, considerándola capaz de valorar y participar de la búsqueda conjunta de la verdad. El otro enfoque del debido proceso le

¹¹³ FERRAJOLI, Luigi. El Paradigma Garantista. *Filosofía Crítica del Derecho Penal*. Ibidem.pág.23

adjudica un *valor instrumental*, como un mecanismo adecuado para asegurar que las leyes sean aplicadas en forma imparcial y ecuánime¹¹⁴, así entonces el sujeto sometido a un proceso tiene la posibilidad de participar activamente a fin de encontrar la verdad y el mecanismo ya es conocido con pasos perfectamente definidos que no lo sorprenderán.

Continúa señalando Santiago Nino que la garantía general del debido proceso en lo legal implica una serie de sub-garantías: *a). las del acceso a la jurisdicción; b) las de las características que debe tener el proceso, y c) las que se refieren a las condiciones generales que debe satisfacer un acto de coacción dispuesto como consecuencia de un proceso.*¹¹⁵ El acceso a la jurisdicción a pesar que debe ser efectiva y mencionada como una garantía, no necesariamente es una realidad, por diferentes situaciones en ocasiones se puede tratar de ubicación geográfica, en otros casos falta de recursos económicos, a pesar de contarse con asistencia procesal gratuita. Tampoco podemos soslayar la existencia de acciones rápidas y eficientes, para prevenir la violación inminente de aquellos derechos, como sería el Habeas Corpus, el amparo o cualquier otro recurso que prevean los ordenamientos jurídicos.

Santiago Nino, señala que el proceso debe estar guiado por tres grandes principios: 1) el de la observancia de la ley dictada por los órganos democráticos, 2) El de la búsqueda

¹¹⁴ NINO, Carlos Santiago. Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis, filosófico, jurídico y polítólogo de la práctica constitucional, 3ra reimpresión, Edit. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos aires 2005, pág. 446, 447

¹¹⁵ Ibídem, 447

irrestricta de la verdad sobre los hechos y 3) el de la imparcialidad, tan absoluta cuanto sea posible entre las partes contendientes en el proceso. Estos tres puntos son de trascendencia el primero aboga a que una norma debe ser aplicada, no solo tomando como base el texto formal de la misma, sino el finalismo que tiene la misma; en relación al segundo punto la búsqueda de la verdad y el tercero la imparcialidad, que va encaminado a la comunicación de las partes mientras el juez se mantiene en una posición equidistante, que la valoración de las razones expuestas, sean las que han permitido arribar a una decisión consona.

Un sistema penal garantista, estará basado en el reconocimiento de principios y garantías; que no se vulnere derechos reconocidos en la constitución, la ley y tratados internacionales debidamente reconocidos y ratificados en el país. La tutela de derechos y de garantías se ejerce, desde el inicio de la investigación con la noticia *criminis*, no solo en el acto de audiencia ante el juez, sino que se velara por cumplir las normas en todo momento, para que no vulnerar los derechos del individuo sujeto investigado o sometido a un proceso.

El sistema penal acusatorio, en Panamá se denomina de corte acusatorio y es garantista, reconoce como principios y derechos rectores un número plural que pasare hacer mención:

- Principio de legalidad, el cual ya hemos abordado en páginas anteriores al igual que el derecho al debido proceso; Derecho al contradictorio, el modelo de juicio oral es adversarial, es decir que las partes ante el juez tienen el derecho a controvertir lo alegado

por la contraparte, también existe el derecho a tener acceso a los medios de prueba de los intervinientes y el derecho de ser escuchado, tanto acusador como acusado tienen derecho a ser escuchados por el juez natural.

- Derecho a la inmediación procesal, este no es más que ese acceso directo del juez, quien presenciará el desahogo de las pruebas y estará en contacto cercano con las partes intervinientes en audiencia pública, permite a las partes desplegar sus alegatos y la introducción de la prueba frente al juez competente e imparcial.
- La simplificación procesal, hace referencia a un modelo que simplifica los mecanismos en general desde la investigación hasta lograr la finalización a través del medio más idóneo, llámese acuerdo, salidas alternas al conflicto o bien una audiencia en juicio en un tiempo razonable, sin el desgaste de las partes.
- Principios como la oralidad, publicidad, la concentración procesal, igualdad procesal, la economía procesal, permiten rapidez y transparencia dentro de un proceso, el cual no solo será del conocimiento de las partes sino también de los medios de comunicación, en la medida del interés que represente para las masas. Se destaca la igualdad de armas procesales que procura que las partes cuenten con medios parejos de ataque y defensa que eviten desequilibrios en las posibilidades de cargos de alegación, prueba e impugnación, y

la supremacía o privilegio de una parte procesal.¹¹⁶

- La constitucionalización del proceso, derecho a la defensa, derecho a un juez natural, separación de funciones en el proceso penal, de estos puntos uno que cobra una trascendental importancia es sin duda la separación de funciones, el juez no puede ordenar de oficio actuaciones que le corresponden al Ministerio Público como ente investigador, su investigación debe ser objetiva y respetando todos los derechos reconocidos en la constitución y la ley. También vale destacar que el derecho a una defensa es imprescindible y la misma deberá estar presente en todo momento para evitar que haya indefensión, vulneración de derechos y garantizar el debido proceso.
- El derecho a un juez natural, este corresponde a un juez pre establecido, en un sistema garantista sería impensable, que se instituyan tribunales para casos particulares concretos cuando existe una justicia ordinaria, a los cuales les correspondería naturalmente conocer el proceso, de este punto también se interrelaciona el principio de legalidad. El artículo 4 del Código de procedimiento penal panameño advierte que nadie será procesado ni condenado por jueces o tribunales especiales o de excepción. La potestad de juzgar y aplicar la pena o medida de seguridad corresponde únicamente a los jueces y tribunales previamente instituidos, de conformidad con la Constitución Política, la ley y según las

¹¹⁶ DE RAMÍREZ, Raquel & RAMÍREZ BASTIDAS, Yesid. Principialística Procesal Penal. 2da Ed, ediciones Doctrina y Ley LTDA, Colombia, pág.514

competencias asignadas a cada uno.

- Independencia e imparcialidad judicial, la independencia de los tres poderes del Estado, Ejecutivo, Legislativo y Judicial, es de medular importancia; en Panamá, siempre ha sido cuestionado este punto, ¿es realmente independiente el Poder Judicial?, los Magistrados son propuestos por el ejecutivo y ratificados por el legislativo, interviene el poder legislativo en la elección, pero usualmente no son de trayectoria dentro de la institución, la elección de nuevos jueces, también deja esta interrogante; puesto que en países más desarrollados la forma de selección es por méritos y deben pasar por diversas pruebas. Este punto sin duda representa una debilidad que requiere fortalecerse, iniciando con elección basada en méritos, en todos los escalafones de la judicatura.
- La prohibición de doble juzgamiento, esta representa la seguridad jurídica, de no ser juzgado nuevamente por los mismos hechos que ya fueron objeto de pronunciamiento y decisión por parte de un juez, *non bis In ídem*. El artículo 7 del Código de Procedimiento Penal Panameño señala que nadie puede ser investigado ni juzgado penalmente más de una vez, por el mismo hecho, aunque a este se le dé una denominación distinta.
- El principio de presunción de inocencia, respeto de Derechos Humanos, Derecho a justicia en tiempo razonable, Derecho a no declarar contra sí mismo; estos derechos y principios también reconocidos en un Estado de Derecho, la presunción de inocencia es uno de los estandartes que un sistema garantista debe enarbolar; se pretende respetar con

mayor ahínco, lo cual se ve reflejado en la imposición de medidas cautelares menos severas a la detención provisional.

- El respeto a los Derechos Humanos; si bien son ampliamente protegidos. En los centros penitenciarios es un tanto cuestionado este punto, no obstante los avances en el sistema penal acusatorio ha logrado mermar el número de detenidos de forma preventiva, lo cual a todas luces es un logro en este sentido y la justicia en tiempo razonable también ha visto avances; lastimosamente la falta de una adecuada proyección y planeamiento en el sistema, ha empezado a dar tumbos significativos, como el hecho que en ciertas jurisdicciones ha colapsado a escasos tres años de implementarse el sistema penal acusatorio, fijándose audiencias para dentro más de tres años, lo cual es alarmante, de no tomarse medidas al respecto la situación puede empeorar.
- Protección de la víctima, denunciantes y colaboradores: Esta prevista en el ordenamiento jurídico, pero lo escrito dista mucho de lo que ocurre en la práctica, ya que no se cuenta con los recursos para lograr que la protección sea eficiente y efectiva, no existen planes para que un testigo pueda abandonar el país, por ejemplo, ni tampoco hay una real disposición de recursos enfocada a hacer una realidad las necesidades que puedan surgir con víctimas, denunciantes y colaboradores.
- Derecho a una resolución judicial motivada: Sobre este punto, es relevante destacar la razón por la cual es necesario motivar; por un lado el sujeto interesado en la resolución,

puede conocer la razón por la cual el juez tomó una decisión y la otra la defensa o la contraparte puede atacar la decisión en la vía correspondiente, por ello también es necesario que exista el derecho a la impugnación, ya que en otra instancia se puede recurrir y obtendrán o no el beneficio, para una u otra parte o bien se tendrá la certeza para el recurrente sobre la decisión que se ha esgrimido.

- Derecho a una investigación objetiva: Tanto en el nuevo sistema acusatorio como en el sistema mixto, una de las figuras más solicitadas, por la defensa de un imputado; que la investigación sea objetiva, es decir que se investigue no solo lo que es desfavorable para un imputado, sino también lo que le es favorable; la ventaja del nuevo sistema es que obliga a la defensa actuar activamente y no solo limitarse a quejarse que le faltó por investigar al Ministerio Público.
- Con respecto a los métodos alternos a la solución de conflictos, si bien siempre se han tomado en consideración, se ha tratado de instar con mayor vehemencia en el nuevo sistema justicia, a fin de que la vía judicial no sea utilizada innecesariamente; aunque lo cierto es que el sistema mixto también hacia este énfasis desde el Ministerio Público, sin embargo, en nuestras culturas latinoamericanas o por lo menos en Panamá la ligitiosidad es promovida en muchos casos por los propios abogados privados y en otros casos el deseo de venganza de la parte que se siente afectada, no se siente complacida por los medios alternos a la solución de conflictos.

- Garantía de Gratuidad: En los procesos ante la administración de justicia, es una garantía que tiene el justiciable del acceso a la justicia sin necesidad de pagar “... la gratuidad de la justicia, esta establecida para todos los ciudadanos por el simple hecho que la administración de justicia, resulta ser un servicio público y una manifestación del Poder Público del Estado, siendo este entonces el que debe sufragar los gastos de un sistema que justifica su propia existencia”¹¹⁷ aunque siempre en Panamá este derecho a la gratuidad de la justicia ha existido, no está demás reconocerlo como una garantía real para los sujetos procesales y de la ciudadanía en general.

- El respeto a la diversidad cultural, en la actualidad se resalta y reconoce como un derecho; en nuestro país existen diversas culturas y las mismas deben ser respetadas, los grupos aborígenes se les ha prestado mayor interés ya que se les ha reconocido en la ley que al momento de juzgarlos se debe verificar que los mismos guardan ciertas características y costumbres muy propias dependiendo al grupo étnico al que pertenezcan, ya que no todos son iguales.

Cada uno de estos derechos, principios y garantías son indispensables para que podamos, identificar la existencia de un debido proceso. Es decir, el respeto al conjunto de reglas, derechos y principios son los que garantizan que el procedimiento utilizado para

¹¹⁷ RICHANI SALMAN, Samer. Principios y Garantías del Sistema Penal Acusatorio Panameño. 1ra edición 2018, impreso en Colombia. Pag.395

juzgar a un individuo es conforme a derecho y satisface plenamente estándares consignados.

El debido proceso garantiza a las partes que existe un procedimiento estandarizado, el cual no cambia para perjudicar o beneficiar a alguna de las partes; sino que respecta a cada individuo por igual, sin darle ventaja a uno u otro, en razón de su condición económica, raza o credo. Pero sin dejar de lado que en efecto si existen procesos especiales, por la calidad de las partes, cuando se trate de individuos en altas posiciones del gobierno, debiendo ser juzgados por Tribunales que no corresponden a la justicia ordinaria, pero que los mismos también están debidamente establecidos por ley y el debido proceso también está presente.

3.7. Derecho a la dignidad humana y trato igualitario en el proceso penal.

La dignidad de la persona humana, según define el diccionario Valleta; es un principio en virtud del cual debe tratarse y juzgarse a los hombres de acuerdo con sus voliciones y no con relación a otras propiedades suyas no controlables por ellos.¹¹⁸ En esta definición se tira al elemento volitivo del individuo, su conciencia.

La dignidad humana, equivale al merecimiento de un trato especial que tiene toda

¹¹⁸ Op Cit. M.I Valleta Pag.261

persona, por el hecho de ser tal. Equivale, sin más, a la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde con su condición humana. De esta manera, la dignidad se erige como un derecho fundamental¹¹⁹, esta aseveración exalta la necesidad de un trato acorde con el hecho de tratarse de un ser humano, posición que tiende al lusnaturalismo.

Por su parte, Pedro J. Montano al referirse sobre ¿Qué es la dignidad humana?, señala que “*Es la suprema valía interior del sujeto que la ostenta. Es una independencia interior. Es aquella excelencia o encubrimiento correlativo a un tal grado de interioridad que permite al sujeto manifestarse como autónomo: que se apoya o sustenta en sí mismo*” continúa señalando “*La dignidad de la persona humana se manifiesta en la capacidad de captar la verdad en cuanto tal, de aprehender y querer lo bueno en sí y de apreciar y construir lo bello. Esa independencia a la que referimos en el plano óntico también se aprecia en el plano ético: el hombre es digno porque es libre. Ello supone que sólo el hombre, puede dirigirse por sí mismo hacia su propia meta y, también, que puede determinar la dirección de su propia existencia: tiene capacidad para dirigirse a su fin último*”¹²⁰. Esta connotación resalta, fuera del plano legal, las implicaciones interiores en cada individuo y trasciende al plano óntico, dándole una relevancia por encima de la legalidad para pasar un plano superior.

¹¹⁹ DE RAMÍREZ, Raquel; RAMÍREZ BASTIDAS, Yesid .Op. Cit. pág. 512, 513

¹²⁰ https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_36.pdf

El constitucionalista Cesar Landa, al referirse a la dignidad de la persona humana, señala que la dignidad está vinculada directamente a los derechos fundamentales; se busca integrar y ponderar a la dignidad humana con los diversos bienes jurídicos tutelados en la Constitución. La relación entre dignidad y derechos fundamentales es donde se presenta una serie de viejos dilemas con relación al derecho a la vida, los nuevos desafíos provenientes del derecho genético, frente a los cuales el derecho constitucional, no puede estar ajeno de los acontecimientos científicos, tecnológicos y sociales, como tampoco adelantarse imprudentemente a éstos¹²¹. Yendo un poco más allá de los derechos humanos tradiciones, hace mención al desafío que le depara a la normativa, la protección del derecho a la dignidad humana, frente a cambios inminentes en el mundo en el que actualmente vivimos, pero que vertiginosamente ha ido cambiando, la manipulación genética y del desarrollo de la informática, pueden y sin duda cada día incide más en las personas. Prueba de ello es son los delitos informáticos y en no pocos casos las formas de acoso cibernético de los que son víctima un numero plural de individuos dentro de la sociedad.

Por su parte Víctor Campos Pedroza, hace un análisis crítico de las diferentes acepciones que se le dan al término de “dignidad”, argumentando incluso que la dignidad no es un derecho humano, sino que la incomprensión del concepto ha traído imprecisiones y vaguedad, que la dignidad presupone simplemente un respeto a la libertad, igualdad y a

¹²¹ [Https://www.redalic.org/pdf/885/88500704.pdf](https://www.redalic.org/pdf/885/88500704.pdf)

todos los valores protegidos jurídicamente; por lo tanto éste deviene en un concepto mucho más amplio, ya que un atentado contra los derechos humanos, trae como consecuencia una lesión a la dignidad, pero que no todo atentado contra la dignidad representa una violación a un derecho humano. La definición que aborda Campos Pedroza, con relación a la dignidad se dirige entonces desde un punto de vista más global; advierte que la dignidad es un concepto onticamente subjetivo al igual que la ética y la moral que son valores que solamente pueden existir cuando un hombre vive en sociedad con lo cual es una más de nuestras construcciones sociales. La dignidad representa un estatus de valía y respeto que convencionalmente nos damos y le damos a otros individuos, “*consiste en el deber de respeto total del individuo por la totalidad de los demás individuos, además consiste en el derecho reciproco de recibir ese respeto, es decir que el concepto de la dignidad como valor, abarca de manera amplísima de todos y cada uno de los valores filosóficos de las personas y recíprocamente entre las personas, para hacer posible la vida en sociedad, y representa un valor tan importante que si existieran en las personas indefectiblemente de manera natural no se hubiese tenido necesidad de crear tantas instituciones, si el producto de ese reconocimiento de ser valioso, fuera efectivo, sería suficiente para la vida en sociedad sin necesidad de instituciones coercitivas*”.¹²²

Se aprecia entonces que, de conformidad con esta definición, si se violenta un

¹²² CAMPOS PEDROZA, Victor. Teoría Pura de los Derechos Humanos. La eterna lucha entre la luz del conocimiento y la obscuridad del mito. Edit. Flores, 2018, pág.141

derecho a una persona, se lesiona simultáneamente su dignidad. El respeto a los derechos de las personas, son recíprocos para mantener una vida en sociedad; pero también es importante observar que los individuos en una sociedad con muchos de sus actos violentan la dignidad de sus congéneres, pero no con ello se afectan derechos humanos “*No todo atentado a la dignidad representa una violación a los derechos humanos, pues lejos de los actos del poder, también los actos de semejantes pueden constituir una lesión a la dignidad, así tenemos por ejemplo que los delitos vulneran la dignidad y más aún las simples palabras soeces, los regaños, los insultos, ademanes y expresiones ofensivas sin que todas estas últimas lleguen a ser violaciones a los derechos humanos. Por ello es que se insiste que el concepto de dignidad tiene un contenido más amplio que el de los derechos humanos...*¹²³”.

No se tiene una noción única del concepto de dignidad humana, que esta puede ser vista y explicada desde diferentes puntos de vista, Thomas de Koninck, hace alusión a tres acepciones fundamentales de la dignidad humana, identificando la dignidad ontológica, la dignidad-decencia y la dignidad-liberal, la primera se refiere al reconocimiento de la dignidad inherente a todo ser humano por su mismo ser, el segundo la dignidad-decencia, se refiere al decoro y respeto que van ligado al cuidado de enfermos, moribundos, un deber de humanidad y la dignidad- libertad, hace referencia a la dignidad por ser libres en nuestro fuero interno, nadie puede obligar a amar a otro o no amarlo aún bajo circunstancias

¹²³ CAMPOS PEDROZA, Victor. Ibídem, pág.148

extremas de tortura o circunstancia constrictiva cualquiera, así como de la experiencia de pensar y amar¹²⁴.

Así entonces la dignidad humana tiene una doble connotación moral y jurídica, la primera podría decirse que genera el reconocimiento de la segunda, con el pasar de diferentes situaciones a nivel mundial que pusieron en la mirada de la humanidad el ultraje a la persona, genera el reconocimiento en instrumentos jurídicos el derecho a la dignidad humana. Desde el planteamiento antropocéntrico y laico la dignidad humana es caracterizada y sobre todo predicada del ser humano por el mismo ser humano, sus contenidos y exigencias son el resultado de una auto-compresión del sujeto, de lo que significa ser persona, lo que sería la lucha de la humanidad por la comprensión de sí misma¹²⁵.

Para J. Alberto del Real Alcalá, la dignidad humana se puede observar desde un ámbito individualista “Dignidad de la Persona” y desde un ámbito colectivo “Dignidad Colectiva”. La primera sigue la noción de Peces-Barba, el cual hace alusión sobre los rasgos de la dignidad de la persona, distinguiendo rasgos formales y rasgos materiales; la primera se refiere a la, autonomía o independencia moral de la persona es decir la capacidad para

¹²⁴ DE KONINCK, Tomas. Dignidad Humana presupuesto Fundamental de los Derechos Humanos (coord. Rafael Aguilera Portales). Tres acepciones fundamentales de la dignidad humana. México, Ed.2016, Pág.13-31

¹²⁵ ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier. Dignidad Humana presupuesto Fundamental de los Derechos Humanos (coord. Rafael Aguilera Portales). Derechos Fundamentales y Dignidad Humana. México, Ed.2016, Pág. 40-45

elegir y dentro de esta capacidad para elegir se distingue la capacidad psicológica para poder decidir libremente pese a condicionamientos y limitaciones, así como también la libertad de la persona estimada en relación al resultado de su libertad de elección esto ligado a la búsqueda del bien, la felicidad. En cuanto a los rasgos materiales, señala: La capacidad para construir conceptos racionales y razonar; la capacidad para reproducción de sentimientos, afectos y emociones; la capacidad de dialogo y comunicación a través del lenguaje y la capacidad de reconocimiento de la otra persona como tal.¹²⁶

La dignidad colectiva está asociada a la dignidad individual, se refiere a los derechos colectivos como sustanciales, siendo que la dignidad humana tiene una concepción antropológica individual, la dignidad colectiva tiene concepción antropológica también, pero colectiva, como comunidad.

Existen diferentes concepciones de la dignidad humana desde la perspectiva moral, antropológica o bien como una construcción jurídica, cuya finalidad en lo medular es el interés en la persona humana, su libertad o bien para ser más precisos la felicidad del individuo.

Ahora bien, basado en los conceptos y argumentos relativos a la dignidad humana

¹²⁶ DEL REAL ALCALÁ, J. Alberto. Sobre la Noción de Dignidad Humana. Derechos Fundamentales y Dignidad Humana. México, Ed.2016, Pág.61-63

esto se debe transpolar al proceso penal, lo cual no es tarea fácil en la práctica, el trato de inocente del investigado, indiciado, imputado o acusado, es esencial para preservar la dignidad del individuo sometido a los rigores de un proceso; los tratos crueles, la tortura o incluso un trato despectivo por considerarse que no merece un trato igual o semejante al de un ciudadano que no está en esta situación, es parte de los retos para llevar un proceso penal digno; luego cuando tenemos a un detenido de manera preventiva o bien a un sancionado la dignidad del procesado queda aún más entredicha.

La exposición del procesado durante el proceso, atenta en todos los sentidos con la dignidad del individuo, si bien, está consagrada como una garantía la publicidad, lo cierto es que cuando se lleva un proceso a los medios de comunicación, resulta casi imposible un balance entre ambos derechos; en la mayoría de los casos las televisoras emiten una sentencia previa de condena en contra del procesado, entonces aquí surge una serie de interrogantes ¿la garantía de la publicidad atenta contra otros derechos de un procesado? ¿la dignidad del procesado ante la opinión pública que efectos surte en el juzgador? ¿Qué puede hacer un acusado que resulta inocente frente al escrutinio previo del público que lo condeno?, sin duda la publicidad puede jugar un doble papel en favor o en contra del procesado. También podría cuestionarse la igualdad de las partes cuando una está siendo cuestionada públicamente y la otra como presunta víctima consigue el apoyo de la opinión pública. Todo lo cual resulta una realidad insoslayable y con miras a la posibilidad de mejorar la salvaguarda de la dignidad de aquellas personas sometidas a procesos.

3.8. Trato igualitario en el proceso

En cuanto a la igualdad o el derecho a trato igualitario en el proceso; primero es necesario dimensionar brevemente el concepto de igualdad desde la igualdad jurídica y la igualdad formal; la igualdad formal constituye un principio fundamental del Estado de Derecho; la idea de que los ciudadanos deben ser tratados por las instituciones del Estado de forma imparcial e igualitaria es decir de la misma forma, con la misma medida. Mientras que la igualdad jurídica consiste en que todos somos iguales ante la ley sin distinción de nacimiento, herencia, sexo, clase social o poder económico¹²⁷.

La igualdad, es así mismo un principio porque marca el criterio que rige la conducta a seguir en determinadas situaciones, permea el ordenamiento jurídico en su conjunto cuando unifica a los sujetos en la titularidad de aquellos derechos que en cuanto reconocidos y garantizados a todos y en igual medida siendo llamados “universales” y “fundamentales”. La igualdad jurídica es entonces un principio normativo, no será otra cosa que la identidad en la titularidad y garantía de los mismos derechos fundamentales independientemente del hecho, e incluso precisamente por el hecho que los titulares son entre sí diferentes. En efecto independientemente de la igualdad jurídica en la titularidad de los derechos fundamentales, todas las personas son de hecho diferentes unas de otras

¹²⁷ AGUILERA PORTALES, Rafael; HERRERA MÁRQUEZ, Alma Delia. Igualdad y Discriminación Múltiple. Edit. Esfera Pública S.A. De C.V., 2016, México, Pág.24

por razones tan como el sexo, la lengua, su religión, sus opiniones políticas, así como sus condiciones personales y sociales¹²⁸. Comenta al respecto Morales Martínez, que de ahí la igualdad jurídica no será otra cosa que la idéntica titularidad y garantía de los mismos derechos fundamentales independientemente del hecho, e incluso precisamente por el hecho, de que los titulares son entre sí diferentes¹²⁹.

Lo anterior pone de relieve que los juicios de igualdad, son siempre juicios valorativos, referidos al hecho de la igualdad o desigualdades y no podemos separar el hecho de las diferencias entre las personas son un hecho cierto, algunas personas son iguales en ciertos aspectos, pero diferentes en cuanto a otros siendo una barrera insalvable de tratarse de obviar lo que salta a la luz, lo cual no constituye un avance, ignorar esas desigualdades para que finalmente se pueda dar un trato de igual y justo no es la solución sino tratar que dentro de esa desigualdad se busquen todas las herramientas suficientes para evitar que pueda darse un trato diferenciado y en detrimento del individuo.

Para Enrique Álvarez Conde, la igualdad como un principio constitucional tiene tres puntos a destacar; a). En primer lugar, partir de la consideración de la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico que, según la jurisprudencia constitucional española, se

¹²⁸ PÉREZ PORTILLA, Karla: Principio de Igualdad Alcances y Perspectivas. El Derecho de Igualdad Ante la ley. Universidad Autónoma de México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación México, Págs.15,16.

¹²⁹ MORALES MARTÍNEZ, Johnny. El Derecho de Igualdad Ante la ley. Edit. Flores, 2018, México. Págs. 63,64.

proyecta en una eficacia trascendente de modo que toda situación de desigualdad persistente a la entrada en vigor de la norma constitucional deviene incompatible con el orden de valores de la norma suprema. Es decir que la consideración de la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico, no es una mera declaración constitucional, sino que se proyecta a otros preceptos constitucionales modulando su interpretación y significado. b). Proclamación de la igualdad real y efectiva del artículo 9.2, cuyo significado transformador parece permitir la justificación de desigualdades formales en aras de la consecución de igualdad real. Que según la jurisprudencia vendría a “enriquecer” y “completar” el contenido del artículo 14 debiendo actuar como punto de partida pues el propósito de lograr igualdad real y efectiva a partir de la remoción de los obstáculos, que sean precisos para ello permitiéndose la adopción de las llamadas “acciones positivas”, atendiendo a la situación de partida de determinados grupos o colectivos con la finalidad de adoptar medidas que permitan corregir una situación de desigualdad social que permanece invisible desde la óptica de la mera igualdad formal; c). Y, finalmente, con el principio de igualdad formal, el primero que surge en el constitucionalismo, reconocido en el artículo 14 de la constitución española. La consideración de igualdad como derecho subjetivo exige la ausencia de discriminación, el derecho a un trato igual y la posibilidad de admitir las llamadas discriminaciones positivas¹³⁰.

¹³⁰ ALVAREZ CONDE, Enrique; FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela; NUÑO GÓMEZ, Laura. Estudios Interdisciplinares sobre Igualdad. Coord. María Dolores Cancio Álvarez. 2da.edición, págs.35,36.

Tomando en consideración el primer punto la igualdad es una meta que debe intentarse alcanzar a través del ordenamiento jurídico, teniendo una función orientadora con relación a valores superiores y como criterio para fundamentar el ordenamiento jurídico. Con respecto al segundo y tercer aspecto que se refieren a la igualdad real y efectiva, así como el principio de igualdad formal, mal se podría defender la existencia de igualdad sin reconocer la necesidad de admitir acciones positivas o discriminaciones positivas, que garanticen una igualdad real ante desigualdades, que se pueden observar en distintos grupos que en muchos casos ha de tratarse de minorías o bien que se permita corregir una desigualdad social que no es tan evidente ante la igualdad formal, que indica simplemente la igualdad subjetiva.

La igualdad como una exigencia de justicia indica María Marta Didier, se remonta a la antigüedad y está presente en diversas corrientes filosóficas, ya sea aludiendo a una igualdad meramente formal y sin connotaciones sustanciales o haciendo referencia a una igualdad que necesariamente supone una valoración y por tanto un compromiso con el contenido de las relaciones que predica cierta igualdad. Al referirse a la igualdad ontológica señala como una de las máximas jurídicas mayormente difundida y cargada del significado es aquella que reconoce la igualdad de todos los hombres, cuya formulación más corriente es que “todos los hombres son iguales” esta máxima recorre todo el pensamiento político

occidental¹³¹. Pese a que este pensamiento encuentra aceptación en occidente, ello no indica que en efecto se haya evidenciado en su justa dimensión.

La igualdad a pesar que ha sido pregonada por muchos siglos, ha tenido diferentes momentos, por décadas se aplicaba solo entre grupos, es decir, igualdad entre quienes se consideraban iguales, por raza, ciudadanía, estatus social, entre otros menos populares; pero no concebido como iguales por el hecho del género humano, en la actualidad si bien se han superado muchos estereotipos aún subyace en la dermis de muchas personas, discriminaciones múltiples. Dentro de las desigualdades sociales, se pueden plantear diferentes problemas de justicia social, trazadas por la discriminación, la clase o el talento. La discriminación intencional más común está ligada a la etnia, sexo o bien por religión, uno de los mejores ejemplos de la segregación racial lo nutre, las legislaciones raciales que, en Estados Unidos, estuvieron vigentes entre los años 50 y 60 discriminación de tipo sexual y racial, separaban a la población negra, en las escuelas, transporte público, restaurantes, y parques, las que luego a pesar de la abolición de la esclavitud, no necesariamente se logró la integración, declarándose con frecuencia la doctrina de “*iguales pero separados*”.

Luego otra fuente de desigualdad, muy remarcada es la que proviene de la ventaja

¹³¹ DIDIER, María Marta. El principio de igualdad en las normas jurídicas. Marcial Pons, España 2011, Pág.24-28

económica y estatus social. La desigualdad material usualmente viene acompañada de desigualdad ampliada, carencia de autoestima y trato discriminatorio con relación al grupo de altos ingresos, que obtiene buena educación, conexiones, vínculos familiares, posiciones laborales, así como son tratados con una deferencia especial en comparación con los que carecen de recursos económicos¹³².

También existen discriminaciones directas, indirectas, discriminaciones ocultas, discriminaciones por indiferenciación, discriminación por asociación, discriminación por error y acoso discriminatorio.

Tipos de Discriminaciones
a). La discriminación directa: es aquella situación en que una persona haya sido o vaya ser tratada de manera menos favorable que otra en situación comparable. (Véase TJUE saco Defrenne 8 de abril de 1976) ¹³³ .
b). Las discriminaciones indirectas: son aquellas situaciones en que una disposición, criterio o práctica, aparentemente neutros ponen a personas determinadas en desventaja particular con respecto a personas que se encuentran en la misma situación salvo que puedan ser justificadas de forma objetiva en atención a una finalidad legítima.

¹³² AGUILERA PORTALES, Rafael; HERRERA MÁRQUEZ, Alma Delia. Igualdad y Discriminación Múltiple. Edit. Esfera Pública S.A. De C.V., 2016, México, Pág.46-51

¹³³ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61975CJ0043&from=IT> Cfr. Con Addenda No.4 Caso Defrenne 8 de abril 1976 TJUE

- | |
|--|
| c). Discriminaciones ocultas: son discriminaciones ocultas las situaciones en que una disposición, criterio o práctica, sin tomar como referencia directa una categoría sospechosa de discriminación, encubren una discriminación por cualquier motivo. |
| d). Discriminación por indiferenciación: cuando hay falta de atención de modo razonable a las necesidades especiales de personas o grupo fundadas en las causas de discriminación por cualquier motivo. |
| e). Discriminación por asociación: cuando una persona en virtud con su relación con otra sobre la que concurra una de las causas previstas en el apartado primero del artículo dos de esta ley, es objeto de trato discriminatorio (art. 6.1 de la Ley Integral). |
| f). La discriminación por error: se refiere a aquella que se funda en una apreciación incorrecta a cerca de las características de la persona discriminada (art.6.2 de la Ley Integral), |
| g). Discriminación Múltiple: Cuando concurren o interactúan diversas causas de las previstas en esta Ley, generando una forma específica de discriminación (art. 7.1 de la Ley Integral), |
| h) Acoso discriminatorio: Cualquier conducta realizada en función de alguna de las causas de discriminación con el objetivo o la consecuencia de atentar contra la dignidad de una persona y de crear entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante, ofensivo o segregador (art. 8 de la Ley Integral) ¹³⁴ . |

Elaboración propia.

¹³⁴ ALVAREZ CONDE, Enrique; FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela; NUÑO GÓMEZ, Laura. Op. Cit. Págs.44-48

El principio de igualdad, no quiere decir que cualquiera desigualdad es una discriminación, ya que no se prohíbe toda diferencia de trato cuando se ejercen deberes y derechos, sino que la igualdad se observa violentada cuando las discriminaciones están desprovistas de una justificación objetiva y razonable. Siendo la razonabilidad imprescindible para poder apreciar la violación al principio de igualdad¹³⁵.

Aunque la doctrina investigada no hace referencia de las personas sometidas a procesos judiciales, podría ubicarse a estos como grupos discriminados o en peligro de serlos, no de forma legal o deliberada, en ocasiones pueden ser víctimas de la pérdida de un empleo, para los que tienen que cumplir con medidas cautelares o de aseguramiento, algunos incluso tratan de ocultarlo ante sus patronos y miembros de su familia evitando ser juzgados previamente por este círculo cercano.

Con respecto a la igualdad de las partes durante el proceso, en teoría existe; pero en ocasiones la balanza puede inclinarse en ambas direcciones y el juez está obligado a mantenerla a nivel. La igualdad de armas como se ha denominado en el sistema penal acusatorio, en donde las partes ofrecen las pruebas que serán valoradas y ambos presentan su teoría del caso; es el ideario del sistema, pero en ocasiones la falta de recursos de uno u

¹³⁵ ÁLVAREZ CONDE, Enrique. Ibídем. Pág. 48-49

otro lado puede dar al traste con la igualdad de las partes. Aun así, se reconoce dentro de los principios, garantías y reglas del procedimiento penal, la igualdad procesal de las partes en su artículo 19 del Código de Procedimiento Penal, en el cual se instituye que se garantizara la intervención de las partes con iguales posibilidades de ejercer las facultades y los derechos previstos en la Constitución Política de Panamá, los tratados y convenios internacionales ratificados por la República de Panamá. Los jueces preservan el principio de igualdad procesal debiendo allanar todos los obstáculos que impidan su vigencia o lo debiliten. No deben mantener ninguna clase de comunicación con las partes o sus abogados sobre asuntos sometidos a su conocimiento sin dar aviso previo a todas las partes.

La comunicación del juez es en la audiencia, de forma pública que permite que las partes observen la imparcialidad y la igualdad, las reuniones privadas con alguna de las partes genera suspicacia, y enerva el principio de igualdad en su totalidad por ello se destaca la prohibición del juez en este tipo de prácticas.

La igualdad de las partes se ejerce por parte del juez de diferentes maneras en los distintos escenarios que se presenten durante el proceso, una vez se encuentra para decidir la petición que les es encomendada, el juez, debe cerciorarse que todas las partes estén debidamente notificadas para garantizar que los mismos puedan acudir a la audiencia, luego en la audiencia darle la palabra a cada uno de los intervenientes y ser escuchados. En materia de audiencia de imputación existe una realidad fáctica y es que esta audiencia es un acto de comunicación por parte del Ministerio Público ello significa que el querellante no puede

imputar o presentar una imputación autónoma, sino de debe respaldar la posición del Ministerio Público, no siendo este un derecho autónomo, pero en cada etapa es indispensable brindar generosas oportunidades para que las partes hagan uso de la palabra de requerirlo. En fase de medidas cautelares debe el juez adoptar los criterios de proporcionalidad, provisionalidad, excepcionalidad, subsidiariedad y de humanidad, pero que estos también alcancen a la víctima. En fase intermedia debe entregarse oportunamente el escrito de acusación si existe del querellante al imputado y la fiscalía debe entregar los elementos de convicción, todo con la finalidad de garantizar la igualdad de las partes.

3.9 Derecho de la presunción de inocencia.

El concepto de presunción de inocencia desarrollada por Lucio Alfonso Rubio Antelis, enfatiza que toda persona debe tenerse por inocente hasta que exista una sentencia en firme de autoridad competente, en la que se tenga como responsable de la comisión de un delito. Además, advierte que a partir de esa presunción se debe desarrollar una serie de previsiones legislativas para asegurar que mientras la sentencia condenatoria no exista se le causen las menores molestias posibles a los inculpados, sobre todo mientras se surte el

juicio en su contra¹³⁶.

De esta forma la presunción de inocencia, viene hacer un derecho, que se reconoce legalmente, elevado al plano constitucional y convencional a nivel internacional, reconocido por los Estados democráticos y por fallos de Cortes de carácter internacional; este derecho no se refiere a ignorar deliberadamente, elementos que resultan evidencia irrefutable, en un juicio, lo que debe ser valorado en su etapa oportuna, pero mientras una sentencia no dictamine un veredicto de responsabilidad, se debe presumir la inocencia de un imputado y no menoscabar sus derechos y garantías, a menos que esto sea realmente necesario.

La mayoría de las constituciones políticas de países alrededor del mundo, reconoce en este derecho, la Constitución Española en su art.24.2 in fine proclama, como es sabido, que “todos tienen derecho a la presunción de inocencia”. El artículo 9 de la declaración de los derechos del hombre de 1789, el artículo 11 de la Declaración de Derechos Humanos de 1948, el artículo 6.2 del Convenio de Roma de 1950 para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, o el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, instrumentos jurídicos el mundo occidental. Pero al menos pro forma la Carta de Derechos Humanos de los Países Árabes de 1994 dada en el Cairo (art.7), pasando por la Convención de Derechos Humanos Africana (Banjul, 27 de junio

¹³⁶ RUBIO ANTELIS, Lucio Alfonso. Op. Cit. Pág. 21

de 1981, art.7), etc. Es más, según un monografista alemán sobre la materia, sería la República Popular de China, la única nación de peso que rechazaría abiertamente el principio¹³⁷.

Los países, que se consideran sociales y democráticos; bajo ninguna circunstancia obvian este derecho, la presunción de inocencia se ha considerado derecho fundamental. Pero resulta de trascendencia y relevancia sin precedentes que hasta países árabes ya estén adoptando este principio, dentro de su normativa, el reconocimiento universal es trascendental.

La Constitución Política de Panamá establece en su artículo 22:

“Toda persona detenida debe ser informada inmediatamente 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

¹³⁷ SÁNCHEZ, Javier; GÓMEZ-TRELLES, Vera. Variaciones sobre la Presunción de Inocencia. Análisis funcional desde el Derecho Penal. Colección derecho penal y criminología, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2012 pág.31

judiciales. La ley reglamentara esta materia”.

La persona sometida a una detención debe conocer con claridad, las razones de su detención y tiene derecho a ser asistido por un abogado en todas las etapas del proceso, desde las diligencias policiales, hasta el juicio y se establece de forma clara que se presume su inocencia.

La presunción de inocencia debe advertirse en las diferentes etapas del proceso penal acusatorio, Rubio Antelis, explica que, en cada etapa del proceso penal acusatorio, a). En la etapa de Investigación, b). Audiencia de control de la detención, c). Formulación de la imputación y medidas cautelares, e). Audiencia de vinculación al proceso, f). Etapa intermedia, g). Etapa de juicio oral e incluso incluye la fase final de ejecución de las sanciones y el sistema recursal.

En la etapa de investigación le corresponde al Ministerio Público, iniciarla al momento de tener la noticia criminal y solicitar ante el Órgano Jurisdiccional, la aprehensión, cateo, medidas cautelares. En esta fase de investigación la presunción de inocencia opera a cargo del fiscal de acuerdo a la carga de la prueba, consistente en la obligación que tiene en todo momento para acreditar con los datos necesarios, los elementos que constituyen el tipo penal correspondiente al delito que se trate. En la etapa de investigación se integra la carpeta, que consta de todas las actuaciones que va llevando el fiscal acusador, pero en esta fase de investigación hay dos momentos importantes, el

primero que sería que toda persona sin importar la condición respecto de la responsabilidad probable, tiene derecho al respeto a la presunción de inocencia lo cual se traduce en que no debe ser torturado, maltratado o vejado ni física, ni psicológicamente, ni moralmente por parte de los agentes policiales aprehensores y el segundo momento está relacionado con la situación del privado de libertad por encontrarse relacionado a la comisión del ilícito en el trato que se le dispense. Pero existe un momento fundamental para la observación del principio de presunción de inocencia en esta etapa de investigación, la cual se inicia con la preservación de la escena de los hechos con el arribo del primer intervintente, la cadena de custodia, de los objetos materiales relacionados al evento delictivo. Debe entonces un defensor verificar, que se ha cumplido con los protocolos y directrices y demás lineamientos para homologar la cadena de custodia, materializándose de esta manera la presunción de inocencia en esta etapa preliminar.

Sumado a lo anterior la presunción de inocencia impone que todo agente policiaco, que lleve a cabo el aseguramiento de cualquier persona, inmediatamente le hará saber sus derechos humanos, así como identificarse con nombre y apellido, debe indicarle los hechos o el hecho por el cual se le está asegurando, así como también se le hará saber quién lo acusa, al lugar que será trasladado y advirtiéndole que tiene derecho a una defensa técnica que si no tiene el Estado le nombrara una.

En la audiencia de control de detención, que es la primera audiencia que se celebra ante la autoridad judicial y que marca el inicio formal del proceso estando presente el

acusado, las partes deben tener en su poder los datos de prueba de la carpeta de investigación, con la intención que las partes puedan ir elaborando su teoría del caso. Pero en este punto para que la presunción de inocencia se satisfaga exige que la defensa tenga suficiente preparación. La defensa debe argumentar en función de la inconveniencia de la medida cautelar de detención preventiva cuando se solicite, para lo cual se beneficia del conocimiento y dominio de los principios que regulan el proceso penal. Así como también la obligación de la defensa consistente en la revisión y el análisis de la cadena de custodia tomando como base debilidades, errores y deficiencias, lo cual le permitirá efectivizar su intervención.

Para el momento de la Formulación de la Imputación y la solicitud del otorgamiento de medidas cautelares, en este acto el Ministerio Público, comunica al imputado en presencia de su defensor y ante el juez de control que está siendo investigado respecto de la comisión de uno o más delitos, tiene como finalidad formalizar la primera investigación como primera fase de la etapa investigativa. En este momento el principio de presunción de inocencia queda a cargo del juez de control, así como también de la defensa cuando el Ministerio Público, la víctima o el ofendido soliciten medidas cautelares, siendo el debate por las partes para que el juez aplique la más cónsona con los riegos procesales que presenten las partes.

En la audiencia donde se formula la imputación comienza a correr el plazo para el cierre de la investigación a cargo del Ministerio Público. El descubrimiento probatorio se

hace extensivo a las partes procesales. El imputado tiene en todo tiempo derecho a declarar o abstenerse. Con el auto de vinculación al proceso el juez de control inicia la etapa de investigación judicializadora o formalizada, con la cual las partes tienen la oportunidad de llevar a cabo el descubrimiento de las pruebas. En esta etapa la mejor forma para garantizar la presunción de inocencia es a través de las técnicas, habilidades y estrategias que pueda asumir la defensa, así como los deberes del órgano jurisdiccional que garantiza el acceso a la justicia, en esta audiencia se debe dar la individualización de las partes y en ese mismo acto la defensa recomienda al acusado de abstenerse de declarar haciendo valer el derecho a guardar silencio. El objetivo en esta audiencia es establecer si existen elementos razonables para llevar a cabo el debido proceso, así como también se lleva un control de legalidad de datos que han sido recopilados por el Ministerio Público, si tienen idoneidad, objetivos y lícitos.

En la Etapa Intermedia continua Rubio Antelis, señalando que el concepto de presunción de inocencia adquiere carácter legitimador por el propio Órgano Judicial, cuando se permite ponderar la calidad argumentativa de las partes sobre todo cuando asume un carácter garantista y en este ejercicio ponderativo observa que la defensa omite hacer una teoría del caso con todos los elementos fácticos probatorios y normativos en su estructura. Es decir que haya en la teoría del caso congruencia, claridad y sencillez en la exposición de alegatos de apertura que permitan deducir la secuencia lógica, así como credibilidad que utiliza el sentido común y las reglas de la experiencia aplicadas al caso en concreto. La base normativa que permite establecer la eficacia de la norma o su violación que legitima la

prueba jurídica que se refiere a una hipótesis aceptable de los hechos¹³⁸.

Se destaca entonces que la presunción de inocencia no se limita a las torturas, a malos tratos, a la igualdad de las partes, sino también con la calidad de la defensa que represente a un sujeto sometido a un proceso, ésta debe tener destrezas que permitan mantener y demostrar su inocencia. Es importante advertir que en Panamá no se permite cambiar una defensa aun cuando el juez haya notado que no es efectiva o domina la técnica, pero no puede ser removida bajo el juicio de un juez que este conociendo la causa, como si ocurre en Chile.

Las técnicas, destrezas y conocimiento del proceso por parte de la defensa técnica, será un aspecto decisivo para que se ejerza el principio de presunción de inocencia en el imputado, desde los primeros actos de investigación, cadena de custodia y de gran relevancia al momento en que el Ministerio Público, solicita la medida cautelar más severa, corresponde a la defensa echar mano de todo su conocimiento, agilidad y la capacidad para demostrar que esa medida no es la más conveniente para su representado. De lo arriba indicado señala Rubio Antelis que los jueces se limitan en México a aplicar la medida cautelar más severa como la detención provisional que solicita el Ministerio Público sin que exista un debate de las partes lo cual considera que viola el principio de presunción de

¹³⁸ RUBIO ANTELIS, Lucio Alfonso. Op. Cit. Págs.59-130

inocencia, en efecto de la forma que fue planteado, sí resulta en suma una falta no solo a la presunción de inocencia sino también a la igualdad de las partes, que no se les brinde la oportunidad de plantear las razones que prestan mérito para lograr una medida cautelar más favorable a los intereses del sujeto sometido a un proceso.

3.10 La presunción de inocencia en la prisión preventiva.

La presunción de inocencia es un derecho subjetivo público que posee intrínsecamente, un doble sentido filosófico-jurídico, el cual deviene en principio porque opera en situaciones extra-procesales y constituye el derecho a recibir la consideración o trato de no-autor o partícipe en hechos de carácter delictivo o análogos a éstos, en consecuencia, representa el derecho a que no se apliquen las sanciones antes de determinar su verdadera responsabilidad en éstos.¹³⁹

Para Alberto Herrera Pérez, la presunción de inocencia en la detención provisional tiene una doble naturaleza, como derecho humano o fundamental y como garantía procesal; como garantía procesal su observancia en el juicio penal se encamina a imponer una obligación procesal, para el Ministerio Público una carga de la prueba para demostrar

¹³⁹ RICHANI SELMAN, Samer. Principios y garantías del Sistema Penal Acusatorio Panameño. Editorial Nomos S.A., impreso en Colombia, Edicion Sijusa, 1ra edición 2018. Pág. 218

su culpabilidad y sin tener el alcance de eximir al imputado del cumplimiento de medidas precautorias previstas en la ley y ordenadas por el juez, bajo estas condiciones no se puede afirmar que se está vulnerando la presunción de inocencia.

En su carácter de derecho humano, la aplicación de la prisión preventiva no vulnera derecho a la presunción de inocencia, si se atiende a los presupuestos tomados en consideración, por el poder reformador para insertarla en el texto constitucional, los cuales obedecen a valores o intereses superiores prevalentes a la presunción de inocencia e inclusive a la propia libertad personal del imputado refiriéndose orden público, oportuna y eficaz marcha de la administración, procuración de justicia para las víctimas o bien el interés social; considera entonces el constituyente que al quedar establecida la insuficiencia de otras medidas cautelares que requieren de tutela¹⁴⁰. La medida de detención preventiva tiene un carácter excepcional, por ende, se entiende que para aplicarla se han valorado factores de orden público, de riesgo para la víctima o bien de interés social.

Por su parte Selman Samer, considera que la inocencia ha de permanecer incólume, a toda persona hasta no probarse su culpabilidad, dentro de un proceso penal o bien extra-proceso. En la prisión provisional, se entiende que se presume la inocencia del sometido a tales rigores, pero, considera paradójico anteponer la palabra presunción, para distinguir

¹⁴⁰ HERRERA PÉREZ, Alberto. El Derecho a la presunción de inocencia. Edit. Porrúa, México 2012 Pág.108-111.

dicho postulado, puesto que no se justifica la custodia preventiva, ni el secreto de la institución, que se basa en suficientes indicios de culpabilidad por lo que cabría hablar de presunción de culpabilidad más que, de inocencia, indica este mismo autor refiriéndose a Manzini Vicenzo, que si se presume su inocencia porque se procede contra él.¹⁴¹ Sí se distingue o no el asunto semántico, de cómo debe denominarse, en nada cambiaría la esencia del mismo, en principio nunca se debe presumir culpabilidad sino la inocencia del imputado dentro de la investigación, a lo largo del proceso y como corolario su trato indiscutiblemente es el de inocente.

Por su parte Binder, se refiere al tema, señalando que el principio de presunción de inocencia nace como una reacción a los abusos de la inquisición y que forma parte de la conciencia universal acerca del valor de la persona; que es curioso en este caso, al contrario de lo que suele ocurrir, la formulación positiva del principio (como de “inocencia”) ha generado mayores dificultades en su interpretación que en su formulación negativa: Si nos referimos a la existencia de una presunción de inocencia, seguramente encontramos muchos críticos, sin embargo si afirmamos que *“ninguna persona puede ser culpable hasta que una sentencia declare su culpabilidad”* posiblemente el acuerdo sea total. Ello nos enseña que en la base del problema existe una discusión verbal, sobre el sentido y los alcances de la palabra, que si es soslayada puede generar falsas discusiones a otros

¹⁴¹ RICHANI SELMAN, Samer. Op. Cit. pág.221

niveles.¹⁴²

De lo manifestado por Binder, no cabe duda que muchas críticas, van dirigidas como dardos a este esquema, que tal vez simplificado en decir “nadie puede ser declarado culpable, hasta que no sea vencido en juicio” de esta manera se generaría menos debate.

La crítica sobre la presunción de inocencia y la detención provisional, siempre tendrá sus detractores, ya que no comulgan con facilidad ambas figuras, el trato del imputado debe ser de inocente pero la detención preventiva riñe con este principio directamente, ya que ¿Sí se presume su inocencia, porque se priva de libertad?, esta crítica fundamental es abordada por Vélez Marisconde al señalar que el estado jurídico del imputado, es inocente hasta que sea declarado culpable, por una sentencia firme y no obstante __ claro está__ que durante el proceso pueda existir una presunción de culpabilidad capaz de justificar medidas de seguridad¹⁴³, y es que resulta evidente que el imputado por delitos en flagrancia o delitos cuya evidencia se ha recopilado de inmediato sea contundente para aplicar medidas de seguridad, aun así su presunción de inocencia se mantiene, pero la medida de seguridad no se podría ignorar, su necesidad, so pretexto que aún no ha sido vencido en juicio.

¹⁴² BINDER, Alberto. Introducción al Derecho Procesal Penal. 2da edición actualizada, Buenos Aires Argentina.
Pg.124

¹⁴³ VÉLEZ MARISCONDE, Alfredo. Derecho Procesal Penal, Tomo I, 2da edición, edit. Ejea, Buenos Aires Argentina, pág. 45

La presunción de inocencia, también es denominada principio de inocencia, se erige en garantía constitucional y derecho fundamental del imputado de obligatoria observancia para las autoridades estatales en el contexto del proceso penal. Es común la consagración del principio de presunción de inocencia como un derecho fundamental enmarcado en la Constitución y los Tratados Internacionales de derechos humanos, de donde se derivan importantes garantías para la persona sometida a persecución penal, tales como (1) nadie puede ser considerado culpable, a menos que se haya demostrado la responsabilidad mediante proceso legal, (2) La carga de la prueba acerca de la responsabilidad recae sobre la acusación, es decir que quien acusa debe probar (3) el trato de la persona bajo investigación por un delito, debe ser de inocente. La presunción de inocencia constituye un principio que irradia todo el proceso penal, sirviendo de presupuesto y parámetro de toda la actividad estatal de represión del delito y modelo de tratamiento del imputado antes de la condena...¹⁴⁴

La esencia del principio se podría resumir en tres puntos medulares, que toda persona sometida a un proceso debe ser considerada inocente, por ende quien debe probar que este estado jurídico de inocencia, no es tal sino que se trata de un culpable, sólo puede ser desvirtuado por el ente investigador, conocido como el Ministerio Público, pero durante el tiempo que tome el proceso al punto de llegar a una sentencia condenatoria, de así

¹⁴⁴ PALACIOS MOSQUERA, Luis Bladimir. Límites Temporales a las Medidas de Aseguramiento en el Proceso Penal. Grupo editorial Ibáñez. Bogotá Colombia, webmail.grupoeditorialibanez.com Pag.56,57

resultar, el sometido a los rigores del Ius puniendi, debe ser tratado como inocente.

Otro punto a tomar en consideración con respecto a la presunción de inocencia va más allá, de la consideración del imputado de ser tratado como inocente, hasta ser vencido en juicio o declararse inocente, y es que la presunción de inocencia le da sentido al proceso mismo, ya que para nada tendría sentido un proceso si ya sabemos el resultado de culpabilidad *“Sin esta presunción, es decir, sin el desenlace del proceso esté en el aire hasta la sentencia, el proceso carecería de sentido, sería sencillamente superfluo, como ya apuntamos. Puesto que el proceso, por necesidades materiales __recogida del material probatorio incriminatorio o exonerante __, ha de durar un cierto tiempo, ha de mantenerse durante el mismo, la incertidumbre del resultado, ya que de otro modo, estaríamos en el terreno de la ceremonia protocolaria, ámbito en el que lo único que se hace es demorar una decisión ya tomada de antemano”*¹⁴⁵, es decir que hasta para la existencia misma de un proceso, su esencia se traduce en la presunción de inocencia, dándole paso así al debido proceso.

Uno de los escollos que le ha valido, grandes perjuicios al principio de la presunción de inocencia, son los comentarios mediáticos, emitidos por periodistas y la generación de morbo en redes sociales, respecto de personas, que se le siguen procesos, altamente

¹⁴⁵SÁNCHEZ, Javier; GÓMEZ-TRELLES, Vera. Op. Cit. Pág. 36

cuestionados y señalados, sin existir aún una sentencia, pero que a todas luces ya se ha dado un veredicto fuera de los tribunales, mancillándose el nombre del individuo que aún intenta salir bien librado de una condena, por considerarse que es inocente de los cargos que militan en su contra. Pese a esto el imputado en un proceso penal debe beneficiarse con la presunción de inocencia, que obliga al Estado demostrar positivamente los hechos que hacen a la intervención de un hecho delictivo y a la responsabilidad por esa participación; esta presunción es una barrera imperativa frente a los abusos de poder, que se harían posibles, si la actividad acusatoria pudiera tomar como base las meras sospechas, o los ciudadanos se vieran permanentemente obligados a demostrar su inocencia¹⁴⁶.

La presunción de inocencia y la detención provisional, pueden ser objeto de amplios debates doctrinales, como señalamos anteriormente, pero no cabe duda que para aplicar la medida cautelar más severa, tienen que haberse realizado un escrutinio de los elementos que establece el ordenamiento jurídico para que se pueda aplicar y de igual modo el juez valora una serie de circunstancias que permite determinar que es la medida más acorde con los hechos, el delito y la evidencia que se presente hasta ese momento. El trato al sujeto envuelto en el proceso sigue siendo de inocente, pero no se puede obviar la evidencia que exista hasta ese momento y que demuestra, peligrosidad, peligro de fuga o bien desatención

¹⁴⁶ NINO, Carlos Santiago. Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis, filosófico, jurídico y político de la práctica constitucional, 3ra reimpresión, Edit. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos aires 2005, pág.

del proceso únicamente esgrimiendo el respeto a la presunción de inocencia.

La detención provisional, debe ser aplicada de forma excepcional como se ha venido señalando a lo largo de este trabajo y también argüido por la doctrina, pero antes de concluir este punto, considero de relevancia hacer mención a lo señalado por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, en la sentencia de 31 de agosto de 2004 caso Ricardo Canese Vs. Paraguay, en la cual sobre la sentencia preventiva, se determinó que las medidas cautelares que afectan la libertad personal y derecho de circulación del procesado, tienen carácter excepcional, ya que se encuentran limitadas por el principio de presunción de inocencia y los principios de necesidad y proporcionalidad. Que la Jurisprudencia internacional y normativa penal comparada coinciden en que, para aplicar tales medidas cautelares, en el proceso penal existan indicios suficientes que permitan suponer razonablemente su culpabilidad y siempre y cuando se presente como circunstancias, el peligro de fuga, la obstaculización de la investigación por parte del imputado y el peligro que representa el imputado para cometer un delito, este último punto cuestionado en la actualidad ya que se basa en una especulación. Pero advierte también la Corte que dicha medida no puede constituirse en sustituto de la pena privativa de la libertad ni cumplir los fines de la misma, lo cual podría suceder de continuarse aplicando cuando ha dejado de cumplir la función que le fue impuesta.¹⁴⁷ Por lo tanto si una condición de riesgo que fue

¹⁴⁷ https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf Cfr. Adenda No.5. Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Ricardo Canesse Vs. Paraguay, sentencia de 31 de agosto de

argumentada en contra del imputado llegara a desaparecer dentro del proceso podría variarse la medida.

En esta última sentencia es de relevancia mencionarla ya que en muchos casos una medida cautelar de detención provisional es perfectamente justificada en un primer momento por el Ministerio Público, por la gravedad del delito, o bien las situaciones particulares que envuelven cada caso; pero al transcurrir el tiempo en ocasiones sustentar mantener la detención provisional es un reto, ante una nueva solicitud de la defensa que considera que debe favorecerse a su representado, con una nueva medida cautelar menos severa, alegándose que ya no existen las razones que en un inicio generaron la decisión de la medida cautelar más severa, adicional que la defensa argumente que el imputado se compromete al cumplimiento fiel a la medida nueva que solicita, llámese reporte periódico ante el Tribunal de la causa, el impedimento de salida del país o bien cualquiera otra del catálogo de medidas cautelares, lo que pudiera hacer que se varié la medida cautelar por parte del juez.

Pero este cambio de medida cautelar en muchos casos el juez la modifica, observando que ha transcurrido el tiempo y los elementos para mantener la medida son los mismos, que permitieron ordenar su detención provisional, por ejemplo, en un primer

momento se solicitó detención provisional porque antes de la captura ante el llamado policial, el imputado en lugar de detenerse procede a darse a la fuga haciendo caso omiso a la orden de detenerse ante la autoridad policial, se dio a la fuga al momento de los hechos; no obstante pasado 6 meses alegar esta misma situación pierde la fortaleza que tuvo en su momento para mantener la medida de aseguramiento, si no se fundamenta en otros elementos de convicción para mantener la medida cautelar más severa.

Lo anterior es uno de los grandes retos para el sistema por lo menos en Panamá, muchos de los beneficiados con medidas cautelares, luego son sorprendidos realizando nuevas conductas delictiva o bien reincidiendo en la misma conducta por la que había sido detenido previamente, surgiendo entonces una percepción social de impunidad en el nuevo sistema de justicia, laxitud, y beneficios excesivos hacia los infractores de la ley penal. Situación que no podemos ignorarla o peor incapacitarse con ceguera voluntaria ante esta realidad; lo que corresponde es realizar un análisis complejo de esta nueva realidad que cada vez es más frecuente y afrontarla con miras a encontrar una solución en beneficio no solo de la sociedad, sino que redunde en el propio imputado, lo que a la postre trataremos de coadyuvar con posibles soluciones.

3.10.1 Instrumentos Internacionales que reconocen la presunción de inocencia.

Algunos de los instrumentos jurídicos más importantes en materia internacional que reconocen la presunción de inocencia podemos mencionar:

3.10.1.2 La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano 1789.

En este instrumento jurídico se reconoce la presunción de inocencia en art.9:

"Puesto que todo hombre se presume inocente mientras no sea declarado culpable, si se juzga indispensable detenerlo, todo rigor que no sea necesario para apoderarse de su persona debe ser severamente reprimido por la ley".

Con respecto a esta Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, Gregorio Peces-Barba indica que los derechos que reconoce la Declaración son representativos de los valores e intereses puestos de manifiesto, en defensa del individuo desde el tránsito a la modernidad, derechos individuales, garantías procesales, participación política y propiedad, con el común denominador de la limitación del poder. En ese sentido hay una línea de continuidad en la evolución de los derechos humanos desde su origen, en el tránsito a la modernidad y hasta 1789, que cerrará el primer ciclo de inspiración liberal ¹⁴⁸. Y es que precisamente este documento inspira otros documentos jurídicos

¹⁴⁸ PECES BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Los Derechos del Hombre 1789. Reflexiones en el Segundo centenario

internacionales, así como constituciones de muchos países, ya que para la época son los primeros avances en materia de derechos humanos.

3.10.1.3 La Declaración Universal de los Derechos Humanos 1948.

Aprobada y proclamada el 10 de diciembre de 1948 en la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la ciudad de París. Reconoce en su preámbulo la dignidad intrínseca, así como los derechos de igualdad intrínsecos de todos los hombres y su protección por un régimen de derecho, así como el compromiso de los Estados miembros para asegurar el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades fundamentales del hombre. Se aprecia el reconocimiento de la presunción de inocencia en el artículo 11.1 indica:

“Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”

de la Declaración Francesa. Anuario de Filosofía del Derecho VI (1989), 57-128, Madrid Pág.125. En Dialnet-LosDerechosEnLaDeclaracionDe1789-1985289.pdf

3.10.1.4 La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre 1948.

Aprobada en Bogotá Colombia en la IX Conferencia Internacional Americana, se encamina a la protección de los derechos esenciales del hombre reconociendo que nacen con los atributos de la persona humana. Reconoce la presunción de inocencia en su art. XXVI:

“Se presume que todo acusado es inocente hasta que se pruebe que es culpable”

3.10.1.5 El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales 1950

Adoptado el 4 de noviembre de 1950 en Roma, firmado por los miembros del Consejo de Europa establece que animados por un mismo espíritu y en posesión de un patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas de respeto a la libertad y a la preeminencia del derecho a tomar las primeras medidas adecuadas para asegurar las garantías colectivas de algunos derechos enunciados en la Declaración Universal.

Señalándose con respecto a la presunción de inocencia el artículo 6º, bajo el apartado “derecho a un proceso equitativo” en el punto 2 señala:

“Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su

*culpabilidad haya sido legalmente declarada.”*¹⁴⁹

3.10.1.6 Las reglas mínimas para el Tratamiento de los Reclusos 1955.

Dado en Ginebra, Suiza 1955, en el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, con relación a las personas detenidas o en prisión preventiva en su artículo 84.2 señala:

“El acusado gozará de una presunción de inocencia y deberá ser tratado en consecuencia”

3.10.1.7 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

Del 16 de diciembre de 1966, advierte en su preámbulo que los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo, tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la

¹⁴⁹ BJÖRN Arp. Código de Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Björn Arp (ed), Textos Universitarios Derecho UAH, Madrid, España, Págs 185-187

familia humana y de sus derechos iguales e inalienables. Se señala con respecto de la presunción de inocencia el artículo 14:

“1. Todas las personas son iguales ante tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella...

*2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.”*¹⁵⁰

3.10.1.8 El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional 1998

Denominado también Tribunal Penal Internacional, es un tribunal permanente que juzga personas que hayan cometido crímenes de genocidio, crímenes de guerra y de lesa humanidad, exterminio, desapariciones forzadas, torturas entre otros. Este tribunal tiene su sede en la Haya, en su artículo 66 señala:

“1. Se presumirá que toda persona es inocente mientras no se pruebe su culpabilidad ante la Corte de conformidad con el derecho aplicable”

¹⁵⁰ BJÖRN Arp. Ibídem, Págs 35--39

3.10.1.9 La Convención Americana sobre Derechos Humanos 1969.

También conocido como Pacto de San José en su artículo 8 señala:

“Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.”¹⁵¹

3.10.1.10 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea 2000.

Dado en la ciudad de Niza, Francia el 7 de diciembre de 2000, señala en su preámbulo que consiente de su patrimonio moral y espiritual, la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad y se basa en los principios de democracia y el Estado de derecho. En relación a la presunción de inocencia se dispone lo siguiente:

“Artículo 48 presunción de inocencia y derecho a la defensa:

Todo acusado se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

Se garantiza a todo acusado el respeto de los derechos de la defensa”¹⁵².

¹⁵¹ <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0001.pdf>

¹⁵² https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf

3.10.1.11 Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de libertad en las Américas 2008.

Documento elaborado por la sede de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el 13 de marzo de 2008 en Washington D.C., en el preámbulo reconoce el derecho fundamental que tienen las personas privadas de libertad, de ser tratadas, humanamente y se respete y garantice la dignidad, la vida y la integridad física y psicológica.

“Principio III.2 establece: La privación preventiva de la libertad, como medida cautelar no punitiva, deberá también obedecer a los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, en la medida estrictamente necesaria para asegurar que no se impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni se eludirá la acción de la justicia, siempre que la autoridad competente fundamente y acredite la existencia, en el caso concreto, de los referidos requisitos.”¹⁵³

Así entonces tenemos que existe un gran número de instrumentos legales internacionales que reconocen la presunción de inocencia, describiendo en palabras o palabras menos lo mismo, al imputado mientras no sea vencido en juicio, se debe considerar y tratar como inocente.

¹⁵³ <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp>

La lista que se ha enunciado no es completa, pero sirve de referente y las constituciones de casi todos los países que se consideran democráticos también lo reconocen expresamente en sus legislaciones.

3.11 Principio de presunción de inocencia como fundamento de las acciones del Estado para la protección de los procesados en Panamá.

En la actualidad contamos con disposiciones legales en materia de medidas cautelares, estas medidas cautelares, que procuran mantener al procesado pendiente al proceso, así como en muchos casos evitar otros nuevos males en la sociedad, que van ligados en ocasiones a problemas sociales. Si bien la presunción de inocencia es un derecho fundamental, también lo es mantener una vida digna por parte del sometido al proceso, mientras no se pone en riesgo a otros miembros de la sociedad, lo que, si bien fue valorado al momento de concederse una medida cautelar distinta de la detención provisional, nada impide que el individuo sujeto a una medida cautelar pueda cometer otros actos delictivos. Lo que en Panamá se ha evidenciado en reiteradas ocasiones es que, personas que cumplen medida cautelar de reportarse periódicamente continúan realizando actos delictivos hasta que la policía, logra capturarlos nuevamente, o bien se han dado casos de personas beneficiadas con la medida cautelar consistente en mantenerse en su propio domicilio o en el de otra persona, han permanecido en estas residencias realizando el comercio de

sustancias ilícitas o bien coordinando entregas de los mismos e incluso custodiando estupefacientes.

Todo lo anterior demuestra que, en virtud de la presunción de inocencia, el Estado debe tomar acciones que no solo permitan asegurar este derecho; sino también una vez que es beneficiado con una medida cautelar distinta de la detención provisional el individuo no realice nuevos actos delictivos, debiéndose asegurar mientras se mantienen estas medidas vigentes el individuo que no tiene las destrezas ni los estudios necesarios para generar ingresos por sus propios medios, siendo caldo de cultivo para que su estancia en la sociedad sea únicamente para reincidir en conductas delictivas. Otros sujetos con cargas emocionales de otra índole, también pueden beneficiarse de programas del Estado para lograr que el individuo no sea rechazado en su entorno social.

El trato de inocente por parte del Estado no solo debe limitarse al proceso, que lo lleva el Ministerio Público en cuanto a la investigación y acusación y el juez en la decisión; sino también el trato de inocente debe surtirse en vías a mejor las oportunidades y calidad de vida de un sujeto sometido a un proceso; que por las “circunstancias” ha llegado a conocimiento de un poder del Estado, y no puede ignorarse que la conducta que mantiene el mismo tiene otras aristas que posiblemente sean salvadas en la medida que el Estado como tal aplique acciones al respecto, lo que sería implementar nuevas instituciones jurídicas, encaminadas a tratar la raíz del fenómeno delictivo, y sobre este menester tratará el último capítulo de este trabajo

CAPITULO IV

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL SISTEMA PENAL

ACUSATORIO PANAMEÑO.

4.1 Aplicación de las Medidas cautelares en el ámbito del derecho penal panameño.

Las medidas cautelares son aplicadas en nuestro país atendiendo a la necesidad de la imposición de ellas, dentro del catálogo que existe en nuestra norma legal establece algunas muy flexibles y poco restrictivas de la libertad hasta llegar a la más controvertida que es la detención provisional. Pero es importante saber que son estas medidas cautelares y cuando se aplican.

Para Manuel Valadez Díaz las medidas cautelares son instrumentos de naturaleza procesal, impuestas bajo criterios objetivos y demostrables, que deberán ser aplicadas por parte de un Órgano Jurisdiccional, ello de manera provisional, con base estrictamente legal y como resultado del ejercicio contradictorio realizado entre las partes, en un plano de igualdad y con pleno derecho de prueba, habrán argumentado la proporcionalidad, idoneidad y necesidad en la imposición de una o varias medidas cautelares a imponer a personas físicas o jurídicas, todo en función de garantizar la presencia del imputado al proceso, el éxito de la investigación, así como la seguridad de la víctima u ofendido o de los testigos¹⁵⁴.

¹⁵⁴ VALADEZ DÍAZ, Manuel. Medidas Cautelares. Edit. Flores. México 2018, Pág. 1

Puede decirse que cuando los elementos de prueba materiales evidencie física o información legalmente obtenida se pueden inferir razonablemente que el imputado es autor o participe de la conducta delictiva, se impondrá por parte del juez de control de garantías una medida de aseguramiento que puede ser privativa o no de la libertad. Pero si la medida de aseguramiento es privativa de la libertad, se requerirá además que la misma se muestre necesaria para evitar, obstrucción del ejercicio de la justicia, que el imputado constituya peligro para la comunidad o la víctima, que el imputado se fugue, la Fiscalía debe realizar para esta petición un descubrimiento mínimo de elementos de conocimiento necesarios en los que se sustenta la urgencia de la solicitud¹⁵⁵

Es así entonces que las medidas cautelares solamente tienen una función instrumental, por si solas no tendrían una razón de ser, las mismas no pueden ser impuestas de manera oficiosa por ende son impuestas ante la solicitud que hace el Ministerio Público y con la sustentación respectiva, que lleva a la convicción del juzgador a imponer una medida cautelar o bien por el contrario considerarla que es innecesaria.

Para que pueda llevarse a cabo el proceso penal son indispensables las injerencias en la esfera individual del sujeto sometido al proceso, pero la idea es que sea una injerencia que afecte los derechos individuales de la persona en la menor medida posible y, por cierto,

¹⁵⁵ URRUTÍA MEJÍA, Hernando; CUESTAS HOYOS, Francisco. La Detención y la Prisión Domiciliaria. Ediciones Doctrina y Ley LTDA; Bogotá, Colombia 2009 Págs.8,9.

esta injerencia es necesaria, tanto para asegurar el proceso de conocimiento, como para asegurar la ejecución penal. Para el aseguramiento del proceso de conocimiento sirven, por ejemplo, la presencia forzosa del acusado en el juicio oral a través de la detención provisional. Las medidas de coerción del proceso penal siempre están unidas a una intromisión en un derecho fundamental, tales como, injerencias de la libertad individual (orden de conducción, prisión preventiva, etc.), injerencia en la integridad corporal, injerencia en la propiedad, injerencia en la inviolabilidad del domicilio, injerencias en el secreto postal y de las comunicaciones a distancia, injerencia en la autodeterminación informativa (búsqueda en redes, base de datos, etc.), intervenciones procesales penales en servicios de video de multimedia¹⁵⁶.

Estas injerencias en la esfera de la persona en materia penal, suelen ser indispensables en muchos casos. La mayoría de las Constituciones políticas de los Estados libres y democráticos, reconoce el derecho a la libertad ambulatoria a nacionales y extranjeros dentro del territorio nacional, pero cuando un ciudadano libre, en el ejercicio de este derecho, decide, restringir o violentar los derechos de otros ciudadanos de la sociedad, pone en riesgo que este derecho constitucionalmente se vea restringido, no obstante, señala José Hidalgo Murillo, que el debido proceso, ha exigido que la libertad, solo sea restringida cuando exista una “causa probable” de que se ha cometido un ilícito menor

¹⁵⁶ ROXIN, Claus. Op. Cit. Págs. 249,250

o mayor o un delito, para lo que es necesario:

1. Que el ilícito haya sido previsto en la ley.
2. Que haya posibilidad de comprobar el ilícito.
3. Que la prueba señale, sin error, al autor del ilícito o del delito.
4. Que el hecho concreto permita, por mandato de la ley, la restricción de la libertad.
5. Que la situación de la persona, exija su restricción de la libertad por su seguridad y/o por la seguridad de los demás.
6. Que una vez detenida, no hay juicio previo, sino que la persona sea remitida al órgano legitimado para acusar y probar el hecho.
7. Que el órgano acusador acuda, cuanto antes, ante el órgano jurisdiccional, para el ejercicio de los distintos derechos procesales.
8. Que el juez pueda decidir y ejecutar su decisión en el menor tiempo posible, procurando no cercenar las libertades de las personas.¹⁵⁷

Las medidas cautelares no se imponen de forma inmediata por la administración de justicia, para que ello se dé es necesario que se inicie el movimiento de todo un engranaje legal. Ciertamente antes de la vigencia del Sistema Penal Acusatorio, el Ministerio Público, tenía la potestad de aplicar medidas cautelares, en algunos casos representaba una forma de coerción para que el imputado, luego que se ordenaba su indagatoria colaboraran con la

¹⁵⁷ HIDALGO MURILLO, José Daniel. Debido Proceso en el Derecho Procesal Penal. Edit. Flores, México Pág.89

investigación y era posteriormente cuando un juez a petición de la defensa del indagado, pasaba a revisar si había mérito para mantener una detención provisional o no, normalmente las medidas cautelares de reportase periódicamente ante la autoridad que mantuviera el infolio penal, no eran apeladas esta medidas cautelares impuestas por el Ministerio Público, por regla general solo se apelaban las detenciones provisionales, con lo cual habían medidas cautelares de hecho nunca eran revisadas por un juez, ya que se carecía de peticiones al respecto.

Las medidas cautelares personales, se aplican en los procesos penales, como una medida que salvaguarda a los fines del proceso y no para otros fines. Vale puntualizar que siendo de carácter personal las medidas cautelares se ejecutan en el país donde se comete el delito, para mantener al procesado anuente al proceso, que asista a las diligencias en las que es requerido. Los instrumentos internacionales reconocen la medida cautelar de detención preventiva; pero buscando como máxima que su uso sea mínimo, y como debe ser el tratamiento de los privados de libertad, no para su aplicación en otros Estados.

Por lo tanto, no se aplican medidas cautelares personales, en el extranjero para las personas que mantengan procesos pendientes de otros países; ello tiene sentido en función que las medidas asegurativas tienen la intención de mantener al imputado anuente al proceso, siendo así que caso tendría que se mantenga en otro país. Por regla general las notificaciones si se diligencian en otros países cuando a la persona que se le sigue un proceso no se encuentran en el territorio nacional, pero con la finalidad de dar seguimiento

al trámite de ley y eventualmente de ser ubicado se pueden solicitar la extradición de la persona de ser condenado.

Pese a lo anterior, existen instrumentos internacionales dirigidos al cumplimiento medidas cautelares reales no personales, tal es el caso de la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, el cual indica en su artículo 1 “Para los efectos de la Convención, las expresiones “medidas cautelares” o “medidas de seguridad” o “medidas de garantía” se consideran equivalentes cuando se utilizan para indicar todo procedimiento o medida que tienda a garantizar, las resultas o efectos de un proceso actual o futuro en cuanto a la seguridad de las personas, de los bienes o de las obligaciones de dar, de hacer o no hacer una cosa específica, en procesos de naturaleza civil, comercial, laboral, y en procesos penales en cuanto a la reparación civil.”¹⁵⁸ Este es un instrumento ratificado por Panamá, en el cual pude observar que prevé, la reparación civil relacionada a procesos penales, pero no se trata de llevar medidas cautelares personales en el extranjero.

Para los países del Mecosur el Protocolo de Ouro Preto, tiene como objetivo reglamentar entre los Estados del Tratado de Asunción, el cumplimiento de Medidas Cautelares, destinadas a impedir la irreparabilidad de un daño, en relación a personal, bienes u obligaciones de dar, hacer, o no hacer. Dichas medidas cautelares en procesos

¹⁵⁸ Convención Interamericana Sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares. Departamento de Derecho Internacional, OEA.

ordinarios, ejecutivos, especiales o extraordinarios, de naturaleza civil, comercial, laboral y en procesos penales en cuanto a la reparación civil.

Para los efectos del aseguramiento de la persona sometida a una medida cautelar, el ordenamiento jurídico panameño regula las mismas estableciendo que la libertad del imputado solo podrá ser restringida de acuerdo con los siguientes puntos, requisitos indispensables previstos en el art.222 del Código de Procedimiento Penal que señala:

1. Si existan medios probatorios demostrativos del hecho punible y la vinculación del imputado con el hecho.
2. Si la medida es necesaria, en cuanto a la naturaleza y el grado de las exigencias cautelares requeridas en el caso concreto.
3. Si la medida es proporcional a la naturaleza del hecho y a la sanción que se estime podría ser impuesta al imputado.
4. Si la afectación de los derechos del acusado es justificada por la naturaleza del caso.

Por último se menciona que el juez debe aplicar la detención preventiva como medida excepcional.

Así entonces tenemos que en Panamá las medidas cautelares personales aplicables están regulados, en el Título V, Capítulo I, Medidas Cautelares del Código Procesal Penal, siendo el artículo 224 el cual detalla las medidas cautelares que un juez puede aplicar, siendo las siguientes:

1. La obligación de presentarse periódicamente ante la autoridad u oficina designada

por el juez.

- 2.** La prohibición de salir del ámbito territorial que se determine.
- 3.** La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o visitar ciertos lugares o comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de la defensa.
- 4.** El abandono inmediato del domicilio, cuando se trate de agresiones, y la víctima conviva con el imputado.
- 5.** La prestación de una caución económica adecuada.
- 6.** La suspensión del ejercicio del cargo público o privado, cuando se le atribuya un delito cometido en su ejercicio.
- 7.** La obligación de no realizar alguna actividad, si pudiera corresponder la pena de inhabilitación, reteniendo, en su caso la licencia o documento que acredite la habilitación correspondiente.
- 8.** La obligación de mantenerse en su propio domicilio o en el de otra persona.
- 9.** La colocación de localizadores electrónicos.
- 10.** La detención provisional.

De la lista mencionada, las medidas cautelares, de mayor aplicación por los jueces panameños, corresponde a la obligación de presentarse ante una oficina o autoridad periódicamente, así como también la prohibición de salir del ámbito del territorio sin la autorización judicial, vale mencionar que la prohibición de salida de un ámbito territorial o ingresar a otro dentro del mismo país es bastante frecuente, con la intención de que el

presunto agresor o agresora de la norma no se acerque a la víctima o bien no ponga en riesgo a la comunidad como sería en los casos de venta de drogas. La obligación de mantenerse en su propio domicilio o en el de otra persona, se aplica en menor medida en virtud de la falta de medios efectivos de supervisión. Es interesante que ante la declaración de Pandemia a nivel mundial por el Covid-19, los jueces han estado casi obligados a utilizar más la medida cautelar, de mantenerse en su residencia.

La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o visitar ciertos lugares o comunicarse con personas determinadas, la medida de suspensión del ejercicio del cargo público o de realizar alguna actividad cuando se le atribuya un delito en ejercicio, son medidas que buscan prevenir dependiendo el caso, se reproduzca una o unas situaciones similares a las del caso en investigación. En este mismo sentido también opera la medida cautelar del abandono inmediato del imputado del domicilio, cuando se trate de agresiones y la víctima conviva con el mismo, va dirigido de igual manera a evitar que surjan nuevas agresiones como las que originaron la investigación.

La presentación de caución económica, consiste en que el imputado a través de un garante, deposite una cantidad cierta de dinero ante la autoridad que indique el Órgano Judicial. Dicha suma de dinero pretende asegurar la comparecencia del imputado al proceso, pero en la eventualidad que el mismo no comparezca tiene como sanción la perdida de la suma de dinero consignada por el garante.

La colocación de brazaletes electrónicos, a pesar de ser una buena opción de medida cautelar, si se cuenta con el equipo técnico adecuado, lo cierto es que no se cuenta en Panamá con recursos suficientes para su real implementación; pero lo cierto que aun cuando no se aplique mucho sigue siendo una opción que a futuro puede mejorar.

En la eventualidad del incumplimiento de las Medida Cautelar impuestas por el juez de garantías o el juez de juicio dependiendo la etapa en que se encuentre el proceso, podrá decretar sustitución o acumulación con otra medida más grave, tomando en consideración, la naturaleza, motivo y circunstancias de la infracción.

Las Medidas Cautelares, serán aplicables de conformidad con el art. 227 del Código de Procedimiento Penal, tomando en consideración las siguientes reglas:

- 1- Cuando el imputado se dé a la fuga o exista peligro de que intenta hacerlo; 2.
- 2- cuando existan motivos graves o fundados para inferir que el imputado puede destruir o afectar medios de prueba; 3.
- 3- cuando por circunstancias especiales, se determine que su libertad, puede ser de peligro para la comunidad, por pertenecer a organizaciones criminales, por la naturaleza y número de delitos imputados o por contar con sentencias condenatorias vigentes; 4.
- 4- cuando existan razones fundadas para inferir peligro de atentar contra la víctima o sus familiares.

Estas reglas establecen, cuando se deben aplicar medidas cautelares, ya que no

siempre se requiere aplicar alguna medida para lograr que sea efectiva la resulta del proceso, los motivos para aplicar las medidas también deben estar sustentadas y probadas de forma clara, no deben ser simplemente elucubraciones, o de forma antojadiza la aplicación de la misma; ya que no debe perderse de vista que las medidas cautelares limitan de una u otra forma la libertad de los individuos sometidos a sus rigores.

Con respecto al numeral uno (1), no cabe duda que hay imputados, que requieren de una fiscalización continua, los que se han fugado o bien no tienen ningún tipo de arraigo en el país o lugar donde permanecer, un individuo que es ciudadano extranjero, que no tiene domicilio ni trabajo para sustentarse de forma licita, las probabilidades de cumplir medidas en libertad resultan casi ilusoria.

A este respecto el Código Procesal Penal Panameño, no brinda parámetros al juez, que le delimiten o establezcan, como decidir ante peligro de fuga o bien el peligro del imputado en el proceso, en cuanto a la posible obstaculización de las investigaciones del proceso; por lo que resulta interesante abordar legislaciones de países vecinos que abordan esta temática de forma codificada tal es el caso de Costa Rica, en el artículo 240 del Código Penal, indica que para decidir del peligro de fuga, se tendrán en cuenta las siguientes circunstancias:

a. Arraigo en el país determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o

permanecer oculto. La falsedad, la falta de información o actualización del domicilio del imputado constituirá presunción de fuga.

- b.** La pena que podría llegarse a imponer en el caso.
- c.** La magnitud del daño causado.
- d.** El comportamiento del imputado, durante el procedimiento o en otro proceso anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal.¹⁵⁹

Así también aporta el Código Procesal Penal Paraguayo en su artículo 243, indica que para decidir acerca del peligro de fuga, se tendrán en cuenta, las siguientes circunstancias:

- 1.** Falta de arraigo en el país, determinado por el domicilio, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto;
- 2.** La pena que podrá ser impuesta como resultado del procedimiento.
- 3.** La importancia del perjuicio causado y la actitud del imputado asume frente a él; y,
- 4.** El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro anterior donde se pueda inferir, razonablemente, su falta de voluntad de sujetarse a la investigación o de someterse a la persecución penal.¹⁶⁰

¹⁵⁹ http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=41297

¹⁶⁰ https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Coleccion_de_Derecho_Penal_TomoIII.pdf

El Código Procesal Penal de Bolivia, establece en el artículo 234 las circunstancias que se pueden catalogar como peligro de fuga:

1. Que el imputado no tenga residencia o domicilio habitual, ni familia, negocios o trabajo asentados en el país;
2. Las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto;
3. La evidencia que el imputado está realizando actos preparatorios de fuga.
4. El comportamiento del imputado durante el proceso o en otro anterior en la medida que indique su voluntad de no someterse al mismo;

También llama la atención en la esfera Administrativa de Bolivia, se establecen, otros parámetros de conformidad con el Manual de Litigación de Audiencias de Medidas Cautelares, emitido por la Dirección General de Régimen Penitenciario y Supervisión, dependiente del Ministerio de Gobierno, donde se ha regulado un parámetro denominado “lista de chequeo”, a los que deben ajustarse los jueces cautelares, al momento de la imposición de una medida cautelar, el manual establece tres parámetros a comprobar en cada caso: la Fuga, la Obstaculización de la investigación y la Reincidencia del Imputado, en cada uno de los cuales se debe evidenciar circunstancias generadoras de peligro, debiéndose verificar elementos de pruebas o indicios suficientes:

- Para el peligro de fuga, deben considerarse:
- Arraigo insuficiente
 - No tiene domicilio en el país
 - No tiene familia en el país

- No tiene amigos en el país
- No tiene trabajo en el país
- Tiene facilidad para abandonar el país
- Tiene capacidad económica para abandonar el país
- Conoce gente fuera del país que pueda facilitar su salida
- Ha salido del país en ocasiones anteriores
- Cuenta con documentación para salir del país
- Tiene posibilidad de cambiar su identidad
- Tiene posibilidad de permanecer oculto
- Tiene capacidad económica para moverse del lugar donde se encuentra
- Conoce gente que puede facilitarle el ocultamiento
- Ha sido difícil dar con él durante desarrollo de la investigación
- Está realizando actos preparatorios de fuga
- Ha averiguado formas de abandonar el lugar.
- Se ha comunicado con personas solicitándole refugio
- Ha iniciado trámites para conseguir documentación que le permita evadirse
- Conducta previa de evasión
- Se ha sustraído de la justicia en procesos anteriores
- Ha intentado escapar en el momento en que fue capturado

Afortunadamente el criterio jurisdiccional, se limita a la verificación de las siguientes circunstancias: Control del Principio de Excepcionalidad, se toma en cuenta que no sea

possible aplicar otra medida menos gravosa, no procede la detención domiciliaria debido a que no posee domicilio conocido, no procede la detención domiciliaria debido a que no hay una persona que proporcione domicilio para su cumplimiento, los elementos acreditados para el peligro procesal fundan la procedencia de la detención preventiva.

Control del Principio de Proporcionalidad, toma en cuenta:

- Gravedad del hecho, si se trata de un delito: De acción pública y que tiene prevista pena de privación de la libertad superior a 3 años.
- La situación del imputado (social, económico, de relación) hace probable que efectivice el peligro procesal.

Control del Principio de Temporalidad:

- Detención preventiva, cuánto tiempo
- Debe solicitarse por el tiempo estimado que durara el peligro procesal
- Investigación
- Complejidad de la investigación a llevar acabo
- Cuáles son los elementos probatorios que la investigación debe conseguir
- Cuál es la fecha estimada para la realización del juicio

Control Constitucional, sobre este punto, es decir sobre la aplicación de una medida cautelar, y específicamente la aplicación de la detención preventiva, como medida cautelar de última instancia, el Tribunal Constitucional del Estado Plurinacional de Bolivia, advierte que se debe tomar en cuenta lo establecido en el artículo 233 y 236 del ordenamiento

jurídico.¹⁶¹

De lo anterior se desprende la relevancia que ha dado el ordenamiento jurídico de Bolivia, a la conducta del individuo, a la proporcionalidad al momento de la aplicación de una medida cautelar, que el delito investigado sea grave y como en la mayoría de las legislaciones más modernas la detención provisional debe ser aplicada como última medida, luego que se haya visto que no proceden las otras medidas menos severas.

El riesgo de fuga debe ser fundado, y el Código de Procedimiento Penal del Distrito Federal establece en su artículo 268 cuando existirá el riesgo fundado de fuga “... *en atención a las circunstancias personales del imputado, a sus antecedentes personales, a sus posibilidades de ocultarse, a ser sorprendido al tratar de abandonar el ámbito territorial o de jurisdicción de la autoridad que estuviera conociendo del hecho o, en general a cualquier indicio que haga presumir fundadamente que puede sustraerse de la acción de la justicia*”¹⁶²

Se pudo apreciar que cada uno de los países arriba mencionados, son bastante parecidos al momento de realizar, un catálogo de circunstancias que el juez debe observar

¹⁶¹ BELZU ALARCÓN, Francisco. Luces y Sombras de los Procedimientos Penales en América Latina. La Detención Preventiva como Imposición anticipada de la Sanción Penal. La Gravedad del delito en la aplicación de la detención preventiva como medida cautelar. Autores varios INEJ 2016, Managua, Nicaragua. Pags.297-300

¹⁶² <http://www.aldf.gob.mx/archivo-72f5a70c1aea7d6491dca24e12fd1fa8.pdf>

al aplicar una medida cautelar, en sus ordenamientos jurídicos, con algunas variaciones, pero si enfocamos las coincidencias, resalta, en todos los países que es indispensable un domicilio real y donde el arraigo sea evidente. También toma en cuenta las facilidades que tenga el imputado para abandonar el país o de ocultarse, este apartado pareciese enfocarse a personas con un perfil económico austero.

La actitud del imputado durante el proceso, debe entenderse, la anuencia del mismo en el proceso, facilidad para ubicarlo, estar pendiente a los llamados del juez, en la investigación, que no obstaculice la investigación, o incluso en otro caso anterior.

Otra posibilidad a valorar por lo menos en dos de los tres países, destacados son la posible pena a imponer, sin duda que una pena alta de prisión, puede causar en el imputado, la ansiedad enfocada librarse de un posible castigo, que siendo o no siendo responsable puede ser recaer en su persona.

En Panamá, nuestro ordenamiento jurídico, recoge el peligro de fuga, pero no enlista los puntos que debe tomar el juez para considerar cuando hay peligro de fuga, dejándose a la experiencia y criterio del mismo; indicar con precisión qué se debe considerar para determinar si hay o no peligro de fuga, sin duda ayuda en cierta medida la labor del juez al solo verificar, los puntos dados por el legislador en la norma.

No obstante, nuestro ordenamiento jurídico si toma en consideración otros puntos, a valorar por el juez al momento de aplicar medidas cautelares, como la seguridad de las

víctimas, de la comunidad, aunque debemos entender que la valoración de un juez no es números clausus, a pesar que una norma, enliste unos puntos o requisitos a seguir.

Con respecto al numeral dos (2), del artículo 224 del Código Procesal Penal panameño; la importancia de aplicar una medida cautelar en razón de la necesidad de preservar las evidencias de un delito y hay motivos fundado, como el hecho que el imputado podría tener la oportunidad de lograr deshacerse de ellas, por ello se requiere la medida de aseguramiento para los efectos que la investigación no sea infructuosa, pero este el peligro de perdida de evidencia debe ser real, si ya no hay elementos de prueba que recopilar, mal podría sustentarse, bajo esta primicia.

Con respecto al numeral 3, genera debate, no siempre será fácil establecer que un individuo pertenece a una organización criminal o que representa un peligro para su comunidad, siendo evidente que no se mantienen libros ni records de los socios afiliados a organizaciones delincuenciales, la policía si llevan registros de personas que ellos enlistan en sus investigaciones como presuntos integrantes de bandas, pero en muchos casos solo son sospechas por lo que probar es complicado, aun así no cabe duda que un juzgador no puede ignorar, que las entrevistas con ciudadanos de la comunidad, los antecedentes penales, pueden advertir una tendencia, ya que en muchos casos la ciudadanía conoce a sus vecinos cuando se trata de barrios o barriadas; pero donde el silencio en ocasiones, es la mejor opción a fin de evitar posibles represalias.

Por último, el numeral 4, cuando existan razones fundadas para inferir peligro de atentar contra la víctima o sus familiares, en Panamá los casos donde mayormente se aplica es en casos de violencia doméstica, maltrato de menores, donde existe una convivencia entre el presunto ofensor y la presunta víctima.

La aplicación de medidas cautelares diferentes a la detención preventiva, son ampliamente utilizadas y con el nuevo sistema de justicia algunas nuevas alternativas se han incorporado en el ordenamiento jurídico, siendo más extenso el catálogo de medidas cautelares que se le permite al juez imponer, similares a nuestras medidas cautelares también pasamos a mencionar otras legislaciones de otros países de la región, a manera de ilustración.

El Código de Procedimiento Penal Colombiano, con la Ley 906 de 2004, en su artículo 308 indica que:

“El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o su delegado, decretara la medida de aseguramiento, cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado pude ser autor o participe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:

1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria, para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.
2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la

víctima.

3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o no cumplirá la sentencia".

El primer párrafo de la norma obliga al juez de garantía a realizar una valoración, que tal vez no le corresponde hacer, ya que debe inferir razonablemente de las evidencias recopiladas hasta ese momento si el imputado es autor del delito o participe; señala Miguel Ángel Pedraza, con respecto a este punto que no es suficiente, la demostración de autoría para detener al imputado, pues el autor de un delito puede obrar sin responsabilidad; así también indica que la autoría en la comisión de un delito no justifica decididamente, la restricción de la libertad del imputado, mientras que la deducción de una presunta responsabilidad sí, tratándose como se trata de una medida tan drástica y restrictiva de derechos fundamentales; como al imputado se presume inocente, la única forma de ir desvirtuando la presunción de inocencia es demostrando su presunta o probable responsabilidad, no la simple acreditación material del hecho y la intervención endilgada.¹⁶³

Lo cierto que nunca será una tarea fácil ni concluyente, que la decisión que haya tomado un juez de garantía sea la infalible, al ordenar una medida de seguridad como la detención provisional; no obstante, tomar en cuenta elementos que la norma haya establecido, así como el uso de la sana crítica va a permitir al juez de garantía tomar

¹⁶³ PEDRAZA JAIMES, Miguel Ángel. La Detención Preventiva en el Sistema Penal Acusatorio. Ediciones jurídicas Andrés Morales. 2da ed. 2010, Bogotá Colombia. Pág. 76.

decisiones ceñidas a la ley, motivadas y no se podrá calificarse como arbitrariedad su decisión. La perfección al momento de adoptarse la medida cautelar ésta lejos de ser la mejor ya que la privación de la libertad, evidentemente siempre trae aparejada una serie de consecuencias a la persona del imputado, la familia y la sociedad que dista de ser la mejor, aun así es innegable que en muchos casos, la detención provisional, y la posterior pena de privación de la libertad es la alternativa más segura para los demás ciudadanos, por demás decir los terroristas, pandilleros de alto perfil, violadores y asesinos consagrados; los cuales el Estado, no visualiza una salida diferente que alejarlos de sus potenciales víctimas.

Solo a manera de comparación pasare a mencionar las medidas cautelares previstas en México, reguladas en el Código de Procedimientos Penales, el cual enumera:

- I. La presentación periódica ante el juez o ante la autoridad distinta que aquel designe.
- II. La exhibición de una garantía económica.
- III. El embargo de bienes;
- IV. La inmovilización de cuentas y demás valores que se encuentran dentro del sistema financiero.
- V. La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez.
- VI. El sometimiento al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada o internamiento a institución determinada;
- VII. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o acercarse o ciertos lugares.
- VIII. La prohibición de convivir, acercarse o comunicarse con determinadas personas, con

las víctimas u ofendidos o testigos siempre que no afecte el derecho de defensa.

IX. La separación inmediata del domicilio.

X. La suspensión inmediata en el ejercicio del cargo cuando se le atribuye un delito cometido por servidores públicos;

XI. La suspensión temporal en el ejercicio de una determinada actividad profesional o laboral.

XII. La localización de localizadores electrónicos.

XIII. El resguardo en su propio domicilio con las modalidades que el juez disponga, o

XIV. La prisión preventiva

Se aprecia que, con algunas variaciones en la redacción, básicamente entre México y Panamá las medidas cautelares son básicamente iguales, únicamente México cuenta con medidas cautelares de embargo de bienes, exhibición de una garantía económica, la inmovilización de cuentas y demás valores, así como también el sometimiento al cuidado y vigilancia de una persona o institución. La legislación panameña contempla las tres primeras, pero no dentro del catálogo de medidas cautelares, pero sí existen. Con respecto de la medida del sometimiento a la vigilancia y cuidado de una persona o establecimiento la misma es novedosa, misma que podría ser beneficiosa, pero puede ser bastante difícil para una persona particular someter a otra ya que se trata de adultos cuya supervisión entre iguales puede no ser tarea fácil.

La mayoría de los países Latinoamericanos no tienen grandes variaciones en cuanto a las opciones de medidas cautelares a imponer y la aplicación no dista grandemente entre

países de la región

4.2 Instrumentos Internacionales sobre las Medidas Cautelares.

Las Medidas Cautelares también han sido objeto de pronunciamiento en la normativa internacional, aunque hay que señalar que en un principio se hacía énfasis o incluso solo había referencias con respecto a la detención provisional.

Los instrumentos internacionales que se originaron desde las Naciones Unidas, señalan los mecanismos de control, que deben observar los Estados en materia de cautelaridad. En este sentido se advierte la existencia del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 16 de diciembre de 1966, que establecen reglas que los Estados deben observar en cuanto a las personas sujetas a la medida de detención preventiva, identificando una excepción derivada de un proceso penal; tienen la obligación de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para lograr el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no se eludirá de la acción de la justicia. Así también el convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales del Consejo de Europa, de fecha 4 de noviembre de 1950¹⁶⁴.

¹⁶⁴ GARRASTAZU, Antonio. Naturaleza Jurídica de las Medidas Cautelares. En *Medidas Cautelares. El tope de la*

La naturaleza y aplicación de las Medidas Cautelares distintas a la prisión preventiva, se fundamenta en la Reglas Mínimas de la Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad, conocidas como las reglas de Tokio, cuya adopción se generó con la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, resolución 45/110, del 14 de diciembre de 1990, del documento se visualiza puntos de relevancia que podemos resumir del siguiente modo:

1. Como objetivos fundamentales se encuentran los elementos básicos para la operación de estas medidas, así como preservar los derechos mínimos para personas que son sujetas a sustitutivos diversos a la prisión. Los Estados miembros se esforzarán por alcanzar un equilibrio adecuado entre los derechos de los delincuentes, derechos de las víctimas y el interés de la sociedad en la seguridad pública y la prevención del delito. Los Estados Miembros deben introducir en sus ordenamientos jurídicos opciones de medidas no privativas de la libertad y reducir la aplicación de penas de prisión.
2. En relación a los alcances de las medidas no privativas de la libertad, se advierte que se alentará y supervisará atentamente el establecimiento de nuevas medidas no privativas de la libertad y su aplicación se evaluará sistemáticamente. Las Medidas no privativas de la libertad serán utilizadas de acuerdo con el principio de mínima intervención. La utilización de medidas no privativas de la libertad será parte de un movimiento en pro de la

despenalización y destipificación del delito, y no estarán encaminadas a obstaculizar ni a diferir las iniciativas en ese sentido.

3. En el punto 6to se señala la prisión preventiva como último recurso, aludiéndose que se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso, teniendo en cuenta la investigación del supuesto delito, la protección de la sociedad y la víctima. Las medidas sustitutivas a la prisión preventiva se aplicarán lo antes posible.¹⁶⁵

Las Reglas Mínimas conocidas como las Reglas de Tokio, no solamente hacen la salvedad que la aplicación de la detención provisional es excepcional, sino que aboga por el uso de las medidas cautelares no privativas de la libertad con un enfoque que podría decirse que un tanto idealista pero no imposible la despenalización y la destipificación de los delitos.

Por otro lado, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales del Consejo de Europa, del 4 de noviembre de 1950 no se hace mención de medidas cautelares no privativas de la libertad, sino que se refieren a los derechos que tienen las personas detenidas, al debido proceso, pero no sobre medidas cautelares distintas a la detención provisional el art. 5.1 y 5.3¹⁶⁶ hacen referencia al derecho a la libertad y a la seguridad,

¹⁶⁵ <https://www.cidh.oas.org/PRIVADAS/reglasminimasnoprivativas.htm>

¹⁶⁶ BJÖRN Arp (ed). Código de Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Madrid España 2010. Págs.185,186

Los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de libertad en las Américas 2008, indica en el artículo 111.4 indica que

“Medidas alternativas o sustitutivas a la privación de libertad:

Los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos deberán incorporar, por disposición de la ley, una serie de medidas alternativas o sustitutivas a la privación de libertad, en cuya aplicación se deberán tomar en cuenta los estándares internacionales sobre derechos humanos en la materia.

Al aplicarse las medidas alternativas o sustitutivas a la privación de libertad, los Estados miembros deberán promover la participación de la sociedad y de la familia, a fin de complementar la intervención del Estado, y deberán promover los recursos necesarios y apropiados para garantizar su disponibilidad y eficacia”¹⁶⁷

Podría decirse entonces que con el pasar de los años, la normativa no solo de muchos países sino también de instrumentos internacionales, se han interesado en implementar y ampliar el catálogo de las medidas cautelares que tratan al procesado en libertad; con el cambio de paradigma en la justicia penal (Sistema Penal Acusatorio) la aplicación de medidas cautelares distintas a la detención preventiva se ha incrementado, aunque realmente no es por el nuevo sistema de justicia el que tiene todo el crédito; más bien se

¹⁶⁷ <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp>

trata del trabajo arduo de pensadores, de las experiencias de las guerras, de las injusticias que de uno y otro modo han promovido un sistema penal más humanitario lo cual propicia el uso popularizado de medidas cautelares distintas a la detención provisional, todo llevado con un enfoque encaminado cada día a lograr que aunque un individuo cometa una infracción a la ley penal, es necesario lograr introducirlo nuevamente en forma positiva en la sociedad, por el bien de todos.

4.3 ¿Qué es la medida cautelar de Prisión Preventiva?.

La detención provisional o detención preventiva, es la medida cautelar última y más severa a imponer, prevista en nuestro ordenamiento jurídico dentro del catálogo de medidas cautelares contempladas en el artículo 224 y se desarrolla en el artículo 237 del Código Penal que a su letra indica:

“Detención Provisional: El juez de Garantías podrá ordenar detención provisional de una persona cuando se proceda por delito que tenga señalada pena mínima de cuatro años de prisión, y exista evidencia que acredite el delito y la vinculación del imputado, así como posibilidad de fuga, desatención del proceso, peligro de destrucción de pruebas o que pueda atentar contra la vida o salud de otra persona o contra sí mismo.

Excepcionalmente cuando se trate de una persona cuya residencia fija no esté en el territorio nacional o en los casos en que a juicio de la autoridad competente se encuentre razonablemente amenazada la vida o la integridad personal de una tercera persona, el juez podrá decretar la detención provisional aun cuando la pena mínima del delito imputado sea

menor de cuatro años de prisión.

También se decretará la detención preventiva del acusado que no se presente a la audiencia del juicio oral, la que se dictará por el Tribunal de juicio a solicitud del fiscal.

La detención provisional no será mayor de un año, salvo el supuesto previsto en el artículo 504 de este Código".¹⁶⁸

Ahora bien, luego de la enunciación de la norma reguladora prevista en Panamá debemos pasar a detallar algunos conceptos doctrinales. Para Claus Roxin al indicar sobre el fin y el significado de la prisión preventiva, señala que es la privación de libertad del imputado con el fin de asegurar el proceso de conocimiento o la ejecución de la pena. Ella sirve a tres objetivos, 1). Asegurar la presencia del imputado en el procedimiento penal, 2). Garantizar una investigación de los hechos, en debida forma por los órganos de la persecución penal, 3). Pretende asegurar la ejecución penal. La prisión preventiva es la injerencia más grave en la libertad individual; pero por otra parte ella es indispensable en algunos casos para la administración de justicia eficiente ¹⁶⁹

Según el diccionario jurídico Valletta define a la prisión preventiva como "*privación de la libertad que sufre el procesado durante la sustanciación del juicio*"¹⁷⁰ , para Borrajo

¹⁶⁸ Código Procesal Penal (Sistema Acusatorio). Edit. Mizrahi & Pujol. Panamá 2018. Pág. 157,158.

¹⁶⁹ ROXIN, Claus. Op. Cit. Págs. 257-261.

¹⁷⁰ VALLETTA, María Laura. Diccionario Jurídico. Valletta Ediciones S.R.L., Buenos Aires Argentina. Pág.573

Iniesta, “*La detención Preventiva se constituye en una limitación o restricción, en materia de la libertad física o ambulatoria, de carácter personal, que se aplica a la persona del imputado en delitos que tengan señaladas penas mínimas de dos años de prisión; (sic) pero entendida con la finalidad de asegurar la comparecencia del sujeto durante el proceso, a la vez que se pueda concebir en el propósito de garantizar la eventual ejecución de la sanción penal e impedir que el sujeto pueda obstaculizar la investigación*”.¹⁷¹ En este mismo sentido Carla Andrea Pardo Rada advierte que “*la detención preventiva, dentro de un proceso penal es una medida cautelar de carácter personal que llega a restringir de manera temporal y excepcional la libertad ambulatoria y de locomoción de una persona, con la única finalidad de garantizar la efectividad de un proceso penal y la ejecución de la sentencia. En este sentido la detención preventiva se encontraría dentro de los mecanismos legítimos que se adoptan a través de resoluciones judiciales fundamentadas que llegan a restringir ciertos derechos fundamentales*.”¹⁷²

De forma sencilla Hesbert Benavente Chorres, indica que la prisión preventiva es una medida coercitiva personal dictada por mandato judicial, en la que se afecta directamente la libertad de la persona a fin de cumplir con la función de asegurar la presencia del imputado en el proceso penal, y debe, además, observarse determinados supuestos. Agrega

¹⁷¹ Cuadernos de Derecho Público, núm.10, mayo-agosto, pp.133-152 (2000), Borrajo Iniesta, I., en su obra “Los derechos a un proceso sin dilaciones indebidas y a un proceso público”.

<http://jkuanguerrero.blogspot.com/2012/12/ las medidas cautelares- en el nuevo.html>

¹⁷² Web. <https://www.rigobertopareds.com/es/que-es-la-detencion-preventiva>

que la excepcionalidad de la prisión preventiva ha sido recogida en disposiciones constitucionales, que indican que sólo por delito que merezca pena privativa de la libertad habrá lugar a detención preventiva¹⁷³.

Comúnmente, la doctrina y la jurisprudencia coinciden en atribuirle a la prisión provisional una naturaleza esencialmente cautelar, es decir que su diseño y fundamentación debe girar en torno a una vocación estrictamente instrumental –no punitiva- orientada a asegurar los fines del proceso penal. Sin vacilaciones esta concepción precautelaría de la detención preventiva marca su punto de legitimidad en el Estado Social y democrático de Derecho y lo dota de las notas de provisoriedad y excepcionalidad, imponiendo que su implementación esté regida por criterios de necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad.¹⁷⁴

En la multiplicidad de conceptos que albergan libros y las fuentes en línea, se coincide en indicar que la detención preventiva, es de carácter personal, restringe uno de los derechos fundamentales más preciados que es la libertad ambulatoria; busca garantizar que el proceso no sea ilusorio al finalizar el mismo de resultar una sentencia condenatoria al enjuiciado; pero vale destacar que ha de aplicarse de forma excepcional.

¹⁷³ BENAVENTE CHORRES, Hesbert. El Amparo en el Proceso Penal Acusatorio y Oral. Edit. Flores, Tercera Edición 2014, México, págs.246,247.

¹⁷⁴ PALACIOS MOSQUERA, Luis Bladimir. Op. Cit. Pag.51,52

La excepcionalidad va ligada al hecho, que ha sido una constante la aplicación de la detención preventiva, en Panamá y otros países de la región, a tal punto que fue una realidad que en los centros carcelarios había, más presos sin condena, que sentenciados cumpliendo penas de prisión impuesta, la alarma generada con el transcurrir del tiempo y el objetivo de racionalizar la detención preventiva en concordancia con estándares de Derechos Humanos internacionalmente recocidos, dio paso a la transformación de la reforma penal de los sistemas inquisitivos, al sistema de tipo acusatorio “*...Una de las áreas, en donde este proceso ha generado mayores expectativas es en el aumento de derechos y garantías básicas de los ciudadanos objeto de persecución penal, particularmente en la racionalización del uso de la privación de libertad, durante el proceso, que ha sido uno de los problemas tradicionales en el funcionamiento de los sistemas de justicia criminal en la región*”¹⁷⁵. Siendo así no se puede negar que la medida cautelar de detención provisional ha provocado un levantamiento doctrinal, académico y de censura social que ha generado cambios trascendentales.

Panamá es uno de los últimos países de la región en adoptar un sistema penal acusatorio, su implementación fue progresiva en el país desde el año 2011 en el interior del

¹⁷⁵ DUCE J, Mauricio. Visión Panorámica Sobre el uso de la Prisión Preventiva en América Latina en el Contexto de los Sistemas Penales Reformados. Prisión Preventiva en América Latina Enfoques para Profundizar el Debate. Centro de Estudios de Justicia de las Américas. CEJA, Santiago Chile 2013 Pag.15

país, hasta implementarse completamente en septiembre del año 2016, desde entonces el número de detenidos preventivamente ha disminuido, con relación al sistema Inquisitivo Mixto que operaba en el país, una de las razones sin duda es que el Ministerio Público ya no puede oficiosamente ordenar las detenciones preventivas, debiendo pasar por una audiencia de control ante el juez de garantía, quien realizará el control y quien verificará que la detención provisional es la medida más adecuada o no ante la solicitud del fiscal, existe un debate al respecto que de negarse incluso puede ser apelado y verificado por un Tribunal de Apelaciones.

Las estadísticas desplegadas por el Órgano Judicial elevan como estandarte el éxito en la implementación del Sistema Penal Acusatorio, señalando, los tiempos de celebración de audiencias, el número de sentencias y uno de los principales puntos ha sido la disminución de los detenidos en forma preventiva, señalando que en contraste con el año anterior a la implementación del Sistema penal Acusatorio, se reflejan una disminución de detenidos preventivamente en el Primer Distrito Judicial del 46.6%, en el Segundo Distrito Judicial de un 48.9%, en el Tercer Distrito Judicial de un 68.3% y en Cuarto Distrito Judicial de un 57.9% en los cuales se aprecia que en promedio hay una disminución de la mitad de los detenidos provisionales en comparación a la implementación del Nuevo Sistema de Justicia con relación al Sistema Mixto¹⁷⁶.

¹⁷⁶ <https://www.organojudicial.gob.pa>

La detención preventiva, si bien en su concepto solo debe limitar la libertad ambulatoria, no menos cierto es que en esencia se aleja de este principio, y afecta un notable número de derechos fundamentales, ahora bien, el imperio de la ley, a través del Ius Puniendi, no deja duda de su legitimidad, puesto que, bajo ciertas circunstancias, el individuo sometido a la detención preventiva, antes de tomarse esta decisión extrema, ya se realizó un estudio con respecto a la aplicación de otras medidas cautelares más benévolas, pero las mismas no resultan aplicables, en virtud de que el procesado; al momento de verificarse, los presupuestos de la investigación, se logra constatar que representa un peligro para sí mismo o para el resto de los miembros de una sociedad, se observa el peligro de fuga y desatención del proceso, los elementos de responsabilidad son contundentes, pero se requiere la formalidad de seguir el proceso en debida forma, para que se dé la dictación de la sentencia respectiva por ende debe mantenerse la detención provisional. Cada caso tendrá su particularidad y se requiere un estudio concienzudo, para dictar una detención preventiva, que evite la afectación innecesaria de otros derechos fundamentales no solamente la libertad ambulatoria.

4.4 Características de las Medidas Cautelares

Las medidas cautelares cuentan con varias características dependiendo de la clasificación o las consideraciones que tome en cuenta cada autor al hacer sus acotaciones, para Valadez

Díaz las características de las medidas cautelares serían la accesoriedad, la temporalidad, la legalidad, sumariedad o celeridad, acumulación, coercitividad, finalidad legítima, ductilidad, jurisdiccionalidad, casuística, aplicabilidad indistinta, sujetas al libre de derecho probatorio, autonomía del hecho investigado, objetividad, debida argumentación, naturaleza teleológica, preventivas de daño, principio de instancia de parte, principio de oficiosidad¹⁷⁷.

Algunas ya podrían estar inmersas o fusionarse a otras para delimitarlas.

No obstante, dos características que describen de forma sencilla, contundente y refleja una cualidad propia de las medidas cautelares serían la *provisionalidad* y la *Instrumentalidad*. La cualidad de provisoriedad que tiene la medida cautelar de detención provisional actúa como una efectiva voluntad de la ley, pero una voluntad que consiste en garantizar otra supuesta voluntad de la ley que; si después esta otra voluntad se ha demostrado que ya no existe también la voluntad provisional actuada con la medida provisional se manifiesta como una voluntad que no debió existir. Con relación al carácter instrumental de la medida cautelar esta radica en que nunca constituyen un fin en sí mismas, sino que siempre están sujetas a otra cuyos resultados aseguran interinamente¹⁷⁸.

Las características de provisionalidad e instrumentalidad son las que recogen la esencia misma de la existencia de las medidas cautelares, son provisionales al estar

¹⁷⁷ VALADEZ DÍAZ, Manuel. Op. Cit. Págs. 76-90

¹⁷⁸ MARÍN GONZALES, Juan Carlos. *Medidas Cautelares Personales en el Nuevo Código Procesal Penal Chileno*. Revista de Estudios de la Justicia No.1, 2002, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Págs. 12,13

impuestas por un tiempo que suele estar determinado por el proceso que se le sigue en contra de la persona imputada, pero incluso este tiempo puede variar en la medida que se requiera o no aplicar la medida que limita de una u otra forma la libertad del imputado; de allí entonces que la instrumentalidad va en esta dirección, las medidas cautelares son un instrumento en la medida que se utilizan para garantizar un proceso que hasta ese momento se encuentra en etapa de investigación por lo que no existe certeza de responsabilidad o no del individuo.

4.5 Principios de las Medidas Cautelares

Cuando nos referimos a los principios no existe uniformidad o exactitud en cuales son los principios de las medidas cautelares por parte de la doctrina, debemos recordar que los principios señalan conductas o normas que orientan hacia una dirección a seguirse. El derecho fundamental que afectan las medidas cautelares es la libertad ambulatoria, esta característica restrictiva o privativa de un derecho fundamental tan importante condiciona su aplicación a diversos principios tales como:

1. *Principio de legalidad:* Consiste en una reserva legal para el reconocimiento de las medidas coercitivas que implican formas de restricción o privación de libertad.
2. *Principio de Jurisdiccionalidad:* Este principio supone que las medidas cautelares personales solo pueden ser adoptadas por el órgano jurisdiccional competente.
3. *Principio de Excepcionalidad e instrumentalidad:* Este principio afirma que las medidas cautelares no son medidas que necesariamente deban adoptarse dentro del

procedimiento, sino que tienen un carácter eventual; deben decretarse solo cuando resulten indispensables; el principio de instrumentalidad, por su parte, califica dicha excepcionalidad, determinando que ellas no constituyen un fin por sí mismo, sino que son instrumentos para la consecución orientadas a la consecución de fines de carácter procesal.

4. *Principio de Provisionalidad:* Impone que las medidas cautelares se mantengan sólo mientras subsistan la necesidad de su aplicación y permanezca pendiente el procedimiento penal al que sirven. La aplicación del principio de provisionalidad está sometida a la regla *rebus sic stantibus*, conforme a la cual solo han de permanecer mientras subsistan las condiciones que le sirvieron de fundamento.

5. *Principio de Proporcionalidad:* Las medidas cautelares personales que se adopten en un proceso penal deben estar en relación proporcional con la finalidad del procedimiento que se persigue cautelar y con la gravedad del hecho que se investiga¹⁷⁹

En este mismo sentido Cristián Maturana Miquel y Raúl Montero López, coinciden con que los principios que deben regir las medidas cautelares personales son la legalidad, jurisdiccionalidad, instrumentalidad, excepcionalidad, provisionalidad de las medidas cautelares personales; no obstante, le suman otras:

Necesidad de las medidas cautelares personales en el proceso penal:

Como quiera que las medidas cautelares revisten un carácter excepcional, por lo que

¹⁷⁹ María Inés Horvitz Lennon y Julian López Masle. Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo I, Edit. Jurídica de Chile. Chile 2002, Págs. 350-354

no solo requieren de la existencia del *fumus boni iures* sino también del *periculum in mora*.

Proporcionalidad y homogeneidad de las medidas cautelares personales en el proceso penal:

La homogeneidad de las medidas cautelares significa que entre la actividad cautelar y la decisión que se espera debe contener la sentencia respecto de la pretensión hecha valer en el proceso deben existir grados o niveles de igualdad, de semejanza.

Temporalidad de las medidas cautelares personales en el proceso penal :

La detención o prisión preventiva debe estar limitada en cuanto a su duración, como toda medida cautelar, puesto que ellas duran hasta la dictación de la sentencia definitiva. Sin embargo, atendiendo los bienes afectados por estas medidas cautelares, también se establece su término durante el curso del proceso penal en atención a su tiempo de duración, aun cuando no se hubiere arribado a la dictación de la sentencia definitiva ejecutoriada dentro de este.

La sustituibilidad de las medidas cautelares personales en el proceso penal:

Se refiere básicamente a la detención provisional que puede, ser variada por el tribunal o a petición de parte, pudiéndose reemplazar por una caución, una medida menos severa.

Temporalidad de las medidas cautelares personales en el proceso penal:

La detención o prisión preventiva debe estar limitada en cuanto a su duración, como toda medida cautelar, puesto que ellas duran hasta la dictación de la sentencia definitiva. Sin embargo, atendiendo los bienes afectados por estas medidas cautelares,

también se establece su término durante el curso del proceso penal en atención a su tiempo de duración, aun cuando no se hubiere arribado a la dictación de la sentencia definitiva ejecutoriada dentro de este.

La acumulabilidad de las medidas cautelares personales en el proceso penal:

Está íntimamente ligado al principio de necesidad. Tratándose de la medida cautelar de detención provisional es posible aplicar una medida accesoria de medida de incomunicación la cual requiere de resolución judicial expresa y fundamentada; no obstante, la misma no puede afectar el derecho de la defensa.

La dignidad de las medidas cautelares personales en el proceso penal:

Las medidas cautelares no pueden importar situaciones que atenten contra la dignidad humana y los lugares destinados para la detención provisional deberán contar con las condiciones mínimas, higiene y alimentación que le permitan una estadía grata al privado de libertad en el recinto penitenciario.

La responsabilidad del Estado respecto por la adopción de las medidas cautelares personales en el proceso penal

Antes de la vigencia de la actual Carta Fundamental (Chile) no era posible que una persona privada de su libertad arbitraria o injustamente no tenía derecho a que se le indemnizara el daño causado por la medida. Pero actualmente el artículo 19 de la Carta Magna, establece que una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, el que hubiese sido sometido a proceso o condenado en cualquier instancia por resolución que la Corte Suprema declare injustificadamente errónea o arbitraria, tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado de los perjuicios

patrimoniales y morales que haya sufrido. Siendo la indemnización determinada judicialmente en procedimiento breve y sumario y la prueba apreciada en conciencia¹⁸⁰.

A la lista de principios anteriores Manuel Valadez Díaz, considera que, al momento de la aplicación de las medidas cautelares, se debe tomar en consideración los principios rectores consistentes en:

a). *La presunción de inocencia*: la cual es un tema que en medidas cautelares resulta de singular importancia, en la vertiente de trato procesal, lo que implica tratar realmente a una persona como inocente, esto crea entonces una natural tensión entre considerar a una persona como inocente y aplicarle una medida cautelar en su contra e incluso la más grave la detención preventiva, pero al estar recogida constitucionalmente no puede ser tildada de inconstitucional. Lo cierto es que no se puede aplicar detención provisional solo por tratarse de un delito grave, sino tan solo esta se imponga exclusivamente cuando no exista otra medida cautelar que resulte más idónea.

b). *Principio de proporcionalidad, idoneidad y necesidad, también conocido como mínima intervención*: La proporcionalidad como instrumento de ponderación de principios

¹⁸⁰ MATURANA MIQUEL, Cristián; MONTERO LÓPEZ, Raúl. Op. Cit. Págs.481- 504

cuenta a su vez con tres subprincipios, como son la a). idoneidad, b). necesidad, y c). la proporcionalidad.

La proporcionalidad implica que al momento de tener que decidirse una situación en la que se involucran dos principios, el grado de afectación que se realice a un principio debe ser directamente proporcional al beneficio que se otorgará al principio contrario, esto exclusivamente en relación al tema en debate y sin que esto signifique la expulsión del principio afectado del sistema jurídico. La idoneidad implica que la medida que se adopte como resultado de la ponderación sea la más adecuada, para lograr el fin deseado, es decir la que genere la mayor posibilidad de éxito posible dentro de un ámbito de derecho de las partes, así como la menor afectación al principio que resulta afectado en el ejercicio de la ponderación. La necesidad o criterio de mínima intervención, conlleva que la medida adoptada sea de carácter excepcional, esto es que sea realmente indispensable para alcanzar el fin deseado.

c). *Peligro en la demora “Periculum in mora”*: Este principio implica que el Órgano Jurisdiccional al momento de resolver la petición del Ministerio Público o del ofendido, en relación a las medidas cautelares, pondere el peligro procesal que puede entrañar que la decisión al respecto se demore o tarde en pronunciarse. El peligro en la demora debe valorarse en función de los riesgos procesales que las mismas buscan contener, como son el riesgo de sustracción del imputado al proceso, la obstaculización de la investigación y la protección de la víctima, ofendido o testigos. El peligro procesal será casuístico en función con los datos con que se cuente.

d). *Apariencia del buen derecho “fumus boni iuris”*: Involucra que la autoridad jurisdiccional, dentro del campo del derecho penal, al resolver una petición del Ministerio Público, debe considerar la aceptabilidad lógica de la autoridad investigadora y no se realicen peticiones basadas en cuestiones falsas o notoriamente improcedentes dado el deber de objetividad y lealtad que se le impone por ley al ente investigador. La apariencia de buen derecho en la petición de las medidas cautelares se encuentra íntimamente relacionada con la presunción de procedencia de lo peticionado por el Ministerio Público, al existir un principio elemental de confianza, ética, profesionalismo y objetividad apegada al marco jurídico¹⁸¹.

Para Marín Gonzales, considera como principios básicos para la aplicación de medidas cautelares, la presunción de inocencia, el principio de necesidad y el principio de juridicidad. El principio de inocencia que nadie puede ser considerado culpable ni tratado como tal hasta no declararse culpable; la culpa se prueba y no la inocencia. El principio de necesidad que indica que el Tribunal solo puede decretar las medidas cautelares cuando sea absolutamente indispensable. Con respecto a la juridicidad, señala que no es posible que los tribunales adopten una o más medidas cautelares, sin justificar plenamente su procedencia, así como tampoco un órgano no jurisdiccional proceda a aplicar medidas sin

¹⁸¹ VALADEZ DÍAZ, Manuel. *Medidas Cautelares*. Edit. Flores, México, 2018, Págs. 35-75

la intervención judicial como una forma de protección de los derechos fundamentales¹⁸².

Se aprecia entonces que no existe uniformidad en los principios rectores de las medidas cautelares, pero alguno de ellos no permite discusión alguna al momento de pensarse en los principios que deben regir al momento de imponerse las medidas cautelares, siendo estos la provisoriedad, la excepcionalidad, proporcionalidad, la juridicidad y la presunción de inocencia, principios indispensables a tomar en consideración.

Se debe hacer la salvedad que los principios que han de tomarse en cuenta al momento de aplicarse medidas cautelares, no son excluyentes entre sí, sino que por el contrario se ponderan conjuntamente para la mejor decisión, así entonces la presunción de inocencia, se toma en consideración para los efectos del trato que debe dispensársele al imputado. Luego entonces el juez en su función jurisdiccional debe verificar si en efecto la medida que se va a aplicar es proporcional en función al delito; que sí un delito a pesar de ser grave y que sea admisible perfectamente la medida cautelar más severa, no debe ser aplicado de forma automática, sí, no es realmente necesaria atendiendo al fin mismo de la medida cautelar que es estrictamente evitar poner en peligro la investigación, la protección de víctima, comunidad, testigos o darse a la fuga el presunto infractor de la norma y aquí también se involucra el peligro en la demora que debe valorarse en función de los riesgos.

¹⁸² MARÍN GONZALES, Juan Carlos. *Medidas Cautelares Personales en el Nuevo Código Procesal Penal Chileno*.

Revista de Estudios de la Justicia No.1, 2002, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Pág. 18-20.

4.6 Requisitos o presupuestos para la aplicación de Medidas Cautelares y finalidad de las mismas.

La imposición de las medidas cautelares son subsidiarias y buscan que la aplicación de la justicia no sea ilusoria, las mismas no pueden ser aplicadas de oficio y no proceden hasta que no se haya formalizado por parte del Ministerio Público, una investigación que se llevara en contra de una persona determinada, requieren de la imputación previa antes de solicitarlas, por tanto solo puede debatirse la aplicación cuando el proceso se haya iniciado formalmente con la imputación, luego entonces procede la solicitud de medidas cautelares de considerarse necesario por parte del Ministerio Público o bien la parte que se sienta ofendida.

El Ministerio Público en Panamá, a fin de crear uniformidad para el seguimiento de las medidas cautelares crea el Manual de Medidas Cautelares, el cual indica que las medidas cautelares son instrumentos jurídicos que tienen como propósito asegurar los fines del proceso, señalando que los requisitos o presupuestos para su imposición están consagrados en el art. 222 del Código procesal Penal, que establece como requisitos indispensables:

1. Si existen medios probatorios demostrativos del hecho punible y la vinculación del imputado con el hecho.
2. Si la medida es necesaria, en cuanto a la naturaleza y el grado de las exigencias cautelares

requeridas en el caso concreto.

3. Si es proporcional a la naturaleza del hecho y a la sanción se estime podría ser impuesta al imputado.
4. Si la afectación de los derechos del acusado es justificada por la naturaleza del caso.

El juez deberá aplicar la detención preventiva como medida excepcional¹⁸³

Se establece entonces en el manual que los requisitos que constan para que se materialicen las medidas cautelares son:

- a) *Supuesto material*: trata de que quien solicita la medida cautelar debe demostrar un mínimo de elementos de convicción que le permita establecer que los hechos son consistentes con la existencia de un delito tipificado por la ley penal. Además de elementos para demostrar la vinculación de la persona imputada con el delito.
- b) *Exigencias de cautelaridad*: son aquellos elementos que permiten fundar la necesidad de la imposición de la determinada medida cautelar, porque de lo contrario podrían afectarse los fines del proceso o personas ofendidas como consecuencia del delito. Se trata entonces de los riegos descritos en el artículo 227 del Código de Procedimiento Penal.

La imposición de medidas cautelares sin que se demuestren estos peligros violenta el principio de presunción de inocencia. Hacen la salvedad que no basta enunciar la exigencia sin expresar los elementos que lo demuestren en concreto¹⁸⁴.

¹⁸³ https://www.gacetaoficial.gob.pa/pdfTemp/26114/GacetaNo_26114_20080829.pdf

¹⁸⁴ Ministerio Público. Procuraduría General de la Nación. Manual de Seguimiento de Medidas Cautelares.

Los riesgos que menciona nuestro ordenamiento jurídico, en materia de medidas cautelares personales, están previstos en el artículo 227 del Código de Procedimiento Penal el cual advierte que las medidas cautelares pueden ser aplicadas en cualquier estado del proceso, pero observando las siguientes reglas:

1. Cuando el imputado se dé a la fuga o exista peligro evidente de que intenta hacerlo.
2. Cuando existan motivos graves y fundados para inferir que el imputado puede destruir o afectar medios de prueba.
3. Cuando, por circunstancias especiales, se determine que su libertad puede ser de peligro para la comunidad, por pertenecer a organizaciones criminales, por la naturaleza y número de delitos imputados o por contar con sentencias condenatorias vigentes.
4. Cuando existan razones fundadas para inferir peligro de atentar contra la víctima o sus familiares.

Cada uno de los cuatro puntos será desarrollado más adelante; no obstante, es importante indicar que, ante el incumplimiento de una de las medidas cautelares, el juez de garantías o del Tribunal de juicio, dependiendo del estado en que se encuentra el proceso, podrá decretar la sustitución o acumulación con otra medida cautelar, en consideración de

la naturaleza, motivos y circunstancias de la infracción.

Ahora bien la doctrina ha desarrollado que para que procedan las medidas cautelares se exige la concurrencia de dos requisitos conocidos con los aforismos latinos *fumus boni iuris* (apariencia de buen derecho) y *periculum in mora* (peligro de retardo), Julián López Masle, que en materia procesal civil la primera exige acompañar comprobantes que constituyan al menos presunción grave del derecho que se reclama y que con respecto a la segunda exige que haya motivo de temer que la cosa mueble se pierda o deteriore en manos de quien la tenga en su poder, advierte López Masle que “*La aplicación de estos requisitos en materia procesal penal sufre, como es lógico, las modificaciones que el contenido de la pretensión penal impone a la naturaleza. En este sentido el fumus boni iuris aparecerá asociado al juicio de probabilidad en torno a la existencia del delito y el grado de participación que en él corresponda al imputado; el periculum in mora, aparecerá asociado, por su parte, al peligro de que el incumplimiento de los fines del procedimiento pudiera hacerse ilusorio de no adoptarse una medida de aseguramiento*”¹⁸⁵. Así entonces para que procedan las medidas cautelares debe existir por lo menos una presunción grave de la existencia de un hecho y el posible responsable, y que este pone en peligro el incumplimiento de los fines del proceso.

¹⁸⁵ HORVITZ LENNON María Inés; LÓPEZ MASLE, Julian. Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, 2002. Pág. 354,355.

Así entonces para Arnulfo Sánchez Zepeda al referirse al *fumus bonus iuris*, considera que equivale a la imputación misma, que recaiga sobre el sujeto como mínimo, mientras que el *Periculum in mora*, es el peligro procesal y riesgo de frustración procesal. Advierte que las medidas cautelares constituyen actos jurisdiccionales de naturaleza preventiva y provisional que se ejecutan sobre las personas, bienes y medios de prueba, se busca mantenerlos en igual estado hasta tanto se inicie el trámite judicial...¹⁸⁶.

Juan Carlos Marín Gonzales, al referirse a los presupuestos de aplicación de las medidas cautelares, está de acuerdo que existen dos presupuestos normativos que deben existir en sede cautelar a efecto que el juez pueda otorgarlas, conocidas como *Fumus boni iuris* (apariencia de buen derecho) y *Periculum in mora* (peligro en la demora).

Fumus boni iuris (apariencia de buen derecho), se configura no por la probabilidad de obtener una resolución favorable sobre el fondo del asunto, sino por la probabilidad que el sujeto en contra de quién se dirige la investigación haya tenido una participación como autor cómplice o encubridor en un hecho que reviste caracteres de delito.

Periculum in mora (peligro en la demora), se refiere a que, a causa de la situación, la medida cautelar debe ser expedida de forma inmediata, sin demora o urgente, ya que de lo contrario el daño temido se transformaría en daño efectivo. Este presupuesto se conforma por la amenaza que en el transcurso del proceso el imputado intente su fuga o intente

¹⁸⁶ SÁNCHEZ ZEPEDA, Rodolfo. El Juez Federal Especializado en Medidas Cautelares. Edit. Porrúa, México. Págs.76-79

destruir algún material que pueda utilizarse como prueba en el juicio oral ¹⁸⁷.

Para Manuel Valadez Díaz, incluye como un requisito de la aplicación de las medidas cautelares el *Periculum in mora* y el *Fumus boni iuris*, explicando que el peligro en la demora o “*Periculum in mora*”, consiste en que el Órgano Jurisdiccional al momento de resolver la petición del Ministerio Público o del ofendido, en relación a las medidas cautelares, pondere el peligro procesal que puede entrañar que la decisión al respecto se demore o tarde en pronunciarse. El peligro en la demora debe valorarse en función de los riegos procesales que las mismas buscan contener, como son el riesgo de sustracción del imputado al proceso, la obstaculización de la investigación y la protección de la víctima, ofendido o testigos. El peligro procesal será casuístico en función con los datos con que se cuente pero con relación a la apariencia del buen derecho “*fumus boni iuris*”; involucra que la autoridad jurisdiccional, dentro del campo del derecho penal, al resolver una petición del Ministerio Público, debe considerar la aceptabilidad lógica de la autoridad investigadora y no se realicen peticiones basadas en cuestiones falsas o notoriamente improcedentes dado el deber de objetividad y lealtad que se le impone por ley al ente investigador. La apariencia de buen derecho se encuentra íntimamente relacionada con la presunción de procedencia de lo peticionado por el Ministerio Público, al existir un principio elemental de confianza, ética, profesionalismo y objetividad apegada al marco jurídico¹⁸⁸.

¹⁸⁷ MARÍN GONZALES, Juan Carlos. Op. Cit. Pág. 13-15

¹⁸⁸ VALADEZ DÍAZ, Manuel. Op. Cit. Págs. 35-75

La apariencia de buen derecho siempre pone al Ministerio Público, en una posición favorable presunción de procedencia en la petición de una medida cautelar, ya que el ente investigador mantiene una situación de confiabilidad dentro del engranaje judicial, ello en virtud que debe actuar con profesionalismo, lealtad, buena fe y la objetividad, que se impone por ley, puesto que al llegar a su conocimiento la noticia criminal debe investigar basado en principios. De igual forma el Ministerio Público debe iniciar la investigación en aras de lograr conocer la verdad de los hechos, no se busca un autor, sino que lo ocurrido se enmarque o no en una conducta delictiva y luego verificar si hay un responsables o no de la conducta calificada como punible.

Luego de haber realizado por el juez la valoración de la petición del Ministerio Público y haber beneficiado a una persona con una medida cautelar distinta de la detención preventiva; tal vez la de presentarse cada cierto tiempo ante la oficina judicial o ante la autoridad que establezca el juez, o bien la prohibición de asistir a determinados lugares, cualquiera que fuere y el imputado decide a voluntad hacer caso omiso de la medida de seguridad impuesta, el Juez de Garantías o el Juez de juicio indistintamente dependiendo de la etapa procesal en la que se encuentre, puede cambiar la medida por otra más severa o bien dos o más medidas cautelares que se consideren necesarias para garantizar los fines del proceso.

El juez de Garantías o Tribunal de Juicio, para los efectos del cumplimiento adecuado

de las medidas cautelares, puede fijar del domicilio del investigado, en un lugar distinto de aquél donde ocurrió la comisión del hecho punible, al del lugar de trabajo o al domicilio de la víctima de conformidad con lo establecido en el Código de Procedimiento Penal.

De igual forma en la retención domiciliaria el Juez de Garantías o el Juez de juicio, podrá ordenar al imputado el deber de no alejarse de su propia casa, habitación o establecimiento de salud o asistencia donde se encuentre recluido, cuando sean indispensables para los fines del proceso, también podrán ordenarse limitaciones o prohibiciones al derecho del imputado de comunicarse con personas distintas de las que con él cohabitén o lo asistan. Todo ello con la finalidad de lograr que el proceso no sea ilusorio o bien que se vean afectadas alguna de las partes.

Vale mencionar que nuestro ordenamiento jurídico prevé que en la eventualidad que el imputado no pueda proveerse para sus necesidades económicas o las de su familia, o se encuentre en situación absoluta de indigencia o en circunstancias especiales, podrá autorizarse su salida del domicilio durante la jornada laboral, por todo el tiempo necesario para satisfacer esas exigencias. Así como también se le puede otorgar permiso escolar. Esta medida cautelar cumple los mismos efectos de una prisión domiciliaria.

Con respeto a que la retención domiciliaria tiene los mismos efectos que una detención provisional, lo cierto es que la equivalencia no parece justa, computar el tiempo sería lo más adecuado, pero de forma distinta, ya que no es igual guardar detención

provisional en un centro penitenciario a estar en casa, aun así es una medida cautelar que tiene grandes beneficios al aplicarla, se mantiene al imputado pendiente al proceso pero sin ser una carga para las arcas del Estado, ya que él mismo o bien sus familiares serán los que suplirán las necesidades básicas que este supliría en un centro carcelario. El gran inconveniente se presenta al momento de darle seguimiento al cumplimiento de la medida cautelar en sus residencias o donde se disponga deben cumplir, que en realidad haya permanecido o permanezca en su domicilio y no haya incumplido.

Se aprecia entonces que existen requisitos y principios que se deben tomar en consideración al momento de aplicar las medidas cautelares, que limitan la libertad de una u otra manera. Por último vale resaltar que las medidas cautelares en libertad tienen grandes beneficios no solo procesales, sino también para los beneficiados con las mismas al no estar expuestos al entorno carcelario, mantenerse productivos y no ser una carga social en una prisión; aunque su finalidad básicamente se podría señalar, que es mantener al imputado atento al proceso, se aplican únicamente cuando existan razones fundadas de la necesidad de la aplicación de las mismas; ya que no todos los casos o las personas sometidas a un proceso las requiere, en igual sentido la medida debe ser proporcional al hecho imputado, ahora bien sin olvidar la presunción de inocencia que pesa sobre el mismo y cuyo principio indica que el trato que debe recibir el imputado es de inocente hasta tanto no haya sido vencido en juicio y exista una condena en firme y ejecutoriada; por ende la afectación de los derechos del imputado debe ser la mínima.

4.7 Consecuencias de la detención Preventiva.

La detención preventiva, tiene alcances en la persona sometida a la misma, que van más allá de la restricción de la libertad, se vulneran derechos fundamentales que, en principio, no deberían ser afectados, el derecho a la salud, al trabajo, entre otros, lo que sumado a elementos de aflicción física, que se manifiesta en las formas de vida y de tratamiento, y que difieren de las antiguas penas corporales sólo porque no están concentradas en el tiempo, sino que se dilatan a lo largo de la duración de la pena. Además, a la aflicción corporal la pena carcelaria añade aflicción psicológica: la soledad, el aislamiento familiar, la sujeción disciplinaria, la pérdida de sociabilidad y de afectividad y, por consiguiente, de identidad, además de la aflicción específica que va unida a la pretensión reeducativa y en general a cualquier tratamiento¹⁸⁹.

La pena de prisión, si bien no es el tema a desarrollar se hace obligatorio su abordaje, ello en función que la medida cautelar más severa es la detención preventiva, que no es un misterio que quien guarda una detención provisional en Panamá, su condición dentro de las instalaciones carcelarias, no dista en nada del condenado a una pena, y se encuentra recluido cumpliendo una sanción, únicamente la denominación es lo que varía. Dicho esto,

¹⁸⁹ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. Edit. Trotta pag.412

los efectos de la pena de prisión le son aplicables al detenido provisionalmente, se trata entonces de un asunto de semántica, mientras no exista una segregación entre condenados y detenidos preventivamente.

Ahora bien, qué afectaciones acarrea la detención preventiva, podría decirse que en mayor o menor medida las mismas que el condenado a una pena; dependiendo el tiempo de duración la detención provisional, sí un detenido provisionalmente solo permaneciera tres meses privado de su libertad, es un tiempo que no regresara, un trabajo si lo tiene que será muy difícil que lo pueda mantener, si está estudiando también se verá afectado, si la familia depende económicamente se genera otra serie de situaciones de índole social, las vivencias negativas pueden acarrear problemas psicológicos, en definitiva cada individuo responde a su entorno de forma distinta, por ende sería poco probable estimar los efectos nocivos de una detención provisional a corto o largo plazo, para cada individuo, pero sin ignorar que los efectos negativos son una realidad. Si bien en la actualidad con la última reforma del Sistema Penitenciario, ya el detenido provisional puede gozar de los beneficios de un sentenciado siempre continúa en desventaja ya que solo le caben los beneficios intramuros.

Como la función de las prisiones en la medida cautelar de detención provisional, es únicamente de aseguramiento, no aplica que las autoridades penitenciarias logren una nueva reinserción ya que esta figura no aplica a la medida cautelar, pero tal vez las autoridades penitenciarias se concientizaran que no debe *“...reducir al derecho*

penitenciario a un conjunto de normas jurídicas, porque ello sería solo hablar de artículos, jurisprudencia e interpretación; se trata de un problema más social, más humano, no del análisis frío del contenido de la norma y sus consecuencias, sino que es necesario el contacto humano ante el embate cada vez más traumático del encierro”¹⁹⁰

Un trato más humano sin duda haría diferencias notables en los centros carcelarios, Mercedes Peláez Ferrusca, señala muy directamente en su narrativa a los detenidos cuáles son sus derechos mientras mantengan prisión preventiva, que hasta que no sea declarados culpables, la mayor parte de sus derechos siguen vigentes y son exigibles, que deben empezar con su estancia en el lugar para su clasificación, a fin de lograr una población más homogénea y evitar el contagio criminógeno. Continúa indicando Peláez, que, durante el régimen preventivo, es recomendable que ejerza su derecho al trabajo, a la educación y a la capacitación laboral; pues además de las ganancias que reportan, deben computarse para la obtención de los beneficios de reducción de la pena, en caso de una sentencia condenatoria¹⁹¹.

Como quiera que los detenidos preventivamente, tienen una condición especial, por así decirlo, debe garantizársele los otros derechos que en principio no están limitados, el

¹⁹⁰ MÉNDEZ PAZ, Lenin. Op. Cit. Pág.11

¹⁹¹ PELÁEZ FERRUSCA, Mercedes. Derechos de los Internos del Sistema Penitenciario Mexicano. Ciudad Universitaria México D.F., 2000. Pág. 30,31

trabajo si lo tiene no debería perderlo por la ausencia al mismo, los estudios si cursa tampoco deberían verse afectados, y mucho menos salud física y psicológica, la consecuencia natural de la privación de libertad ha generado la afectación de los derechos enunciados, pero cabría la posibilidad de crear un sistema por parte del Estado, que impidiera que esta situación fuera lo usual, sistemas de transporte para trasladar a los privados de libertad preventivamente, a sus sitios de trabajo o bien a lugar de estudio, sin negar que el costo logístico sería alto, nada impide que se pueda tener en mente soluciones a futuro.

4.8 Motivación y argumentación judicial panameña en materia de Medidas Cautelares.

Las decisiones deben reflejar la convicción del juez, al emitir un fallo, la fundamentación o motivación que se despliega a través de la misma, debe conllevar una argumentación, sin contradicciones, lagunas, arbitrariedades, la falta de motivación, conllevaría una falta al debido proceso, ya que la motivación permite el ejercicio de la legítima defensa, las argumentaciones del juez pueden ser debatidas por la defensa o el Ministerio Público, siempre que la motivación, sea clara, idónea y concreta con respecto del caso que trata y para el caso que nos ocupa del imputado al aplicarle la medida cautelar.

Para María Poza Cisneros y Luis Mario Carrasco, la sumisión del juez a la ley, debe ser objeto de control y para garantizar ese control, las resoluciones deben ser motivadas, siendo esta la única fórmula que permite alejar el fantasma de la arbitrariedad y contrastar, en vía

de recurso, las razones por las que se justifica que el juez, al dictar una sentencia, se ha sometido a la ley, ha procedido, efectivamente al caso concreto, ha ejercido su función constitucional, fallando en derecho.¹⁹² Fallar en derecho no es una simple enunciación, va más allá de hacer mención a la norma aplicada, a los hechos que fueron investigados, es enfrentar pruebas documentales, testimoniales, científicas, aquellas que dieron lugar a la convicción del juez al momento de tomar una decisión, a favor o en contra del acusado.

La falta de motivación de calidad en los fallos dictados por los jueces en muchos casos, deja en tela de duda la justificación para la decisión, sin sustento debatible a favor o en contra, sino simplemente una laguna difícil de despejar. Para algunos incluso, la falta de motivación deja sin una posibilidad a la defensa de argumentar, en debida forma, en una apelación que recurra ante un Tribunal de Apelaciones, lo cual recae en mayores dificultades para tener una buena defensa. Con el nuevo sistema de justicia se observan cambios muy grandes a este respecto, en dos sentidos, primero las medidas cautelares distintas de la detención preventiva son ampliamente otorgadas lo que ha disminuido el número detenidos de forma preventiva y segundo a pesar que en el sistema mixto la motivación al otorgarse o no una medida estaba fundamentada, en la actualidad la normativa en relación a medidas cautelares es más amplia y detalla elementos que antes no eran objeto de valoración al no encontrarse previstos en la norma.

¹⁹² POZA CISNEROS, María; CARRASCO, Luis Mario. Sentencia Penal. Estudios de Derecho Judicial. Pag.34

El tema de la proporcionalidad para aplicar medidas cautelares es conflictivo, como casi todo lo que se refiere al derecho penal, pero se liga a la relación que debe existir entre las partes, es decir en muchos casos; por no decir en la mayoría, a quien se le ha vulnerado un derecho, lo más proporcional entre la transgresión y la aplicación de la medida cautelar debe ser la detención preventiva, usualmente es la consideración del ofendido; aún a pesar de no existir elementos suficientes en contra del imputado, lo cual permite que en muchos casos se permita la aplicación de medidas cautelares en libertad, por ende el juez se ciñe a la norma, la sana crítica y no a las emociones de las partes.

Al pensamiento anterior se le suma una opinión pública, mediatisada por la exacerbación de los ánimos, por parte de los medios de comunicación, que encuentran caldo de cultivo, para generar noticias sensacionalistas, así como enviar mensajes de la necesidad cada vez más apremiante de represión severa, ello por un lado y al mismo tiempo abre espacios de críticas igual de severas por tener cárceles hacinadas de personas sin todas las condiciones estructurales para los fines de la pena.

Con relación a la aplicación de la norma en materia de medidas cautelares, el juez debe estar facultado para distinguir que medida debe aplicar, y en el ejercicio que realiza al aplicarla debe ser proporcional y necesaria, proveyendo, los fines y funciones de la medida impuesta, de tal forma que sea justa. No atendiendo a tratamientos políticos. Los principios que se deben aplicar en derecho, como señala Dworkin, son estándares que han de

observarse debido a que son una exigencia, de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad. En cambio las directrices políticas, son estándares que “*proponen un objetivo que debe ser alcanzado, generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad*”, entonces los principio protegen derechos subjetivos particulares, en tanto que las directrices interés colectivos de la sociedad.¹⁹³ El juez al aplicar la norma, no puede utilizar una tabla, cada caso requiere, no solo el análisis del caso, de la norma, de los hechos, sino también de principios, donde el presunto transgresor de la norma a pesar de su obligación de cumplir con la medida impuesta, debería también ser beneficiado.

Señala Dworkin, que el juez en los casos difíciles, debe reflexionar, sobre los derechos de las partes, determinar derechos concretos de las partes, los aspectos normativos y descriptivos van a depender de los argumentos de principios y argumentos con base en directrices políticas.¹⁹⁴ Las directrices políticas son una realidad, que el juez debe manejar, reflexionando de su rol de imparcialidad y pese a que la política díctame un norte a seguir, los derechos concretos de las partes y del propio imputado, es a final de cuentas lo que debe primar, una justicia tanto para la víctima como para el imputado.

¹⁹³ ROJAS AMANDI, Víctor Manuel; DWORKIN, Ronald. Los Principios Generales del Derecho. Edit. Porrúa, México. Pag.62,63

¹⁹⁴ ROJAS AMANDI, Víctor Manuel; DWORKIN, Ronald. Ibídem Pag. 64

La aplicación de medidas cautelares, sean o no fundamentadas al momento de su aplicación, tienen grandes defensores y otros detractores. Las medidas cautelares distintas de la detención preventiva generarían mayores beneficios de los que reportan en la actualidad la medida más severa tanto, para la sociedad, para el Estado, para la familia de los imputados y sobre todo para los propios imputados de contarse con todas las herramientas necesarias para que las mismas se cumplan de forma exitosa, pero también que se cuente con una estructura de apoyo, para aquellos casos identificados que por condición social se dificulta el cumplimiento.

CAPITULO V.

CRISIS ACTUAL EN LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL NUEVO SISTEMA PENAL ACUSATORIO.

5.1 Crisis actual de la Medidas Cautelares en el Nuevo Sistema Penal Acusatorio.

Los efectos nocivos de los centros carcelarios, no son mitos ni tampoco una justificación de la Administración de Justicia, a la hora de aplicar medidas cautelares distintas a la detención preventiva, son una realidad que no puede soslayarse. Pero las medidas cautelares distintas a la detención provisional pese a que su aplicación está siendo cada vez más amplia ha dejado evidenciado que tampoco cumple con la función por la cual se ha creada, no de forma integral, sino que también ha generado una apreciación negativa sobre el nuevo sistema de justicia. Las críticas que han surgido han sido generales no solo

en Panamá, sino también en otros países de la región, críticas que son válidas en muchos casos y otras un poco alejadas de la realidad.

De las mayores críticas que sé advierten a la aplicación de medidas cautelares distintas a la detención provisional, es decir aquellas medidas cautelares que le permiten al imputado llevar su proceso en libertad; podríamos señalar que son:

1). Por parte de la policía, las quejas se enfocan a considerar un trabajo inútil ya que capturan a los presuntos responsables, incluso en flagrancia y a las horas en el Sistema Penal Acusatorio los jueces los dejan en libertad.

2). La policía indica que los delincuentes no los respetan como antes, ya que luego de ser capturados son beneficiados con medidas cautelares distintas a la detención provisional.

3). Los ciudadanos que viven en áreas de riesgo social o conocidas como zonas de alta incidencia delincuencial sienten temor y desconfianza en la administración de justicia al considerar que denuncian y capturan a presuntos delincuentes, pero a las horas son dejados en libertad con medidas cautelares.

4). Los medios de comunicación y redes sociales resaltan de forma negativa la aplicación de las medidas cautelares a los presuntos infractores de la normativa penal. Por las mismas razones que los anteriores que el Sistema Penal Acusatorio, pese a las pruebas que presenta el Ministerio Público en contra del imputado, siempre son favorecidos con medidas cautelares que dejan a los imputados en libertad.

Por su parte la Administración de Justicia, defiende en muchas ocasiones la aplicación de las medidas cautelares señalando que se requiere un cambio de mentalidad ante el nuevo sistema de justicia y advierte que se está ante un nuevo modelo de gestión de justicia más moderno, que tiende a la aplicación de medidas de desprisionalización, así como también que el nuevo modelo de justicia propugna la humanización del sistema penal.

Ciertamente ambas partes tienen sus puntos fuertes y débiles, pero la solución no está ni en regresar a aplicar masivamente medidas cautelares de detención provisional a los imputados; pero resulta más peligroso ignorar críticas que no son alejadas de la realidad, se debe generar entonces, un nuevo paradigma que logre alcanzar resolver los nuevos problemas que así como la aplicación masiva de la detención provisional hizo emerger, ahora la aplicación de forma más frecuente de medidas cautelares distintas a la detención preventiva ha expuesto y revelan problemas que solucionar cada vez más notorios; proponemos un nuevo modelo de nuevas medidas que pueden brindar una solución integral con respecto a la realidad que está viviendo el país ante la aplicación masiva de medidas cautelares no privativas de la libertad.

A manera de ilustración no debemos olvidar que cuando se aplicó masivamente la detención provisional, se generó una serie de inconvenientes que cuestionó en gran medida su aplicación, dentro de estos problemas podemos enumerar:

- 1- Hacinamiento en las cárceles, con privados de libertad que no tenían una sentencia ejecutoriada.

- 2- Denuncias de condiciones inhumanas en los centros carcelarios.
- 3- Violación a los derechos humanos de los privados de libertad.
- 4- Privados de libertad con fechas lejanas de audiencia a fin de determinar su responsabilidad.
- 5- Necesidad de un mejor presupuesto para el manejo de los centros penitenciarios.
- 6- Discriminación hacia los privados de libertad.
- 7- Falta de una debida separación entre los detenidos preventivamente y los privados de libertad que cumplían pena de prisión.
- 8- Entre otros.

La mención anterior no es *numerus clausus*, pueden faltar muchas más pero no es la finalidad de este trabajo y no es que en la actualidad las prisiones sean mejor que antes, aunque si ha disminuido notoriamente los detenidos preventivamente no es el tema a abordar en este momento; sino para destacar que es allí precisamente donde nace otra realidad que tal vez antes no era evidente con la aplicación de medidas cautelares de los imputados que llevan su proceso judicial en libertad, la necesidad no solo de aplicar medidas cautelares distintas de la detención preventiva masivamente, sino atacar a tiempo los nuevos problemas que están surgiendo y que es percibida por la población en general, algunos de los nuevos problemas que han surgido ante la aplicación de medidas cautelares distintas a la detención provisional son:

1. Incumplimiento de medidas cautelares impuestas de forma reiterada, en algunos

casos.

2. Reiteración o irrupción del imputado en la comisión de un mismo delito o de un nuevo delito.
3. Conducta del imputado dentro de su comunidad amenazante hacia ellos.
4. Conducta del imputado desafiante ante la figura de la autoridad.
5. Falta de sentido de solidaridad ante los problemas que afectan su entorno y el de otros miembros de la comunidad en la que vive.
6. Entre otras.

En adelante trataremos de exponer las posibles soluciones con la creación de nuevas medidas que denominaremos pre-resocializadoras, con la finalidad de que la sociedad, el imputado y la administración de justicia, encuentre un norte a la nueva problemática surgida con la vehemente aplicación de medidas cautelares distintas a la detención provisional, las cuales buscan mantener al imputado en libertad mientras se desarrolla su proceso.

5.2 Conflictos primarios con la aplicación de las Medidas Cautelares en el Sistema Penal Acusatorio.

Las medidas cautelares que permiten mantener al imputado pendiente al proceso, pero en libertad, han existido desde hace muchos años, en el sistema inquisitivo mixto se aplicó ampliamente, no obstante, pese a su aplicación solo dejó ver tímidamente algunos problemas en materia efectividad, ya que la medida que llamaba la atención y se aplicaba

por parte del Ministerio Público con bastante frecuencia era la detención provisional. Siendo entonces que la medida cautelar de detención provisional, demostró que, si bien mantiene al imputado pendiente al proceso, tiene un costo muy alto a nivel del imputado, del Estado e incluso en la sociedad; pero duda que en ocasiones es la única medida cautelar idónea de aplicar, dada la peligrosidad, necesidad y proporcionalidad por el delito cometido, el peligro de fuga o el peligro que representa para sí mismo o su comunidad.

Ante esta realidad el nuevo sistema acusatorio, tiene como uno de los puntos de relevancia, aplicar más las medidas cautelares que permitan al imputado estar anuente al proceso, pero en libertad, es la regla general la aplicación de medidas cautelares distintas a la detención provisional, en la actualidad con el Sistema Penal Acusatorio; antes con la existencia del sistema mixto las medidas cautelares las debía cumplir el imputado ante la autoridad que mantenía su causa, es decir mientras estaba en el Ministerio Público la investigación, la medida cautelar se cumplía en el despacho del fiscal que conocía la causa y en cuanto pasaba el infolio penal a un Tribunal debía el imputado seguir cumpliendo la medida ante el Tribunal de la causa, con lo cual tanto el Ministerio Público como el Órgano Judicial le correspondía estar al pendiente que la medida cautelar impuesta ya fuera por el Ministerio Público o por el Órgano Judicial se cumpliera.

Sin embargo en Panamá las medidas cautelares, ha cambiado la forma las aplicaban de forma unilateral y reservada el Ministerio Público, antes de la reforma procesal mediante la ley 63 de 2008, donde surge un desplazamiento de la aplicación de las medidas cautelares

hacia el ámbito jurisdiccional en forma privativa, con la entrada en vigencia de principios de bilateralidad, inmediación y publicidad; se introdujo como cambio relevante la oralidad en el escenario de la aplicación de medidas cautelares, mediante técnicas de litigación el fiscal sustenta su solicitud, mientras que por su parte la defensa expresa su parecer, luego el juez de Garantías toma la decisión relacionada a la afectación de la libertad ambulatoria del imputado.

Una vez que inicio la imposición de las primeras medidas cautelares, en el sistema penal acusatorio surgió un vacío que la normativa no había previsto, podríamos decir que surgió el primer problema palpable con este instrumento de justicia ¿a quién le correspondía el seguimiento de las medidas cautelares?, sería a la oficina Judicial o a las Fiscalías, el cuestionamiento fue resuelto por los Jueces de Garantías al considerar que en virtud que el Ministerio Público era el más interesado en el seguimiento de las medidas cautelares debido a que requiere que el imputado esté disponible y se presente a las diligencias necesarias para que resuelva el caso. Ante este planteamiento el Ministerio Público procedió a la creación de una Unidad de Seguimiento de Medidas Cautelares, para que se pudiera cumplir con esa labor.¹⁹⁵

Esta fórmula que adoptaron los jueces de garantía no necesariamente la más correcta

¹⁹⁵ Ministerio Público. Procuraduría General de la Nación. Manual de Seguimiento de Medidas Cautelares. Oficina de Implementación del Sistema Penal Acusatorio de la Procuraduría General de la Nación. 2017. Pág.3.

o acertada aunque no del todo descabellado, pero no bajo este planteamiento o premisa, que esbozaron los jueces de garantía que es el ministerio público el que tiene mayor interés en el cumplimiento de las medidas cautelares ya que el imputado tiene que estar disponible para éste por las diligencias que los puedan requerir, este argumento deja entrever que la administración de justicia envía un mensaje de poco interés a que se cumpla las medidas impuestas, lo cual es errado, ya que al órgano jurisdiccional también le interesa o debe estar interesado que las decisiones emitidas por los jueces sean respetadas y tengan esa fuerza coercitiva; debe estar interesada la administración de justicia en la certeza del cumplimiento de sus decisiones. Vale mencionar que en muchos países por dar un ejemplo Francia el Poder Judicial, sigue a cargo de velar que las medidas cautelares se cumplan y no transfieren esta responsabilidad al órgano dedicado a la investigación; si bien no parece que sea imposible o desatinado que lo haga el Ministerio Público, la premisa utilizada tal vez no fue la más adecuada.

Ahora bien, con la resolución No.28 de 5 de junio de 2017, mediante la cual se adopta el Manual de Seguimiento de Medidas Cautelares del Ministerio Público, señala que a partir de la reforma penal se generó un sinnúmero de transformaciones no solo en cuanto al tratamiento de los conflictos penales, sino también, en la aplicación de ciertas figuras procesales, como las medidas cautelares de carácter personal.

Entre las variantes implementadas, se estableció la existencia de la Unidad de Seguimiento de Medidas Cautelares, encargada de darle continuidad al acatamiento de las

medidas cautelares decretadas por los jueces de garantías, ejerciendo una supervisión para que, en caso de incumplimiento de éstas, se le informe al fiscal actuante, a objeto de solicitar ante el ente jurisdiccional su revocatoria. La Oficina de Implementación del Sistema Penal Acusatorio del Ministerio Público elaboró el Manual de Seguimiento de Medidas Cautelares con el propósito de optimizar el cumplimiento de las medidas cautelares distintas a la detención provisional; la estructura por medio del cual el Ministerio Público atiende la secuencia de medidas cautelares, pues los datos estadísticos reflejan una cardinal cifra de medidas cautelares distintas de la detención provisional, que exigen una especial vigilancia y profesionalismo de la gestión¹⁹⁶.

Se aprecia entonces que una de las primeras dificultades que se asomó con la aplicación masiva de las medidas cautelares era ¿quien le daría seguimiento a las mismas?, no había una norma que indicara a quien le correspondía la supervisión de las medidas cautelares, ya que aplicar una medida cautelar sin que se le dé seguimiento al cumplimiento de la misma, es prácticamente dictar una resolución la cual posiblemente no se cumplirá.

Se crea entonces la Unidad de Seguimiento de Medidas Cautelares, por parte del Ministerio Público con la finalidad de velar por el fiel cumplimiento de las medidas cautelares impuestas por el órgano jurisdiccional, se establece en el manual de seguimiento

¹⁹⁶ Resolución No.28 de 5 de junio de 2017. “Por medio de la cual se adopta el Manual de Seguimiento de Medidas Cautelares del Ministerio Público”. Ministerio Público. Procuraduría General de la Nación.

de medidas cautelares, que el objetivo de la supervisión de las medidas cautelares es propiciar que el imputado cumpla con sus citaciones, comparezca a su audiencia y en definitiva haga frente al proceso penal sin que su libertad represente un peligro, para la víctima, la comunidad o el proceso. Sería un deber de la Unidad de Seguimientos informar al fiscal acerca del cumplimiento o del incumplimiento de las condiciones impuestas y que le fueron notificadas por fiscalía luego de la imposición de tal medida y su confirmación judicial. Lo ideal es que la Unidad de Seguimiento de Medidas Cautelares, no solamente conozca las condiciones impuestas por el juez, sino que conozca a las personas que las deben cumplir y le indiquen las condiciones en que se hará la supervisión y las consecuencias que se producen en caso de incumplimiento. A partir de allí, debe diseñarse un plan de supervisión y su frecuencia pues esta atenderá a la medida cautelar impuesta y la periodicidad de ésta. Así entonces han esquematizado los procedimientos de la supervisión de las medidas cautelares en Panamá:

Procedimiento de las medidas cautelares en Panamá
1. Juez fija medida cautelar y condiciones de cumplimiento
2. Fiscal comunica a la Unidad de Seguimiento la Medida Cautelar impuesta.
3. La Unidad de Seguimiento de Medidas Cautelares asigna una oficial supervisión de medida cautelar.
4. El oficial de supervisión de medida cautelar estudia el caso, se ilustra sobre la medida cautelar impuesta y las condiciones.

5. El oficial de supervisión de medida cautelar cita al imputado para conversar sobre las condiciones impuestas y la forma de cumplir la medida cautelar, a efecto que queden claras las obligaciones.

El seguimiento y la supervisión de la medida cautelar impuesta debe estar relacionada directamente con el riesgo procesal identificado que representa el imputado, luego de la referida entrevista, debiéndose generar un plan individual de supervisión que tome en cuenta sus condiciones personales. Se advierte que existen diferentes formas de supervisar las cuales van a depender de acuerdo por aquellas que haya impuesto el juez, si fuera el caso de imponerse la obligación de mantenerse en su propia residencia correspondería ante este depósito domiciliario monitorear el cumplimiento visitando el domicilio. También son herramientas para supervisar el cumplimiento de las medidas impuestas por el juez las siguientes:

Herramientas de supervisión para el cumplimiento

de las medidas impuestas por el Juez.

- Para el caso de impedimento de salida del país en contra de un imputado, la Unidad de Seguimiento de Medidas Cautelares, debe confirmar que han remitido a las autoridades de migración el impedimento y a su vez verificar la notificación de estas autoridades para darle efectividad a tal disposición.
- En la obligación de mantenerse recluido en su domicilio y la prohibición de no comparecer a determinados lugares, es el brazalete de monitoreo electrónico el que sería

el más efectivo.

--En la obligación de no acercarse a determinadas personas, las mismas deben conocer su prohibición para los efectos que se conviertan en aliados respecto de la supervisión de la medida.¹⁹⁷

Para que el Ministerio Público pueda darle seguimiento de forma exitosa al cumplimiento de las medidas cautelares, se requiere que el Estado dote de recursos económicos suficientes a esta Unidad, por medio del Ministerio Público, sólo así su labor será efectiva; más adelante nos referiremos a las dificultades que luego de su nacimiento enfrenta la Unidad de Seguimiento de Medidas Cautelares en la actualidad.

Si bien el conflicto primario que surge en materia de medidas cautelares, fue como señalamos en líneas precedentes la entidad o unidad que tendría como labor verificar el cumplimiento de medidas cautelares, pero esto solo fue el inicio de nuevas dificultades que superar, muchas que aún subsisten.

¹⁹⁷ Ministerio Público. Procuraduría General de la Nación. Manual de Seguimiento de Medidas Cautelares. Oficina de Implementación del Sistema Penal Acusatorio de la Procuraduría General de la Nación. 2017. Págs. 24,25

5.2.1 Dificultades en Panamá de la Unidad de Seguimiento de las Medidas Cautelares.

La implementación y consolidación del Sistema Penal Acusatorio paso a dar luz a la Unidades de Medidas Cautelares, en México tienen dos objetivos: La evaluación del riesgo de imputado y el Seguimiento de las medidas cautelares y de la Suspensión condicional del proceso, contando entonces con dos tipos de operadores: evaluadores y supervisores, aunque puede converger ambos en una sola. Para consolidarse y cumplir sus objetivos la Unidad de Seguimiento de Medidas Cautelares debe crear vínculos con organismos de la sociedad civil, las diversas autoridades de administración pública, federal, estatal y municipal. La Unidad debe lograr realizar una evaluación de riesgos procesales, por lo que requiere recopilación y análisis de la información que resulta de la entrevista, pero se debe corroborar la información, con familiares, la víctima e incluso con instituciones. El tema de la supervisión y seguimiento representa un reto contar con la capacidad técnica y operativa para dar respuesta, por lo que las organizaciones no gubernamentales también son un buen aliado dada sus características¹⁹⁸.

En Panamá la única función de la Unidad de Seguimiento de Medidas Cautelares es

¹⁹⁸ ACEVAL CARMONA, Carol Daniela. Unidades de Medidas Cautelares en México: Experiencias, Retos y Perspectivas. En *Medidas Cautelares. El tope de la puerta giratoria* (coord. Álvaro Vizcaíno Zamora). Instituto Nacional de Ciencias Penales. Tirant lo Blanch. México 2018. Págs. 14-17

dar seguimiento al cumplimiento de las medidas cautelares impuesta por los jueces del Sistema Penal Acusatorio, pero con la labor puestas en los hombros de esta Unidad y sin los recursos suficientes, no será difícil adivinar que no tienen la posibilidad de cumplir a cabalidad la misión encomendada; por lo que pasamos a detallar los mayores problemas que enfrentan hasta el momento:

1. Falta de personal para supervisar en las distintas provincias del país contando únicamente en las provincias de Bocas del Toro, Chiriquí, Herrera, Los Santos, Veraguas, Coclé, Darién y Colón con un (1) solo servidor para realizar la labor. En Panamá Oeste se cuanta, con 2 personas, pero deben notificarse en esa sede alrededor de 500 personas y 21 arrestos domiciliarios. Panamá como sede principal cuenta con 7 servidores para atender un aproximado de 1,200 de usuarios. En San Miguelito 2 servidores para atender aproximadamente 400 usuarios, pero las cifras van en aumento. Las Medidas Cautelares que deben llevarse en alguna agencia del Ministerio Público, personería o jueces de paz, igual debe dársele seguimiento.
2. Falta de comunicación entre la Unidad con los Fiscales y Jueces; toda vez que estos no envían la información de las medidas cautelares impuestas a tiempo (en ocasiones el imputado llega a la Unidad y ellos aún no saben nada de la medida, debiendo empezar a investigar para dar respuesta).
3. Falta de comunicación en cuanto al cese de la medida cautelar impuesta; es decir que en muchos casos el imputado ya no requiere seguir notificándose, pero continua por meses haciéndolo ya que ellos como la Unidad de seguimiento no han sido informados.
4. No tienen certeza ante el incumplimiento de una Medida Cautelar, a que fiscal

dirigirse ya que durante el proceso el fiscal que lleva la causa puede variar, y no cuentan con acceso a la plataforma para saber dónde y quien tiene la causa.

5. Se consideran percibidos por algunas fiscalías como una Unidad que no es tomada en serio.

De las mayores dificultades que enfrenta la Unidad de Seguimiento de Medidas Cautelares, es la falta de diligencia por parte de jueces y fiscales que no envían información a tiempo, para optimizar la labor encomendada y estar anuentes cuando llega el imputado a notificarse o solventar alguna inquietud que presente. De igual modo es de suprema importancia que el cese de la medida cautelar, sea notificada a tiempo a la Unidad para que el imputado no malgaste su tiempo y dinero en firma una medida cautelar insubsistente.

Un punto interesante que es percibido por la Unidad de Medidas Cautelares, y que puede constituirse en una afectación al imputado, es que en muchas ocasiones las medidas cautelares de notificarse ante la Unidad, pueden ser hasta de 3 veces a la semana, algunos provienen de lugares distantes y otros con escasos recursos económicos. A este respecto si bien pueden pedir una modificación de la medida cautelar lo cierto es que, de existir una evaluación previa o posterior del imputado, le sería más fácil solicitar este cambio de medida.

La falta de comunicación de los fiscales con su propia Unidad de Seguimiento de Medidas Cautelares, les impide que puedan tener de primera mano la información referente

al cumplimiento de la medida por parte del imputado, quedando el imputado con grandes posibilidades que de incumplir la medida no tenga repercusiones su omisión, ya que el Fiscal no solicitaría audiencia ante un juez exponiendo la necesidad de cambio de medida cautelar o bien adicionar otra por ser reticente en el cumplimiento de la medida.

En cuanto a la evaluación de los riesgos, en Panamá no se cuenta con personal y ni siquiera está contemplado como una función para la Unidad de Seguimiento de Medidas Cautelares; no obstante, en las mismas oficinas de la Unidad se han dado incidentes, como es el caso de encuentro entre integrantes de padillas contrarias, que les ha coincidido firmar al mismo tiempo, lo que no solo representa un riesgo para todos los usuarios que estén en ese momento sino también el personal que labora en la Unidad.

En definitiva, mantener una mejor comunicación de los Fiscales o sus auxiliares o bien los jueces con la Unidad, el darle la importancia que merece este brazo de la justicia y dotar de recursos económicos permitiría un mejor desempeño de esta entidad lo que redundaría en una mejor percepción también en la comunidad del nuevo sistema de justicia.

5.2.2 Mito de la impunidad por aplicación de Medidas Cautelares distintas a la detención provisional.

Una de las principales críticas que ha recibido el sistema de justicia penal es que la mayoría de las personas detenidas presuntamente por haber cometido un delito, quedan

en libertad, esto genera una percepción de impunidad y desconfianza no solamente en los ciudadanos sino también en los propios operadores del sistema de justicia penal desde policías hasta gobernadores han expresado su inconformidad. Es frecuente que la policía detenga a una persona, por ejemplo, con muchas armas cortas y largas, lo ponen a disposición del Ministerio Público, este formula la imputación ante el juez de control el juez lo vincula al proceso, pero lo deja en libertad, con sujeción al proceso, luego esta persona no va al juicio, sino que por el contrario vuelve a cometer otros delitos, para ser detenida y repetir cíclicamente la historia¹⁹⁹.

A este proceso de entrada y salida de los individuos que son capturados, puestos a órdenes de las autoridades competentes y luego son beneficiados con medidas cautelares en México y Chile le han denominado coloquialmente “la puerta giratoria”, al Sistema Penal Acusatorio denominación no solo es burlesca sino de muestra la existencia de falta de confianza y respeto en los entes designados para la investigación y la administración de justicia. En Panamá al fenómeno de entrada y salida del sistema de algunos imputados que son capturados en flagrancia o no, pero que son beneficiados con medidas cautelares no privativas de la libertad aún no tiene un nombre coloquialmente definido, pero no es que se escapa a esta realidad, como ejemplo debo hacer referencia a una caricatura de un

¹⁹⁹ VIZCAÍNO ZAMORA, Álvaro. La Puerta Giratoria una de las principales fallas en el Sistema de Justicia Penal. Diagnóstico y Solución. En las Medidas Cautelares. El tope a la puerta giratoria (coord. Álvaro Vizcaíno Zamora). Instituto Nacional de Ciencias Penales. Tirant lo Blanch. México 2018. Págs. 189,190

periódico de la localidad, que mostraba a dos policía en una patrulla y un sujeto con aspecto lombrosiano, uno le preguntaba al otro ¿ese no fue el delincuente que capturamos en la mañana? y la respuesta del compañero era “*Sí el Sistema Penal Absolutorio lo soltó esta misma tarde*”. De igual modo se ha presentado en la prensa pública, mofa al eslogan del Sistema Penal Acusatorio al momento de entrar en vigencia se promovía como “*rápido, moderno y participativo*”, a lo que le sumaron además “amigo del delincuente”. Estos calificativos públicos que se hacen en contra del Sistema Penal Acusatorio dejan cada vez más en evidencia la percepción pública a cerca del nuevo sistema de justicia, lo cual refleja la existencia de un problema a atacar.

En este mismo orden de ideas Isaac Muñoz Alatorre califica, que, el cáncer del Sistema Penal Acusatorio es el mito de la puerta giratoria que no es más que una falta de difusión de la labor que llevan a cabo la UMECAS, la ciudadanía no conoce ni sabe que son las medidas cautelares y solo conoce la detención preventiva como la forma de garantizar la presencia del imputado durante el proceso y la salvaguardia de la integridad de las partes y de los testigos. En respuesta se debe mandar un mensaje común para que la sociedad conozca que existe una autoridad encargada de dotar de la información necesaria al Ministerio Público y a la defensa que con argumentos sólidos inciten al juez a imponer la medida cautelar idónea en el caso concreto y que además estas mismas unidades se

encargaran de vigilar su cumplimiento²⁰⁰.

Así entonces una de las más grandes criticas al Sistema Penal Acusatorio, radican en el desconocimiento de cómo funcionan las medidas cautelares, cuales son la finalidades que estas encierran, al igual que existe una entidad o unidad encargada que la mismas se cumplan, que ante el incumplimiento de una medida cautelar se puede accionar el aparato jurisdiccional y lograr que el juez cambie una medida cautelar que no es tan severa por la más severa de todas que es la detención provisional, si realmente se comprueba que esta es la medida más idónea a aplicar.

Este punto debemos concluirlo advirtiendo, que considerar que la salida de una sala de audiencia con una medida cautelar que permite llevar el proceso en libertad al imputado, sea sinónimo de impunidad refleja que la percepción es que llegado el juicio conseguirá la absolución, o bien se ira y desatenderá el proceso o cometerá otros delitos; llegar a estas conclusiones no suele ser un sueño o un ejercicio muy cavilado del pensamiento, sino es producto de la experiencia vivida al respecto; aun así pese a este ejercicio mental que no está alejado de la realidad no todos los casos requieren de la detención provisional y las medidas cautelares distintas a la misma son eficientes y necesarias sí son debidamente

²⁰⁰ MUÑOZ ALATORRE, Isaac. La Supervisión de las Medidas Cautelares ¿Columna Vertebral del Debido Proceso? Las Medidas Cautelares el tope a la puerta giratoria (coord. Álvaro Vizcaína Zamora). Instituto Nacional de Ciencias Penales. Tirant lo Blanch. México 2018. Págs.73,74

verificadas por la entidad que le corresponda su seguimiento.

5.2.3 Medida Cautelar en libertad vs. Prisión preventiva

¿Socialización y legitimación de las Medidas Cautelares en la sociedad.

La prisión preventiva ha existido por mucho tiempo, aplicada con necesidad y sin ella también, efectiva en muchos casos, pero perjudicial e injusta en muchos otros, las épocas van cambiando, las necesidades también y la mejora continua de los entes del Estado, debe ser palpables, la justicia no se escapa de grandes cambios, como lo fueron en la revolución industrial, así como en la ilustración y en la actualidad.

Debemos preguntarnos ¿Qué oportunidad ha representado para la sociedad a la fecha el uso de la prisión preventiva? Teniendo un sistema penitenciario donde no existe separación entre procesados y sentenciados en dormitorios y áreas comunes con deficientes condiciones materiales e higiénicas, de distribución de alimentos, de hacinamiento, deficiente atención en la protección de la salud y sobre población. Cabe cuestionarnos como sociedad, si el sistema penitenciario como ha sido pensado hasta hoy y dado que es sufragado por nuestras contribuciones está respondiendo a una demanda social de justicia o simplemente hemos caído en prácticas alejadas de un gobierno

democrático que garantice nuestros derechos ²⁰¹.

Sobre los beneficios que reportan las medidas cautelares Aceval Carmona, cita a Schönteich Martin y Denis Tomasini-Joshi, los cuales apunta un estudio de la Open Society Justice Initiative, que pueden agruparse en tres categorías interrelacionadas:

- a) Procesales: programas de servicios y supervisión previos al juicio protegen la supervisión de inocencia y la garantía de igualdad ante la ley e incrementan las posibilidades que los imputados se sometan al juicio.
- b) Sociales: Los programas de servicios y supervisión permiten que los imputados sigan trabajando mientras esperan el resultado del juicio y ayudan a impedirle la exposición a un entorno carcelario de convivencia con delincuentes, además fomentar la integración familiar.
- c) Interinstitucionales: los programas de servicio y supervisión reducen el hacinamiento en las cárceles y el costo operativo del país²⁰².

Las medidas cautelares tienen un costo operativo más económico a corto y largo plazo, también si son llevadas en debida forma socialmente son de gran beneficio, el procesado no representa una carga social, sino que por el contrario puede mantener un trabajo y cumplir con obligaciones familiares. De igual modo logra importantes objetivos

²⁰¹ ACEVAL CARMONA, Carol Daniela. Op. Cit. Págs.23-25.

²⁰² ACEVAL CARMONA, Ibídem. Págs.23, 24.

como mantener la presunción de inocencia y se honran los derechos fundamentales de los procesados.

En la actualidad en Panamá son muchos los imputados que cumplen fielmente sus medidas cautelares especialmente los de reportarse cada cierto tiempo, estas personas cumplen con la medida mientras que son productivos en la sociedad, se les puede notificar y solicitar su presencia con facilidad ya que se sabe que en la fecha cierta que les corresponde allí estarán. De lo contrario el fiscal puede solicitar una audiencia del control de la medida cautelar y exponer la falta de interés en el proceso, así como el peligro inminente de desatención del proceso. Pero que sucede si en nuestro medio existiera una evaluación del procesado, una evaluación integral que permitiera conocer su condición social y económica real, más allá de sus dichos en una entrevista; así conoceríamos a ciencia cierta porque incumple una medida y si el Estado debe proveer algún tipo de ayuda para facilitar no solo el cumplimiento de la medida cautelar, sino que se podría identificar la raíz del fenómeno delincuencial en cada individuo.

Una de las grandes críticas de las prisiones es el alto costo que representan, personas improductivas que no contribuyen en la sociedad de ninguna manera, entonces qué experiencia se puede extraer de la medida cautelar más severa, ¿se han resocializado cuando los programas de resocialización no alcanzan a los detenidos preventivamente? ¿Habrá existido en la estadía del imputado en la prisión vulneración de los derechos fundamentales? ¿Qué beneficio le habrá reportado a la sociedad, a la familia y a sí mismo

haber permanecido detenido provisionalmente?, estas preguntas pueden ser analizadas y contestadas desde diferentes trincheras los más garantistas avocarían a señalar que se violenta la presunción de inocencia y como señala Bernardo María León Olea, solicitar e imponer la privación de libertad a una persona derivada de la audiencia inicial siempre será un dilema ético y social para las autoridades judiciales. La imposición de prisión preventiva siempre correrá el riesgo que el imputado sea declarado inocente al final del proceso, después de haber estado privado de su libertad legalmente pero injustamente. De manera inversa si el juez impone una medida cautelar equivocada podría obstaculizar el proceso o incluso no llevarse a cabo generando impunidad y ausencia de justicia para víctimas y ofendidos. En principio y con base al principio de presunción de inocencia, el debate de medidas cautelares no debería versar sobre los méritos de la imputación, sino sobre la certeza que el juez pueda tener el juez de que el proceso se podrá llevar a cabo sin mayores contratiempos para los diversos sujetos procesales²⁰³.

Los méritos que tienen la imputación son diferentes del argumento que debe presentar el Ministerio Fiscal para sustentar y fundamentar la necesidad de medidas cautelares. Qué medida es la más conveniente, siempre será un dilema, de aplicarse entonces medidas cautelares para mantener al procesado en libertad, la política criminal

²⁰³ LEÓN OLEA, Bernardo María. La Puerta Giratoria Antes de Llegar al Juez. En Las Medidas Cautelares el tope a la puerta giratoria (coord. Álvaro Vizcaína Zamora). Instituto Nacional de Ciencias Penales. Tirant lo Blanch. México 2018. Págs.75-77

del Estado debe adaptarse a los problemas y circunstancias para empezar a resolverse, ya desde otro ámbito puesto que no es solamente necesario la contención del presunto delincuente, sino que de evidenciarse que el imputado carece de habilidades para mantenerse lejos del ámbito delincuencial se debe proveer de herramientas al respecto. Las medidas cautelares llevadas de forma eficiente y dándoles la importancia que tienen, dotando de presupuesto y del recurso humano más idóneo son de mayor aporte para la sociedad que una medida de detención provisional.

CAPITULO VI

NUEVO MODELO DE MEDIDAS PRE-SOCIALIZADORAS PARA LOS PROCESADOS EN LIBERTAD.

6.1 Motivación de las Medidas Pre-socializadoras.

A lo largo de este trabajo se ha pretendido hacer evidente que la prisión preventiva como medida cautelar personal, que intenta garantizar la anuencia del imputado en el proceso y garantizar que de resultar culpable el imputado en un juicio oral y público, no sea ilusorio el cumplimiento de su pena, ha traído aparejada una serie de inconvenientes, estructurales, económicos, de salud, de violación de derechos fundamentales, de problemas sociales, así como otra multiplicidad de problemas que se nos pueden escapar en este momento.

De igual manera también la aplicación de medidas cautelares distintas a la detención provisional del imputado, busca exactamente hacer lo mismo que la detención preventiva, mantener al procesado pendiente al proceso y evitar que sean ilusorias las resultas del proceso mismo, pero con la gran diferencia que el imputado va permanecer en libertad, la aplicación de la medida, de esta manera, abre un escenario completamente diferente y al decir diferente no encierra perfección, sino que alberga grandes posibilidades a los problemas que se plantean en la prisión preventiva, sin menoscabo de los nuevos retos que hace surgir su aplicación masificada, que es lo que sucede con el cambio de sistema penal de justicia, en la actualidad.

El Estado debe garantizar a sus ciudadanos una serie de garantías fundamentales previstas en el título III, de la Constitución Política de Panamá los cuales pasamos a

mencionar de relevancia para este capítulo:

Art. 17: "Las autoridades de la República están instituidas para proteger en su vida, honra y bienes de los nacionales donde quieran que se encuentren y a los extranjeros que estén bajo su jurisdicción; asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales, y cumplir y hacer cumplir la Constitución y la ley.

Los derechos y garantía que consagra la Constitución, deben considerarse como mínimos y no excluyente de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona".

Art.56: "El estado protege el matrimonio, la maternidad y la familia. La ley determinara lo relativo al estado civil.

El Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores y garantizara el derecho de éstos a la alimentación, la salud, la educación y la seguridad y previsiones sociales, igualmente tendrán derecho a esta protección los ancianos y enfermos desvalidos."

Art.64: "El trabajo es un derecho y un deber del individuo, y por tanto es una obligación del Estado elaborar políticas económicas encaminadas a promover el pleno empleo y asegurar a todo trabajador las condiciones necesarias a una existencia decorosa."

Art.80: "El Estado reconoce el derecho de todo ser humano a participar en la cultura y por lo tanto debe fomentar la participación de todos los habitantes de la República en la cultura nacional."

Art.91: "Todos tienen el derecho a la educación y la responsabilidad de educarse. El Estado organiza y dirige el servicio público de la educación nacional garantiza a los padres de familia el derecho de participar en el proceso educativo de sus hijos.

La educación se basa en la ciencia, utiliza sus métodos, fomenta su crecimiento y difusión, y aplica sus resultados para asegurar el desarrollo de la persona humana y de la familia, al igual que la afirmación y fortalecimiento de la Nación panameña como comunidad cultural y política.

La educación es democrática y fundada en principios de solidaridad humana y justicia social."

Art.109: "Salud, Seguridad Social y Asistencia Social: Es función esencial del Estado velar por la salud de la población de la República. El individuo, como la promoción, protección, conservación, restitución, rehabilitación de la salud y la obligación de conservarla, entendida esta como el completo bienestar físico, mental y social.

113: Todo individuo tiene derecho a la seguridad de sus medios económicos de subsistencia en caso de incapacidad para trabajar u obtener trabajo retribuido. Los servicios de seguridad social serán prestados o administrados por entidades autónomas y cubrirán los casos de enfermedad, maternidad, invalidez, subsidios de familia, vejez, viudez, orfandad, paro forzoso, accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y las demás contingencias que puedan ser objeto de previsión y seguridad sociales. La Ley proveerá la

implantación de tal, es servicios a medida que las necesidades lo exijan.

El Estado creará establecimientos de asistencia y de previsión sociales...”²⁰⁴

Bajo la premisa que el Estado debe garantizar a sus ciudadanos mínimamente las garantías expresadas no se indica o no se excluye a ninguna persona por lo que debe entenderse que los imputados sometidas a medidas cautelares, también deben gozar de estos derechos. Es una realidad que, si se le realizaran evaluaciones psicológicas y evaluaciones de trabajo social, a los imputados que no cumplen las medidas cautelares que les permiten mantenerse en libertad, el resultado que arrojaría estaría ligado a dificultades económicas, deserción escolar, problemas psicológicos, adicciones a las drogas o al alcohol, entorno familiar hostil, etc. Resulta entonces imperante que al tener contacto el Estado con una persona con estos problemas sin importar que se trate de un imputado, el Estado deba contar con las herramientas necesarias para promover el cambio de actitud o el cambio de vida en este individuo. Todos sabemos que el Estado no tiene los recursos suficientes, para ir a cada domicilio y preguntar a cada ciudadano que dificultad enfrenta y como pueden ayudarlos, pero sí tiene el Estado la obligación que en cuanto detecta o llega a su conocimiento una problemática debe atacarla o erradicarla de conformidad con el estudio que se realice para resolver el asunto que se le ha presentado.

²⁰⁴ <https://panama.justia.com/federales/constitucion-politica-de-la-republica-de-panama/titulo-iii/capitulo-6o/>

En muchos casos la situación económica de un imputado no le permite atender el proceso, reportándose cada cierto tiempo ante una autoridad, ya que no tiene los ingresos suficientes para movilizarse. Pero uno de los más grandes retos que enfrenta el Estado es que cuando se aplican medidas cautelares muchos de estos imputados vuelven a cometer delitos, dejando en tela de duda la efectividad de la aplicación de la medida cautelar, aquí radica entonces el punto que nos interesa; en este momento realizamos la evaluación, detectamos el problema, el cual puede ser como ejemplo: no cuenta con estudios de ningún tipo, desertó de la escuela en octavo grado o menos tal vez, con lo cual la única forma de proveerse sustento en su vida puede ser la delincuencia, o bien forma parte de una pandilla y tiene algún tipo de adicción, creció con poca orientación debido a la desintegración familiar y tiene un gran resentimiento de la sociedad, cualquiera que sea la ecuación el resultado será que incumple medidas cautelares, tiene poco respeto a la autoridad y volvería a cometer delitos.

No es que exista una solución única y exacta que pueda revertir el escenario desplegado, pero si en muchos casos pueden surtirse grandes cambios e incluso una verdadera inserción social del imputado –aunque es cuestionable si debemos hablar en este momento de reinserción social sino ha salido de la sociedad; pero esto sería un tema más semántico que real, porque se evidencia que no es funcional en sociedad_ lograr generar nuevos canales que permitan al imputado tener un mejor desempeño en la sociedad es una excelente para mejorar la percepción de la sociedad con relación a las medidas cautelares aplicadas a los imputados en libertad.

La propuesta que pretendemos plantear se denominaría Medidas Pre-socializadoras, estaría inmersa o adicionada con las medidas cautelares personales que permiten mantener al procesado en libertad, consisten en medidas que permiten al imputado no sólo cumplir la medida cautelar que le obliga estar atento al proceso, sino que les obliga a demostrar su interés de continuar en la sociedad como individuos productivos y haciendo frente a sus responsabilidades familiares y sociales.

6.2 En qué consisten las Medidas Pre-socializadoras.

Las Medidas Pre-socializadoras conforman un nuevo grupo de medidas innovadoras que podrán aplicarse conjuntamente con las medidas cautelares no privativas de la libertad o independientemente de estas, siempre que el imputado se mantenga en libertad.

La aplicación por parte del juez una vez que se determine su requerimiento, será de obligatorio cumplimiento y no sujeta a la voluntad del imputado, ello fundamentado en que el imputado se ha comprobado que no tiene una capacidad real de sustentarse a sí mismo o a su familia de forma eficiente y honesta en la sociedad a la cual pertenece o bien el imputado no cuenta con destrezas para desenvolverse en su propio entorno familiar y social.

Este nuevo grupo de Medidas brindará el apoyo teórico, técnico y práctico, así como emocional que requiere el imputado, durante el tiempo que se determine.

Los grandes cambios que se pretenden generar, con el nuevo sistema de justicia, no se logran únicamente con un cambio del proceso, con un sistema más benévolos, sino se ataca la raíz de los problemas, integrando a los que aún no han sido condenados, pero que tienen altas posibilidades de serlo tarde o temprano. En la actualidad, la formulación de nuevas políticas públicas no puede hacerse realmente sino es desde la participación ciudadana. La democratización de las políticas públicas mejora los niveles de comunicación, legitimación social y eficacia de las mismas. La participación ciudadana configura un objetivo político fundamental si queremos avanzar y profundizar en un modelo más efectivo de Estado Democrático. En este sentido la participación no es solo un objetivo, sino un método efectivo que permite una mayor legitimación, corresponsabilidad y efectividad de las políticas públicas.²⁰⁵

Hacer partícipe a instituciones del Estado, así como a la población en general, constituye un mejor medio o un medio más real de la integración del individuo en sociedad, sumando a minimizar hasta que se logre eliminar el estigma que pesa sobre un imputado, quien con estas medidas se legitima aún más la presunción de inocencia que pesa sobre el mismo. La interacción del imputado con un medio profesional y de apoyo hacia su persona puede brindar un cambio social tal vez permanente.

²⁰⁵ AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique; GONZÁLEZ CRUZ, Joaquín. Políticas democráticas de Seguridad Pública. Criminalidad, participación ciudadana y Administración Pública. Colección Altos estudios No.29, México, Pág.49

6.3 Distinción de la pena con las Medidas Pre-socializadoras dentro del proceso.

Aplicar Medidas Pre-socializadora, que benefician a los imputados, proveyéndoles herramientas para desarrollarse en algún oficio o profesión, aprehender una destreza, que cumplan programas de desintoxicación a las drogas y alcohol incluso antes de llegar a un juicio, programas que permitan aumentar la autoestima del imputado, etc., ¿podría considerarse una pena? ¿Constituye una pena lograr la mejora del imputado? ¿Logrado los resultados deseados requeriríamos de una pena de resultar culpable el imputado? ¿Genera daños a la sociedad o al sistema de justicia aplicar ciertas medidas en favor del imputado?

Para una explicación más clara de las Medidas Pre-socializadora se debe abordar cuales son los fines de la pena o sanción impuesta por el órgano jurisdiccional una vez que se ha cumplido con el debido proceso y se ha emitido una sanción penal al imputado, luego del juicio oral, la pena se ha considerado que su justificación se basaba en dos fundamentos esenciales: La prevención general y la prevención especial. La prevención general se enfoca en la colectividad, que con las sanciones se logra disuadir a los hombre y mujeres de la sociedad de cometer delitos, ante la sanción que les espera; mientras que la prevención especial se enfoca en la reeducación y reinserción del delincuente y que este no vuelva cometer otros delitos nuevos.

La pena puede ser considerada como una compensación por el delito cometido, teoría de la *retribución*, también considerada teoría *absoluta* o teoría de la *justicia*, donde su finalidad es hacer justicia por el mal cometido, estas teorías han tenido resultados insatisfactorios y poco a poco pasa de la idea de la venganza a ser vista como justicia. En cuanto a la función que esboza la teoría de la *prevención especial*, aspira a tener un efecto preventivo por medio de la influencia que se ejerce sobre el delincuente, en tres estadios distintos. Por medio de la pena, se debe proteger a la comunidad del delincuente, disuadir al delincuente de cometer nuevos delitos; y durante el proceso de ejecución de la misma, resocializar al delincuente en términos tales que permita evitar su reincidencia.²⁰⁶

Se aprecia entonces que las teorías conocidas y que fundamentan al derecho penal de la imposición de las penas por parte del Estado, no necesariamente indican con claridad como lograran los objetivos, especialmente la reinserción y reeducación del delincuente. Pero corrientes más vanguardista hacen la salvedad que sí, el derecho penal debe tener una configuración más liberal o más represiva, más benévolas o más estrictas es una cuestión que en tiempos cambiantes y numerosos países se responde de diferentes maneras. En los últimos 20 años ha surgido una corriente político-criminal que en todos los países a encontrado interés y un amplio acuerdo, la inclusión de la reparación del daño en el sistema penal de sanciones. Ello vinculado al esfuerzo por alcanzar un acuerdo de compensación es

²⁰⁶ AMBOS, Kai. Sobre los Fines de la Pena al Nivel Nacional y Supranacional. Revista de Derecho Penal y Criminología, 2^a Época., No.12 (2003) UNED Págs. 199-203

decir una reconciliación entre el autor y la víctima²⁰⁷.

Es así como tenemos que la fundamentación de la pena, de conformidad con el país donde nos encontramos, se acercarán o alejarán de algunas de estas teorías ampliamente desarrolladas por la doctrina procesal penal, a pesar que se evite manifestarlo de forma contundente siempre la pena mantendrá en carácter retributivo. Las nuevas corrientes pretenden que se logre la indemnización real de las víctimas, pero es un hecho cierto que pese a que una sentencia condenatoria presta merito ejecutivo en la vía civil, en muchos casos los transgresores de la norma no cuentan con la solvencia económica o moral de cumplir con la víctima.

Dejando claro cuáles son los fines de la pena esta en nada tiene que ver con las Medidas Pre-socializadoras, de las diferencias más evidentes se pueden enumerar las siguientes:

1. Nacen durante la etapa de investigación luego de la imputación y previo al juicio oral por ende no se ha decidido la situación jurídica sí es o no responsable, pero le es indiferente a la medida.
2. Mantendrían un tiempo definido hasta que se decida la situación del imputado en el juicio. La pena se impone luego de dictaminarse una sanción en el juicio.

²⁰⁷ <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/298206.pdf>

3. No son una sanción sino un beneficio al imputado. Si bien la pena debe ser resocializadora la realidad dista mucho de ello.
4. Proyectan al imputado en forma positiva en la sociedad. La pena se cumple en centros penitenciarios por ende no hay un contacto directo de la ciudadanía con los avances que tiene el sentenciado, lo contrario que ocurre con las medidas Pre-socializadoras, que se deben cumplir a la vista y en convivencia social diaria.
5. Provee de nuevas destrezas al imputado para desarrollarse como individuos en la sociedad.
6. No representan un estigma para los imputados en su cumplimiento. En virtud que no están cumpliendo una pena.
7. Mantienen al imputado dentro de la sociedad y siendo productivos. La mayoría de los condenados cumplen la pena en prisión, mientras las medidas Pre-socializadoras siempre serán en libertad.
8. El costo beneficio de las Medidas Pre-socializadoras es bajo en comparación con una pena de prisión. Los imputados sometidos a las Medidas Pre-socializadoras deben obtener su sustento de forma honrada, mientras se mantienen en libertad.
9. No se aplican a todos los imputados, indiscriminadamente sino luego de evaluarse su necesidad. La pena se aplica a quien resulte responsable.
10. Podría computársele a la pena de resultar condenado.

Si bien las Medidas Pre-socializadoras, podrían ser consideradas para los extremistas como penas lo cierto es que las medidas cautelares no privativas de la libertad

son limitantes al derecho a la libertad, pero nunca controvertidas como la medida cautelar más severa que es la prisión preventiva, y es que su aplicación es mucho más beneficiosa al imputado que mantenerlo en la detersión provisional hasta que se resuelva su situación jurídica. Por ende, si representa un beneficio para la sociedad, el imputado y todo su entorno social la Medidas Pre- Cautelares nunca podrían considerarse una pena.

6.4 Las Medidas Pre-socializadoras ¿Atentan contra la presunción de inocencia? o brindan competencias al individuo que atiende al proceso en libertad.

La presunción de inocencia como lo hemos estudiado previamente en otros capítulos, no solamente es recogida o reconocida en la mayoría de las Constituciones como la reconoce Panamá, sino también en Instrumentos internacionales ratificados y de obligatorio cumplimiento para sus signatarios.

Uno de los puntos más importantes de la presunción de inocencia, es que se aprecia materializado con el trato que se le dispense al imputado durante todo el proceso, trato de inocente, las Medidas Pre-socializadoras, evidencian con su aplicación precisamente ese trato de inocente, luego que las partes han esbozado que la medida cautelar que se debe aplicar son de aquellas que permiten al imputado atender el proceso en libertad, puede el fiscal y la defensa solicitar estas Medidas de Pre-socialización puesto que reconocen los

beneficios que representan; de igual modo el juez de oficio podría aplicar estas medidas innovadoras al tener la inmediación y haber escuchado los argumentos de las partes si considera que las mismas podrían reportarle beneficios al imputado. El trato de inocente se aprecia en la aplicación de estas medidas ya que la idea es que siga en la sociedad, no se presume culpable por su aplicación, sino que por el contrario le brindan competencias nuevas al imputado que le permiten un mejor desarrollo en la sociedad, donde podrá incursionar en nuevos nichos de trabajo o mejor el que mantiene e incluso mejorar sus relaciones interpersonales y familiares.

Se debe recordar que durante todo el proceso el indiciado, imputado o acusado, goza de la presunción de inocencia, solo desvirtuable con una sentencia condenatoria ejecutoriada, pero ello no significa que este no deba ser procesado y en muchos casos limitados sus derechos fundamentales, como el de la libertad, porque presunto inocente no significa ser intocable por el *Ius Puniendi* del Estado.²⁰⁸

La presunción de inocencia es simplemente que el imputado es inocente hasta tanto no sea declarado culpable²⁰⁹ por ende no es una limitante este principio para que al imputado se le apliquen Medidas Pre-socializadoras, máxime que se vea beneficiado con el

²⁰⁸ GÓMEZ OROZCO, José Alejandro. Nuevo Sistema Penal Acusatorio Colombiano. De la Legalización de Captura, Formulación de la Imputación e Imposición de Medidas de Aseguramiento. Librería Jurídica Sánchez R Ltda., Medellín, Colombia 2015, Pág.161

²⁰⁹ RUSCONI, Maximiliano. Op. Cit. Págs.21,22

aprendizaje de nuevas destrezas que le servirán no solo para mantenerse dentro de la sociedad, sino que permitirán en muchos casos ganarse honradamente la vida, educarse y lograr un desarrollo personal que tal vez nunca tuvo la oportunidad de lograr.

6.5 ¿Es el procesado un individuo en estado de vulnerabilidad?

La situación social y económica de los imputados no es uniforme, como no es uniforme ni igual cada individuo sometido a un proceso, las experiencias, la educación y la economía brindarán menor o mayor resiliencia en la situación que afrontan e incidirá en los cambios o no el imputado.

Si se detalla nuevamente cuales son las medidas cautelares no privativas de la libertad veremos que en unas convergen más o menos inconvenientes, lo cual es normal al tratarse de una medida que limita la libertad de los sometidos a ella, pero se requiere observar con detenimiento para arribar a la conclusión de la vulnerabilidad del imputado o no.

En el Código de Procedimiento Penal se detalla cuáles son las medidas cautelares que el juez panameño puede aplicar como medida de aseguramiento:

1. La obligación de presentarse periódicamente ante la autoridad u oficina designada por el juez.

2. La prohibición de salir del ámbito territorial que se determine.
3. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o visitar ciertos lugares o comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de la defensa.
4. El abandono inmediato del domicilio, cuando se trate de agresiones, y la víctima conviva con el imputado.
5. La prestación de una caución económica adecuada.
6. La suspensión del ejercicio del cargo público o privado, cuando se le atribuya un delito cometido en su ejercicio.
7. La obligación de no realizar alguna actividad, si pudiera corresponder la pena de inhabilitación, reteniendo, en su caso la licencia o documento que acredite la habilitación correspondiente.
8. La obligación de mantenerse en su propio domicilio o en el de otra persona.
9. La colocación de localizadores electrónicos.
10. La detención provisional.

Puede que en ocasiones el imputado se sienta un poco débil o indefenso cuando deba cumplir medidas cautelares en libertad pese a que son la mejor opción sin temor a dudas. Para el caso de la primera medida cautelar que se refiere a la obligación de presentarse periódicamente ante la autoridad u oficina designada por el juez, el imputado si tiene dificultades económicas, no cuenta con un trabajo formal o bien tiene muchas responsabilidades familiares, esta será una medida difícil de cumplir.

La prohibición de salida del territorio que es la segunda medida cautelar, no representa mayores inconvenientes para personas con escasos recursos, situación contraria para aquellas personas cuya capacidad adquisitiva permita frecuentes salidas del país y esta medida les represente limitantes de consideración.

La prohibición de concurrir a determinados lugares por regla general esta impuesta en función de evitar que el imputado pueda acercarse a la víctima o bien pueda tener acceso a drogas o alcohol, que se aprecia fue uno de los detonantes para la comisión de un delito.

En cuanto a la medida cautelar del abandono inmediato del domicilio, en este caso la mayoría ve la dinámica de vida completamente trastocada, sin vivienda y cuando los recursos económicos son limitados la situación se complica. Con relación a la medida de Caución, la economía con que cuente un imputado será proporcional a la tranquilidad que pueda tener, si puede o no hacer frente a la misma.

La medida cautelar de suspensión del ejercicio del cargo público o privado, cuando se le atribuya un delito cometido en su ejercicio, causara grandes estragos en el imputado quien dejara de percibir sus recursos económicos en la mayoría de los casos, todo lo cual puede causar la vulnerabilidad del imputado para cometer nuevos hechos o bien complicar todo su entorno social. La obligación de permanecer en el domicilio es una medida cautelar que permite que el imputado continúe laborando, estudiando en general puede que bajo

estas circunstancias no se sienta tan vulnerable el imputado, lo que genera un impacto menor.

La situación de cada imputado es única y la aplicabilidad de las medidas cautelares no privativas de la libertad al ser impuestas deben tratarse que la afectación sea la menor posible. Por ende, al incorporarse y aplicarse las nuevas Medidas Pre-socializadoras, aquellos imputados que se puedan beneficiar de tratamientos psicológicos, culminación de estudios, aprendizaje de un oficio o bien obtener trabajos remunerados que permitan un mejor cumplimiento de la medida cautelar en libertad.

6.6 Modelo de Gestión para las nuevas medidas Pre-socializadoras en favor del procesado en libertad.

El modelo de gestión de las organizaciones públicas, tienen como meta el bienestar social de la población, tomaremos en cuenta algunos elementos como son elaborar una estrategia, organización y las personas que trabajaran en esta nueva oficina, enfocados en valores para que se materialicen los cometidos de las nuevas medidas en los imputados.

Por muchos años la administración de justicia solo ha podido imponer penas a los sentenciados, pero en el camino, los administradores de justicia, los fiscales y la defensa pública e incluso las privadas, han podido apreciar de primera mano, que los delitos que se comenten y el tema de la reincidencia tiene un trasfondo, social, económico, psicológico e

incluso de entorno familiar que hace inevitable ese círculo vicioso de regresar al sistema, pero no se cuenta con herramientas jurídicas que permitan hacer grandes cambios en el individuo, se ha vedado al juez de imponer medidas para ayudar al imputado durante el tránscurso del proceso, sin necesidad que deba estar condenado.

Por otro lado, un asunto que se ha dejado de lado o aún no ha sido meditado en la creación de nuevas sanciones penales, es el hecho que en no pocos casos la pena no va tener ningún tipo de aporte en la persona condenada ya que no va a cumplir los fines de resocialización, para algunos casos pareciese necesario implementar penas con un trasfondo social real, como lo serán las Medidas Pre-socializadoras, no obstante este trabajo solo enfoca a las mismas para los que cumplen medidas cautelares en libertad.

Los objetivos que pretende alcanzar las medidas Pre-socializadoras en los imputados sometidos a ella serán los siguientes:

- 1- Adquirir nuevas habilidades y destrezas en oficios, arte o profesión.
- 2- Lograr el perfeccionamiento en un arte, oficio o profesión que ya tuviese el imputado un conocimiento empírico previo. Es decir profesionalizarlo.
- 3- Desarrollar habilidades en el plano psicológico y emocional para manejo y control de la ira.
- 4- Gestionar e impulsar el desarrollo de emprendedores.
- 5- Lograr una integración del imputado de manera positiva en el entorno social.
- 6- Gestionar canales educativos a fin de lograr metas enfocadas en la culminación de

estudios.

- 7- Facilitar la obtención de becas para culminar estudios basada en excelencia.
- 8- Facilitar medios de enlace para la obtención de empleos remunerados.
- 9- Promover actividades con las Juntas Comunales y Organizaciones sin fines de lucro donde el imputado pueda brindar apoyo e integrarse positivamente.

Para lograr los objetivos mencionados se requiere de una nueva estructura para la ejecución de las Medidas Pre-socializadoras, la cual pasará a denominarse Oficina de Ejecución de Medidas Pre-socializadoras la misma se ubicará en las diferentes sedes del Órgano Judicial, para su mejor desempeño deberá contar con personal de diferentes áreas del conocimiento. El personal ejecutivo de la Oficina de Ejecución de Medidas Pre-socializadoras estará conformado de la siguiente manera y con el perfil que se describe:

1. ***Coordinador General.***

- Licenciado(a) en Derecho y Ciencias Políticas.
- Contar con experiencia mínima de 3 años en el sistema de Justicia Penal o Trabajando con personas privadas de libertad.
- Dentro de las habilidades que se esperan:
 - Capacidad de trabajo bajo presión.
 - Facilidad para trabajar con el público.
 - Organizado(a).
 - Destrezas para trabajar en equipo.
 - Proactivo(a).

- Creatividad.
- Discreción para el manejo de asuntos sensitivos.

2. ***Oficial Supervisor de Seguimiento de Medidas Pre- Socializadoras.***

- Licenciado (a) en Derecho y ciencias Políticas
- Licenciado (a) en Criminología, psicología o Trabajo Social.
- Técnico en Instrucción sumarial o similares.
 - Capacidad de trabajo bajo presión.
 - Facilidad para trabajar con el público y comunicación asertiva.
 - Organizado(a).
 - Destrezas para trabajar en equipo.
 - Proactivo(a).
 - Creatividad.
 - Discreción para el manejo de asuntos sensitivos

La cantidad de supervisores deberá ser proporcional, con la cantidad de beneficiados con la aplicación de la medida, para iniciar 3 personas en cada oficina, con la posibilidad de aumentar este personal de requerirse.

3. ***Oficial de enlace con instituciones públicas y privadas.***

- Licenciado (a) en Derecho y ciencias Políticas
- Licenciado (a) en Criminología, psicología o Trabajo Social.
- Técnico en Instrucción sumarial o similares
- Contar con experiencia mínima de 2 años en el sistema de Justicia Penal o Trabajando con personas privadas de libertad.

- Capacidad de trabajo bajo presión.
- Facilidad para trabajar con el público.
- Organizado(a).
- Destrezas para trabajar en equipo.
- Proactivo(a).
- Creatividad.
- Discreción para el manejo de asuntos sensitivos

Se deberá contar como un mínimo de 2 oficiales de enlace, quienes también organizaran y trabajaran en conjunto con instituciones públicas y privadas para lograr programas en beneficio de los imputados beneficiados con las medidas.

4. ***Oficial de enlace con Organismos sin fines de lucro.***

- Licenciado (a) en Derecho y ciencias Políticas
- Licenciado (a) en Criminología, psicología o Trabajo Social.
- Técnico en Instrucción sumarial o similares.
- Contar con experiencia mínima de 2 años en el sistema de Justicia Penal o Trabajando con personas privadas de libertad.

- Capacidad de trabajo bajo presión.
- Facilidad para trabajar con el público.
- Organizado(a).
- Destrezas para trabajar en equipo.
- Proactivo(a).
- Creatividad.

- Discreción para el manejo de asuntos sensitivos

Se deberá contar como un mínimo de 2 oficiales de enlace, quienes también organizaran y trabajaran en conjunto con instituciones sin fines de lucro para lograr programas en beneficio de los imputados beneficiados con las medidas.

5. ***Oficial de servicios centralizados de interés general.***

- Licenciatura en Administración de Empresas, Mercadeo o publicidad.
- Licenciado (a) en Derecho y ciencias Políticas.
- Contar con experiencia mínima de 2 años.
 - Capacidad de trabajo bajo presión.
 - Facilidad para trabajar con el público.
 - Organizado(a).
 - Destrezas para trabajar en equipo.
 - Proactivo(a).
 - Creatividad.
 - Discreción para el manejo de asuntos sensitivos.

Se deberá contar como un mínimo de 2 oficiales, las funciones de estos oficiales están enfocada en identificar los trabajos de interés general en la población que no se estén cubriendo satisfactoriamente, para que los beneficiados con las medidas Pre-socializadoras, puedan iniciar un empleo o bien inicien un proyecto de trabajo propio, para que puedan desarrollarlo; se les brindará un esquema de trabajo o bien herramientas para que puedan

6. ***Trabajador (a) social.***

Deberá contarse mínimamente con un trabajador social, cantidad que puede variar de conformidad con el número de beneficiados a los cuales se requiera hacer una evaluación de trabajo social.

7. *Psicólogo (a).*

El profesional de psicología realizará de ser necesario evaluaciones del imputado y emitirá al fiscal y al juez sus consideraciones al respecto, con relación a las necesidades emocionales del imputado y como esto puede afectar su entorno social, todo ello enfocado a que la medida de Pre-resocialización sea más integral.

Funciones del equipo de trabajo de la Oficina de Seguimiento de Medidas Pre-socializadoras:

1. *Director General:*

- El Coordinador es enlace primario con los Jueces, Fiscales, Instituciones Públicas y Privadas, así como con las organizaciones sin fines de lucro, a fin de dar a conocer y promover las medidas pre-socializadoras.
- Supervisa que se desarrolle la información estadística a fin de documentar las medidas impuestas y los beneficios que se reportan.
- Organiza y distribuye el trabajo que debe dársele el seguimiento adecuado.
- Supervisa el trabajo de todo el equipo asignado a la oficina.

2. Oficial Supervisor de Seguimiento de Medidas Pre- Socializadoras.

- El oficial de supervisión de las Medidas Pre-socializadoras deberá dar seguimiento a

todas las medidas que hayan llegado a la oficina para su ejecución.

- Mantiene y actualiza la base de datos y las estadísticas de las medidas al día y realizar observaciones con relación a los puntos a mejorar, así como indicar que progresos observan en los imputados.
- Informa al director del incumplimiento, para que comunique a todas las partes el incumplimiento.

3. Oficial de enlace con instituciones públicas y privadas y el Oficial de enlace con las organizaciones sin fines de lucro.

- Mantener contacto permanente con los Ministerios de Estado, Ministerio de Ambiente, Ministerio de Turismo, Ministerio de Seguridad, etc., abrir canales para realizar trabajos en conjunto, de este modo brindar programas, charlas, voluntariado, donde participen activamente y puedan cumplir con la medida Pre-socializadora.
 - Elaborar base de datos con respecto a los programas que se desarrollan y colaborar con la confección de las observaciones de la estadística general, señalando las mejoras que puedan darse y los beneficios a los participantes que se han evidenciado.
 - Promover la creación de becas para los imputados que demuestren un deseo real de culminar estudios secundarios, técnicos o incluso universitarios estos últimos demostrando excelencia en las calificaciones.
4. Oficial de Servicios Centralizados de Interés General.
- Lograr identificar posibles áreas de trabajo que pueden desarrollar los imputados sin trabajo.
 - Ubicar empleos temporales y permanentes a los imputados que no laboran.

- Enlace con Ampyme y el Ministerio de Comercio e Industrias a fin de Promover la pequeña empresa.
- Facilitar capacitaciones con expertos a fin de los imputados con ideas de negocios puedan materializarlas.

Para la nueva Oficina de seguimiento se debe dotar de instalaciones adecuadas, que permitan al personal desempeñar las funciones encomendadas, las solicitudes serán canalizadas a través del Director General y cada Oficina se ubicara en las sedes principales del Órgano Judicial en cada Distrito Judicial. Los Distritos judiciales de Panamá y Chiriquí y Bocas del Toro; es decir Primer y Tercer Distrito Judicial contarán con dos Oficinas para el seguimiento de las Medidas Pre-socializadora cada una por el volumen de casos que manejan, pero para el Segundo y Cuarto Distrito Judicial se contará con una sola oficina, debiendo el Director General, ensayar la logística que permita el cumplimiento de los objetivos en estos Distrititos Judiciales, que tienen una relación de casos inferior.

6.6.1 Procedimiento para aplicar Medida Pre-Socializadoras.

Previo a la petición de Medidas Pre-socializadoras, se podrá realizar una evaluación psicológica y/o de trabajo social al imputado, solamente de considerarse necesario por alguna de las partes o bien de oficio por el juez en el acto de audiencia de imputación, la finalidad de la evaluación y/o del trabajo social será exclusivamente para determinar qué

Medida Pre-Socializadora sería la más conveniente y de considerarse que no sería beneficiosa al imputado los profesionales idóneos de la Oficina de Medidas Pre-socializadoras deberán enviar informe explicativo al respecto.

Debe recordarse que el imputado generalmente ha brindado entrevista, con lo cual se conoce parte de la historia del mismo, así como también en audiencia pública el juez pasa a preguntar sobre su grado de escolaridad, donde reside, cuál es su fuente de ingresos para sustentarse, edad con que cuenta, dependientes y otros datos que se consideren de importancia, con lo cual ya se cuenta con información fidedigna.

La Medida Pre-socializadora, puede ser aplicada por el juez de oficio en el acto de audiencia de imputación, o bien puede ser solicitada en este mismo momento por alguna de las partes, el Ministerio Público o incluso por la propia defensa en beneficio del imputado.

Existirán 3 momentos para solicitar las Medida Pre-socializadoras:

1. En acto de audiencia de imputación, la imposición puede ser de oficio o a petición de las partes.
2. El segundo momento, surgirá si el juez o alguna de las partes a pedido realizar evaluación psicológica y/o trabajo social con la finalidad de verificar que medida de las Medida Pre-socializadoras es la que más le beneficiaria.
3. Excepcionalmente las partes pueden solicitar una audiencia de Medida Pre-

socializadoras, ya que por alguna razón no se hizo en el acto de audiencia de imputación o bien por considerar posteriormente que el imputado se beneficiaría con las mismas.

Con respecto a cada uno de los momentos que se puede solicitar la Medida Pre-socializadora, quien la invoca debe sustentarla para que el juez pueda concederla. De igual manera si alguna de las partes se opone a la aplicación de la Medida Pre-socializadora, deberá sustentar los motivos por los cuales el imputado no requiere de ningún tipo de estas nuevas medidas, o bien porque no se beneficiaría.

6.6.2 Beneficios del imputado por el cumplimiento de las Medidas Pre-socializadoras.

Dentro de los beneficios que reportan las Medidas Pre-socializadoras, para el propio imputado, es posible mencionar:

1. Se reconoce en la pena una disminución por el cumplimiento de las Medidas Pre-socializadoras.
2. Se beneficia con la adquisición de nuevas destrezas y habilidades.
3. Puede beneficiarse con un medio de subsistencia digno.
4. Se brinda capacitación técnica especializada.
5. Orientación social.

Dependiendo la medida que se le aplique al imputado, los beneficios serán diferentes

y la actitud del mismo en el cumplimiento del mismo reportara exponencialmente beneficios.

6.6.3 Consecuencias del incumplimiento del imputado con las Medidas Pre-socializadoras.

La aplicación de la medida tiene la intención que el imputado pueda beneficiarse así mismo, a la sociedad y al cumplir puede generar cambios en su entorno familiar, así como en su comunidad, el incumplimiento demuestra total desinterés en la ayuda que le brinda el Estado, como consecuencia es posible mencionar:

1. Se podrá verificar la necesidad de modificar o no las medidas cautelares.
2. El juez de cumplimiento valorara el cumplimiento o incumplimiento de la Medida Pre-socializadora, al momento del cumplimiento de la pena y las solicitudes que se presenten en beneficio del sancionado, mismas que podrán negarse u otorgarse.
3. Se priva de obtener nuevos conocimientos que le serian de provecho en su crecimiento personal y social.

6.7 Importancia de su implementación.

Los sistemas de justicia que han debido implementarse por los tribunales penales a través de la historia, han sido cuestionados y se consideraron en crisis desde hace muchos

años, de hecho la evolución de los delitos, las penas y la forma de administrar justicia nunca se ha calificado como excelentes o siquiera bueno en algún momento histórico, pese a los grandes avances la materia penal vive un conflicto eterno desde su existencia, su justificación y aceptación; y ello es porque hay mucho en juego.

Pese a lo anterior los cambios más recientes han surgido paulatinamente producto de modelos que se han adoptado en países considerados más avanzados que los nuestros _ refiriéndome a Panamá_ para luego incorporar estos cambios en los países de la región, tal vez la imitación de los modelos ha traído problemas que en los países de origen ni siquiera surgieron o bien el modelo no ha sido cuestionado por la opinión pública, ni calificado de inefficiente ello en virtud que donde nació, es decir donde se ideo tuvo un terreno fértil, la sociedad se nutre de otra cultura, la educación, los sistemas sociales de avanzada, en Panamá y otros países latinoamericanos encuentran dificultades que en los modelos no han sido iguales, es decir que no tienen un camino que allanar de hecho cuentan con toda una estructura que permite que el sistema se haya ejecutado a satisfacción y sin serios cuestionamientos.

Mucho se ha hablado que, si el Sistema Penal Acusatorio es una puerta giratoria, es decir, que permita que en cuanto se prive a una persona de su libertad por haber cometido un delito flagrante o por haberse hecho efectiva una orden de aprehensión, más tardará en entrar que en salir de la prisión. No hay que confundir los fundamentos humanistas y garantistas del Sistema Penal Acusatorio con un libertinaje procesal y tampoco debe

entenderse este tema como aislado de la seguridad pública. Deben entenderse todos estos conceptos, como parte de una política criminal, pues a fin de cuentas la, adopción misma de un Sistema Penal Acusatorio, es una decisión político-criminal²¹⁰.

Uno de los cuestionamientos más serios es la entrada y salida rápida de los delincuentes de los tribunales de justicia, ya sea por los acuerdos de pena benévolos que presenta el Ministerio Público, ello mayormente por no tener investigaciones sólidas, que pueden ser justificadas por muchas razones, como falta de personal idóneo, presupuesto, trabajo de campo deficientes, en fin, cualquier justificante solo será eso justificación más no una solución. Luego entonces la solicitud y aplicación de medidas cautelares que no se cumplen en muchos casos, o bien la reincidencia de los imputados en nuevas investigaciones luego de la oportunidad que se les ha brindado, todo ello genera en la comunidad y la opinión pública descontento en el nuevo sistema de administración de justicia, Sistema Penal Acusatorio.

El cambio de modelo de un Sistema Mixto a un Sistema Penal Acusatorio seguirá siendo objeto de burlas y cuestionamientos, así como tampoco será aceptado por la sociedad sino se percibe un cambio real de las personas que son sometidas a un proceso y

²¹⁰ VÁSQUEZ GONZÁLEZ DE LA VEGA, Cuauhtémoc; IBARRA VARGAS, Samuel. Evolución de las Medidas Cautelares en el Sistema Penal Mexicano. En Las Medidas Cautelares. El tope a la puerta giratoria. (coord. Álvaro Vizcaíno Zamora) Edit. Tirant Lo Blanch, México 2018, Págs177,178.

luego dejadas en libertad para cometer nuevos delitos. La sociedad requiere percibir el cambio de sistema como un nuevo paradigma, beneficioso a la comunidad y a los destinatarios de las medidas es decir que el sujeto sometido al proceso también lo aprecie.

Se reflejará en este nuevo modelo de Medidas Pre-socializadoras, un paradigma diferente que permita a la comunidad, desde diferentes ángulos interactuar con el imputado, como estudiante, emprendedor, voluntario, trabajador en beneficio de su familia, comunidad y país, esta será la nueva proyección que pretende las Medidas Pre-socializadoras lanzar hacia la sociedad, una nueva visión de un imputado, que puede ser agente de cambio en positivo.

Para el imputado reporta grandes beneficios, puede lograr metas que nunca hubiese sabido cómo lograrlas y, gracias a la orientación o bien los estudios nuevos que realizara, abre un nuevo horizonte de oportunidades. Pero en la eventualidad de que resulte culpable el imputado en el juicio, obtiene otro beneficio ya que podrá, tomársele en cuenta el tiempo que ha cumplido, siempre y cuando haya culminado de forma satisfactoria la Medida Pre-socializadora que se le impuso.

La importancia de la implementación de las Medidas Pre-socializadora tiene una doble dimensión, que va en función de una mejor percepción del Nuevo Sistema Penal Acusatorio con relación a la sociedad por un lado y por otro lograr que el imputado se beneficie con la oportunidad brindada, evite la comisión de nuevos delitos y emprenda una

nueva vida o bien realice cambios de conducta que le aportarán a lo largo de su vida.

6.8 Medidas Pre-socializadoras en los específicos.

Las Medidas Pre-socializadoras van a estar divididas de acuerdo a las necesidades de los imputados, cada individuo tiene sus propias necesidades; es un hecho que incluso hay imputados que ni siquiera requieren medidas Pre-socializadoras, por ende, se hace necesario realizar una clasificación que permitirá tener un plan a seguir con la mayoría de los casos que se presenten, de acuerdo a la edad, escolaridad, tipo de delito, evaluación psicológica y/o de trabajo social (opcional).

Las instituciones del Estado establecidas, así como los organismos sin fines de lucro, serían las que proveerían de cursos, programas de educación y aquellas capacitaciones de mejora continua para los imputados sometidos a las Medidas Pre-socializadoras.

6.8.1 Cursos vocacionales.

Los cursos vocacionales, pueden ser provistos por las instituciones que tengan oferta gratuita y nuevos programas que se desarrollen conjuntamente la Oficina de Seguimiento con las Instituciones públicas y privadas, a través de los oficiales; pero en la actualidad la que mejor se adapta a las necesidades y capacitaciones para los imputados en libertad son las que brinda el Instituto Nacional de Formación Profesional y Capacitación para el

Desarrollo Humano (INADEH), el cual mantiene los siguientes programas:

Programas con acciones formativas destinadas a desarrollar las competencias (habilidades, destrezas y actitudes) requeridas en un oficio u ocupación. Su duración en horas oscila de 304 a 2000.

Cursos de capacitación orientadas a un tema o área específica. Su duración oscila de 40 a 300 horas.

Seminarios talleres, con capacitaciones especializadas de origen técnico o académico. Con duración de 8 a 40 horas.

Dentro del diseño curricular, sería posible elegir para los imputados o imputadas sometidos a las Medidas Pre-socializadoras.

Artesanías

Confección de mundillos.

Confección de adornos.

Hotelería y Turismo

Recepcionista bilingüe dual.

Metalmecánica

Soldadura general

Soldador calificado

Corte y soldadura SMAW GMAW básico

Preparación, corte y soldadura de plancha de acero al carbono

Administración

Administración de tiendas

Calidad en los servicios logísticos y la hospitalidad

Mecánica Automotriz

Mecánica automotriz

Calidad en los servicios logísticos y en la hospitalidad

Minería y ambiente

Guarda Parque

Operador de planta de planta de tratamiento de agua potable y residual

Operación y Mecánica de Equipo pesado.

Operación de excavadora hidráulica

Tractor de cadenas

Transporte Terrestre

Instructor práctico de manejo

Agente responsable de trenes y estaciones 211

El INADEH no solamente brinda la capacitación, sino que tiene la posibilidad con un grupo de empresas e instituciones aliadas brindar a quienes ingresen en los programas de formación la oportunidad de obtener empleo remunerado y mantienen en la web un listado de las personas que toman diversos cursos por lo que se crea una base de datos para futuros

²¹¹ <https://www.inadeh.edu.pa/oferta-formativa>

empleadores que requieran a personas con determinados perfiles que el INADEH, lo cual permite la posibilidad que puedan ser llamados eventualmente.

Sería de suma importancia mantener una alianza entre la nueva Oficina de Seguimiento de Medidas Pre-socializadoras y el INADEH, los programas que ofrecen ya están organizados y sería más fácil que el Órgano Judicial brindara el apoyo para lograr los objetivos con los imputados además que en conjunto se pueda crear nuevos programas.

Pero como no es posible crear las nuevas Medidas Pre-socializadoras solo a expensas de una institución los nuevos enlaces deberán tener los acercamientos en otras instituciones del Estado así como privadas para crear nuevos cursos, pasantías o seminarios talleres con los imputados; ya teniendo un modelo como el INADEH, es posible aplicar las bondades y modificar aquellos puntos que consideremos que impiden una mejor calidad de resultados.

Las instituciones públicas que en este segmento podrían ser aliadas estratégicas son:

Ministerio de Comercio e Industrias.

Dirección de Aseo

Autoridad de Ambiente

Autoridad de la Micro, Pequeña y Mediana Empresa (AMPYME).

Ministerio de Salud.

Ministerio de Educación.

Autoridad de Turismo, entre otras.

La idea de realizar un acercamiento con estas instituciones va en doble vía la primera

por el personal profesional con el que cuentan en distintas ramas del conocimiento por lo que puede el Oficial crear un programa de corta duración (horas o semanas) de acuerdo a las necesidades de algún grupo de imputados sometidos a Medidas Pre-socializadoras donde sirvan como facilitadores los profesionales idóneos de cada una de estas instituciones públicas y sin dejar de lado las instituciones privadas así como las sin fines de lucro e incluso las iglesias y en segundo punto la posibilidad de que puedan entrar a realizar trabajos de pasantía o trabajo social en dichas instituciones.

6.8.2 Trabajo remunerado.

Las nuevas Medidas Pre-socializadoras, pueden incluir el trabajo remunerado, esta es una opción viable cuando el imputado ya cuenta con suficiente instrucción de una profesión, oficio o arte, en este caso la Oficina se Seguimiento de las Medidas Pre-socializadoras, a través del Oficial de Servicios Centralizados de Interés General, debe previamente gestionar con compañías, distribuidoras, empresas, establecimientos grandes o pequeñas que puedan requerir emplear a personas con algún grado de capacitación.

En este mismo rubro del trabajo remunerado es posible incluir también las orientaciones y capacitaciones que brinde el INADEH o bien crear programas conjuntos con énfasis en servicio y atención al cliente, comunicación efectiva, relaciones interpersonales sanas y productivas, así como cualquier otro curso o programa de educación continua que pueda permitir un mejor desarrollo personal.

El Oficial deberá reunirse con los imputados sometidos a las Medidas Pre-socializadoras, establecer una base de datos con los siguientes datos:

El perfil académico, arte u oficio, establece que trabajos ha desarrollado exitosamente,

Establecer las razones por las cuales no se encuentra laborando.

Realizar una entrevista enfocada en que el imputado, exprese sinceramente que tipo de oficio sería su ideal de trabajo para sustentarse.

Promover la idea de desarrollar sus propias fuentes de empleo, creando pequeños nichos de ocupación.

Establecer las capacitaciones en conjunto con los oficiales de enlace de las instituciones públicas y privadas, a fin de desarrollar programas o charlas de orientación, rápidas y efectivas.

Si bien el Oficial debe intentar buscar fuentes de empleo para los imputados que se encuentren desempleados, lo cierto es que esta no es la única alternativa, ya que es posible que con ciertas herramientas de capacitación los mismos puedan emprender sus propios negocios familiares o individuales, tales como:

- Prestar servicios de jardinería a residencias y negocios.
- Venta de productos orgánicos huevos, pollos, vegetales etc., dependiendo del área donde vivan que se lo permita, siendo una buena opción para los que residen en zonas rurales
- Venta de comidas caseras
- Paseo y atención de mascotas.

- Atención y asistencia a personas con discapacidad, especialmente movilidad disminuida.

Serán los propios imputados quienes ofrezcan otras ideas para generar nuevas fuentes de empleo, según sus gustos y capacidades.

No se pretende que el Oficial sepa de todas las ramas, pero si puede realizar los acercamientos con las diferentes entidades especialistas en los temas, luego ayudar a los imputados a promocionarse (marketing) de lo que ofrecen, realizar charlas para que sean consiente que, para vender, es importante servicio al cliente y mantener buenas relaciones interpersonales.

Promover nuevas fuentes de ingresos para los imputados, así como orientarlos y conseguir empleos será la función principal de estos oficiales, debiendo rendir un informe mensual de logros a fin de verificar la idoneidad de la persona que está ocupando el puesto.

6.8.3 Formación continua en materia de cultura de paz y conciencia social.

En el año 2000 es la década en la que se inicia una gran movilización mundial orientada a transformar la cultura de guerra y violencia en cultura de paz y no violencia, la cual definen las Naciones Unidas, como un conjunto de valores, actitudes, modos de comportamiento y estilos de vida que rechazan y previenen los conflictos

abordando directamente las causas a fin de resolver los problemas, mediante el dialogo, entre individuos, grupos y naciones²¹².

Una cultura de paz y conciencia social, empieza con el rechazo de la violencia como forma de solucionar conflictos y para que ello sea posible se debe dar un amplio consenso al respecto, es decir la paz se debe interiorizar culturalmente y esto supone erradicar la cultura de la guerra y la violencia como forma de resolver problemas que genera el modelo de desarrollo actual. La construcción de una cultura de paz es un proceso lento que supone un cambio de mentalidad individual y colectiva. En este cambio la educación juega un papel importante pero la educación formal no es suficiente. La sociedad desde diferentes ámbitos y desde su capacidad educadora, también deben incidir y apoyar los proyectos y programas para que ello se materialice.

Es importante que se genere un proceso de reflexión sobre cómo se puede incidir en la construcción de la cultura de paz, desde los medios de comunicación, desde la familia, las empresas, las unidades de producción agrícolas, los ayuntamientos, organizaciones no gubernamentales, asociaciones ciudadanas, etc., se trata de generar una cultura de paz enraizada en la conciencia de la sociedad que no dé lugar a la violencia; así como también que los gobiernos tomen conciencia de la cultura de la paz y los

²¹² <http://www.globaleducationmagazine.com/cultura-de-paz-no-violencia/>

condicionantes que la facilitarían, tal como la eliminación de las situaciones de injusticias, distribución más equitativa de la riqueza, eliminación de la pobreza, derecho a la educación en igualdad de condiciones y que esta nueva cultura permita a su vez una nueva cultura de administración de poder²¹³.

Por ende, para este proyecto de Medidas Pre-socializadoras se requiere que la población esté involucrada, a través de diferentes formas y el imputado aprenda la importancia de su trabajo o desenvolvimiento en la sociedad, así como la forma positiva que puede empezar a notar al resto de la sociedad en algunos casos que perciban al entorno social como displicente hacia ellos. En muchos casos los imputados viven en entornos violentos, con una educación en casa que promovía la violencia y resolver problemas utilizando la fuerza, con poca tolerancia y dificultad de expresar las frustraciones desembocando en situaciones de conflicto, familiares y sociales. La falta de herramientas para lograr solucionar conflictos no se limita únicamente a la utilización de la fuerza sino comprende también formas agresivas verbales o de gestos hacia otras personas, por lo que dicho comportamiento le impide mantener relaciones, afectivas, laborales, sociales, finalmente un asunto que refleja falta de educación en valores y cultura.

A pesar de la necesidad de erradicar las formas directas e indirectas de violencia, en

²¹³ <https://www.oei.es/historico/valores2/palos1.htm>

el trabajo que nos ocupa la intención es menos abarcadora limitando únicamente a la necesidad de que los imputados sometidos a las Medidas Pre-socializadoras, tomen charlas y participen como facilitares de del tema de cultura de paz y conciencia social.

Para el punto relacionado a la conciencia social debe participar como voluntario en temas relacionados a conservación del ambiente, así como también participar como voluntario brindando ayuda en hospitales y hogares de ancianos, excepcionalmente trabajando con niños siempre que se sea posible la viabilidad por considerarse que no existe riesgo.

La nueva Oficina de Seguimiento, debe crear una base una base de datos de profesionales e instituciones que pueden brindar, cursos, charlas, grupos de voluntarios, que mensualmente inicien capacitaciones en el tema de cultura de paz o no violencia. De igual manera deberá realizarse enlace con organismos gubernamentales y no gubernamentales para los efectos de que los imputados participen como voluntarios en los programas que tengan cada mes, los hospitales cuentan con grupos permanentes de voluntarios, así como otros grupos permanentes.

Algunos grupos de voluntarios pueden ser vistos en <https://www.ponteenalgo.com>, página que agrupa diferentes maneras de voluntariado en Panamá de forma presencial o incluso de forma virtual, pero para los imputados será siempre presencial.

Así entonces tenemos como posibles áreas donde participen como voluntarios, los imputados sujetos a Medidas Pre-socializadoras:

- Cruz Roja Panameña
- Fanlyc.
- Fundación Pide un Deseo.
- Cuerpo de Bomberos
- Voluntariado en los hospitales.

Etc.

Un artículo de la prensa local del 8 de diciembre de 2017, señala que la segunda encuesta nacional de voluntariado nacional fue aplicada en el año 2017 y cuenta que el 21% de la población panameña practico el voluntariado en el último año de forma directa o en organizaciones religiosa, sociales, cívicas y ambientales, esto representa unas 800 mil personas. Se advierte en la nota periodística que en el hogar Malambo que es para niños y adolescentes huérfanos van solo 5 voluntarios al mes y realmente a cumplir labor social de las universidades y centros educativos. Pero que el secreto del voluntariado es la “buena voluntad” y “generosidad” 214.

Se puede decir que Panamá es un país solidario, pero falta esa participación

²¹⁴ https://www.prensa.com/impresa/panorama/poblacion-practica-voluntariado_0_4912008844.html

ciudadana que apoye a los sectores más vulnerable, que haya más conciencia social, en este sentido mostrar a algunos imputados su importancia como entes de cambio o solamente como entes valiosos en la comunidad puede generar cambios en los mismos. En muchas ocasiones en Panamá, la gente desconoce cómo puede brindar a las organizaciones de beneficencia su ayuda de manera voluntaria, lo cual permitiría una conciencia de ciudadanos en favor de todos y no de forma individual.

En igual sentido es posible apreciar que cada día más las empresas tienen un segmento que se denomina “Responsabilidad Social Empresarial”, para algunos autores el origen de este movimiento se da en la década de los treinta y otros en los setenta, pero lo cierto es que desde los años 90 este concepto ha ido cobrando fuerza y evolucionado constantemente, tras el advenimiento de la globalización, el aceleramiento de la actividad económica, la ciencia ecológica y las nuevas tecnologías. Las empresas toman en consideración que sus empresas que sus actividades tengan repercusiones positivas sobre la sociedad y que afirman los principios y valores que los rigen. La Responsabilidad Social Empresarial es entendida esencialmente como una iniciativa de carácter voluntario²¹⁵.

Concretamente tenemos en este punto 3 opciones en las que puede participar los imputados sometidos a Medidas Pre-socializadoras:

²¹⁵ <https://www.gestiopolis.com/historia-de-la-responsabilidad-social-y-el-desarrollo-sostenible/>

Charlas de corta duración de 8 a 40 horas relacionadas a Cultura de Paz y Conciencia Social.

Programa de charlas continúas de Cultura de Paz y Conciencia Social con duración de una semana.

Combinación de Charlas y Voluntariado a escogerse, de acuerdo a la preferencia del imputado o bien lo que indique el juez.

Tomando en consideración la globalización que se observa en todos los ámbitos de la sociedad, empresas, escuelas, comunidades, ciudadanos en general, etc. es necesario que el derecho penal redirija su enfoque, lograr un cambio en individuos imputados que forman parte de una sociedad, pero no son tratados, ni integrados positivamente dentro de la misma, siempre mantendrá los resultados que hasta el momento hemos tenido; la carencia de confiabilidad en la justicia por la población y por los usuarios del sistema, son entonces los pequeños cambios, que poco a poco generan grandes cambios y nuevos pensamientos.

El garantismo como se está presentando en Panamá, es percibido como impunidad y lamentablemente muchos operadores de justicia se conforman con pensar que hay que cambiar la mentalidad y la población también, pero este cambio solo se logra con hechos y no solo teoría que beneficie a los imputados y a la sociedad en general.

Por último, vale citar a Eugenio Raúl Zaffaroni quien indica que “El derecho penal es un saber, no son las leyes penales, sino el sistema de interpretación de las leyes penales que hacemos los juristas. Estas leyes, en su letra, pueden desconocer humanitas, pueden ser aberrantes, como son las leyes que autorizan la tortura o que prescriben penas crueles y

desproporcionadas, categorías ambas que se sancionan con demasiada frecuencia en el mundo actual. El legislador penal puede hacerlo y de hecho lo hace. La función jurídica de nuestro saber no es racionalizar las leyes que desconocen humanitas, sino descubrirlas, denunciarlas y, en el proyecto de jurisprudencia que la ciencia penal propone a los jueces brindar los argumentos para que estos descarten su aplicación".²¹⁶ Entonces porque no interpretar un cambio de paradigma más integral en beneficio y defensa de los ciudadanos y los ciudadanos imputados sujetos a procesos en libertad.

La propuesta presentada pretende ser un grano de arena dentro de los vertiginosos momentos en los que vivimos, grandes cambios, problemas sociales y económicos, ausencia de credibilidad e irrespeto a la Administración de Justicia, que van en aumento de forma exponencial por lo menos en Panamá, para no adentrarnos en América Latina. De igual modo observando la experiencia histórica es posible afirmar que los cambios innovadores han sido en su momento los menos populares pero los que han producido los cambios reales de la actualidad.

²¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El humanismo en el derecho penal. Colección Vanguardia En Ciencias Penales No.10, Instituto de Formación Profesional, México 2009, Págs.8,9

CONCLUSIONES

1. Muchas son las críticas que se hacen al Derecho Penal, calificándose en crisis en la actualidad, a lo que debemos indicar que más que una crisis, se ha mantenido evolucionando hacia formas más humanas, se han realizado grandes cambios no solo desde la doctrina sino en el plano de la práctica tribunalicia al existir nuevas normas, también en el plano de los derechos fundamentales se han dado grandes avances, las nuevas corrientes abogan cada vez con mayor fuerza sobre la necesidad que se respeten los derechos de los que guardan detención preventiva o los que se encuentran condenados. Pero se ha impulsado como nunca antes la necesidad de aplicar medidas cautelares distintas a la detención provisional para lograr la mejor salvaguarda de los derechos del imputado.

2. A lo largo de la vida humana se aprecia cómo los individuos han lidiado con las ofensas de unos contra otros y luego como el poder del Estado entra a regular a través del *Ius Puniendi*, dichas relaciones humanas, el fundamento del *Ius Puniendi* va dirigida a preservar la paz social siendo que la venganza privada está proscrita, pero también mantiene una potestad sancionadora y es garante de los derechos fundamentales de los miembros de una sociedad, lo que puede generar conflictos en ocasiones. Sin el poder del Estado para crear e imponer las normas que describen conductas, categorizadas como delitos que ofenden los bienes y honra de las personas, la raza humana retrocedería a legitimar las agresiones físicas de unos contra otros e incluso a legitimar formas de tortura.

3. Esta evolución del Derecho Penal, ciñéndonos exclusivamente en lo relativo a

medidas cautelares que permiten al imputado llevar el proceso en libertad, se advierte que fue una modalidad que en la antigüedad no existía, la prisión era el medio único para mantener al procesado pendiente al proceso y la condena que se impusiere era afflictiva, por ende, se mantenía al o los investigados y procesados confinados sin otra alternativa.

4. Pero este derecho de castigar del Estado, de imponer penas y medidas de seguridad esta sabiamente delimitado, es decir que no es arbitrariamente impuesto, le sirve entonces a evitar esto, el principio de legalidad, el acceso a la justicia, la legitimidad, entre otros que emergen como derechos de los imputados en resguardo del enorme poder del Estado.

5. Por otro lado, pero dentro de un mismo orden de ideas, le corresponde al Sistema Penitenciario, en sus centros penitenciarios hacer que se cumplan las sentencias y la medida cautelar de prisión que impongan los jueces, para el estudio que desarrollamos en este trabajo, la detención provisional en los centros carcelarios atenta en muchos casos con los derechos humanos ya que no existe segregación de condenados y de aquellos que esperan su fecha de audiencia. Las condiciones de los centros carcelarios suelen atentar contra la vida, la honra, salud y seguridad de los detenidos provisionalmente. Sumado al hecho que atenta contra derechos fundamentales que nunca debieron ser restringidos, pero dada la naturaleza de la medida es insalvable presérvanos sin ser menoscabados.

II

6. La delincuencia de cada país suele ser distinta, tiene sus propias características, pero la alarma social es bastante uniforme en los países de la región; por lo que se ha generado cabildos filosóficos, con posturas álgidas, encontradas, pero arto interesante, de las dos corrientes filosóficas que se mencionan en este trabajo tenemos el Garantismo Penal de Ferrajoli que tiende o propugna al uso mínimo del derecho penal, aboga por los derechos del imputado y el Derecho Penal de Enemigo siendo Jakobs uno de sus más notables exponentes.

7. Aunque el derecho penal del enemigo no es una construcción actual, es Jakobs quien la ha defendido y extendido de forma más notoria en la actualidad, por decirlo así ha refrescado esta corriente ya mencionada en el pasado, también ha elaborado una idea más didáctica al respecto, así como ha fundamentado la importancia de su existencia y su aplicación debidamente enmarcada; señalando que su intención no es crear normas ni postulados político, sino describir a quien el sistema trata como enemigo. También exalta que la sentencia que dice que todos deben ser tratados como personas, debería adicionar, siempre que “todos” aquellos cumplan con sus deberes o en caso contrario no resulten peligrosos²¹⁷.

²¹⁷ <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2923963> (Gunther Jakobs. ¿Derecho Penal del Enemigo? Un Estudio Acerca de los Presupuestos de Juridicidad).

8. El derecho penal del enemigo no está dirigida a todos los individuos por igual que sean infractores de la norma penal, solo aquellos que realmente sean un peligro; lo cierto es que muchas personas sujetas a procesos penales se incorporan o nunca salen de la sociedad, ya que su infracción no tuvo secuelas notorias, en muchos casos se da el arrepentimiento sincero del infractor de la norma e incluso la reparación del daño. Bajo esta idea es posible darle fortaleza a las nuevas Medidas Pre-socializadoras, las cuales se aplican a personas sin ofensas tan graves de lesa humanidad.

9. El Derecho Penal Mínimo y el garantismo, ha sido la corriente filosófica que ha tenido mayor aceptación en los últimos tiempos, ha sido tomada muy en consideración en el nuevo proyecto de justicia penal que se desarrolla en Panamá, considerándose que el Derecho Penal debe ser utilizado como último recurso así lo establece el Código Penal y el Código de procedimiento Penal.

10. Para Luigui Ferrajoli, utilizar al Derecho Penal lo menos posible, permite que se tutele derechos fundamentales, además que el derecho penal tiene una doble función minimizar la violencia en la sociedad lo que sería minimizar la doble violencia la primera que ejerce el delincuente y luego la del ofendido, generándose dos situaciones arbitrarias e incontroladas, debiendo entonces el Derecho Penal monopolizar la fuerza²¹⁸.

²¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. El Paradigma Garantista. Edit. Trotta, Nápoles 2018 Pág.57

La ley Penal se justifica en cuanto a la ley del más débil, tutela derechos contra violaciones arbitrarias de los más fuertes y los derechos fundamentales son los que definen sus ámbitos y sus límites como bienes siendo esta una mejor justificación del Derecho Penal, teniendo más sentido que las teorías tradicionales que justifican la pena, según Ferrajoli²¹⁹.

III

Los derechos fundamentales o derechos humanos, son dos de las denominaciones más comunes, para referirnos a los derechos civiles, político, sociales, económicos, en el plano de igualdad del ser humano para llevar una vida digna; así como surgieron estos derechos de primera generación, producto de la desigualdad y la opresión, se le han ido sumando, los derechos segunda, tercera e incluso ya la cuarta generación de derechos siendo objeto este último aún de debate si ya cerró el ciclo de tercera generación o ya estamos en la cuarta generación de derechos, mismos que toman en cuenta a la colectividad y son difusos. En este trabajo se pudo apreciar que las opiniones de teóricos positivistas e Iusnaturalistas son las más fervientes en cuanto a la existencia de los derechos humanos. Para los Iusnaturalistas los derechos fundamentales son connaturales a los individuos no es la norma la que los crea co-existen con el humano y para los positivistas existen porque están incorporados en la norma; lo cierto es que esta última posición es la más utilitarista puesto que el reconocimiento de los derechos fundamentales en la normativa internacional, constitucional es la garante que se protejan.

La expansión de los derechos fundamentales ha supuesto una carga aún mayor para la protección de un numero plural de nuevos derechos humanos por parte del Estado, quien tiene el deber de honrar los derechos que se establecen en su Carta Magna, así como

²¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. El Paradigma Garantista. Edit. Trotta, Nápoles 2018 Pág.57,58

también el cumplimiento efectivo de los tratados internacionales los cuales haya suscrito. Incrementar los derechos fundamentales crea una inflación de los mismos y se pierde la certeza de su protección, ya que para cada sector de la población las necesidades serán diferentes, pero al establecerlos hay una obligación de tutela y es imposible por el momento la distribución de los recursos de forma uniforme, debiendo enfrentarnos al ser y no al deber ser.

El Sistema Penal Acusatorio descansa sobre una serie de derechos, principios y garantías, tanto para el imputado como para la víctima; ambas partes tienen derecho ser tratados en el plano de igualdad, debe existir en las audiencias la oralidad, inmediación, contradicción, publicidad, concentración del proceso, imparcialidad del juzgador hacia las partes. Pero también hay garantías específicas para el imputado de las que se destaca, la presunción de inocencia, derecho a la defensa, el derecho a no ser juzgado en ausencia, tener conocimiento de los motivos de su detención, derecho a guardar silencio. Se trata entonces de un modelo de justicia más participativo dándose un control horizontal y con una marcada separación de funciones, la separación de investigar y la de administrar justicia advierten una marcada existencia.

El modelo de Justicia actual en Panamá apostaba a una justicia más rápida y transparente a través de procesos más agiles, lo que se ha logrado en gran medida, gracias a muchos acuerdos entre la fiscalía y los imputados lo que permite la culminación del proceso sin la necesidad de ir a juicio y solo se requiere de la validación del acuerdo por el juez. La aplicación de las medidas cautelares distintas de la detención provisional también permite que se haya disminuido substancialmente los detenidos de forma preventiva. Pero el sistema ha encontrado escollos tal vez por la implementación tan rápida, lo que generó la falta de previsión en algunos puntos álgidos, falta de recursos y en algunos casos improvisación, lo cual ha mermado las expectativas de celeridad por lo menos en los juicios pendientes en el Primer Distrito Judicial, donde la carga de procesos es avasalladora, más que nada por la falta de una infraestructura física para el numero de causas existentes,

situación que ha tenido que irse atacando progresivamente, aunque afortunadamente en el interior del país suele tener mejores números en ese sentido.

El derecho de los imputados a la igualdad, dignidad, la presunción de inocencia y todos los derechos fundamentales que son reconocidos por la constitución e instrumentos normativos internacionales, obliga al sistema de justicia actuar con prontitud en la decisión de sus casos, esta es también una de las razones por las que aplicar medidas cautelares distintas a la detención provisional, es beneficiosa ya que al estar el imputado en libertad se garantiza que no sean vulnerados derechos fundamentales, se mantiene en libertad cumpliendo con sus obligaciones de mantener un trabajo y no representa una carga para el Estado.

IV

La aplicación de Medidas Cautelares distintas de la detención preventiva, en el Sistema Penal Acusatorio ha permitido, una disminución significativa de los detenidos preventivamente en los centros carcelarios, esta disminución trae aparejada dos visiones que no comulgan fácilmente con el nuevo sistema de justicia penal y la percepción de la población; por un lado eficiencia, rapidez y efectividad en materia de garantías con relación a los proceso, pero por otro lado una percepción en la población al fenómeno denominado en otros países como “la puerta giratoria”, es decir que la aplicación masiva de las medidas cautelares aunque si bien ha traído grandes beneficios a la administración de justicia y a la personas sometidas a proceso, desafortunadamente ha creado la idea de impunidad y flexibilidad en favor de los procesados.

El Sistema Penal Acusatorio, fue promovido antes, durante e incluso aún se mantiene información continua de las bondades del nuevo sistema de justicia, pero se requiere más educación en materia de medidas cautelares distintas de la detención provisional, algunas muy flexibles en virtud que se evidencia que el imputado no requiere medidas cautelares severas, medidas como impedimento de salida del país o los reportes periódicos que incluso

pueden ser de una vez al mes, son perfectamente aplicables. Pero para que la población comprenda y deje de estigmatizar los nuevos resultados, se requiere se requiere educación.

También al momento de aplicar medidas cautelares distintas de la detención preventiva, debe hacerse un estudio real, concienzudo y riguroso por parte de los jueces y nunca dejar de aplicar una detención preventiva bajo el paraguas de fundamentar que el nuevo Sistema Penal Acusatorio es un modelo más garantista y humanista, puesto que la aplicación de las medidas cautelares que permiten mantener al detenido pendiente al proceso se fundamentan en la necesidad de su aplicación para mantener al imputado pendiente al proceso y la medida es la más consona luego de hacerse un estudio del caso, el grado de vinculación, por ende es la más proporcional y adecuada para el imputado.

No obstante, no es posible perder de vista que la medida cautelar de detención preventiva, al afectarse la libertad de la persona imputada, a su vez restringe otros derechos fundamentales por ende su aplicación debe ser excepcional, tomando en cuenta la existencia de riesgos procesales graves y reales, no se debe aplicar detenciones provisionales basados en suposiciones ni expectativas de lo que puede suceder, debe estar debidamente fundamentada. La medida de detención provisional a lo largo de los años en que se ha utilizado ha evidenciado muchas falencias, tales como la ausencia de seguridad en las prisiones poniéndose en peligro la integridad física del imputado, su salud, pérdida de empleo, perdida del vínculo familiar, exposición a malas influencias y desafortunadamente en muchos casos se han mantenido personas detenidas por largo tiempo, que luego de una sentencia han resultado inocentes. La prisión preventiva ha tenido muchos detractores en la doctrina, lo que ha permitido un enriquecimiento de posturas a favor y en contra de la misma, lo que ha permitido grandes cambios en el sistema penal de justicia.

Uno de los aspectos principales que inspiró este trabajo, ha sido la pésima percepción pública que se ha generado en la actualidad con la aplicación masiva de las medidas

cautelares distintas a la detención preventiva. Con ello no se quiere decir que nunca se aplicaban medidas cautelares que permitieran mantener al imputado en libertad ni que sean innovadoras, pero el modelo que existía antes del Sistema Penal Acusatorio permitió la aplicación de la medida de detención preventiva en exceso, dando lugar a un gran número de detenidos preventivamente en las cárceles panameñas, lo cual demostró su ineficacia y en ocasiones que se violentara derechos fundamentales a quienes resultaban luego del proceso absueltos.

La prisión preventiva como medida cautelar se convirtió sin así desearlo en una forma de justicia rápida, quienes veían sus derechos vulnerados advertían en la detención provisional un resultado inmediato por ende que la justicia a pesar de sus falencias estaba cumpliendo. Por otro lado, también la detención preventiva a una persona para salvaguardar los fines del proceso, se convirtió para el Ministerio Público en una manera de presionar para conseguir la cooperación del imputado, obteniéndose resultados rápidos al respecto. Esta obtención de resultados rápidos, pero no idóneos trajo aparejado una falsa idea de bienestar para la sociedad con respecto al delincuente sometido a la medida cautelar más severa.

V

La percepción de la población con relación a la administración de justicia es importante, si bien es imposible satisfacer las opiniones de toda la población tampoco es buena idea ignorar el mensaje que se escucha, bajo la premisa que se trata de un nuevo modelo de gestión o un nuevo modelo de justicia que las personas deben cambiar su mentalidad ante el nuevo paradigma existente. ¿Por qué es importante la opinión pública? Esta pregunta se debe contestar tomando en consideración la legitimación que damos a las cosas conforme a la satisfacción que nos genera; por ejemplo, cuando se piensa en excelencia en el plano gubernamental surge como referentes los países nórdicos o Japón, cuyas sociedades se consideran modelos a seguir, lo cual se ve reflejado en todos los ámbitos incluyendo la administración de justicia, misma que no es percibida por su población con los parámetros de corrupción, que suelen ser vistos los países en vías de desarrollo y que Panamá no escapa

a esta realidad. La percepción negativa de los ciudadanos hacia su sistema de justicia, genera que los mismos busquen solucionar los conflictos con sus propios medios (venganza privada), genera desconfianza sobre la imparcialidad del juez, pone en duda que el sistema de justicia sea justo, abriga la idea de corrupción de los operadores de justicia y con relación a los auxiliares de la administración de justicia como son la policía se baja la moral de los mismos para cumplir a cabalidad con sus funciones.

Los resultados de la percepción que realizan de organismos internacionales demuestran como Panamá es percibido como un país con altos índices de corrupción²²⁰, no siendo precisamente excluida la imagen de la administración de Justicia, lo cual se le puede atribuir a muchos factores que no han sido tema de estudio en este trabajo, pero si es un hecho cierto que la percepción de las medidas cautelares que permiten al imputado mantenerse en libertad no están siendo objeto de satisfacción contrario a lo que debería ser.

Las medidas cautelares distintas a la detención provisional han encontrado su nicho de desarrollo en el Sistema Penal Acusatorio, pero deben ser percibidas como lo que son realmente y no como una forma de beneficio exclusivo para los imputados, sino también de beneficio para la sociedad, como su aplicación brinda la oportunidad a un individuo de mantenerse en sociedad, siendo productivo para su familia, la comunidad y sobre todo para sí mismo.

Pero las Medidas Cautelares han encontrado dificultades que se requiere afrontar lo antes posible, si bien la medida cautelar de detención provisional, genera hacinamiento, condiciones inhumanas en las prisiones, violaciones a los derechos humanos. Ahora empieza a mostrarse las nuevas dificultades que plantea la aplicación de medidas cautelares distintas a la detención provisional, tales como incumplimiento de las medidas aplicadas,

²²⁰ https://www.transparency.org/files/content/pages/CPI_2018_Executive_summary_web_ES.pdf

reincidencia, falta de una debida supervisión de las medidas, falencia de comunicación efectiva entre los supervisando, supervisados, fiscales y jueces entre otras.

VI

Con las Nuevas Medidas Pre-socializadoras pretendemos hacer un aporte a fin de mejorar la percepción de los ciudadanos panameños con relación a las medidas de aseguramiento que permiten a los procesados mantenerse en libertad mientras se surte el proceso, mientras se protege al imputado como individuo.

El Estado debe garantizar una serie de derechos a los individuos dentro de su territorio nacional, quedando claro que los imputados no pierden la calidad de personas y se les debe también garantizar sus derechos fundamentales, el derecho a la vida, la salud, educación, trabajo, así como el derecho a la familia. Se convierte en fundamental entonces encontrar formas para lograrlo de manera efectiva. Las medidas cautelares permiten al imputado manejarse en la sociedad con la suficiente libertad para llevar una vida normal, en cuanto al ejercicio de deberes y derechos, pero ¿Qué sucede si encontramos que los mismos no están capacitados para una vida productiva en sociedad?, es aquí que entran a operar oportunamente las nuevas Medidas Pre-socializadoras que pretenden brindar al imputado apoyo teórico, técnico, práctico e incluso de inclusión en el ámbito laboral.

Las Medidas Pre-socializadoras, no son una pena sino un modelo nuevo que brinda la oportunidad de mantenerse en sociedad, mientras se le capacita y dota de nuevas destrezas al imputado que por alguna razón o situación de vida se vio privado de lograr, lo cual le impide conseguir un empleo, desarrollar una forma productiva de vida, mantener un empleo o bien malas relaciones interpersonales con su entorno social.

El imputado durante y después de un proceso, puede ser visto con un grado de discriminación por la sociedad, empleadores e incluso parte del círculo familiar, observándolo como posible infractor de las normas un sujeto poco confiable, una reputación en tela de duda, lo cual lo deja en desventaja en cuanto a proyección laboral, si

bien esto no se anuncia en medios publicitarios, sí tendrá el imputado en muchos casos que manifestar su situación legal en vista de los permisos que requiere para el reporte periódico que se le ha impuesto o incluso si requiere salir del país deberá manifestar la existencia de un impedimento de salida. Lo cierto es que las Medidas Pre-socializadoras tendrán un impacto positivo en el imputado que requiera capacitación o bien encontrar un punto de apoyo para desarrollarse y si este es su deseo.

La forma correcta de visualizar las Medidas Pre-socializadoras, es desde la perspectiva de beneficio para los imputados y la sociedad, por mucho tiempo los administradores de justicia han percibido la existencia de otros problemas que subyacen en el imputado al momento de la inmediación, también lo ha percibido el Ministerio Público y lo ha observado con certeza la defensa del mismo; pero la normativa existente no ha permitido que se impongan medidas que permitan al imputado lograr destrezas para mejorar su forma de vida, en el plano social, familiar y el más importante el personal.

Lo anterior será posible ya que dentro de los objetivos de las Medidas Pre-socializadoras, se encuentran mejorar habilidades y destrezas en oficio, arte o profesión; facilitar medios de enlace para lograr plazas de empleos remunerados, impulsar el desarrollo de emprendedores, profesionalizar a los empíricos y mejorar destrezas sociales de comunicación. Lograr todo este cultivo propiciara una mejor visión de vida para el imputado que se reflejara en la sociedad, siendo de gran beneficio para la percepción de los ciudadanos en cuanto al nuevo modelo de justicia.

Vale sumar que el voluntariado en el que incursionaran los imputados, también mostrara una percepción positiva de los miembros de la sociedad y más aún de las personas que directamente trabajaran con ellos. Sin olvidar que los imputados en esta gestión que desarrollaran aportaran conocimientos que puedan tener, lo que será en beneficio de todos los participantes, a su vez el imputado se sentirá valorado y apreciado por el trabajo que ahora desempeña en bienestar de otros, menos favorecidos o bien para la naturaleza en su

vulnerabilidad.

Las Medidas Pre-socializadoras, las aplica el juez no como una sanción sino como un beneficio en todos los sentidos para el imputado, lo que normalmente solicitará el Fiscal, la defensa o bien el mismo juez por la inmediación que ha tenido.

La formación continua que algunos imputados puedan necesitar en materia de cultura de paz y conciencia social serán uno de los mejores aliados para la administración de justicia que impida su regreso a un nuevo proceso judicial y sobre todo para la sociedad, en la que al tener a un individuo capacitándose, construyendo una nueva forma de manejo de situaciones de violencia, manejo de la ira y conociendo lo importante que puede ser su desempeño en beneficio de su comunidad, podría empezar hacer ente de cambio.

El modelo de justicia en una sociedad es importante, pero lo más importante es generar cambios significativos en las personas, un país con ciudadanos educados, con conciencia social, con visión de paz en su comunidad y el mundo, serán los que lograrán que los Tribunales no colapsen con el aumento de la delincuencia. Puesto que de lo contrario se podrán incrementar el número de jueces y se seguirá dando respuesta, pero respuesta solo desde la visión de cumplir con los tiempos y estadísticas judiciales, pero los mismos imputados puede que regresen una y otra vez hacer uso del nuevo modelo de justicia.

Este trabajo pretende ser de ayuda para lograr, que ante un cambio por parte de los imputados que mantienen un proceso en libertad; con su conducta, en su vida, en la sociedad, pueda empezarse a observar una aceptación generalizada de la población, en positivo cuando se da la aplicación de las medidas cautelares distintas de la prisión preventiva. Generar mayor satisfacción en las decisiones de la administración de justicia, evitará que se siga considerando que los jueces son promotores de impunidad y corrupción. Los grandes cambios no surgen de forma espontánea son el producto de un cumulo de pequeños cambios, que van generando transformaciones impresionantes, pero de forma progresiva.

ADDENDA

Addendum No.1 Simone André Diniz vs. Brazil

INFORME Nº 66/06*

CASO 12.001

FONDO

SIMONE ANDRÉ DINIZ

BRASIL

21 de octubre de 2006

I. RESUMEN

1. Los días 7 y 10 de octubre de 1997, el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), la Subcomisión del Negro de la Comisión de Derechos Humanos del Colegio de Abogados del Brasil (OAB/SP) y el Instituto del Negro Padre Batista, presentaron ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “la Comisión” o “la CIDH”) una petición contra la República Federativa del Brasil (en adelante, “Brasil” o “el Estado”). En la referida petición se denuncia la violación de los artículos 1, 8, 24 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, “la Convención” o “la Convención Americana”) y, en función del artículo 29 del mismo instrumento, de los artículos 1, 2(a), 5(a) (I) y 6 de la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (en adelante, “la Convención sobre Discriminación Racial”), en perjuicio de la Sra. Simone André Diniz.

2. Los peticionarios alegan que el Estado no garantizó el pleno derecho a la justicia y al debido proceso, no condujo debidamente los recursos internos para determinar la discriminación racial sufrida por la Sra. Simone André Diniz y, con ello, incumplió la obligación de garantizar el ejercicio de los derechos previstos en la Convención Americana.

3. El Estado brindó informaciones alegando que el Poder Judicial ya había emitido sentencia sobre el asunto objeto de la presente denuncia y que, de acuerdo con el Gobierno,

el caso presentado no configuraba violación alguna de los derechos humanos.

4. La Comisión llega a la conclusión de que el Estado es responsable de la violación de los derechos a la igualdad ante la ley, a la protección judicial y a las garantías judiciales consagradas respectivamente en los artículos 24, 8 y 25 de la Convención Americana. La Comisión determina igualmente que el Estado violó la obligación de adoptar disposiciones del derecho interno en los términos del artículo 2 de la Convención Americana y violó también la obligación que impone el artículo 1.1 de respetar y garantizar los derechos consagrados en la Convención. Por último, la CIDH formula las recomendaciones pertinentes al Estado.

II. TRÁMITE ANTE LA COMISIÓN Y SOLUCIÓN AMISTOSA

5. En los días 7 y 10 de octubre de 1997, la CIDH recibió una denuncia contra el Brasil. El 10 de abril de 1998, la CIDH notificó al Estado y le concedió un plazo de 90 días para responder. El 12 de mayo de 1998 el Estado envió nota formulando consideraciones sobre el caso y comprometiéndose a enviar oportunamente la información pertinente al mismo. El 2 de octubre de 1998, los peticionarios enviaron un fax solicitando la inclusión del Instituto del Negro Padre Batista como copeticionario en la denuncia objeto de análisis. El 3 de noviembre de 1998, la CIDH envió al Gobierno una nota en la que reiteraba el pedido de información efectuado el 10 de abril de 1998 y concedía al Estado un plazo de 30 días. El 9 diciembre de 1998, el Gobierno de Brasil presentó sus observaciones respecto de la denuncia.

6. La Comisión publicó el Informe de Admisibilidad N° 37/02, en 2002, en el cual determinó que era competente para analizar los méritos del caso^[1]. El 20 de diciembre de 2002, los peticionarios pidieron prórroga del plazo para presentar observaciones sobre los méritos del caso. La Comisión, el 6 de enero de 2003, concedió plazo adicional a los peticionarios por dos meses para la presentación de observaciones. El 20 de febrero de 2003, los peticionarios pidieron una prórroga de un mes para enviar sus observaciones.

7. La Comisión, el 26 de febrero de 2003, concedió un mes de prórroga a los peticionarios y, en la misma oportunidad, les envió copia de las respuestas del Gobierno de fechas 12 de mayo y 8 de diciembre de 1998. El 5 de mayo, la Comisión acusó recibo de las observaciones enviadas por los peticionarios sobre los méritos del caso, en las fechas 25 de marzo y 5 de abril de 2003. El 8 de mayo de 2003, por comunicación enviada a ambas partes, la Comisión se puso a disposición de las mismas para iniciar el trámite para una solución amistosa, fijando para ello un plazo de 30 días. El 14 de mayo de 2003, la Comisión concedió un plazo de 60 días para que el Gobierno efectuara sus observaciones a las comunicaciones de los peticionarios.

8. El 14 de julio de 2003, el Estado envió sus observaciones, oportunidad en que manifestó su interés en iniciar el trámite para una solución amistosa. El 16 de junio del mismo año, la Comisión inició un plazo de 15 días para que los peticionarios aportaran sus observaciones. El 15 de agosto de 2003, la Comisión acusó recibo de la petición de los peticionarios a través de la cual manifestaban la intención de iniciar el trámite de solución amistosa propuesto por el Estado. El 8 de septiembre de 2003, la CIDH envió al Estado copia de la petición enviada por los peticionarios y le concedió un plazo de 30 días para manifestarse al respecto.

9. El 12 de diciembre de 2003, la Comisión acusó recibo de la comunicación enviada por los peticionarios del 7 de noviembre de 2003, en la que manifestaban su desinterés en el procedimiento de solución amistosa en razón de la ausencia de una propuesta por parte del Estado, al tiempo que requerían que la CIDH aprobase un informe sobre los méritos del caso. El 12 de diciembre de 2003, la Comisión trasmitió al Estado la comunicación de los peticionarios de 7 de noviembre. El gobierno del Brasil, por nota del 15 de enero de 2004, solicitó una audiencia en el curso del 119º, período de sesiones de la CIDH. Por nota del 29 de enero de 2004, el Estado solicitó la exclusión del caso de la lista de audiencias. Por nota del 11 de febrero de 2004, solicitó postergación de la audiencia para el 120º período de

sesiones de la Comisión

III. POSICION DE LAS PARTES

A. Posición de los peticionarios

10. Los peticionarios alegan en la petición que el Estado violó los derechos de la Sra. Simone André Diniz, en lo que hace al cumplimiento de lo dispuesto por los artículos 1.1, 8, 24 y 25 de la Convención Americana y, en función del artículo 29 del mismo instrumento, de los artículos 1, 2(a), 5 (a) (I) y 6 de la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. Asimismo, los peticionarios solicitaron que se responsabilizara al Brasil por la violación de los derechos mencionados, se recomendase que el Estado determinara e investigara los hechos, indemnizara a la víctima y se publicara una resolución del presente caso para prevenir futuras situaciones de discriminación en razón del color de la piel o la raza.

11. Según los peticionarios, el 2 de marzo de 1997, la Sra. Aparecida Gisele Mota da Silva, publicó en el periódico “A Folha de São Paulo”, medio de gran circulación en el Estado de São Paulo, en la parte de Avisos Clasificados, una nota por la cual comunicaba su interés en contratar una empleada doméstica, en la que informaba que tenía preferencia por una persona de tez blanca^[2]. Al tomar conocimiento del anuncio, la estudiante y empleada doméstica Simone André Diniz llamó al número indicado, presentándose como candidata al empleo. Al ser atendida por la Sra. María Tereza –persona encargada por Doña Aparecida para atender los llamados telefónicos de las candidatas, fue indagada por el color de su piel, que respondió ser negra, tras lo que se le informó que no llenaba los requisitos para el empleo.

12. Los peticionarios aducen que la Sra. Simone Diniz denunció la discriminación racial sufrida y el anuncio racista a la Subcomisión del Negro del Colegio de Abogados del Brasil, Sección São Paulo, y, acompañada de abogado, brindó notitia criminis ante la Comisaría de Delitos Raciales. El 5 de marzo de 1997 se inició la indagatoria policial con el número

10.541/97-4[3] para determinar si existió una violación del artículo 20 de la Ley 7716/89 que define la práctica de la discriminación racial o el prejuicio racial como delito[4]. El comisario responsable de la investigación tomó declaración a todas las personas involucradas: a la supuesta autora de la violación y a su esposo, a la supuesta víctima y testigo y a la señora que atendió la llamada telefónica de la Sra. Simone Diniz.

13. De acuerdo con los peticionarios, el 19 de marzo de 1997, el comisario de policía elaboró el informe sobre la denuncia y lo envió al Juez. Brindando conocimiento al Ministerio Público sobre la investigación –solamente el Ministerio Público tiene competencia para iniciar una Acción Penal pública- éste manifestó, el 2 de abril de 1997, que se archivara el proceso en base a que

... no se logró determinar en autos que Aparecida Gisele haya practicado algún acto que pudiera constituir delito de racismo, previsto en la Ley 7.716/89..." y que no constaba en autos "...fundamento alguno para formular la denuncia[5].

14. Los peticionarios informaron que el Juez pronunció sentencia de archivo el 7 de abril de 1997, en base a las razones expuestas por el miembro del Ministerio Público[6].

15. Los peticionarios alegan que la investigación policial detectó indicios de prueba suficientes y adecuados para la denuncia penal en base a la violación del artículo 20 de la Ley 7716/89, toda vez que se comprobaba la autoría y materialidad del delito. Además, informaron que la mera publicación del anuncio discriminatorio ya configuraría delito sancionable de acuerdo con el párrafo 2 del artículo 20 de la Ley, existiendo en esos hechos fundamento suficiente para que el Ministerio Público iniciara la acción penal.

16. Por otro lado, según los peticionarios, el Ministerio Público tampoco podría haberse basado en el hecho alegado y no probado de que la Sra. Aparecida hubiera tenido una experiencia negativa con una empleada negra que maltrató a sus hijos. Esos hechos, según los peticionarios, no autorizaban a la Sra. Aparecida a discriminar a otra empleada

doméstica de tez negra. Por otro lado, el mero hecho de ser casada con un negro tampoco la eximía o la tornaba menos culpable de la práctica del delito.

17. Por último, adujeron que “aunque el Ministerio Público diera su parecer a favor del archivo de la indagatoria policial, el Juez no estaba obligado a aceptarlo. Si actuó de esa forma fue porque igualmente careció de diligencia en la determinación de los hechos.”

18. Los peticionarios alegaron que el Brasil se comprometió a cumplir lo dispuesto en la Convención sobre Discriminación Racial y, en consecuencia, a “condenar la discriminación racial” y “velar para que las autoridades públicas nacionales o locales actúen de conformidad con esa obligación”. Asimismo, informaron que, de acuerdo con la Convención sobre Discriminación Racial, el Brasil se comprometió a “garantizar el derecho de cada uno a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, de color...” ...“derecho a un tratamiento igual ante los tribunales o ante cualquier órgano que administre justicia”.

19. Por su parte, informaron que Brasil se comprometió a garantizar “a todas las personas que se hallen bajo su jurisdicción, protección y recursos efectivos ante los tribunales nacionales competentes y otras instituciones del Estado, contra todo acto de discriminación racial que, contraviniendo la presente Convención, viole sus derechos humanos y libertades fundamentales, así como el derecho a pedir a esos tribunales satisfacción o reparación justa y adecuada por todo daño de que puedan ser víctimas como consecuencia de tal discriminación.”

20. Los peticionarios alegaron que en el sistema de proceso penal brasileño, en caso de sentencia que determina el archivo de la indagatoria policial, no hay lugar a recurso, a no ser que surjan hechos nuevos que autoricen y justifiquen la iniciación de una nueva investigación. También, según los peticionarios, esa decisión impidió que la Sra. Simone pudiera probar en sede de la acción penal que la Sra. Aparecida Gisele practicó discriminación racial, a la vez que se cerró la posibilidad de iniciar una acción civil por daños morales en caso de que la autora hubiera sido condenada. Estos actos violaron su derecho

de acceso a la justicia. De la misma manera, la Sra. Simone vio negado su derecho a ser tratada igual ante la justicia en relación con las víctimas cuyas denuncias fueron investigadas y denunciadas por el Ministerio Público para la determinación de responsabilidades.

B. Posición del Estado

21. El Estado, en un escrito del 12 de mayo de 1998, informó que enviaría oportunamente la información pertinente que recibiera sobre el caso. No obstante, eso, declaró que “de la lectura de la petición, no surge necesariamente la percepción de que en su comunicación a la Comisión los peticionarios hayan fundamentado claramente la alegada violación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.”

22. En efecto, el Estado señaló que “el proceso “automático” de peticiones manifiestamente infundadas podría generar una situación innecesaria, aparte de desviar los escasos recursos materiales y humanos de que disponen la Comisión y los Estados Miembros para tramitar peticiones que deberían ser declaradas inadmisibles desde el inicio.”

23. Además, el Estado recordó que “el artículo 47, literal “c” de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como el artículo 41, literal “c” del Reglamento de la Comisión, determinan que ésta debe declarar inadmisible toda petición que, por la exposición del propio peticionario o del Estado, sea infundada o improcedente. El llamado principio pro homine, que rige los sistemas de protección internacional de los derechos humanos –y según el cual recae en los Estados la carga de la prueba- sólo tiene sentido en el contexto de alegaciones verosímiles y fundamentadas. De lo contrario, se corre el riesgo de socavar la transparencia y la seguridad jurídica del sistema.”

24. El Estado insistió en que el caso en cuestión no configuraba una violación de los

derechos humanos. Señaló que “la indagatoria policial fue efectuada de acuerdo con lo que dispone la legislación brasileña y fue archivada por la autoridad judicial competente en base al parecer del Ministerio Público, después de oídas las declaraciones de las personas afectadas.

25. En su respuesta del 14 de julio de 2003, en la que aceptaba la iniciación de un proceso de solución amistosa, el Estado afirmó que pretendía responder a las alegaciones de los peticionarios en el curso de dicho proceso de solución amistosa, oportunidad en la que expondría la evolución del Brasil en el campo de la promoción de la igualdad racial. Asimismo, subrayó que:

El Gobierno del Brasil no niega la existencia y la dimensión del problema racial en Brasil: tanto en las discusiones internas mantenidas con sectores interesados de la sociedad civil, como en los informes presentados a los órganos internacionales de supervisión, el Estado brasileño reconoce la naturaleza del problema y ha dado pruebas de su determinación de superarlo con la cooperación activa de la sociedad.

IV. ANÁLISIS SOBRE LOS MÉRITOS

A. Hechos establecidos

26. Del análisis de los elementos de convicción disponibles y de los pronunciamientos de las partes y de los documentos presentados, la Comisión da por establecidos los hechos siguientes:

27. El 2 de marzo de 1997, la Sra. Aparecida Gisele Mota da Silva, hizo publicar, en la sección de Clasificados del periódico A Folha de São Paulo, el siguiente anuncio: “Se precisa empleada doméstica con cama, con experiencia, para tareas de rutina y cuidado de niños, con documentación y referencias; de preferencia blanca, sin hijos, soltera y mayor de 21 años. Gisele.”

28. La Sra. Simone André Diniz, de tez negra, para presentarse a la vacante anunciada, llamó al teléfono que se indicaba en el anuncio, habiendo sido atendida por una colega de trabajo de Aparecida Gisele Mota da Silva, de nombre María Tereza, que le preguntó cuál era el color de su piel. Al responder que era negra, la Sra. Simone André Diniz fue informada de que no llenaba los requisitos que exigía el cargo.

29. La Sra. Simone André Diniz, al sentirse víctima de racismo por el color de su piel, denunció el hecho ante la Comisaría de Investigaciones de Delitos Raciales el día 2 de marzo de 1997.

30. La indagatoria policial fue iniciada con el número 10.541/97-4, para determinar si había habido práctica de delito de racismo, conforme a lo establecido en el artículo 20 de la Ley 7716/89 que dispone: “practicar, inducir o incitar, por medio de la comunicación social o por publicación de cualquier naturaleza, la discriminación o el prejuicio de raza, color, etnia, religión u origen nacional. Pena: reclusión de 2 a 5 años y multa.”

31. En la indagatoria policial se escuchó a Simone André Diniz declarar que había tomado conocimiento del anuncio cuando buscaba empleo en los clasificados del periódico “A Folha de São Paulo” y habiendo llamado por teléfono al número indicado, fue rechazada para el trabajo en razón de ser negra, conforme al tenor de la declaración que se transcribe a continuación:

Debidamente intimada, la víctima declara a fojas 06, que buscaba empleo cuando una amiga suya encontró el anuncio –fojas 04 de autos- demostrando indignación. Que llamó por teléfono al número anunciado, oportunidad en que le solicitaron que informara sobre el color de su piel. Que, al responder ser negra, tuvo como respuesta que no llenaba los requisitos para el cargo.

32. En el expediente de la misma indagatoria policial, fue oída su colega Paula Ribeiro da Silva que confirmó que ambas estaban buscando empleo y que Simone llamó por teléfono al número anunciado y que la persona que la atendió, de nombre María, le informó que las candidatas negras no podían competir para la vacante anunciada, según la declaración que se transcribe a continuación:

...que se encontraba junto con su amiga Simone, consultando los clasificados del periódico "A Folha de São Paulo" cuando observó un anuncio para un cargo de empleada DOMESTICA, en el que se decía –preferencia blanca. Que su amiga llamó por teléfono y fue consultada sobre el color de su piel, y al informar que era negra se le respondió que no llenaba los requisitos para el cargo^[7].

33. La Sra. Gisele Silva también brindó declaración confirmando haber hecho publicar el anuncio en que se buscaba una empleada doméstica de preferencia blanca. Declaró que la preferencia era en razón del hecho de haber tenido una empleada doméstica negra que había maltratado a sus hijos.

34. El marido de Gisele Silva, Jorge Hnório da Silva, también brindó declaración confirmando las declaraciones de su esposa, Gisele Silva.

35. El informe final de la indagación policial fue enviado al Ministerio Público el 19 de marzo de 1997.

36. El Ministerio Público del Estado de São Paulo, el 2 de abril de 1997, emitió su opinión disponiendo el archivo del caso por falta de fundamento para formular la denuncia.

37. El Juez del Departamento de Investigaciones Policiales, el 7 de abril del 1997, recibió y adoptó como fundamento de su decisión el pronunciamiento del Ministerio Público, determinando el archivo de las actuaciones.

B. Análisis de la responsabilidad internacional del Estado por el acto practicado

38. La Comisión desearía en primer lugar pronunciarse sobre la responsabilidad internacional del Estado en relación con los hechos aquí analizados.

39. En la jurisdicción internacional, las partes y la materia de la controversia son, por definición, distintas de las de la jurisdicción interna^[8]. Fundada en la jurisprudencia de la Corte Interamericana^[9], en el caso presente, la Comisión tiene atribuciones, no para investigar y sancionar la conducta individual entre particulares, pero sí para establecer la responsabilidad internacional del Estado en razón de la violación de los derechos consagrados en los artículos 8.1, 24 y 25 de la Convención Americana.

40. Como lo subrayó la propia Corte^[10] el derecho internacional de derechos humanos tiene por finalidad proporcionar al individuo medios de protección de los derechos humanos reconocidos internacionalmente ante el Estado y ante todos los que actúen en su nombre. Es principio básico del derecho internacional de derechos humanos que todo Estado es internacionalmente responsable de cualquier acto u omisión de alguno de sus poderes u órganos en violación de derechos internacionalmente consagrados.

41. En una relación entre particulares, es preciso tener en cuenta que existe una obligación de respetar los derechos humanos entre particulares. La Corte Interamericana, desde los primeros casos contenciosos que resolvió, viene explicando la aplicación de los efectos de la Convención Americana en relación con terceros (*erga omnes*) señalando que:

Es, pues, claro que, en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevaleidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su

responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención [\[11\]](#).

42. La Corte también dejó en claro que esa obligación de respetar y garantizar los derechos humanos ante terceros se basa también en que los Estados son los que determinan su ordenamiento jurídico, el cual regula las relaciones entre particulares y, por lo tanto, el derecho privado, por lo que deben también velar porque en esas relaciones privadas entre terceros se respeten los derechos humanos, ya que de lo contrario el Estado puede resultar responsable de la violación de los derechos [\[12\]](#).

43. Por lo tanto, aunque el presente caso trate de una relación entre particulares – concretamente, entre Simone André Diniz y Aparecida Gisele Mota da Silva- el Estado tenía la obligación de velar porque en esa relación se respetasen los derechos humanos de las partes a fin de prevenir que ocurra una violación y, en la eventualidad de haberla, debía procurar diligentemente investigar, procesar y sancionar al violador en los términos requeridos por la Convención Americana.

C. Análisis del derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación

1. Breve resumen sobre la situación racial del Brasil

44. La Comisión quisiera comenzar citando sus propias conclusiones en relación con la situación de los afrobrasileros, de la que tomó conocimiento en ocasión de su visita a Brasil en 1995. En el curso de la misma, la Comisión fue informada de que, en Brasil, en términos generales, los afrobrasileros se encuentran en una situación de vulnerabilidad como sujetos

de derechos humanos y particularmente en una situación de diferencia de poder en relación con la población blanca. Persisten todavía hoy diferencias que se alejan de una igualdad mínima aceptable, discriminaciones que se traducen en muchos casos en modalidades atentatorias de los derechos humanos, especialmente la igualdad y la no discriminación del derecho a la dignidad[\[13\]](#).

45. En un contexto persistente de profunda desigualdad estructural que afecta a los afrobrasileños[\[14\]](#), la investigación realizada por el IPEA demostró la sobrerepresentación de la pobreza entre los negros brasileros, en una concentración que se ha mantenido estable a lo largo del tiempo[\[15\]](#). De acuerdo con la investigación, en 1999, los negros representaban el 45% de la población del país, pero correspondían al 64% de la población pobre y al 68% de la población indigente. Según concluyó la investigación, “nacer negro en el Brasil está relacionado con una mayor probabilidad de crecer pobre.”

46. En el área de la educación, en todas las regiones del Brasil, el analfabetismo entre los negros es, por lejos, más alto que entre los blancos[\[16\]](#). Según datos del IBGE de 1999, el 21% de la población afrodescendiente era analfabeta, frente al 8% de la población blanca. Entretanto, si se considera la alfabetización funcional, definida por la UNESCO como el dominio de la lectura, la escritura, la matemática y las ciencias, equivalente, como mínimo, a la educación hasta el cuarto año de primaria, el 22,7% de los blancos y el 41% de los afrodescendientes son funcionalmente analfabetos en el Brasil.

47. Datos sobre la mortalidad infantil demuestran que por cada grupo de 1.000 niños negros o mestizos, 62 no vivían hasta la edad de un año, en tanto la tasa de mortalidad de los niños blancos, en un grupo de 1.000, era de 37[\[17\]](#).

48. Investigaciones sobre el sistema penal judicial brasileño[\[18\]](#) dan cuenta del acceso diferencial de blancos y negros a la justicia penal. En la ciudad de San Pablo, que en 1980 contaba con una población blanca de 72,1% y negra (negros y mestizos) de 24,6%, había una

mayor proporción de reos negros condenados (68,8%) que de reos blancos (59,4%), en virtud de haber cometido el mismo delito. El sobreseimiento favorecía preferencialmente a los blancos (37,5%), en comparación con los negros, (31,2%).

49. De la misma manera, los reos negros condenados están proporcionalmente mucho más representados que su participación en la distribución racial de la población en el Municipio de San Pablo. No ocurre lo mismo cuando se trata de reos blancos. En este caso, la proporción de condenados blancos es inferior a la participación de esa etnia en la composición racial de la misma población. La investigación concluyó que ese contexto “sugiere una cierta “afinidad electiva” entre raza y penalización.”

50. Por otro lado, la violencia policial de Brasil victimiza desproporcionadamente a negros y mulatos. La Comisión tomó conocimiento de que, en Brasil[\[19\]](#), el perfil racial determina un elevado número de detenciones ilegales y que la población negra es más vigilada y abordada por el sistema policial, siendo este tema objeto de recomendación de la Comisión, no sólo en el informe general sobre el país sino también en el informe de mérito[\[20\]](#).

51. En efecto, de acuerdo con otro relevamiento[\[21\]](#), quedó de manifiesto que “en Río de Janeiro, el perfil de la mayoría de los niños y adolescentes asesinados, en un conjunto de 265 investigaciones, es de pobre, sexo masculino, negro y mulato”. En otra investigación realizada por el ISER[\[22\]](#), se comprobó que “la incidencia de la raza en el uso de la fuerza policial letal tal vez sea la fuente de violación más grave de los derechos humanos en Brasil”.

52. Tras evaluar más de 1.000 homicidios cometidos por la policía de Río de Janeiro entre 1993 y 1996, el informe concluye que la raza constituye un factor que incide en la policía – sea conscientemente o no- cuando tira a matar. Cuanto más oscura es la piel de la persona, más susceptible es de ser víctima de violencia fatal por parte de la policía.” Terminó diciendo que la violencia policial es discriminatoria pues alcanza en mayor número y con mayor violencia a los negros. En efecto, en su informe al CERD, el Gobierno del Brasil

reconoció el carácter letal de la acción policial en el país cuando la víctima no era blanca[\[23\]](#).

53. La desigualdad en el mercado de trabajo también alcanza a la población afrobrasileña. Para los sociólogos, el empleo es visto como el mejor indicador del análisis social. Según Telles[\[24\]](#). El concepto de desigualdad racial a través del análisis del empleo puede ser definido como una ventaja o desventaja que un grupo tiene sobre otro en una escala de tipos de ocupación.

54. Según la investigación realizada por el INSPIR[\[25\]](#), que recogió información sobre salarios de trabajadores en seis áreas metropolitanas del país, los salarios de los trabajadores negros son sistemáticamente menores que los de los trabajadores no negros. De acuerdo con la investigación, ello es resultado de una combinación de factores, tales como la entrada precoz al mercado de trabajo, la colocación de trabajadores negros en los sectores menos dinámicos de la economía, la desproporción en el número de negros que son empleados en cargos informales y que no exigen mucha calificación.

55. Por otro lado, la investigación del IBGE de 1999 demostraba que 5,7% de la población blanca empleada ocupaba cargos de empleadores contra 1,3% de negros y 2,1% de mestizos. Asimismo, 5,7% de la población blanca empleada ocupaba cargos de empleado doméstico contra 13,4% de negros y 8,4% de mestizos[\[26\]](#).

56. En otra investigación realizada sobre la práctica discriminatoria en el mercado de trabajo, dos aspectos llamaron la atención[\[27\]](#) 1) la discriminación racial era una práctica permanente y cotidiana que garantizaba privilegios económicos y simbólicos para trabajadores blancos, y 2) la integración no local del trabajo no era obstaculizada por los negros, sino por los blancos que obstaculizaban la entrada y la movilidad de aquellos en el mercado de trabajo.

57. En relación con la discriminación en la contratación, la misma investigación comprobó

que “la discriminación fue referida en la contratación y selección de personal en todos los tipos de trabajo, sea entre empleadas domésticas, servicios generales o trabajadores profesionales. Según testimonios recogidos durante la investigación, se indicó que la identidad racial era evaluada en la admisión, no obstante, esa práctica no fuese oficial”.

58. Para ilustrar la situación, en dos denuncias de discriminación racial en la contratación, a través de anuncios de empleo publicados por el periódico A Folha de São Paulo, la fiscalía pública pidió el archivo de las investigaciones. En el primero caso, se buscaba una asistente administrativa “rubia o japonesa, con buena presencia”. Las partes involucradas negaron responsabilidad por el anuncio, lo que fue aceptado por el Ministerio Público. En el segundo caso, se procuraba un joven “con experiencia y blanco”. En este caso, el Ministerio Público estableció que el anuncio era discriminatorio pero no determinó cuál de las partes era responsable por el mismo, por lo cual se decidió su archivo[\[28\]](#).

59. En otro caso de discriminación en la contratación ocurrido también en São Paulo en 1994, el anuncio enviado al periódico pedía un abogado que poseyese “buena presencia”. La investigación no fue capaz de identificar a la persona de la empresa del estudio de abogados que hizo circular el anuncio. Además, la empresa argumentó que, como no habían admitido ningún abogado que hubiera respondido al anuncio, no había cometido delito alguno. Por esta razón, el Ministerio Público sugirió el archivo de las actuaciones.

2. Evolución del ordenamiento jurídico antirracismo en Brasil

60. La Comisión sabe que la condición de vulnerabilidad de los afrobrasileños tiene una dimensión histórica que se mantiene por cuestiones de hecho, como la que ocurrió, por ejemplo, con Simone André Diniz, y que lleva al establecimiento de diferencias en el acceso de unos y otros a los derechos básicos, como el acceso a la justicia, el derecho a la educación, al trabajo, etc.

61. La Comisión reconoce que el Brasil, atento a esa realidad y al incumplimiento de los tratados internacionales sobre la materia[\[29\]](#), construyó un ordenamiento jurídico en materia de protección y garantías contra el prejuicio y la discriminación raciales, como es el caso de la penalización de dicha práctica[\[30\]](#).

62. Para tener una idea de la evolución jurídica de la penalización del racismo en el Brasil, el Gobierno, ya en la segunda mitad del siglo XX, promulgó la Ley No 1390/51, conocida como la Ley Afonso Arinos, que tipificaba la práctica del prejuicio por el color o la raza como contravención penal, o sea, delito de menor potencial ofensivo, sancionado con pena de detención (máximo de un año) y multa.

63. Aunque fuera el primer estatuto jurídico que penalizara al racismo, según los estudiosos del asunto[\[31\]](#), la ley producía efectos meramente simbólicos por tratar la materia como contravención, con penas reducidas que no inhibían la práctica del delito. Además, en sus casi 38 años de existencia, fue casi letra muerta y su inaplicabilidad no respondía a la inexistencia de casos concretos de racismo, ni a la negativa de las posibles víctimas a denunciar los casos, sino, sobre todo, a las imperfecciones técnicas de la propia ley que, por ser enumerativa, no abarcaba toda la diversidad de las conductas racistas[\[32\]](#).

64. Finalmente, al estatuir como contravención prácticas derivadas del prejuicio de raza o de color, limitaba el alcance de la ley, cubriendo sólo actos que limitaba e impedía explícitamente el derecho de ir y venir del ciudadano en razón del prejuicio de color o raza.

65. Además, ya en aquella época, en los casos de análisis de situaciones de racismo, en general, los tribunales no caracterizaban la contravención, opinando que se trataba de malentendidos.

66. Para ilustrar esa afirmación, podemos destacar un caso del Tribunal de alzada

paulista, que absolvió a un reo acusado de haber prohibido la entrada de un estudiante negro a un club con el argumento de no haberse configurado la infracción o contravención penal, tratándose de un malentendido entre él y la dirección del club[33]. En la decisión se aducía que se trataba de una persona extraña en la ciudad, que no se identificó como componente de una caravana estudiantil. Estaba en causa la interpretación del artículo 4º de la Ley 1390/51: negar la entrada de alguien, por prejuicio de raza o de color, en un establecimiento público de diversiones o de deportes.

67. Posteriormente, la Constitución de 1998 estableció una distinción de este delito en sede propia, entre los derechos y deberes individuales y colectivos, en el título dedicado a los Derechos y Garantías Fundamentales, artículo 5º, XLII, en que el racismo pasó a ser considerado delito y, por su gravedad, no sujeto a fianza (la prisión no podrá ser atenuada a favor del delincuente) e imprescriptible (la pena es perenne, no quedando el Estado impedido de sancionar en cualquier oportunidad al autor del delito), sujeto a pena de reclusión. El Brasil también incluyó en el artículo 4º, inciso VIII de su Constitución Federal el repudio al terrorismo y al racismo como principio que rige sus relaciones internacionales.

68. Como consecuencia de este status constitucional de represión de la práctica del racismo, se promulgó la Ley No 7716/89[34], que reglamentó y definió los delitos resultantes del prejuicio de raza y de color. Este Ley fue posteriormente modificada por las Leyes Nos. 8081/90, 8882/94 y 9459/97 que ampliaron su objeto, para perfeccionar artículos, suprimir otros e incluir la sanción de delitos resultantes de discriminación o prejuicio de etnia, religión u origen nacional.

69. La Ley 9459/97, particularmente, modificó el artículo 20 de la Ley7716/89 para establecer como delito la práctica, inducción o incitación de la discriminación o el prejuicio y determinar que la práctica a través de medios de comunicación social agravaría el delito. Además, modificó el artículo 140 del Código Penal a efectos de incluir la figura penal de injuria racista que sancionaba la injuria consistente en la utilización de elementos

referentes a la raza, el color, la etnia, la religión o el origen.

3. Problemas en la aplicación de la Ley Antirracismo en Brasil

70. No obstante la evolución penal en lo que atañe al combate a la discriminación racial en Brasil, la Comisión tiene conocimiento de que la impunidad es todavía la tónica en los delitos raciales. Cuando publicó el informe sobre la situación de los derechos humanos en el país, la Comisión señaló a la atención la difícil aplicación de la Ley 7716/89 y cómo la justicia del Brasil tendía a ser condescendiente con la práctica de discriminación racial y que difícilmente condenaba a un blanco por discriminación [\[35\]](#). En efecto, un análisis del racismo a través del poder judicial podría llevar a la falsa impresión de que en Brasil no ocurren prácticas discriminatorias.

71. También el Comité que fiscaliza la Convención de la ONU sobre Discriminación Racial, en sus indagaciones finales en relación con el informe presentado por Brasil, dejó en claro su preocupación por la divulgada incidencia de delitos discriminatorios y la inaplicabilidad de la legislación interna para combatir los delitos raciales.

72. En esa oportunidad, el Comité recomendó al Estado brasileño que recogiese datos estadísticos sobre investigaciones abiertas y sanciones impuestas, a la vez que recomendó que el Gobierno mejorase los programas de adiestramiento y concientización sobre la existencia y el tratamiento de los delitos raciales por parte de las personas que participan en la administración de justicia, incluyendo a los jueces, fiscales, abogados y policías [\[36\]](#).

73. Los peticionarios señalan que la mayoría de las denuncias de delitos de prejuicio y discriminación racial no se convierten en procesos penales y de los pocos procesados, un número ínfimo de perpetradores de los delitos es condenado.

74. Inclusive en el caso de São Paulo, donde existía una comisaría para delitos raciales,

los delitos no eran todos investigados ni las denuncias eran procesadas. En la práctica, la falta de una investigación diligente, imparcial y efectiva, la discrecionalidad de la fiscalía pública para formular la denuncia y tipificar el delito, que exige que el autor, después de la práctica del acto discriminatorio, declare expresamente que su conducta fue motivada por razones de discriminación racial, son todos ellos factores que contribuyen a la denegación de justicia en el caso de delitos raciales y a la impunidad.

75. En otra investigación realizada, de 300 Informes de Casos analizados, entre 1951 y 1997, en las ciudades de Río de Janeiro, São Paulo, Salvador y Porto Alegre, sólo 150 fueron considerados como delitos por los funcionarios policiales, llegando a la etapa de la indagatoria policial. De ellos, sólo 40 fueron remitidos por el Ministerio Público para una acción penal contra el discriminador, y de ellos sólo nueve –cinco en São Paulo y cuatro en Río Grande do Sul- llegó a juicio[\[37\]](#).

76. Según Telles, la impunidad en los casos de racismo refleja la fragilidad de la legislación específica, la ineficacia del sistema de justicia penal de Brasil y la mala voluntad de los representantes de la justicia para analizarlos.

En primer lugar, para condenar a alguien por racismo, las leyes antirracismo brasileras exigen que el acusado haya actuado con intención racista. Además, los tribunales demuestran falta de seriedad para tratar este tipo de delitos. Los jueces evitan imponer las pesadas sentencias establecidas por la Constitución a los culpables de delitos de racismo. Los jueces y fiscales, así como los demás miembros de la sociedad brasileña, consideran los supuestos incidentes de racismo como algo inocuo y no están dispuestos a colocar tras las rejas a los infractores por un tipo de comportamiento que es común en la sociedad brasileña[\[38\]](#).

77. Desde 1995, la Comisión ha recibido información que ya daba cuenta de la ineficacia de la ley antirracismo de Brasil, dado su laconismo, que revelaba un segregacionismo, que no reflejaba el racismo existente en el Brasil, y la resistencia de los miembros del poder

judicial a aplicarla. De acuerdo con esa información, la Comisión puede identificar por lo menos tres causas para la ineeficacia de la aplicación de la Ley 7716/89 en el Brasil, como se indica a continuación.

Necesidad de probar odio racial o intención de discriminar

78. Según conclusiones de la Comisión, la Ley 7716, “no representó un avance efectivo en el campo de la discriminación racial, ya que es excesivamente evasiva y lacónica y exige, para que se tipifique el crimen de racismo, que la persona, después de practicar el acto racial discriminatorio, diga expresamente que su conducta estuvo motivada por razones de discriminación racial [\[39\]](#). Si no lo hiciera, sería su palabra contra la del discriminado.

79. Racusen[\[40\]](#) examinó sistemáticamente varias denuncias de racismo y discriminación racial en el Brasil y, según él, los jueces brasileros requieren prueba directa de tratamiento desigual en el que el acto discriminatorio, no solamente ofende a alguien en base a su raza, sino que también demuestra la motivación discriminatoria. Por consiguiente, en una eventual acción penal, la mayoría de los jueces requerían la comprobación de tres elementos 1) prueba directa del acto discriminatorio, 2) prueba directa de la discriminación del ofensor al ofendido, y 3) prueba de la relación de causalidad entre aquellas.

80. Para el autor, la exigencia de todos estos elementos para la comprobación del acto racista, representa una norma “probatoria” muy rigurosa, difícil de alcanzar. En consecuencia, el ofensor podría replicar cualquiera de estos tres elementos argumentando no ser una persona prejuiciosa, no tener una visión prejuiciosa del ofendido o que esa visión no constituyó la motivación. Al contrario de inferir la causalidad del orden cronológico en que ocurrieron los hechos o la lógica, los jueces brasileros generalmente examinan el comentario discriminatorio del ofensor de manera restringida y requieren prueba directa de la causalidad.

81. Contextualizando esa práctica legal, comprobó que la Ley 7716/89 heredó de la Ley Afonso Arinos el concepto de discriminación racial como un “prejuicio de raza o de color” que exige, para su comprobación, la práctica explícita de racismo y la intención del ofensor de discriminar a la víctima[\[41\]](#).

82. También según Racusen[\[42\]](#), la ley no define el prejuicio. Los brasileros a veces usan los términos prejuicio, discriminación, racismo y desigualdad en forma intercambiable. El prejuicio tiene múltiples significados en Brasil: odio, intolerancia, ideas preconcebidas sobre otra persona y desprecio verbal. La expresión de odio, como un delito explícito de odio de grupos de inspiración nazi, es la forma más fácil de prejuicio analizado por los jueces. Pero la idea de prejuicio también se refiere a maltrato velado por una perpetrador que actúa en base a ideas preconcebidas, lo que es un tipo muy diferente de prejuicio y difícil de ser asimilado por los tribunales brasileros.

83. Esa norma aplicada por el Poder Judicial brasileño llevó inclusive al Gobierno del país a afirmar ante el CERD que existen decisiones que no sancionan la discriminación racial en razón de falta o insuficiencia de pruebas o fraude doloso, lo que se considera elemento subjetivo del delito. Por último, exige que el “odio racial” sea probado, una tarea difícil de llevar a cabo[\[43\]](#).

Racismo institucional

84. La Comisión sabe que el racismo institucional es un obstáculo a la aplicabilidad de la ley antirracismo en el Brasil. “De la prueba testimonial, pasando por la indagatoria policial a la decisión de la justicia, existe prejuicio contra el negro. Los tres niveles son incapaces de reconocer el racismo contra el negro”[\[44\]](#).

85. Según informaron los peticionarios, este tratamiento desigual que se da a los delitos raciales en el país, sea en la etapa de investigación, sea en la judicial, refleja la distinción con

que los funcionarios judiciales y policiales tratan las denuncias de casos de discriminación racial, pues la mayoría de las veces en que reciben estas denuncias alegan ausencia de tipificación del delito y dificultad para probar la intencionalidad discriminatoria, toda vez que el perpetrador niega que quiso discriminar a la víctima, como factores para no procesar la denuncia.

86. Se pretende también minimizar la actitud del agresor, haciendo parecer que todo no pasó de un malentendido. Pocos o rarísimos casos son denunciados, y, entre estos, la mayoría queda detenida en la comisaría, donde los funcionarios policiales minimizan la acción del acusado, entendiendo el caso como simple broma o malentendido. De las denuncias que llegan a pasar a la etapa de investigación, muchas son caracterizadas como un mero insulto[\[45\]](#).

87. Esa práctica tiene el efecto de constituirse en discriminación indirecta en la medida en que impide el reconocimiento del derecho de un ciudadano negro a no ser discriminado y el ejercicio o goce del derecho de ese mismo ciudadano a acceder a la justicia para que se repare la violación. Además, esa práctica tiene un efecto negativo en la población afrodescendiente en términos generales. Fue eso precisamente lo que ocurrió con Simone André Diniz, cuando procuró la tutela judicial para que se reparase la violación de que fue víctima.

88. Según Telles[\[46\]](#), el racismo consciente y explícito, en la forma de insultos raciales, a pesar de condenables, son menos importante para el mantenimiento de la desigualdad racial que las sutiles prácticas individuales e institucionales, comúnmente caracterizadas como “racismo institucional”. También de acuerdo con el autor, estas prácticas, en Brasil derivan de una forma de pensar que naturaliza la jerarquía racial y probablemente causan más daño que los menos comunes y más divulgados insultos raciales.

Desclasificación del racismo como insulto genérico o racista

89. El autor de un insulto racista en el Brasil, en la mayoría de los casos, queda impune. Según abogados de organizaciones afrobrasileras, el hecho de que el insulto racista no esté encuadrado en la Ley 7716/89, crea un obstáculo en la administración de justicia pues el insulto, según el Código Penal brasileño, es delito de acción privada y depende de la iniciativa de la víctima para ser iniciado. Por su parte, la mayoría de las víctimas de racismo en el Brasil es pobre y no tiene cómo contratar abogados[\[47\]](#).

90. Según Racusen[\[48\]](#), durante el período 1993 a 1995, la Comisaría Especializada en Delitos Raciales de San Pablo clasificó como delitos de injuria el 75% de las reclamaciones recibidas en la Comisaría y solo 18% de las quejas fueron clasificadas de acuerdo con la Ley 7716. De las alegaciones clasificadas como injurias, el 20% fueron investigadas y el 3% dieron lugar a un proceso judicial. Según Racusen, una alegación de insulto era nueve veces más improbable de llegar a un tribunal brasileño que una clasificada como discriminación racial.

91. La organización CEAP, que actúa en Río de Janeiro, informó que la mayoría de las denuncias de discriminación racial recibidas en aquella ciudad por la organización, fueron clasificadas como insultos[\[49\]](#).

92. Las razones antes señaladas, que sirven de filtro para el procesamiento de eventuales denuncias de racismo, sea por vía de la Ley 7716/89, sea por vía del artículo 140 del Código Penal, llevó al gobierno brasileño a informar al CERD que la jurisprudencia brasileña es incongruente y heterogénea en torno a la cuestión de la discriminación racial[\[50\]](#). En efecto, existen decisiones que no sancionan la discriminación racial en razón de falta o insuficiencia de pruebas o de fraude doloso, lo que se considera elemento subjetivo del delito. En último término, requiere que el “odio racial” sea probado, tarea difícil de lograr.

93. En relación con las desclasificaciones de la discriminación racial y el insulto racista, el

gobierno brasilero, en su informe al CERD, informó a los miembros de este Comité que: No obstante, el hecho de que la Ley 7716/89, al penalizar actos derivados de discriminación basada en la raza o en el color, representó un claro avance, una de las mayores críticas al texto se centra en el hecho de que la misma no incluyó en su definición de los actos considerados delictivos los delitos que involucran difamación de naturaleza discriminatoria. Al no incluir dentro de la Ley 7716 actos difamatorios fundados en discriminación racial (insultos, actos de denigración, abuso verbal), estos eran finalmente clasificados legalmente, no como racismo, sino como difamación en sentido general (es decir, insulto, calumnia). Sin embargo, mientras que el racismo es punible con pena de prisión de uno a 5 años, la calumnia se sanciona con pena de prisión de seis meses. Además, los delitos de difamación son iniciados sólo a través de una acción penal particular (cuya prescripción es de seis meses), mientras que los delitos de racismo son iniciados por vía de la acción penal pública. En cuanto a la prescripción, mientras el racismo es imprescriptible, los delitos de difamación prescriben dentro de un corto período de tiempo (dos años en el caso de difamación o calumnia)[\[51\]](#).

94. Inclusive con la posterior creación de la figura penal del insulto racista[\[52\]](#), la que asocia elementos como raza, color, etnia, religión u origen, el gobierno va más lejos y señala que, aunque la ley haya hecho la distinción entre el insulto genérico y el insulto basado en discriminación (por raza, color, origen, etnia o religión), confiriendo a este una pena más rigurosa, la ley sigue siendo más frágil que el tratamiento prescripto para los delitos de racismo dispuestos en la Ley 7716/89, aparte de que, por ser ese delito procesable sólo por acción privada, cuando un tipo de conducta particular pasa de considerarse racismo a difamación, la víctima se ve obligada a iniciar una acción dentro de un breve plazo de seis meses, lo que lleva a que el delito no sea castigado[\[53\]](#).

4. Violación del derecho de Simone André Diniz a la igualdad y a la no discriminación

95. Según los peticionarios, el archivo de la denuncia hecha por Simone André Diniz representa una situación generalizada de desigualdad en el acceso a la justicia y de impunidad en los casos de denuncia de delitos con motivación racial. En efecto, esa circunstancia revelaría la ineficacia de la Ley 7716/89 toda vez que esta no ha sido aplicada por las autoridades brasileras y genera en Brasil una situación de desigualdad en el acceso a la justicia para quienes son víctimas de prejuicio racial o de racismo.

96. Esos factores, según los peticionarios, y los datos antes indicados, han dado lugar a la suspensión de investigaciones, a investigaciones parciales y al archivo de indagatorias por falta de fundamentos para una denuncia.

97. La Comisión ya determinó que toda víctima de violación de los derechos humanos debe tener garantizada una investigación diligente e imparcial y, existiendo indicios de autoría del delito, el inicio de la acción pertinente para que el juez competente, en el marco de un proceso justo, determine si ha habido o no delito, como ocurre con todo delito que se lleva a examen de la autoridad pública.

98. Al no ocurrir eso con las denuncias de discriminación racial formuladas por personas afrodescendientes en Brasil, el Estado viola flagrantemente el principio de igualdad consagrado en la Declaración y Convención Americanas, al que se obligó a respetar, y que determinan que todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho, sin discriminación, a la igual protección de la ley.

99. En primer lugar, la Comisión entiende que excluir a una persona del acceso al mercado de trabajo por su raza constituye un acto de discriminación racial. Al respecto, la Comisión toma nota de que el artículo 1 de la ICERD dispone que “la expresión discriminación racial apunta a alguna distinción, exclusión, restricción o preferencia fundada en la raza, el color,

la ascendencia en el origen nacional o étnico, que tenga como objetivo o como efecto destruir o comprometer el reconocimiento, el goce o el ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales en los campos político, económico, social y cultural o en cualquier otro campo de la vida pública.”

100. Si el Estado permite que dicha conducta permanezca impune, convalidándola implícitamente o prestando su aquiescencia, entiende la CIDH que se viola el artículo 24 de la Convención Americana, conjuntamente con el artículo 1(1). La igual protección ante la ley exige que toda manifestación de práctica racista sea diligentemente tratada por las autoridades judiciales.

101. En el caso concreto de Simone André Diniz, existía un anuncio publicitario que la excluía, por su condición racial, de un trabajo. Al presentar la denuncia, las autoridades judiciales procedieron a su archivo, a pesar de que la propia autora confirmó su publicación.

102. El archivo ocurrido no fue un hecho aislado en la justicia brasileña y la Comisión da por probado que refleja un perfil de comportamiento de las autoridades brasileñas explicitado cuando se ven ante una denuncia de práctica de racismo.

103. Por otro lado, el archivo automático de denuncias de racismo impide la apreciación por el Poder Judicial de la ocurrencia o no de dolo. Como quedó demostrado anteriormente, la ausencia de la motivación racial ha llevado a la inaplicabilidad de la Ley 7716/89, sea por archivo automático de las denuncias en la etapa de investigación, sea por sentencias absolutorias. El archivo de la indagatoria policial fue justamente la hipótesis del caso en análisis. El hecho de que Gisela Silva haya declarado en la indagatoria policial que no tenía la intención de discriminar racialmente o que tenía motivos para preferir una empleada blanca, no autorizaba el archivo del hecho, debiendo la defensa, sobre la falta de motivación racial, haber sido argüida y analizada por el juez competente en el marco de un proceso penal regular.

104. El Estado brasileño se comprometió a respetar y garantizar los derechos humanos de todos los que viven bajo su jurisdicción, de acuerdo con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, según lo entendió la Corte Interamericana:

Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias [\[54\]](#).

105. Por otro lado, la Corte Interamericana estableció que:

El artículo 24 de la Convención consagra el principio de igualdad ante la ley. Así, la prohibición general de discriminación establecida en el artículo 1.1 “se extiende al derecho interno de los Estados Partes, de tal manera que es posible concluir que, con base en esas disposiciones, éstos se han comprometido, en virtud de la Convención, a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley” [\[55\]](#).

106. Por consiguiente, los Estados deben asegurar en su ordenamiento jurídico interno que toda persona tenga acceso a un recurso simple y efectivo que la ampare en la determinación de sus derechos, sin discriminación.

107. La Comisión señala a la atención del Estado que la omisión de las autoridades públicas de efectuar un procesamiento penal diligente y adecuado de los autores de discriminación racial y racismo crea el riesgo de producir, no sólo un racismo institucional, en que el Poder Judicial es visto por la comunidad afrodescendiente como un poder racista, sino que también resulta grave por el efecto que tiene sobre la sociedad, en la medida en que la impunidad estimula la práctica de racismo.

108. La Comisión quisiera concluir señalando que es de fundamental importancia estimular una conciencia jurídica capaz de tornar efectivo el combate a la discriminación racial y al racismo, pues el poder judicial de un país debe ser un sistema de uso eficaz, por cuanto es un instrumento imprescindible de control y combate de la discriminación racial y del racismo.

109. En razón del tratamiento desigual conferido a la denuncia de racismo y discriminación racial formulada por Simone André Diniz por parte de las autoridades brasileras, revelador de una práctica generalizada discriminatoria en el análisis de estos delitos, la Comisión concluye que el Estado violó el artículo 24 de la Convención Americana en perjuicio de Simone André Diniz.

D. Análisis del derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial

110. En razón de los hechos establecidos, la Comisión opina que la investigación efectuada para determinar el delito de racismo ocurrido en perjuicio de Simone André Diniz, no obstante haber sido iniciada una indagatoria policial, no fue adecuada y eficaz, toda vez que no fue abierta una acción penal para juzgar al responsable del ilícito ni se impusieron las sanciones pertinentes, así como tampoco se reparó a la víctima por el daño sufrido, como determina la Ley 7716/89.

111. Por consiguiente, tras el archivo del proceso, Simone André Diniz quedó imposibilitada de acceder a la justicia a través de un recurso eficaz para ver amparado su derecho contra el acto de racismo sufrido, toda vez que, de acuerdo con la legislación procesal penal brasilera, no hay recurso a la decisión que determina el archivo de los autos de la investigación policial[\[56\]](#).

112. El Estado, por su parte, se defendió alegando que no hubo violación a la Convención

Americana porque se inició una indagatoria policial en la que se recogieron declaraciones de las partes involucradas, la cual fue archivada por la autoridad judicial competente, en base al parecer del Ministerio Público, razón por la cual la justicia había sido administrada.

113. Siguiendo ese razonamiento, la Comisión determina que el Estado incumplió su obligación de administrar justicia en el caso de Simone André Diniz, que fue discriminada en base a su color, puesto que no cumplió su obligación convencional de investigar, procesar, sancionar y procurar restablecer el derecho violado en forma eficaz y adecuada, como se demostrará a continuación.

114. De acuerdo con los peticionarios, la denuncia de racismo formulada por Simone André Diniz, no obstante haber iniciado el camino judicial a través de una indagatoria policial, no se transformó en la acción penal pertinente, única que podría determinar -instaurado el proceso contradictorio y recogidas las pruebas- la ocurrencia o no de racismo, puesto que la justicia brasileña, en decisión que no permite recurso, decidió archivar la indagatoria policial en base a que no existirían fundamentos para una denuncia penal de acuerdo con la Ley 7716/89.

115. En este sentido, el aspecto sustancial de la controversia planteada ante la Comisión, no es si en el ámbito interno se pronunció sentencia condenatoria por la violación cometida en perjuicio de Simone André Diniz, sino si los procesos internos permitieron que se garantizara un acceso a la justicia conforme a las modalidades previstas en la Convención. Para ello, se hace necesario analizar si en el hecho denunciado por Simone había o no indicios de la práctica de racismo en el ámbito de la Ley 7716/89, a fin de indagar si hubo o no denegación de justicia.

116. La comisión debe indicar que el artículo de la Convención Americana, y en la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, se exige a los Estados la penalización de las prácticas de racismo definidas en el artículo 1

de la Convención. El CERD ha insistido en la importancia de la penalización. El Gobierno brasileño ratificó la referida Convención el 27 de marzo de 1968, razón por la cual, a la luz de lo dispuesto en la Convención contra la Discriminación Racial en conjunción con lo dispuesto en el artículo 29 de la Convención Americana, está obligado a cumplirla.

117. En efecto, según denunciaron los peticionarios y queda establecido en el presente caso, la Sra. Aparecida Gisele Mota da Silva hizo publicar un anuncio en un periódico de gran circulación que tenía preferencia por emplear como doméstica a una persona de color blanco, y la víctima, al aspirar al cargo, fue marginada por ser de color negro. Esos hechos fueron declarados y admitidos por ambas en sus declaraciones y fueron corroborados por testigos[\[57\]](#).

118. Según los peticionarios, la violación que nos ocupa en el presente caso estaba tipificada en el artículo 20 de la Ley 7716/89 con posteriores modificaciones por las leyes 8081/90 y 8882/94, que agregó el referido artículo para definir en el título una nueva figura penal, “practicar, inducir o incitar, por los medios de la comunicación social o por publicación de cualquier naturaleza, la discriminación o prejuicio de raza, color, etnia, religión o procedencia nacional” delito que era punible con reclusión de dos a cinco años y multa.

119. Se trata de un tipo penal en que el delito sólo ocurriría si se operase a través de un medio de comunicación social o por intermedio de alguna publicación. Además, existía la relación de causalidad. Como era delito formal o de mera conducta, es decir, de consumación anticipada, su consecución era independiente de los efectos que ocurriesen, quiere decir, que no había la necesidad del resultado para que se consumase el delito. Practicar la preferencia ya sería suficiente para que se materializara el delito.

120. Los peticionarios denunciaron también que, concluida la indagatoria policial[\[58\]](#), esta fue remitida al Ministerio Público para que el mismo iniciase la acción penal pertinente, toda vez que la Ley 7716/89 tipifica delitos cuya titularidad de acción pertenece al Ministerio

Público. De manera que, en razón del principio de obligatoriedad, bastaba estar presentes en la indagatoria indicios de autoría y de materialidad para que el Ministerio Público estuviera legitimado y obligado a instruir la denuncia penal pertinente[\[59\]](#).

121. No obstante la existencia de estos elementos indiciales, el Ministerio Público pidió el archivo de los autos de la indagatoria policial, pues entendió que no quedó determinado que la Sra. Aparecida Gisele Mota da Silva hubiera practicado algún acto que pudiera constituir delito de racismo previsto en la Ley 7716/89. El juez de la acción acató el parecer del Ministerio Público y determinó el archivo del caso.

122. La Comisión tiene conocimiento de que la ley procesal penal brasileña establece que el Ministerio Público podrá pedir el archivo de una denuncia penal cuando no encuentre elementos que puedan indicar la ocurrencia de delito, y el juez, a pesar de no estar obligado[\[60\]](#), podrá determinar ese archivo. Pero esa decisión no puede ser incongruente con el mandato constitucional brasileño que garantiza la apreciación del Poder Judicial de toda lesión o amenaza al derecho[\[61\]](#). Tampoco puede lesionar el mandato convencional que garantiza a toda persona, no sólo el derecho a un recurso efectivo, sino también el derecho al desarrollo de las posibilidades del recurso judicial.

123. El análisis de los documentos que hacen al presente caso, realizado sobre la base de esas normas, permite concluir que la investigación administrativa llevada a cabo por la policía civil brasileña contenía elementos de prueba indiciales suficientes para autorizar la instrucción del proceso legal en los términos de la Ley 7716/89, porque el proceso penal era el medio adecuado para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de la controversia, a fin de determinar si había ocurrido o no práctica de racismo.

124. La Comisión subraya que uno de los fines del Estado es administrar justicia. En efecto, el Estado brasileño está obligado, no sólo por los instrumentos internacionales que ratificó, sino también por su propia Constitución, a administrar justicia a sus ciudadanos toda vez

que fuera invocada la tutela jurisdiccional del Estado[62].

125. La obligación interna de investigar, juzgar y sancionar delitos de motivación racial se suma a la obligación internacional derivada de la ratificación de tratados sobre la materia, que coloca el derecho a no ser discriminado en el grupo de normas imperativas del derecho internacional de derechos humanos que son absolutas, irrevocables y no sufren modificaciones.

126. El artículo 6º de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, ratificada por el Brasil, y aquí utilizada como pauta interpretativa, establece una modalidad que asegura específicamente a las víctimas de discriminación racial la protección y el recurso efectivo ante los tribunales internos, en los siguientes términos:

Los Estados partes asegurarán a todas las personas que se hallen bajo su jurisdicción, protección y recursos efectivos, ante los tribunales nacionales competentes y otras instituciones del Estado, contra todo acto de discriminación racial que, contraviniendo la presente Convención, viole sus derechos humanos y libertades fundamentales, así como el derecho a pedir a esos tribunales satisfacción o reparación justa y adecuada por todo daño de que puedan ser víctimas como consecuencia de tal discriminación.

127. Por otro lado, la Corte Europea de Derechos Humanos, en ocasión de analizar un caso de violación al derecho a la vida de una persona perteneciente a una minoría étnica, estableció que, cuando existe sospecha de que una motivación racial indujo a la práctica de una violación, es particularmente importante que la investigación oficial sea practicada con vigor e imparcialidad, en razón de la necesidad de reafirmar continuamente la condena de la sociedad al odio étnico o racial y para mantener la confianza de las minorías en la capacidad de las autoridades de protegerlas de la amenaza de violencia racista[63].

128. En el caso en cuestión, no obstante tratarse de un caso entre particulares, en razón de su compromiso internacional de prevenir y combatir la discriminación racial, el Estado brasileño tenía la obligación adicional de tomar todas las medidas necesarias para establecer si los hechos denunciados por Simone André Diniz, encerraban o no una práctica de racismo y de discriminación racial.

129. La obligación de los Estados de respetar los derechos y las libertades reconocidos en la Convención, incluye para el Estado la obligación de prevenir violaciones y tratarlas en los términos requeridos por la Convención. Es sabido que en el presente caso se inició una indagatoria policial -que tiene naturaleza de procedimiento administrativo para determinar la eventual ocurrencia de racismo.

130. Pero la instrucción de la indagatoria policial no eximía al Estado de su responsabilidad de negar acceso a la justicia a Simone André Diniz. Ello porque la indagatoria policial, como pieza meramente informativa, no era un recurso jurídico adecuado y eficaz para procesar, sancionar y reparar una denuncia de violación de los derechos humanos, de acuerdo con los patrones convencionales. En este caso, el medio jurídico idóneo sería la acción penal pública, instruida por el Ministerio Público, que, habiendo indicios de ocurrencia del delito, conferiría al juez el poder de juzgar al autor de la violación y eventualmente condenarlo, lo que no ocurrió en este caso.

131. Por otro lado, el archivo determinado por la justicia brasileña, cerró para la víctima la posibilidad de invocar la tutela jurisdiccional del Estado para aplicar la Ley 7716/89, puesto que, como lo señalan los peticionarios y lo comprobó esta Comisión, la decisión de archivo no admite recurso y la reapertura de la indagatoria policial sólo sería posible si existieran nuevos hechos, de acuerdo con la interpretación de los artículos 18 y 28 conjugados del Código de Proceso Penal Brasileño, respaldado por una jurisprudencia firme[\[64\]](#).

132. Aparte de la imposibilidad de procurar la tutela judicial penal, dicho archivo también

cerró para la víctima la posibilidad de obtener una reparación civil por el daño moral sufrido. Ello es así porque en el sistema judicial brasílico, no obstante existir independencia y estar obligada la víctima a probar el daño sufrido en una eventual acción civil, el archivo de una denuncia penal inviabiliza todo pedido de reparación moral en la esfera civil.

133. Del análisis de los hechos aquí denunciados, se deriva la inaplicabilidad de la Ley 7716/89 en razón de la denegación de recurso efectivo para llevar a la apreciación del Poder Judicial la lesión del derecho a no ser discriminado. La Corte señaló reiteradamente que no brindar al lesionado el derecho de acceso a la justicia conculca las disposiciones convencionales:

La inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial[65].

134. En base a lo expuesto, la Comisión entiende que el Estado violó los artículos 8.1 y 25 en conjunción con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Simone André Diniz por no haber iniciado la acción penal pertinente para determinar la denuncia de

discriminación racial sufrida por ésta.

V. ACTUACIONES POSTERIORES AL INFORME No 83/04

135. La Comisión Interamericana aprobó el Informe de Méritos No 83/04 sobre el caso 12.001 (Simone André Diniz) el 28 de octubre de 2004, en su 121º período ordinario de sesiones[66].

136. El mencionado informe de méritos fue enviado el 18 de enero de 2005 a la República Federativa del Brasil, a la que se concedieron dos meses para cumplir las recomendaciones de la Comisión, contados a partir de la fecha de remisión del informe.

137. En nota de 15 de febrero de 2005, las peticionarias manifiestan que la Corte Interamericana de Derechos Humanos no tendría competencia temporal para dar vista al presente caso.

138. En nota de 12 de abril de 2005, el Estado solicitó prórroga de 90 días para dar cumplimiento a las recomendaciones y, el 18 de abril de 2005, la Comisión accedió a su solicitud. El 27 de junio de 2005, el Estado envió su respuesta, detallando las providencias tomadas para dar cumplimiento a las recomendaciones del informe de méritos mencionado.

139. La CIDH desea observar que, dadas las circunstancias específicas del presente caso, que incluyen la posición de los peticionarios sobre la materia, la fecha en que ocurrieron los hechos, las fechas de iniciación y el archivo de la investigación policial, todas anteriores a la fecha en que el Brasil aceptó la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, a saber, el 10 de diciembre de 1998, la Comisión Interamericana, de conformidad con lo

dispuesto en su Reglamento, decidió no presentar este caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

140. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 51.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo que la Comisión debe examinar en esta etapa del procedimiento es si el Estado solucionó o no el asunto. En su respuesta, el Estado mencionó preliminarmente la gestión de la Secretaría Especial de Políticas de Promoción de la Igualdad Racial de la Presidencia de la República (SEPPIR) y de la Secretaría de Justicia y Ciudadanía del Estado de São Paulo en relación con el mantenimiento de negociaciones con la víctima y los peticionarios en la definición de los términos de la reparación.

141. El Estado invocó la ausencia de nexo de causalidad entre las recomendaciones 1, 3 y 4 [ver infra, párrafo 146(1)(3)(4)] y la causa de pedir de las peticionarias, entendiendo preferible dejar a criterio de las partes el contenido de las reparaciones. En relación con la recomendación número 2 [ver infra, párrafo 146(2)], manifestó estar dispuesto a reconocer públicamente la responsabilidad internacional por los daños causados a la víctima con el cierre del caso.

142. En cuanto a las recomendaciones números 5, 7 y 10 [ver infra, párrafo 146(5)(7)(10)], el Estado describió programas gubernamentales, actuaciones de organismos públicos en el ámbito federal y del Estado de São Paulo, proyectos de ley en trámite en el Congreso y leyes ya promulgadas, de alguna forma relacionadas con el fomento de la igualdad racial y la educación en derechos humanos de funcionarios públicos vinculados a la seguridad pública y la justicia. En relación con la recomendación número 6 [ver infra, párrafo 146(6)], subrayó que la investigación policial iniciada por la víctima Simone André Diniz no podrá ser reabierta, a estar a los términos del Código de Proceso Penal brasileño, salvo que surgieran nuevas pruebas. Recalcó que la víctima podría haber interpuesto una acción penal privada, subsidiaria de la acción penal pública, conforme a la legislación ordinaria y a las garantías constitucionales pertinentes.

143. En relación con las recomendaciones números 8 y 9 [ver infra, párrafo 146(8)(9)], el Estado mencionó la convocatoria de una Conferencia Nacional de Promoción de la Igualdad Racial, la movilización de la SEPPIR y de órganos de la Presidencia de la República para un debate público y la realización de estudios sobre la desigualdad racial en Brasil. Finalmente, en relación con las recomendaciones 11 y 12 [ver infra, párrafo 146(11)(12)], mencionó el empeño del Ministerio Público en los ámbitos federal y estadual en el combate a la discriminación racial en conjunto con los órganos públicos y empresas privadas en la formulación de un proyecto dedicado a la divulgación de contenidos audiovisuales e impresos sobre la cultura afrobrasileña.

144. El 1 de septiembre de 2005, el Estado solicitó aclaraciones en relación con la tercera recomendación del informe de méritos Nº 83/04 (textualmente – Conceder apoyo financiero a la víctima para que pueda iniciar y concluir un curso superior), y la consiguiente suspensión de las demás etapas procesales hasta el ofrecimiento de respuesta. La Comisión suministró las aclaraciones el 19 de enero de 2006, por lo cual, teniendo en cuenta la información brindada por el Estado y la posición de la víctima y las peticionarias, decide dar continuidad al análisis del presente caso.

VI. CONCLUSIONES

145. En base a las consideraciones de hecho y de derecho antes expuestas, la Comisión Interamericana reitera su conclusión en cuanto a que el Estado es responsable de la violación de los derechos a la igualdad ante la ley, a la protección judicial y a las garantías judiciales, consagrados, respectivamente, en los artículos 24, 25 y 8 de la Convención Americana, en perjuicio de Simone André Diniz. La Comisión determina también que el Estado violó el deber de adoptar disposiciones del derecho interno, en los términos del artículo 2 de la Convención, en violación también de la obligación que le impone el artículo 1.1 de respetar y garantizar los derechos consagrados en dicho instrumento.

VII. RECOMENDACIONES

146. Sobre la base del análisis y las conclusiones del presente informe, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos reitera al Estado las siguientes recomendaciones:

1. Reparar plenamente a la víctima Simone André Diniz, considerando tanto el aspecto moral como el aspecto material, por las violaciones de los derechos humanos determinadas en el informe de méritos, en especial,
2. Reconocer públicamente la responsabilidad internacional por la violación de los derechos humanos de Simone André Diniz;
3. Conceder apoyo financiero a la víctima para que pueda iniciar y concluir un curso superior;
4. Establecer un valor pecuniario que se pagará a la víctima a título de indemnización por daños morales;
5. Realizar las modificaciones legislativas y administrativas necesarias para que la legislación contra el racismo sea efectiva, con el fin de sanear los obstáculos demostrados en los párrafos 78 y 94 del presente informe;
6. Realizar una investigación completa, imparcial e efectiva de los hechos, con el objetivo de establecer y sancionar la responsabilidad respecto de los hechos relacionados con la discriminación racial sufrida por Simone André Diniz;
7. Adoptar e instrumentar medidas de educación de los funcionarios de justicia y de la policía a fin de evitar acciones que impliquen discriminación en las investigaciones, en el proceso o en la condena civil o penal de las denuncias de discriminación racial y racismo;

8. Promover un encuentro con organismos representantes de la prensa brasileña, con la participación de los peticionarios, a fin de elaborar un compromiso de evitar la publicidad de denuncias de carácter racista, todo de acuerdo con la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión;
9. Organizar Seminarios en los estados, con representantes del Poder Judicial y las Secretarías de Seguridad Pública locales, a efectos de fortalecer la protección contra la discriminación racial y el racismo;
10. Solicitar a los gobiernos de los estados la creación de comisarías especializadas en la investigación de delitos de racismo y discriminación racial;
11. Solicitar a los Ministerios Públicos de los estados la creación de Procuradurías Públicas Especializadas de los estados en la lucha contra el racismo y la discriminación racial;
12. Promover campañas publicitarias contra la discriminación racial y el racismo.

VIII. HECHOS POSTERIORES A LA TRANSMISIÓN DEL INFORME AL ESTADO / PUBLICACIÓN DEL INFORME

147. El 29 de marzo de 2006, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos envió una comunicación al Estado, en la que informaba que este Informe fue aprobado durante el 124º período ordinario de sesiones. Además, solicitó al Gobierno que, en el transcurso del plazo de un mes, a partir de la fecha de transmisión de la comunicación, informase sobre las medidas adoptadas para dar cumplimiento a las recomendaciones de la Comisión y solucionar la situación denunciada, conforme al artículo 45.2 del Reglamento de la CIDH.

148. Los peticionarios informaron, el 6 de septiembre de 2006, que el Estado no había hecho nada para dar cumplimiento a las recomendaciones de la Comisión, solicitando, por

esta razón, que el Informe se publicara de acuerdo con lo que establece el artículo 51.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

149. Conforme a las consideraciones anteriores y dado que el Estado no ha presentado ninguna respuesta con respecto al Informe N° 10/06, la Comisión, de conformidad con el artículo 45.3 de su Reglamento, decide ratificar sus conclusiones y reitera las recomendaciones en este informe, publicándolos o incluyéndolos en su Informe Anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos. De conformidad con las normas contenidas en los instrumentos que rigen su mandato, la Comisión seguirá evaluando las medidas adoptadas por el Estado del Brasil con respecto a las recomendaciones anteriormente mencionadas hasta que éstas hayan sido debidamente cumplidas.

Dado y firmado en la sede de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la ciudad de Washington, D.C., a los 21 días del mes de octubre del año 2006. (Firmado): Evelio Fernández Arévalos, Presidente; Florentín Meléndez, Segundo Vicepresidente; Freddy Gutiérrez, Paolo Carozza y Víctor Abramovich, Comisionados.

VOTO FUNDAMENTADO DE LOS MIEMBROS DE LA COMISION JOSÉ ZALAUETT Y EVELIO FERNÁNDEZ ARÉVALOS DEL INFORME DE MERITOS N° 83/04

Los miembros de la Comisión José Zalaquett y Evelio Fernández Arévalos coincidimos con la decisión mayoritaria de la Comisión Interamericana en el presente caso con respecto a la violación sustantiva del derecho a la igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como con el incumplimiento por el Estado de su obligación de garantizar los derechos consagrados en la Convención, a que se refiere el artículo 1.1 de dicho instrumento.

En relación con la violación de los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, en conjunción con el artículo 1.1 de dicho tratado, a que se refieren los párrafos 134 y

135 supra, la decisión de la mayoría de la Comisión se fundamenta en que el Estado no inició la respectiva acción penal para investigar la discriminación sufrida por la víctima, señora Simone André Diniz.

Al respecto, observamos que, ante la denuncia interpuesta por la víctima en el Destacamento Policial de Investigación de Delitos Raciales, el 2 de marzo de 1997 (supra, párr. 29), la respuesta del Estado consistió en iniciar una investigación policial (con el número 10.541/97-4, mencionada en el párr. 30 supra), al cabo de la cual el Ministerio Público, el 2 de abril de 1997, solicitó el archivo de las actuaciones por considerar que no se había determinado que la denunciada, señora Aparecida Gisele Mota da Silva, hubiera practicado actos que pudieran constituir el delito de racismo previsto en la ley 7716/89. A continuación, el juez competente, por decisión de 7 de abril de 1997, ordenó el archivo de las actuaciones (supra, párr. 37). Nuestra opinión al respecto es que, en el marco de las circunstancias de hecho y jurídicas específicas del presente caso, las actuaciones policiales del Ministerio Público y del Poder Judicial del Brasil constituyen en su conjunto una respuesta que no llega a configurar una violación de los artículos 8, 25 y 1.1 de la Convención Americana.

Octubre 2004

El Comisionado Paulo Sérgio Pinheiro, de nacionalidad brasileña, no participó de la aprobación de este Informe.

[1] DINIZ, Simone André. CIDH, Informe de Admisibilidad N° 37/02 publicado en el 116º período de sesiones de la CIDH.

[2] El aviso en cuestión señalaba lo siguiente: “Se precisa empleada doméstica con cama, con experiencia, para tareas de rutina y cuidado de niños, con documentación y referencias; de preferencia blanca, sin hijos, soltera y mayor de 21 años. Gisele”.

[3] Se addenda al expediente copia de la referida indagatoria policial.

[4] Ley 7716/89, artículo 20 “practicar, inducir o incitar, por medio de la comunicación social o por publicación de cualquier naturaleza, la discriminación o el preconcepto de raza, color,

etnia, religión u origen nacional. Pena: reclusión de 2 a 5 años y multa." (Consta copia en el expediente).

[\[5\]](#) Ministerio Público del Estado de São Paulo, Indagatoria Policial No. 10.541/97-4, Pedido de Archivo del 2 de abril de 1997.

[\[6\]](#) Poder Judicial de São Paulo, Indagatoria Policial No. 10541/97, Sentencia de 7 de abril de 1997.

[\[7\]](#) Informe de la Investigación Policial No. 10.541/97-4, preparado por el Comisario de Policía Roberto Krasovic que actuó en nombre de la Comisaría de Delitos Raciales.

[\[8\]](#) Corte I.D.H., Caso Cesti Hurtado. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de enero de 1999. Serie C. No. 49, párr. 47.

[\[9\]](#) Corte I.D.H., Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C, No. 110, párr. 73. Ver también Corte I.D.H., Caso Cesti Hurtado. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de enero de 1999. Serie C, No. 49, párr. 47.

[\[10\]](#) Corte I.D.H., Caso 19 Comerciantes. Sentencia de 5 de julio de 2004, párr. 181. Serie C. No. 109.

[\[11\]](#) Corte I.D.H., Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C. No. 4, párr. 172.

[\[12\]](#) Corte I.D.H., OC-18/03, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, párr. 147, publicada el 17 de septiembre de 2003, Serie A. No. 18

[\[13\]](#) CIDH, Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Brasil, Capítulo IX, A, OEA/Ser.L/V/ii.97 Doc. 29 rev. 1, 29 de septiembre de 1997.

[\[14\]](#) CERD, Concluding Observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination: Brazil. 12/03/2004, párr. 12 CERD/C/64/CO/2.

[\[15\]](#) IPEA – Instituto de Investigación Económica aplicada, Texto para discusión N 807, Desigualdad racial en Brasil – Evolución de las condiciones de vida en la década de los 90, Ricardo Henrígues, 2001.

[\[16\]](#) CERD, Informe sobre Brasil, CERD/C/431/Add.8, párr. 233.

[\[17\]](#) IBGE PNAD, 1996.

[\[18\]](#) Discriminação Racial e Justiça Criminal em São Paulo, Sergio Adorno, 1995.

[\[19\]](#) Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Afrobrasileros, presentado en el 114º período de sesiones de la CIDH

[\[20\]](#) Ver nota 14 supra, Capítulo IX y CIDH, Informe de Fondo N° 23/03, Néri da Fonseca. Aprobado en el 117º período de sesiones de la CIDH.

[\[21\]](#) IBASE.

[\[22\]](#) Instituto Superior de Estudios de la Religión, Cano, Ignacio: En la investigación se evalúan datos que incluyen todos los incidentes de la ciudad de Río de Janeiro entre enero de 1993 y julio de 1996, en los que civiles resultaron muertos y heridos por armas de fuego en enfrentamientos con la policía. Las víctimas son clasificadas por las fuentes oficiales en tres categorías: blanco, mulato y negro. El estudio demostró que los civiles mulatos y negros son objeto de acción policial fatal con mucho más frecuencia que sus porcentajes en la población total.

[\[23\]](#) Ver nota 17 supra párr.

[\[24\]](#) Telles, Edward – Racismo á Brasileira, Uma Nova Perspectiva Sociológica, 2003, pág. 236, pág. 204.

[\[25\]](#) Ver nota 17 supra párr. 246.

[\[26\]](#) Síntese dos Indicadores Sociais, 1999.

[\[27\]](#) Race in Contemporary Brazil – From Indifference to Inequality, Edited by Rebecca Reichmann, The Pennsylvania State University Press, University Park, Pennsylvania, Silente Conflict: Discriminatory Practicesm, Maria Aparecida Silva Bento, p. 144.

[\[28\]](#) Racusen, Seth, “A Mulato cannot be Prejudiced”: The Legal Constrution of Racial Discrimination in Contemporary Brazil. Junio 2002, p. 288. Denuncias de Geledes – Instituto da Mulher Negra ao autor da obra citada.

[\[29\]](#) Brasil ratificó la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de la ONU en que, sus artículos 2º d, 4º y 5º, los Estados se obligan a prohibir y eliminar la discriminación racial.

[\[30\]](#) A este propósito, la Comisión quisiera dejar en claro que la penalización de la práctica del racismo y de la discriminación racial es una forma eficaz de combatir este tipo de violación de los derechos humanos y está en concordancia con el artículo 2 de la Convención

Americana y con los artículos 2º y 4º de la Convención Internacional contra el Racismo, así como con los párrafos 66, 84 y 89 del Programa de Acción de Durban.

[\[31\]](#) Delitos resultantes de la discriminación o prejuicio de raza, color, etnia, religión u origen nacional. León Fredja Szklarowsky, publicado en la Revista Jurídica Jus Navegandi.

[\[32\]](#) O crime de racismo na legislaçao penal brasileira passado, presente e futuro. Eliezer Gomes da Silva e Ivonei Sfoggia.

[\[33\]](#) Información extraída del artículo Crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Leon Fredja Szklarowsky, publicado en Revista Jurídica Jus Navegandi.

[\[34\]](#) Más conocida en Brasil como Ley CAO, en referencia a su autor, el Diputado Carlos Alberto de Oliveira.

[\[35\]](#) Ver nota 14 supra párr. 26.

[\[36\]](#) Ver nota 15 supra párr. 18.

[\[37\]](#) Racismo Cordial, Hedio Silva.

[\[38\]](#) Telles, Edward – Racismo á Brasileira, Uma Nova Perspectiva Sociologica, 2003, p. 264.

[\[39\]](#) Ver nota 14 supra, párr. 13. (subrayado del autor).

[\[40\]](#) Racusen, Seth, “A Mulato cannot be Prejudiced”. The Legal Constrution of Racial Discrimination in Contemporary Brazil. June 2002, pág. 93.

[\[41\]](#) artículo publicado por el periódico A Folha de São Paulo, el 23 de agosto de 1998, Seção Sao Paulo. Declaración formulada por Carlos Moura, Secretario Ejecutivo del GTI (Grupo de Trabajo Interministerial de Valorización de la Población Negra (órgano creado por el Gobierno Federal del Brasil)

[\[42\]](#) Racusen, Seth, “A Mulato cannot be Prejudiced”. The Legal Constrution of Racial Discrimination in Contemporary Brazil. June 2002, pág 31.

[\[43\]](#) Ver nota 17 supra párr. 172.

[\[44\]](#) artículo publicado por el periódico A Folha de São Paulo, el 23 de agosto de 1998, Seção Sao Paulo. Declaración formulada por Carlos Moura, Secretario Ejecutivo del GTI (Grupo de Trabajo Interministerial de Valorización de la Población Negra (órgano creado por el Gobierno Federal del Brasil).

[\[45\]](#) O Racismo no Brasil – Uma Analise do Desenvolvimento Histórico do Tema e da eficacia da Lei como Instrumento de Combate a Discriminação Racial. Claudia Margarida Ribas Marinho.

[\[46\]](#) Ver nota 25 supra, pág. 236.

[\[47\]](#) Artículo publicado por el periódico A Folha de Sao Paulo, el 23 de agosto de 1998, Sección Sao Paulo. Declaraciones de los coordinadores de Geledes y de la Iglesia.

[\[48\]](#) Ver nota 29 supra, pág. 227.

[\[49\]](#) Comisión Interamericana de Derechos Humanos – Informe N66 Simone André Diniz, Brasil, 21 de octubre de 2006

[\[50\]](#) Ver nota 17 supra párr. 172.

[\[51\]](#) Ver nota 17 supra párr. 58.

[\[52\]](#) Ley que enmendó la Ley 7716/89 y agregó la figura del insulto racista en el Código Penal Brasiliense.

[\[53\]](#) Ver nota 17 supra párr. 173.

[\[54\]](#) Corte I.D.H., OC 18/03, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, párr. 104, publicada el 17 de septiembre de 2003.

[\[55\]](#) Corte I.D.H., OC 17/02, 28 de agosto de 2002, Serie A, No 17, párr. 44 y OC 4/84, 19 de enero de 1984, Serie A No 4, párr. 54.

[\[56\]](#) Archivada la indagatoria policial por despacho del juez, a requerimiento de la fiscalía, no puede la acción penal ser iniciada sin nuevas pruebas (Sum. No 524/STF), jurisprudencia retirada del Código de Proceso Penal, Antonio Claret Maciel dos Santos, Editora Rideel, 1^a Edición, pág. 29 Código de Proceso Penal Brasiliense, artículo 18 c/c artículo 28.

[\[57\]](#) Aunque se discuta aquí que las declaraciones sólo son válidas cuando son ratificadas ante el juez, las declaraciones hechas en la indagatoria policial, cumplidos los requisitos legales, son pruebas de indicios de ocurrencia de delito, destinadas a suministrar los elementos de hecho delictuosos y de la respectiva autoría para fundamentar acción penal. Curso Completo de Proceso Penal, Paulo Lúcio Nogueira, Editora Saraiva 7^a edición, pág. 37.

[\[58\]](#) Conviene señalar que en Brasil la indagatoria policial es un conjunto de diligencias

realizadas por la Policía Judicial encaminadas a determinar una infracción penal y su autoría para que el titular de la acción penal pueda ingresar a juicio, pidiendo la aplicación de la ley al caso concreto. Es también a través de la indagatoria que se recogen los indicios necesarios para la formulación de la denuncia. *Curso Completo de Proceso Penal*, Paulo Lúcio Nogueira, Editora saraiva 7^a Edición, pág., 37 e s.

[\[59\]](#) *Curso Completo de Proceso Penal*, Paulo Lúcio Nogueira, Editora saraiva 7^a Edición, págs.58 a 63.

[\[60\]](#) Código de Proceso Penal Brasileño, artículo 28

[\[61\]](#) La Constitución Federal Brasilera establece en su artículo 5º, XXXV: “la ley excluirá de la apreciación del Poder Judicial toda lesión o amenaza al derecho.”

[\[63\]](#) Corte Europea de Derechos Humanos, Caso Anchova y Otros c. Bulgaria, sentencia de 26 de febrero de 2004, párr. 157.

[\[64\]](#) Ver nota 58 supra.

[\[65\]](#) Corte I.D.H., Caso Ivcher Bronstein. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C. No. 74, párr. 136 y 137, Caso Cinco Pensionistas. Sentencia de 28 de febrero de 2003, Serie C. No. 98, párr. 136. Caso de la Comunidad Mayaagna Sumo Awas Tingni. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C, No. 79, párr. 113.

[66] Al aprobar dicho Informe, el comisionado, Dr. Evelio Fernández Arévalos, y el entonces comisionado, Dr. José Zalaquett, consignaron voto razonado, cuyos términos están transcritos infra.

Adendum No.2. Caso Piersack vs. Bélgica

Sentencia 8692/79

CASO PIERSACK [TEDH-43]

Sentencia de 1 de octubre de 1982.

Independencia de los Tribunales (artículo 6.1 del Convenio).

COMENTARIO

La sentencia Piersack se centra en el artículo 6.1 del Convenio, declarando que éste ha sido infringido por haber presidido el Tribunal que condenó al demandante, señor Piersack, una persona, el señor Van de Walle, que con anterioridad había tenido conocimiento del mismo por formar parte del Ministerio Fiscal. Brevemente fijaremos los hechos y el procedimiento seguido, para concluir resumiendo los fundamentos jurídicos alegados por el Tribunal.

I. Los hechos pueden resumirse de la siguiente manera: el señor Piersack, ciudadano belga, fue condenado por un delito de asesinato a dieciocho años de trabajos forzados por la Audiencia («Cour d'Assises») de Brabant. El veredicto de culpabilidad fue emitido por un jurado por siete votos contra cinco, por lo que, de acuerdo con la legislación belga vigente, el Presidente y los dos Magistrados que forman parte de la Audiencia debieron pronunciarse sobre aquél, coincidiendo con la mayoría del jurado (parágrafos 14-15 y 20-21).

El Presidente de la Audiencia, señor Van de Walle, había sido recientemente designado para ese cargo. Con anterioridad había formado parte del Ministerio Fiscal, dirigiendo un departamento encargado de asuntos penales, y en concreto de los delitos contra las personas. Ejerció ese cargo durante el tiempo en que comenzaron las investigaciones del

caso Piersack, sin llevar personalmente la investigación, aunque con facultades de supervisión de la labor de los encargados propiamente del caso.

En su virtud, el señor Piersack recurrió ante la Corte de Casación belga solicitando la nulidad de las actuaciones conforme a la legislación belga. La Corte rechazó el recurso por estimar que no se había probado suficientemente la participación personal del señor Van de Walle en el caso mientras ejercía sus funciones en el Ministerio Público.

II. Procedimiento. El señor Piersack interpuso la correspondiente demanda ante la Comisión Europea de los Derechos Humanos, alegando que había sido víctima de una violación del artículo 6.1 del Convenio, al no haber sido juzgado por un «Tribunal independiente e imparcial establecido por la ley» (parágrafo 23).

La Comisión admitió a trámite la demanda, estimando por unanimidad que se había producido tal violación.

III. El Tribunal expone en los fundamentos jurídicos de la sentencia los motivos que le han llevado a fallar por unanimidad la existencia de una violación del artículo 6.1 del Convenio.

Rechaza los argumentos en contra de la «independencia del Tribunal» -la legislación belga en la materia establece garantías suficientes para su defensa (parágrafo 27)-, así como que no se esté ante un «Tribunal establecido por la ley» -remitiéndose en este punto a lo referido respecto de la imparcialidad (parágrafo 33).

Efectivamente, es en torno a la «imparcialidad del Tribunal» donde se encuentra la sustancia de la sentencia, así como en su significado en el artículo 6.1 del Convenio:

1. El Tribunal precisa, en primer lugar, el doble aspecto subjetivo y objetivo con el que debe analizarse la imparcialidad de los Tribunales. Subjetivo en cuanto a la convicción personal de un juez concreto en un caso concreto. Objetivo en cuanto a que un juez ofrezca garantías suficientes para excluir cualquier duda legítima sobre la imparcialidad de su actuación. No basta que el juez actúe imparcialmente, sino que es preciso que no exista apariencia de imparcialidad; «en esta materia incluso las apariencias tienen importancia», ya que «lo que está en juego es la confianza que los Tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática» [parágrafo 30, a)].

2. Una vez apuntado el aspecto objetivo de requisito de imparcialidad de los Tribunales, procede fijar el criterio para su determinación.

El Tribunal rechaza la interpretación extrema según la cual quien en algún momento haya formado parte del Ministerio Público no podrá pasar después a formar parte de un Tribunal, haciendo ver los trastornos a que podría llevar adoptar tal criterio [parágrafo 30, b)].

Pero tampoco cree suficiente mantener un criterio puramente funcional como el adoptado por la Corte de Casación belga, que requeriría una intervención personal en el caso específico con ocasión del ejercicio de sus competencias como miembro del Ministerio Público [parágrafo 30, c)].

Es preciso tener también en cuenta consideraciones orgánicas, como la de dirigir un departamento del Ministerio Público encargado de la investigación de asuntos como el aquí visto; aunque no haya intervenido personalmente, tenían facultades y responsabilidad en el caso y ello, indudablemente, afecta a la anteriormente aludida confianza de los ciudadanos en la imparcialidad de los Tribunales [parágrafo 30, d)].

Esto es lo ocurrido en el presente caso (parágrafo 31), por lo que el Tribunal entiende que se ha infringido el artículo 6.1 del Convenio.

En relación con el artículo 50 del Convenio se reserva su decisión, apuntando la posibilidad de un arreglo amistoso entre las partes.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

1 de octubre de 1982

CASO PIERSACK

SENTENCIA

En el caso Piersack,

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, constituido en Sala de Justicia, conforme al artículo 43 del Convenio de Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales («el Convenio») y a las disposiciones pertinentes de su Reglamento, compuesta por los jueces siguientes:

Señores G. Wiarda. Presidente;

W. Ganshof van der Meersch,

G. Lagergren,

L. Liesch,

F. Gölcüklü,

J. Pinheiro Farinha,

R. Bernhardt,

Y por los señores M.-A. Eissen, Secretario, y H. Petzold, Secretario adjunto,

Tras haber deliberado en privado los días 25 y 26 de marzo y el 21 de septiembre de 1982,

Dicta la sentencia siguiente, adoptada en esta última fecha:

PROCEDIMIENTO

1. El caso Piersack fue remitido al Tribunal por la Comisión Europea de Derechos Humanos («la Comisión»). Tuvo como origen una demanda (número 8692/79) dirigida contra el Reino de Bélgica por el nacional de ese Estado señor Christian Piersack, presentada ante la Comisión el 15 de marzo de 1979 en virtud del artículo 25 del Convenio.

2. El informe de la Comisión fue depositado en la Secretaría del Tribunal el 14 de octubre de 1981, dentro del plazo de tres meses que prevén los artículos 32.1 y 47. El informe se refería a los artículos 44 y 48 y a la declaración mediante la cual el Reino de Bélgica reconocía la jurisdicción obligatoria del Tribunal (art. 46). La finalidad del informe es obtener una decisión sobre si los hechos del caso implican una violación por el Estado demandado de sus obligaciones en los términos del artículo 6.1.

3. La Sala de siete jueces que debía constituirse incluía como miembros de pleno derecho al señor W. Ganshof van der Meersch, juez electo de nacionalidad belga (art. 43 del Convenio), y al señor G. Wiarda [art. 21.3.b) del Reglamento]. El 22 de octubre de 1981 el Presidente procedió, en presencia del Secretario, a la designación por sorteo de los otros cinco miembros, resultando elegidos el señor Thor Vilhjalmsson, la señora D. Bindschedler-Robert y los señores L. Liesch, J. Pinheiro Farinha y R. Bernhardt (arts. 43 «in fine» del Convenio y 21.4 del Reglamento). El 25 de noviembre el Presidente aceptó la excusa de la señora

Bindschedler-Robert, siendo sustituida por el primer suplente, señor F. Gölc üklü (arts. 22.1 y 24.4 del Reglamento).

4. Habiendo asumido la Presidencia de la Sala (artículo 21.5 del Reglamento), el señor Wiarda procedió a recoger, a través del Secretario, los puntos de vista del agente del Gobierno y de los delegados de la Comisión sobre el procedimiento que debía seguirse. El 1 de diciembre de 1981, habiéndose constatado la concordancia entre sus declaraciones, el Presidente decidió que no era necesario redactar las correspondientes memorias; por otro lado, decidió que el procedimiento oral se iniciara el 25 de marzo de 1982.

El 29 de enero y el 8 de marzo de 1982, el Secretario, siguiendo las instrucciones del Presidente, procedió a invitar a la Comisión y al Gobierno a enviar numerosos documentos y a realizar algunas precisiones sobre los diferentes aspectos del caso; éstas fueron recibidas el 3 y 16 de febrero y el 2 y 9 de marzo.

5. Las audiencias se realizaron en sesión pública en el Palacio de los Derechos Humanos de Estrasburgo. Inmediatamente antes de abrirse ésta, la Sala tuvo una reunión preparatoria.

Comparecieron ante el Tribunal:

- Por el Gobierno:

Señor J. Niset, asesor jurídico del Ministerio de Justicia, agente;

Señora Anne de Bluts, abogada, consejera.

- Por la Comisión:

Señor Tenekides, delegado;

Señor N. Lancaster, abogado del demandante ante la Comisión, asistiendo de delegado (artículo 29.1, segunda frase, del Reglamento).

El Tribunal escuchó sus argumentos y observaciones, así como las contestaciones dadas a las preguntas formuladas por el Tribunal o alguno de sus miembros. El 1 de junio de 1982 el

Secretario del Tribunal recibió un escrito suplementario del agente del Gobierno de respuesta a alguna de estas cuestiones.

6. En las deliberaciones del 21 de septiembre de 1982, el señor G. Lagergren, el segundo juez suplente, tomó el puesto del señor Thor Vilhjalmsson, que se excusó de tomar parte en el caso (arts. 22.1 y 24.1 del Reglamento).

HECHOS

I. LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO

7. El demandante, de nacionalidad belga y nacido en 1948, es armero de profesión. Se encuentra cumpliendo en la prisión de Mons una sentencia que le condenó a dieciocho años de trabajos forzados, impuesta por el Tribunal de Brabant el 10 de noviembre de 1978 por asesinato.

8. Durante la noche del 22 al 23 de abril de 1976 dos franceses, los señores Gilles Gros y Michel Dulon, fueron asesinados mediante disparos de revólver en Bruselas mientras se encontraban en un automóvil en compañía del señor Piersack, del señor Constantinos Cavadias (contra el cual se abrió procedimiento que fue posteriormente sobreseído) y del portugués señor Joâo Tadeo Santos de Sousa Gravo.

A) Desde el inicio del procedimiento hasta la remisión del caso a la Corte de Casación

9. El 9 de julio de 1976 el señor Preuveneers, juez de instrucción del Tribunal de Primera Instancia de Bruselas, dictó una orden de arresto del demandante, como sospechoso de haber causado ambas muertes. En ese momento se encontraba en Francia, pero fue arrestado por las autoridades francesas, que, tras estar de acuerdo en garantizar su extradición, le pusieron en manos de la policía belga el 13 de enero de 1977. El Procurador del Rey (Ministerio Fiscal) de Courtrai informó a su colega en Bruselas mediante escrito de igual fecha. El señor Pierre van de Walle, adjunto primero del Procurador, firmó con sus iniciales el escrito y lo remitió al oficial del Departamento del Ministerio Fiscal que tenía

relación con el caso, señora Del Carril. Ella lo transmitió al señor Preuveneers con una nota («apostilla») fechada el 17 de enero.

10. El 4 de febrero de 1977 el juez de instrucción se dirigió por escrito al Procurador del Rey en Bruselas para inquirir, en relación con el acusado Santos de Sousa, sobre las intenciones del Ministerio Fiscal de comunicar los hechos a las autoridades portuguesas, no pareciendo éstas dispuestas a conceder la extradición. En su escrito, el juez añadió las palabras («a la atención del señor Van de Walle»). La señora Del Carril respondió al señor Preuveneers el 9 de febrero de 1977.

11. El 20 de junio el Procurador General adscrito al Tribunal de Apelación de Bruselas envió al Procurador del Rey los resultados de las diligencias practicadas en Portugal en relación con el señor Santos de Sousa. Después de haber firmado con sus iniciales la nota, el señor Van de Walle la remitió al señor De Nauw, el adjunto del Procurador encargado del caso en sustitución de la señora Del Carril; el señor De Nauw transmitió la nota al juez de instrucción el 22 de junio.

12. El 13 de diciembre de 1977 el señor Van de Walle tomó posesión como Magistrado del Tribunal de Apelación de Bruselas, para cuyo cargo había sido nombrado el 18 de noviembre. La mayor parte de la instrucción del caso había sido concluida en ese momento, aunque algunos actos se realizaran con posterioridad.

13. El 13 de mayo de 1978 el adjunto, señor De Nauw, firmó un escrito solicitando una orden de arresto; con anterioridad en un informe de 45 páginas remitió la cuestión al Procurador General del Tribunal de Apelación, que contestó el 11 de mayo. Mediante sentencia de 16 de junio, la Sala del Tribunal de Apelación trasladó al demandante ante la Corte de la provincia de Brabant con los cargos de homicidio voluntario y premeditado de los señores Gros y Dulon. El Procurador General dictó acta de procesamiento el 27 de junio.

14. El juicio tuvo lugar del 6 al 10 de noviembre de 1978 ante el Tribunal presidido por el señor Van de Walle. Después de haber escuchado los numerosos argumentos de la acusación y de la defensa, los doce miembros del jurado se retiraron para emitir veredicto. El señor Piersack mantuvo su inocencia. En la tercera cuestión planteada al jurado, la concerniente al «hecho principal», éste llegó a un veredicto de culpabilidad, pero sólo por siete votos contra cinco. Después de deliberar esta cuestión en privado, el Presidente y los otros dos jueces asesores declararon que estaban de acuerdo con la mayoría del jurado.

En definitiva, el Tribunal condenó al demandante por el homicidio del señor Dulong. Estimó, sin embargo, que existían circunstancias atenuantes, condenándole el 10 de diciembre de 1978 a dieciocho años de trabajos forzados. Igualmente constató que, dada su nacionalidad, no había sido posible obtener la extradición a Bélgica del señor Santos de Sousa, que había sido arrestado en Portugal.

15. El demandante entonces recurrió ante el Tribunal de Casación. El sexto de los motivos alegados en el recurso, el único relevante para el presente caso, era que había habido una violación del artículo 127 del Código Judicial, que establece que los procedimientos seguidos ante un Tribunal serán nulos y sin efectos si éste ha sido presidido por persona que haya actuado en el caso como acusación pública (Ministerio Fiscal...). Entendía que las palabras «en atención del señor T. Van de Walle» que aparecen en el manuscrito de la nota de 4 de febrero de 1977 (ver parágrafo 10 más arriba) mostraban que el señor Van de Walle se había preocupado del caso en aquel momento y, en consecuencia, había tomado parte de una u otra manera en la investigación de éste. El señor Piersack no hizo mención alguna de la carta de 13 de enero ni de la nota de 20 de junio de 1977 (ver párrafos 9 y 11 más arriba), dado que en aquel momento ni él ni su abogado habían podido identificar al autor de las iniciales allí indicadas; el Gobierno por su propia iniciativa proporcionó esta información a la Comisión en su escrito de observaciones acerca de la admisibilidad de la demanda de marzo de 1980.

B) Conclusiones formuladas por el Ministerio Fiscal ante la Corte de Casación

16. En sus conclusiones, el «avocat general», señor Velu, expuso la evolución de la legislación y jurisprudencia belga en la materia. Distinguió tres períodos:

a) Hasta 1955 el Tribunal de Casación, a pesar de que no existían reglas escritas sobre la materia, había conocido ocho casos en los que mantuvo que el oficial que hubiese intervenido como acusación pública en un proceso penal no podía posteriormente conocer ese caso como juez y, en concreto, como miembro de un tribunal. El Tribunal fundó esta prohibición en un principio general y absoluto derivado de la naturaleza misma de sus funciones. El «avocat general» resumió estas sentencias del siguiente modo:

«Importa poco que:

- el oficial del Ministerio Público interviniere en el caso sólo ocasional o accidentalmente (...);
- Su intervención no se refiriera nominalmente a uno o más inculpados;
- Su intervención no comportara un acto de instrucción.

Es suficiente con que el oficial del Ministerio Público intervenga personalmente en el ejercicio de la acción pública.

Existe incompatibilidad desde que el oficial, durante el curso de la acusación, ha intervenido personalmente en el caso en la calidad de miembro del Ministerio Público.»

b) El segundo período (1955-1968), durante el cual el Tribunal de Casación aparentemente no tuvo ocasión de regular el problema de la incompatibilidad entre las funciones de la acusación pública y las judiciales, estuvo marcado por dos nuevos factores: la incorporación del Convenio al ordenamiento jurídico interno belga y los desarrollos elaborados por la jurisprudencia nacional en relación con el principio general del derecho al examen imparcial de los litigios por los tribunales.

«El derecho del justiciable a un tribunal imparcial», en el sentido del artículo 6.1 del Convenio, puede implicar tanto que el juez está simplemente obligado a abstenerse si tiene

algún prejuicio en relación con el caso o entender que está bajo un deber más amplio de abstenerse siempre que exista una razón legítima para dudar de que con su intervención pueda afectarse a las garantías de imparcialidad. El «avocat general» rechazó la primera interpretación, describiéndola como «restrictiva», en favor de la segunda, «extensiva»; invocó especialmente el artículo 31 del Convenio de Viena sobre el derecho a los Tratados internacionales (que debe ser tenido en cuenta para el objeto y finalidad del caso) y la sentencia Delcourt de 17 de enero de 1970 (serie A, núm. 11, pp. 14-15, parágrafo 25 «in fine»). Por otro lado, se refirió al principio general del Derecho según el cual los casos deben ser examinados imparcialmente por los tribunales, citando sentencias de la Corte de Casación y del Consejo de Estado belgas. A mayor abundamiento, citó el siguiente pasaje del discurso de apertura de los tribunales de 1 de septiembre de 1970 ante la Corte de Casación: «todo juez cuya imparcialidad pueda legítimamente ponerse en duda debe abstenerse de participar en la toma de esa decisión».

c) El tercer período va desde la entrada en vigor de los artículos 127 y 292 del Código Judicial (ver parágrafo 22 más arriba) y la aplicación por la Corte de Casación del segundo de estos artículos a casos en que se ha producido alguna resolución por un juez que previamente ha actuado como miembro del Ministerio Público. Las cinco sentencias enumeradas por el «avocat general» siguen la misma línea que la establecida por la sentencia del primer período y establece lo siguiente:

- i) que de acuerdo con el artículo 292 del Código Judicial, el principio general del Derecho según el cual todo caso debe ser examinado imparcialmente por los tribunales conserva todo su valor;
- ii) que a los fines de ese artículo, la expresión «conocer una causa en el ejercicio de funciones del Ministerio Público» significa intervenir en calidad de parte acusadora;
- iii) que no puede decirse que haya existido tal intervención si en el caso en cuestión el miembro del Ministerio Público ha simplemente
 - asistido a una audiencia del Tribunal en la que éste se limitó a dictar una medida de orden

interno o

- tomado alguna medida que manifiestamente no ha tenido efectos en el ejercicio de la acción pública.

A la luz de estas consideraciones, el «avocat general» concluyó que la Corte de Casación debía anular la sentencia objeto de recurso... tanto en virtud del sexto fundamento aducido por el apelante como del argumento que debía ser considerado de oficio por el Tribunal, la violación tanto del artículo 6.1 del Convenio... como del principio general del Derecho según el cual los casos deben ser examinados de modo imparcial por los tribunales.

El «avocat general» puso especial énfasis en la nota de 4 de febrero de 1977 emanada del juez instructor, la persona que generalmente está mejor informada no sólo de las circunstancias del caso, sino también de la identidad de los miembros del Ministerio Público que estaban llevando la acusación. Y el señor Preuveneers había añadido a esa nota la mención manuscrita «a la atención del señor P. Van de Walle», indicando el domicilio de la persona a la que iba dirigida la nota:

«Si el juez instructor dirigió esta nota al señor P. Van de Walle, es lógico suponer que sabía que había tomado parte de una u otra manera en el ejercicio de la acción pública.

¿Qué otra explicación razonable puede darse a esta iniciativa (...) que con toda seguridad no hubiese sido tomada si no es porque los dos Magistrados hubiesen estado en contacto en relación con la investigación del caso? Importa poco que otras personas miembros del Ministerio Público interviesen también en el caso, por ejemplo, continuando la investigación judicial a la que se refería la nota, o que la intervención del señor Van de Walle sólo fuese accidental u ocasionalmente, o que no se haya mostrado que esa intervención haya implicado al apelante por su nombre o (...) haya supuesto formalmente un acto de instrucción.

Finalmente, no puede haber explicación razonable del manuscrito indicado (...) si la intervención del señor Van de Walle en el caso se limitó hasta ese momento a aspectos de pura rutina o (...) no tuvo efecto alguno para el ejercicio de la acción pública.»

Incluso si la Corte de Casación no aceptara el fundamento sexto del recurso, basado en el artículo 127 del Código Judicial, las circunstancias descritas más arriba fueron, en opinión del «avocat general», señor Velu, suficientes como para motivar dudas razonables acerca de las garantías de imparcialidad requeridas tanto por el artículo 6.1 del Convenio como por el principio general del Derecho al examen imparcial de los litigios por los Tribunales en relación con el precedente de la Audiencia.

C) Sentencia de la Corte de Casación

17. La Corte de Casación rechazó el recurso el 21 de febrero de 1979.

En relación con el fundamento sexto del recurso, la Corte de Casación observó en primer lugar que de la mera transmisión de la nota de 4 de febrero de 1977 no podía deducirse que el señor Van de Walle hubiese «actuado en el caso como acusación pública» en el sentido del artículo 127 del Código Judicial.

La Corte de Casación pasó también a considerar de oficio el artículo 6.1 del Convenio y el principio general del derecho a la imparcialidad de los tribunales. Mantuvo que era cierto que ambas normas obligan a los jueces a abstenerse de tomar parte en una decisión si hay razón legítima para dudar acerca de las garantías de imparcialidad en relación con la persona acusada. Con todo, la Corte mantuvo que los documentos tomados en consideración no revelan que después de que el Ministerio Público hubiese recibido la nota mencionada en el fundamento sexto del recurso el señor Van de Walle, entonces primer adjunto del Procurador del Rey en Bruselas, hubiese tomado alguna decisión o intervenido de alguna manera en el ejercicio de la acción pública relacionada con los hechos en cuestión. Sin duda no es indispensable que para que la garantía de la imparcialidad del juez se vea

comprometida por su intervención anterior como miembro del Ministerio Público, ésta consista en la adopción de una decisión personal en la materia o la participación en actos concretos de instrucción. Sin embargo, no puede presumirse que un miembro del Ministerio Público haya intervenido en un caso en el ejercicio de sus funciones únicamente por el hecho de que se le haya enviado personalmente una nota por el juez instructor, sin que se haya probado que aquél la haya recibido o que tenga algún interés incluso indirecto en el caso. Sobre este punto la Corte de Casación finalmente hizo notar que el primer sustituto señor Van de Walle no había contestado a la nota anteriormente citada.

II. LEGISLACIÓN Y PRÁCTICA EN LA MATERIA

A) El Ministerio Público

18. En materia penal, el Ministerio Público «ejerce la acción pública del modo establecido en la ley» (artículo 138.1 del Código Judicial). En base a este título investiga y activa el procedimiento en relación con infracciones penales y, en su caso, es parte en los procesos judiciales para la defensa de la acusación pública.

Todos los miembros del Ministerio Público forman un cuerpo jerárquico, del que se reconocen generalmente tres características: la unidad, la indivisibilidad y la independencia.

Junto a los departamentos del Procurador General de la Corte de Casación y de los Procuradores Generales de los Tribunales de Apelación hay un Procurador del Rey en cada distrito; a éste le corresponde, bajo la supervisión y dirección del Procurador General de la Corte de Casación, las funciones de Ministerio Público ante los tribunales de distrito, los tribunales de primera instancia, los tribunales de comercio y los tribunales de policía de distrito (art. 150 del Código Judicial). Está ayudado por uno o más adjuntos que actúan bajo su supervisión y dirección inmediata, incluyendo uno o más primeros adjuntos nombrados por real decreto y que le asisten en la dirección del departamento (art. 151 del Código Judicial).

19. En el departamento del Ministerio Público de Bruselas hay varias docenas de adjuntos,

todos ellos responsables ante el Procurador del Rey. El departamento está dividido en secciones, con un adjunto primero a cargo de cada una de ellas. En derecho estricto, los adjuntos únicamente están sujetos a la autoridad del Procurador del Rey, que a su vez está sujeto al Procurador General de la Corte de Apelación, pero en la práctica los adjuntos primeros ejercen algunas facultades administrativas sobre los demás adjuntos. En particular revisan los escritos que aquéllos presentan a los tribunales, discuten con ellos sobre la orientación que debe darse a un caso y, si la ocasión lo exige, les dan consejos en materia jurídica.

Una de las arriba citadas secciones, la designada por la letra B), se ocupa de las ofensas («crímenes y delitos») contra las personas. El señor P. Van de Walle fue jefe de esta sección durante el período en cuestión hasta su nombramiento en el Tribunal de Apelación de Bruselas (ver parágrafo 12 más arriba). De acuerdo con el Gobierno, el Procurador del Rey se consideró a sí mismo como personalmente responsable de los asuntos criminales -como el caso Piersack-, cuyo número, por otro lado, era en aquel momento bastante reducido; trabajaba directamente en estos casos en unión con el adjunto encargado de ellos -en esta ocasión la señora Del Carril y después el señor De Nauw-, sin la mediación del adjunto primero, cuya principal función era la de refrendar los documentos, en cierto modo únicamente procediendo a su registro. El demandante se opuso a esta versión de los hechos manteniendo que el Gobierno estaba dando una exagerada visión de la «autonomía» de los adjuntos en relación con los adjuntos primeros.

B) Las audiencias («les cours d'assises»)

20. Según el artículo 98 de la Constitución belga, «debe constituirse jurado para todas las materias penales...». Por regla general las vistas tienen lugar en la capital de cada provincia para juzgar a las personas inculpadas por el Tribunal de Apelación (artículos 114 a 116 del Código Judicial y 231 del Código de Procedimiento Penal).

Cada audiencia está compuesta de un Presidente y otros dos jueces (asesores); para materia

penal se constituye en unión de un jurado formado por doce miembros (arts. 119 a 124 del Código Judicial).

Entre las funciones del Presidente se incluye la de dirigir los jurados en el ejercicio de sus funciones, resumiendo el caso sobre el que deben deliberar, presidiendo todo el proceso y determinando el orden entre aquellos que deseen dirigirse al Tribunal; igualmente guarda el orden en la sala (art. 267 del Código de Procedimiento Penal). La ley le inviste de «un poder discrecional» que le habilita a «tomar todas las medidas que crea útiles para el descubrimiento de la verdad»; está sujeto por su honor y conciencia a realizar todos los esfuerzos que lleven a tal conclusión, por ejemplo, ordenando de oficio la comparecencia de testigos o la realización de documentos (arts. 268 y 269).

21. Concluida la vista oral (último apartado del artículo 335 del Código de Procedimiento Penal), el Presidente indica al jurado las cuestiones que se deriven del sumario y entrega el texto de éstas al Presidente del Tribunal (arts. 337 a 342). El jurado se retira entonces a deliberar conjuntamente, sin la presencia del Presidente ni de los otros jueces; sólo pueden regresar cuando hayan llegado a emitir un veredicto (arts. 342 y 343).

Para su validez, el veredicto del jurado debe ser adoptado por mayoría, tanto a favor como en contra del acusado; en caso de empate, éste queda absuelto (art. 347). Sin embargo, si es encontrado culpable del cargo principal por mayoría simple de siete votos contra cinco - como ocurrió en el caso Piersack (ver parágrafo 14 más arriba)-, el Presidente y los otros dos jueces deliberan sobre la misma cuestión; si la mayoría de éstos no está de acuerdo con la mayoría del jurado, el acusado queda absuelto (artículo 351). Si se le encuentra culpable, los jueces se retiran en unión del jurado a la sala del jurado y deliberan conjuntamente bajo la presidencia del Presidente de la Audiencia acerca de la sentencia que debe imponerse de acuerdo con la legislación penal; la decisión debe tomarse por mayoría absoluta (art. 364).

C) Las incompatibilidades

22. El artículo 292 del Código Judicial de 1967 prohíbe el ejercicio concurrente de las diferentes funciones judiciales, excepto cuando expresamente estén permitidas por la ley; dispone que «cualquier resolución dictada por un juez que previamente ha conocido un caso en el ejercicio de cualquier otra función judicial» será nula. El artículo 127 precisa que «los procedimientos ante una audiencia serán nulos si han sido presididos por algún Magistrado que ha actuado en el caso como (...) Ministerio Público o ha establecido reglas en relación con las investigaciones».

PROCEDIMIENTO SEGUIDO ANTE LA COMISIÓN

23. En su demanda de 15 de marzo de 1979 ante la Comisión (núm. 8692/79), el señor Piersack denunció haber sido víctima de una violación del artículo 6.1 del Convenio; mantenía que su causa no había sido conocida por un «tribunal independiente e imparcial establecido por la ley», dado que el señor Van de Walle, Presidente de la Audiencia que le condenó, había tenido que ver en el caso en una fase anterior, al desempeñar el cargo de adjunto primero del Procurador del Rey.

24. La Comisión admitió a trámite la demanda el 15 de junio de 1980. En su informe de 13 de mayo de 1981 (art. 31 del Convenio), la Comisión manifestó su opinión unánime de que se había producido una violación de uno de los requisitos del artículo 6.1, en concreto la imparcialidad del tribunal.

El informe contenía igualmente un voto particular concurrente en esa opinión.

CONCLUSIONES PRESENTADAS AL TRIBUNAL POR EL GOBIERNO

25. En las comparecencias, el Gobierno pidió al Tribunal que mantuviese que no había existido violación del artículo 6.1 del Convenio en el presente caso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. SOBRE LA ALEGADA VIOLACIÓN DEL ARTICULO 6.1

26. El artículo 6.1 del Convenio reza lo siguiente:

«Toda persona tiene derecho a que su causa sea conocida (...) por un tribunal independiente e imparcial establecido por la ley, que decidirá (...) sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella (...)»

1. «Tribunal independiente»

27. Según el demandante, el tribunal que le condenó el 10 de noviembre de 1978 no era un «tribunal independiente». Esta afirmación, respecto de la que no se aporta prueba alguna, no puede ser aceptada. Conforme a la Constitución (arts. 99 - 100) y a la legislación belga, los tres jueces que componen las audiencias gozan de amplias garantías en orden a su protección frente a presiones externas, y la misma finalidad subyace en las reglas estrictas para la designación de los miembros de los jurados (artículos 217 - 253 del Código Judicial).

2. «Tribunal imparcial»

28. El magistrado que presidió la audiencia de Brabant en el presente caso, señor Van de Walle, había ejercido previamente las funciones de adjunto primero del Procurador del Rey en Bruselas; hasta su designación en el Tribunal de Apelación fue el jefe de la sección B del departamento de acusación pública de Bruselas, sección encargada de la investigación de los crímenes y delitos contra las personas y, en consecuencia, la que conoció el caso del señor Piersack (ver párrafos 9-12, 14 y 19 más arriba).

29. Por este hecho el demandante ha alegado que su caso no fue conocido por un «tribunal imparcial» desde su punto de vista, «cuando una persona ha tratado un asunto como Ministerio Público durante año y medio no puede sino prejuzgar el caso».

Para el Gobierno, en aquel momento era el Procurador del Rey personalmente y no el adjunto primero señor Van de Walle quien se encargaba de los asuntos penales: cada uno de los adjuntos -en esta ocasión la señora Del Carril y el señor De Nauw- informaban directamente al Procurador de estos casos y no a través del señor Van de Walle, que ejercía un papel sobre todo administrativo, ajeno al ejercicio de la acción pública y consistente

básicamente en firmar con sus iniciales numerosos documentos, como las notas de 13 de enero y de 20 de junio de 1977 (ver párrafos 9, 11 y 19 más arriba). Por lo que se refiere a la nota de 4 de febrero de 1977 (ver párrafo 10 más arriba), el juez instructor, señor Preuveneers, la remitió con las palabras «a la atención del señor Van de Walle» únicamente porque conocía que la señora Del Carril se encontraba frecuentemente con permiso de enfermedad. Por otro lado, según las alegaciones del Gobierno, no hay prueba alguna que muestre que el señor Van de Walle recibiera aquella nota y que, en cualquier caso, no fue él sino la señora Del Carril la que contestó al señor Preuveneers.

30. Si la imparcialidad se define ordinariamente por la ausencia de prejuicios o parcialidades, su existencia puede ser apreciada, especialmente conforme al artículo 6.1 del Convenio, de diversas maneras. Se puede distinguir así entre un aspecto subjetivo, que trata de averiguar la convicción personal de un juez determinado en un caso concreto, y un aspecto objetivo, que se refiere a si éste ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable al respecto.

a) En cuanto al primer aspecto, el Tribunal hace notar que el demandante se complace en rendir homenaje a la imparcialidad personal del señor Van de Walle; no tiene motivo alguno para dudar de su imparcialidad personal, que por otro lado debe ser presumida mientras no se demuestre lo contrario (ver la sentencia Le Compte, Van Leuven y De Meyere de 23 de junio de 1981, serie A, núm. 43, página 25, párrafo 58).

Sin embargo, no es posible reducirse a una apreciación puramente subjetiva. En esta materia incluso las apariencias pueden revestir una cierta importancia (ver la sentencia Del Court de 17 de junio de 1970, serie A, núm. 11, p. 17, párrafo 31). Como observó la Corte de Casación belga en su sentencia de 21 de febrero de 1979 (ver párrafo 17 más arriba), todo juez en relación con el cual pueda haber razones legítimas para dudar de su imparcialidad debe abstenerse de conocer ese caso. Lo que está en juego es la confianza que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática.

b) Si se va al extremo opuesto habría que mantener que los miembros de los departamentos del Ministerio Público no podrían formar parte de un tribunal en relación con un caso que hubiese sido examinado inicialmente por ese departamento, aunque personalmente no hubiesen tenido nada que ver con él. Una solución tan radical, basada en una interpretación formalista e inflexible de la unidad e indivisibilidad del Ministerio Público, supondría una barrera infranqueable entre dicho Ministerio y los tribunales. Llevaría a un grave trastorno el sistema judicial de numerosos Estados Contratantes donde el traslado de unos a otros es una práctica frecuente. Pero, sobre todo, el simple hecho de que un juez haya sido miembro del Ministerio Público no es razón suficiente para temer que carece de imparcialidad; el Tribunal coincide con el Gobierno en este punto.

c) En la consideración de oficio que la Corte de Casación belga hizo del artículo 6.1 adoptó sobre este tema un criterio funcional: la existencia de una intervención anterior del juez «en la causa, en el ejercicio o con ocasión del ejercicio de (...) funciones de miembro del Ministerio Público». Rechazó el recurso del señor Piersack porque las pruebas aportadas por éste, bajo su punto de vista, no permitían deducir una intervención del señor Van de Walle como adjunto primero del Procurador del Rey de Bruselas en alguna forma que supusiera la adopción de una posición personal o de un acto inscrito en el procedimiento de instrucción (ver parágrafo 17 más arriba).

d) Incluso hecha la anterior precisión, parece que un criterio de este tipo no llena plenamente los requisitos del artículo 6.1. En orden a que los tribunales puedan inspirar la confianza que es indispensable, es preciso tener en cuenta un criterio de carácter orgánico. Si una persona, después de haber ocupado un departamento del Ministerio Público cuya naturaleza es tal que deba tratar un determinado asunto en razón de sus competencias y posteriormente debe conocer el mismo caso como juez, los ciudadanos tienen el derecho a temer que no ofrezca las suficientes garantías de imparcialidad.

31. Esto fue lo que ocurrió en el presente caso. En noviembre de 1978 el señor Van de Walle presidió la Audiencia de Brabant, a la que la correspondiente Sala del Tribunal de Apelación de Bruselas había trasladado al demandante para juicio. En su virtud dispuso de amplios poderes, a los que, por otra parte, debía recurrir en ocasiones, por ejemplo el poder discrecional conferido por el artículo 268 del Código Judicial y el poder de decidir con los otros jueces acerca de la culpabilidad del acusado cuando el jurado decidiera el veredicto de culpable únicamente por mayoría simple (ver párrafos 13-14 y 20-21 más arriba).

Sin embargo, previamente y hasta noviembre de 1967, el señor Van de Walle había dirigido la sección B del departamento del Ministerio Público en Bruselas, responsable de la investigación dirigida contra el señor Piersack. Como superior jerárquico de los adjuntos encargados del caso, señora Del Carril y después señor De Nauw, podía haber revisado cualquier escrito que debiera presentarse a los tribunales, discutido con ellos sobre la orientación que debía darse al caso, así como asesorarles sobre cuestiones jurídicas (ver párrafo 19 más arriba). De otra parte, la información obtenida por la Comisión y por el Tribunal (ver párrafos 9-11 más arriba) tiende a confirmar que el señor Van de Walle jugó efectivamente un cierto papel en el procedimiento.

En cualquier caso, importa poco saber si, como cree el Gobierno, el señor Piersack ignoró estos hechos en aquel momento. Como tampoco es necesario tratar de medir la extensión precisa del papel jugado por el señor Van de Walle, realizando otras investigaciones en orden a determinar, por ejemplo, si recibió o no la nota de 4 de febrero de 1977 o si discutió el caso particular con la señora Del Carril y del señor De Nauw. Es suficiente constatar que la imparcialidad del tribunal al que incumbía decidir sobre el fondo de la acusación podía ser sometida a duda.

32. En consecuencia, el Tribunal concluye que ha habido una violación del artículo 6.1.

3. «Tribunal establecido por la ley»

33. Igualmente el demandante alegó que la audiencia de Brabant no era un «tribunal establecido por la ley», ya que la presencia del señor Van de Walle contravenía especialmente el artículo 127 del Código Judicial.

Para resolver esta cuestión es preciso determinar si la frase «establecido por la ley» cubre no sólo el fundamento legal para la misma existencia del «tribunal» -sobre lo que no cabe disputa en esta ocasión (art. 98 de la Constitución belga)-, sino también la composición de éste en cada caso, y en este caso si el Tribunal Europeo puede revisar el modo en que los tribunales nacionales -como la Corte de Casación belga en su sentencia de 21 de febrero de 1979 (ver parágrafo 17 más arriba)- interpretan y aplican su Derecho interno en esta materia, y, finalmente, si este derecho no es en sí mismo conforme con el Convenio y en concreto con el requisito de imparcialidad que figura en el artículo 6.1 (ver en el contexto del art. 5 la sentencia Winterwerp de 24 de octubre de 1979, serie A, número 33, pp. 19-20, párrafos 45-46, y la sentencia X contra el Reino Unido de 5 de noviembre de 1981, serie A, núm. 46, pp. 18-19, parágrafo 41).

En el caso presente no parece necesario examinar esta cuestión, ya que, si bien planteada en un contexto legal diferente, coincide sustancialmente con la argumentación que se ha mantenido en el parágrafo anterior como bien fundada; por otro lado, el demandante no mantuvo esta queja ni en su escrito de observaciones de abril de 1980 sobre la admisibilidad de la demanda ni durante la vista celebrada el 10 de diciembre de 1980 ante la Comisión o el 25 de marzo de 1982 ante el Tribunal.

II. SOBRE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 50

34. Con ocasión de la vista, el abogado del señor Piersack precisó que su cliente reclamaba en virtud del artículo 50 del Convenio su inmediata puesta en libertad, según las medidas que puedan ser discutidas, así como a una indemnización destinada al pago de los

honorarios de sus abogados ante la Corte de Casación belga (cincuenta mil francos belgas) y en Estrasburgo (ciento cincuenta mil francos belgas), con deducción de la cantidad recibida del Consejo de Europa como ayuda para la asistencia legal (tres mil quinientos francos belgas).

El Consejero del Gobierno mantuvo que si el Tribunal constatara que había existido una violación, la publicación de la sentencia constituiría en sí misma una satisfacción justa y suficiente. Añadió que desconocía la opinión de las autoridades acerca de la puesta en libertad anticipada del demandante.

35. En consecuencia, a pesar de ser alegado el artículo 47 bis del Reglamento del Tribunal, esta cuestión no está todavía vista para ser decidida. El Tribunal debe, por tanto, reservar su posición sobre este punto y fijar un procedimiento ulterior, teniendo en cuenta la hipótesis de un acuerdo entre el Estado demandado y el demandante.

POR ESTOS MOTIVOS, EL TRIBUNAL, POR UNANIMIDAD,

1. Falla que ha habido una violación del artículo 6.1 del Convenio.

2. Falla que la cuestión de la aplicación del artículo 50 no puede ser todavía decidida.

En consecuencia,

a) se reserva la decisión sobre ésta;

b) pide a la Comisión que remita al Tribunal en el plazo de dos meses, a contar desde el pronunciamiento de la presente sentencia, sus observaciones sobre la referida cuestión y, en concreto, que notifique al Tribunal de cualquier arreglo amistoso a que hayan podido llegar el Gobierno y el demandante;

c) se reserva el procedimiento que ulteriormente pueda ser seguido y delega en el Presidente de la Sala la facultad de determinar éste si fuese necesario.

Hecho en inglés y francés, siendo fehaciente el texto francés, en el Palacio de los Derechos

Humanos de Estrasburgo el uno de octubre de mil novecientos ochenta y dos.

Firmado: Gérard Wiarda

PRESIDENTE

Firmado: Marc-André Eissen

SECRETARIO

(Comentario y traducción: Manuel Delgado-Iribarren García-Campero)

TERMINATO

Adendum No 3. Caso De Cubber Vs Belgica

Sentencia 9186/80 CASO DE CUBBER

Sentencia de 26 de octubre de 1984 Derecho a un tribunal imparcial COMENTARIO

1. En el caso De Cubber, un nacional belga interpone ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, una demanda dirigida contra el Reino de Bélgica. Presentada la demanda de la Comisión ante el Tribunal Europeo, éste ha de pronunciarse sobre el extremo de saber si los hechos de la causa ponen de manifiesto o no un incumplimiento del Estado demandado de las obligaciones que le incumben en los términos del artículo 6.1 del Convenio, según el cual «toda persona tiene derecho a que su causa sea vista (...) por un tribunal (...) imparcial (...) que decidirá (...) sobre la fundamentación de toda acusación en materia penal dirigida contra ella».

2. En su demanda dirigida a la Comisión, el señor De Cubber alega que el tribunal que le ha condenado, y frente a cuyo fallo ha recurrido en apelación y casación de acuerdo con las normas de derecho interno belga, no constituye una jurisdicción imparcial, en el sentido del artículo 6.1 del Convenio, ya que uno de los asesores del mismo ha instruido previamente el caso.

3. La Comisión estima la demanda en cuanto a esta queja, declarándola en lo demás inadmisible. Por unanimidad expresa su parecer de que la causa del requirente no ha sido vista por un «tribunal imparcial», como pide el artículo 6.1 del Convenio, y que ha habido, de hecho, violación de esta disposición.

4. Frente a este parecer, el Gobierno belga expresa su desacuerdo, sosteniendo los siguientes argumentos:

- Que la presencia del juez instructor entre los miembros de la jurisdicción que ha pronunciado el fallo no altera la imparcialidad de ésta y, en consecuencia, no vulnera lo dispuesto en el artículo 6.1 del Convenio.

- Que sólo el Tribunal de Apelación ante el que se recurre el fallo del tribunal correccional debe responder a las exigencias de la norma precitada.

- Que en el presente caso, una decisión que afirmase la existencia de una violación del artículo 6.1 entrañaría graves consecuencias para los tribunales que contasen con escaños efectivos para desarrollar su labor.

5. El Tribunal, tras recordar que la imparcialidad puede apreciarse desde una doble perspectiva, subjetiva (que trata de determinar lo que un juez piensa en su fuero interno) y objetiva (que atiende a consideraciones de carácter funcional y orgánica y se dirige a comprobar si un juez o tribunal ofrece garantías suficientes en orden a excluir toda duda legítima de parcialidad), estima frente a los argumentos presentados por el Gobierno belga:

- Que la presencia del juez instructor en el tribunal que ha fallado condenando al requirente ha podido inspirar al señor De Cubber legítimas preocupaciones en orden al respeto del principio fundamental de la imparcialidad del juicio.
- Que, en el presente caso, el tribunal que ha condenado al requirente no constituye una autoridad administrativa o corporativa, ni una jurisdicción ordinaria, sino precisamente un tribunal, en el doble sentido material y formal del término, afectado por lo demás, en cuanto a su composición, de un vicio orgánico que el Tribunal de Apelación no ha corregido, ya que no ha anulado por este motivo el conjunto de su fallo.
- Que incumbe a los estados contratantes ordenar sus sistemas judiciales, de manera que les permita responder a las exigencias del artículo 6.1 del Convenio, entre los cuales figura en un lugar preeminente la de la imparcialidad.

En conclusión, el Tribunal falla, por unanimidad, que el señor De Cubber ha sido víctima de una violación del artículo 6.1 del Convenio, reservando enteramente la cuestión relativa al resarcimiento del daño moral y material ocasionado al requirente con ocasión del presente caso.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS CASO DE CUBBER [SEP] SENTENCIA

En el caso De Cubber, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, constituido de conformidad con el artículo 43 del Convenio de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales («el Convenio») y con las cláusulas pertinentes de su Reglamento, en una sala compuesta por los jueces siguientes:

Señores G. Wiarda, Presidente; W. Ganshof Van der Meersch. Señora D. Binschedler-Robert. Señores F. Gölcüklü,

F. Matscher, [SEP] Sir Vincent Evans, [SEP] R. Bernhardt, [SEP] así como los señores M.-A. Eissen, Secretario, y H. Petzold, Secretario adjunto. Después de haber deliberado en privado los días 25 de mayo y 2 de octubre de 1984, Emiten el siguiente fallo, adoptado en la última de las fechas citadas: PROCEDIMIENTO

1. El caso ha sido planteado ante el Tribunal por la Comisión Europea de Derechos Humanos («la Comisión») el 12 de octubre de 1983, en el plazo de tres meses previsto por los artículos

32.1 y 47 del Convenio. En su origen se encuentra una demanda (número 9186/80) dirigida contra el Reino de Bélgica, que el nacional de este Estado, el señor Albert

de Cubber, había interpuesto ante la Comisión el 10 de octubre de 1980 en virtud del artículo 25.

La demanda de la Comisión reenvía a los artículos 44 y 48, así como a la declaración belga de reconocimiento de la jurisdicción obligatoria del Tribunal (artículo 46). Tiene por objeto obtener una decisión sobre el extremo de saber si los hechos de la causa ponen de manifiesto o no un incumplimiento del Estado demandado de las obligaciones que le incumben en los términos del artículo 6.1.

2. En respuesta a la invitación prescrita en el artículo 33.3.d) del Reglamento, el requirente ha expresado su deseo de participar en la instancia pendiente ante el Tribunal y ha designado a su abogado (art. 30).

3. La sala a constituir, compuesta por siete jueces, comprendía de pleno derecho al señor W. Ganshof Van der Meersch, juez elegido de nacionalidad belga (art. 43 de la Comisión), y al señor G. Wiarda, presidente del Tribunal [art. 21.3.b) del Reglamento]. El 27 de octubre de 1983, el Tribunal ha designado por sorteo a los otros cinco miembros, a saber: al señor M. Zekia, a la señora D. Bindsehedler-Robert y los señores F. Gölcükü y F. Matscher, en presencia del secretario (arts. 43 in fine del Convenio y 21.4 del Reglamento). A continuación, Sir Vincent Evans y el señor R. Bernhardt, jueces suplentes, reemplazaron a los señores Zekia y Lagergen, imposibilitados de participar en el juicio (artículos 22.1 y 24.1 del Reglamento).

4. Habiendo asumido la presidencia de la Sala (artículo 21.5 del Reglamento) y después de haber consultado al agente del Gobierno belga («el Gobierno»), al delegado de la Comisión y al abogado del señor De Cubber por medio del Secretario, el señor Wiarda:

- constató, el 17 de noviembre de 1983, que no había lugar a este estadio para establecer el depósito de memorias (art. 37.1);

- fijó, el 9 de febrero de 1984, el 23 de mayo como fecha de apertura del procedimiento oral (artículo 38).

El 16 de abril, el Secretario recibió del abogado del requirente las pretensiones de este último sobre la base de lo dispuesto en el artículo 50 del Convenio.

5. Los debates se desarrollaron en público el día citado en el Palacio de los Derechos Humanos de Estrasburgo. El Tribunal había mantenido una reunión preparatoria inmediatamente antes.

Comparecieron:^[11] Por el Gobierno:^[11] el señor J. Niset, consejero jurídico del Ministerio de Justicia, agente; la señora André de Bluts, abogado, consejera.^[11] Por la Comisión:^[11] el señor M. Melchior, delegado.^[11] Por el requirente:

la señora F. de Croo-Desguin, abogado, consejero.

El Tribunal oyó en sus peticiones y declaraciones, así como en las respuestas a sus preguntas y a las de varios de sus miembros, a la señora André de Bluts, por el Gobierno, al señor Melchior por la Comisión y a la señora De Croo-Desguin por el demandante.

6. El 4 de abril, y posteriormente los días 7, 14, 18 y 23 de mayo, la Comisión, el Gobierno y el demandante, según los casos, han presentado diversos documentos, bien a petición del secretario, actuando según las instrucciones del presidente, bien espontáneamente.

HECHOS

I. LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO

7. El demandante, de nacionalidad belga, nacido en 1926 y domiciliado en Bruselas, ejerce la profesión de director comercial.

8. El 4 de abril de 1977, la policía le detuvo en su casa y le condujo a Audenarde, donde fue interrogado en relación con el robo de un automóvil.

Al día siguiente y después, los días 6 de mayo y 23 de septiembre de 1977, fueron interpuestas en su contra órdenes de detención por falsificación y por uso de documentos falsos. La primera -nota número 10971/76- procedía del señor Pílate, juez de instrucción del Tribunal correccional de Audenarde, y la segunda y la tercera -notas núms. 3136/77 y 6622/77-, del señor Van Kerkhoven, el otro Magistrado instructor de esta jurisdicción.

9. El señor Pílate había conocido ya en el pasado, en calidad de juez asesor del mismo tribunal que decidía, según el caso, en apelación (fallo del 3 de mayo de 1986) o en primera instancia (fallos de 17 de enero, 7 de marzo y 28 de noviembre de 1969), de diligencias penales abiertas contra el interesado por diversas infracciones; éstas habían concluido bien en una absolución total (17 de enero de 1969) o parcial (7 de marzo de 1969), bien en condenas.

Más recientemente había tenido que examinar, como juez de instrucción, una querella del señor De Cubber (16 de noviembre de 1973) y, como juez de embargo, ciertos asuntos civiles concernientes a este último (1974-1976). El demandante había pedido al Tribunal de Casación que se declarase incompetente por causa de sospecha legítima de parcialidad (art. 648 del Código Judicial) del citado Magistrado y después del Tribunal de Audenarde en su conjunto. El Tribunal de casación había declarado cada una de las demandas inadmisibles

o mal fundadas.

10. Al principio, el señor Van Kerkhoven se ocupó de los asuntos 3136/77 y 6622/77, pero por razón de enfermedad hubo de abandonar en diversas ocasiones su despacho. El señor Pilate le reemplazó al principio de manera ocasional y temporal y después a partir de 1977 definitivamente, encargándose en consecuencia del caso 10971/76.

11. En el caso 6622/77, una sala compuesta por un único juez (señor De Wynter), del Tribunal de Audenarde, impuso el 11 de mayo de 1978, un año de prisión y 4.000 FB de multa al señor De Cubber, sin que éste interpusiese apelación.

12. En cuanto a los casos 10971/76 y 3136/77, la sala los acumuló y reenvió al Tribunal el 11 de mayo de 1979, después de más de dos años de instrucción. Alcanzan, sobre centenas de actos reprochados, a quince inculpados, a la cabeza de los cuales se encuentra el demandante; no había menos de diecinueve partes civiles.

El Tribunal que, según en qué época, contaba con nueve o diez Magistrados, se reunió en una sala compuesta por un Presidente y dos asesores, entre los que se encontraba el señor Pilate. El señor De Cubber afirma haber protestado de viva voz contra la presencia de éste, pero no utilizó ninguno de los medios legales -como puede ser el procedimiento de recusación (artículo 828 del Código Judicial)- de los que disponía en la materia.

Después de dos medias jornadas de audiencia (8 y 22 de junio de 1979), el Tribunal emitió su fallo el 29 de junio de 1979. Satisfaciendo al interesado en dos prevenciones, le declaró culpable en cuanto al resto y constató que era reincidente. En consecuencia, le condenó, por un primer conjunto de hechos, a cinco años de prisión y 60.000 FB de multa, y por un segundo, a un año de prisión y 8.000 FB de multa, ordenando su arresto inmediato.

13. El requirente y el Ministerio Fiscal interpusieron apelación. El 4 de febrero de 1980, el Tribunal de Gantes redujo la primera pena a tres años de prisión y 20.000 FB de multa, confirmó la segunda y, por unanimidad, pronunció una tercera, a saber: un mes de prisión y una multa fiscal, por infracciones que el Tribunal de Audenarde erróneamente, según el Tribunal de Gantes, había relacionado con otras, concluyendo la existencia de unidad de intención delictiva.

14. El señor De Cubber recurrió en casación; invocaba una decena de vías de recurso.

Por medio de una de ellas, basada en los artículos 292 del Código Judicial (parágrafo 19 infra) y 6.1 del Convenio, alegaba que el señor Pilate había sido en el presente caso, a la vez, juez y parte, ya que después de haber formado la instrucción preparatoria había figurado entre los jueces de fondo.

El Tribunal de Casación falló el 15 de abril de 1980 (Pasicrisie, 1980, I, pp. 1006-1011). Estimó que tal acumulación no violaba ni el artículo 292 del Código Judicial ni ninguna otra disposición legal -como pudiera ser el artículo 6.1 del Convenio- ni los derechos de la defensa.

Acogió, por el contrario, una queja relativa a la confiscación de ciertos instrumentos de convicción; en esta medida, reenvió la causa al Tribunal de Apelación de Anvers, que desde entonces (4 de noviembre de 1981) ha prescrito la restitución de los citados instrumentos.

Anuló, además, de oficio y sin reenvío la decisión atacada, en tanto que ésta había impuesto al demandante una multa fiscal; por lo demás, rechazó el resto del recurso.

II. LA LEGISLACIÓN RELEVANTE

a) Estatuto y poderes de los jueces de instrucción

15. Designados por el Rey «entre jueces de Tribunal de Primera Instancia» (art. 79 del Código Judicial), los jueces de instrucción conducen la instrucción judicial preparatoria (arts. 61 y ss del Código de Instrucción Criminal).

La misma tiene por objeto reunir las pruebas y constatar los cargos que pesan sobre el inculpado, así como las circunstancias alegadas en su favor, de manera que se provea a la

Sala de Consejo o a la Sala del Tribunal de Apelación a cuyo cargo la instrucción preparatoria en lo criminal, según el caso, de los elementos necesarios para apreciar si procede reenviarlo ante la jurisdicción que debe emitir el fallo. De carácter secreto y no contradictorio, se desarrolla sin la presencia de un abogado.

El Magistrado instructor posee también la calidad de oficial de policía judicial. Por este título, tiene competencia para investigar crímenes y delitos, reunir pruebas y recibir quejas de cualquiera que se considere perjudicado por tales infracciones (arts. 8 , 9 in fine y 63 del Código de Instrucción Criminal); en la materia, se encuentra situado bajo la «supervisión del procurador general» (arts. 279 del Código de Instrucción Criminal y 148 del Código Judicial) lo cual no implica, sin embargo, un poder de dirección.

En los casos reputados como «flagrante delito» puede cumplir «directa» y personalmente «todos los actos atribuidos al procurador del Rey» (art. 59 del Código de Instrucción Criminal).

16. Salvo en esta última hipótesis, el juez de instrucción no puede intervenir más que una vez requerido, bien por una requisitoria del procurador del Rey, con fines de información (arts. 47 , 54 , 60 , 61 , 64 y 138 del Código de Instrucción Criminal), bien por una queja unida a una constitución de parte civil (arts. 63 y 70).

Si un tribunal cuenta con varios Magistrados instructores, el reparto de informes entre ellos depende del Presidente. Tal reparto tiene lugar, en principio, por turno semanal, pero esta regla no es en modo alguno absoluta: corresponde al Presidente derogarla, por ejemplo, en caso de injerencia o si existe un punto de conexión entre una causa nueva y un asunto ya distribuido.

17. Orientado a la búsqueda de la verdad, el juez de instrucción dispone de amplias prerrogativas: según la jurisprudencia del Tribunal de Casación, puede «hacer todo lo que no le esté prohibido por la ley, ni sea incompatible con la dignidad de sus funciones» (sentencia de 2 de mayo de 1960, Pasicrisie 1960, página 1020).

Puede, en particular, dirigir contra la persona perseguida una orden de comparecencia, de presentarse para ser arrestado o de arresto (arts. 91 y ss del Código de Instrucción Criminal); proceder a su interrogatorio, a la audición de testigos (arts. 71 a 86 y 92 del mismo Código), a inspecciones oculares (art. 62 del Código de Instrucción Criminal), a registros y visitas domiciliarias (arts. 87 y 88 del mismo Código), a la presentación de piezas de convicción (art. 89), etc. Obligado a rendir cuentas a la Sala de Consejo de los asuntos que ésta le ha encargado (art. 127), decide por vía de ordenanza sobre la oportunidad de las medidas solicitadas por el Ministerio Fiscal, sin perjuicio de un recurso eventual ante la Sala del Tribunal de Apelación a cuyo cargo corre la instrucción preparatoria en lo criminal.

18. Terminada la instrucción, comunica el informe al procurador del Rey, que se lo devuelve con sus peticiones (art. 61.1).

Entonces corresponde a la Sala de Consejo, compuesta por un juez único perteneciente al Tribunal de Primera Instancia (leyes de 25 de octubre de 1919, de 26 de julio de 1927 y de 18 de agosto de 1928), pronunciarse -salvo si estima que debe ordenar un complemento de la instrucción- bien sobre no haber lugar a proceder (art. 128 del Código de Instrucción Criminal), bien por el reenvío en fallo ante el Tribunal de Policía (art. 129) o el Tribunal Correccional (art. 130), bien por la transmisión del informe al Procurador General ante el Tribunal de Apelación (art. 133), según el caso.

A diferencia de su homólogo francés, el juez de instrucción belga carece de competencia para plantear el caso ante la jurisdicción que ha de emitir el fallo. Antes de adoptar su decisión, la Sala de Consejo -que se reúne a puerta cerrada- le escucha en su informe. Este reviste la forma de una exposición oral sobre el estado de la instrucción; el Magistrado instructor no expresa ninguna opinión sobre la culpabilidad del interesado, correspondiendo en derecho tal competencia al Ministerio Fiscal.

b) Jueces de instrucción e incompatibilidades

19. El artículo 292 del Código Judicial de 1967 prohíbe «la acumulación de funciones

judiciales» (...), salvo en los casos previstos por la ley», siendo nula «la decisión adoptada por un juez que ha conocido la causa previamente en ejercicio de otra función judicial».

Este principio rige singularmente para el Magistrado instructor. El artículo 127 precisa que, «so pena de nulidad, los Magistrados que han cumplido en el caso las funciones de juez de instrucción (...) no pueden ni presidir las audiencias ni ser asesores...», previsión sin la cual habría «de examinar en grado de apelación y, en consecuencia, como juez de fondo, resolviendo en instancia superior y última la legalidad de las medidas de instrucción (...) adoptadas u ordenadas (por él) en primera instancia» (Tribunal de Casación, 18 de marzo de 1981, Pasicrie 1981, I, p. 770, y Revista de Derecho Penal y de Criminología, 1981, pp. 703-719).

20. Por el contrario, en los términos del tercer párrafo del artículo 79 del Código Judicial, enmendado por una Ley de 30 de junio de 1976, «los jueces de instrucción pueden continuar reuniéndose, en función de su antigüedad, para juzgar los asuntos sometidos al Tribunal de Primera Instancia». Según los trabajos preparatorios y la jurisprudencia, poco importa a este respecto que se trate de causas instruidas por ellos previamente: no ejercerán en este caso «otra función judicial», en el sentido del artículo 292, sino la misma función de juez en el seno del Tribunal; únicamente variaría su afectación (Documentos Parlamentarios, Cámara de Representantes, núm. 59/49, de 1 de junio de 1967; Tribunal de Casación de 8 de febrero de 1977, Pasicrisie, 1977, I, pp. 622-623, y Tribunal de Casación de 15 de abril de 1980, fallo rendido en el presente caso, párrafo 14, supra).

El Tribunal de Casación ha confirmado esta doctrina en la sentencia Blaise de 4 de abril de 1984, emitida sobre la base de las conclusiones conformes del Ministerio Fiscal. Después de haber descartado argumentos fundados sobre ciertos principios generales del Derecho, ha rechazado lo que el demandante pretendía sobre la base del artículo 6.1 del Convenio:

«Considerando que (...) para la aplicación del artículo 6.1 (cuando una causa apela una decisión sobre disputas que tienen por objeto derechos y obligaciones de carácter civil o sobre la fundamentación de una acusación en materia penal, la autoridad que debe conocer en primer grado, así como el procedimiento seguido ante esta autoridad, no deben necesariamente responder a las condiciones prescritas por la disposición precitada, dado que la parte interesada o el acusado puede interponer contra la autoridad citada un recurso ante el Tribunal que ofrezca todas las garantías previstas por el artículo 6.1 y tenga plena jurisdicción para ejercer un control de hecho y de derecho; que en el presente caso, el demandante no sostiene que los jueces de apelación que le han condenado no ofrezcan esas garantías (...);

Considerando que, de todas formas, los principios y la regla invocados por la vía de acción no tienen el alcance que éste les presta;

Considerando que de la única circunstancia de que un juez ha instruido la causa como juez de instrucción no se puede deducir una violación del derecho del acusado a un tribunal imparcial; que no se puede legítimamente cuestionar que este juez no presente las garantías de imparcialidad a las cuales todo acusado tiene derecho;

Que el juez de instrucción no es una parte opuesta al acusado, sino un juez de Tribunal de Primera Instancia encargado de buscar de manera imparcial los elementos de prueba, tanto en carga como en descarga;

PROCEDIMIENTO ANTE LA COMISIÓN

21. En su demanda de 10 de octubre de 1980, dirigida a la Comisión (núm. 9186/80), el señor De Cubber retomaba varias de las vías de acción que había planteado en vano ante el Tribunal de Casación de Bélgica. Alegaba, en particular, que el Tribunal de Audenarde no había constituido una jurisdicción imparcial, en el sentido del artículo 6.1 del Convenio, ya que uno de los asesores, el señor Pilate, había instruido precedentemente el caso.

22. El 9 de marzo de 1982, la Comisión estimó la demanda en cuanto a esta queja y le ha declarado inadmisible en cuanto al resto. En su informe de 5 de julio de 1983 (art. 31), expresa por unanimidad la opinión de que ha habido violación del artículo 6.1, en cuanto al punto considerado. El texto íntegro del fallo figura en anexo a la presente sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO¹¹¹. SOBRE LA VIOLACIÓN ALEGADA DEL ARTICULO 6.1 23. Según el artículo 6.1:

«Toda persona tiene derecho a que su causa sea vista (...) por un tribunal (...) imparcial (...) que decidirá (...) sobre la fundamentación de toda acusación en materia penal dirigida contra ella.»

Uno de los Magistrado del Tribunal Correccional de Audenarde que decidieron, el 29 de junio de 1979, sobre la fundamentación de la acusación dirigida contra el demandante había cumplido antes las funciones de juez de instrucción en los dos casos de que se trataba: desde el principio en uno de ellos, y en el otro, como sustituto temporal y después definitivo de un colega (pfos. 8, 10 y 12 supra). El señor De Cubber deduce de todo esto que su causa no ha sido vista por un «tribunal imparcial», tesis que la Comisión suscribe en sustancia.

El Gobierno expresa su desacuerdo. Sostiene:

- En orden principal, que la presencia del señor Pilate entre los miembros de la jurisdicción que ha emitido el fallo no altera la imparcialidad de ésta y no se enfrenta, en consecuencia, a lo dispuesto por el artículo 6.1.
- Subsidiariamente, que sólo el Tribunal de Apelación de Gante, cuya imparcialidad no se ha

prestado a controversia, debía responder a las exigencias del texto precitado.

- A título más subsidiario aún, que una constancia de violación entrañaría consecuencias graves para los tribunales con «escasos efectivos», como el de Audenarde.

a) Sobre la tesis principal del Gobierno

24. En su sentencia Piersack de 1 de octubre de 1982, el Tribunal ha precisado que la imparcialidad puede «apreciarse de diversas formas» hay lugar para distinguir «entre una perspectiva subjetiva, tratando de determinar lo que tal juez pensaba en su fuero interno «en tal ocasión» y una perspectiva objetiva, dirigida a comprobar si ofrecía garantías suficientes para excluir a este respecto toda duda legítima» (Serie A, núm. 53, p. 14, apartado 30).

25. En cuanto a la primera, el demandante ha pretendido ante la Comisión que el señor Pilate había «manifestado desde algunos años atrás una cierta animadversión» contra él (parágrafos 45-47 del informe), pero ante el Tribunal su abogado no ha profundizado en este aspecto; por su parte, la Comisión se defiende de haber procedido a un «análisis subjetivo», como le reprocha el Gobierno (parágrafos 63, 68-69 y 72-73 del informe; acta de las audiencias de 23 de mayo de 1984).

Por lo demás, la imparcialidad personal de un Magistrado se presume a falta de prueba en contrario (misma sentencia, loe cit.), y en el presente caso tal prueba no surge en modo alguno de los elementos recogidos por el Tribunal. Nada indica, en particular, que en asuntos anteriores el señor Pilate haya manifestado cualquier tipo de hostilidad o malevolencia hacia el señor De Cubber (parágrafo 9 supra), ni que haya «finalmente obtenido» por motivos extraños a las reglas normales de distribución de las causas, que se le encomendase alguna de las tres instrucciones abiertas en 1977 en relación con este último (parágrafos 8, 10 y 16 supra, y parágrafo 46 del informe de la Comisión).

26. El Tribunal no podría, sin embargo, contentarse con las conclusiones obtenidas desde una óptica puramente subjetiva; la de tomar igualmente en cuenta consideraciones de carácter funcional y orgánico (perspectiva objetiva). En esta materia, incluso las apariencias pueden revestir importancia; según un adagio inglés citado particularmente en la sentencia Delcourt de 17 de enero de 1970 (serie A, núm. 11, p. 17.31), justice must not only be done: it must also be seen to be done. Tal como ha puesto de manifiesto el Tribunal de Casación de Bélgica (21 de febrero de 1979, Pasicrisie, 1979, I, p. 750), debe recusarse todo juicio del que se pueda legítimamente temer una falta de imparcialidad. Esto se deriva de la confianza que los tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los justiciables, comenzando, en el orden penal, por los acusados (sentencia precitada de 1 de octubre de 1982 , pp. 14-15, párrafo 30).

27. Situándose bajo este ángulo es como, en su sentencia Piersack, el Tribunal Europeo ha advertido una infracción al artículo 6.1 ha estimado que «podía parecer sujeta a caución» la imparcialidad de un tribunal de lo criminal presidido por un consejero que antes había dirigido la sección del Ministerio Fiscal de Bruselas ante el que se había planteado, precisamente, el caso del interesado (ibidem, pp. 15-16, párrafo 31). A pesar de la existencia de ciertas analogías entre los dos asuntos, se encuentra en el presente caso el Tribunal ante una situación jurídica diferente: el ejercicio sucesivo de las funciones de juez de instrucción y de juez sobre el fondo del asunto por un mismo Magistrado en una misma causa.

28. El gobierno avanza una serie de argumentos destinados a mostrar que tal cúmulo, compatible sin contradicción con el Código Judicial interpretado a la luz de los trabajos preparatorios (parágrafo 20 supra, primer párrafo), no vulnera lo dispuesto por el Convenio. Subraya que el juez de instrucción belga disfruta de entera independencia en el cumplimiento de su labor; que contrariamente al Magistrado del Ministerio Fiscal, a quien las requisiciones no le vinculan, no tiene la cualidad de parte en la acción pública y no

constituye «un instrumento de la persecución»; que «la finalidad de su actuación» no consiste en modo alguno, pese a las alegaciones del señor De Cubber, en «establecer la culpabilidad de quien cree (...) culpable» (parágrafo 44 del informe de la Comisión), sino en «investigar de manera imparcial los elementos de prueba, tanto en carga como en descarga», manteniendo «el equilibrio entre la acusación y la defensa», porque «no cesa nunca de ser un juez»; que no decide sobre el reenvío del interesado en el juicio: se limita a prestar a la Sala de Consejo, de la que no es miembro, informes objetivos en los que da cuenta de la marcha y el estado de la instrucción, sin expresar por ellos su opinión en el supuesto de que haya formado una propia (parágrafos 52-54 del informe de la Comisión y acta de las audiencias del 23 de mayo de 1984).

29. Este razonamiento refleja seguramente varios aspectos de la realidad (parágrafos 15, primer párrafo; 17 in fine y 18 supra); el Tribunal reconoce su alcance. Sin embargo, no conduce por sí solo a la convicción, y, por el contrario, otros elementos militan en favor de la conclusión opuesta.

En primer lugar, el contraste entre Magistrado del Ministerio Fiscal y Magistrado instructor se revela menos evidente que a primera vista si se examinan de cerca los textos legales. El juez de instrucción figura, con los «procuradores del Rey y sus sustitutos», entre los oficiales de la policía judicial, «sujeta a la supervisión del procurador general»; además puede, en «los casos reputados como flagrante delito», «cumplir directa» y personalmente los actos atribuidos al procurador del Rey (parágrafo 15 supra, segundo párrafo).

A esto se añaden los amplios poderes de los que dispone como Magistrado instructor, habilitado para «todo lo que no le está prohibido por la ley, ni sea incompatible con la

dignidad de sus funciones» (parágrafo 17 supra). El Tribunal dispone de escasas notificaciones sobre las medidas adoptadas por el señor Pílate, salvo en lo que concierne a la orden de detención contra el demandante de 5 de abril de 1977, pero éstas han debido alcanzar una amplitud considerable si se juzga por la complejidad del caso y la duración de la instrucción preparatoria (parágrafos 8 y 12 supra).

Pero hay más. Esta última, de tipo inquisitorial, reviste en el Derecho belga un carácter secreto y no contradictorio, lo que le distingue de la instrucción dirigida a la audiencia de la jurisdicción que debe emitir el fallo, en el presente caso el Tribunal de Audenarde los días 8 y 22 de junio de 1979 (parágrafos 12 y 15 supra). Se comprende así que un inculpado pueda inquietarse si encuentra, en el seno del Tribunal llamado a decidir sobre la fundamentación de la acusación, al Magistrado que le había puesto en situación de detención preventiva y le había interrogado frecuentemente durante la instrucción preparatoria, estando sus preguntas dictadas por la preocupación de descubrir la verdad.

Además, tal Magistrado, a diferencia de sus colegas, conocía ya de forma particularmente profunda, bastante antes de las audiencias y gracias a los diversos medios de investigación que había utilizado durante la instrucción, el o los informes -a menudo voluminosos - constituidos por sus trabajos.

También se comprende que pueda, a los ojos del interesado, aparecer ocupando una situación que le permita desempeñar un papel capital en la jurisdicción que debe pronunciar el fallo, habiéndose formado por anticipado una opinión que pueda pesar en el ánimo del tribunal a la hora de la decisión. Por añadidura, el Tribunal Correccional puede, como el Tribunal de Apelación (parágrafo 19 in fine supra), disponerse a controlar la legalidad de las medidas adoptadas u ordenadas por el juez de instrucción; el acusado puede estimar alarmante la perspectiva de un concurso activo de éste en semejante control.

En fin, el Tribunal pone de relieve que un Magistrado que haya «desempeñado en el caso las funciones de juez de instrucción» no podría, según lo dispuesto en el artículo 127 del Código Judicial, «ni presidir las sesiones, ni ser asesor», ni, según el Tribunal de Casación, deliberar en apelación «en calidad de consejero» (parágrafo 19 supra).

El legislador y la jurisdicción belgas han manifestado de este modo la voluntad de sustraer a los tribunales de lo criminal y a las jurisdicciones de apelación de toda sospecha legítima de parcialidad; ahora bien, consideraciones análogas valen para las jurisdicciones de primera instancia.

30. En conclusión, la imparcialidad del Tribunal de Audenarde podía parecerle al requirente como sujeta a caución. El Tribunal, por su parte, no tiene ninguna razón para dudar de la del Magistrado que había instruido la causa (parágrafo 25 supra); no deja de reconocer, por

lo demás, habida cuenta de los diversos elementos analizados anteriormente, que la presencia del citado Magistrado había podido inspirar al señor De Cubber legítimas preocupaciones. Sin subestimar la fuerza de los argumentos del Gobierno ni adoptar una perspectiva subjetiva (parágrafos 25 y 28 supra), advierte que una interpretación restrictiva del artículo 6.1 -singularmente en cuanto al respeto del principio fundamental de la imparcialidad del juicio- no encajaría con el objeto y la finalidad de esta disposición, visto el lugar eminente que el derecho a un proceso justo ocupa en una sociedad democrática, en el seno del Convenio (sentencia Delcourt precitada, serie A, número 11, pp. 14-15, párrafo 25, in fine).

b) Sobre la tesis subsidiaria del Gobierno

31. El Gobierno ha alegado subsidiariamente el 23 de mayo de 1984 que el Tribunal no debería perder de vista su jurisprudencia; se apoya, en lo esencial, en la sentencia de Le Compte, Van Leuven y De Meyere de 23 de junio de 1981 , así como en la sentencia Albert y Le Compte de 10 de febrero de 1983 .

En ambos casos, el Tribunal ha declarado que las diligencias emprendidas contra los requirentes ante las jurisdicciones disciplinarias de la Orden de médicos, ponían de manifiesto una «disputa» relativa a «derechos y obligaciones de carácter civil» (Serie A, número 43, pp. 20-22, párrafos 27-28). Como el artículo 6.1 entraba, pues, en juego, había lugar para determinar si los interesados se habían beneficiado del examen de su causa por un tribunal que reuniese las condiciones que el precitado artículo define. Tres órganos habían conocido de su caso: un Consejo Provincial, un Consejo de Apelación y el Tribunal de Casación. El Tribunal Europeo no ha estimado «indispensable investigar de qué clase era» el primero de tales órganos. En su sentencia de 23 de junio de 1981 ha manifestado que:

«El artículo 6.1 consagra el «derecho a un tribunal» (...), pero por lo mismo no obliga a los Estados contratantes a someter las «disputas sobre derechos y obligaciones de carácter civil» a procedimientos que se desarrollen en cada uno de sus estados ante «tribunales» de conformidad con sus diversas prescripciones. Imperativos de flexibilidad y de eficacia, enteramente compatibles con la protección de los derechos humanos, pueden justificar la intervención previa de órganos administrativos o corporativos y a posteriori de órganos jurisdiccionales que no satisfagan en todos sus aspectos estas mismas prescripciones; tal sistema puede reclamarse de la tradición jurídica de muchos de los estados miembros del Consejo de Europa» (serie A, núm. 43, pp. 22-23, párrafos 50-51.)

En cuanto a la sentencia de 10 de febrero de 1983 , aporta la precisión siguiente: «Numerosos Estados miembros del Consejo de Europa confían a jurisdicciones ordinarias la misión de decidir sobre infracciones disciplinarias. Incluso cuando el artículo 6.1 ha de

aplicarse, tal atribución de competencias no se enfrenta en sí a al Convenio (...). Sin embargo, éste impone entonces, al menos, uno de los dos sistemas siguientes: o bien las citadas jurisdicciones cumplen las exigencias del artículo 6.1 o bien no responden pero sufren el control ulterior de un órgano judicial de plena jurisdicción» -es decir, habilitado para dar al litigio «una solución jurisdiccional (...) tanto sobre las cuestiones de hecho como sobre las de derecho»- «presentando tal órgano las garantías de este artículo» (serie A, núm. 58, p. 16, párrafo 29).

El Gobierno considera que la doctrina de que se trata es igualmente válida para las «acusaciones en materia penal» en el sentido del artículo 6.1. Confirma este extremo, además de las sentencias de 23 de junio de 1980 y 10 de febrero de 1983 (serie A, núm. 43, páginas 23-24, párrafo 53, y núm. 58, pp. 16-17, párrafo 30), la sentencia Otturk de 21 de febrero de 1984 (serie A, núm. 73, pp. 21-22, párrafo 56).

En estas particulares circunstancias, el señor De Cubber actuaría únicamente contra el Tribunal de Audenarde; no formularía ninguna queja contra el Tribunal de Apelación de Gante, el cual habría constituido en el presente caso el «órgano judicial de plena jurisdicción», refrendado por la jurisprudencia precitada.

Sobre el problema en su conjunto, el Gobierno se refiere a la sentencia Blaise de 4 de abril de 1984, dada por el Tribunal de Casación belga en una causa análoga, y a las conclusiones conformes del Ministerio Fiscal (párrafo 20 supra).

32. El Delegado de la Comisión ha combatido esta tesis; el Tribunal suscribe sustancialmente su razonamiento.

La argumentación resumida anteriormente vuelve a sostener que el procedimiento seguido ante el Tribunal de Audenarde escapa al imperio del artículo 6.1. Ofrece, en principio, un aspecto bastante paradójico. El artículo 6.1 afecta, primordialmente, a las jurisdicciones de primera instancia; no requiere la existencia de jurisdicciones superiores. Sin duda, sus garantías fundamentales, entre las que figura la imparcialidad, deben ser aseguradas por los Tribunales de Apelación o de Casación que haya podido crear un Estado contratante (sentencia Delcourt precitada, serie A, núm. 11, página 14 in fine, y en último lugar sentencia Dutter de 22 de febrero de 1984, serie A, núm. 74, p. 13, párrafo 28), pero de esto no se desprende que las jurisdicciones inferiores no deban hacer lo mismo en casos similares. Una consecuencia de tal tenor iría en contra de la voluntad subyacente a la instauración de varios grados de jurisdicción: reforzar la protección de los justiciables.

En cuanto a la jurisprudencia invocada por el Gobierno, es preciso situarla en su propio contexto. Las sentencias de 23 de junio de 1981, 10 de febrero de 1983 y 21 de febrero de 1984 trataban sobre litigios a los que el derecho interno del Estado demandado no confería un carácter civil o penal, sino disciplinario (serie A, núm. 43, p. 9, párrafo 11) o

administrativo (serie A, núm. 73, pp. 10-14, párrafos 17-33); se referían a órganos no considerados, a escala nacional, como tribunales de tipo clásico, al no estar integrados en las estructuras judiciales ordinarias del país. Sin la «autonomía» de las nociones de «disputa sobre derechos y obligaciones de carácter civil» y de «acusaciones en materia penal», el Tribunal no habría concluido la aplicabilidad del artículo 6.1.

En el presente caso, por el contrario, se trataba de un proceso penal, a la vista tanto de la legislación belga como del Convenio, y el Tribunal de Audenarde no constituía una autoridad administrativa o corporativa, ni una jurisdicción ordinaria (sentencias precitadas, serie A, núm. 43, p. 23, párrafo 51; núm. 58, p. 16, párrafo 29, y núm. 73, pp. 21-22, párrafo 56),

sino precisamente un tribunal, tanto en el sentido formal como en el material del término (decisiones e informes, núm. 15, pp. 94-95, párrafos 59-60, y p. 104 parecer de la Comisión y decisión del Comité de Ministros sobre la demanda núm. 7360/76, Zand c. Austria). La motivación de las tres sentencias precitadas, a las que se puede añadir la sentencia Campbell y Fell de 28 de junio de 1984 (Serie A, núm. 80, pp. 34-39, párrafos 67-73 y 76), no podría justificar una reducción de las exigencias del artículo 6.1 en su ámbito tradicional y natural. Semejante interpretación restrictiva no encajaría con el objeto y la finalidad de esta disposición (parágrafo 30 in fine supra).

33. Delegado de la Comisión y abogado del requirente han planteado durante los debates otra cuestión, relativa no a la aplicabilidad del artículo 6.1, sino a su aplicación: «"¿la intervención ulterior" del Tribunal de Apelación de Gante no ha "reparado el mal", no ha "purgado" el procedimiento de primera instancia del "vicio" que pesaba sobre el mismo?»

El Tribunal estima útil pronunciarse sobre este extremo, pese a que el Gobierno no haya abordado el problema bajo tal perspectiva.

Una jurisdicción superior o suprema puede efectivamente, en ciertos casos, eliminar la violación inicial de una cláusula del Convenio; aquí reside precisamente la razón de ser de la regla del agotamiento de las vías de recursos internos, consagrada por el artículo 26 (sentencias Guzzardi y Van Oosterwijck de 6 de noviembre de 1980, serie A, núm. 39, p. 27, párrafo 72, y núm. 40, p. 17, párrafo 34). De este modo, la sentencia Adolf de 26 de marzo de 1982 ha señalado que el Tribunal Supremo de Austria había «descargado de toda constatación de culpabilidad» a un requirente respecto del cual un Tribunal de Distrito no había respetado la presunción de inocencia consagrada por el artículo 6.2 (serie A, núm. 49, pp. 17-19, párrafos 38-41).

En el presente caso, las cosas aparecen, sin embargo, bajo un perfil diferente. El vicio no afectaba simplemente al desarrollo del procedimiento en primera instancia: resultaba, antes bien, de la misma composición del Tribunal de Audenarde, revestía un carácter

orgánico, y el Tribunal de Apelación no lo ha corregido ya que no ha anulado por este motivo el conjunto del fallo de 29 de junio de 1979.

c) Sobre la tesis aún más subsidiaria del Gobierno

34. A título aún más subsidiario, el Gobierno alega que si el Tribunal estima que ha existido una infracción del artículo 6.1, de ello se seguirían consecuencias graves para los tribunales belgas «con escasos efectivos», sobre todo si emitía una sentencia «de principio», más que motivada por «razonamientos extremadamente limitados» a las circunstancias de la causa. De 1970 a 1984, el volumen de trabajo de estas jurisdicciones se había duplicado mientras que el número de sus miembros no había aumentado. En Audenarde y en Nivelles, por ejemplo, no había de forma permanente, habida cuenta de las plazas vacantes (muertes, dimisiones, promociones) y de las ausencias ocasionales (vacaciones, enfermedades...), más que seis o siete Magistrados, todos «muy ocupados», a saber, desbordados. También sería casi inevitable que uno de ellos hubiese de tratar sucesivamente diversos aspectos de un mismo caso. Para evitar esto sería preciso establecer «sedes especiales», lo que implicaría el riesgo de ocasionar retrasos inconciliables con la observancia de un «plazo razonable», o crear empleos suplementarios, solución poco realista en período de austeridad presupuestaria.

35. El Tribunal recuerda que incumbe a los estados contratantes «ordenar su sistema judicial de manera que le permita responder a las exigencias del artículo 6.1» (sentencia Guincho de 10 de julio de 1984, serie A, núm. 81, p. 16, párrafo 38), a la cabeza de las

cuales figura seguramente la imparcialidad. Su tarea consiste en averiguar si han alcanzado el resultado querido por el Convenio, no en indicarle los medios que han de utilizar para ello.

d) Conclusión^[1]36. En conclusión, el señor De Cubber ha sido víctima de una violación del artículo 6.1. II. SOBRE LA APLICACIÓN DEL ARTICULO 80

37. El requirente pide una satisfacción justa por daño material y moral, pero el Gobierno no se ha pronunciado todavía sobre este extremo. Como la cuestión no se encuentra todavía en condiciones aptas para adoptar una decisión sobre la misma, hay lugar para reservarla y fijar el procedimiento ulterior, teniendo en cuenta la eventualidad de un acuerdo entre el Estado demandado y el interesado (art. 53.1 y 4 del Reglamento).

POR ESTOS MOTIVOS, EL TRIBUNAL, POR UNANIMIDAD,

1. Falla que hubo violación del artículo 6.1.
2. Falla que la cuestión de la aplicación del artículo 80 no se encuentra todavía en

condiciones aptas para adoptar una decisión sobre la misma.

En consecuencia:

- a) La reserva enteramente.
- b) Invita al Gobierno a dirigirle por escrito, en el plazo de dos meses a partir de este día, sus observaciones sobre la citada cuestión, y particularmente a ponerle en conocimiento de todo acuerdo alcanzado entre él y el requirente.
- c) Reserva el procedimiento ulterior y delega en su presidente la potestad de fijarlo en caso de necesidad.

Dado en francés y en inglés, y pronunciado en audiencia pública en el Palacio de Derechos Humanos de Estrasburgo, el 26 de octubre de 1984.

Firmado: Gérard Wiarda, PRESIDENTE Firmado: Marc-André Eissen, SECRETARIO

ANEXO ~~SEP~~Opinión de la Comisión Europea de Derechos Humanos (Formulada en el informe de la Comisión de 5 de julio de 1983) OPINIÓN DE LA COMISIÓN

60. La Comisión es requerida para pronunciarse sobre la cuestión de saber si el Tribunal Correccional de Audenarde, que ha condenado al requirente el 29 de junio de 1979, era o no un «tribunal imparcial» en el sentido del artículo 6.1 del Convenio, habida cuenta de que uno de sus asesores, el señor Pílate, había ejercido anteriormente en el mismo caso las funciones de juez de instrucción.

61. El artículo 6.1 del Convenio estipula que toda persona tiene derecho a que su causa sea vista justamente (...) y en un plazo razonable por un tribunal independiente e imparcial fijado por la ley, que decidirá, bien sobre disputas relativas a derechos y obligaciones de carácter civil, bien sobre la fundamentación de toda acusación en materia penal dirigida contra ella (...).

62. Tal como ha subrayado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la garantía de imparcialidad prevista en esta disposición puede ser apreciada sobre la base de una perspectiva subjetiva, que ha de determinar lo que tal juez pensaba en su fuero interno en tal circunstancia, y de una perspectiva objetiva, dirigida a averiguar si ofrecía garantías suficientes para excluir a este respecto toda duda legítima (TEDH, sentencia Piersack de 1 de octubre de 1982 , serie A, núm. 53, párrafo 30).

63. En el presente caso, la Comisión no basará su examen más que sobre la segunda perspectiva, porque la imparcialidad personal del Magistrado precitado debe presumirse a falta de prueba en contrario (TEDH, sentencia La Compte, Van Teuvar y De Meyere de 23

de junio de 1981 , serie A, núm. 43, párrafo 58) y, por otra parte, el requirente no ha aportado elementos suficientes que permitan dudar de la misma.

64. Fundándose en una apreciación objetiva, la Comisión debe tener en cuenta las apariencias capaces de cuestionar la confianza que los tribunales deben inspirar a los justiciables en una sociedad democrática (TEDH, sentencia Piersack precitada, loc. cit.). A la luz de estas últimas, ¿un tribunal, uno de cuyos miembros se ha ocupado anteriormente de la instrucción del caso que está sujeto a juicio, ofrece todas las garantías de imparcialidad que todo justiciable debe recibir?

65. La Comisión no examina esta cuestión in abstracto, es decir, no se pregunta si le está o no prohibido, en cualquier circunstancia, a un juez de instrucción deliberar seguidamente en el mismo caso en calidad de juez de fondo, con el fin de satisfacer las exigencias previstas en el artículo 6.1 del Convenio. En efecto, cuando examina los derechos individuales, la Comisión debe, en la medida de lo posible, limitar su examen a las cuestiones planteadas (TEDH, sentencia Denver de 27 de febrero de 1980 , serie A, núm. 35, párrafo 40).

No es menos cierto que los problemas planteados por la presente demanda resultan, no de una aplicación errónea de la legislación belga en materia de procedimiento penal, sino de una aplicación correcta de las disposiciones vigentes (ver párrafos 29 y ss supra; comparar con las demandas núms. 9024/80 y 9317/81, Colozza y Rubinat, c/ Italia, informe de la Comisión de 5 de mayo de 1983, puntos 104 y 105).

Habida cuenta de ello, la Comisión tiene por tarea primordial, en el presente caso, determinar si, a la vista de las circunstancias particulares del caso, el tribunal que ha condenado al requirente respondía a las exigencias del artículo 6.1 del Convenio. A este efecto, es preciso apreciar la intervención del señor Pilate en el caso del requirente cuando había llevado a cabo la instrucción preparatoria. La Comisión podrá tan sólo seguidamente pronunciarse sobre la fundamentación de la queja planteada por el requirente, según el cual el citado magistrado, por el conocimiento de su personalidad y por los trabajos realizados a

lo largo de la instrucción, debía ser ya sospechoso, en este estadio del procedimiento, de tener formada una convicción sobre la culpabilidad del requirente y de haber aportado necesariamente, de este modo, una opinión precedente al juicio.

66. Tal como ha constatado la Comisión en su decisión sobre la admisibilidad de la demanda, las partes coinciden en reconocer que el señor Pilate ha ejercido en el caso del requirente, en primer lugar, las funciones de juez de instrucción y a continuación las de asesor del Tribunal Correccional. Pese a que la Comisión no dispone de una enumeración completa de los actos realizados por el Magistrado durante la instrucción, se desprende de las disposiciones aplicables del derecho belga, que el juez de instrucción tiene poderes

considerables sobre la persona sospechosa, así como sobre sus bienes, «pudiendo hacer todo lo que no le esté prohibido por la ley, ni resulte incompatible con la dignidad de sus funciones» (Tribunal de Casación belga, sentencia de 2 de mayo de 1960, Pasicrisie, 1960, I, p. 1020). Pueden, en particular, obligar a la persona sospechosa y/o arrestada a comparecer ante él (arts. 91 y 94 del Código de Instrucción Criminal); procede al interrogatorio del inculpado, que se encuentra sólo ante el juez, siendo secreta la instrucción preparatoria; cita ante él a las personas que han sido indicadas en la denuncia, por la querella, por el procurador del Rey o de otro modo (ídem, art. 71); lleva a cabo la inspección ocular (ídem, arts. 62 y 32 y ss.); puede efectuar pesquisas y visitas domiciliarias (ídem, arts. 87-88), o dictámenes periciales (ídem, arts. 43-44) (ver para una más amplia información, los párrafos 18 a 25 supra).

67. En el derecho belga, contrariamente a otros sistemas jurídicos, el juez de instrucción no aprecia, sin embargo, los resultados de su instrucción, ni los trámites posteriores que conviene seguir. Esta labor corresponde a una jurisdicción independiente -la Sala de Consejo o la Sala del Tribunal de Apelación, a cuyo cargo corre la instrucción preparatoria en lo criminal-, que decide sobre la instrucción. Si los cargos recogidos son considerados suficientes, ordena el recurso ante la jurisdicción que ha de decidir sobre el fondo del asunto; si no, emite una ordenanza de no haber lugar a proceder. La razón principal avanzada por la doctrina belga para justificar este sistema es que el juez de instrucción, en razón a los deberes que habría de cumplir, no disfrutará de la independencia de espíritu necesaria y de un distanciamiento suficiente para pronunciarse de manera enteramente objetiva sobre la oportunidad de decidir o no el recurso del acusado ante una jurisdicción que deba fallar sobre el fondo del asunto.

68. El Gobierno belga otorga una importancia fundamental al hecho de que el señor Pilate no haya decidido el reenvío del caso del requirente a juicio. La Comisión no considera que este argumento, en las circunstancias particulares del caso, pueda considerarse como decisivo, y ello por las razones siguientes.

69. Se desprende, en efecto, de los hechos, tal como han sido expuestos por las partes, que el Magistrado precitado se había ocupado ya desde hace varios años de la instrucción preparatoria de otros casos en los que el requirente estaba implicado, relativos, en lo esencial, a falsificación de documentos. Según el requirente -y esto no ha sido contestado por el Gobierno-, a la vista de la complejidad y del carácter reiterado de las acciones públicas de que ha sido objeto, las instrucciones preparatorias fueron confiadas preferentemente al señor Pilate, en vez de al otro juez de instrucción del Tribunal de Audenarde. Según la Comisión, resulta evidente que con el paso del tiempo el Magistrado en cuestión ha adquirido, más que cualquier otro, un profundo conocimiento de la personalidad del requirente y de los asuntos que le conciernen. Cuando en junio de 1979 ha juzgado el fondo del caso del requirente, se encontraba, sin duda alguna, en una posición de práctica

superioridad en relación a la de los otros magistrados que han formado la Sala del Tribunal. ¿Puede deducirse, en base a este hecho, que el tribunal que ha condenado al requirente no era «imparcial»?

70. El Gobierno admite que el Magistrado que ha instruido el caso conoce mejor sus diferentes aspectos que sus colegas. Sostiene, sin embargo, que el juez de instrucción no ha dejado jamás de ser juez, manteniendo en el curso de la instrucción preparatoria el justo equilibrio entre la acusación y la defensa, sin prejuzgar en un sentido o en otro. Su informe a la Sala de Consejo, cuando concluyó la instrucción, constituía un informe objetivo e incluso «administrativo». Su mejor conocimiento del informe representaba, por otra parte, un acervo considerable puesto al servicio de la justicia. En fin, incluso suponiendo que el señor Pilate tuviese una opinión desfavorable del requirente, hubiese quedado en minoría en el curso de la deliberación, ya que el Tribunal Correccional de Audenarde estaba compuesto por tres Magistrados.

71. El requirente, por su parte, subraya que la finalidad de la misión del juez de instrucción es la de establecer la culpabilidad de quien cree que es culpable; cuando este magistrado juzga sobre el fondo del mismo caso ya tiene formada una convicción en detrimento del acusado. Esto es tan cierto que le está prohibido instruir en el mismo caso como presidente o asesor del tribunal de lo criminal. Según el requirente, en fin, esta dualidad de funciones es todavía más perjudicial para los justiciables cuando se trata, como en el presente caso, de jurisdicciones pertenecientes a ciudades de escasa población, donde sus habitantes se conocen más fácilmente.

72. En estas circunstancias, la Comisión no pretendería determinar cuál ha sido el exacto papel desempeñado por el señor Pilate en el juicio del caso del requirente, en particular si ya había o no prejuzgado la culpabilidad de este último. No le corresponde, tal como se ha indicado anteriormente, más que apreciar si la imparcialidad del «tribunal» al que incumbía «la decisión sobre la fundamentación de la acusación podía aparecer sujeta a caución» (ver, mutatis mutandis, TEDH, sentencia Piersack precitada, punto 31).

73. Tomando en consideración las circunstancias particulares del caso ya mencionadas, la Comisión se pronuncia afirmativamente. En efecto, por la propia dirección, prácticamente exclusiva, de la instrucción preparatoria de las acciones penales emprendidas contra el requirente, el citado Magistrado se había formado ya en esta fase del proceso, según toda verosimilitud, una idea sobre la culpabilidad de aquél. En estas condiciones, es legítimo temer que, cuando comenzaron los debates, el Magistrado no dispondría de una entera libertad de juicio y no ofrecería, en consecuencia, las garantías de imparcialidad precisas. Es cierto que en el curso de la instrucción preparatoria el señor Pilate no se ha dirigido nunca a manifestar formalmente una opinión sobre la culpabilidad del requirente. Pero, a este

respecto, parece excesivo considerar, como hace el Gobierno, que el informe oral practicado por el juez de instrucción a la Sala de Consejo, cuando éste terminó su trabajo, era un simple «informe administrativo».

74. Por otra parte, conviene observar que el Magistrado en cuestión podía aparecer como sospechoso de parcialidad a los ojos del requirente. De forma general, se observa que el juez de instrucción adopta normalmente en relación al acusado una actitud inquisitorial; esta actitud se traducirá particularmente en la puesta en duda de las alegaciones del acusado; objetivamente esto se justifica como el recurso a una técnica orientada a la manifestación de la verdad. No resulta menos cierto que tal actitud adoptada frente a él por el juez de instrucción es capaz de provocar en el acusado la impresión de que el juez de instrucción ha madurado un prejuicio en su contra antes del recurso ante el juez de fondo y que ese prejuicio no puede sino subsistir cuando el mismo Magistrado forma parte de la jurisdicción que ha de decidir sobre el fondo del asunto. En el presente caso se desprende de todo lo anterior que el requirente podía legítimamente temer que el señor Pílate había ya

formado su íntima convicción cuando ejercía sus funciones de juez de instrucción y que esta última convicción no resultaba, en consecuencia, de la apreciación imparcial de los elementos de prueba aportados por los debates cuando participó, en calidad de asesor, en el Tribunal de Audenarde.

Por tanto, esta jurisdicción, que ha condenado al requirente el 29 de junio de 1979, podía parecer sujeta a caución.

CONCLUSIÓN

75. A la vista de lo que precede, la Comisión, por unanimidad, expresa su parecer de que la causa del requirente no ha sido vista por un «tribunal imparcial», en el sentido del artículo 6.1 del Convenio, y que ha habido, de hecho, violación de esta disposición.

Firmado: C. A. Norgaard, PRESIDENTE Firmado: H. C. Krüger, SECRETARIO (Comentario y traducción: Pedro Peña.)

Adendum No 4. Caso Defrenne Vs. Belgica

SSTJ: DE 25 DE MAYO DE 1971, EN EL AS. DEFRENNE CONTRA ESTADO BELGA (80/70), DE 8 DE ABRIL DE 1976, DEFRENNE/SABENA (43/75) Y DE 15 DE JUNIO DE 1978, DEFRENNE/SABENA (149/77)

(a) Palabras o ideas clave:

Ex Artículo 119 CEE (actual 157 TFUE), - noción de retribución - regímenes de pensiones - efecto directo - discriminación por razón de sexo - igual retribución entre hombres y mujeres por igual trabajo - discriminación directa e indirecta, patente y en- cubierta - limitación temporal de los efectos de la sentencia - igualdad de trato distinta de la retribución - derechos fundamentales.

(b) Los hitos jurisprudenciales:

Existen tres asuntos *Defrenne*. En el primero de ellos (80/70, sentencia de 25 de mayo de 1971), Gabrielle Defrenne solicitó del Estado belga la anulación del *arrêté royal* de 3 de noviembre 1969 que fijaba las condiciones de pensión del personal de vuelo de la aviación civil, concretamente de una disposición del mismo que excluía a las azafatas del mencionado régimen. El *Conseil d'État* belga planteó al Tribunal de Justicia, por vía prejudicial, tres cuestiones relativas a la interpretación del concepto de retribución que figura en el antiguo artículo 119 del TCEE (actual 157 TFUE) y que prevé igual remuneración entre hombres y mujeres por el mismo trabajo. El Tribunal de Justicia interpretó que la pensión de jubilación, que se concede en el marco de un sistema previsto

UNED. Teoría y Realidad Constitucional, núm. 33, 2014, pp. 443-480.

450 JUAN IGNACIO UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA Y JOXERRAMON BENGOETXEA CABALLERO

por la Seguridad Social financiado mediante las cotizaciones de los trabajadores y de los empresarios, así como por subvenciones del Estado, y que sea directamente regulado por ley con exclusión de cualquier elemento de concertación en el seno de la empresa o de la rama profesional de que se trate, y que sea aplicable obligatoriamente a categorías generales de trabajadores, no constituye una prestación pagada indirectamente por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo de este último y, por lo tanto,

las posibles discriminaciones que se puedan derivar de la aplicación de tal sistema no quedan sometidas a lo previsto en el citado artículo.

El asunto *Defrenne II* (43/75, sentencia de 8 de abril de 1976, Rec. 455), es el más conocido por su alcance e importancia. Una azafata de la extinta compañía aérea SABENA solicitó compensación por la discriminación que había sufrido por razón de su sexo femenino al haber percibido una retribución inferior a la percibida por los hombres que desempeñaban el mismo o equivalente trabajo (auxiliar de vuelo) en dicha compañía. El Tribunal de Justicia, en una sentencia que trae causa de una petición de decisión prejudicial planteada por la *Cour du travail* de Bruselas, aclaró que el artículo 119 del TCEE (actual 157 TFUE) está dotado de efecto directo y vincula a toda autoridad pública así como a convenios colectivos e incluso a contratos entre particulares, prohibiendo las formas directas e indirectas o encubiertas de discriminación. El efecto directo de dicha disposición se afirmó tras ponerlo en relación con la naturaleza del principio de igualdad de retribución dentro de la política social equiparando las condiciones de trabajo por la vía del progreso, con el objetivo al que apunta dicho precepto funcionalmente vinculado a la competencia leal, y con su lugar en el sistema del Tratado. El artículo 119 impone a los Estados miembros una obligación de resultado que debe cumplirse de modo imperativo en un plazo determinado (31 de diciembre de 1964) y la eficacia de dicho precepto no puede verse afectada por el hecho de que algunos Estados miembros no hayan adaptado su legislación para hacer realidad el principio o el objetivo o las instituciones comunitarias no hayan actuado contra dicho incumplimiento.

Dada la importancia económica de la sentencia que afectaba a todas las posibles situaciones de discriminación por razón de sexo en todas las retribuciones por un mismo trabajo en toda la Comunidad, y dado el hecho de que la Comisión no había iniciado ningún tipo de procedimiento de infracción contra ningún Estado miembro, así como la dificultad práctica en determinar cuáles hubieran sido los niveles retributivos para cada trabajo si las empresas hubieran sido conscientes de la necesidad de prever igual remuneración por igual trabajo el Tribunal admitió excepcionalmente limitar en el tiempo los efectos retroactivos de su sentencia al presente asunto y los que ya se hubieran establecido hasta la fecha de la sentencia. La sentencia obligó así a todos los empleadores de la Comunidad, públicos y privados, a corregir sus posibles discriminaciones.

En *Defrenne III* (149/77, sentencia de 15 de junio de 1978, Rec. 1365) el contencioso versaba sobre la jubilación forzosa de las azafatas a los 40 años de edad, mientras que los azafatos no estaban sujetos a esta obligación. En esta sentencia el TJ, en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por la *Cour de Cassation* de Bélgica, examinó la compatibilidad de dicha discriminación con respecto al artículo 119 del Tratado CEE, que

únicamente se refería a la discriminación en la retribución de hombres y mujeres por el mismo trabajo. El ámbito de aplicación del artículo no podía por lo tanto

UNED. Teoría y Realidad Constitucional, núm. 33, 2014, pp. 443-480.

BREVES APUNTES SOBRE LAS SENTENCIAS BÁSICAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA... 451

extenderse a otros aspectos de la relación contractual. A pesar de que el respeto de los derechos fundamentales, entre los cuales se encuentra la eliminación de toda discriminación por razón de sexo, es uno de los principios generales de Derecho comunitario, la Comunidad no había aún adoptado medidas para asegurar la igualdad entre hombres y mujeres y sólo eran de aplicación los principios de Derecho doméstico belga y de Derecho internacional.

(c) Evolución y/o desarrollo jurisprudencial:

Defrenne II estableció el efecto directo horizontal del artículo 157 TFUE. La prohibición de discriminación por razón de sexo, en relación con la retribución por el mismo trabajo de igual valor, recibía el mismo tratamiento que la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad, asunto *Walrave y Koch*, 36/74, sentencia de 12 de diciembre de 1974, Rec. 1405, especialmente confirmada en el asunto *Angonese C-281/98*, sentencia de 6 de junio de 2000, Rec I-4139. La limitación temporal de las sentencias del TJUE es competencia exclusiva de dicho tribunal —asunto *Blaizot contra la Universidad de Lieja*, 24/86, sentencia de 2 de febrero de 1988, o *Evangelischer Krankenhausverein Wien C-437/97*, sentencia de 9 de marzo de 2000, Rec. I-1157 y Rec. 379 respectivamente— y ha sido muy raramente aplicada.

El concepto de retribución y la limitación de la disposición a las cuestiones retributivas ha sido objeto de posterior jurisprudencia, en los asuntos 11/86, *Mme Delauche*, sentencia de 16 de diciembre de 1987, Rec. 5345, y sobre todo en el asunto *Barber contra Guardian Royal Exchange Assurance Group C-262/88*, sentencia de 17 de mayo de 1990 que dio origen al protocolo del mismo nombre anejo al Tratado de Maastricht. La noción de retribución se extendió a las contribuciones de cara al desempleo y las pensiones que corren a cargo del empleador en esquemas de previsión privados (*private occupational schemes*). Se han adoptado diversas directivas, destacando la directiva 75/117 sobre aproximación de las leyes de los Estados miembros relativas a la aplicación del principio de igual retribución por igual trabajo para hombres y mujeres (DOCE 1975, L45/19) y directiva 76/207 sobre la aplicación del principio de igual trato a hombres y mujeres en lo relativo al acceso al empleo, formación profesional y promoción y condiciones de trabajo DOCE 1976, L39/40. También se han adoptado directivas para hacer realidad del principio de

igualdad entre hombres y mujeres y adaptar las directivas de 1975 y 1976 a la jurisprudencia posterior⁶, destacando la directiva 2004/113, DOUE 2004 L373/37 y se han adoptado nuevas directivas para combatir otro tipo de discriminaciones⁷ y el principio general de no discriminación consagrado en las disposiciones dedicadas a los «principios» del Tratado y numerosas sentencias del TJUE han ido aclarando los conceptos normativos.

6 En la que destacan asuntos como *Kalanke* o *Marschal*.

7 Directiva 2000/43 sobre discriminaciones raciales o de origen étnico 2000 DOUE L180/22, en el asunto *Feryn*, de 10 de julio de 2008, C-54/07, Rec. I-5187. Directiva 2000/78 sobre igualdad de trato en el empleo y el trabajo (DOUE 2000 L 303/16) interpretada en el asunto *Palacios de Villa*, de 16 de octubre de 2007, C-411/05, Rec. I-853.

UNED. Teoría y Realidad Constitucional, núm. 33, 2014, pp. 443-480.

452 JUAN IGNACIO UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA Y JOXERRAMON BENGOETXEA
CABALLERO^[1]_{SEP}

Adendum No.5 Caso Canesse vs. Paraguay

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay

Sentencia de 31 de agosto de 2004

(Fondo, Reparaciones y Costas)

a presente Sentencia.

I INTRODUCCIÓN DE LA CAUSA

La Jueza Cecilia Medina Quiroga se excusó de conocer el presente caso, de conformidad con los

La presente Sentencia se dicta según los términos del Reglamento aprobado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su XLIX Período Ordinario de Sesiones mediante Resolución de 24 de noviembre de 2000, el cual entró en vigor el 10 de junio de 2001, y según la reforma parcial aprobada por la Corte en su LXI Período Ordinario de Sesiones mediante Resolución de 25 de noviembre de 2003, vigente desde el 10 de enero de 2004.

2

1. El 12 de junio de 2002 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión” o “la Comisión Interamericana”) sometió ante la Corte una demanda contra el Estado del Paraguay (en adelante “el Estado” o “el Paraguay”), la cual se originó en la denuncia No 12.032, recibida en la Secretaría de la Comisión el 2 de julio de 1998.

2. La Comisión presentó la demanda con base en el artículo 61 de la Convención Americana, con el fin de que la Corte decidiera si el Estado violó los artículos 8 (Garantías Judiciales), 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad), 13 (Libertad de Pensamiento y de Expresión) y 22 (Derecho de Circulación y de Residencia) de la Convención Americana, todos ellos en conexión con el artículo 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de dicho tratado, en perjuicio del señor Ricardo Nicolás Canese Krivoshein (en adelante “Ricardo Canese”, “el señor Canese” o “la presunta víctima”), debido a la “condena y las restricciones para salir del país, impuestas al Ingeniero Ricardo Canese [...] como consecuencia de manifestaciones hechas mientras era candidato presidencial”. Según los hechos denunciados por la Comisión Interamericana, en agosto de 1992, durante el debate de la contienda electoral para las elecciones presidenciales del Paraguay de 1993, el señor Ricardo Canese cuestionó la idoneidad e integridad del señor Juan Carlos Wasmosy, también candidato a la presidencia, al señalar que “fue el prestatario de la familia Stro[e]ssner en CONEMPA” (Consorcio de

Empresas Constructoras Paraguayas) (en adelante “CONEMPA”), empresa que participó en el desarrollo del complejo hidroeléctrico binacional de Itaipú, cuyo presidente, al momento de las declaraciones, era el señor Wasmosy. Dichas declaraciones fueron publicadas en varios periódicos paraguayos. La Comisión señaló que a raíz de estas declaraciones y a partir de una querella presentada por algunos socios de la empresa CONEMPA, quienes no habían sido nombrados en las declaraciones, el señor Canese fue procesado, el 22 de marzo de 1994 fue condenado en primera instancia y, el 4 de noviembre de 1997, fue condenado en segunda instancia por el delito de difamación a una pena de dos meses de penitenciaría y a una multa de 2,909,000 guaraníes (“equivalentes a [...] US\$1.400”). Además, la Comisión señaló que, como consecuencia del proceso penal en su contra, el señor Canese fue sometido a una restricción permanente para salir del país, la cual fue levantada solamente en circunstancias excepcionales y de manera inconsistente.

3. Asimismo, la Comisión solicitó a la Corte que, de conformidad con el artículo 63.1 de la Convención, ordenara al Estado que adopte determinadas medidas de reparación indicadas en la demanda. Por último, solicitó a la Corte Interamericana que ordenara al Estado el pago de las costas y gastos generados en la tramitación del caso en la jurisdicción interna y ante los órganos del Sistema Interamericano.

II COMPETENCIA

4. El Paraguay es Estado Parte en la Convención Americana desde el 24 de agosto de 1989 y reconoció la competencia contenciosa de la Corte el 26 de marzo de 1993. Por lo tanto, la Corte es competente para conocer del presente caso, en los términos de los artículos 62 y 63.1 de la Convención.

131. Es preciso analizar si la restricción de salir del país impuesta al señor Canese fue necesaria para asegurar que éste no evadiera el proceso y su eventual responsabilidad penal. Con respecto a los elementos que podrían haber incidido en la posibilidad de que el señor Canese se diera a la fuga, la Corte observa que: a) en lo que respecta a la gravedad del delito y la severidad de la pena, el señor Canese fue condenado en segunda instancia por el delito de difamación a una pena de dos meses de penitenciaría y a una multa de dos millones novecientos nueve mil noventa guaraníes; b) se encuentra probado que la presunta víctima ofreció caución personal y caución real y comprobó su arraigo en el Paraguay; y c) inclusive el Presidente y el Secretario General de la Comisión Bicameral de Investigación de Ilícitos del Congreso Nacional remitieron una comunicación al juez de la causa solicitándole que, al resolver uno de los pedidos de autorización de salir del país del señor Canese, tuviera en cuenta que la Comisión Bicameral consideraba conveniente que aquel acompañara a la delegación de la Comisión que viajaría al Brasil en junio de 1994 e indicó que el señor Canese regresaría al Paraguay conjuntamente con la delegación de la Comisión Bicameral, “debiendo descartarse cualquier hipótesis que el mismo desease ausentarse definitivamente del país con el fin de eludir el juicio al cual está siendo sometido” (*supra* párr. 69.55); sin embargo, dicho permiso no fue concedido por el juez de la causa. Por otra parte, la Corte estima que la referida restricción devino con el tiempo

innecesaria ya que, durante los ocho años y casi cuatro meses en que fue aplicada, en reiteradas ocasiones a partir de mayo de 1997 le fueron otorgados permisos de salir del país al señor Canese y éste siempre regresó al Paraguay e incluso presentó escritos a las autoridades judiciales comunicándoles de su regreso (*supra* párr. 69.62 a 69.65), lo cual denota que éste no eludiría su responsabilidad penal en caso de ejecutarse la condena. Con base en las anteriores consideraciones, la Corte concluye que la restricción de salida del país impuesta al señor Canese durante ocho años y casi cuatro meses no cumplió con el requisito de necesidad en una sociedad democrática, en contravención a lo dispuesto en el artículo 22.3 de la Convención.

c) Requisito de proporcionalidad en una sociedad democrática

Cfr. Caso Suárez Rosero. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 77.

132. En cuanto al requisito de proporcionalidad en una sociedad democrática, el Comité de Derechos Humanos manifestó en su Observación general No. 27 que:

14. [...] Las medidas restrictivas deben ajustarse al principio de proporcionalidad; deben ser adecuadas para las medidas administrativas y judiciales que la apliquen. Los Estados deben garantizar que todo procedimiento relativo al ejercicio o restricción de esos derechos se lleve a cabo con celeridad y que se expliquen las razones de la aplicación de medidas restrictivas requisito de necesidad en una sociedad democrática, en contravención a lo dispuesto en el artículo 22.3 de la Convención.

c) Requisito de proporcionalidad en una sociedad democrática

Cfr. Caso Suárez Rosero. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 77.

132. En cuanto al requisito de proporcionalidad en una sociedad democrática, el Comité de Derechos Humanos manifestó en su Observación general No. 27 que:

14. [...] Las medidas restrictivas deben ajustarse al principio de proporcionalidad; deben ser adecuadas para medidas administrativas y judiciales que la apliquen. Los Estados deben garantizar que todo procedimiento relativo al ejercicio o restricción de esos derechos se lleve a cabo con celeridad y que se expliquen las razones de la

133. La Corte considera que la restricción al derecho a salir del país que se imponga en un proceso penal mediante una medida cautelar debe guardar proporcionalidad con el fin legítimo perseguido, de manera que se aplique solamente si no existe otro medio menos restrictivo y durante el tiempo estrictamente necesario para cumplir con su función, en este caso la de evitar la fuga del señor Canese (*supra* párr. 130).

134. Según ha quedado demostrado (*supra* párrs. 120 a 122), y como se señaló al analizar el requisito de la necesidad (*supra* párr. 130 y 131), al señor Canese se le restringió el derecho a salir libremente del Paraguay durante un período de ocho años y casi cuatro meses. De acuerdo al Código Penal de 1914 la pena máxima que se le habría podido imponer al señor Canese habría sido de 22 meses de penitenciaría y multa hasta de dos mil pesos. Si se hubiere ejecutado la condena del señor Canese, lo cual no sucedió pues éste presentó varios recursos de revisión y fue absuelto el 11 de diciembre de 2002 (*supra* párr. 69.49), la pena privativa de libertad que habría tenido que cumplir habría sido de dos meses de penitenciaría. En cuanto a la pena de pago de una multa, el señor Canese ofreció caución

personal y caución real y comprobó su arraigo en el Paraguay. El Tribunal encuentra que la restricción al derecho a salir del país impuesta al señor Canese y el tiempo durante el cual le fue aplicada fueron desproporcionados al fin que se perseguía, ya que existían otros medios menos gravosos que podían garantizar el cumplimiento de las penas. Por las anteriores consideraciones, la restricción al derecho a salir libremente del país impuesta al señor Canese no cumplió con el requisito de proporcionalidad en una sociedad democrática que debe caracterizar a la medida cautelar, en contravención del artículo 22.3 de la Convención Americana.

135. Por todas las razones anteriormente expuestas, la Corte concluye que el Estado aplicó una restricción al derecho de salir del país del señor Ricardo Canese sin observar los requisitos de legalidad, necesidad y proporcionalidad, necesarios en una sociedad democrática, por lo cual violó el artículo 22.2 y 22.3 de la Convención Americana.

VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 8 EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 1.1 (GARANTÍAS JUDICIALES)

Alegatos de la Comisión

136. En cuanto al artículo 8 de la Convención, la Comisión alegó que:

- a) el proceso contra el señor Ricardo Canese duró casi diez años y, como consecuencia de la sentencia de primera instancia, se le restringió su derecho a la circulación;
- b) la presunta víctima fue condenada en primera instancia el 22 de marzo de 1994 y apeló dicha condena; fue recién tres años después de presentado el recurso de apelación que se dictó la sentencia de segunda instancia (4 de noviembre de 1997). Finalmente, el 11 de diciembre de 2002, la Corte Suprema de Justicia del Paraguay revocó su condena penal al resolver un recurso de revisión interpuesto el 8 de febrero de 1999, luego de la entrada en vigencia del nuevo Código Penal paraguayo;
- c) se debe analizar si el proceso se desarrolló dentro de un plazo razonable. Respecto de la complejidad del caso, “el proceso fue particularmente sencillo”, principalmente porque los elementos probatorios que obran en el expediente son pocos y datan de la época en que se inició el proceso. Los elementos probatorios ofrecidos por la defensa fueron rechazados por el juzgador al considerar que no se configuraban los supuestos de la *exceptio veritatis*. “[N]o puede considerarse que el caso fuera complejo por consistir esencialmente en la valoración que debiera hacer el juzgador del contenido de las notas periodísticas”;
- d) con respecto a la actividad procesal del interesado, en las etapas de primera y segunda instancia no existieron actividades dilatorias por parte del señor Canese, incluso éste aceptó el contenido de las notas de prensa que sirvieron de base para la acusación y las pruebas que ofreció fueron desechadas. “Aún concediendo que el peticionario no hubiera actuado con la debida diligencia en el desarrollo de sus procesos, [...] el plazo de diez años en un

proceso, que incluye además medidas restrictivas de la libertad ambulatoria, resulta a todas luces excesivo para un delito cuya penalidad pudiera alcanzar hasta un año de prisión”;

e) las autoridades judiciales actuaron con “manifesta negligencia”, contribuyendo directamente a la “dilación en el proceso”. “[El señor] Canese nunca alegó la veracidad de las notas que sirvieron de base para la acusación, y las pruebas que ofreciera no fueron aceptadas, por lo que no es razonable que la apelación haya durado tres años y que los recursos de revisión hayan sido finalmente resueltos hasta mayo de 2002”;

f) en el proceso seguido contra el señor Canese se produjo una “demora injustificada”, en virtud de que transcurrieron ocho años desde que se dictó la sentencia de primera instancia hasta que la sentencia fue considerada ejecutoriada en mayo de 2002;

g) de los documentos que se encuentran en el expediente se desprende que la orden que restringió permanentemente la libertad de circulación del

76

señor Canese se basó en la sentencia condenatoria de primera instancia. El Código Penal paraguayo bajo el cual se condenó al señor Canese no establecía la prohibición de salida del país como parte de la pena, por lo que se considera que se trata de “una medida preventiva adoptada para permitir el cumplimiento de la sanción definitiva que se pudiese imponer”;

h) el Estado no justificó la necesidad de restringir permanentemente la salida del señor Ricardo Canese del territorio nacional, ya que tanto la existencia de un proceso en su contra como la condena en primera instancia no firme no se traducen necesariamente en una causa justificada. Incluso, el señor Canese abandonó el territorio nacional con permisos obtenidos por medio de recursos de *hábeas corpus*, circunstancias que conducen a pensar que la restricción era innecesaria y desproporcionada y que la propia justicia paraguaya no consideraba que escaparía o que eludiría sus acciones. Asimismo, los órganos jurisdiccionales paraguayos se contradijeron al denegar las solicitudes del señor Canese para salir del país;

i) el proceso penal seguido contra el señor Canese y la restricción a la libertad de circulación de éste por un período de ocho años exceden el plazo razonable al que deben limitarse este tipo de medidas, más aún tomando en cuenta que la sanción que podía enfrentar el señor Canese era de dos meses de prisión y multa; y

j) la restricción para abandonar el país impuesta al señor Ricardo Canese se convirtió en una sanción penal anticipada y excesiva, en contravención del principio de inocencia establecido en el artículo 8.2 de la Convención Americana en conexión con la obligación genérica de respetar y garantizar los derechos establecida en el artículo 1.1 de dicho tratado, debido a que se extendió en el tiempo de tal modo y sin razón justificada a pesar de las acciones interpuestas a nivel interno para combatirla.

Alegatos de los representantes de la presunta víctima

137. En relación con el artículo 8 de la Convención, los representantes de la presunta víctima indicaron que comparten los argumentos presentados por la Comisión y agregaron que:

- a) el proceso seguido contra el señor Canese no fue resuelto en un plazo razonable, si se tiene en cuenta el “análisis global del procedimiento”, ya que desde que se emitió la sentencia de primera instancia hasta que ésta quedó ejecutoriada transcurrieron más de ocho años;
- b) la imposición de una medida de carácter “coercitivo” antes de que la sentencia de condena se encuentre firme debe ser guiada por fines de carácter cautelar y el plazo de su duración debe ser inferior a la pena en expectativa; de lo contrario, tal medida sería ilegítima; y
- c) el Estado violó el derecho del señor Ricardo Canese a la presunción de inocencia establecido en el artículo 8 de la Convención, en conexión con el artículo 1.1 de la Convención Americana, pues le impuso una restricción permanente para salir del país durante ocho años sin que hubiera sido declarado autor de un delito, lo cual “se transformó en un castigo anticipado, y por tanto, arbitrario”.

77

Alegatos del Estado

138. Con respecto al artículo 8 de la Convención, el Estado indicó que:

- a) el proceso contra el señor Canese se rigió por el Código de Procedimientos Penales de 1890, “[el cual] a la hora de reglar el proceso en sí mismo, se encargó de establecer normas nada favorecedoras para los ciudadanos”;
- b) el nuevo Código Procesal Penal de 1998 ha dispuesto que el proceso penal ordinario no puede durar más de tres años, salvo que la sentencia de condena se encuentre en estado de impugnación, para lo cual se adicionan hasta seis meses. Si en este período de tiempo no concluye en definitiva una causa penal, el propio código dispone la extinción de la acción penal del Estado;
- c) el simple transcurso del tiempo no significa necesariamente una transgresión al concepto de plazo razonable que debe presidir todo proceso penal garantista;
- d) concuerda con la Comisión en que los procesos por difamación e injurias no deben ser precisamente considerados como complejos, salvo que las pruebas a ser aportadas al proceso, la cantidad de testigos, o la cantidad de víctimas sea de un número muy elevado, lo cual no se ha constatado en este caso;

e) no está de acuerdo con las consideraciones de la Comisión en cuanto a la actitud de los abogados del señor Canese en el proceso, ya que considera que “se encuentra lejos de reconocerse como una conducta típica o normal frente a un proceso penal”. “A fin de fundar estas afirmaciones no sólo se debe recurrir al caso que la misma Comisión trajo a colación, o sea, la actividad dilatoria frente al [r]ecurso de [i]nconstitucionalidad planteado[,] que nunca el accionante hizo llegar a conocimiento de la accionada – recordemos que nos encontramos ante un proceso penal de naturaleza privada, donde el Estado est[á] obligado a ocuparse de las causas que llegan a su conocimiento y nada más-[,] obligando a la Corte Suprema de Justicia a dictar una resolución de caducidad de la instancia por abandono de la misma luego de casi tres años de presentada la acción respectiva”. Los abogados del señor Canese ya habían sido perjudicados en el período probatorio del proceso de instancia con el cierre del mismo, “puesto que no habían urgido la [evacuación] de las diligencias ofrecidas ni habían solicitado la ampliación del período de pruebas, carga que a ellos correspondía puesto que la habían ofrecido”. Estas negligencias se vieron reiteradas en diversas ocasiones a lo largo del proceso;

f) “el Estado Paraguayo pudiera ser imputado en su deber de resolver la situación jurídica del [señor] Canese[,] puesto que el mismo se llevó adelante con una norma procesal que reglaba un proceso viciado[,] puesto que no respetaba ni mucho menos los estándares mínimos que debe gozar toda persona indiciada o acusada de la comisión de un hecho punible, pero nunca condenad[o] a la luz de los esfuerzos realizados [...] a efectos de que los ciudadanos imputados o acusados de hechos punibles gocen de todos los derechos y garantías que establece el Sistema Internacional de los Derechos Humanos”;

g) es posible que “... el caso de[il señor] Canese -regido bajo las formas del viejo proceso- haya sido uno de los tantos que pudieran haberse dilatado más allá de los parámetros mínimos atendidos por la Convención Americana, sin que esto finalmente pudiera ser imputado a los órganos del Estado Paraguayo, que en medio de la crisis ha[n]sabido superar dichos problemas e implementar un nuevo modelo penal –sustancial y formal”;

h) “aunque el Estado Paraguayo [...] pueda ser imputado por la demora en la resolución definitiva del proceso seguido al [señor] Canese”, se deben tomar en cuenta las siguientes consideraciones al analizar la alegada violación del artículo 8 de la Convención: el proceso penal al cual se sometió al señor Canese fue reglado por una norma de corte inquisitivo; el tipo de proceso penal es de instancia privada, es decir, que se “vería muy mal que [el Estado] impulse el procedimiento de oficio; [y ...] la representación del [señor] Canese ha incurrido en varias oportunidades en deficiencias por presentaciones fuera de plazo o inactividad procesal”. De conformidad con lo anterior, “no se puede cargar al Estado Paraguayo toda la responsabilidad por el período de tiempo final consumido en la resolución final de la causa, debiendo resolver la Corte, en este punto[,] por el rechazo de la demanda”;

i) al señor Canese le fueron dadas todas las garantías del debido proceso para su defensa; sin embargo, las actuaciones procesales emprendidas por sus defensores no fueron de lo más “felices”, sino negligentes. No obstante, el Estado lo absolvió de toda culpa y pena por

los delitos de difamación e injuria a través del acuerdo y sentencia No 1362 emitido por la Corte Suprema de Justicia del Paraguay el 11 de diciembre de 2002;

j) en cuanto a la restricción de salir del país, al señor Canese le fue aplicada “una medida cautelar de carácter personal [...] ante un pedido del mismo para abandonar el país, que tuvo su oposición en la querella privada, luego de haberse dictado la sentencia de condena en primera instancia”. En el ordenamiento jurídico penal paraguayo la medida de restricción de salida del país es “una medida cautelar frecuente y no lesiva de derecho alguno”;

k) el señor Canese sólo fue restringido en su “libertad de circulación” con posterioridad al 29 de abril de 1994, fecha en que el Juzgado Penal de Primera Instancia dictó la sentencia condenatoria a pena privativa de libertad y multa. “Luego de llegarse a la confirmatoria de la condena, por un Tribunal de [segunda] instancia, se cancela la posibilidad de abandonar el país, puesto que la misma había dispuesto pena privativa de libertad y multa”;

l) el señor Canese se ha visto beneficiado en dos oportunidades con permisos para salir del país. Asimismo, el 22 de agosto de 2002 la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia del Paraguay levantó la medida cautelar de restricción de libertad de circulación, “puesto que la privación de circulación hacia el extranjero del [señor] Canese no formaba parte de la sentencia de condena”;

m) respecto a la alegada violación del principio de presunción de inocencia en perjuicio del señor Canese, por imponerle la prohibición de salir del país

79

por “ocho años”, niega la afirmación de la referida demanda en cuanto al tiempo de la caución personal, ya que el lapso en el cual el señor Canese fue efectivamente privado “de la libertad de salir del país” fue de casi cinco años. No obstante, el señor Canese nunca fue privado de su libertad ambulatoria dentro de la República;

n) “[e]l régimen de las medidas cautelares de carácter personal en la antigua legislación procesal era caótico y no regido por principios básicos que rigen la materia tratada. Sin embargo, a la sanción del nuevo Código Procesal Penal este régimen se ha visto absolutamente transformado puesto que respeta los principios de legalidad, excepcionalidad, necesidad, restricción o proporcionalidad, y temporalidad [...]. El Estado Paraguayo ya ha transformado a la fecha su régimen de medidas cautelares, prevaleciendo entre sus disposiciones las medidas alternativas o sustitutivas a la prisión preventiva [...] que nunca podrán excederse más allá de dos años. Finalmente, la detención y prisión preventiva han sido prohibidas en los procesos penales de acción penal privada”;

o) la alegada dilación indebida de los órganos judiciales debe ser analizada conforme a los plazos utilizados por las diversas instancias y su respaldo normativo. El Juzgado de Primera Instancia en lo Criminal del Primer Turno recibió la querella privada el 23 de octubre de

1992 y dictó la sentencia definitiva el 22 de marzo de 1994, de manera que tardó 17 meses. Además, el Tribunal de Apelaciones dictó el fallo en segunda instancia el 4 de noviembre de 1997, tardando 43 meses. La última instancia dictó su fallo el 2 de mayo de 2001, tardando 42 meses. Lo anterior “totaliza un poco más de ocho años”. Esto debe ser necesariamente contrastado con “la norma procesal penal que regía a la fecha de resolución de la causa debatida, que no era otr[a] que el vetusto Código de Procedimientos Penales de 1890 [...], que a todas luces no responde a los criterios de duración razonable del procedimiento penal”; y

p) “el Principio de Inocencia del ciudadano Canese” ha sido respetado a lo largo del proceso penal, puesto que nunca ha sido privado o restringido en sus derechos y garantías civiles y políticos, tal y como puede comprobarse de la copia del expediente judicial, donde consta que nunca fue privado de la libertad ambulatoria en el territorio nacional, ni fue restringido de otra manera personal o patrimonialmente.

Consideraciones de la Corte

139. El artículo 8 de la Convención Americana establece que:

1. 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, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

f) derecho de la defensa de [...] obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

[...]

a) *Respeto al principio del plazo razonable con respecto a la duración del proceso penal seguido contra el señor Canese*

140. Del análisis del expediente del proceso penal, cuya copia fue aportada por el Estado, se encuentra que la querella contra el señor Canese fue interpuesta el 23 de octubre de 1992. Asimismo, la sentencia de primera instancia fue emitida el 22 de marzo de 1994 por el Juez de Primera Instancia en lo Criminal del Primer Turno y la sentencia de segunda instancia fue dictada el 4 de noviembre de 1997 por el Tribunal de Apelación en lo Criminal, Tercera Sala (*supra* párr. 69.15 y 69.20). Contra esta sentencia de segunda instancia tanto el abogado de la parte querellante como el abogado del señor Canese presentaron recursos

de apelación el 7 y 12 de noviembre de 1997, respectivamente (*supra* párr. 69.21 y 69.23). El 26 de febrero de 1998 el Tribunal de Apelaciones en lo Criminal, Tercera Sala, resolvió no hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por el señor Canese (*supra* párr. 69.27). Con respecto a la apelación interpuesta por el abogado de la parte querellante, el 19 de noviembre de 1997 el Tribunal de Apelación en lo Criminal, Tercera Sala, concedió el recurso de apelación y ordenó remitir los autos a la Corte Suprema de Justicia del Paraguay (*supra* párr. 69.24). Sin embargo, dicha apelación fue resuelta por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia del Paraguay recién el 2 de mayo de 2001 (*supra* párr. 69.41), es decir, se tardó aproximadamente tres años y cinco meses en resolver dicho recurso.

141. Con respecto al principio del plazo razonable contemplado en el artículo 8.1 de la Convención Americana, este Tribunal ha establecido que es preciso tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el que se desarrolla un proceso: a) complejidad del asunto, b) actividad procesal del interesado y c) conducta de las autoridades. La Corte considera que, en ciertos casos, una demora prolongada puede llegar a constituir por sí misma una violación de las garantías judiciales. Corresponde al Estado exponer y probar la razón por la que se ha requerido más tiempo que el que en principio sería razonable para dictar sentencia definitiva en un caso particular, de conformidad con los criterios los criterios que se deben tomar en cuenta para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso (*supra* párr. 141), esta Corte ha constatado que al señor Canese se le procesó y juzgó por los delitos de difamación e injuria y que los principales elementos probatorios lo constituyeron los dos artículos periodísticos en los que se publicaron las declaraciones querelladas, ya que no se recibió ninguna declaración testimonial ni peritaje. Asimismo, en su declaración indagatoria el señor Canese aceptó haber realizado tales declaraciones, por lo que en materia probatoria el proceso penal no revistió gran complejidad. Al respecto, el propio Estado indicó que estaba de acuerdo con la Comisión en que los procesos por difamación e injuria “no deben ser precisamente considerados como complejos, salvo que las pruebas a ser aportadas al proceso, o la cantidad de testigos, o la cantidad de víctimas sea de un número muy elevado, lo cual no se ha constatado en este caso”.

144. Con respecto a la actividad procesal de las partes, el señor Canese interpuso diversos recursos en ejercicio de los derechos que le otorgaba el ordenamiento interno y, consta en el expediente que, en reiteradas ocasiones, tanto el señor Canese como el abogado de la parte querellante presentaron escritos solicitando a los tribunales internos que resolvieran los recursos planteados.

145. En el presente caso la conducta de las autoridades judiciales se encuentra estrechamente relacionada con el anterior parámetro de análisis del plazo razonable. El Estado alegó que se debe tomar en cuenta que el proceso penal al cual se sometió al señor Canese fue reglado por una norma de corte inquisitivo; que el tipo de proceso penal es de instancia privada, es decir, que se “vería muy mal que [el Estado] impulse el procedimiento de oficio”; y que la representación del señor Canese incurrió en varias oportunidades en “deficiencias por presentaciones fuera de plazo o inactividad procesal”. En diversas

oportunidades las autoridades judiciales resolvieron de forma tardía incluso los propios recursos urgidos por la parte querellante, por ejemplo, cuando después de que el 19 de noviembre de 1997 el Tribunal de Apelación en lo Criminal, Tercera Sala, concedió el recurso de apelación presentado por el abogado de la parte querellante contra la sentencia de segunda instancia y dispuso que se remitieran los autos a la Corte Suprema de Justicia del Paraguay, el abogado de la parte querellante se vio obligado a solicitar que se resolviera su apelación. Sin embargo, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia del Paraguay tardó aproximadamente tres años y cinco meses en resolver tal apelación.

146. En el proceso penal seguido contra el señor Canese las autoridades judiciales no actuaron con la debida diligencia y celeridad, lo cual se ve reflejado, por ejemplo, en que: a) el proceso tuvo una duración de ocho años y seis meses hasta que quedó firme la sentencia de segunda instancia; b) el período transcurrido entre la interposición de la apelación contra la sentencia de primera instancia y la emisión de la sentencia de segunda instancia fue de tres años y siete meses; y c) el período transcurrido entre la interposición del recurso de apelación contra la sentencia de segunda instancia interpuesto por el abogado de la parte querellante y su resolución final fue de aproximadamente tres años y cinco meses.

147. La Corte observa que el propio Estado afirmó que es posible que "... el caso de[el señor] Canese -regido bajo las formas del viejo proceso- haya sido uno de los tantos que pudieran haberse dilatado más allá de los parámetros mínimos atendidos por la Convención Americana, sin que esto finalmente pudiera ser imputado a los órganos del Estado Paraguayo, que en medio de la crisis ha[n]o sabido superar dichos problemas e implementar un nuevo modelo penal –sustancial y formal”.

148. Con respecto a los referidos alegatos del Paraguay (*supra* párrs. 145 y 147), la Corte reitera que, de conformidad con lo estipulado en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, es un principio básico del

Derecho Internacional que “[u]na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones no pueden incumplir estas obligaciones convencionales alegando supuestas dificultades de orden. Por tales razones, la regulación procesal penal del Paraguay aplicada en el proceso seguido contra el señor Canese no podía ser invocada por este Estado para incumplir la garantía de razonabilidad del plazo al juzgar a la presunta víctima, de conformidad con la obligación a su cargo contemplada en el artículo 8.1 de la Convención Americana.

149. Además, esta Corte ha constatado que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia del Paraguay tardó casi tres años en resolver la acción de inconstitucionalidad planteada el 19 de noviembre de 1997 por el señor Canese contra las sentencias de primera

y segunda instancia. Merece ser resaltado que en dicha decisión la Sala Constitucional declaró la “caducidad de la instancia”, a pesar de que el señor Canese y su abogado la referida acción de inconstitucionalidad.

150. Asimismo, la decisión de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia del Paraguay de 11 de diciembre de 2002 (*supra* párr. 69.49), la cual absolvió al señor Canese, indicó que:

se debe proteger al imputado de modo efectivo resolviendo en esta instancia en definitiva, puesto que esta causa penal llevó casi diez años de trámite ante todas las instancias judiciales, y conforme al artículo 8vo de la citada Convención Americana, “*Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable*”.

151. Con fundamento en las consideraciones precedentes, del estudio global del proceso penal seguido contra el señor Canese, el Tribunal concluye que el Estado violó el derecho del señor Canese a ser juzgado en un plazo razonable, en contravención de lo estipulado en el artículo 8.1 de la Convención Americana.

b) Respeto al derecho a la presunción de inocencia

152. El artículo 8.2 de la Convención Americana establece que:

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. [...]

El señor Canese y su abogado presentaron solicitudes ante la Corte Suprema de Justicia del Paraguay los días 7 de junio, 13 de septiembre, 26 de octubre y 9 de diciembre de 1999, así como el 2 y 16 de febrero de 2000.

153. La Corte ha señalado que el artículo 8.2 de la Convención exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino, la Corte ha afirmado que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea comprobada.

154. La Corte considera que el derecho a la presunción de inocencia es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme. Este derecho implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el *onus probandi* corresponde a quien acusa.

155. Como se encuentra probado (*supra* párr. 69.15), el 22 de marzo de 1994 el juez de primera instancia declaró que el señor Canese había cometido los delitos de injuria y difamación y, en segunda instancia, el 4 de noviembre de 1997 se revocó la condena por el

delito de injuria y se le condenó por difamación (*supra* párr. 69.20). Posteriormente, el 11 de diciembre de 2002 la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia del Paraguay absolvió al señor Canese del delito de difamación (*supra* párr. 69.49).

156. Según lo dispuesto en el artículo 370 del Código Penal de 1914, cometía el delito de difamación

[...] el que ante varias personas reunidas o separadas, pero de manera que pueda difundirse la noticia, o en documento público o por medio de impresos, caricaturas o dibujos de cualquier género, divulgados o expuestos al público, atribuye a una persona delitos de acción pública sin precisarlos, o de acción penal privada aunque fuesen concretos, o hechos que podrían exponerlas a un procedimiento disciplinario, o al desprecio o al odio público, o vicio o falta de moralidad que pudieran perjudicar considerablemente la fama, el crédito o los intereses del agraviado.

157. El artículo 372 del referido Código establecía que cometía el delito de injuria

[...] todo aquel que fuera de los casos expresados, insulta, desacredita, deshonra o menosprecia a otro con palabras, escritos o acciones. [...]

En caso de que un escrito injurioso sea publicado en un impreso, diario o periódico, el reo será castigado con uno a cinco meses de penitenciaría y multa de cuatrocientos a mil pesos.

158. Las referidas normas del Código Penal de 1914 que regulaban los delitos de difamación e injuria aplicadas al señor Canese, no contemplaban la verdad o notoriedad de la afirmación o declaración como elemento del tipo penal, por lo que el análisis de la comisión de tales delitos se centraba en que existiera una afirmación o

declaración que atribuyera a una persona la comisión de un delito, que la pudiera exponer a un procedimiento disciplinario o que “pudieran perjudicar considerablemente la fama, el crédito o los intereses del agraviado” o en que se “insult[ara], desacredit[ara], deshonrar[ara] o menospreci[ara]” a otro, y en la determinación del dolo del autor de tales conductas.

159. La Corte ha notado que el Juzgado de Primera Instancia en lo Criminal del Primer Turno y el Tribunal de Apelación en lo Criminal, Tercera Sala, presumieron el dolo del imputado del hecho de que éste no se retractó de las declaraciones que había realizado sino que las ratificó, de su grado de preparación intelectual y de su conocimiento sobre la obra pública de Itaipú que, a criterio del juzgador, implicaban que “sabía perfectamente a quienes iban dirigidas sus declaraciones, el alcance que tenían sus expresiones y el daño que podría causar a éstos”. Además, a partir de estas implicaciones, los juzgadores asumen que el señor Canese tenía intención de agraviar o menoscabar la imagen, fama, crédito o intereses de los integrantes del directorio de Conempa.

160. La Corte estima pertinente destacar, como ilustrativo del razonamiento de tales tribunales penales, lo indicado en la sentencia de primera instancia cuando el juez afirmó que:

161. A partir de las anteriores razones, el Tribunal encuentra claro que tanto el Juzgado de Primera Instancia en lo Criminal del Primer Turno como el Tribunal de Apelación en lo Criminal, Tercera Sala, presumieron el dolo del señor Canese y, a partir de ello, le exigieron que desvirtuara la existencia de su intención dolosa. De esta manera, tales tribunales no presumieron la inocencia del imputado, por lo que la Corte concluye que el Estado violó, en perjuicio del señor Canese, el artículo 8.2 de la Convención Americana.

162. Por otra parte, en cuanto a la restricción para salir del país, la Corte ha indicado que dicha restricción puede constituirse en un sustituto de la pena privativa de libertad si se continúa aplicando cuando ha dejado de cumplir con su función de aseguramiento procesal caso, ha quedado establecido, de conformidad con los parámetros anteriormente expuestos, que la restricción al derecho de circulación aplicada al señor Canese durante ocho años y casi cuatro meses devino innecesaria y desproporcionada (*supra* párrs. 131, 134 y 135) para asegurar que aquel no eludiera su responsabilidad penal en caso de ejecutarse la condena. Esto significó en la práctica una anticipación de la pena que le había sido impuesta y que nunca fue ejecutada, lo cual constituye una violación al derecho de presunción de inocencia contemplado en el artículo 8.2 de la Convención.

BIBLIOGRAFÍA

ACEVAL CARMONA, Carol Daniela, Pineda Marín, Et al. Unidades de Medidas Cautelares en México: Experiencias, Retos y Perspectivas. En Medidas Cautelares. El tope de la puerta giratoria (coord. Álvaro Vizcaíno Zamora). Instituto Nacional de Ciencias Penales. Tirant lo Blanch. México 2018.

AMBOS, Kai. Fundamentos y ensayos críticos de Derecho Penal y Procesal Penal. Palestra, Lima Perú, 2010.

AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique. Teoría de los Derechos Humanos. Editora Jurídica Grijley, Perú, 2001.

AGUILERA Rafael, ORTEGA Santiago, LÓPEZ SÁNCHEZ Rogelio. Estudio Preliminar. (Luigi Ferrajoli Derechos Fundamentales Democracia Constitucional y Garantismo). Ediciones Jurídicas AXEL, Bogotá Colombia.

AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique. Teoría Política del Estado Constitucional. Editorial Porrúa, México, 2011.

AGUILERA PORTALES Rafael Enrique; GONZÁLEZ CRUZ, Joaquín. Políticas Democráticas de Seguridad Pública. Colección Altos Estudios No.29, México, 2011.

AGUILERA Rafael, ORTEGA Santiago, LÓPEZ SÁNCHEZ Rogelio. Estudio Preliminar. (Luigi Ferrajoli Derechos Fundamentales Democracia Constitucional y Garantismo). Ediciones Jurídicas AXEL, Bogotá Colombia.

AGUILERA PORTALES, Rafael & HERRERA MÁRQUEZ, Alma Delia. Igualdad y Discriminación Múltiple. Edit. Esfera Pública S.A. De C.V., 2016, México.

AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique & GONZÁLEZ CRUZ, Joaquín. Políticas democráticas de Seguridad Pública. Criminalidad, participación ciudadana y Administración Pública. Colección Altos estudios No.29, Res Pública, México, 2011.

AGUILERA PORTALES, Rafael; LÓPEZ SÁNCHEZ, Rogelio Et al. Un Modelo Democrático para la Enseñanza de los Derechos Humanos en México. En (La enseñanza de los Derechos Humanos). Coord. Rafael Aguilera Portales, Monterrey México, 2009.

AGUILERA PORTALES, Rafael. Concepto y Fundamento de los Derechos Humanos, Implicaciones político-jurídicas en el Constitucionalismo del Estado de Nuevo León. Colección Altos Estudios No.18, Monterrey, México 2010.

AGUILERA PORTALES, Rafael, Adriana Ortiz Ortega, Et all. Democracia, Derechos Humanos y Violencia de Genero. Coord. Aguilera Portales Rafael. Edit. Fontamara, Nuevo León, México 2011.

AGUILERA PORTALES, LÓPEZ SANCHEZ ROGELIO, Et al. *El Uso Legítimo de la Fuerza Pública y la Garantía de los Derechos Humanos. (Impunidad, crisis de legalidad y seguridad pública).* Lazcano Garza Editores, S.A., Monterrey México, 2012.

AGUILERA PORTALES, RAFAEL, ORTEGA GOMERO SANTIAGO, BECERRA RUBÉN, Et al. *Neoconstitucionalismo, Democracia y Derechos Fundamentales.* Edit. Porrúa, México 2010.

AGUILERA PORTALES, Rafael, SÁNZ BURGOS, Raúl, SAHUÍ MALDONADO, ALEJANDRO, Et al. *Las Transformaciones del Derecho, el estado y la Política en el Nuevo Contexto Global.* Centro de Investigaciones Jurídicas y Criminológicas. Oficio Ediciones, México, 2010.

ALLER Germán. *El Derecho Penal en peligro.* Maver editor, 1ra edición abril 2008, Argentina.

ALVAREZ CONDE, Enrique; FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela; NUÑO GÓMEZ, Laura. *Estudios Interdisciplinarios sobre Igualdad.* Coord. María Dolores Cancio Álvarez. 2da.edición. 2011.

AMBOS, Kai. *Sobre los Fines de la Pena al Nivel Nacional y Supranacional.* Revista de Derecho Penal y Criminología, 2^a Época., No.12 (2003) UNED.

ANDREU Federico, ANTKOWIAK Thomas, AYALA, Carlos, Et al. *Convención Americana sobre Derechos Humanos.* Programa de estado de Derecho para Latinoamérica. Fundación Konrad Adenauer. Editores Christian Steiner y Patricia Uribe. República Federal de Alemania. Impreso en Panamá, 2015.

ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier. *Dignidad Humana presupuesto Fundamental de los Derechos Humanos (coord. Rafael Aguilera Portales).* *Derechos Fundamentales y Dignidad Humana.* México, Ed.2016.

AQUILINO, Jorge Ignacio. *El Estado de Derecho Latinoamericano. Integración Económica y Seguridad Jurídica.* En Iberoamérica. Ed. Universidad Salamanca, 2003, España.

BELZU ALARCÓN, Francisco. *Luces y Sombras de los Procedimientos Penales en América Latina. La Detención Preventiva como Imposición anticipada de la Sanción Penal. La Gravedad del delito en la aplicación de la detención preventiva como medida cautelar.* Autores varios INEJ 2016, Managua, Nicaragua.

BENAVENTE CHORRES, Hesbert. *El Amparo en el Proceso Penal Acusatorio y Oral.* Edit. Flores, Tercera Edición 2014, México.

BINDER, Alberto M. *Justicia Penal y Estado de Derecho.* Dirección Editorial Dr. Rubén Villela, Argentina 1993.

BINDER, Alberto M. *Introducción al Derecho Procesal Penal.* 2da edición actualizada, Buenos Aires Argentina.

BINDER, Alberto M., GADEA NIETO, Daniel, ALAVAREZ GONZALEZ, Daniel, Et. Al. Derecho Procesal Penal. (Coord. Medrano Claudio Aníbal, Taveras Canaán, De Jesús Rafael y Sarah Veras Almanzár) José Saúl Escuela Nacional de la Judicatura ENJ. República Dominicana, 2006.

BJÖRN Arp. Código de Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Björn Arp (ed), Textos Universitarios Derecho UAH, Madrid, España, 2010.

BORRAJO, Iniesta. Cuadernos de Derecho Público, núm.10, mayo-agosto.

BURGOA O., Ignacio. Las Garantías Individuales. Edit. Porrúa, primera edición 1944, Copyright 2013, México.

CÁRDENAS RIOSECO, Raúl F. La Presunción de Inocencia. Edit. Porrúa. México. 2003.

CÁRDENAS GRACIA, Jaime. La Argumentación como Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México. 2007, México.

CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl. Derecho Penitenciario. 4ta edición, Edit. Porrúa, México. 2005
CARBONELL, Miguel. Los Derechos Fundamentales en México. Edit. Porrúa. México 2004.

CARBONELL, Miguel, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, PELAYO MOLLER, Carlos M. ZEPEDA LEUCONA, Guillermo R. La Nueva Justicia Penal. Centro de Estudios Jurídicos Carbonell, México, 2016.

CAMPOS PEDROZA, Víctor. Teoría Pura de los Derechos Humanos. La eterna lucha entre la luz del conocimiento y la obscuridad del mito. Edit. Flores, 2018.

CHÁVEZ SOLERA, Carlos Alberto; HIDALGO MURILLO, José Daniel. Temas de Derecho Procesal Penal. Editec Editores S.A., Desamparados, Costa Rica.

CHIASSONI, Pierluigui. Los Postulados del Modelo Garantista. Ediciones Jurídicas AXEL. Bogotá Colombia.

DE RAMÍREZ, Raquel & RAMÍREZ BASTIDAS, Yesid. Principialística Procesal Penal. 2da Ed, ediciones Doctrina y Ley LTDA, Colombia.

DE RAMÍREZ, Raquel; RAMÍREZ BASTIDAS, Yesid. Principialística Procesal Penal. 2da Ed, ediciones Doctrina y Ley LTDA, Colombia.

DE KONINCK, Tomas, ANSÁTEGUI ROIG, Francisco Javier, DEL REAL ALCALÁ J. Alberto, Et al. Dignidad Humana presupuesto Fundamental de los Derechos Humanos (coord. Rafael Aquilera Portales). Tres acepciones fundamentales de la dignidad humana. México, Ed.2016.

DEL REAL ALCALÁ, J. Alberto. Sobre la Noción de Dignidad Humana. Derechos Fundamentales y Dignidad Humana. (Coord. Rafael Aquilera Portales). México, Ed.2016.

DIDIER, María Marta. El principio de igualdad en las normas jurídicas. Marcial Pons, España 2011.

DUCE J, Mauricio. Prisión Preventiva en América Latina. Enfoques para Profundizar el Debate. Centro de Estudios de Justicia de las Américas. CEJA, Santiago, Chile. 2013.

FERRAJOLI, Luigi. Derechos y Garantías. La ley del más débil. Editorial Trotta, octava edición 2016.

FERRAJOLI, Luigi. El Paradigma Garantista. Filosofía Crítica del Derecho Penal. Edit. Trotta. Nápoles 2018.

FERRAJOLI, Luigi "Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. Edit. Trotta. Madrid, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. "El derecho penal mínimo." Poder y control, número 0 de 1986m p 24 (1986).

FERRAJOLI, Luigi, GASCON, Marina, ANDRÉS, Ibáñez Perfecto, Et al. Garantismo y Derecho Penal. CoorD. Juan Oberto Sotomayor Acosta. Edit. Temis. Bogotá Colombia. 2006.

FERRAJOLI, Luigi. Derechos Fundamentales, Democracia Constitucional y Garantismo. Ediciones Jurídicas Axel, Colombia 2016.

FERNANDEZ-GALIANO, Antonio & DE CASTRO CID, Benito. Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho Natural. Edit. Universitas S.A., 3ra ed, 1999, España.

FIORAVANTI, Maurizio. Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones. Edit. Trotta, segunda edición 1998, Madrid.

FUENTES RODRIGUEZ, Armando Alonso. Derecho Procesal Penal Panameño. Colombia 2010

GARCÍA RICCI, Diego. Estado de Derecho y Principio de Legalidad. Texto sobre Derechos Humanos. México 2011.

GARCÍA ANDRADE, Irma. Sistema Penitenciario Mexicano Retos y Perspectivas. Edit. Sista. México, 1989.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. La Reforma Penal Constitucional (2007-2008) ¿Democracia o

Autoritarismo? Edit. Porrúa. México. Cuarta edición, 2010.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Justicia Penal (Estudios). Edit. Porrúa, México 1982.

GARCÍA SILVA, Gerardo. El Nuevo Sistema de Justicia Penal. Fundamentos Alcances y Perspectivas. Edit. Porrúa, México, 2010.

GARNELO MARTÍNEZ. Jesús. Derecho Procesal Penal en el Sistema acusatorio y su Fase Procedimental Oral. Mitos, falacias y realidades. Edit. Porrúa, México, 2011.

GARRASTAZU, Antonio. Naturaleza Jurídica de las Medidas Cautelares. El tope de la puerta giratoria (coord. Álvaro Vizcaíno Zamora). Instituto Nacional de Ciencias Penales. Tirant lo Blanch. México 2018.

GONZÁLEZ R, Graciano Arniz. Enseñar Derechos Humanos: Oportunidad y Reto. (La enseñanza de los Derechos Humanos Rafael Aguilera Portales. coordinador). Monterrey México, Primera edición.

GÓMEZ PIEDRA, Rosendo. La Judicialización Penitenciaria en México. Edit. Porrúa, México 2006.

GÓMEZ OROZCO, José Alejandro. Nuevo Sistema Penal Acusatorio Colombiano. De la Legalización de Captura, Formulación de la Imputación e Imposición de Medidas de Aseguramiento. Librería Jurídica Sánchez R Ltda., Medellín, Colombia 2015.

HARBOTTLE QUIROZ & RIVAS LUCRECIA. Las Medidas Cautelares en el Proceso Penal Costarricense. Revista Judicial, Costa Rica, No.118, enero 2016.

HERRERA PÉREZ, Alberto. El Derecho a la presunción de inocencia. Edit. Porrúa, México 2012.

HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. La Tutela de los Derechos Fundamentales. 1ed San José Editorial Juricentro, San José, 1990.

HERNANDEZ ROMO-VALENCIA, Las Garantías del Inculpado. La detención, La defensa adecuada, La libertad bajo caución, el derecho a ofrecer pruebas, Naturaleza y causa de la acusación. 2da edición, Edit. Porrúa, México, 2012.

HERRERA ORTIZ, Margarita. Manual de Derechos Humanos. Edit. PAC, S.A. de C.V., 3ra ed. México.

HIDALGO MURILLO, José Daniel. Debido Proceso en el Derecho Procesal Penal. Editorial Flores. Impreso en México, 2019.

HIDALGO MURILLO, José Daniel. Medidas Cautelares. En el derecho Procesal Penal. Edit. Flores. México, 2017.

HORVITZ LENNON María Inés; LÓPEZ MASLE, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, 2002.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. Derecho penal del Enemigo. Edit. Hammurabi s.r.l., Buenos Aires, Argentina, 2007.

JIMÉNEZ CAMPO, Javier. Derechos fundamentales. Concepto y garantías. Edit. Trotta 1999.
LARA ESPINOZA, Saúl. Las Garantías Constitucionales en Materia Penal. Edit. Porrúa, México, 1998.

LEÓN OLEA, Bernardo María. La Puerta Giratoria Antes de Llegar al Juez. En Las Medidas Cautelares el tope a la puerta giratoria (Coord. Álvaro Vizcaína Zamora). Instituto Nacional de Ciencias Penales. Tirant lo Blanch. México 2018.

LONDOÑO AYALA, Cesar Augusto. Principio de Proporcionalidad en el Derecho Procesal Penal. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá Colombia, 2012.

LONDOÑO JIMÉNEZ, Hernando. De la Captura a la Excarcelación. 3ra ed., Edit. Temis S.A., Bogotá, 1993.

MANCILLA OVANDO, Jorge Alberto. Las Garantías individuales y su aplicación en el proceso penal. Séptima edición, edit. Porrúa, México, 1997.

MARÍN GONZALES, Juan Carlos. Medidas Cautelares Personales en el Nuevo Código Procesal Penal Chileno. Revista de Estudios de la Justicia No.1, 2002, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

MARTÍNEZ FERRO, Hernán. Los principios de la legitimidad política (Ferrero y los genios invisibles de la ciudad). Revista Diálogo de Saberes. ISSN 0124-0021 Julio-Diciembre de 2009.

MATEU CARBONELL, Juan Carlos. "Reflexiones sobre el abuso del Derecho penal y la banalización de la legalidad." Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos 1 (2001).

MATURANA MIQUEL, Cristián; MONTERO LÓPEZ, Raúl. Derecho Procesal Penal. Tomo I, 2da edición Edit. Albeledo Perrot, Chile 2012.

MARÍN GONZALES, Juan Carlos. Medidas Cautelares Personales en el Nuevo Código Procesal Penal Chileno. Revista de Estudios de la Justicia No.1, 2002, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

MARÍN GONZALES, Juan Carlos. Medidas Cautelares Personales en el Nuevo Código Procesal Penal Chileno. Revista de Estudios de la Justicia No.1, 2002, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

MEINI IVÁN. Teoría Jurídica del Delito en el Sistema Penal Acusatorio Panameño. Edición de textos y estilo. Editora Novo Art, S.A., impreso en Colombia. 2012

MEDINA CUENCA, Arnel. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla México. ISSN 1870-2147, Vol.1, Núm. 19 (2007).

MENDOZA BREMAUNTZ, Emma. Derecho Penitenciario. Edit. McGraw-Hill Interamericana Editores S.A. de C.V., México 1999.

MÉNDEZ PAZ, Lenin. Derecho Penitenciario. Edit. Oxford University Press, México, 2008.

MILANESE, Pablo. El moderno derecho penal y la quiebra del principio de intervención mínima. Obtenido de Sitio Web de la Facultad de Derecho de la Universidad de Fribourg, 2004.

MONTERO AROCA, Juan. La Ciencia del Derecho durante el Siglo XX. Universidad Nacional Autonoma de México. Colección: estudios Doctrinales, No.198, México 1998.

MORALES MARTÍNEZ, Johnny. El Derecho de Igualdad Ante la ley. Edit. Flores, México, 2018.

MUÑOZ ALATORRE, Isaac. La Supervisión de las Medidas Cautelares. En ¿Columna Vertebral del Derido Proceso? Las Medidas Cautelares el tope a la puerta giratoria (coord. Álvaro Vizcaína Zamora). Instituto Nacional de Ciencias Penales. Tirant lo Blanch. México 2018.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoría General del delito. Edit. Tirant Lo Blanch, 2ed. Valencia, 1991.

MUÑOZ CONDE, Francisco. De la Tolerancia Cero al Derecho Penal del Enemigo. INEJ 2009, Nicaragua.

NINO, Carlos Santiago. Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis, filosófico, jurídico y político de la práctica constitucional. 3ra reimpresión, Edit. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos aires 2005,

NOVOA MONTREAL, Eduardo. Causalismo y Finalismo en Derecho penal. Edit. Juricentro.

ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. La Individualización de la pena de prisión. Edit. Porrúa, México 2003.

OCHOA ROMERO, Roberto Andrés. Justicia Penal y Colaboración con la Autoridad. Editor

Ángel, México 2006.

OJEDA BOHÓRQUEZ, Ricardo. *La Nueva Amparo Penal. La Nueva Ley de Amparo frente al Procedimiento Penal acusatorio Oral y los Derechos Humanos. Jerarquía constitucional y debido proceso.* Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2014

PADILLA Sabrina; XOCHILTL, Lisbeth. *Delincuencia Organizada, Lavado de dinero y terrorismo. El derecho penal del enemigo y la restricción de los Derechos Humanos en el Neoliberalismo Jurídico.* Edit. Flores. México 2015.

PADILLA, José R. *Derechos Humanos y Garantías Constitucionales.* Edit. Porrúa. México. 2da. 2012.

PARMA, Carlos. Roxin o Jakobs *¿Quién es el enemigo en el derecho penal?* Ediciones Jurídicas Andrés Morales.

PALACIOS MOSQUERA, Luis Bladimir. *Límites Temporales a las Medidas de Aseguramiento en el Proceso Penal.* Grupo editorial Ibáñez. Bogotá Colombia, 2016
webmail.grupoeditorialibanez.com.

PALAZZO Francesco. *Principio de la Última Ratio e Hipertrofia del Derecho Penal.* Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Salamanca Cuenca, 2001.

PATIÑO ARIAS, José Patricio. *Nuevo Modelo de Administración Penitenciaria.* Editorial Porrúa, 2010, México.

PECES BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Los Derechos del Hombre 1789. Reflexiones en el Segundo centenario de la Declaración Francesa.* Anuario de Filosofía del Derecho VI (1989), 57-128, Madrid.

PEDRAZA JAIMES, Miguel Ángel. *La Detención Preventiva en el Sistema Penal Acusatorio.* Ediciones jurídicas Andrés Morales. 2da ed. 2010, Bogotá Colombia.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La Seguridad Jurídica.* 2da ed. Ariel Derecho.

PÉREZ PORTILLA, Karla: *Principio de Igualdad Alcances y Perspectivas. El Derecho de Igualdad Ante la ley.* Universidad Autónoma de México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación México, 2005, México.

PELÁEZ FERRUSCA, Mercedes. *Derechos de los Internos del Sistema Penitenciario Mexicano.* Ciudad Universitaria México D.F., 2000.

POLAINO-ORTS, Miguel. *Derecho Penal del enemigo: desmitificación de un concepto.* Edit. Grijley, Perú, 2006.

POZA CISNEROS, María; CARRASCO, Luis Mario. *Sentencia Penal.* Estudios de Derecho

Judicial.

PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl, ARROYO Luis, Raúl Zaffaroni, SAAVEDRA ALESSANDRI, Pablo, Et al. Panorama Internacional sobre justicia penal sobre justicia penal, política Criminal, derecho penal y criminología. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados Séptimas Jornadas sobre Justicia Penal. México 2007.

QUINTANA ROLDÁN, Carlos F; SABIDO PENICHE, Norma D. Derechos Humanos. Edit. Porrúa. 2da edición. México. 2001.

RAMÍREZ GARCÍA, Hugo Saúl & PALLARES YABUR, Pedro de Jesús. Derechos Humanos. Oxford University Press. México, 2012.

RAMÍREZ ROA, Luis Arturo, HERRERA PEREZ, Jairo Henrique, HIDALGO MURILLO, José Daniel. Et al. El Debido Proceso como un Derecho Humano. (Coord. Sergio Cuarezma, Luis Canales y Edwin Duarte) Edit. Hispamer. Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ).

RICHANI SELMAN, Samer. Principios y garantías del Sistema Penal Acusatorio Panameño. Editorial Nomos S.A., impreso en Colombia, Edicion Sijusa, 1ra edición 2018.

RIVERA MONTES DE OCA, Luis. Juez de Ejecución de Penas la Reforma Penitenciaria Mexicana del siglo XXI, 2003. Edit. Porrúa, México.

RIVERO EVIA, Jorge. El derecho penal del enemigo: ¿Derecho penal de la globalización? Repercusiones en México en la lucha contra el crimen organizado. Edit. Academica Española. Alemania 2011.

RIPOLLÉS DÍEZ, José Luis. "El bien jurídico protegido en el Derecho penal garantista." *Jueces para la democracia* 30 (1997).

ROBLES PLANAS, Ricardo, SANCHEZ –OSTIZ GUTIERREZ, Pablo. La Crisis del Derecho Penal Contemporáneo. Colección Justicia Penal. Edit. Atelier, Barcelona 2010.

RODRÍGUEZ, Javier Llobet. Acceso a la Justicia y Derechos Humanos en Panamá. Módulo Autoformativo. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José Costa Rica.

RODRIQUEZ NAVARRO, Walter Javier. La detención diez conocimientos básicos. Edit. Flores. México 2016.

ROJAS AMANDI, Víctor Manuel. Ronald Dworkin y Los Principios Generales del Derecho. Edit. Porrúa, México, 2007.

ROUSSEAU, Staat. Und Gesellschaft. "Contrat Social" traducido y comentado por Weigend, 1995.

ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal. Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina 2001.

RUBIO ANTELIS, Lucio Alfonso. Estudio de la Presunción de Inocencia y el Arraigo en el Sistema Penal Acusatorio. Edit. Flores, México 2017.

RUSCONI, Maximiliano. Las Fronteras del Poder Penal. Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires-Madrid 2005.

RUSSO, Eduardo Ángel. Teoría General del Derecho En la modernidad y en la Posmodernidad. Tercera edición. Edit. Lexis Nexis Albeledo –Perrot, Buenos Aires Argentina.

RUBIO ANTELIS, Lucio Alfonso. Estudio de la Presunción de Inocencia y el Arraigo en el Sistema Acusatorio Penal. Edit. Flores. México 2017.

SALAZAR, Pedro. Una aproximación al concepto de legalidad y su vigencia en México. en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 9.

SALINAS GARZA, Juan Ángel. Tutela Judicial Efectiva. Una visión constitucional y convencional de la teoría del proceso. Edit. Novum, México 2016.

SAMANIEGO SANTAMARÍA, Luis Gerardo, Et al. Catálogo de los Derechos Fundamentales en México: Su Necesario Desarrollo en las Constituciones de las Entidades Federativas. Coord. Rafael Aguilera Portales en (La enseñanza de los Derechos Humanos). Monterrey México, Primera edición.

SÁNCHEZ SANTANA, José Antonio. La Potestad Sancionadora de la Comisión Europea. La Presunción de Inocencia, el Principio "Nemo Tenetur Prodere Seipsum" y los Derechos de Defensa en la Jurisprudencia del TJUE. REDCE. Año 8. Núm.15. Enero-junio/2011.

SÁNCHEZ-VERA, GÓMEZ-TRELLES Javier. Variaciones sobre la Presunción de Inocencia. Análisis funcional desde el Derecho Penal. Colección derecho penal y criminología, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2012.

SÁNCHEZ ZEPEDA, Rodolfo. El Juez Federal Especializado en Medidas Cautelares. Edit. Porrúa, México, 2010.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. La expansión del Derecho Penal. 2da. Edición, Madrid, Ed. Civitas, 2001.

SILVA MEZA, Juan; SILVA GARCÍA, Fernando. Derechos fundamentales. Edit. Porrúa. México 2013.

URRUTÍA MEJÍA, Hernando & CUESTAS HOYOS, Francisco. La Detención y la Prisión Domiciliaria. Ediciones Doctrina y Ley LTDA: Bogotá, Colombia 2009.

VALADEZ DÍAZ, Manuel. Medidas Cautelares. Edit. Flores, México, 2018.

VALLETTA, María Laura. Diccionario Jurídico. Valletta Ediciones S.R.L., Buenos Aires Argentina, 1999.

VÉLEZ MARISCONDE, Alfredo. Derecho Procesal Penal, Tomo I, 2da edición, edit. Ejea, Buenos Aires Argentina. 1986.

VIZCAÍNO ZAMORA, Álvaro. La Puerta Giratoria una de las principales fallas en el Sistema de Justicia Penal. Diagnóstico y Solución. En las Medidas Cautelares. El tope a la puerta giratoria (coord. Álvaro Vizcaíno Zamora). Instituto Nacional de Ciencias Penales. Tirant lo Blanch. México 2018.

YACOBUCCI, Guillermo J. El Sentido de los Principios Penales. Su naturaleza y Funciones en la Argumentación Penal. Edit. Ábado de Rodolfo de Depalma, Buenos Aires, Argentina, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Derecho Penal. Parte General. 2da ed. Buenos Aires Argentina, librería Temis S.A., Ediar, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El enemigo en el Derecho Penal. Ediar, Buenos Aires Argentina, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El humanismo en el derecho penal. Colección Vanguardia En Ciencias Penales No.10, Instituto de Formación Profesional, México 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, MOLINA FERNANDEZ, Fernando, Et al. Temas Actuales en la Dogmática Penal. Colección el saber Penal. Gupo Edit. Ibáñez. Bogotá Colombia, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Et al. Documentos Penales y Criminológicos. Coord. Luzón peña, Diego-Manuel, Pedraz Peñalva Ernesto y Sergio J. Cuarezma Terán. Volumen 1-año 2001.

ZAMORA GRANT, José. La Víctima en el Nuevo Proceso Penal Acusatorio. Universidad Nacional Autónoma de México, 2014, México.

ZARAGOZA HUERTA, José. El Sistema Penitenciario Mexicano. Edit. Omar Lazcano Garza. México 2009.

ZARAGOZA HUERTA, José. “El Nuevo Sistema Penitenciario Mexicano. De la Justicia Retributiva a la Justicia Restaurativa”, Tirant Lo Blanch México. Edit. Omar Lazcano Garza. México 2012.

INSTRUMENTOS JURIDICOS

Constitución Política de la República de Panamá. Edit. Mizrachi & Pujol.

Constitución Política de la República de Panamá. Gaceta oficial No.25176 de 15 de noviembre de 2004.

Constitución Política de la República de Panamá de 1941.

Constitución Política de la República de Panamá de 1972

Compendio de Acuerdos de la Corte Suprema de Justicia de Panamá. Sobre el Acceso a la Justicia de la Poblaciones en Condición de Vulnerabilidad. Panamá 2017. Editora Sibauste. Panamá 2017.

Ley 55 de 30 de julio de 2003 “Reorganiza el sistema penitenciario”. República de Panamá.

Convención Interamericana Sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares. Departamento de Derecho Internacional, OEA.

Manual de Seguimiento de Medidas Cautelares. Ministerio Público. Procuraduría General de la Nación. Oficina de Implementación del Sistema Penal Acusatorio de la Procuraduría General de la Nación. 2017.

Resolución No.28 de 5 de junio de 2017. “Por medio de la cual se adopta el Manuel de Seguimiento de Medidas Cautelares del Ministerio Público”. Ministerio Público. Procuraduría General de la Nación.

WEBGRAFÍA

[www.Cidh.org>countryrep](http://www.cidh.org/countryrep)

www.cidh.oas.org/annualrep/2006sp/Brasil12001sp.htm

<http://www.cidh.org/countryrep/AccessoDESC07sp/Accessodesci-ii.sp.htm>

<http://www.mingob.gob.pa/sistemapenitenciario/propuesta-de-clasificacion/>

<http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/articulos/18.pdf>

https://procurement-notices.undp.org/view_file.cfm?doc_id=134366

http://mastor.cl/blog/wp-content/uploads/2018/02/Rawls_Teoria_de_la_justicia_cap_1-2.pdf

<https://www.redalyc.org/pdf/2110/211015573007.pdf> pag.2

Link:file:///C:/User/8-874-711/

CASE%20OF%20PIERSACK%20v.%20BELGIUM%20%20[Spanish%20Traslation]%20summary%20by%20the%20Spanish%20Cortes%20Generales.pdf

Link:file:///C:/Users/8-874

711/Downloads/CASE%20OF%20%DE%20CUBBER%20v.%20BELGIUM%20-%20[Spanish%20Traslation]%20summary%20by%20the%20Spanish%20Cortes%20General
es.pdf

Https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_36.pdf

<Https://www.redalic.org/pdf/885/88500704.pdf>

<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0001.pdf>

https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf

<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp>

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=41297

https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Coleccion_de_Derecho_Penal_TomolII.pdf

<http://www.aldf.gob.mx/archivo-72f5a70c1aea7d6491dca24e12fd1fa8.pdf>

<https://www.cidh.oas.org/PRIVADAS/reglasminimasnoprivativas.htm>

Web. <https://www.rigobertopareds.com/es/que-es-la-detencion-preventiva>

<https://www.organojudicial.gob.pa>

<https://panama.justia.com/federales/constitucion-politica-de-la-republica-de-panama/titulo-iii/capitulo-60/>

<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/298206.pdf>

<http://www.globaleducationmagazine.com/cultura-de-paz-no-violencia/>

https://www.prensa.com/impresa/panorama/poblacion-practica-voluntariado_0_4912008844.html

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2923963>

https://www.transparency.org/files/content/pages/CPI_2018_Executive_summary_web_ES.pdf

En Dialnet-LosDerechosEnLaDeclaracionDe1789-1985289.pdf