

EN TORNO A LA REFORMA PROCESAL*

CARLOS E. MUÑOZ POPE
Profesor de Derecho Penal
Universidad de Panamá

SUMARIO: I. Introducción. II. El Tribunal de Apelaciones y Consultas del Circuito de Panamá. III. Funcionario de Instrucción e Incidente de Controversia. IV. La Detención Preventiva. V. Consideraciones Finales.

I. INTRODUCCION

La reforma penal panameña(1), actualmente en su etapa final, ha llegado a un estado en el cual es menester hacer un alto en el camino y volver a replantearnos algunas cuestiones fundamentales, tales como su razón de ser y objetivos.

Hoy, después de la elaboración de los anteproyectos de códigos penal y judicial en 1970, existe la opinión mayoritaria en el sentido de llevar hasta su final la labor emprendida en 1969 por el Gobierno Nacional cuando se designó una "Comisión Codificadora".

* Artículo publicado en la Revista Lex, No.22 de enero-abril 1982, Revista del Colegio Nacional de Abogados de Panamá, Panamá, 1982.

¹ La reforma penal no debe limitarse a la legislación penal sustantiva o adjetiva, pues en sentido amplio abarca también la reforma de la ejecución penal como bien hemos señalado anteriormente. Al respecto véase nuestro trabajo La reforma penal panameña en el homenaje a J. Antón Oneca publicado en el ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, Madrid, Tomo XXXIV, Mayo-Diciembre 1981, págs. 691 y siguientes.

Las viejas estructuras penales y procesales, repetidas veces denunciadas por la doctrina, jurisprudencia y práctica forense, exigen un cambio radical.

El Código Penal de 1922, todavía vigente, no es más que una versión mal elaborada del código italiano de 1889, que en 1922 tomamos del proyecto colombiano redactado por JOSE VICENTE CONCHA en 1912⁽²⁾.

La aprobación del nuevo Código Penal por parte del Consejo Nacional de Legislación es inminente. La clase forense espera con expectativa la aprobación del texto revisado entre 1976-1978 que, en definitiva, sigue los lineamientos del Proyecto elaborado en 1970 por ROYO.

El nuevo Código Penal requerirá de un nuevo procedimiento penal, de modo que se establezca con toda precisión los mecanismos procesales necesarios para dar vigencia a las instituciones que el código sustantivo contiene.

En ningún caso debe entrar en vigencia el nuevo Código Penal si no existe un procedimiento que traduzca en realidad lo dispuesto en aquél. De otra forma, la ingente labor desarrollada desde 1970 para dotar al país de una legislación penal mas humana será estéril.

Ya es tiempo de que el Estado se ocupe también de los problemas que afectan a ese sector marginado de la sociedad que llamamos "delincuentes", de modo que le ofrezca a los mismos un mínimo de atención y no los abandone luego de la comisión de un delito, pues esas personas en ningún caso, pierden

² El proyecto elaborado por Concha en 1912 fue adoptado por nuestro legislador de 1922 como Código, con los mismos errores y defectos que hablan en el texto colombiano y sin introducirle mayores modificaciones que no fueran el suprimir algunos artículos del texto colombiano.

La tradición legislativa patria ha sido constante en este sentido, pues nunca ha sido elaborado en Proyecto de Código Penal que no sea tomado casi *fielmente* de un texto extranjero.

la condición de seres humanos y merecen un mejor trata del que actualmente reciben.

Es de desear que la nueva legislación sea aprobada pronto por parte del Excelentísimo Señor Presidente de la República quien, en unión de otros distinguidos abogados, es uno de los pilares del movimiento codificador a punto de culminar positivamente.

Las consideraciones que ahora exponemos tratan algunas cuestiones muy concretas, dignas de ser reconsideradas al momento de aprobar el nuevo procedimiento penal y la organización judicial en la esfera penal.

II. EL TRIBUNAL DE APELACIONES Y CONSULTAS DEL CIRCUITO DE PANAMA

A) LEGISLACION VIGENTE

Existe en el circuito judicial de la provincia de Panamá el denominado "Tribunal de Apelaciones y Consultas de lo Penal", al que pertenecen todos los jueces de circuito del ramo penal de la provincia.

En la actualidad forman parte del referido tribunal siete (7) jueces de circuito que actúan en sala de tres (3) o en pleno, como tribunal de apelaciones y consultas, aunque su misión está reducida fundamentalmente a ser tribunal de segunda instancia de los jueces municipales del Distrito de Panamá del ramo penal.

Hasta hace unos años la escasa cantidad de negocios penales a nivel del circuito judicial de la provincia de Panamá permitía la existencia de sólo

cinco (5) jueces penales, que por derecho propio integraban el Tribunal de Apelaciones y Consultas del Circuito de Panamá, ramo penal.

La diferencia cuantitativa que resulta del aumento del número de jueces que integran el referido tribunal ha significado un enorme retraso en la actuación del Tribunal de apelaciones y consultas, toda vez que en el mismo es necesaria la intervención de sus siete (7) miembros al momento de considerar las sentencias que llegan en grado de apelación.

Esta situación se ha visto agravada en los últimos años, cuando diversas rotaciones y traslados de jueces han exigido que proyectos de fallos, elaborados, después de meses, y en ocasiones, después de uno y dos años, deben ser devueltos al juzgador ponente en la decisión de segundo grado, una y dos veces, toda vez que el autor del proyecto ha dejado de ser el juez titular del juzgado que funcionaba, en virtud del respectivo reparto, como ponente en la apelación.

Quizás estas demoras, en ningún caso imputables a los titulares de dichos despachos, no serían tan prolongadas si en el Tribunal de segunda instancia no interviene un crecido número de jueces.

B) EL PROYECTO DE CODIGO JUDICIAL

En el Proyecto del Código Judicial actualmente en discusión en el Consejo Nacional de Legislación se sigue la misma regulación antes expuesta a propósito del Tribunal de Apelaciones y Consultas.

En efecto, el referido proyecto en su art. 171 dispone que "En cada uno de las Provincias en donde funcionen dos o más Jueces de Circuito, "éstos reunidos constituirán un Tribunal de segunda instancia, que se denominará

Tribunal de Apelaciones y Consultas". Ese mismo artículo, más adelante dispone que en la provincia de Panamá los jueces de circuito "que conocen del ramo Penal, constituirán otro Tribunal de Segunda instancia, que se denominará Tribunal de Apelaciones y Consultas de los Penal".

Vemos, en consecuencia, que la situación prevista en el Proyecto de Código Judicial es prácticamente igual a la legislación vigente, cuyos defectos e inconvenientes hemos destacado en el apartado anterior.

C) CONSIDERACIONES DE "LEGE FERENDA"

En estos momentos, dado el enorme volumen de casos existentes en segunda instancia en el Tribunal de Apelaciones y Consultas del circuito de Panamá, es necesario la creación de un tribunal que se dedique exclusivamente a funcionar como tribunal de segundo grado, de modo que ayude a descargar a los jueces de circuito de Panamá, de este enorme peso que indudablemente ,afecta negativamente al desenvolvimiento adecuado de tales despachos, ya que así puede prestársele mayor atención a los negocios que tramitan en primera instancia los jueces de circuito.

La composición del nuevo tribunal no debería exceder de cinco (5) miembros, que actuarían en salas de tres (3) cuando se trate de autos y en pleno cuando conozcan de las sentencias.

De esta forma, aunque el número de jueces de circuito penales de Panamá aumente, por obvias necesidades, evitaríamos que el Tribunal de Apelaciones y Consultas deba integrarse por nueve (9), diez (10) o más miembros.

III. FUNCIONARIOS DE INSTRUCCION E INCIDENTE DE CONTROVERSIA

A) LEGISLACION VIGENTE

De acuerdo con lo estipulado en el artículo 2021 del Código Judicial vigente, la instrucción sumaria de todos los delitos está a cargo de los "funcionarios de instrucción", ya que son estos funcionarios los encargados de realizar todas las diligencias propias para comprobar la existencia del cuerpo del delito y averiguar la identidad de los delincuentes o culpables.

La etapa sumarial implica una actuación tendiente a investigar todos los pormenores relacionados con el hecho punible investigado, ya que la finalidad principal del procedimiento penal es investigar los delitos y descubrir y juzgar a los delincuentes.

Es por esta razón que la etapa sumarial, generalmente a cargo de jueces de instrucción en el derecho comparado y de los agentes del Ministerio Público en Panamá, implica que la actuación del funcionario de instrucción (sea Personero, Fiscal o Procurador General) queda encaminada exclusivamente a la realización de medidas necesarias, propias y conducentes para la consecución del fin antes indicado.

Es evidente que será una diligencia propia en todo sumario por el delito de lesiones personales la comprobación por parte del Medico Forense, o de quien haga sus veces, de la entidad de las mismas ya que es preciso establecer con toda claridad y precisión el lugar donde se encuentran, si son o no perceptibles a simple vista, si son o no permanentes, su extensión, naturaleza, efectos y el tiempo necesario para la curación de las misma.

En sentido inverso, serán diligencias inconducentes a la investigación de un delito de usurpación o falsificación de marcas de fábrica, el determinar la

cantidad de ejemplares o unidades de la marca usurpada que han sido objeto de transacciones comerciales, o el examen de los libros de contabilidad de la Empresa para determinar la ganancia obtenida en la comercialización de los mismos, etc., puesto que ello es indiferente para la existencia de este delito.

Es indudable que este tipo de determinaciones únicamente podrían ser relevantes en una demanda civil en la que se pretende reclamar la indemnización por daños y perjuicios.

Hay delito de lesiones personales si la incapacidad concedida al sujeto lesionado es mayor de veinte (20) días; no habrá delito si la incapacidad es de uno (1), cinco (5), diez (10) días o veinte (20) días. Existirá uso indebido o falsificación de marcas de fábrica por el hecho de alterar o falsificar un (1) solo producto, siendo indiferente la cantidad de unidades falsificadas o alteradas o la ganancia obtenida con dicha venta.

En el delito de usurpación o uso indebido de marcas de fábrica no tiene mayor relevancia que sean una (1), cinco (5), cien (100) o mil (1000) las unidades envueltas en el hecho punible, pues basta y sobra que se falsifique o altere un solo producto para que ya por ese hecho exista el delito en cuestión.

Es por ello que la actuación del funcionario de instrucción debe estar orientada en todo momento hacia la realización de diligencias oportunas y necesarias para la comprobación del delito mismo y de quienes son los responsables de éste. Creo que a ningún funcionario de instrucción se le ocurriría en la investigación de un delito de hurto ordenar la práctica de una diligencia para determinar cómo hizo el perjudicado para adquirir el bien mueble que le ha sido sustraído (compra al contado, a plazos, donación, etc.) pues, sin duda, ello es indiferente para la comprobación de hecho delictivo

investigado (en este caso, hurto) ya que basta y sobra demostrar la preexistencia y propiedad de la cosa hurtada para continuar la investigación hasta su final.

Los agentes del Ministerio Público (Procurador General, Fiscales y Personeros) en la etapa sumarial se convierten en verdaderos jueces de instrucción, ejercen una actividad de índole netamente jurisdiccional en esta etapa(3) y no deben abusar de la naturaleza de la augusta misión que desempeñan (4).

La Ley, sin embargo, prevé los mecanismos necesarios para combatir lo que puedan ser considerados como excesos de los funcionarios de instrucción al consagrar un mecanismo para la impugnación de sus órdenes durante el desarrollo del sumario respectivo.

En efecto, mediante un incidente de controversia el afectado por una medida ordenada por el funcionario de instrucción puede recurrir ante la autoridad jurisdiccional competente en el asunto de que se trata para promover la revocación de la medida cuestionada. Tal remedio para los afectados por una decisión del funcionario de instrucción está consagrado en el artículo 2021d del Código Judicial(5).

³ Panamá es uno de los pocos países que carece de verdaderos jueces de instrucción, quienes actuarían en el sumario más no en el plenario.

⁴ No es este el momento y lugar para analizar la conveniencia o Inconveniencia de atribuir al Ministerio Público la función de Instruir sumarios y ser acusadores en el Plenario. Sobre el particular véase: Francesco CARNELUTTI, Cuestiones sobre el proceso penal, ("Poner en su puesto el Ministerio Público"). EJE, Trad. S. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1961, ps. 211 y sgts. (especialmente 216-217).

⁵ El artículo 2021d del Código Judicial vigente a la letra dispone lo siguiente: "Artículo 2021d, Toda controversia que surja entre el agente del Ministerio Público, como funcionario de Instrucción, y el sindicado o acusador, la resolverá el tribunal competente para conocer de la causa, mediante Incidente que ante él será propuesto por la parte interesada. Esta disposición se aplicará a todos los casos en que el sindicado o el acusador considere lesivos a sus Intereses cualquier acto, mandato u orden del agente del Ministerio Público".

Lamentablemente, salvo la regulación contenida en el artículo antes citado, nada más señala nuestra legislación al respecto. Ello ha dado margen, en algunos casos, para que algunos funcionarios de instrucción (fiscales o personeros) intenten realizar la, medida que les ha sido impugnada a través de un incidente de controversia y ejecutan la orden sin importarles la existencia del incidente de controversia en su contra.

Siendo esta la situación, de qué vale entonces que la Ley permita oponerse a las pretensiones de funcionario de instrucción si el incidente de controversia no suspende la ejecución de la medida impugnada? O lo que es igual, para qué sirve el incidente de controversia si los funcionarios de instrucción no tienen sobre ellos ningún tipo de control durante el desarrollo de sumario?

B) EL PROYECTO DE CODIGO JUDICIAL

En el Proyecto de Código Judicial actualmente en discusión en el seno del Consejo Nacional de Legislación se sigue, grosso modo, la misma regulación de la función de instrucción por parte de los agentes de Ministerio Público y que reproduce, a propósito de los incidentes de controversia, la misma solución prevista en la legislación vigente.

El artículo 1982 del Proyecto de Código Judicial dispone que "La instrucción sumaria por delitos de competencia de los tribunales ordinarios de justicia corresponde a los agentes del Ministerio Pública como funcionarios de instrucción". Y más adelante el mismo proyecto dispone en su artículo 1984 que "Toda controversia que surja entre el agente del Ministerio Público, como funcionario de instrucción y el imputado, su defensor o el acusador, si lo

hubiere, la resolverá el tribunal competente para conocer del proceso, mediante incidente que antes él proponga el interesado".

El proyecto sólo dedica un artículo, que casi no dice nada, a esta importante cuestión, sin que se señale algunos otros extremos de singular importancia y que no deben quedar remitidos a los incidentes en materia de procedimiento civil, que supletoriamente rigen si no hay en el procedimiento penal una disposición específica.

C) CONSIDERACIONES DE "LEGA FERENDA"

Estimamos que es necesario que en el nuevo Código Judicial se señale, entre otros aspectos, lo siguiente:

1. La existencia de un plazo para interponer válidamente el incidente de controversia contra el agente del Ministerio Público (que podría ser de uno (1) a dos (2) días).
2. Los requisitos que debe cumplir el propio incidente (Objetivo, razones en que se funda, etc.).
3. La suspensión de la medida impugnada mientras no se resuelva el incidente de controversia.
4. La concesión del recurso de apelación contra el fallo del tribunal de la instancia en el efecto devolutivo.

De esta forma, la presentación de incidente de controversia implicaría una suspensión de la medida impugnada mientras la autoridad jurisdiccional no se pronuncie al respecto.

Esta relación, por muy amplia que parezca, no debe propiciar la paralización de todos los sumarios puesto que la relación aquí sugerida tiene por efecto proteger a los sujetos que intervienen en el sumario frente a los poderes del funcionario de instrucción, más nunca busca implantar mecanismos para dilatar la investigación sumarial ni fomentar la impunidad de los delitos.

Solamente, para concluir, habría que decidir si se impide o no que mediante la presentación de incidente de controversia se enerve la orden de detención dictada por el funcionario de instrucción contra el sindicado. Nosotros nos pronunciamos por que se prohíba la presentación del incidente contra tal medida, puesto que contra ella existen otros mecanismos (solicitud de fianza de excarcelación, solicitud de libertad provisional, y "habeas corpus" por ejemplo), que pueden dejarla sin efecto.

IV. LA DETENCION PREVENTIVA

A) LEGISLACION VIGENTE

De acuerdo con el Código Judicial (art. 2091), para que proceda la detención preventiva del sindicado es menester que se trate de un delito sancionado con pena de reclusión⁽⁶⁾ o prisión ⁽⁷⁾ y que en contra del mismo exista la declaración de un testigo hábil, aunque no se haya escrito todavía, o un indicio de que es autor, cómplice o encubridor del hecho que se investiga, o que el funcionario que decreta la detención le haya visto cometer el hecho o que el sujeto sea sorprendido in fraganti.

⁶ La reclusión es una pena privativa de libertad que oscila entre 30 días y 20 años. Supone una ejecución más grave que las otras penas privativas de libertad (art. 18 del Código Penal).

⁷ La prisión es una pena privativa de libertad que oscila entre 30 días y 18 años. Su ejecución es más bendiga que la "reclusión" (art. 19 del Código Penal).

También procede la detención preventiva en algunos casos en donde la sanción privativa de libertad prevista es arresto⁽⁸⁾. Así, por ejemplo, cuando se trata de los delitos de homicidio y lesiones culposos.

La detención preventiva o provisional del sujeto no debe durar más allá del tiempo necesario para la instrucción sumarial, según dispone el propio Código Judicial.

El Código no señala expresamente el término máximo de duración de la misma, pero si tomamos en cuenta que el sumario debe ser perfeccionado en el plazo de dos meses, implícitamente se puede considerar que dicho plazo condiciona el término de duración de la misma detención preventiva.

La legislación procesal vigente dispone que mientras que el detenido no rinda declaración indagatoria debe mantenersele incomunicado, incomunicación que cesará tan pronto rinda declaración indagatoria.

La amplitud de la regulación reseñada ha permitido que se prive de libertad por meses, y hasta por uno o dos años, a personas que luego son sobreseídas o absueltas por los tribunales de justicia, sin que exista ningún fundamento jurídico en la legislación para exigir y obtener la reparación del daño causado.

Y esto es muy importante en nuestro medio ya que se ha demostrado que más del 80 % de los sujetos detenidos preventivamente son sobreseídos o absueltos después de uno o dos años de privación de libertad, pues la desmesurada amplitud de la normativa citada da margen para tan anómala situación.

⁸ La pena de arresto es una pena privativa de libertad que oscila entre 30 días y 5 años. Se ejecuta en condiciones muy especiales frente a penas de mayor gravedad como las anteriores.

No es este, sin embargo, el momento oportuno para discutir sobre la conveniencia o inconveniencia de tal medida de tipo cautelar. Recordemos, no obstante, que ya CARRARA en 1872 denunciaba la "inmoralidad del encarcelamiento preventivo"(9), ya que, como bien anotaba el Maestro de Pisa, "por sospechas que suelen ser falaces, se originan trastornos en las familias y se priva de libertad a ciudadanos, con frecuencia de buena conducta, que en un sesenta por ciento son declarados inocentes al término del proceso o del juicio"(10).

B) EL PROYECTO DE CODIGO JUDICIAL

El Proyecto de Código Judicial regula de una manera amplia el instituto de la detención preventiva, al que dedica la sección 1 a. del Capítulo VI, Título II del Libro Tercero (arts. 2124 a 2140).

Tomando en cuenta que el nuevo Código Penal sólo trae una modalidad de pena privativa de libertad (la prisión), el Proyecto de Código Judicial dispone que sólo cuando se compruebe la existencia de un hecho punible sancionado con prisión o cuando el sujeto sea sorprendido in fraganti se decretará la detención preventiva del sujeto.

De esta forma queda excluida la detención preventiva de los sindicados por delitos que sean sancionados con pena de días-multa, pues en estos casos sólo procede comunicarle al sujeto la prohibición de ausentarse del lugar donde se instruye el sumario o se desarrolle el juicio.

⁹ Francesco CARRARA, *Opúsculos de Derecho Criminal*, Temis, Tomo IV, Bogotá, 1976, pág. 225.

¹⁰ *Ibidem*.

Además, es preciso añadir que también procede la detención preventiva cuando la misma sea necesaria para la práctica de alguna diligencia o para asegurar la persona del sindicado o proteger a otras personas.

El **auto** que ordena la detención preventiva deberá contener fundamentalmente expresión del hecho imputado, mención de los elementos probatorios allegados para la comprobación del hecho punible e indicación de los elementos probatorios que figuran en el proceso contra la persona cuya detención se decreta.

Esta es, en esencia, lo medular de la regulación que el Proyecto trae de la detención preventiva.

C) CONSIDERACIONES DE "LEGE FERENDA "

Estimamos que es necesario reformar la regulación de la medida en virtud de la cual al sujeto sindicado de un delito sancionado con pena de día-multa no se le permita ausentarse del lugar donde se instruye la causa o donde se desarrolle el proceso.

No debemos perder de vista que esta medida puede resultar tan perjudicial como la misma detención del sujeto, ya que de este modo se le niega la posibilidad de ausentarse del territorio donde se ventila el negocio respectivo sin la autorización correspondiente, cuando al sujeto que goza del beneficio de excarcelación bajo fianza no se le impone igual prohibición, por lo cual puede transitar libremente por todo el territorio nacional.

Estas consideraciones nos obligan a plantear la necesidad de modificar la regulación de la detención preventiva y sus reglas conexas en el Proyecto de Código que pronto se convertirá en ley de la nación.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Luego del estudio que antecede tenemos que concluir que la regulación de los temas aquí tratados no es la más correcta en el Proyecto de nuevo Código Judicial.