

## EL ROL DE LA DEFENSA PENAL EN LA AUDIENCIA DE MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES



**Juan Antonio Kuan Guerrero**  
Segundo Vicepresidente del Colegio Nacional de Abogados  
República de Panamá  
jkuangue@hotmail.com

Fecha de recepción: 01/02/2018

Fecha de revisión: 15/02/2018

Fecha de aceptación: 08/03/2018

### RESUMEN

El tema de las medidas cautelares personales en el nuevo proceso acusatorio panameño, rompe paradigmas en cuanto a quien es la autoridad competente para ello y el rol que viene a desempeñar la defensa en la audiencia donde se debate la aplicación de las mismas. De ahí que resulte de trascendental importancia el conocimiento claro de los temas sobre los cuales se argumentará y contra argumentará en la respectiva audiencia, para el éxito de la labor de una defensa material y efectiva, en búsqueda de una decisión acorde con los estándares internacionales en materia de restricción de la libertad de personas vinculadas a procesos penales.

**Palabras clave:** Medidas Cautelares Personales, Necesidad, Justificación, Proporcionalidad, Excepcionalidad, Libertad Personal.

### THE ROLE OF CRIMINAL DEFENSE IN THE HEARING OF PERSONAL PRECAUTIONARY MEASURES

#### ABSTRACT

The issue of personal precautionary measures in the new Panamanian adversarial process breaks paradigms as to who is the competent authority to do so and the role is to play defense at the hearing where the application of the same debate. Hence, it is of paramount importance clear understanding of the issues on which he argued and counter argued in the respective hearing for the success of the work of a substantive and effective defense, seeking a decision in line with international standards concerning restriction of freedom of people linked to criminal proceedings.

**Keywords:** Personal Precautionary Measures, Necessity, Justification, Proportionality, Exceptionality, Personal Liberty

## INTRODUCCIÓN

Uno de los principales problemas identificados del sistema inquisitivo y qué debían abordarse para ser objeto de reforma, era el uso excesivo de la detención preventiva como medida cautelar personal. Ello obedecía a varios factores, por un lado, el hecho de que fuese el mismo fiscal que instruía la causa quien investigaba, formulaba cargos y decidía la medida cautelar a aplicar al imputado, era ineludiblemente el más grave de ellos, una evidente concentración de funciones y poder en un mismo ente, Ministerio Público, era el condicionante principal para que se diera este abuso. El hecho de que no existiesen controles jurisdiccionales con respuestas en tiempos razonables agravaba las consecuencias de las decisiones adoptadas por los fiscales. Finalmente, al no existir un contradictorio inmediato ni ejercicio de defensa oportuna antes de que se adoptara la decisión, implicaba que el imputado carecía totalmente de oportunidades reales de defenderse frente a la adopción de medidas cautelares, toda su defensa en todo caso era luego de dictada la decisión, y como indicamos antes, sus respuestas no eran inmediatas ni en tiempo razonable.

El nuevo proceso acusatorio panameño, parte de una regla esencial, toda decisión que afecte derechos fundamentales debe tener un control jurisdiccional, aplicado al debate sobre la restricción de la libertad del imputado, esta solo puede ser adoptada por un Juez, en audiencia, respetando el contradictorio y el derecho a defensa.

El cambio sustancial sobre este aspecto, estadísticamente ha representado un giro en el balance sobre la aplicación de medidas cautelares y permite hacer una comparación sobre el uso de la detención provisional a partir de la implementación del proceso acusatorio en nuestro país, respecto del años inmediatamente anterior a su implementación donde regía aún el proceso inquisitivo.

De acuerdo a fuentes del Órgano Judicial, podemos observar que en general, mientras estaba vigente el proceso inquisitivo la detención preventiva representaba entre un 60 a un 65 % de las medidas cautelares aplicadas, por tanto, solo un 35 a un 40% correspondía al uso de medidas cautelares distintas a la detención. Sin embargo, al implementarse el proceso acusatorio los números cambiaron. Ahora entre un 25 a un 30% representa casos donde se aplicó la detención provisional, y entre el 70 y el 75% representa el uso de medidas distintas a la detención.

Tal y como vemos, los números se invirtieron, y es importante destacar el por qué?, primero que ya las medidas cautelares no las dicta el fiscal, debe éste solicitarla y sustentarla ante un Juez de Garantías, ello conlleva que el fiscal hace un análisis previo de en que casos, tiene realmente elementos para justificar la necesidad de aplicar la medida más grave, por ende, no siempre que la pena se lo permita, solicita detención provisional, y en esa misma línea, aún en los casos donde la pida, no siempre se la conceden, ello ha impactado positivamente en la disminución de detenidos provisionalmente.

Por otro lado, tenemos que, al ser debatida la aplicación de las medidas cautelares personales en audiencia, bajo los principios de contradicción, oralidad y respeto del derecho a defensa, la participación del defensor en el acto de audiencia, le permite rebatir y contra argumentar los planteamientos del fiscal, antes de que se adopte la decisión, cosa que no ocurría antes.

Finalmente, el hecho de que sea un tercero imparcial, el Juez de Garantías quien luego de escuchar a las partes litigantes, fiscal y defensa, sobre sus argumentos a favor y contra de la aplicación de las medidas cautelares personales, valida la intervención jurisdiccional en estos casos donde se decide sobre la restricción de la libertad personal, quien al final pondera y decide si es viable o no su restricción y de que manera se hará, según el catálogo de medidas que contempla nuestra legislación procesal penal.

No podemos dejar de señalar, que el procedimiento oral y concentrado garantiza una respuesta inmediata en el acto de audiencia, además, en caso de inconformidad con la decisión, el recurso de apelación se surte de igual manera de forma oral y en corto plazo, donde se obtiene la decisión del Tribunal Apelaciones al concluir la audiencia.

Todos estos aspectos, son importantes para los efectos de la Defensa Penal, pues el proceso es más dinámico, concentrado, imparcial y oportuno en sus decisiones, que han de responder a un respeto y tutela de derechos fundamentales.

## **I. EL CONTENIDO TEMÁTICO DE LA AUDIENCIA DE MEDIDAS CAUTELARES.**

Algo que debemos establecer claramente en el proceso acusatorio, es el tipo de audiencia a la que nos avocamos y cual es el objeto de debate en ella, para sobre esa temática centrar puntalmente nuestros argumentos o contraargumentos. Ello implica presentar nuestro alegato de manera ordenada y contemplando los aspectos facticos, jurídicos y probatorios en que lo respaldamos.

Entendamos que se puede *“definir a las medidas cautelares como aquellas restricciones que impone el juez al imputado, en torno al ejercicio de determinados derechos constitucionales, sobre la base de indicios que permiten hablar, por un lado, de un periculum libertatis, reflejado tanto en el riesgo de frustración procesal como de peligrosidad procesal del imputado, y por otro lado, de un fumus bonis iuris, esto es, la presencia de hechos aparentemente delictivos que se le atribuyen al imputado.”***(BENAVENTE CHORRES, Hesbert, La Investigación Judicial y el Control de Convencionalidad en el Proceso Penal: Concepto y Modalidades. Editorial Bosch Procesal, 2012, página 393)**

Frente a una audiencia de medidas cautelares personales la temática a debatir girará sobre los siguientes puntos: a) Reglas de Procedibilidad, b) Existencia de Exigencias Cautelares, c) Tipo de Medida a aplicar, y en caso de solicitar la medida más grave de detención provisional,

debe además contemplar: d) Requisitos especiales de procedibilidad y e) Justificación de la Excepcionalidad de su uso en el caso concreto. Este contenido temático nos permite tener un orden lógico que sirve a todos los intervinientes en la audiencia, para que el fiscal plantee y sustente su posición, asimismo el defensor estructure y sustente su oposición y para que finalmente el Juez de Garantías dicte su decisión. Incluso de recurrir una de las partes en apelación, sobre este índice temático girara la audiencia al examinar la decisión del juzgador a - quo.

*“En la audiencia d solicitud de imposición de medida de aseguramiento se presenta un mínimo y necesario debate de ineludible controversia probatoria entre el Estado y la defensa, tendiente de un lado a demostrar, el Estado, al juez de control de garantías, por intermedio de la Fiscalía General de la Nación, la existencia de los requisitos y condiciones para imponer la medida, y de la otra, la defensa (material o técnica), a demostrar, al juez de control de garantías, que el Estado, por intermedio de la Fiscalía General de la Nación no demostró que se cumplan con los requisitos ni condiciones para imponer la medida de aseguramiento. Pero no obstante hay que tener muy en cuenta que no se trata de hacer ni un juicio de valor o de desvalor acerca de la conducta realizada, ni mucho menos un reproche de responsabilidad.”* (FIERRO MENDEZ, Heliodoro, **Control de Garantías del Proceso Penal Acusatorio, Ediciones Doctrina y Ley, 2007, página 286**)

## **II. ESTRUCTURA DE LOS ALEGATOS DEL MINISTERIO PÚBLICO.**

### **A. POR QUÉ ANTICIPAR LOS ARGUMENTOS DEL FISCAL.**

A sabiendas que el objeto de la audiencia y su contenido temático está definido normativamente, y conociendo previamente el contenido de la carpetilla fiscal, es dable al defensor anticipar las ideas centrales en que el Ministerio Público estructurará sus argumentos. Es recomendable identificar las fortalezas y debilidades de la investigación en ese momento para de esa misma forma poder estructurar el argumento de oposición de la defensa.

En ellos nos ayuda el orden lógico que hemos identificado antes, sobre todo porque normalmente sobre este orden lógico examina los argumentos el juez para adoptar sus decisiones. Por ende, haremos un breve examen de lo que se debe esperar del argumento del Ministerio Público, que nos permita luego anticipar argumentos de oposición, así como en escucha activa durante la audiencia, identificar falencias o inconsistencias que fortalezcan y favorezcan el argumento de la defensa.

### **B. ORDEN NATURAL DEL ARGUMENTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.**

#### **b.1 Sustentación de cumplimiento de las Reglas de Procedibilidad y Exigencias Cautelares.**

Estas reglas están contenidas en el artículo 222 del CPP y su examen busca determinar

en un primer momento, si es viable o no la aplicación de medidas cautelares en el caso concreto, aún sin que necesariamente se identifique cual o cuales de ellas se solicitan.

Los puntos que contempla el 222 del CPP son los siguientes:

**1. Si existen medios probatorios demostrativos del hecho punible y la vinculación del imputado con el hecho.**

Al analizar este punto es dable hacer un examen de los elementos de convicción probatorio acopiados en la carpetilla de investigación que permiten establecer que estamos en presencia de un hecho punible, así como de la vinculación del imputado. Normalmente sobre este particular, se respaldan en que previamente se ha dado por formulada la imputación ante el Juez de Garantías y en base a ello consideran que lograr sustentar fácilmente este requisito.

Recomendamos poner mucha atención por parte de la defensa para identificar aquí aspectos que inciden en que tan real es que se tengan claridad sobre la existencia de un hecho punible, más allá de ello, si concurren aspectos dogmáticos que incidan en la ponderación de los hechos e incidan en una calificación jurídica más precisa. Por ejemplo, que la acreditación del hecho punible sea endeble, que se trate de un delito no consumado y por tanto en grado de tentativa, que la vinculación del imputado sea débil o que su participación sea compatible con una complicidad secundaria, que su hipótesis de defensa radique en que hay dudas si el hecho realmente es punible o no, si la persona actuó bajo alguna eximente, sea de antijuridicidad o culpabilidad. Todo esto pueden incidir en el juicio de proporcionalidad para ponderar que tipo de medida debe aplicarse al caso concreto.

Puede que se trate de un delito grave, que contemple penas mínimas de cuatro años de prisión, que sea evidente que estamos ante un hecho punible, pero que los elementos de vinculación sean endebles, y en consecuencia, no resulte proporcional la aplicación, por ejemplo de la detención provisional.

**2. Si la medida es necesaria, en cuanto a la naturaleza y el grado de las exigencias cautelares requeridas en el caso concreto.**

Cuando llegamos a este numeral, se requiere analizar si concurren al caso concreto uno o más exigencias cautelares que hagan necesaria la aplicación de medidas que las minimicen. Para hacer este análisis debemos remitirnos al artículo 227 del CPP que contempla las razones o motivaciones que justifican en el caso concreto la necesidad de aplicar medidas cautelares personales.

El Código Procesal Penal contempla en el artículo 227, las siguientes exigencias cautelares:

“Cuando el imputado se dé a la fuga o exista peligro evidente de que intenta hacerlo.

Normalmente el Ministerio Público arguye que el hecho de ser previamente imputado por un delito con penas de prisión altas, ello de por sí, es motivación suficiente para que el imputado se de a la fuga. También suelen indicar qué si se han imputado varios delitos, ello por sí solo es constitutivo de peligro de fuga. El uso de argumentaciones abstractas, frases pre elaboradas sin concreción al caso en debate, es común.

Nuestra recomendación será siempre poner mucha atención a los argumentos esgrimidos, a efecto de capitalizar la falta de una adecuada fundamentación del argumento fiscal, que no sería compatible con la exigencia normativa del numeral 1 del 227 del CPP, que exige ya sea o que el imputado se haya dado a la fuga o que exista peligro evidente de que pretenda hacerlo. Sobre este punto resulta importante acreditar el arraigo sobre lo cual profundizaremos en el alegato de defensa.

**Cuando existan motivos graves y fundados para inferir que el imputado puede destruir o afectar medios de prueba.** Requiere sustentar el Ministerio Público, que existe una necesidad apremiante de resguardar la recolección de evidencias o medios de prueba, y que frente a ello, se deben tomar medidas que garanticen su no afectación. Al igual que en el punto anterior, suelen usarse argumentaciones abstractas, no específicas ni concretas. Fíjese que la norma habla de motivos graves y fundados que permitan una inferencia que debe ser razonable, sobre concluir que se pueden destruir o afectar medios de prueba.

Aquí podemos indicar primariamente que es cuestionable que se argumente esta exigencia cautelar en aquellos casos de aprehensiones en flagrancia donde no haya necesidad de mayores investigaciones adicionales, o cuando los elementos de prueba ya han sido recabados, o cuando sea imposible fácticamente poder destruirlos o afectarlos.

**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.** Sobre este particular, suelen indicar la existencia de organizaciones criminales en casos de delitos relacionados con drogas o blanqueo de capitales, por ejemplo, sin que ello sea óbice cuando identifican que la persona ya sea por estar reseñada o condenada previamente por delito de pandillerismo, vivir en un sector donde funciona alguna organización criminal o mediante informes de inteligencia policial que lo vinculan a la misma.

También al igual como referimos sobre el peligro de fuga, se apoyan en el hecho de la imputación previa, y el caso de que se le hayan imputado varios delitos a un imputado. Asimismo, el hecho de tener antecedentes penales, es usado como un elemento para fortalecer el argumento fiscal.

Recomendamos rescatar y tener en cuenta lo que explicamos sobre el 222 numeral 1, puede que sea imputado por varios delitos, pero que tanto se ven respaldadas esas imputaciones por elementos de convicción probatoria, contratando siempre con ello el estado de inocencia.



De la misma forma examinar el sustento de su supuesta vinculación a una organización criminal y como ello se contrasta con la vinculación a hecho por el cual es objeto de investigación. Finalmente es insubsistente que una persona sea catalogada y prácticamente sancionada por tener antecedentes penales. Hay que contrastarlo con la investigación actual y los elementos de su vinculación a este caso concreto.

**Cuando existan razones fundadas para inferir peligro de atentar contra la víctima o sus familiares.** En este caso el Ministerio Público se ampara en la naturaleza del delito, cercanía familiar o vecinal del imputado con la víctima, o el comportamiento antes, durante o después de la ocurrencia del hecho.

Recomendamos una adecuada escucha activa a fin de identificar en el alegato fiscal argumentos abstractos que carezcan de concreción y respaldos que la sustenten. Nótese que la norma habla de razones fundadas no sospechas subjetivas y abstractas, de ahí entonces que surja la obligación de tener verdaderas razones que justifiquen estas inferencias sobre peligro hacia la integridad de la víctima o sus familiares.

**3. Si es proporcional a la naturaleza del hecho y a la sanción que se estime podría ser impuesta al imputado.**

Los requisitos antes examinados se conjugan en el análisis de este numeral, donde se hace una ponderación de los elementos probatorios que hacen referencia al hecho punible y vinculación del imputado con el mismo, así como la existencia y/o gravedad de la o las exigencias cautelares que concurren en el caso concreto, bajo el prisma del principio de proporcionalidad, a efecto de considerar la justificación en la aplicación de medidas restrictivas de la libertad y cuál de ellas, según el catálogo contemplado en el artículo 224 del CPP. Todo ello correlacionado la sanción que podría serle impuesta en caso de condena, donde inciden como ya hemos indicado antes aspectos dogmáticos de trascendencia e impacto en los rangos de pena a aplicar.

**4. Si la afectación de los derechos del acusado es justificada por la naturaleza del caso.**

Es importante que se justifique la necesidad de afectar el derecho fundamental de la libertad del imputado frente al caso concreto, correlacionando los criterios contemplados en todo el artículo 222 en concordancia con el 227 del CPP. Recordemos que la afectación de los derechos fundamentales debe ser la excepción y que la protección y prevalencia de la libertad debe ser en principio la regla, por tanto, ha de sustentarse adecuadamente la aplicación de medidas cautelares de acuerdo a las circunstancias del caso y la persona del imputado en concreto.

## **b.2 Sustentación del Tipo de Medida Cautelar Aplicable distinta a la Detención Provisional.**

Una vez se han examinado las reglas de procedibilidad junto con las exigencias cautelares y determinado que es necesario y justificado aplicar medidas cautelares en el caso concreto, se debe ahora ponderar cual de ellas resulta proporcional e idónea, dentro del catálogo que las enumera en el artículo 224 del CPP.

Las medidas cautelares que contempla nuestro Código Procesal Penal son 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 a 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.

Como estamos analizando la sustentación del Ministerio Público en caso de solicitar medidas distintas a la detención provisional, nos circunscribiremos primero a esta ponderación.

Hemos hecho énfasis en las exigencias probatorias de elementos de convicción respecto del hecho punible y la vinculación del imputado, asimismo, el grado de las exigencias cautelares que concurren en el caso concreto, todo ello conjugado en la aplicación del principio de proporcionalidad y justificación para identificar cual es o son las medidas más idóneas.

El criterio fiscal comúnmente es dirigido a ser muy restrictivo en caso de delitos que atenten contra bienes jurídicos considerados de mayor valor, asimismo tienden a ser mas flexibles cuando se trata de delitos cuya lesividad no es de mayor gravedad.

Recomendamos en estos casos ponderar el caso de manera objetiva y determinar en todo caso que medida o medidas pueden lograr satisfacer las exigencias cautelares que se



hallen justificadas y que al mismo tiempo sean lo menos restrictivas posibles a la libertad del imputado.

### **b.3 Sustentación de la Detención Provisional como medida aplicable al caso concreto.**

En aquellos casos en los que el Ministerio Público solicite como medida cautelar aplicable, la Detención Provisional, además de la sustentación de los requisitos de procedibilidad y exigencias cautelares antes revisados, debe remitirse a la sustentación de presupuestos legales adicionales, a saber:

**a) Que el delito por el cual se haya imputado contemple una pena mínima de cuatro años de prisión, salvo especiales circunstancias en delitos con pena menor.** Sobre este particular, no hay mayor cambio respecto al proceso del libro III el Código Judicial, donde también es dable y permisible poner especial atención sobre aspectos dogmáticos que puedan influir en los rangos de pena aplicables al caso concreto y que a propósito de este requisito pudieran excluir prima facie su procedibilidad. Por ejemplo, que se tratase de un delito cuya pena mínima es de cinco años, pero que el mismo no se consumó, quedando en grado de tentativa. Atendiendo las normas de punibilidad abstractas aplicables a la tentativa, tenemos que la pena mínima se ve reducida a la mitad, por tanto, es un argumento que permite sustentar la no viabilidad de la detención a menos que concurren circunstancias de especial relevancia como plantea el artículo 237 del CPP, y lo cual requeriría acreditar la existencia de tales circunstancias.

**b) Se incluye como otra exigencia cautelar a considerar, que el imputado pueda atentarse contra la vida o salud de él mismo.** En este caso corresponde al Ministerio Público, sustentar que el imputado representa un peligro para sí mismo, situación que siempre hemos cuestionado, y que, en honor a la verdad, no nos hemos topado en la práctica procesal.

**c) Justificación de la Excepcionalidad.** Ya nos hemos referido a la excepcionalidad y que la misma debe justificarse en este caso de manera doble, es decir, ya no solo basta que se justifique la necesidad de restringir la libertad personal a través de alguna medida cautelar de las contempladas en la ley, sino que además, frente a esta petición de detención provisional, se debe justificar que en el caso concreto el resto de las medidas cautelares personales no logran enervar las exigencias cautelares que concurren y que sólo la detención provisional resulta idónea a los propósitos cautelares del proceso penal.

Entendiendo además que los criterios interamericanos en materia de derechos humanos, dan cuenta que la detención provisional solo debe ser usada como última alternativa o ultima ratio, ponderando la excepcionalidad de su uso, además de reiterar que la misma no debe constituir un anticipo de pena y que debe tener un plazo razonable y definido. En el caso de nuestro país, la ley contempla que el plazo no puede exceder de un año, salvo que se trate de causas complejas, donde el plazo puede extenderse hasta tres años.

Es común que la argumentación fiscal en los casos en que solicita la detención provisional se dirija solo a sustentar la detención, sin explicar exhaustivamente la idoneidad de la misma por encima del resto de las otras medidas cautelares personales. Asimismo, se refieren a la excepcionalidad de manera abstracta atendiendo más que a situaciones concretas del caso o del imputado, a la naturaleza del delito y al quantum de la pena posible a aplicar.

### **III. ESTRUCTURA DEL ARGUMENTO DE LA DEFENSA EN LA AUDIENCIA DE MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES**

Como hemos mencionado al inicio de este documento, una de las grandes conquistas del nuevo proceso acusatorio, es que, ante la posible aplicación de medidas cautelares personales, se respeta el derecho a la contradicción y derecho a defensa, el cual se ejerce manera efectiva en al acto de audiencia donde se debate este tema frente al Juez de Garantías. Es por ello que los argumentos de defensa deben ser adecuada y lógicamente estructurados para lograr un resultado positivo a los intereses del imputado, por lo que sugerimos una estructura básica adaptable a los hechos del caso concreto y enfocados a la temática en discusión.

#### **A. Estructura básica recomendada**

**a.1 Apertura.** Tomando en consideración que la libertad personal es del derecho fundamental que se pretende afectar, nos parece oportuno para iniciar, ponderar los principios y reglas que dan valor la libertad. En éste sentido, hacer referencia a los artículos 1, 11, 12 y 221 del CPP, es fundamental. Este cuerpo de normas en su conjunto, se enfocan en la prevalencia de los principios que rigen el proceso acusatorio y que deben tomarse en cuenta al momento de la interpretación y aplicación de normas específicas, asimismo dan importancia y valor a libertad personal y a que toda norma que la afecte, debe ser interpretada de manera restrictiva, es decir, siempre dando valor a libertad y minimizar su afectación. Por otro lado, se establece la necesidad de la intervención jurisdiccional y a tomar en cuenta el carácter subsidiario, provisional, humanitario y excepcional de la afectación de libertad y sobre todo el plazo de un año en el caso de detenciones provisionales, salvo el caso de causas complejas que ya hemos indicado ut supra.

**a.2 Análisis de Presupuestos Legales.** Luego de lo anterior, debemos circunscribirnos a exponer los contrargumentos sobre los requisitos legales y exigencias cautelares, para debilitar la posición expuesta por el Ministerio Público.

#### **• Reglas de Procedibilidad y Exigencias Cautelares.**

Para ello es lo correcto seguir la lógica que ya hemos señalado para seguir un orden de exposición completo y congruente, empezando con el artículo 222 del CPP.

## **1. Si existen medios probatorios demostrativos del hecho punible y la vinculación del imputado con el hecho.**

Es la oportunidad perfecta para poder analizar a profundidad, la carpeta de investigación y los elementos de convicción probatorio que han sido incorporados, pues como hemos dicho antes, independientemente de que se haya dado por formulada la imputación, el estudio sobre la necesidad y justificación en la procedencia de aplicar medidas cautelares, y su proporcionalidad, está directamente relacionada a la fortaleza o debilidad de los mismos, respecto de la acreditación del hecho punible, como de la vinculación del imputado.

Corresponde en consecuencia cuestionar tales elementos de convicción y las conclusiones probatorias que de ellos puedan derivarse, en relación al imputado. Por ejemplo, una prueba de vinculación meramente circunstancial o indicio leve, no puede justificar una afectación a libertad personal por aplicación de varias medidas cautelares, aunque no se solicite la detención provisional. Asimismo, la falta de claridad respecto de la tipicidad de los hechos o la posible concurrencia de eximentes ya se de antijuridicidad o culpabilidad, pueden incidir de la misma manera en el tipo y cantidad de medidas aplicables.

El grado de intervención que tuvo el sujeto activo en los hechos imputados también debe ser considerado, sobre todo por los rangos de punibilidad que en todo caso debe ser tomado en cuenta en aplicación del principio de proporcionalidad, para aplicar una medida cautelar menos restrictiva, como sería en el caso de un cómplice secundario.

## **2. Si la medida es necesaria, en cuanto a la naturaleza y el grado de las exigencias cautelares requeridas en el caso concreto.**

Como ya señalamos, corresponde aquí saltar al artículo 227 del CPP para analizar y contraargumentar sobre las exigencias cautelares que haya esbozado el fiscal, tomando en cuenta que aquí juega un papel importante la escucha activa durante la audiencia para identificar en cual o cuales exigencias cautelares, justifica el Ministerio Público la necesidad de la procedencia de la restricción de la libertad, las cuales pasaremos a analizar desde perspectiva de defensa una por una.

*Y es que “en frente de la controversia sobre la presencia o no de los peligros que harían necesario el decreto de la medida, téngase en consideración que esos aspectos en la mayoría de ocasiones corresponden a aspectos cargados de subjetividad, aún cuando en el Código se enuncian diversas circunstancias para estimar cumplidos esos riesgos y peligros. Así, dígase que lo para algunos puede constituir el concepto de peligro para la comunidad por la naturaleza de la conducta investigada, para otros puede estar ausente por la carencia de antecedentes penales o porque el imputado no pertenece a ninguna organización criminal. Y en otro sentido, lo que para algunos puede representar un riesgo de fuga por tratarse de un delito castigado con pena severa, para otros puede estar ausente el riesgo al presuponer la garantía de comparecencia debido al arraigo del imputado con la comunidad.” (PEDRAZA*

**JAIMES, Miguel Ángel, La Detención Preventiva en el Sistema Acusatorio, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2010, página 139)**

• Cuando el imputado se dé a la fuga o exista peligro evidente de que intenta hacerlo. Sobre este aspecto, la defensa debe atacar categóricamente la falta de concreción de los argumentos fiscales, nótese que la norma hace referencia a dos supuestos para que se configure el peligro de fuga. O que el imputado se haya dado previamente a la fuga, o que exista peligro evidente de que intenta hacerlo, no dice que se presuma o se asuma o se sospeche que quiera darse a la fuga y desatender el proceso, taxativamente dice peligro evidente. Este adjetivo significa que debe ser claro, cierto y sin la menor duda, de acuerdo al diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, por tanto, lo que exige la norma, no es una sospecha abstracta ni subjetiva, sino un indicio indubitable de que el imputado pretende darse a la fuga.

Sostenemos que la frase “*peligro evidente*” es equiparable a “*motivo fundado*” que ha sido definido por la Corte Constitucional Colombiana en Sentencia No. C-024 de 1994 citada por el autor colombiano John Zuluaga cuando indica que hablar de motivos fundados, implica que estamos en presencia de un hecho, respaldado por elementos de convicción probatoria que permiten inferir razonablemente que la persona es autora o participe de un hecho punible. **(ZULUAGA, John, (De los Motivos Fundados para la Afectación de Derechos Fundamentales en el Proceso Penal Colombiano).** Aplicado este concepto a la situación que nos atañe, sería que la inferencia razonable nos lleve a concluir que el imputado pretende darse a la fuga.

Por tanto, no es válido decir que la posible pena a imponer o la cantidad de delitos imputados, por sí solos constituyen elemento de acreditación del peligro evidente de fuga.

Para contrarrestar esta exigencia cautelar, es necesario para la defensa acreditar oportunamente el arraigo en todas sus clases: Territorial, Familiar, Laboral y Patrimonial.

**a) Arraigo Territorial:** Nos referimos en este caso a acreditar que el imputado tiene una vinculación comprobable con el área territorial que informa como su domicilio. Este aspecto es valorado desde el primer momento cuando se le reciben los datos al imputado en la carpetilla y en su primera comparecencia ante el Juez de Garantías. Por ello es sumamente importante asesorarlo para que al serle requerida su dirección domiciliar e inclusive la laboral de tenerla, sea lo más detallada posible. Esto permite que exista mayor certeza sobre la información que luego debe ser respaldada por la defensa con la incorporación de elementos de convicción que la acrediten documentalmente, a saber: escrituras públicas de la propiedad, contratos de arrendamientos, recibos de pago de cánones de alquiler, recibos de servicios públicos prestados en el domicilio denunciado, certificaciones de autoridades administrativas, entre otras.

En aquellos casos en los que el imputado haya cambiado recientemente de domicilio, es importante acreditar la razón de ese cambio y sus domicilios anteriores, a efectos de acreditar que la persona tiene una historia de arraigo territorial en el lugar, pese a que en su residencia actual tenga poco tiempo de vivir.

**b) Arraigo Familiar:** Se trata de los vínculos familiares del imputado, donde principalmente se toma en cuenta si la persona es casada y tiene hijos, sin embargo, de la misma manera debe ponderarse otros vínculos como una unión de hecho, las relaciones paternas, maternas, fraternales, todo esto como elemento de valoración cuando no exista los primeros que hemos identificado, pues sería un error sostener que una persona por el hecho de ser soltera y sin hijos no tenga arraigo familiar. Para ello debemos servirnos de las certificaciones expedidas por el Registro Civil principalmente, así como declaraciones notariales y certificaciones de autoridades administrativas en el caso de uniones de hecho.

**c) Arraigo Laboral:** Corresponde en este caso referirnos a el trabajo que desempeña el imputado, de tal forma que se pueda identificar claramente su lugar de trabajo, su salario, jefe inmediato incluso y el tiempo que tiene de laborar en el mismo. Para ello debemos valernos de certificaciones del patrono, fichas de seguro social, carne de trabajo.

No podemos ignorar tampoco que de acuerdo a la Contraloría General de la Republica un 40% de la población, se dedica al trabajo informal no agrícola, de tal forma que el hecho de no tener un empleo formal, tampoco puede ser interpretado como ausencia de arraigo. Corresponde en este caso acreditar su forma de generación de ingresos usando documentos como avisos de operaciones, reportes bancarios, facturas de compra y venta de mercancías, cartas de referencia comercial, entre otros.

**d) Arraigo Patrimonial:** En este caso debe la defensa establecer que el imputado posee bienes muebles o inmuebles que lo vinculan al área geográfica donde se desenvuelve. Asimismo, puede tratarse de personas que son empresarias o inversores, para lo cual también las referencias bancarias cumplen un papel. Para ello debemos valernos de certificaciones de entes competentes como el Registro Público, la Dirección de Registro Único Vehicular, así como también de Estados Financieros Auditados, Certificación de Movimientos Bancarios.

• **Cuando existan motivos graves y fundados para inferir que el imputado puede destruir o afectar medios de prueba.** La defensa en este caso al igual que indicamos sobre el peligro de fuga, debe oponerse a frases abstractas de sustentación, pues es aplicable el mismo concepto de certeza objetiva que se exige para acreditar esta exigencia cautelar, máxime con lo expresa que es la norma al referirse a motivos graves y fundados, que permitan inferir la posible destrucción o afectación de los medios de prueba.

Por tanto, deben identificarse las falencias de argumentación concreta y la ausencia de motivos graves y fundados que justifiquen tal exigencia cautelar. Por ejemplo, si se tratase de un hecho donde se captura a la persona imputada en flagrancia y no existiendo más medios probatorios que acopiar, no procedería tal inferencia. Igual ocurre cuando en otras investigaciones ya la totalidad de los elementos de convicción ya han sido recolectados y por tanto no hay tal peligro de destrucción o afectación.

• **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.** Esta exigencia cautelar, resulta para la defensa altamente cuestionable, pues los métodos que se utilizan en nuestro país para supuestamente acreditar que un sujeto forma parte de organización criminal, a nuestro concepto carecen de científicidad. Por tanto, se debe cuestionar fuertemente tal aseveración y la falta de contenido científico y respaldo probatorio. En este mismo sentido, hablar de varias imputaciones es violatorio del estado de inocencia, tomando en cuenta la ligereza con se dan gran parte de las imputaciones, por lo que deben ser igualmente refutados estos planteamientos. Asimismo, la referencia a la existencia de sentencias condenatorias vigentes, no solo viola el estado de inocencia, sino que también se distancia de la línea que sigue nuestro derecho penal sustantivo, que se enfoca en un derecho penal del acto y no del autor, por lo que estos planteamientos normativos son más cónsonos con la línea de pensamiento de derecho penal de enemigo y no precisamente a una exigencia cautelar fundada y relacionada al caso concreto.

- Cuando existan razones fundadas para inferir peligro de atentar contra la víctima o sus familiares. Respecto a este numeral del artículo 227 del CPP, se usa la misma referencia o exigencia conceptual, de los dos primeros numerales, ahora bajo la frase razones fundadas respecto de un peligro hacia la víctima y sus familiares, por tanto, tampoco pretende la norma que se trate de fundamentar mediante apreciaciones subjetivas y abstractas que no logren calificar como razones o motivos fundados.

La defensa debe tomar nota detallada de las razones que haya esbozado el Ministerio Público, para poder contra argumentar y capitalizar las falencias y/o ausencias de verdaderas razones fundadas de peligro hacia la víctima o sus familiares.

### **3. Si es proporcional a la naturaleza del hecho y a la sanción que se estime podría ser impuesta al imputado.**

En este punto como defensores debemos concentrarnos conjugar los requisitos ya revisados y ponderarlos de manera conjunta, pues de ellos podremos colegir la proporcionalidad respecto a la afectación de la libertad, de manera congruente al tipo de medida que contempla la ley.

Permite a la defensa argumentar porque la libertad debe ser afectada de la manera más mínima posible, de tal forma que sea proporcional a los elementos de prueba sobre el hecho punible y la vinculación, así como el grado y cantidad de exigencias cautelares que confluyen en el caso concreto.

Entre más débiles sean los elementos de vinculación, o las exigencias cautelares, proporcionalmente debe ser menor la afectación de la libertad personal. En otro supuesto, imaginemos que el imputado en un primer momento fue objeto de detención provisional, pero en el curso de la investigación se lograr incorporar medios de prueba que logran debilitar la vinculación inicial al hecho punible, esto se verá directamente reflejado en la proporcionalidad pues ante la creación de dudas sobre la vinculación no es correcto ni proporcional mantener una medida cautelar tan grave, por ende, ello justificaría un cambio de medida.



#### **4. Si la afectación de los derechos del acusado es justificada por la naturaleza del caso.**

En la misma línea, este numeral nos lleva a hacer un análisis conjunto de todos los aspectos antes analizados, para lograr determinar si efectivamente se justifica que en el caso concreto se afecte la libertad del imputado. De manera que en la medida de la fortaleza o debilidad de los elementos que acreditan el hecho punible, la vinculación, y las exigencias cautelares, dependerá si existe o no esa justificación.

La ponderación de la proporcionalidad incide directamente en la justificación o no y por ello también, en el tipo de medida que se aplique al caso concreto, de ahí la importancia para la defensa, pues a partir de aquí puede sustentar el tipo, cantidad y en los casos que proceda, la periodicidad de la medida que se aplique.

##### **a.3 Ponderación de medidas distintas a la detención y su sustentación**

Es un hecho evidente, que el objetivo principal de la defensa es evitar que su defendido sea detenido provisionalmente, asimismo, cuando no ésta la medida solicitada por el Ministerio Público, el objetivo se dirige a que impongan a su representado las más mínimas medidas o dicho de otra manera que se restrinja lo menos posible su libertad.

Corresponde entonces hacer una ponderación del tipo o tipos de medidas solicitadas por el Ministerio Público, y contrastarlas con criterios de NECESIDAD, JUSTIFICACION, PROPORCIONALIDAD e IDONEIDAD, desde la perspectiva de defensa.

Recordemos que al analizar los requisitos y exigencias cautelares lo hicimos de manera concreta respecto de cada uno y su rol normativo, ahora corresponde trasladar ello rebatir si es el caso las medidas que pide el fiscal y a la vez sustentar la o las medidas que solicitamos en calidad de defensores.

Por ejemplo, digamos que el Ministerio Público solicite reporte una vez a la semana y usted proponga una vez cada quince días, o que usted proponga impedimento de salida del país y un domicilio específico de residencia. O frente a un caso de homicidio culposo por atropello, usted proponga la suspensión de la licencia de conducir. Es decir, su juicio de ponderación de acuerdo a los criterios señalados, debe enfocarse en correlacionarlos de tal forma que se sustente la petición de defensa en cuanto a la idoneidad de las medidas que propone, para que sean lo menos restrictivas de la libertad posible.

##### **a. 4 Oposición a la medida de detención provisional**

Ahora bien, la oposición de la defensa cuando lo que solicita el Ministerio Público es la detención provisional, definitivamente que toma en cuenta de la misma forma los criterios de NECESIDAD, JUSTIFICACION, PROPORCIONALIDAD e IDONEIDAD, al cual se le suma la EXCEPCIONALIDAD.

*“El Ministerio Público, en razón de la carga de la prueba, debe demostrar el hecho y su autoría y, respecto al imputado, que otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección a la víctima, de los testigos o de la comunidad.”* **(HIDALGO MURILLO, José Daniel, Audiencias Preliminares, Técnicas y Estrategias de Litigio en Audiencia ante el Juez de Control, Editorial Flores, 2015, página 122)**

Sin ánimos de ser repetitivo, lo que opera en este caso es poder contrarrestar los argumentos del Ministerio Público, y al mismo tiempo dar fortaleza al argumento de defensa, que se opone a la detención por no ser la medida idónea al caso concreto, por no ser necesaria, no estar justificada y mucho menos superar el criterio de excepcionalidad o última ratio.

El debate sobre si los requisitos especiales se cumplen, como la pena mínima de cuatro años de prisión o las circunstancias de especial relevancia que la justifiquen en caso de penas menores, también será parte del debate y argumentos que debe hacer el defensor.

Es oportuno y válido en estos casos igualmente, hacer referencia a los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando da relevancia a las exigencias para justificar la detención provisional y como superar el criterio de excepcionalidad.

#### **a.5 Cierre basado en la aplicación de Convencionalidad**

El cierre del alegato de defensa, es recomendable fortalecerlo con convencionalidad, es decir, hacer referencia a las normas de derecho internacional en materia de derechos humanos donde se contemple la protección de la libertad personal y la excepcionalidad de su afectación.

Los principales instrumentos internacionales sobre este particular ratificados por la República de Panamá, son la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, y la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Las referencias normativas directas de cada uno, corresponden a los artículos 7 y 8 de la Convención, el artículo 9 del Pacto, y los artículos 8, 9 y 10 de la Declaración, respectivamente.

*“En los principales instrumentos jurídicos internacionales, se aprecia una tendencia a comprometer a los Estados Parte a regular en su derecho interno, a aplicar la prisión provisional, con carácter excepcional y por causales bien definidas, como regula el apartado 3 del artículo 9 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, al definir que: La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.”* **(GOITE PIERRE, Mayda, MEDINA CUENCA,**

**Arnel, La Prisión Preventiva en América Latina, en la era de la Globalización y del Expansionismo Penal, Luces y Sombras de los procedimientos penales en América Latina, INEJ, 2016, página 208)**

Jurisprudencialmente, la Corte Interamericana al hacer referencia a estos aspectos, ha dicho: “...*que la prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática*” (Sentencia del 12 de noviembre de 1997\_Caso Suárez Rosero; Sentencia del 07 de setiembre del 2004\_Caso Tibi vs Ecuador; Sentencia de fecha 02 de setiembre del 2004\_Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay). A dicho igualmente: “...*Al respecto, este Tribunal observa que la prisión preventiva debe ceñirse estrictamente a lo dispuesto por el art. 7.5 de la Convención Americana, en el sentido de que no puede durar más allá de un plazo razonable, ni más allá de la persistencia de la causal que se invocó para justificarla. No cumplir con estos requisitos equivale a anticipar una pena sin sentencia, lo cual contradice principios generales del derecho universalmente reconocidos*” (Sentencia de fecha 02 de setiembre del 2004\_Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay).

La idea del cierre de convencionalidad es fortalecer la idea de la protección de libertad individual, su no restricción sino ceñida al debido proceso, que además implica que ello sea necesario y por tanto justificado, por lo que procede excepcional y legalmente su afectación.

#### **IV. CONCLUSIONES.**

Finalmente, a manera de conclusión, identificamos cinco puntos neurálgicos que debemos tener en cuenta en rol de defensa, cuando nos avocamos a la audiencia de medidas cautelares.

1. Es importante destacar el criterio de excepcionalidad que rige respecto de la afectación de la libertad personal, así como la excepcionalidad específica respecto de la aplicación de la detención provisional, los cuales deben ser explotados a cabalidad en los argumentos de defensa.
2. El alegato de defensa debe estar concentrado en todo momento, a refutar los criterios de necesidad, justificación, proporcionalidad e idoneidad usados por el Ministerio Público en sus peticiones, al mismo tiempo debe analizarlos y exponerlos motivadamente, pero desde la perspectiva de la defensa, para sustentar sus peticiones.
3. Se debe contraargumentar exhaustivamente sobre las exigencias cautelares en que se ha basado el Ministerio Público, sobre todo cuando no se tengan realmente motivos fundados para sustentarlas.

4. La defensa debe prepararse adecuadamente frente a la audiencia, para acreditar las condiciones de arraigo en sus diferentes clases, con la incorporación en carpetilla de los elementos de convicción probatoria que los respalden.

5. Deben ponderarse los principios procesales, la protección de la libertad personal y las normas y jurisprudencias en materia de derechos humanos que convencionalmente defienden la libertad.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARRIOS, Boris, Manual de Derecho Procesal Penal Acusatorio, Editorial Barrios & Barrios, 2016.

BENAVENTE CHORRES, Heshbert, La Investigación Judicial y el Control de Convencionalidad en el Proceso Penal: Concepto y Modalidades. Editorial Bosch Procesal, 2012.

FIERRO MENDEZ, Heliodoro, Control de Garantías del Proceso Penal Acusatorio, Ediciones Doctrina y Ley, 2007.

GOITE PIERRE, Mayda, MEDINA CUENCA, Arnel, La Prisión Preventiva en América Latina, en la era de la Globalización y del Expansionismo Penal, Luces y Sombras de los procedimientos penales en América Latina, INEJ, 2016.

HIDALGO MURILLO, José Daniel, Audiencias Preliminares, Técnicas y Estrategias de Litigio en Audiencia ante el Juez de Control, Editorial Flores, 2015.

PAVA LUGO, Mauricio, La Defensa en el Sistema Acusatorio, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2009.

PEDRAZA JAIMES, Miguel Ángel, La Detención Preventiva en el Sistema Acusatorio, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2010.

SABOGAL QUINTERO, Moisés, Las Audiencias Preliminares en el Nuevo Sistema Penal Acusatorio, Grupo Editorial Ibáñez, 2012.

ZULUAGA, John, (De los Motivos Fundados para la Afectación de Derechos Fundamentales en el Proceso Penal Colombiano.