



UMECIT

UNIVERSIDAD METROPOLITANA DE EDUCACIÓN, CIENCIA Y TECNOLOGÍA

e-ISSN: L2644-397X



PANAMÁ

CATHEDRA

REVISTA DE DERECHO

FACULTAD DE DERECHO Y
CIENCIAS FORENSES

No. 14 – Año 9 - Noviembre 2020 - Abril 2021



UMECIT
UNIVERSIDAD METROPOLITANA DE EDUCACIÓN, CIENCIA Y TECNOLOGÍA

**Universidad Metropolitana
de Educación, Ciencia y Tecnología
UMECIT**

CATHEDRA

**No. 14 – Año 9
Noviembre 2020 – Abril 2021**

La Revista CATHEDRA, revista de Derecho y Ciencias Forenses, es una publicación en formato impreso y digital, de periodicidad semestral, en la cual se divulgan artículos de investigación, ensayos o artículos teóricos relacionados con el Derecho y las Ciencias Forenses. Su Comité Editorial exige la originalidad de cada artículo sometido a consideración para su publicación.

Los trabajos presentados provienen del esfuerzo constante de la comunidad de investigadores, alumnos y docentes que integran la Universidad Metropolitana de Educación, Ciencia y Tecnología (UMECIT) y también de aquellos estudiosos del Derecho y de las Ciencias Forenses de otras instituciones nacionales e internacionales, interesados en exponer los resultados de sus investigaciones o sus reflexiones sobre temáticas del área, con la rigurosidad científica que exige una publicación arbitrada y cuyos trabajos encuadren en las políticas y normas editoriales de la revista y en correspondencia con las normativas de bioética institucional.

MISIÓN

CATHEDRA se propone contribuir al desarrollo del conocimiento a través del análisis de temáticas del Derecho y las Ciencias Forenses, para enriquecer el acervo científico y filosófico por medio de la difusión de avances y resultados de investigaciones científicas de alta calidad y pertinencia social, capaces de incidir positivamente en el desarrollo cognoscitivo de los profesionales del área.

VISIÓN

Ser una Revista arbitrada e indizada con reconocimiento mundial, caracterizada por contribuir a la consolidación de la cultura investigativa al difundir avances y/o resultados de investigaciones en el área del Derecho y las ciencias forenses.

Revista científica Indizada en Latindex

Versión electrónica disponible en: www.umecit.edu.pa

Dirección electrónica para canjes o envíos de trabajo: cathedra@umecit.edu.pa

Diagramación: Lic. Arturo Nieto Nuñez

Impresa en Color DPI, República de Panamá

Queda prohibida, sin autorización escrita de los titulares de los derechos de autor, bajo las sanciones contempladas por las leyes, la reproducción parcial o total de esta obra por cualquier medio o procedimiento, incluida la fotocopia, el procesamiento informático y la distribución de ejemplares de esta obra mediante alquiler o préstamo.



UMECIT
UNIVERSIDAD METROPOLITANA DE EDUCACIÓN, CIENCIA Y TECNOLOGÍA

AUTORIDADES UNIVERSITARIAS

Dr. José Alberto Nieto Rojas
Rector

Dra. Claudia Marcela Rueda Ossa
Vicerrectora General

Mgtra. María Piedad Nieto
Vicerrectora Administrativa

Dra. Magdy De las Salas
Directora de Investigación y Postgrado

Mgter. Mauricio Sierra
Director Académico

Dra. Merlyng Flores
Directora de Extensión

Mgtra. Britania Montenegro
Secretaria General

REVISTA CATHEDRA

EQUIPO EDITORIAL

EDITOR:

Mgter. Gino Osellame
Profesor de la Facultad de Derecho y Criminalística de la UMECIT
ginosellame@yahoo.com

COEDITORES:

Dra. Magdy De las Salas Barroso
Directora de Investigación y Postgrado de la UMECIT
direccioninvestigacion@umecit.edu.pa

Mgs. María Piedad Nieto
Vicerrectora Administrativa de la UMECIT
vicerrectoria.administrativa@umecit.edu.pa

Dr. Juan David Nieto Rueda
Relaciones Internacionales UMECIT
jdnieto@diazcastillo.com

COMITÉ EDITORIAL:

Dra. Ana Emérita de Villalaz
Profesora emérita de la Universidad de Panamá
Exmagistrada de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, Panamá

Dr. Roberto Hernández Sampieri
Universidad de Celaya, México

Dr. Antonio Rivera Cisneros
Universidad de Guadalajara, México

Dra. Nixa de Ríos
Rectora de la Universidad Tecnológica de Oteima. Chiriquí, Panamá

Dr. Próspero Posada
Fundación Universitaria María Cano, Colombia.

Mgter. Abel Augusto Zamorano
Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, Panamá

ÍNDICE

Gino Osellame

Presentación de la edición.....6

José Alberto Nieto Rojas

Editorial.....9

Ensayos

Orlando Gutiérrez Robayo, Colombia

Aplicación de la legítima defensa cómo causa de justificación en la acción policial.....11

Hilario González Ariza, Panamá

La diligencia exhibitoria como aseguramiento de prueba en el proceso civil panameño.....24

Edgar Adib García Vargas, Panamá

Los delitos contra la administración pública, en la fase de investigación del proceso penal acusatorio.....44

Carlos Isensee Rimassa, Chile

Presunciones y valoración de la prueba en relación a la Ley de Mercado de Valores, n° 18.045.....56

Stella María Escala, Panamá

El derecho administrativo, sus principios y su relación con la administración pública en el marco de la división de poderes.....68

Normas de publicación de la Revista.....75

PRESENTACIÓN DE LA EDICIÓN



Gino Osellame R.

Universidad Metropolitana de Educación, Ciencia y Tecnología
Panamá

Abogado y docente universitario

Editor de la Revista Cathedra

ginoosellame@yahoo.com

“Mis libros están siempre a mi disposición, nunca están ocupados.”

Marco Tulio Cicerón (106 AC-43 AC)

La abundancia histórica de textos jurídicos, unos de contenidos clásicos otros denominados generacionalmente, como neoclásicos, de orígenes latinos, por un lado, y por otro, el cabalgante empirismo anglosajón, son todos de vital importancia para nuestro derecho contemporáneo, el cual, se encuentra desde hace más de cuatro lustros, en franca evolución.

Nuestra generación profesional, y las futuras dependemos de esos “*hombros de gigantes*”, parafraseando al semiólogo italiano Umberto Eco.

La globalización como fenómeno, ha producido una generación de derechos que van de la mano con el desarrollo derivado del mercado. A su vez, las ciencias sociales, con su obligado proceso de investigación han desarrollado, a su vez, una suerte de nuevas normas que procuran garantizar la condición de ser humano, por encima del control social ordinario.

Así, temas como el derecho de acceso a la tecnología, la identidad de género, garantías penales, comercio electrónico, y hoy día el derecho a la salud pública en tiempos de pandemia, van tomando auge en nuestra práctica forense, y por tanto, requieren del desarrollo razonado y analítico, del derecho como ciencia, de sus contradicciones, y del debate por supuesto jurisprudencial.

Ahora bien, la doctrina en nuestro tiempo, no debe pretender convertirse en un tótem, que inanimada, transmita por generaciones, un pensamiento conformista, sino que la doctrina debe ser tan abundante, que permita el desarrollo de tesis y sus antítesis, que arrojen una verdad, por lo menos que se aproxime a los objetivos sociales y particulares, a los que responde nuestra ciencia jurídica, en aras de alcanzar un fenómeno tan variable como lo es la justicia.

Con esta breve cavilación, acerca de la verdad la conducta humana y la justicia, presento en nombre de la Universidad Metropolitana de Ciencias Educación y Tecnología (UMECIT), la Edición 14 de la Revista Cathedra, correspondiente al período noviembre de 2020 hasta abril de 2021.

Inicia la revista, como es lo acostumbrado con el editorial del Rector de UMECIT, **José Alberto Nieto Rojas**, en el cual se resalta el trabajo académico y científico constante y permanente plasmado en este medio de divulgación. Además hace referencia a los elementos de seguridad jurídica, dentro de la plataforma de gestión académico administrativa CIBERSITY.

Nuevamente, tenemos la oportunidad de presentar la contribución de autores internacionales, que acrecientan el objetivo de esta revista jurídica, consistente como es conocimiento de los lectores, en profundizar en el conocimiento del derecho y determinar en un mundo global, el rol que cumple en una sociedad, cada vez más amplia.

En este hilo de participación extranjera, contamos con el beneplácito nuevamente, de publicar un interesante ensayo en materia jurídica y forense, del penalista colombiano y también docente universitario, **Orlando Gutiérrez Robayo**, quien, basado en su vasta experiencia, realiza la investigación sobre la **APLICACIÓN DE LA LEGÍTIMA DEFENSA COMO CAUSA DE LA JUSTIFICACIÓN EN LA ACCIÓN POLICIAL**. Esta importante exposición, nos ubica si bien, en la situación de la fuerza del orden público en Colombia, con la obligada comparación de la institución armada panameña, como primer interviniente en la pugna constante de nuestro sistema procesal penal y los operativos de seguridad, en los que la actividad institucional podría lesionar el trabajo de investigación judicial, por efecto de hechos propios de la acción policial y la autodefensa del agente.

Por su parte, el conocido jurista y docente universitario **Hilario González Ariza**, nos introduce en el interesante, pero complejo mundo probatorio, precisamente, al tratar uno de los medios de pruebas que más exige rigurosidad y cumplimiento de la norma adjetiva. Así, desde su correcta petición, admisión, diligenciamiento y apreciación, el autor nos va desgranando pieza por pieza, a la diligencia exhibitoria, en su ensayo intitulado **LA DILIGENCIA EXHIBITORIA COMO ASEGURAMIENTO DE PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL PANAMEÑO**.

El jurista **Edgar Adib García Vargas**, con el tema **LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, EN LA FASE DE INVESTIGACIÓN DEL PROCESO PENAL ACUSATORIO**, nos actualiza en torno a la problemática de los delitos que en ejercicio de

sus funciones, cometen los funcionarios públicos en el desarrollo del Sistema Penal Acusatorio. Así mismo, nos deja entrever las actuaciones de quienes aparecen en un delito como tercero vinculado, bajo la figura de la complicidad del hecho criminal.

Continuando con la presencia de plumas extranjeras, desde Chile, el jurista y docente universitario, **Carlos Isensee Rimassa**, en su artículo **PRESUNCIONES Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN RELACIÓN A LA LEY DE MERCADO DE VALORES, N° 18.045.**, nos introduce en materia probatoria y nos permite entender cómo el foro chileno, ha resuelto el tema de la de la valoración de la prueba en cuanto a la posesión privilegiada de información y la función sancionadora, que legalmente tiene la Comisión de Mercado de Valores de dicho país, dentro de sus funciones administrativas de supervisión.

Para finalizar, la Magíster **Stella María Escala**, especialista en Derecho Administrativo, nos pone de manifiesto en esta edición, la importancia que reviste para esta rama del Derecho la nomoárquica o la principalística jurídica.

EDITORIAL



José Alberto Nieto

Rector de la Universidad Metropolitana de Educación, Ciencia y Tecnología, Panamá
rectoria@umecit.edu.pa

Quiero felicitar a la facultad de Derecho y Ciencias Forenses así como al comité editorial y articulistas de la revista *Cathedra* por este nuevo volumen, lo que demuestra el trabajo académico y científico constante y permanente plasmado en este medio de divulgación.

Aprovecho este espacio para contarles amigos lectores uno de los aciertos más relevantes que ha tenido **UMECIT** tras la alianza con el grupo **FUTUVER** que son autores del framework de Tramitación Electrónica Futureg, única empresa a nivel mundial que cuenta con el máximo nivel de certificación CMMI nivel 5 en su ingeniería de desarrollo, en un producto específico para registro (expedientes electrónicos). Es esta base sobre la cual se construye la plataforma **CIBËRSITY**.

La unión de fuerzas de esta alianza estratégica **UMECIT-FUTUVER** logro como resultado la mejor plataforma de gobernanza electrónica para universidades, **CIBËRSITY**; la cual hemos puesto al servicio de nuestros estudiantes desde comienzos de este año permitiendo el vínculo y el beneficio para nuestros estudiantes, docentes y administrativos sin que se vieran afectados por la parálisis ocasionada por la pandemia.

Lo primero que quiero destacar de **CIBËRSITY** es **la seguridad y certeza jurídica** que ofrece la plataforma en todos los procesos académicos administrativos que conlleva la vida universitaria, permitiendo transparencia y custodia para todos los trámites y documentos dentro de la institución. La trazabilidad es alcanzada debido a que todos los usuarios cuentan con un identificador electrónico único, esto quiere decir que toda acción que se ejecute dentro de la misma es registrada con fecha, hora, minuto, segundo y lugar. Llevando toda la trayectoria de los alumnos desde el momento 0 hasta la culminación de su carrera en una sola plataforma.

CIBËRSITY no requiere el uso de papeles para ningún procedimiento, contribuyendo con un impacto muy positivo para el medio ambiente ya que los procesos son 100% electrónicos y jurídicamente válidos a través de la ley de firma electrónica, generando un aporte importante como empresa al cumplimiento de los objetivos de desarrollo sostenible, en tan solo un año el ahorro en

el uso del papel fue de:

- 286.000+ documentos dentro del expediente de un alumno.
- 39.000+ créditos académicos.
- 3.000+ certificaciones.
- 36.000+ planillas de asistencias.
- 78.000+ planillas de calificaciones.
- 156.000+ recibos de pagos.
- 20.000+ documentos dentro de expedientes de docentes.

CIBËRSITY se convirtió en un apoyo fundamental para el sistema de gestión de calidad de **UMECIT** ya que los tiempos de respuesta se acortan y el servicio se optimiza, permitiendo una comunidad académica atendida oportunamente y dándole a esta la posibilidad de realizar trámites desde cualquier parte y recibir los documentos directo a su correo o portal para ser consultados cuando lo necesiten.

Son muchas las ventajas que ofrece esta plataforma electrónica para nuestra comunidad universitaria y hoy podemos decir que **UMECIT** es pionera como Universidad Electrónica. Esperamos seguir realizando alianzas estratégicas para desarrollar proyectos innovadores que redunden en beneficio de nuestros estudiantes y nuestra colectividad.

Estimados lectores esperamos que este nuevo número de la revista *Cathedra* sea del agrado de ustedes y nuevamente nuestra gratitud para con los articulistas nacionales e internacionales que quisieron compartir estos trabajos que vienen a continuación para ustedes.

APLICACIÓN DE LA LEGÍTIMA DEFENSA COMO CAUSA DE JUSTIFICACIÓN EN LA ACCIÓN POLICIAL



Orlando Gutiérrez Robayo

Dirección Nacional de Escuelas. Policía Nacional de Colombia
orlandogutierrez939@gmail.com

Fecha de recepción: 29/10/2020

Fecha de revisión: 30/10/2020

Fecha de aceptación: 02/11/2020

RESUMEN

El presente artículo se fundamenta en la aplicación del concepto de la legítima defensa en el desarrollo de operaciones Policiales, señalando que la aplicación amplia de esta figura, permite determinar que los servidores públicos que representan a la fuerza policial y, actúan en desarrollo de confrontaciones al usar determinadas maniobras en legítima defensa Institucional, por cuanto, los grupos armados ilegales y delincuencia organizada que delinquen, permanentemente observan actitudes hostiles, que facultan a estos servidores, a defender la Institucionalidad, sin esperar a que haya una agresión o daño físico como tal a la persona, con el fin de evitar ese daño, y así mismo evitar que se afecten los fines esenciales del Estado y los derechos que este debe proteger. Como una actuación propia del ser humano, inherente a su instinto de conservación, se tiene la legítima defensa como una rasgo innato de las personas en todos sus campos, que se ha ido transformando con el transcurrir de las épocas y los cambios que ha sufrido la sociedad, llegando al punto de requerir el cumplimiento de ciertas exigencias para hablar de su configuración dentro de un ordenamiento jurídico, para que permita eximir de responsabilidad al autor de un hecho típico o la reducción de la sanción aplicable, en el caso de no cumplir en su totalidad con tales requisitos.

Palabras clave: Principios, Legítima Defensa, Policía, Poder, Funciones

APPLICATION OF LEGITIMATE DEFENSE AS A CAUSE OF JUSTIFICATION IN POLICE ACTION

ABSTRACT

This article is based on the application of the concept of legitimate defense in the development of police operations, noting that the wide application of this figure, allows to determine that public

servants representing the Military Forces, act in the development of combats when using certain maneuvers in legitimate Institutional defense, since the illegal armed groups that criminalize, permanently observe hostile attitudes, which empower the troops, to defend the Institutionality, without waiting for aggression or physical damage as such to the person, without in order to avoid that damage, and also avoid affecting the purposes of the State and the rights that it must protect. As a performance of the human being, inherent in its conservation instinct, there is a legitimate defense as an innate trait of people in all their fields, which has been transformed with the passing of times and the changes that the society, reaching the point of requiring compliance with certain requirements to discuss its configuration within a legal system, to allow the author to be exempt from responsibility for a typical event or the reduction of the applicable sanction, in the case of not complying with its full with such requirements.

Key words: Principles, Legitimate Defense, Police, Power, Functions

INTRODUCCIÓN

Uno de los fines del presente artículo es el análisis crítico de la aplicación de la legítima defensa como causal de exoneración de responsabilidad, en el desarrollo de operaciones policiales, ampliando su percepción a la aplicación de conceptos tales como la legítima defensa institucional, llegando a la legítima defensa preventiva, amparada ésta en que la policía, radica su actividad en la protección de los principios del Estado Social y Democrático de derecho¹ pero también en sus fines por lo cual los planteamientos y reflexiones estipulados son el resultado del análisis conjunto de los postulados legales, jurisprudenciales y doctrinales sobre el tema.

El contenido en esencia representa una reflexión sobre la actividad que desempeña la Policía Nacional en el accionar operacional, y hasta que punto sus actuaciones y los resultados que de estas se obtienen en situaciones de procedimientos, están amparados por la normatividad, señalando que su actividad preventiva frente a grupos de delincuencia organizada, esta avalada por cuanto no debe esperarse a que se produzca el daño por la actividad hostil por parte de este tipo de organizaciones delictivas, sino que puede y debe actuarse preventivamente, cuando la actitud adversaria está plenamente identificada, sin que ello implique actuar por fuera del Derecho, sino por el contrario en aplicación de él.

¹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA 1991, Art. 2 ; “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la constitución; facilitar la participación de todas las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”.

En ese orden de ideas, el presente artículo pretende encaminar la visión de las autoridades judiciales que analizan casos donde miembros de la Fuerza Pública han causado la muerte en confrontaciones mostrando que la acción preventiva está amparada por el Derecho Internacional Humanitario, y así mismo dar elementos a la Policía, para ampliar el campo en el que pueden desarrollar sus operaciones para obtener ventaja y resultados exitosos frente al actuar delictivo del enemigo.

CONTENIDO

El problema surge al momento de señalar que la capacidad de actuar en legítima defensa, también radica en el Estado como Institución, sin que esta causal de exoneración de responsabilidad, se circunscriba sólo al hecho de una agresión de persona a persona, sino hasta que punto su aplicación se puede ampliar a la defensa del Estado y sus fines y principios, y a que esa defensa se aplique preventivamente sin necesidad que el ataque se esté dando en el instante preciso, pero que se sepa va a llevarse a cabo o frente a una sucesión de ataques que se sabe van a darse frente a un ataque inicial.

Este artículo comprende un análisis jurisprudencial y doctrinal de la aplicación de la legítima defensa, llegando a los conceptos más amplios, como los de legítima defensa institucional y legítima defensa preventiva, para lo cual se utilizará un método explicativo y descriptivo, mostrando de que manera estos conceptos entendidos en el sentido amplio y a la luz del Derecho Internacional Humanitario pueden aplicarse al desarrollo de operaciones policiales ofensivas contra grupos armados al margen de la ley, indicando igualmente los requisitos y el contexto en que dichos conceptos deben aplicarse.

LA LEGITIMA DEFENSA. NOCIONES GENERALES.

Si bien es cierto, es imposible determinar el momento preciso en la historia donde surge la legítima defensa, se puede observar con claridad que es inherente al nacimiento de la misma humanidad, como lo señalaron Gayo y Ulpiano, para quienes la legítima defensa tenía fundamento en el derecho natural. La ley de las XII tablas permitía a un ciudadano actuar en legítima defensa contra ladrones, y en el derecho canónico a su vez, se hablaba de la posibilidad de rechazar la violencia con violencia, entendida esta actuación como un derecho natural.

En Colombia la Corte Suprema de Justicia ha decidido hablar de este concepto y precisar las características con exactitud en lo preceptuado en el Código Penal sobre el tema.

La legítima defensa solo es permitida cuando ocurre una situación en la que el Estado, mediante sus organismos de control como la Policía no pueden socorrer a un ciudadano de forma

inmediata. Es una institución jurídica, antigua y compleja, que permite que cualquier persona utilice la fuerza, inclusive la violencia para repeler a un injusto agresor puede darse contra la misma persona o de terceros.

Uno de los principales requisitos es que la agresión sea en el mismo instante de tiempo en que se esta presentando o en instantes antes de que ocurra. De lo contrario si es días después se tipificaría como una venganza.

“A la luz de los numerales 6º y 7º del artículo 32 del Código Penal, que establece la ausencia de responsabilidad, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia precisó las características de la legítima defensa.

Inicialmente, y frente al primer numeral, la corporación aseguró que la legítima defensa puede ser objetiva o subjetiva y depende el lugar donde se ubique, esto es, en el inciso primero o en el segundo del numeral 6º, así:

- I. Cuando se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión
- II. Se presume la legítima defensa en quien rechaza al extraño que, indebidamente, intente penetrar o haya penetrado a su habitación o dependencias inmediatas.

Así mismo, y en relación con el numeral 7º, precisó que este ocurre cuando se obra por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar.

“Veo en la fragmentación del delito en los tres elementos, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, el progreso dogmático más importante de las últimas dos o tres épocas humanas”, advirtió, hace ya varias décadas, uno de los más grandes dogmáticos de la tradición jurídica alemana: Hans Welzel.

Esta misma tradición dogmática aparece reflejada en el artículo 9º del Código Penal (L. 599/00), cuando prescribe que para que la conducta de un ser humano pueda considerarse punible (es decir, que merezca castigo) tiene que cumplir tres requisitos: que sea típica, antijurídica y culpable”.

La tipicidad, hace referencia a que la ley penal debe definir de manera previa, inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales de todo tipo penal.

La antijuridicidad, por su parte, se refiere a que la conducta del sujeto activo del delito lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal: por ejemplo, la vida, la integridad personal o el patrimonio.

La culpabilidad, como tercer y último requisito de la conducta punible, se refiere a que solo se podrán imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad, quedando proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. La ley penal consagra, sin embargo, algunas excepciones a la punibilidad, cuando el sujeto activo comete un delito o conducta punible. La legítima defensa es un ejemplo de estas”.

Justificación en la acción policial. Por norma Constitucional los policiales en Colombia, definitivamente no actúan bajo el precepto de la legítima defensa de terceros, su fin primordial es el cumplimiento de un deber positivo Institucional el cual les entrega el poder de ejercer la protección de los intereses particulares, la seguridad ciudadana cuando se vean perturbados o amenazados.

Como lo señala Donna, debe quedar en claro que la legítima defensa no es instituto que sirva para llevar adelante justicia por mano propia. (Donna, 1995) Es por ello por lo que, para que se configure la legítima defensa como tal, deben darse ciertos requisitos de manera estricta.

REQUISITOS DE LA LEGÍTIMA DEFENSA

AGRESIÓN ILEGÍTIMA

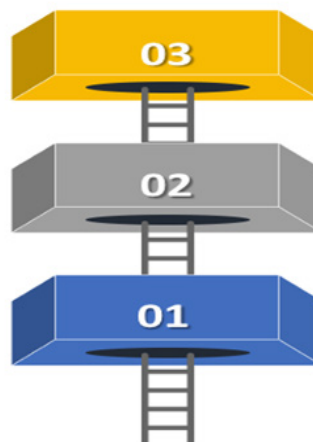
Zaffaroni sostiene que la misma se configura cuando se está ante una conducta humana, agresiva y antijurídica. Ello implica que no puede existir legítima defensa contra lo que no sea una conducta humana, incluyendo niños e inimputables, aunque en estos casos la interpretación es necesariamente restringida en razón de la existencia de la racionalidad como límite a la necesidad.

NECESIDAD RACIONAL DEL MEDIO EMPLEADO PARA IMPEDIRLA O REPELERLA

El código penal requiere que el sujeto que actúa en legítima defensa concorra con una necesidad racional del medio empleado. Alguna parte de la doctrina ha entendido este requisito como proporcionalidad. “la legítima defensa no conoce límites de proporcionalidad, más allá de la grosera desproporción”

FALTA DE PROVOCACIÓN SUFICIENTE POR PARTE DEL QUE SE DEFIENDE

Este requisito implica que para que actúe dentro de los límites de la legítima defensa, quien se defiende no debe haber provocado la agresión.



Fuente: Elaborado por el autor

A continuación, relacionare la normatividad más relevante con respecto a este ejercicio público:

CONSTITUCIÓN NACIONAL COLOMBIANA

Artículo 218. La ley organizará el cuerpo de Policía. La Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz. La ley determinará su régimen de carrera, prestacional y disciplinario.

Artículo 221. De las conductas punibles cometidas por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales Cortes o Tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro.

En la investigación y juzgamiento de las conductas punibles de los miembros de la Fuerza Pública, en relación con un conflicto armado o un enfrentamiento que reúna las condiciones objetivas del Derecho Internacional Humanitario, se aplicarán las normas y principios de este. Los jueces y fiscales de la justicia ordinaria y de la Justicia Penal Militar o Policial que conozcan de las conductas de los miembros de la Fuerza Pública deberán tener formación y conocimiento adecuado del Derecho Internacional Humanitario.

LEY 62 DE 1993 FUNCIÓN PÚBLICA

“Por la cual se expiden normas sobre la Policía Nacional, se crea un establecimiento público de seguridad social y bienestar para la Policía Nacional, se crea la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada y se reviste de facultades extraordinarias al presidente de la República”.
ARTÍCULO 1º.

EL CÓDIGO NACIONAL DE POLICÍA Y CONVIVENCIA. LEY 1801 DEL 29 DE JULIO DE 2016

Artículo 8 de los principios: 1. La protección de la vida y el respeto a la dignidad humana. 2. Protección y respeto a los derechos humanos. 3. La prevalencia de los derechos de niños, niñas y adolescentes y su protección integral. 4. La igualdad ante la ley. 5. La libertad y la autorregulación. 6. El reconocimiento y respeto de las diferencias culturales, la autonomía e identidad regional, la diversidad y la no discriminación. 7. El debido proceso. 8. La protección de la diversidad e integridad del ambiente y el patrimonio ecológico. 9. La solidaridad. 10. La solución pacífica de

las controversias y desacuerdos de los conflictos. 11. El respeto al ordenamiento jurídico y a las autoridades legalmente constituidas. 12. Proporcionalidad y razonabilidad. La adopción de medios de policía y medidas correctivas debe ser proporcional y razonable atendiendo las circunstancias de cada caso y la finalidad de la norma.

Por lo tanto, se debe procurar que la afectación de derechos y libertades no sea superior al beneficio perseguido y evitar todo exceso innecesario. 13. Necesidad. Las autoridades de policía solo podrán adoptar los medios y medidas rigurosamente necesarias e idóneas para la preservación y restablecimiento del orden público cuando la aplicación de otros mecanismos de protección, restauración, educación o de prevención resulte ineficaz para alcanzar el fin propuesto.

Parágrafo. Los principios enunciados en la Ley 1098 de 2006 deberán observarse como criterio de interpretación y aplicación de esta Ley cuando se refiera a niños, niñas y adolescentes.

Artículo 10°. Deberes de las autoridades de policía. son deberes generales de las autoridades de policía: 1. respetar y hacer respetar los derechos y las libertades que establecen la Constitución Política, las leyes, los tratados y convenios internacionales suscritos y ratificados por el Estado colombiano. 2. Cumplir y hacer cumplir la Constitución, las leyes, las normas contenidas en el presente Código, las ordenanzas, los acuerdos, y en otras disposiciones que dicten las autoridades competentes en materia de convivencia...

Artículo 20. Actividad de policía. Es el ejercicio de materialización de los medios y medidas correctivas, de acuerdo con las atribuciones constitucionales, legales y reglamentarias conferidas a los uniformados de la Policía Nacional, para concretar y hacer cumplir las decisiones dictadas en ejercicio del poder y la función de policía, a las cuales está subordinada.

La actividad de policía es una labor estrictamente material y no jurídica, y su finalidad es la de preservar la convivencia y restablecer todos los comportamientos que la alteren.

Artículo 21. Carácter público de las actividades de policía. Todo procedimiento policivo podrá ser grabado mediante cualquier medio de las tecnologías de información y comunicación, por lo que le está prohibido a cualquier persona, salvo las restricciones expresas de ley, impedir que sean realizadas dichas grabaciones

Artículo 22. Titular del uso de la fuerza policial. La utilización de la fuerza legítima corresponde de manera exclusiva, en el marco de este Código, a los miembros uniformados de la Policía Nacional, de conformidad con el marco jurídico vigente, salvo en aquellos casos en los que

de manera excepcional se requiera la asistencia militar.

CAUSALES DE JUSTIFICACIÓN

Frente a determinadas circunstancias específicas de tiempo, modo y lugar, la legítima defensa justifica la responsabilidad de quien con su conducta realiza la descripción típica de cualquier dispositivo penal, como, por ejemplo, matar a alguien para defender la propia vida. Como manifiesta Roxin, *“una causa de justificación puede definirse o más bien se reconoce cuando presupone que dos intereses colisionan entre ellos, de tal manera que solo uno de ellos puede imponerse”*.

Luego, apunta el tratadista germano, es tarea de las causas de justificación emprender la regulación socialmente correcta de aquellos intereses en conflicto. Siguiendo esta dirección, cabe precisar cómo la idea de autoprotección de cada ciudadano tiene plena relevancia para el Derecho Penal moderno y, siguiendo a Kühl, *“el fundamento de la legítima defensa está en la idea de autoprotección y en la legitimación que tiene cualquiera para poder defenderse a sí mismo y defender sus bienes jurídicos individuales”*.

Como se anticipaba, quizá el ejemplo paradigmático de las causales de justificación se encuentre representado en la legítima defensa, figura insigne de la cual con seguridad todos hemos escuchado por estos días. El artículo 32 del Código Penal regula algunas de las hipótesis normativas (a través de sistema *numerus apertus*) de ausencia de responsabilidad penal. En términos puntuales, el numeral 6° del precepto normativo citado prescribe, utilizando términos genéricos, que *“no habrá lugar a declarar responsabilidad penal cuando se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión”*.

PELIGRO INMINENTE

Descendamos la mirada sobre uno de los posibles escenarios: el caso típico del sujeto que es víctima de un atraco con arma de fuego y ante el inminente peligro de perder su vida, estando armado, dispara contra su agresor y le causa la muerte.

Haciendo manifiesta la objeción de Hart sobre la textura abierta del Derecho y superando el debate acerca de si las reglas pueden o podrían especificar por adelantado la solución para todos los problemas, nadie puede desconocer hoy que, frente a tal hipótesis, el operador judicial tendrá que realizar un ejercicio de elección en la aplicación de las reglas generales para resolver si acusa o absuelve. Este ejercicio de elección, muchas veces, resulta no ser una tarea sencilla. Menos aun tratándose de casos difíciles o límite. En aras de delimitar o más bien con la intención de ilustrar

la resolución de posibles escenarios futuros, la jurisprudencia viene de tiempo atrás construyendo sus doctrinas pretorianas para ilustrar cuáles deben ser los requisitos estructurantes de la legítima defensa.

En efecto, por medio de reiterados fallos, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia los ha delineado a través de los siguientes corolarios: (i) que exista una agresión ilegítima o antijurídica que genere peligro al interés protegido legalmente; (ii) el ataque ha de ser actual o inminente, esto es, que se haya iniciado o, sin duda alguna, vaya a comenzar y aún haya posibilidad de protegerlo; (iii) la defensa debe ser necesaria para impedir que el ataque se haga efectivo; (iv) la entidad de la defensa debe ser proporcionada cualitativa y cuantitativamente respecto de la respuesta y los medios utilizados, y (v) la agresión no ha de ser intencional o provocada.

OTROS CASOS

Los elementos descritos pueden verse reflejados en casos de homicidio o lesiones personales en los cuales el sujeto activo realiza o despliega el comportamiento prohibido, para custodiar su vida o integridad personal ante un ataque inminente. Surge en estos eventos de manera palmaria la colisión de intereses entre la vida del agredido y la de su agresor, y la elección de quien es agredido sin justa causa dependerá de aquello que haga u omita en caso de colisión de intereses.

No cabe duda, entonces, de que quien comete un homicidio actuando al amparo de una causal de justificación de responsabilidad, como la legítima defensa, no puede ser declarado culpable, siempre que se demuestre la concurrencia de los elementos estructurantes delineados por la doctrina y la jurisprudencia. Por supuesto, la decisión en cada caso concreto difícilmente puede anticiparse, ya que, citando de nuevo a Hart, *“atinar sobre el futuro sería asegurar un grado de certeza o predictibilidad al precio de prejuzgar ciegamente lo que ha de hacerse en un campo de casos futuros, cuya composición se ignora”*.

Así, en estos casos, la actividad del operador judicial siempre debe orientarse a verificar, de acuerdo con la situación fáctica que se le represente a través de las pruebas, la concurrencia de los requisitos que componen la legítima defensa; ello para determinar si el ciudadano que se sitúa como posible responsable ante su estrado debe ser o no declarado culpable. Y esto dependerá, en gran medida, del examen juicioso que de la evidencia y elementos materiales de prueba realice al momento de reconstruir, con método científico y actitud disciplinada, el pasado que se le pone en conocimiento a través de los medios probatorios.

Por ello, acudiendo al aforismo latino, el juez siempre nos precisa: *“dame los hechos, que yo*

os daré el derecho”.

Con base en una sentencia del año 2002 de esta corporación aseguró que el reconocimiento del excluyente de responsabilidad requiere que esté probado, en grado de certeza, que quien llevó a cabo la conducta lo hizo al amparo de un motivo de justificación legalmente previsto.

Así las cosas, advirtió que la legítima defensa es el derecho que la ley confiere de obrar en orden a proteger un bien jurídicamente tutelado, propio o ajeno, ante el riesgo en que ha sido puesto por causa de una agresión antijurídica de otro (actual o inminente), no conjurable racionalmente por vía distinta, siempre que el medio empleado sea proporcional a la agresión.

Posteriormente, en una providencia del 2007, la Sala Penal afirmó que para la estructuración de la legítima defensa es necesario que la reacción defensiva surja como consecuencia de una injusta agresión.

Cuando dos o más personas, de manera consciente y voluntaria, deciden agredirse mutuamente la legitimidad de la defensa se desvirtúa porque en ese caso los contendientes se sitúan al margen de la ley, salvo cuando en desarrollo de la riña “los contrincantes rompen las condiciones de equilibrio del combate”.

El fallo también define otras disposiciones sobre el tema con base en jurisprudencia procedente de la corporación (M.P. Fernando Alberto Castro Caballero)

DISCUSIÓN

REYES ECHANDÍA señala que *“siendo la legítima defensa una causal de justificación, no hay para que buscarle fundamento distinto del de las demás causales de la misma naturaleza, vale decir, que se trata de un fenómeno que no suscita reprochabilidad social porque siempre se ha considerado que quien reacciona ante una injusta agresión ejecuta un comportamiento social jurídicamente adecuado; también a que, como en el estado de necesidad, es la conciencia social y legal que no es posible exigirle al actor comportamiento diverso, lo que justifica su conducta y, por ende, su tratamiento como causal de exclusión del delito por ausencia de antijuridicidad.”*

Dentro de la variedad de tipo de operaciones que realizan la Policía, además de aquellas que buscan como tal la protección y el mantenimiento de la seguridad, realización de desminado humanitario, acción cívico policial, están aquellas que tienen una tendencia más agresiva, como las de control territorial, de seguridad y defensa de la fuerza y las de acción ofensiva, que

respectivamente buscan proteger en forma permanente la población civil, sus bienes y los recursos del Estado de un área determinada, garantizar la defensa, incluyendo tropas, información y recursos del Estado y derrotar al enemigo decisivamente, en cuanto a su estructura económica y las áreas de acumulación estratégica.

Cuando se habla de combates y por ende del uso legítimo de la Fuerza por parte de los integrantes de la Policía actúan en primera instancia, cuando se encuentran frente a una ataque contra su vida e integridad personal, en uso de la legítima defensa, cuando este ataque reúne los requisitos que este concepto entendido como causal de exoneración de responsabilidad penal o disciplinaria exige, tales como que la amenaza de la cual son víctimas, sea actual, inminente, ilegítima, y que se actúe con necesidad y proporcionalidad en la respuesta. Además de actuar los miembros de la Institución castrense en defensa de su propia vida e integridad, para lo cual están totalmente facultados por la ley, por las razones que ya fueron expuestas, actúan en lo que se ha denominado por la doctrina, como *“legítima defensa institucional”*.

CONCLUSIÓN

La legítima defensa, como causal de exoneración de responsabilidad penal y disciplinaria, al aplicarse y entenderse en un sentido amplio, puede permitir que esta se aplique no sólo cuando se atenta directamente contra la integridad de una persona, sino también contra el Estado como Institución y los bienes, derechos y principios que este debe garantizar.

Los miembros de la Fuerza Pública, cuando obran en estricto cumplimiento de un deber legal (orden de operaciones), actúan en nombre de la Constitución Política, toda vez, que ésta, en desarrollo de operaciones, actúan en estricto cumplimiento del mandato constitucional y de la ley, y su conducta estará amparada por una causal de justificación del hecho, cuando como resultado de ellas se cause la muerte de un integrante de un grupo ilegal con quien se sostenga un enfrentamiento armado, pues la finalidad de este tipo de conducta será prevenir y/o reducir el impacto de un ataque previo del enemigo, cuya denominación en sentido amplio se conoce como legítima defensa preventiva.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Anneke, O. (2006). Entender la labor policial. Recursos para activistas de derechos humanos. Madrid, España: Editorial Amnistía Internacional.
2. Beguelin, J. R. (s.f.). “¿Puede un funcionario de policía ejercer el derecho de legítima defensa del Código Penal?”. (P. S. Ziffer, Ed.)
3. Caballero, F. A. (2017). Corte Suprema de Justicia. Obtenido de Corte Suprema de Justicia, Jurisprudencia M.P.: <https://cortesuprema.gov.co/corte/index.php/2017/08/01/jurisprudencia/>
4. Carulla, S. R. (2005). La legítima Defensa Preventiva en el Informe del Grupo de Alto Nivel. Barcelona, España: Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior.
5. Coca Vila, I. (2017). Tirar a matar en cumplimiento de un deber. Una aproximación al fundamento y límites de los deberes positivos de protección policial. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 19, 1-41. Obtenido de <http://criminnet.ugr.es/recpc/19/recpc19-24.pdf>
6. Constitución Política de Colombia. (s.f.).
7. Donna, E. (1995). Teoría del Delito y de la Pena. Título II, Pag. 143.
8. FONTÁN BALESTRA, C. (1979). Derecho Penal Introducción y Parte General. Beledo Perrot.
9. Función pública. (1993). Ley 62 de 1993. Diario Oficial No. 40.987 de Agosto 12 de 1993. Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6943#:~:text=%22Por%20la%20cual%20se%20expiden,al%20Presidente%20de%20la%20Rep%C3%ABblica%22.>
10. GONZÁLEZ PÉREZ, M. (s.f.). Acción Preventiva y Legítima Defensa en Derecho Internacional. Recuperado el 15 de agosto de 2019, de Instituto de Investigaciones Jurídicas: www.iiij.derechocr.ac.cr/archivos.documentación
11. POLICÍA NACIONAL DE COLOMBIA. (2016). Código Nacional de policía y convivencia Ley 1801 del 29 de julio de 2016. Obtenido de <https://www.policia.gov.co/codigo-nacional-convivencia/ley-1801#:~:text=Las%20disposiciones%20previstas%20en%20este,la%20funci%C3%B3n%20y%20la%20actividad>
12. Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. (2000). Código Penal Colombiano Ley 599 de 2000. Diario Oficial 44097 del 24 de julio de 2000. Obtenido de https://www.unodc.org/res/cld/legislation/can/codigo-penal_html/Codigo_Penal.pdf

13. Universidad de la Tercera Edad. (2002). La Legítima Defensa.
14. Wikipedia. (2020). Legítima defensa. Obtenido de Wikipedia: https://es.wikipedia.org/wiki/Leg%C3%ADtima_defensa
15. Zaffaroni, E. R. (1997). Manual de Derecho Penal. Buenos Aires: Ediar.

LA DILIGENCIA EXHIBITORIA COMO ASEGURAMIENTO DE PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL PANAMEÑO



Hilario González Ariza

Abogado y Profesor Universitario, Panamá
gonzalez_abogado07@hotmail.com

Fecha de recepción: 09/10/2020

Fecha de revisión: 20/10/2020

Fecha de aceptación: 05/11/2020

RESUMEN

El aseguramiento de pruebas ha sido concebido en nuestro Código de Procedimiento como una medida de naturaleza precautoria, al conferirle a las partes la posibilidad de obtener pruebas a través de un mecanismo anticipado, que a la postre viene a ser una excepción a la regla contenida en el artículo 792 del Código Judicial, que propugna que las pruebas para ser apreciadas en un proceso requieren solicitarse practicarse o incorporarse al proceso dentro de los términos señalados. Decimos lo anterior porque el aseguramiento de pruebas como tal figura concebido dentro del título de pruebas, cuando realmente estamos frente a una medida de aseguramiento anticipada, la cual solo procede cuando cualquier persona desea o pretenda demandar o teme que pueda ser demandado, y siempre que exista el temor justificado de que eventualmente pueda faltar un medio de prueba, hacérsele difícil o impracticable su obtención en el momento oportuno. Cuando se piensa en solicitar la intervención del juzgador en un asunto específico nos figuramos que será por medio de una demanda o bien por la contestación de la misma, lo cual es una idea imperfecta o incompleta, pues también puede acudir al juzgador con la intención que colabore en aspectos que contribuirán a la preparación de un futuro proceso, a ese conjunto de actividades judiciales, donde el juez permite anticipadamente inspeccionar la cosa litigiosa o diversos elementos probatorios se le denomina como Diligencias Exhibitorias. Es indudable que las diligencias exhibitorias poseen una justificación cautelar de información previa, que trae consigo el *periculum in mora*, por ello, es conceptuada por muchos autores como una medida cautelar.

Palabras clave: aseguramiento, pruebas, etapa probatoria, derecho a la prueba, peligro en la mora, daños y perjuicios, juez, debido proceso, medida precautoria, medida cautelar, temor.

EXHIBITORY DILIGENCE AS PROOF ASSURANCE IN THE PANAMANIAN CIVIL PROCESS

ABSTRACT

The assurance of evidence has been conceived in our Code of Procedure as a precautionary measure, by conferring on the parties the possibility of obtaining evidence through an anticipated mechanism, which ultimately becomes an exception to the rule contained in Article 792 of the Judicial Code, which proposes that the evidence to be appreciated in a process requires a request to be practiced or incorporated into the process within the indicated terms. We say the above because the assurance of evidence as such a figure conceived within the title of evidence, when we are really facing an anticipated assurance measure, which only proceeds when any person wishes or intends to sue or fears that they may be sued, and provided that there is a justified fear that eventually a means of proof may be lacking, making it difficult or impracticable to obtain it in a timely manner. When you think about requesting the intervention of the judge in a specific matter, we imagine that it will be through a claim or by answering it, which is an imperfect or incomplete idea, since you can also go to the judge with the intention that collaborate in aspects that will contribute to the preparation of a future process, to that set of judicial activities, where the judge allows in advance to inspect the litigious thing or various evidentiary elements, it is called Exhibit Proceedings. There is no doubt that the proceedings have a precautionary justification of prior information, which brings with it the periculum in mora, therefore, it is considered by many authors as a precautionary measure.

Keywords: assurance, evidence, evidentiary stage, right to evidence, danger in default, damages, judge, due process, precautionary measure, precautionary measure, fear.

EL ASEGURAMIENTO DE PRUEBAS EN EL PROCEDIMIENTO CIVIL

Tal como se mencionara previamente, el aseguramiento de pruebas ha sido establecido en el Código Judicial Panameño como una disposición de carácter precautoria, al conceder a las partes la oportunidad de conseguir pruebas a través de un mecanismo anticipado, que a la postre viene a ser una excepción a la regla contenida en el artículo 792 del Código Judicial, que propugna que las pruebas para ser apreciadas en un proceso requieren solicitarse practicarse o incorporarse al proceso dentro de los términos señalados.

Decimos lo anterior porque el aseguramiento de pruebas como tal figura concebido dentro del título de pruebas, cuando realmente estamos frente a una medida de aseguramiento anticipada

y que es procedente cuando una persona pretenda demandar o tema ser demandado y exista temor justificado de que eventualmente pueda faltar un medio de prueba, hacérsele difícil o impracticable su obtención en el momento oportuno.

En ese sentido, el artículo 815 del Código Judicial nos indica “Cuando una persona pretenda demandar o tema que se le demande y exista temor justificado de que eventualmente pueda faltarle un medio de prueba o hacérsele difícil o impracticable su obtención en el momento oportuno, puede solicitar al juez que se practique de inmediato cualquiera de las siguientes pruebas: ...”, de lo cual podemos extraer las siguientes premisas:

a) El solicitante de la medida tiene un interés de demandar o un temor de ser demandado

El aseguramiento anticipado de pruebas implica que en su adopción o surgimiento no está condicionado a la existencia de proceso alguno, ni su ejecución implica que se vaya a demandar efectivamente, ya que aun consiguiendo el soporte probatorio deduzca que no tiene una causa legítima para interponer una demanda.

Muchas veces este mecanismo asegurativo surge como consecuencia de que las relaciones creadas entre las personas, entiéndase naturales y jurídicas, que ante la posible necesidad de demandar la tutela de sus derechos requieren dar soporte probatorio a los hechos de su demanda y por ello se ha establecido que tanto demandante o quien pueda figurar como demandado acudan a la vía jurisdiccional correspondiente, que eventualmente sería competente para conocer el caso principal, donde serán aportadas las pruebas recabadas, para que sea esa autoridad o tribunal el que obligue al virtual demandado o a un tercero practicar el examen, inspección o archivos, reconstrucción e inclusive deposiciones que permitan al asegurante evaluar la probabilidad de éxito ante una eventual acción.

b) La existencia de un temor justificado

Siendo que el aseguramiento de pruebas en cierta medida implica una invasión a documentos o archivos de terceras personas se requiere de una justificación teórica que convenza al juez de que la medida es procedente o justificable su adopción para que la misma sea decretada y entre ellas está precisamente el que la parte sostenga que pueda faltarle el medio de prueba, es decir que ese bien objeto o documento pueda desaparecer o bien hacerse difícil o impracticable, como sucedería cuando se pretende dejar constancia de la existencia de un bien que será demolido, como lo sería las condiciones mecánicas de un vehículo que va a ser reparado o la recepción de un testimonio respecto a un testigo que se ausentara del país o de un testigo que tiene enfermedad terminal o que eventualmente se espera su muerte.

Esto nos lleva a decir que la naturaleza jurídica de las medidas de aseguramiento tiene una función cautelar, por cuanto de forma anticipada pretende garantizar la obtención de pruebas que le servirán tanto para defenderse, en caso de ser demandado o bien para dar soporte probatorio a su acción en caso de figurar como demandante.

Supongamos por un momento que una persona necesita presentar una demanda de rendición de cuenta en contra de su administrador o gerente del negocio, contra el cual pretende no solo conocer el status en si del negocio, sino que pretender obtener una condena por una cantidad que bajo juramento estima se le debe. Este individuo no puede aventurarse a presentar una demanda motivada en la única razón de que no conoce el manejo de la empresa, sin antes haber recabado las pruebas necesarias que le permitan discernir que existen indicios de que le asiste justificadamente un motivo para demandar.

La única solución a su problema lo es plantear una diligencia de aseguramiento anticipado, para establecer primero que en efecto tiene razones fundadas para servirse de esta figura y provocar la obtención de pruebas asistido de la coerción que implica la adopción de una diligencia exhibitoria o una inspección judicial, y segundo porque siendo este proceso de naturaleza sumaria y especial no se puede presentar una demanda sin tener un soporte probatorio, a sabiendas que es esencia de estos procesos presentar las pruebas con la demanda.

El aseguramiento de pruebas es una herramienta de gran utilidad para subsanar las posibles deficiencias de obtención y práctica de pruebas, que un proceso ya entablado podría provocar, y nos estamos refiriendo a supuestos extraprocesales que vienen a constituir obstáculos en el desarrollo de una actividad probatoria prístina y expedita, sobre todo en aquellos casos que sabiendo el demandado lo que es el tema probandum de la causa, deja abierta la posibilidad de que el mismo haga desaparecer pruebas que están en su dominio y que llegado el momento de la práctica de pruebas las mismas no puedan ser incorporadas al expediente, sobre todo cuando el soporte documental figura recogido en archivos electrónicos, el cual se corre el riesgo de ser borrado de que el archivo se contamine por virus, que el disco duro sufra alguna avería o que el programa presente alguna obsolescencia que haga difícil su recuperación.

A este respecto el procesalista Joan Pico Junoy (2001), sostiene que “la anticipación de la prueba constituye uno de los aspectos más relevantes de la actividad probatoria, pues de nada sirve establecer una completa y exhaustiva regulación de la materia si la prueba no puede practicarse debido a que el transcurso del tiempo, ínsito en todo proceso, lo ha hecho desaparecer o se ha destruido el objeto de la misma. Su correcta regulación tiene una gran incidencia en la eficacia y

virtualidad real del derecho a la prueba, reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución (art. 32 de la Constitución nuestra). Por este motivo el derecho procesal civil moderno se prevé ampliamente la posibilidad de anticipar la práctica de pruebas de cualquier medio probatorio (la probatio ad perpetuam rei memoriam) (p.p. 121-122)

Lo que tenemos claro es que este medio anticipado o asegurativo de pruebas no es un mecanismo supletorio del periodo de la práctica de pruebas que debe darse dentro de un proceso, puesto que la razón de su existencia obedece a situaciones muy particulares o especiales de la materia que será debatida que justifica la presencia de una práctica anticipada de la actividad probatoria. El uso de esta figura procesal no puede dejarse al antojo y discreción de las partes que lo utilizan ya que la misma exige como presupuesto la justificación de que dicho medio es la única vía para subsanar una eventual dificultad en la práctica de la prueba. Es por ello que la medida de aseguramiento de prueba se le exigen requisitos que son propios de las medidas cautelares como por ejemplo *periculum in mora*, *fumus bonis iure*.

1.1. FINALIDAD DEL ASEGURAMIENTO DE PRUEBA

El aseguramiento de la prueba tiene como finalidad garantizar la existencia de los objetos o estados de cosas, con valor probatorio, que estuvieren amenazados de alteración o desaparición, de tal modo que al momento de practicar la prueba pudieran no existir o hacerlo de forma distinta. (Gil Vallejo, 2011, p.36)

Se trata, pues, en la mayoría de los casos de conservar fuentes de prueba que no tengan naturaleza personal, ya que si bien la norma jurídica que regula la materia otorga un alcance de asegurar pruebas con características subjetivas -testimonios prejudiciales, reconocimientos de firmas, declaraciones, entre otros— preponderan aquellas dirigidas a inspeccionar documentos, bienes muebles e inmuebles u cosas, con la intervención de peritos o expertos en la materia objeto de la inspección.

1.2. PRUEBAS QUE SE PUEDEN ASEGURAR

El comentado artículo 815 del Código Judicial enumera un grupo de pruebas específicas que son susceptibles de asegurarse en forma anticipada y entre ellos tenemos: la diligencia exhibitoria, los testimonios prejudiciales, la inspección judicial y dictámenes periciales, la reconstrucción de sucesos, el reconocimiento de firma y citaciones a la presunta contraparte para que reconozca un documento suscrito por ella o por un tercero, declaración de parte, diligencias de informe, documentos públicos o privados de cualquier clase. De estos medios de pruebas que hemos enlistado, podemos decir que todos pueden perfectamente obtenerse e insertarse dentro del proceso,

dentro de la actividad probatoria que figura diseñada para cada proceso. Sin embargo, como hemos mencionado existen circunstancias especiales que llevan al juzgador a ordenar la práctica de una prueba con total antelación.

1.3. FORMALIDADES Y PROCEDIMIENTOS DEL ASEGURAMIENTO DE PRUEBAS

1.3.1. La Petición

La petición de aseguramiento de pruebas, como indica en el artículo 531 numeral 3 del Código Judicial, debe realizarse por escrito, indicando las partes (demandante y demandado) reales o presuntivas; la medida que se va a solicitar (en este caso no basta indicarse que es aseguramiento de pruebas, sino la modalidad que se pretende, ejemplo: “*diligencia exhibitoria*”, “*testimonios prejudiciales*” o “*inspección judicial*”); el objetivo, (es decir, para qué solicita la diligencia, con qué propósito se está pidiendo la anticipación de pruebas); la cuantía del proceso a que haya de acceder (en este caso muchas veces se pone una estimación, porque puede ocurrir que justamente Usted necesita recabar pruebas para saber por cuanto deberá demandar o en el caso del demandado, que no sabe por cuánto se le demandará, o bien cuando se trate de pruebas para una demanda de naturaleza simplemente declarativa, en cuyo supuesto, alguno establecen, que será con cuantía superior a cinco mil balboas).

1.3.2. Competencia y Comparecencia del Contrario y Ministerio Público

En ese mismo sentido, de conformidad al artículo 816 de Código Judicial, la petición debe formularse ante el juez competente para la demanda, aunado a ello, puede pedirse la comparecencia de la parte contraria para que participe en la práctica de la prueba anticipada, aunque este último aspecto muy pocas veces sucede en las practicas jurisdiccionales, pues en la mayoría de los casos la parte contraria se entera al mismo momento de la ejecución de la práctica de la prueba.

Tal como se indica, para el caso de la petición de la medida formulada antes del inicio del proceso según la ley será competente el tribunal que se considere competente para el asunto principal, que deberá vigilar de oficio su jurisdicción y competencia objetiva, así como la territorial.

Otro detalle que debe tomarse en cuenta, es que en aquellos casos en que, por ley, debe intervenir el Ministerio Público, en representación de alguna entidad gubernamental, este tipo de aseguramiento de pruebas no puede realizarse sin haber sido citada a la diligencia judicial.

1.3.3. Afianzamiento

De conformidad con la normativa descrita, el peticionario estará en la obligación de consignar

una fianza que será señalada discrecionalmente por el tribunal, tomando en cuenta la importancia del asunto, la clase de pruebas de que se trate y los eventuales perjuicios que pudieran derivarse, salvo que se trate de personas que gocen de patrocinio legal gratuito.

En ese mismo sentido, la fianza se devolverá al interesado transcurrido un mes sin que se hubiera promovido la respectiva reclamación.

2. LA DILIGENCIA EXHIBITORIA COMO ASEGURAMIENTO DE PRUEBA

2.1. Definición

En nuestro Código de Procedimiento Civil no parece existir una definición categórica de lo que se entiende por Diligencia Exhibitoria, sin embargo, el artículo 817 dispone que a través de la diligencia exhibitoria el juez puede llevar a efecto la inspección de la cosa litigiosa de los libros, documentos u otros objetos que se hallen en poder del demandado real o presuntivo, del demandante o de un tercero y que el peticionario estime conducente para probar los hechos de su demanda o pretensiones, excepciones, o medios de defensa.

La diligencia exhibitoria es una medida de aseguramiento de prueba que concede la ley a las personas, a fin de exigir de otra, por mandato del juez, la presentación de la cosa o documento cuya exhibición se pide para que puedan hacer uso de ella antes o después de iniciado un proceso. La “acción exhibitoria” no es un medio de prueba, en sentido estricto, porque es más bien un mecanismo o vehículo para forzar la exhibición de un bien, especialmente documentos. (Fábrega Ponce & Cuestas, 204, p.362).

En nuestro caso particular, la diligencia exhibitoria, curiosamente, figura como un medio de prueba más, con autonomía e identidad propia muy a pesar de que su denominación no figura dentro del *numerus apertus* que se indican en el artículo 780 del Código Judicial, pero que bien entendido podemos sostener que constituye una forma especial de solicitar la inspección judicial, para determinadas situaciones específicas, como cuando se solicita dentro o fuera del proceso la práctica o examen de libros, correspondencias, documentos de comerciantes, obtener copias o reproducciones, inspección de la cosa litigiosa en aras de preservar antes del proceso el bien objeto de la controversia, a fin de evitar su disipación por actos del hombre o del tiempo.

El Código Judicial ha hecho de esta figura una institución autónoma, cuando en el artículo 827 habla que este medio de prueba se requiere en los siguientes presupuestos:

1. Cuando se exija la exhibición de libros de comercio, de quien no es parte; y
2. Cuando se solicite como medida cautelar. No obstante, que si se solicita como medida

cautelar sólo podrá agregarse al expediente en las oportunidades y términos previstos en este Código para la proposición de pruebas.

En acotación con lo anterior somos del criterio que al utilizarse la denominación diligencia exhibitoria, que deriva del latín exhibere, que significa presentar escrituras, documentos, pruebas, etc., ante quien corresponda, a la postre viene a ser un mecanismo para rescatar, recuperar u obtener pruebas documentales o efectuar alguna inspección judicial, es decir, su efecto es más abarcador. En cambio, cuando se produce dentro de un proceso esta misma diligencia, la cual apunta a un propósito idéntico se le denomina inspección judicial, que de acuerdo al artículo 954 del Código Judicial la misma tiene como objeto inspecciones o reconocimientos de lugares, cosas, documentos, bienes muebles o inmuebles, semovientes o personas. Sin embargo, su regulación no queda allí, sino que establece una modalidad conocida como inspección judicial por medio de diligencia exhibitoria, regulada específicamente en el artículo 965 de la excerta citada que en su texto lee así:

“Artículo 965. Sólo se requerirá la práctica de la inspección judicial por medio de la diligencia exhibitoria, en cuaderno separado, en los siguientes casos:

1. Cuando recaiga sobre libros de comercio u objetos o documentos de cualquier naturaleza en poder de terceras personas; y
2. Cuando se trate de pruebas anticipadas...”

Esto nos permite decir que, que la exhibición constituye un verdadero instituto de recaudación probatoria, establecido para subsanar cualquier falla u omisión que pudiera surgir durante la práctica de pruebas en un proceso ante la ausencia, destrucción o desaparición de las mismas, por parte del demandado presuntivo. Es por ello que el fundamento de la prueba anticipada se encuentra en la protección del derecho fundamental a la prueba, ante el peligro de perder la fuente probatoria o deteriorarse los hechos sobre los cuales se solicitará o se está solicitando y de este modo salvaguardar la debacle de la reclamación por no poder justificarse debidamente las razones o hechos en que apoyan sus perspectivas pretensiones.

2.2. Requisitos de Procedencia de la Diligencia

Los presupuestos del deber de exhibición documental entre partes se encuentran recogidos en los artículos 817 y 818 del Código Judicial y se pueden definir en los siguientes términos:

La diligencia exhibitoria, el juez lleva a efecto la inspección de la (a) cosa litigiosa, (b) o de los libros, documentos u (c) otros objetos que se hallen en poder del demandado real o presuntivo, del demandante, o de terceros y que el peticionario estime conducentes a probar o hacer efectivos sus derechos, pretensiones, excepciones o defensas.

Cada parte podrá solicitar de las demás la exhibición de documentos que no se hallen a disposición de ella y que se refieran al objeto del proceso o a la eficacia de los medios de prueba. A la solicitud de exhibición deberá acompañarse copia simple del documento y, si no existiere o no se dispusiere de ella, se indicará de la manera más exacta posible el contenido de aquél.

Si se promueve prejudicialmente, la fijará el juez teniendo en cuenta los perjuicios que se puedan causar y la naturaleza del asunto. Dicha caución no será menor de cien balboas (B/.100.00) ni mayor de mil balboas (B/. 1,000.00).

Si la diligencia prejudicial o judicial la promueve el tenedor de libros, documentos u objetos suyos, no se requerirá caución;

Si se promueve respecto a libros, documentos u objetos de quien es parte del proceso respectivo, no se requerirá caución.

Tampoco se requerirá caución cuando la diligencia haya de practicarse en un despacho estatal o municipal.

Así pues, los presupuestos de la exhibición quedarían resumidos en: 1) documentos que no se hallen a disposición de la parte solicitante y referidos al objeto del proceso o a la eficacia de los medios de prueba o a documentos bancarios, financieros, comerciales o aduaneros en los supuestos de procesos seguidos por infracción de un derecho de propiedad industrial o intelectual; 2) presentación de copia simple o versión del documento o de un principio de prueba, y 3) documentos que se hallen en poder de un litisconsorte.

Algún sector de la doctrina opina que a estos presupuestos hubiera sido útil agregar la justificación por parte del interesado de que, efectivamente, los documentos se hallan en poder de la parte contraria.

La verdad es que añadir este requisito a la solicitud de exhibición documental entre las partes contribuiría a evitar la posible formulación de peticiones infundadas. Sin embargo, nuestro ordenamiento compensa esta carencia de justificación atribuyendo al litigante requerido la posibilidad de negar que el documento se encuentre en su poder.

En síntesis, cuando se interpone una diligencia exhibitoria el juzgador de la causa deberá verificar el cumplimiento de todos los presupuestos legales inherentes a la diligencia examinada,

los cuales por cierto el Pleno mediante reiterada jurisprudencia ha tenido oportunidad de precisar enumerando los siguientes:

- “1. Debe ser decretado por el Juez o Tribunal competente a petición de parte legítima, entendiéndose por tal, (Conforme al artículo 805 del Código Judicial reformado) la que solicita la diligencia exhibitoria, en la medida que exprese en la solicitud, cuál es la relación sustancial o el interés jurídico que pretende probar con la diligencia y en qué forma le interesa personalmente.
2. Que la diligencia exhibitoria recaiga sobre determinados asientos de libros y documentos respectivos... y se limitará a tomar copia de los asientos o papeles que tengan relación con el asunto ventilado.
3. Que el reconocimiento se haga en el domicilio del comerciante.
4. Que en los casos en que la diligencia tenga que decretarse sin la audiencia de la contraparte o del tenedor de la cosa el peticionario haya dado caución suficiente a juicio del juez de la causa, salvo el caso, naturalmente, de que el peticionario goce de patrocinio legal gratuito”. (Pleno de Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 10 de enero de 2003, Amparo de Garantías Constitucionales, Mag. Ponente Ponente: Rogelio A. Fábrega Zarak)

2.3. Legitimación y Solicitud

Al igual que sucede con el aseguramiento de las pruebas, la diligencia exhibitoria como fuente probatoria puede pedirse antes del inicio del proceso, por quien pretenda incoarlo, o una vez abierto, por cualquiera de los litigantes. La legitimación corresponde únicamente a las partes lo que resulta coherente con la necesaria ajenidad judicial en la labor, de selección y búsqueda de las fuentes de prueba.

La legitimación, por tanto, corresponde al futuro demandante como al posible demandado, de acudir a estas medidas; sin embargo, en muchas legislaciones estas figuras judiciales solamente pueden ser ejecutadas por la parte activa del proceso, es decir, el posible demandante, dejando sin opción de ejecución del posible demandado.

Según nuestro cuerpo normativo, la práctica anticipada de pruebas puede solicitarla ambas partes, es decir, tanto el futuro demandado como el demandante presuntivo, como expresamente lo enuncian los artículos 815 y 817 del Código Judicial, cuando señalan “...una persona pretenda demandar o tema que se le demande...”, y en otro extremo mencionan que se hallen en “...en poder del demandado real o presuntivo, del demandante...”.

Curiosamente, para la diligencia exhibitoria a libros de comerciantes, se establece una legitimidad especial, y decimos especial porque su exigencia parece desvanecerse con la rigurosidad que habla el artículo 815 del Código Judicial, porque se limita a señalar que “...se tendrá como parte legítima la que solicita la diligencia exhibitoria, aunque sea extrajudicial...”, porque ella se habrá de desprender la explicación que se dé cuando exponga la relación sustancial o el interés jurídico.

Respecto a solicitud de la anticipación, debe realizarse por escrito al contrario de lo que sucede con la solicitud de prueba ordinaria. Al tratarse del primer escrito que se interpone ante el órgano jurisdiccional, la petición debería tener una estructura similar a una demanda, de forma que el “libelo” contendría la identificación del solicitante así como los datos de su abogado y de su procurador, una descripción de los hechos del futuro proceso junto con la prueba que se pretende anticipar, los fundamentos de derecho en los que se apoya la petición y el petitum que, a diferencia de la demanda, consistiría en la solicitud de admisión de la práctica del medio de prueba pretendido.

La petición de prueba anticipada deberá recoger una relación circunstanciada de los hechos relevantes que presumiblemente serán objeto del futuro proceso, debiendo destacarse aquéllos sobre los que debe recaer la práctica de la prueba que se solicita. La petición deberá contener una explicación concreta y concisa acerca de la relación de los hechos expuestos con los medios de prueba solicitados, de forma que el órgano jurisdiccional pueda hacer un examen preliminar acerca de su pertinencia o de su utilidad respecto del objeto del futuro proceso, cuestión ésta a la que nos referiremos en el epígrafe posterior.

La solicitud deberá referirse concretamente al temor fundado de perder la oportunidad de practicar la prueba cuya anticipación se propone.

El derecho a la prueba en el proceso civil, comporta la facultad de solicitar la admisión, la práctica de las pruebas pertinentes, y reclamar su efectividad, así como el deber de mantener una actitud de colaboración en la práctica de las pruebas.

Es un mandato que ha establecido el legislador para que el Juez haga uso de los mecanismos procesales encaminados a recabar los medios de prueba retenidos injustificadamente por el otro litigante con el objeto de facilitar o hacer posible que aquél pueda obtener la satisfacción procesal de sus derechos.

En la doctrina se tiene como antecedentes, el supuesto de un hombre que se niega a someterse

a una prueba de extracción de sangre a efectos de determinar su posible paternidad demandada por una mujer que actúa como parte actora. Los Tribunales consideran la no obligación del afectado a someterse a unas pruebas de paternidad y establecía que una actitud reacia a colaborar no equivalía a una ficta confessio, resultando necesario presentar otras pruebas.

Asimismo, nuestra jurisprudencia afirma que los Tribunales no pueden exigir de ninguna de las partes una prueba imposible o diabólica, so pena de causarle indefensión, por no poder justificar procesalmente sus derechos e intereses legítimos mediante el ejercicio de los medios probatorios pertinentes para su defensa. Sin que los obstáculos y dificultades puestos por la parte que tiene en su mano acreditar los hechos determinantes del litigio, sin causa que lo justifique, puedan repercutir en perjuicio de la contraparte, porque a nadie es lícito beneficiarse de la propia torpeza.

El litigante refractario a colaborar en la producción de la prueba frustra con su conducta el levantamiento de la carga probatoria del otro litigante y éste queda en una situación de completa imposibilidad para hacer prosperar su pretensión, procedería a desplazar al litigante obstruccionista los perjuicios derivados del no esclarecimiento de los hechos, es decir, invertir la carga de la prueba.

En definitiva, podemos sostener que la negativa injustificada a exhibir documentos debe repercutir negativamente sobre el litigante reacio a colaborar, no sobre quien sufre dicha falta de cooperación, cosa que puede tener lugar a través de una inversión de la carga de la prueba o mediante el establecimiento de presunciones a favor de la parte necesitada del medio probatorio. Esta última es la solución recogida en la Ley Procesal.

2.4. Caución

De conformidad con el artículo 818 del Código Judicial, la caución para garantizar los daños y perjuicios materiales, que habla el artículo 817 del Código Judicial, en las medidas de aseguramientos de pruebas, cuando es promovida prejudicialmente, se fijará la misma, teniendo en cuenta los perjuicios que se puedan causar y la naturaleza del asunto, la cual no será menor de cien balboas (B/.100.00) ni mayor de mil balboas (B/.1,000.00). No obstante, se prescinde de la caución, cuando la diligencia prejudicial o judicial la promueve el mismo tenedor de los libros, documentos u objetos suyos; o cuando se promueva respecto a libros, documentos u objetos de quien es parte del proceso respectivo; ni cuando la diligencia haya de practicarse en un despacho estatal o municipal.

Esta caución tiene una vigencia efímera, ya que por disposición legal (párrafo segundo, inciso final, del artículo 816 del Código Judicial), esa fianza se devolverá al interesado, transcurrido un

mes sin que se hubiera promovido alguna reclamación de los eventuales perjuicios que pudieran derivarse por la práctica de la medida, al exhibido. Este mismo supuesto aparece recogido en el artículo 825 del Código Judicial, con alguna pequeña variante, al sostener que *“se cancelará la caución de que trata el artículo 817 si un mes después de la exhibición no se ha presentado reclamo por daños o perjuicios o en cualquier tiempo en que los soliciten conjuntamente las partes interesadas”*. Este último supuesto casi nunca ocurre en la práctica, pero la Ley deja abierta la posibilidad de que ambas partes lo puedan solicitar.

2.6. Allanamiento

En materia de diligencias exhibitorias, a diferencia de lo que ocurre en el secuestro, de conformidad con el artículo 819 del Código Judicial, el auto que ordena la inspección, lleva implícito o tácita la orden de allanamiento para llevarla a cabo, pero esa inspección no se extenderá en ningún caso al registro del domicilio de la persona que negare tener la cosa o documento cuya exhibición se pide, salvo que medie solicitud de la parte solicitante de la medida.

2.7. Práctica de la diligencia

Según el artículo 820 del Código Judicial, una vez sea decretada la inspección, el juez la llevará a cabo con asistencia del secretario y dos testigos, y del interesado, si está en él asistir. Una vez se traslada al lugar donde está la cosa o documento cuya exhibición se pide, se intimará al tenedor que los presente, con apercibimiento respecto de sus consecuencias.

En este caso se está refiriendo a lo que dispone el artículo 824 del Código Judicial, que expresamente prevé que *“...a la persona que se niegue a la exhibición judicialmente decretada o la evada, se le condenará por desacato y además será responsable de los daños y perjuicios causados a la persona que hubiese solicitado la exhibición si el tenedor no fuere parte en el proceso; pero si el tenedor fuere parte, al negarse a la exhibición o al evadirla, se podrá apreciar tal actitud como indicio en su contra en el momento de fallar, más o menos grave, según las circunstancias y previa prueba, en ambos casos, de estar en poder de dichas personas la cosa que se niega exhibir.”*

En el evento que para llevar a cabo la inspección se requieran conocimientos especiales, el juez deberá hacerse acompañar de peritos, en vez de testigos. Cuando la cosa que debe exhibirse esté confundida con otra u otras, de manera que no pueda hacerse efectiva la acción exhibitoria sin presentar todas esas cosas, puede el tenedor ser obligado a la presentación de todas, para ubicar los bins u objetos que se desean.

De conformidad con el artículo 821 del Código Judicial, si la cosa que debe exhibirse fuere

inmueble y el peticionario solicitare que el tenedor franquee la entrada para tomar medidas, examinar los límites u otro objeto inocente y útil al solicitante, el juez acordará lo pedido con las precauciones y advertencias necesarias, a fin de evitar daños y perjuicios al poseedor o tenedor.

Aunado a ello, según el artículo 822 del mismo texto legal, El que tenga testamento en que otro pretenda estar instituido heredero o tener parte y en general toda persona natural o jurídica que por razón del comercio o industria que ejerza u otra causa semejante, tenga en su poder datos o documentos de los cuales pueda servirse cualquier persona para deducir derechos efectivos, está obligado a presentarlos.

2.8. Recurribilidad contra la decisión que niega o acepta la medida

El artículo 816 del Código Judicial en su inciso final dispone que “Las resoluciones que se dicten en estos casos serán irrecurribles, salvo las que nieguen la práctica de la prueba anticipada”. Esta norma que no parece ser muy explicativa, en realidad lo que se está estableciendo es que la diligencia que decreta la medida de aseguramiento no cabe recurso alguno por parte del exhibido o presunto demandado. Y en ese mismo sentido, las que se niegan si lo son; sin embargo, en el listado de las resoluciones que pueden ser objeto de apelación según el artículo 1131 del Código Judicial, no figuran las relativas a las que niegan este tipo de aseguramiento de pruebas.

En atención a lo expuesto, la ideología en materia de admisiones de las diligencias exhibitorias, quedan sujetas al criterio de los juzgadores, una vez cumplidos los requisitos exigidos en las normas que gobiernan dicha figura jurídica y en todo caso de negarse la petición, el único recurso que cabe contra esa decisión, es el de reconsideración, que en la mayoría de los casos no tiene éxito jurisdiccional.

Para mejor comprensión apreciemos el criterio del Primer Tribunal Superior de Justicia, cuando en decisión de 26 de junio de 2019, dispuso:

CRITERIOS JURISDICCIONALES SOBRE LA DILIGENCIA EXHIBITORIA

• Revisión de libros y documentos de comerciantes

“Este Tribunal Constitucional ha manifestado en varias ocasiones, que **la revisión de libros y documentos de comerciantes se realiza de acuerdo a lo que establece el artículo 89 del Código de Comercio**, que para estos efectos regula el principio de la inviolabilidad de la correspondencia que estipula el artículo 29 de la Constitución Política. Así también se establecen normas concordantes y supletorias en los **artículos 817 del Código Judicial**.

Se puede apreciar que la norma citada en párrafos precedentes es clara en varios aspectos. En primer lugar, establece que sólo podrá ordenarse la exhibición de determinados asientos de los libros y documentos comerciales. También señala que la solicitud sólo puede realizarla una parte legítima o de oficio o por la propia persona dueña de la información cuando tiene interés o responsabilidad en la cuestión que se ventila. Otro aspecto importante es que el reconocimiento se debe realizar en el escritorio del comerciante.

El primer análisis que debe realizar el juzgador ante quien se hace la solicitud de inspeccionar libros de comercio, es si la persona es parte legítima y cuál es el interés jurídico que pretende probar y de qué forma le interesa. Así lo establece el artículo 817 del Código Judicial. **Para que la diligencia de exhibición de libros comerciales tenga sentido y objetivo y sea legal, estos son los requisitos indispensables que deben satisfacerse. ...**

A nuestro juicio, el acto impugnado, el Auto N°2219 de 20 de noviembre de 2019 emitido por el Juzgado Décimo Octavo de Circuito de lo Civil del Primer Circuito Judicial de Panamá **ha vulnerado el artículo 32 de la Constitución Política que consagra el debido proceso, pues el procedimiento para revisar libros, correspondencia y demás documentos de comerciantes, es por medio de una diligencia exhibitoria en las oficinas de la empresa.**” (Resaltado es nuestro – Primer Tribunal Superior de Justicia, 2020)

- **La decisión sobre D. Exhibitoria no admite apelación**

“Ahora bien, al disponerse el Tribunal a aplicar las normas de saneamiento a que se refiere el artículo 1151 del Código Judicial, advierte, que la Juez del primer nivel jurisdiccional incurrió en un error al conceder el referido medio ordinario de impugnación, ello es así, debido a que la resolución judicial arriba meritada, no es de aquéllas que aparece incluida en la norma general (artículo 1131 del Código Judicial), ni tampoco en otra de carácter especial, como susceptible del recurso vertical de apelación, por ello, lo procedente es inhibirse del conocimiento del referido recurso de apelación, y devolver el expediente al Tribunal de primera instancia.

Valga hacer la aclaración, que cuando el párrafo final del artículo 816 del Código Judicial, señala que *“Las resoluciones que se dicten en éstos casos serán irrecurribles, salvo las que nieguen la práctica de la prueba anticipada”, debe entenderse que se aplica lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1129 del cuerpo legal en cita, en cuanto a que “Sólo son reconsiderables las providencias, autos y sentencias que no admiten apelación”,* como acontece en el caso bajo estudio.

Finalmente, valga señalar que el presente criterio ha sido plasmado por esta Superioridad en innumerables resoluciones” (Resaltado es nuestro – Primer Tribunal Superior de Justicia, 2019)

- **La Diligencia Exhibitoria debe recaer sobre aspectos específicos**

“En efecto, con la diligencia exhibitoria se busca investigar de manera amplia una serie de documentos en el local comercial, vulnerando, a criterio de esta Corporación de Justicia, el derecho fundamental consagrado en el artículo 29 de la Constitución referente a la inviolabilidad de los documentos privados, por el hecho de que no se ha dirigido con fines específicos sino generales como ya hemos señalado.” (Resaltado es nuestro – Primer Tribunal Superior de Justicia, 2019)

- **Importancia de la relación sustancial o el interés jurídico en la petición**

“En ese sentido, este Tribunal comparte la posición de la parte amparista de que no se ha cumplido con el inciso segundo del artículo 817 del Código Judicial, en la medida que el proponente de la prueba al solicitarla no expresa o explica “cuál es la relación sustancial o el interés jurídico que pretende probar con la diligencia, y en qué forma le interesa personalmente”, ya que el Proceso Oral de Protección al Consumidor al cual accede la diligencia exhibitoria tiene por objeto la resolución del contrato de promesa de compraventa suscrito entre MARCO RIBELLI con las sociedades YOO PANAMA DEVELOPMENT LLC. y/o ADAMA REAL ESTATE, S.A., la devolución de la totalidad de la suma de dinero abonada, y el pago de una indemnización de daños y perjuicios supuestamente sufridos por el demandante, como resultado del atraso en la entrega del proyecto por parte de las demandadas.

En consecuencia, al disponer la orden demandada la entrega de información que pertenecen única y exclusivamente a YOO PANAMA DEVELOPMENT LLC. y a HABITAS REALTY GROUP INC., sobre sus cuentas bancarias, como del giro de sus negocios y de sus otros clientes, sin explicar que pretende probar con la diligencia o bien en qué forma le interesa personalmente, para el fondo del proceso, conocer el número de las cuentas y de los bancos en que las sociedades YOO PANAMA DEVELOPMENT LLC., y/o HABITAS REALTY GROUP INC., depositaron los dineros recibidos por parte de MARCO RIBELLI, el promitente comprador y solicitante de la diligencia exhibitoria; o bien, si la sociedad HABITAS REALTY GROUP INC., era o es en la actualidad la encargada de recolectar los pagos de los compradores y depositarlos en el Banco Aliado, S.A., o si fueron depositados en otras cuentas y quien era el propietario de las mismas, se permite a través de la orden demandada que se entregue información confidencial tanto del comerciante demandado, como de terceras personas involucradas con el giro de estos negocios de las amparistas, **sin la debida sustentación como lo exige el artículo 817 del Código Judicial.”**

(Resaltado es nuestro – Primer Tribunal Superior de Justicia, 2019)

- **Cumplimiento de las formalidades en la petición de D. Exhibitoria**

“El procedimiento para llevar a cabo la Diligencia Exhibitoria como prueba de aseguramiento, está establecido tanto en el Código de Comercio, como en el Código Judicial.

Veamos, pues, cuáles son las formalidades legales que debe tener una diligencia exhibitoria extrajudicial, o como aseguramiento de prueba, para lo cual debe tenerse en cuenta lo que establecen **los artículos 88 y 89 del Código de Comercio, en relación a los artículos 815 y 817 del Código Judicial, aplicables en virtud del numeral 2 del artículo 965 ibidem.**

Es cierto que, conforme al artículo 88 del Código de Comercio ninguna autoridad, juez o tribunal, puede hacer u ordenar pesquisa o diligencia alguna, para examinar de manera general la contabilidad de los comerciantes. Sin embargo, no es menos cierto, que, por su parte, el artículo 89 del mismo Código dispone que “solo podrá ordenarse la exhibición de determinados asientos de los libros y documentos respectivos, a instancia de parte legítima o de oficio, cuando la persona a quien pertenezcan, tenga interés o responsabilidad en el asunto o cuestión que se ventila”.

De lo expuesto se concluye, pues, que excepcionalmente sí puede un Juez o Tribunal ordenar la exhibición de determinados asientos de los libros y documentos respectivos, de acuerdo con determinadas formalidades.

Por su parte, el **artículo 817 del Código Judicial** establece que:

“Mediante la diligencia exhibitoria, el juez lleva a efecto la inspección de la cosa litigiosa, o de los libros, documentos u otros objetos que se hallen en poder del demandado real o presuntivo, del demandante, o de terceros y que el peticionario estime conducentes a probar o hacer efectivos sus derechos, pretensiones, excepciones o defensas.

Para los efectos de las limitaciones a que se refiere el artículo 89 del Código de Comercio se tendrá como parte legítima la que solicita la diligencia exhibitoria, aunque sea extrajudicial, siempre que exprese en su solicitud cuál es la relación sustancial o el interés jurídico que pretende probar con la diligencia, y en qué forma le interesa personalmente...” (El destacado es nuestro).

Conforme al **artículo 815 del Código Judicial**, entre las pruebas que pueden solicitarse como aseguramiento de prueba se encuentra la **diligencia exhibitoria** y, de acuerdo al **artículo 816 ibidem**, **para practicar una de las pruebas como aseguramiento de éstas, el peticionario deberá**

consignar una fianza que será señalada, entre B/.100.00 y B/.1,000.00 discrecionalmente por el Tribunal, al tenor del numeral 1 del artículo 818 del Código Judicial.

De las normas transcritas y mencionadas se infiere que como la inspección judicial es extrajudicial o se pide como aseguramiento de prueba debe ser a través de Diligencia Exhibitoria y requiere la **consignación de una fianza.**

Además, también se requiere que se solicite a instancia de **parte legítima, que el solicitante exprese la relación sustancial o el interés jurídico que pretende probar con la diligencia, que el solicitante tenga temor justificado de que eventualmente puede faltarle un medio de prueba o hacérsele difícil o impracticable su obtención y que la diligencia recaiga sobre determinados asientos de los libros y documentos respectivos.**

Debemos señalar que la solicitud de diligencia exhibitoria ha sido presentada ante Juez competente, ya que, conforme al artículo 816 del Código Judicial, las solicitudes de aseguramiento de pruebas deben **formularse ante Juez competente para la demanda** y se dijo que eran para un proceso sumario de rendición de cuentas contra una Fundación cuyo domicilio está en el Primer Circuito Judicial de Panamá. También se advierte que se consignó la fianza de perjuicios señalada por el Juez.

Además, en la solicitud se estableció que la Diligencia Exhibitoria en carácter de aseguramiento de pruebas era sobre ocho (8) inmuebles de propiedad de la FUNDACIÓN ANDREAL, con el objeto o finalidad de determinar si los inmuebles se encuentran arrendados o alquilados y, en caso afirmativo, determinar a quién están arrendados, desde cuándo están arrendados, cuánto pagan en concepto de canon de arrendamiento, a quién se le ha pagado el canon de arrendamiento, desde cuándo se paga el canon de arrendamiento, constancia de recibo o factura recibido en concepto del pago, cuánto han pagado los arrendatarios en concepto de canon de arrendamiento y obtener copia de la documentación que sustente las respuestas de las preguntas anteriores. En caso negativo, es decir si los inmuebles no están arrendados o alquilados, determinar qué uso se les confiere a esas propiedades.

Siendo, pues, que la orden atacada en este amparo fue dictada por una Juez competente, que estableció los fines específicos del examen, que cumplió con el trámite legal para ordenarla, de conformidad con los artículos 815 y 817 y concordantes del Código Judicial y que se cumplieron las limitaciones establecidas en los artículos 88 y 89 del Código de Comercio, debe concluirse que no se ha vulnerado el artículo 29 de la Constitución Política, ni el artículo

32 ibídem, por lo que lo procedente es denegar el amparo presentado. (Resaltado es nuestro – Primer Tribunal Superior de Justicia, 2018)

CONCLUSIONES GENERALES Y DE LOS CRITERIOS JURISDICCIONALES

- Podemos concluir que el aseguramiento de pruebas, es un medio por el cual un sujeto con posibilidades de ser demandante o demandado en un proceso, procura obtener o practicar un medio de prueba de forma anticipada, por temor justificado de no poderse adquirir o practicarse en el periodo probatorio ordinario.
- Si bien, nuestro enfoque se da sobre la Diligencia Exhibitoria, las normas jurídicas que gobiernan la facultad de obtener o practicar de forma anticipada un medio de prueba, permite cualquiera de las siguientes: testimonios prejudiciales; inspección judicial y dictámenes periciales; reconstrucción de sucesos o evento; reconocimiento de firma y citaciones a la presuntiva contraparte a efecto de que reconozca la autenticidad de un documento suscrito por ella o por un tercero; diligencia de informes, documentos públicos o privados, certificados de cualquier clase, conforme indique el peticionario y con arreglo a las limitaciones y restricciones que establece la ley; y la declaración de parte.
- En atención a los criterios jurisdiccionales, para darle cabida a una solicitud de diligencia exhibitoria, el peticionario debe cumplir con todos los requisitos de forma y fondo exigidos en el cuerpo normativo, siendo estos los principales: formulación ante el juez competente del proceso principal; formulación por persona legítima; justificación de la necesidad; expresión de la relación sustancial o el interés jurídico que pretende probar con la diligencia y la presentación de la caución para responder por todos los daños y perjuicios, a satisfacción del juzgador.
- A queda claro, que el procedimiento para revisar libros, correspondencia y demás documentos de los comerciantes, se da por intermedio de una diligencia exhibitoria, tal cual lo instituye el artículo 89 del Código de Comercio, en concordancia con el artículo 817 del Código Judicial y el artículo 29 de la Constitución Política.
- Un aspecto fundamental y así lo ha reconocido la jurisprudencia patria, la diligencia exhibitoria debe recaer sobre aspectos específicos los cuales deben detallarse en la solicitud, pues no es admisible la diligencia sobre fines o propósitos genéricos de las partes.

- De igual forma, tal como lo plasma la normativa y así lo han sostenido los Tribunales de Justicia, las decisiones que admiten los aseguramientos de pruebas son irrecurribles y en aquellos casos, en los cuales se niegue la práctica de la prueba anticipada, solamente se puede invocar el recurso de reconsideración, todo esto, en atención a los artículos 816, 1129 y 1131 del Código Judicial.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Fábrega Ponce, J; Cuestas G, C. (2004). Diccionario de Derecho Procesal Civil y Penal. Plaza & Janés Editores. Colombia.

Gil Vallejo, B. (2011). El aseguramiento de la prueba en el proceso civil y penal. Barcelona, Spain: J.M. Bosch Editor.

Mizrachi & Pujol, S.A. (2020). Código Judicial de la República de Panamá. Editorial M&P.

Mizrachi & Pujol, S.A. (2018) Constitución Política de la República de Panamá. Reformada al 2014. Editorial M&P.

Pico I Junoy, J. (2001). “La prueba anticipada en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil” Revista Justicia 2001, No 2-4.

LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, EN LA FASE DE INVESTIGACIÓN DEL PROCESO PENAL ACUSATORIO



Edgar Adib García Vargas*
Procuraduría General de la Nación, Panamá
adibgarcia02@gmail.com

Fecha de recepción: 05/09/2020

Fecha de revisión: 21/09/2020

Fecha de aceptación: 20/10/2020

RESUMEN

El poder punitivo del Estado se manifiesta de diferentes maneras, entre las cuales está el obligatorio cumplimiento de la normativa penal, que dispone diversas conductas humanas que delimita los hechos que de ser cometidos, acarrearán la aplicación de una sanción; no obstante, este poder no es omnipotente, sino limitado a ciertos principios que justifican precisamente el Estado de Derecho y las garantías fundamentales de los asociados. Ahora bien, incluso el derecho penal debe intervenir únicamente ante la agresión grave de un bien jurídico protegido o ante la imposibilidad de utilizar otros mecanismos de control social menos gravosos, lo que guarda relación con los principios de subsidiariedad y fragmentariedad, así como de su carácter de última ratio, conforme al artículo 3 del Código Penal. Una conducta para ser catalogada “*punible!*”, debe estar previamente descrita como delito y ajustarse a su tenor literal, tal como lo preceptúa el artículo 12 de dicha excerta legal. Los Delitos Contra la Administración Pública configuran conductas delictivas normadas en nuestro Código Penal, cuya finalidad radica en la protección del buen funcionamiento de las labores y deberes que se atribuyen a determinadas personas, a saber, los funcionarios o servidores públicos, quienes administran las arcas del Estado.

Cada una de estas conductas tipificadas en el Código Penal destinadas a castigar la mala administración de la cosa pública, debe ser analizada desde el prisma de la tipicidad, conforme al principio de legalidad estipulado en el artículo 31 de la Constitución Política de la República de Panamá. Ante la noticia criminal por la presunta comisión de uno de estos hechos punibles, el Ministerio Público debe adoptar toda una gama de estrategias y técnicas de investigación novedosas, que permitan acreditar el aspecto objetivo y subjetivo del mismo, a saber, el delito y la vinculación de un servidor público al mismo, o en ocasiones un particular.

Palabras clave: Delitos Contra la Administración Pública, Derecho Penal, Poder Punitivo del Estado, Técnicas de Investigación, Proceso Penal Acusatorio.

* Fiscal Adjunto de la Subsecretaría General de la Procuraduría General de la Nación; Fiscal Adjunto de la Sección de Investigación y Seguimiento de Causas de las Fiscalías Anticorrupción de la Procuraduría General de la Nación

CRIMES AGAINST THE PUBLIC ADMINISTRATION, IN THE INVESTIGATION PHASE OF THE ACCUSATORY CRIMINAL PROCESS.

ABSTRACT

The punitive power of the State is manifested in different ways, among which is the mandatory compliance with criminal regulations, which provides various human behaviors that delimit the facts that, if committed, will result in the application of a sanction; However, this power is not omnipotent, but limited to certain principles that justify precisely the rule of law and the fundamental guarantees of associates. However, even criminal law should only intervene in the face of the serious aggression of a protected legal good or the impossibility of using other less burdensome social control mechanisms, which is related to the principles of subsidiarity and fragmentation, as well as its character of last ratio, in accordance with article 3 of the Criminal Code. A conduct to be classified as “*punishable!*” Must be previously described as a crime and conform to its literal wording, as prescribed by article 12 of said legal excess. The Crimes Against the Public Administration configure criminal behaviors regulated in our Criminal Code, whose purpose lies in the protection of the proper functioning of the tasks and duties attributed to certain persons, namely, public officials or servants, who administer the coffers of the State. Each of these behaviors typified in the Criminal Code aimed at punishing the mismanagement of the public thing, must be analyzed from the perspective of typicality, in accordance with the principle of legality stipulated in article 31 of the Political Constitution of the Republic of Panama. Before the criminal news for the alleged commission of one of these punishable acts, the Public Prosecutor’s Office must adopt a whole range of innovative investigation strategies and techniques, which allow to prove the objective and subjective aspect of it, namely the crime and the connection from a public server to it, or sometimes a private one.

Keywords: Crimes Against Public Administration, Criminal Law, State Punitive Power, Investigation Techniques, Accusatory Criminal Procedure.

INTRODUCCIÓN

Los Delitos Contra la Administración Pública, tienen como objetivo fundamental proteger el buen funcionamiento de la gestión gubernamental, así como la labor de sus servidores; no obstante, ante las irregularidades cometidas por estos, interviene el poder punitivo del Estado, manifestado en nuestra norma subjetiva representada por el Código Penal, que bajo sus disposiciones, pretende preservar la correcta gestión administrativa del Estado.

Esta es una de las respuestas que cada Estado puede adoptar en pleno ejercicio de su poder coercitivo, si bien no la única, pretende corregir sus falencias y en cierto modo, hacer un “*mea culpa*”. Las facultades de la organización gubernamental, no son ni deben ser omnipotentes, sino más bien limitadas a cada una de las garantías y derechos fundamentales que para tales efectos describe nuestra norma fundamental, los cuales favorecen a todos los asociados, sean nacionales o extranjeros, y que por consiguiente, configuran un verdadero Estado de Derecho.

El Derecho Penal debe intervenir solo en los casos que lo amerite por situaciones de grave agresión a la normativa (antijuridicidad) y conforme al principio de última ratio, lo que va de la mano de los principios de subsidiariedad y fragmentariedad; no obstante, al tratar temas como los Delitos Contra la Administración Pública, cuya acción penal generalmente inicia de oficio y no admite desistimiento por parte de quien comunica la posible situación irregular, es de forzoso cumplimiento las diversas etapas del proceso penal, el cual tiene como objetivo primordial, obtener una decisión jurisdiccional, sea favorable o no a las pretensiones de cada parte interviniente.

Las nuevas modalidades delictivas, obligan a los administradores de justicia, y en especial a los entes investigadores, adoptar nuevas formas de investigación penal para lograr el fin último del proceso, es decir, la Justicia. Entre las técnicas comunes o tradicionales podemos mencionar aquellas que se desarrollan junto a los brazos auxiliares del Ministerio Público, a saber, la Dirección de Investigación Judicial a través de la División de Delitos Contra la Administración Pública, así como del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, respecto a los diferentes tipos de experticias científicas que buscan demostrar el hecho punible y la vinculación de una o más personas al mismo. Ahora bien, esas mismas conductas modernas, implican la adopción de métodos innovadores, tanto de fuentes abiertas como formales, las cuales desarrollaremos en la presente disertación.

Buscamos con esto, orientar sobre la delincuencia gubernamental, así como de la reacción social bajo criterios, no solo científicos, sino técnicos y experimentales de investigación, no comunes a un sistema de juzgamiento penal que recientemente se ve modernizado.

DESARROLLO

El poder punitivo de un Estado de Derecho tiene limitaciones y estas configuran un elemento para la paz social en general. La frontera de esa autoridad, lo representan los derechos y garantías fundamentales reconocidos a nivel Constitucional y Convencional y que operan a favor de cada uno de sus asociados.

Raúl Pariona Arana¹ en su artículo sobre *“El Delito de Abuso de Autoridad, consideraciones Dogmáticas y Político-Criminales”* indica *“que el ciudadano tiene derechos fundamentales superiores y anteriores al mismo Estado. En una democracia, el poder del Estado frente a los ciudadanos debe ser ejercido con racionalidad y límites. Por ello, el control de la actuación del funcionario público en el ejercicio de funciones públicas ha sido siempre objeto de preocupación de los Estados.”*

Ante la diversa gama de opciones que ostenta el Estado para ejecutar la obligatoriedad de sus disposiciones, emerge el Derecho Penal como medio coercitivo de regulación de la conducta humana, en esta oportunidad, de los servidores públicos, quienes se desempeñan en todos los niveles jerárquicos de una institución y conforme a su grado de responsabilidades, les está encomendada una especial labor institucional. Siendo así, un funcionario debe poseer cualidades muy específicas y niveles elevados de moralidad, honestidad y responsabilidad.

El actuar incorrecto del funcionario, requiere la intervención de la potestad sancionadora del Estado, ya sea disciplinaria, penal o incluso la patrimonial, todas destinadas a exigir la rendición de cuentas de ese servidor reacio.

El Derecho Penal, por su carácter de última ratio (artículo 3 del Código Penal Panameño), debe intervenir ante un daño grave que haga imperativa su aplicación, lo que guarda relación con los principios de subsidiariedad y fragmentariedad de esta especial materia del derecho; no obstante, la actividad gubernamental debe configurarse en ejemplo a seguir de la buena gestión administrativa, por lo que las irregularidades emanadas de sus colaboradores, nunca deben quedar en impunidad, ya sea por la aplicación de una sanción menos gravosa de carácter disciplinario, o por una pena de las que describe nuestra norma subjetiva.

En ese orden de ideas, los hechos que cometa un funcionario público en el ejercicio de sus funciones y que presuntamente revistan características delictivas, deben considerarse desde un análisis de tipicidad conforme al principio de estricta legalidad establecido en el artículo 31 de la Constitución Política de la República de Panamá, (únicamente serán penados, los hechos declarados punibles por ley anterior a su perpetración y exactamente aplicable al acto imputado), principio constitucional que se encuentra desarrollado en los artículos 4, 9, 12 y 13 del Código Penal.

¹ ARANA PARIONA, Raúl. - El Delito de Abuso de Autoridad, Consideraciones Dogmáticas y Político Criminales”. THEMIS-Revista de Derecho 68.2016.- (p.p.91).

Estos parámetros de legalidad orientan la acción de los operadores de justicia al aplicar el *ius puniendi*, entendido como el ejercicio del poder punitivo del Estado. A decir de Manuel Vidaurri Aréchiga² *“ocuparnos de estos principios también puede ser útil para recordarle al legislador las limitaciones impuestas a su potestad por el modelo de Estado de Derecho que habrá de respetar a la hora de realizar su función. Limitaciones que, por otra parte, también aplican a la función realizada por jueces, fiscales y abogados defensores para quienes estas acotaciones al ius puniendi representan sólidas herramientas de protección del ciudadano frente al poder punitivo del Estado”*

Al intervenir el Derecho Penal debido a la presunta comisión de un hecho punible, la participación del Ministerio Público es imperativa, ya que nuestra Carta Magna le asigna la titularidad de la acción penal y su persecución por contravenciones legales (artículo 220 de la Constitución Política de la República de Panamá). Las averiguaciones sobre los delitos cometidos contra la correcta gestión gubernamental son de carácter oficioso, tal como lo preceptúa el artículo 71, en concordancia con el 111 y 276 del Código Procesal Penal, siendo su principal gestor, la Vindicta Pública.

Por la connotación docente del presente artículo, nos limitaremos a esbozar un breve análisis sobre la teoría general de algunos tipos penales que afectan la correcta administración pública, no sin antes aclarar que fueron elegidos sin un orden de importancia específico. Vale destacar, que en la tipificación de estos delitos, se incorpora la regulación propuesta por la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

Para Iván Meini³, en su obra de *“Delitos Contra la Administración Pública”*, *“El bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración Pública lo constituye la Administración Pública, entendida como el correcto desempeño de las labores y deberes que se delegan y descargan en determinadas personas (servidores públicos) para que administren al Estado.”*

En cuanto al sujeto activo, este es *“calificado”*, toda vez que recae sobre la persona de un funcionario en ejercicio de sus funciones; sin embargo, no es únicamente limitativo a este, sino también a aquel particular que no tiene tal embestidura, pero que de manera directa o indirecta, realiza una función pública o maneja dinero estatal, lo que la doctrina denomina *“extraneus”*.

2 VIDAURRI ARÉCHIGA, Manuel. - “Compendio Temático de Derecho Penal”, Editorial Porrúa, S.A, México 2011. (p.p.130).

3 MEINI, Iván. - Delitos Contra la Administración Pública. Con arreglo al Código Penal de la República de Panamá (Ley 14 de 18 de mayo de 2007 y a las Convenciones Internacionales contra la Corrupción firmadas y ratificadas por Panamá. USAID-Panamá, Editora Novo Art, S.A. Panamá, 2007. (p.p.11).

Algunos autores afirman que el sujeto pasivo no solo es el Estado, ya que en delitos como el Abuso de Autoridad, la acción afecta a una persona sobre quien recayó la orden emanada.

También asevera el autor Meini, que debido a esta dualidad de autores o partícipes, la legislación panameña distingue los Delitos Contra la Administración Pública cometidos por servidores públicos, entre los que se encuentran el peculado, algunas formas de corrupción, concusión, exacción, enriquecimiento injustificado, abuso de autoridad y algunos otros; y por otra parte, el cometido por particulares, tales como el cohecho activo-corrupción privada-, tráfico de influencias, delitos contra los servidores públicos, etc., y agregamos nosotros, algunas formas de peculado cuando se trata de los denominados “*agentes de manejo*”.

En relación a este aspecto, la Convención Interamericana contra la Corrupción⁴ entiende por función pública: “*Toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos*”.

La primera figura delictiva que encontramos, corresponde a los delitos de peculado regulados en los artículos 338 al 344 del Código Penal vigente, donde se advierte las distintas formas en que se configura este tipo penal debido a la sustracción, mal uso o desviación de fondos públicos.

Entre las modalidades tenemos el tipo doloso dispuesto en el artículo 338, que ocurre cuando el funcionario sustrae bienes estatales que administra, de lo que se deduce que el sujeto activo es calificado y debe poseer entre sus atribuciones legales, la administración o custodia de bienes o caudales estatales. Las modalidades cuya ocurrencia puede verificarse, incluyen no solo cuando el funcionario se apropia o malversa fondos públicos, sino también cuando éste consciente que otro lo haga.

Al analizar el verbo rector “*sustraer*” debemos entender que no solo hace referencia a extraer físicamente un bien del estado de las oficinas institucionales, sino también por el deficiente mantenimiento que debe aplicar a lo que administra, ya que ese abandono, implicaría su no utilización. En cuanto al término “*malversar*” Meini lo define como “*invertir ilícitamente los caudales públicos o los equiparados a ellos, en usos distintos de aquellos a que están destinados*”.

Ahora bien, cabe advertir la participación de terceras personas en esta figura delictiva, catalogada como “*extraneus*” y es quien se apropia de bienes o fondos del estado, aprovechando la

4 Convención Interamericana contra la Corrupción.

permisividad del funcionario. Sobre esta persona ajena al ente gubernamental, recae responsabilidad penal en grado de complicidad del servidor público que directa o indirectamente permitió conscientemente que así sucediera, u omitió su deber de cuidado.

Existe incluso la posibilidad que se cometan estos delitos desde su concepción culposa, una vez ese servidor público que por razón de su cargo tiene la custodia o administración de bienes públicos, incurre en descuido o negligencia y esto repercute en la pérdida o abandono de los mismos.

Respecto al peculado por error regulado en el artículo 339 del Código Penal, ocurre cuando un funcionario, aprovechándose del error de un tercero o engañándolo para que lo cometa, obtiene un beneficio patrimonial indebido. Cabe destacar, que en esta figura, el servidor público también debe tener bajo su responsabilidad la labor de custodiar fondos o bienes estatales, por lo que no recae sobre cualquier otro funcionario.

El artículo 341 del Código Penal, sanciona el darle un uso distinto al público a dichos caudales (peculado de uso), a saber, un aprovechamiento particular. Este a su vez, se diferencia del regulado en el artículo 342 *lex cit*, toda vez que esta norma establece que a esos bienes, se les da una aplicación distinta de aquella a la cual estuvieron destinados, pero siempre dentro del servicio público (peculado por destinación).

Cuando el hecho recae en un agente de manejo (peculado por extensión), el artículo 343 del Código Penal nos señala una gama variada de situaciones en las que terceras personas, que en principio no son funcionarios, poseen facultades administrativas sobre bienes o caudales que pueden o no pertenecer al Estado y por ello, pueden enfrentar responsabilidad penal al respecto. Corresponde pues, a cinco supuestos en los cuales, bien sean fondos públicos que un particular se encuentra designado a administrar, como por ejemplo, aportes económicos estatales destinados a Organizaciones No Gubernamentales, o por el contrario, erarios privados cuya gestión se encarga, a través de figuras como el depositario de bienes embargados o secuestrados, debidamente designado por autoridad competente.

Consideramos importante destacar sobre este delito, el criterio esbozado por el autor Meini sobre la innecesaria individualización de una cuantía del perjuicio patrimonial para el Estado, tomando como eje fundamental de su aseveración, tanto el tenor literal de la norma penal, como las Convenciones Internacionales ratificadas por la República de Panamá que expresamente prohíben tal requisito, criterio que compartimos íntegramente, toda vez que basta la existencia de la mala administración o una utilización distinta al fin social de los caudales públicos, para trasgredir el

bien jurídico protegido de la correcta función estatal. Aunado a ello, el artículo 344 del Código Penal, señala que al existir el reintegro de caudales públicos mal habidos, en el caso de los delitos contemplados en los artículos 338, 339 y 341, existirá una disminución de la sanción, no así la despenalización de la conducta.

Respecto a los delitos de corrupción de servidores públicos, el artículo 345 del Código Penal dispone una multiplicidad de verbos rectores, incurriendo en esta conducta el servidor público que “*acepte*”, “*reciba*” o “*solicite*” dinero o cualquier beneficio o ventaja a cambio de “*realizar*”, “*omitir*” o “*retardar*” una acción propia del cargo o no la realice conforme la ley se lo exige.

Lo anterior quiere decir, que la modalidad del delito de Corrupción de Servidores Públicos, castiga los casos en que el sujeto activo calificado (servidor público) realiza un acto en cumplimiento de su deber, a cambio de una contribución indebida, así como cuando omite su obligación o la hace indebidamente, a cambio de ese beneficio ilícito.

En igual sentido, el artículo 347 de la norma penal, hace referencia al tercero que so pretexto de influir en las labores del servidor público, le “*ofrece*”, “*promete*” o “*entrega*” cualquier beneficio o ventaja, lo que es conocido como “*corrupción privada*”. Ambos tipos penales entonces hacen referencia a la participación de un servidor público y de una tercera persona ajena a la administración estatal, existiendo de por medio el ofrecimiento de un beneficio susceptible de ser cuantificable, para que el funcionario realice indebidamente sus labores.

Respecto al delito de Enriquecimiento Injustificado, el artículo 351 del Código Penal resalta ciertos requisitos sine qua non del tipo, tales como el elemento volitivo representado en una conducta dolosa del sujeto activo calificado, para incrementar indebidamente su patrimonio, con relación a los ingresos legítimos obtenidos durante el ejercicio del cargo. Dicho aumento de los caudales personales, debe guardar relación con un acto propio del cargo, desde la perspectiva que requiere acreditar la ejecución o celebración de actuaciones, que revelen falta de probidad en su desempeño laboral y que ésta a su vez, se encuentre ligada al enriquecimiento injustificado mediante la obtención de ventajas económicas o actos fraudulentos (contratos públicos por ejemplo).

En relación al delito de Abuso de Autoridad del artículo 355 del Código Penal, ocurrirá cuando un funcionario en ejercicio de su cargo pero sobrepasando sus límites, “*ordena*” o “*comete*” un hecho arbitrario que provoca perjuicio a una persona. Bajo esta premisa, el tipo penal contiene dos modalidades: el cometer y el ordenar un acto que rebase sus facultades en perjuicio de alguien.

Si bien el capítulo VII titula la conducta y la conjuga con el delito de Infracción de los Deberes de los Servidores Públicos, no pueden interpretarse de manera conjunta, toda vez que en ellos opera el principio de subsidiariedad, tomando en consideración que el primero describe la ejecución de actos positivos (comisión) por parte del autor, comprendiendo que este trata de un hecho arbitrario no calificado específicamente en la ley penal.

De tal manera, que difiere con la estructura jurídica del delito de Infracción regulado en el artículo 356 del Código Penal, que prevé actos negativos (omisión) en el que el sujeto activo “*no debe hacer algo*” para cumplir con las exigencias de la disposición especial. Es en razón de la estructura dogmática de estos tipos penales, que resulta hermenéuticamente improcedente sostener la atribución a un sujeto activo la comisión de ambos tipos penales de manera simultánea (Abuso de Autoridad e Infracción de los Deberes de los Servidores Públicos), bajo el supuesto de un mismo hecho jurídicamente relevante, es decir, no es posible realizar una acción por comisión y omitirla a la vez.

Para la investigación de estas conductas, el Código Procesal Penal, los Convenios Internacionales y la doctrina, orientan sobre métodos modernos de investigación.

El artículo 272 del Código de procedimiento penal, establece que el Objeto de la Investigación es “*procurar la resolución del conflicto si ello resulta posible, y establecer si existen fundamentos para la presentación de la acusación mediante la obtención de toda la información y elementos de convicción que sean necesarios para esa finalidad, presentados por el Ministerio Público o el querellante o ambos, con la oportunidad de la defensa del imputado.*”

En ese sentido, el artículo que le sigue, establece que para estos fines, se consignará y asegurará todo cuanto conduzca a la comprobación del hecho y a la identificación de los autores y partícipes (art.68 del C.P.P.), disponiendo para ello, la práctica de toda diligencia científico-técnica y en general, cualquiera que resulte más adecuada mediante la participación de los organismos especializados o brazos auxiliares del Ministerio Público, los cuales se encuentran debidamente regulados conforme a los artículos 77 y 78, es decir, la Dirección de Investigación Judicial y el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, quienes actuarán bajo la dirección del Fiscal y se ajustarán a los protocolos de actuación propios de las técnicas o ciencias forenses necesarias para esa finalidad.

Asimismo, el Ministerio Público, practicará y ordenará la ejecución de toda diligencia bajo criterios de objetividad (art.70 del C.P.P.), incorporando al debate todo cuanto determine la

inocencia o culpabilidad del imputado y tomando en consideración las necesidades y los derechos constituidos a favor de la víctima. Es dable acotar, que la carga de la prueba corresponderá al Fiscal (art.72 del C.P.P) y en cada actuación adelantada por él, debe motivar de forma clara y concisa, sus razones legales o jurídicas (art.73 del C.P.P.).

De manera general, estas son facultades de investigación que el Ministerio Público utiliza en la función de persecución penal, destacándose también la existencia de una obligación legal de parte de quien es requerido por el Fiscal, toda vez que aquella persona natural o jurídica, pública o privada, que sea conminado por un agente de instrucción para brindar, entregar o proporcionar la información que posea relacionado al hecho punible, está en el deber de suministrarla de manera pronta, eficaz y completa, según exigen los artículos 75 y 277 de la norma de procedimiento penal.

Entre los actos de investigación del Código Procesal Penal y que coadyuvan en las averiguaciones de este tipo penal especial, encontramos aquellos que no están sujetos a control jurisdiccional (Inspección del lugar de los hechos -art. 318-; entrevista investigativa -art.320-; comparecencia del imputado ante el Ministerio Público -art.321-). También los que deben ser controlados previamente ante un Juez de Garantías (Allanamiento -art.293 al 306-; Entrega de objetos o documentos -art.307-; Interceptación de comunicaciones -art.311-), o que requieren control posterior (Incautación de datos -art.314 a 317 del C.P.P.-).

Otra modalidad que resulta de mucha utilidad, es la figura del “Informe” reglado en el artículo 418 del C.P.P., que permite, tanto al Ministerio Público como a los abogados defensores, peticionar a cualquier persona natural o jurídica, pública o privada, información que posean y que guarde relación al hecho punible, estableciendo incluso un período perentorio para brindar respuesta oportuna y veraz, sujeto a la autorización de sanción de no cumplirse así.

Entre los métodos no convencionales, podemos auxiliarnos de aquellos destinados a demostrar la presunta comisión de un delito de Delincuencia Organizada, tomando en consideración, que los delitos contra la Administración Pública, constituyen delitos precedentes según lo normado en el artículo 328-A del Código Penal.

En ese orden de ideas, Rodolfo Máximo Fernández Romo⁵ sugiere la aplicación de técnicas especiales de investigación tales como la vigilancia electrónica, lo que incluye la interceptación de correspondencia, comunicaciones y medios digitales; el agente encubierto y entregas vigiladas, destinados primordialmente para delitos relacionados con drogas y los testigos protegidos, cuya aplicación en Panamá se encuentra vigente y en la que apoya la Unidad de Protección a Víctimas,

Testigos y demás intervinientes del Ministerio Público-UPAVIT-.

Realiza una especial mención de los acuerdos de colaboración eficaz, figura novedosa ante la implementación del proceso de corte acusatorio en nuestro país y de suma efectividad, no solo para identificar a los autores y partícipes del delito, sino para conocer la organización, jerarquía y funcionamiento de una organización delictiva y que favorece también, la recuperación de activos.

A manera de conclusión, hacemos eco de lo afirmado por Fernández Romo sobre el proceso de investigación de este tipo penal, ya que *“Se trata pues de contar con un **sistema normativo anticorrupción** debidamente articulado, que tenga eficacia disuasoria y, por ende, preventiva, pero que también sea eficaz en la reacción, es decir, en la represión”, pero que para ello, “es necesario tener presente la idea rectora que inspira toda reforma en materia de delitos contra la Administración Pública: el **cambio de paradigma**. Esto significa que no se puede pretender luchar jurídicamente contra la corrupción –que muchas veces adquiere categoría de criminalidad organizada– haciendo uso de instrumentos y criterios clásicos del derecho penal, que fueron concebidos para contrarrestar un particular tipo de criminalidad. En otras palabras, quien quiera ganar una batalla en el siglo XXI tendrá que dejar de lado las lanzas y piedras y utilizar un arsenal más sofisticado”*.

5 FERNÁNDEZ ROMO, Rodolfo Máximo. - Los Métodos Especiales de Investigación Criminal, como alternativa legal de persecución penal contra el lavado de dinero”. Profesor Titular de Derecho Procesal Penal de la Facultad de derecho de la Universidad de la Habana. (p.p. 293 y s.s.)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Constitución Política de la República de Panamá (2005).

Código Penal de la República de Panamá (2016).

Código Procesal Penal de la República de Panamá (2016).

Convención Interamericana contra la Corrupción.

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

ARANA PARIONA, Raúl. (2016). El Delito de Abuso de Autoridad, Consideraciones Dogmáticas y Político Criminales. -THEMIS-Revista de Derecho 68.

VIDAURRIARÉCHIGA, Manuel. (2011). Compendio Temático de Derecho Penal, Editorial Porrúa, S.A, México.

MEINI, Iván. (2007). Delitos Contra la Administración Pública. Con arreglo al Código Penal de la República de Panamá (Ley 14 de 18 de mayo de 2007 y a las Convenciones Internacionales contra la Corrupción firmadas y ratificadas por Panamá. USAID-Panamá, Editora Novo Art, S.A. Panamá.

FERNÁNDEZ ROMO, Rodolfo Máximo. (s/f). Los Métodos Especiales de Investigación Criminal, como alternativa legal de persecución penal contra el lavado de dinero. Profesor Titular de Derecho Procesal Penal de la Facultad de derecho de la Universidad de la Habana.

GUERRA de VILLALAZ, Aura Emérita. (2010). Compendio de Derecho Penal — Parte Especial. Editorial Chen, S.A., Panamá.

MUÑOZ CONDE, Francisco. (2002). Teoría General del Delito. Editorial Temis S.A., Segunda Edición, Bogotá, Colombia.

ROJAS VARGAS, Fidel. (2002). Delitos contra la Administración Pública. Grijley, Lima.

PORTOCARRERO HIDALGO, Juan. (1996). Delitos contra la Administración Pública. Editorial Jurídica Portocarrero, Lima.

PRESUNCIONES Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN RELACIÓN A LA LEY DE MERCADO DE VALORES, N° 18.045



Carlos Isensee Rimassa*
Universidad de Santiago de Chile
carlos.isensee@usach.cl

Fecha de recepción: 15/09/2020

Fecha de revisión: 26/09/2020

Fecha de aceptación: 10/10/2020

RESUMEN

El artículo estudia las presunciones legales de posesión de información privilegiada que se encuentran en la Ley N° 18.045, de Mercado de Valores Chilena y cómo éstas han sido aplicadas en diversos casos en que la ex Superintendencia de Valores y Seguros, hoy Comisión para el Mercado Financiero.

Palabras clave: presunción, Mercado de valores, mercado financiero, Ley N° 18.045

ASSUMPTIONS AND EVALUATION OF THE EVIDENCE IN RELATION TO THE STOCK MARKET LAW, No. 18,045.

ABSTRACT

The article studies the legal presumptions of possession of privileged information found in Law N° 18,045, on the Chilean Securities Market, and how these have been applied in various cases that ended with sanctions, solved by the Superintendency of Securities and Insurance, today the Commission for the Financial Market.

Keywords: presumption, Stock market, financial market, Law No. 18,045

* Abogado y Magíster en Derecho con mención en Derecho Público por la U. de Chile. Profesor asistente de la Facultad de Derecho de la U. de Santiago de Chile, y profesor invitado del MBA de dicha Universidad. Además, es profesor invitado del Magíster en Derecho Público y del Magíster en Derecho de la Empresa, de la U. Mayor, y del Instituto de Estudios Judiciales.

INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente trabajo es discutir sobre las presunciones legales de posesión de información privilegiada que se encuentran en la Ley N° 18.045, de Mercado de Valores Chilena, y cómo estas han sido aplicadas en un procedimiento administrativo sancionador. Para ello, lo primero que debemos abordar es qué entendemos cuando hablamos de presunción. Ello nos permitirá tener claridad, para analizar aquellos casos en que ha operado dicha presunción y se ha sancionado en Chile a alguien que, estando en posesión de información privilegiada, incurrió en alguna de las conductas que la ley prohíbe¹, como lo son la infracción al deber de reserva, la prohibición de uso y la prohibición de enajenar o adquirir valores respecto de los que tenga acceso a información privilegiada (también conocido como infracción al deber de abstención)². Luego de ello, se analizará si, no obstante hacerse mención a esa regla de presunción, se ha optado por resolver los casos valorando las pruebas producidas durante el procedimiento administrativo sancionador, conforme a las máximas de la experiencia.

CONCEPTO Y TIPOS DE PRESUNCIONES

El término presunción exhibe una *“ambigüedad proceso-producto”*³, y se presenta cuando utilizamos el término presunción *“para referirnos tanto a la actividad de presumir, como el resultado de la actividad presuntiva”*⁴.

1 El concepto de información privilegiada está definido en el artículo 164 de la Ley de Mercado de Valores: “Para los efectos de esta ley, se entiende por información privilegiada cualquier información referida a uno o varios emisores de valores, a sus negocios o a uno o varios valores por ellos emitidos, no divulgada al mercado y cuyo conocimiento, por su naturaleza, sea capaz de influir en la cotización de los valores emitidos, como asimismo, la información reservada a que se refiere el artículo 10 de esta ley.

También se entenderá por información privilegiada, la que se posee sobre decisiones de adquisición, enajenación y aceptación o rechazo de ofertas específicas de un inversionista institucional en el mercado de valores”.

2 El artículo 165 de la Ley de Mercado de Valores define dichos ilícitos: “Cualquier persona que en razón de su cargo, posición, actividad o relación con el respectivo emisor de valores o con las personas señaladas en el artículo siguiente, posea información privilegiada, deberá guardar reserva y no podrá utilizarla en beneficio propio o ajeno, ni adquirir o enajenar, para sí o para terceros, directamente o a través de otras personas los valores sobre los cuales posea información privilegiada.

Asimismo, se les prohíbe valerse de la información privilegiada para obtener beneficios o evitar pérdidas, mediante cualquier tipo de operación con los valores a que ella se refiera o con instrumentos cuya rentabilidad esté determinada por esos valores. Igualmente, se abstendrán de comunicar dicha información a terceros o de recomendar la adquisición o enajenación de los valores citados, velando para que esto tampoco ocurra a través de subordinados o terceros de su confianza.

No obstante lo dispuesto precedentemente, los intermediarios de valores que posean la información privilegiada a que se refiere el artículo anterior, podrán hacer operaciones respecto de los valores a que ella se refiere, por cuenta de terceros, no relacionados a ellos siempre que la orden y las condiciones específicas de la operación provengan del cliente, sin asesoría ni recomendación del intermediario, y la operación se ajuste a su norma interna, establecida de conformidad al artículo 33.

Para los efectos del inciso segundo de este artículo, las transacciones se entenderán realizadas en la fecha en que se efectúe la adquisición o enajenación, con independencia de la fecha en que se registren en el emisor”.

3 Gama, Raymundo. “Concepciones y tipología de las presunciones en el Derecho continental”. En: Revista de Estudios de la Justicia, N° 19, 2013, p. 66.

4 Gama, Raymundo (2013), p. 66.

Para dar solución a este problema, “*algunos autores, han estipulado reservar el uso de la noción de ‘presunción’ para referirse a la actividad de presumir, mientras que el resultado de dicha actividad es identificado como ‘hecho presumido’ o ‘hecho presunto’*”⁵. Entonces, cabe distinguir entre “*presunción como actividad y presunción como resultado*”⁶. En lo sucesivo seguiré esta distinción y, cuando me utilice el término “*presunción*”, me referiré a la actividad de presumir.

Algo que es común en toda presunción, es que ella supone tres elementos:

- i) una identificación de un hecho base o hecho conocido (P),
- ii) un enlace o conexión lógica, y
- iii) un hecho presumido o hecho desconocido (Q)⁷.

Dependiendo de quién realice la actividad de presunción, esto es, quién enlace el hecho base con el hecho presumido, distinguiremos entre presunciones (a) simples o judiciales (artículo 1.712 del Código Civil), y (b) legales (artículo 47 del Código Civil). En las primeras, el juez enlaza el hecho base con el hecho presumido, y para ello utiliza –como enlace– “*las llamadas máximas de experiencia*”⁸.

PRESUNCIONES SIMPLES O JUDICIALES

Sin embargo, y como veremos, las presunciones simples o judicial en rigor no son presunciones, “*sino que constituyen el modo natural de razonar del juez, que consiste en construir inferencias probatorias epistemológicas. En otras palabras, se trata de la operación que realiza el juez para extraer, a partir de pruebas que permiten dar por probado un enunciado fáctico (en el lenguaje de los juristas, a partir de “hechos conocidos”), conclusiones acerca de la efectividad del hecho desconocido que intenta probarse*”⁹. De ese modo, nos encontramos ante “*razonamientos de carácter probatorio*”¹⁰ y no del tipo presuntivo, toda vez que el juez efectúa “*inferencias a partir de la información proporcionada*”¹¹ por los diversos medios de prueba, y luego “*evalúa en qué medida los elementos de juicio (los hechos probatorios) avalan la hipótesis que se quiere probar*”¹².

5 Gama, Raymundo (2013), p. 66.

6 Gama, Raymundo (2013), p. 66.

7 Gama, Raymundo (2013), p. 70.

8 Mendonca, Daniel. “Presunciones”. En: Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, 1998, vol. 1, Nº 21, p. 92.

9 Carbonell, Flavia. “La irradiación procesal del derecho civil: a propósito de los 21 hechos y de su prueba”. En: Pereira, Esteban (Ed.) Fundamentos Filosóficos del Derecho Civil Chileno, Santiago, Rubicon Editores, 2019, pp. 587-629.

10 Gama, Raymundo (2013), p. 70.

11 González Lagier, Daniel. “Presunción de inocencia, verdad y objetividad”. En: García, Juan y Bonorino, Pablo (Coords.). “Prueba y razonamiento probatorio en derecho. Debate sobre abducción”. Comares, Granada, 2014, p. 85.

12 González Lagier, Daniel (2014), p. 86.

Así, resulta claro que lo que un juez realiza no son presunciones, siendo “*preferible, por tanto, llamar inferencias probatorias epistemológicas a las presunciones judiciales*”¹³. Lo anterior, por cuanto del hecho base el juez infiere un hecho desconocido, utilizando como enlace las máximas de la experiencia^{14 15}. Este razonamiento es el mismo que utilizamos, a diario, en una serie de oportunidades: cuando decidimos salir con un paraguas en un día con nubes cargadas y con un fuerte viento norte, o cuando resolvemos madrugar por la mañana para evitar el tráfico. El hecho base son las nubes cargadas junto a un fuerte viento norte, o bien el tráfico que después de las 8 horas se genera. La experiencia nos dice que, si las nubes están cargadas y sopla un fuerte viento norte, es más probable que llueva, a que no; y también la experiencia nos recuerda que, si salimos después de las 8 horas, es más probable que encontremos tráfico, a que no.

PRESUNCIONES LEGALES

La estructura de las **presunciones legales**¹⁶, al igual que las presunciones simples, también está formada por un hecho base, un hecho presumido y un enlace o conexión lógica entre ambos¹⁷, pero su diferencia radica en quién ejecuta el enlace: en este caso, el legislador¹⁸. Así, las presunciones legales “*pueden tener como fundamento la observación de una asociación regular entre hechos (en cuyo caso son similares a máximas de experiencia, pero con autoridad normativa) o algún valor o principio que se considera relevante (por ejemplo, el de seguridad, el de protección de los intereses de la parte más débil, etcétera). En el primer caso, su finalidad es también la averiguación de la verdad; en el segundo caso, su finalidad es la protección de ese valor o principio*”. Por ser reglas jurídicas, la fuerza de su conexión lógica viene dada por “*el carácter normativo del Derecho*”¹⁹.

13 Carbonell, Flavia (2019), p. 18.

14 Rodrigo Cerda San Martín cita la definición de Döhring, quien señala que, las máximas de la experiencia, corresponden a “las reglas de la vida y de la cultura general formadas por inducción, mediante la observación repetida de los hechos anteriores a los que son materia de juzgamiento, que no guardan ningún valor con la controversia, pero de los que pueden extraerse puntos de apoyo sobre cómo sucedió el hecho que se investiga”. Al respecto, vide Cerda San Martín, Rodrigo. “Sana crítica en materia penal. ¿Cuánta objetividad y cuánta subjetividad? En: Revista de Justicia Penal, Nº 21, septiembre de 2018, Librotecnia, p. 106.

15 González Lagier, Daniel (2014), p. 88. Al respecto, vide p. 95. En relación al concepto de máxima de la experiencia, González Lagier ha señalado que éstas “tienen como fundamento la observación de una asociación más o menos regular entre dos hechos y su finalidad es tratar de aproximarse en la mayor medida posible –dadas las circunstancias de la prueba- a la verdad acerca de los hechos que se infieren” (p. 88). Junto con ello, González Lagier advierte que la fuerza de esta conexión lógica “viene determinada por la solidez del argumento inductivo en el que descansan” (p. 88).

16 Taruffo, Michele, “Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos”, Marcial Pons, 2010, pp. 237 y ss., y 259 y ss.

17 Devis Echandía, Hernando. “Teoría general de la prueba judicial”, Tomo II, 1988, Buenos Aires, Zavalia, p. 694.

18 Devis Echandía, Hernando (1988), p. 694.

19 González Lagier, Daniel (2014), p. 88.

Ahora bien, las presunciones legales pueden ser clasificadas como simplemente legales (*iuris tantum*) o de derecho (*iuris et de iure*). En las presunciones simplemente legales se considera provisionalmente probado el hecho desconocido “*mientras no se suministre prueba en contrario*”²⁰, a diferencias de las presunciones de derecho, donde “*se considera definitivamente cierto el hecho*”²¹ desconocido. Estas últimas, en rigor, no son realmente presunciones, sino que corresponden a una ficción, por cuanto suponen “*existente o inexistente un hecho o una cosa que no es así*”²². En efecto, no existe actividad probatoria, sino que damos por cierto algo que no fue sometido a prueba.

Las presunciones simplemente legales, corresponden a “*normas en virtud de las cuales se presume el hecho que una parte debiera probar, y se atribuye a la otra parte la carga de demostrar lo contrario*”²³. En relación a ellas, Taruffo nos ilustra señalando cómo operan: “*una norma impone al juez tener por verdadero un hecho alegado por una parte, sin que exista ninguna prueba sobre él (en particular por iniciativa de la parte que lo ha alegado) y la verdad de este hecho continúa siendo vinculante para el juez si es que la otra parte no prueba lo contrario. Se podría decir, entonces, que las normas que establecen presunciones hacen que la decisión final se ocupe de los hechos sólo cuando se han aportado pruebas contrarias*”²⁴.

En mérito de lo anterior, cabe preguntar a qué corresponden los casos del artículo 166 de la Ley de Mercado de Valores.

PRESUNCIONES²⁵ DEL ARTÍCULO 166 DE LA LEY DE MERCADO DE VALORES.

El inciso primero del artículo 166 de la Ley de Mercado de Valores dispone lo siguiente:

“**Artículo 166. Se presume que poseen información privilegiada las siguientes personas:**

- a) Los **directores**, gerentes, administradores, ejecutivos principales y liquidadores del emisor o del inversionista institucional, en su caso.
- b) Las personas indicadas en la letra a) precedente, que se desempeñen en el controlador del emisor o del inversionista institucional, en su caso.
- c) Las personas controladoras o sus representantes, que realicen operaciones o negociaciones tendientes a la enajenación del control.
- d) Los directores, gerentes, administradores, apoderados, ejecutivos principales, asesores

20 Devis Echandía, Hernando (1988), p. 694.

21 Devis Echandía, Hernando (1988), p. 694.

22 Devis Echandía, Hernando (1988), p. 707.

23 Taruffo, Michele, “Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos”, Marcial Pons, 2010, p. 259.

24 Taruffo, Michele (2010), p. 260.

25 Además del artículo 166, la Ley Nº 18.045 utiliza en diversos artículos el término “presume”, “presumir” o alguno similar: art. 4 bis letra f), 96, 98 inc. 2º y 4º, 100 inc. 2º, 106 inc. final, 112 inc. 4º y 243.

financieros u operadores de intermediarios de valores, respecto de la información del inciso segundo del artículo 164 y de aquella relativa a la colocación de valores que les hubiere sido encomendada.

Cada uno de estos cuatro casos corresponde a una presunción simplemente legal respecto de quienes están en posesión de información privilegiada. Para que opere alguna de dichas presunciones, deberá existir un hecho base compuesto por información privilegiada y, además, una de las personas señaladas en alguna de los cuatro literales, como se grafica en el siguiente ejemplo: “Juan es director del Laboratorio X, y las acciones de dicha sociedad se transan públicamente en el mercado de valores chileno”. En dicho ejemplo se presume –por expreso mandato del legislador– que Juan está en posesión de información privilegiada. De ese modo, si se le formulan cargos a Juan, éste deberá producir prueba que desvirtúe la presunción de la letra a) del inciso primero del artículo 166 de la Ley de Mercado de Valores.

Por su parte, el inciso segundo del 166 de la Ley de Mercado de Valores establece otra situación, a saber:

“También se presume que poseen información privilegiada, en la medida que tuvieron acceso directo al hecho objeto de la información, las siguientes personas:

- a) Los ejecutivos principales y dependientes de las empresas de auditoría externa del emisor o del inversionista institucional, en su caso.*
- b) Los socios, gerentes administradores y ejecutivos principales y miembros de los consejos de clasificación de las sociedades clasificadoras de riesgo, que clasifiquen valores del emisor o a este último.*
- c) Los dependientes que trabajen bajo la dirección o supervisión directa de los directores, gerentes, administradores, ejecutivos principales o liquidadores del emisor o del inversionista institucional, en su caso.*
- d) Las personas que presten servicios de asesorías permanente o temporal al emisor o inversionista institucional, en su caso, en la medida que la naturaleza de sus servicios les pueda permitir acceso a dicha información.*
- e) Los funcionarios públicos dependientes de las instituciones que fiscalicen a emisores de valores de oferta pública o a fondos autorizados por ley.*
- f) Los cónyuges o convivientes de las personas señaladas en la letra a) del inciso primero, así como cualquier persona que habite en su mismo domicilio”.***

Para que nos encontremos ante el hecho base de cada una de estas seis presunciones, se debe acreditar que la persona objeto de cargos tuvo acceso directo al hecho objeto de la información.

Una vez probado este hecho, opera la presunción simplemente legal de encontrarse dicha persona en posesión de información privilegiada.

A continuación, revisaremos brevemente cómo la otrora Superintendencia de Valores y Seguros (“SVS”), hoy Comisión para el Mercado Financiero (“CMF”)²⁶, aplicó algunos de los casos del inciso segundo del artículo 166 de la Ley de Mercado de Valores.

JURISPRUDENCIA SANCIONATORIA RELATIVA A CASOS DE PRESUNCIONES DE POSESIÓN DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA, DEL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 166 DE LA LEY DE MERCADO DE VALORES.

Antes de analizar la jurisprudencia de la SVS, cabe hacer presente que el artículo 166 de la Ley de Mercado de Valores ha sido objeto de más de alguna modificación, y la principal de éstas fue su reemplazo por la Ley Nº 20.382, publicada en octubre de 2009. Con anterioridad a dicha modificación, los casos de presunciones del inciso segundo se encontraban en el inciso tercero y, es por ello que, en las sanciones cursadas por la SVS antes de la entrada en vigencia de los cambios introducidos por la Ley Nº 20.382, se hace referencia al inciso tercero y no al segundo.

Pues bien, durante el año 2004 la SVS sancionó con una multa de UF 200 tanto al Subgerente de Inversiones de EuroAmérica²⁷, como al Jefe de la Mesa de Dinero de La Construcción Compañía de Seguros de Vida S.A.²⁸, por el ilícito de uso de información privilegiada en la compra de acciones Aguas-A y La Polar, según dan cuenta las Resoluciones Exentas Nº 432 y 433 de 2004, respectivamente. En el considerando 11º de la primera resolución de multa, la SVS consideró lo siguiente: *“Que, adicionalmente la letra e) del inciso 3º del artículo 166 de la misma Ley, presume que tienen información privilegiada, en la medida que puedan tener acceso directo al hecho objeto de la información, los dependientes que trabajen bajo la dirección o supervisión directa de los directores, gerentes, administradores o liquidadores del emisor o inversionista institucional.*

En este caso, Juan Pablo Cofré Dougnac depende del gerente de inversiones de EuroAmérica Compañía de Seguros de Vida S.A., un inversionista institucional de acuerdo a lo expresamente indicado en la letra e) del artículo 4 Bis de la Ley 18.045, motivo por el cual y no obstante las

26 El inciso primero del artículo 67 de la Ley 21.000, que crea la Comisión para el Mercado Financiero, dispone: “La Comisión que crea esta ley será considerada para todos los efectos la sucesora y continuadora legal de la Superintendencia de Valores y Seguros, y del servicio denominado Superintendencia de Compañías de Seguros, Sociedades Anónimas y Bolsas de Comercio. Asimismo, será para todos los efectos la continuadora legal de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras.”

27 Resolución Exenta Nº 432 del 22 de septiembre de 2004.

28 Resolución Exenta Nº 433 del 22 de septiembre de 2004.

declaraciones obtenidas por este Organismo, relativas al conocimiento que don Juan Pablo Cofré Dougnac posea de la información de carácter privilegiado, la Ley presume que de todos modos posee este tipo de información”. Mismo análisis efectúa la Resolución Exenta N° 433 respecto del otro sancionado.

En dichas sanciones, la SVS utilizó la regla de presunción antes señalada, luego de probar que la persona objeto de cargos depende de uno de los gerentes de un inversionista institucional, como lo es una compañía de seguros. En ambos casos la SVS buscó robustecer la presunción, ya que si bien se valió de una presunción simplemente legal, luego mencionó que obtuvo evidencia que la respaldaba.

Con posterioridad al año 2004, se han cursado diversas sanciones por la ejecución de algún ilícito asociado a la posesión de información privilegiada. Sin embargo, pasaron varios años hasta que la CMF volvió a hacer mención a la presunción de posesión de información privilegiada, del literal a) del artículo 166 de la Ley N° 18.045, lo que ocurrió en noviembre de 2019, al sancionar al Sr. Gabriel Ruiz-Tagle²⁹ al pago de una multa de UF 7.500³⁰ (equivalentes a USD 279390³¹), por haber incurrido en la prohibición de uso de información privilegiada, además de la prohibición de transar valores³²; y al Sr. Aníbal Mosa³³ al pago de una multa de UF 10.000³⁴ (equivalentes a USD 372519³⁵), por haber incurrido éste último prohibición de transar valores estando en posesión de información privilegiada³⁶, en ambos casos correspondientes a acciones de Blanco y Negro S.A. (“ByN”).

Pues bien, en la resolución sancionatoria al Sr. Gabriel Ruiz-Tagle, podemos destacar lo siguiente. En el numeral 4 del número 4. del Capítulo IV.2. (p. 28), se señaló que, “es dable presumir que con ocasión de la información privilegiada a la que había tenido acceso, al haber asistido a la sesión de directorio de ByN en que se aprobaron los estados financieros al 31 de marzo de 2018, pudo estimar con el privilegio de poseer más información que el resto del mercado que el precio de la acción de Colo Colo el 29 de mayo de ese año – \$320 – excedía ampliamente su valor económico, llevándolo a cambiar su posición compradora por una vendedora, toda vez que, en sus

29 Resolución Exenta N° 7604 de 8 de noviembre de 2019.

30 El valor UF al 31 de octubre de 2020 es de \$28.839.

31 1 USD al 31 de octubre de 2020 equivale a \$ 774.

32 Con posterioridad, la CMF sancionó al Sr. Paul Fontaine al pago de una multa de UF 2.000 (USD 74504).

33 Resolución Exenta N° 7603 de 8 de noviembre de 2019.

34 El valor UF al 31 de octubre de 2020 es de \$28.839.

35 1 USD al 31 de octubre de 2020 equivale a \$ 774.

36 Consagrado en la parte final del inciso 1° del artículo 165 de la Ley N° 18.045.

palabras, “...ese precio no se iba a sostener en el tiempo, pues no tiene fundamento económico”. Lo anterior, y atendida la cronología de los hechos, permite a esta Comisión concluir que dentro de los elementos que el Investigado tuvo en consideración para sus ventas, se encontraba la información contenida en los estados financieros al 31 de marzo 2018, aprobados en la sesión de directorio de 28 de mayo de ese año, información que de acuerdo a los antecedentes recopilados y a las declaraciones formuladas por el Investigado, habría sido parte del conjunto de antecedentes que le habría permitido concluir que el “valor económico” de la acción de Colo Colo no se condecía con su precio de cotización, materializándose la conclusión en las ventas del día 29 de mayo. Dichas ventas se realizaron antes que dicha información hubiese sido divulgada por la Sociedad al público, lo que se tradujo que esas ventas fueron efectuadas con una asimetría de información, que la normativa sobre información privilegiada busca precaver, de modo tal que el Investigado pudo vender acciones amparándose en la ventaja que le daba una información de la que carecía el mercado y sus contrapartes.

Por consiguiente, los descargos formulados por la defensa del Investigado en este punto no resultan suficientes para desvirtuar los cargos que se le imputan, por lo que deberán ser desechados.”

Sin perjuicio de la referencia a la presunción simplemente legal antes señalada, en dicho caso la CMF tuvo por probado que el Sr. Gabriel Ruiz-Tagle sí estuvo en posesión de información privilegiada, ya que éste participó de la sesión de directorio en la que se aprobaron los estados financieros del emisor. En efecto, luego de valorar la prueba producida durante el proceso sancionatorio³⁷, en el párrafo final del numeral 4 del número 4. del Capítulo IV.2. (p. 31), la CMF señaló que *“ha adquirido la convicción de que el Investigado ha infringido el deber de abstención o prohibición absoluta de adquirir valores estando en posesión de información privilegiada respecto de las compras de acciones de Colo Colo realizadas el 29 de mayo de 2018, y la prohibición de usar información privilegiada en beneficio propio respecto de las enajenaciones de tales valores realizadas con la misma fecha, ambas infracciones contenidas en el inciso primero del artículo 165 de la Ley N°18.045.”*

³⁷ Para un análisis sobre la valoración de prueba en el procedimiento administrativo sancionador, vide Isensee, Carlos. “Debido proceso y su recepción en la ley N° 19.880: valoración y estándar de prueba en sede administrativa”. En: Revista de Derecho Público, Vol. 84, 1er. sem. 2016, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Asimismo, vide Duce, Mauricio. “Reflexiones sobre el proceso sancionatorio administrativo chileno: debido proceso, estándar de convicción (prueba) y el alcance del sistema recursivo”. En: Diritto Penale Contemporaneo, 2/2018. Más recientemente, vide . Larroucau, Jorge. “Las reglas de peso probatorio como privilegio de la potestad sancionadora de la Administración del Estado”. En: Ius et Praxis, vol. 26, N° 2, agosto 2020.

El razonamiento probatorio³⁸ empleado por la CMF, correspondió al empleo de inferencias probatorias epistémicas. En efecto, el **hecho base** fue que el Sr. Gabriel Ruiz-Tagle, en su calidad de director de ByN, conoció los estados financieros de la sociedad al 31 de marzo de 2018. Dicho hecho base fue valorado conforme a las máximas de la experiencia del mercado de valores, infiriendo epistémicamente la CMF que, la información contenida en esos estados financieros era privilegiada. En efecto, en el número 1. del Capítulo IV.2 (p. 21), ese Organismo concluyó que los estados financieros aprobados por el directorio de una sociedad anónima proveen al mercado de información “(*...*), *la que, por sus características de completitud, integridad y certeza – al ser aprobados por el directorio –, resulta transcendental para vislumbrar la situación financiera del emisor.*” Este razonamiento constata **una máxima de la experiencia del mercado de valores**: los estados financieros de los emisores reflejan su situación financiera.

Conforme a lo anterior, el hecho base “*el Sr. Gabriel Ruiz-Tagle conoció los estados financieros al 31 de marzo de 2018, antes que el mercado*”, valorado conforme las máximas de la experiencia “*los estados financieros reflejan la situación financiera del emisor*”, permite inferir el hecho desconocido: “*los estados financieros al 31 de marzo de 2018, conocidos antes que el mercado, le entregaron información privilegiada*”; o bien “*estuvo en posesión de información privilegiada*”.

CONCLUSIÓN

En relación a los ilícitos administrativos relacionados a la información privilegiada, la Ley Nº 18.045 de Mercado de Valores contiene, en su artículo 166, una presunción simplemente legal de “*posesión*” de esa información, con diversas hipótesis. De un tiempo a esta parte, dichas presunciones no fueron utilizadas durante varios años. Si bien la CMF volvió a referirse a ellas recientemente, en definitiva, resolvió dichos casos empleando inferencias probatorias epistémicas (máximas de la experiencia del mercado de valores). Tal vez, en consideración a que las presunciones simplemente legales son derrotables con una prueba en contrario.

³⁸ Sobre el razonamiento probatorio en el procedimiento administrativo sancionador, vide Isensee, Carlos. “Prueba y medidas cautelares en el derecho administrativo sancionador, penal y civil”, capítulo I, Librotecnia, 2018.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CARBONELL, Flavia. (2019). La irradiación procesal del derecho civil: a propósito de los 21 hechos y de su prueba. En: Pereira, Esteban (Ed.) Fundamentos Filosóficos del Derecho Civil Chileno, Santiago, Rubicon Editores.
- CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo. (2018). Sana crítica en materia penal. ¿Cuánta objetividad y cuánta subjetividad? En: Revista de Justicia Penal, N° 21, septiembre de 2018, Librotecnia.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. (1988). Teoría general de la prueba judicial, Tomo II, 1988, Buenos Aires, Zavalia.
- DUCE, Mauricio. (2018). Reflexiones sobre el proceso sancionatorio administrativo chileno: debido proceso, estándar de convicción (prueba) y el alcance del sistema recursivo. En: Diritto Penale Contemporaneo, 2/2018.
- ISENSEE, Carlos. (2016). Debido proceso y su recepción en la ley N° 19.880: valoración y estándar de prueba en sede administrativa. En: Revista de Derecho Público, Vol. 84, 1er. sem. 2016, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- ISENSEE, Carlos. (2018). Prueba y medidas cautelares en el derecho administrativo sancionador, penal y civil, Librotecnia, 2018.
- GAMA, Raymundo. (2013). Concepciones y tipología de las presunciones en el Derecho continental. En: Revista de Estudios de la Justicia, N° 19, 2013.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. (2014). Presunción de inocencia, verdad y objetividad. En: Garcia, Juan y Bonorino, Pablo (Coords.). Prueba y razonamiento probatorio en derecho. Debate sobre abducción. Comares, Granada, 2014.
- LARROUCAU, Jorge. (2020). Las reglas de peso probatorio como privilegio de la potestad sancionadora de la Administración del Estado. En: Ius et Praxis, vol. 26, N° 2, agosto 2020.
- MENDONCA, Daniel, (1998). Presunciones. En: Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, 1998, vol. 1, N° 21.
- TARUFFO, Michele, (2010). Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos, Marcial Pons.

Legislación

- Ley N° 18.045, Ley de Mercado de Valores.
- Ley N° 21.000, que crea la Comisión para el Mercado Financiero.
- Jurisprudencia Administrativa
- Superintendencia de Valores y Seguros (hoy Comisión para el Mercado Financiero),

Resolución Exenta Nº 432 del 22 de septiembre de 2004, correspondiente al denominado caso Ejecutivos Compañías de Seguro.

- Superintendencia de Valores y Seguros (hoy Comisión para el Mercado Financiero), Resolución Exenta Nº 433 del 22 de septiembre de 2004, correspondiente al denominado caso Ejecutivos Compañías de Seguro.
- Comisión para el Mercado Financiero, Resolución Exenta Nº 7603 de 8 de noviembre de 2019, correspondiente al denominado caso Aníbal Mosa - Blanco y Negro.
- Comisión para el Mercado Financiero, Resolución Exenta Nº 7604 de 8 de noviembre de 2019, correspondiente al denominado caso Gabriel Ruiz-Tagle - Blanco y Negro.
- Comisión para el Mercado Financiero, Resolución Exenta Nº 3.087 de 12 de junio de 2020, correspondiente al denominado caso Paul Fontaine - Blanco y Negro.

EL DERECHO ADMINISTRATIVO, SUS PRINCIPIOS Y SU RELACIÓN CON LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL MARCO DE LA DIVISIÓN DE PODERES



Stella María Escala

Docente de las Facultades de Derecho y Ciencias Forenses y
Ciencias de la Salud, UMECIT, Panamá
stellaescala@gmail.com

Fecha de recepción: 29/10/2020

Fecha de revisión: 30/10/2020

Fecha de aceptación: 02/11/2020

RESUMEN

Los principios del derecho son aquellos enunciados que los juristas, logran identificar como necesarios, para darle contenido al Derecho en general, o a cada una de sus ramas. Originalmente, la doctrina y el trabajo jurisprudencial, fueron encargados de identificar y describir la axiología de cada uno de estos principios, es decir, que los mismos, no estaban presentes en fuentes formales del derecho, pero con la evolución de éste, se ha tornado infaltables la descripción legal, de cada principio que pretende una norma anidar para darle cuerpo al tipo de rama jurídica que se trate.

Palabras clave: Administración pública, derecho, legalidad, Estado, democracia, Constitución Política.

ADMINISTRATIVE LAW, ITS PRINCIPLES AND ITS RELATIONSHIP WITH THE PUBLIC ADMINISTRATION WITHIN THE FRAMEWORK OF THE DIVISION OF POWER

ABSTRACT

The principles of law are those statements that lawyers, manage to identify as necessary, to give content to the law in general, or to each of its branches. Originally, doctrine and jurisprudential work were in charge of identifying and describing the axiology of each of these principles, that is to say, that they were not present in formal sources of law, but with the evolution of this, it has become the branch in question is inevitable.

Key words: Public administration, law, legality, State, democracy, Political Constitution.

El derecho administrativo es una rama del derecho público que regula la organización, funcionamiento y atribuciones de la Administración Pública y su relación con los ciudadanos, los servicios públicos y demás actividades estatales. Para autores como Miguel Sánchez Morón (2015),

El derecho administrativo comprende un conjunto de normas o sistemas de normas jurídicas, muy numerosas por cierto, que tienen por referencia común la Administración Pública. Estas normas regulan la organización administrativa, la actividad de la Administración, sus relaciones con otros sujetos de derecho público y privado, y los controles jurídicos a aquella que está sometida. Ese sistema normativo conforma un ordenamiento jurídico peculiar, en el sentido de que se funda en principios propios y característicos y en un conjunto de conceptos, técnicas y reglas de integración que lo diferencian de otras ramas del derecho privado como es civil, mercantil, laboral, o del derecho público como constitucional, penal, internacional, entre otros. (p.39)

Para Allan Brewer-Carías (2009),

El derecho administrativo es ante todo un derecho estatal, es decir, un derecho del Estado en el sentido de que además de emanar de éste, está destinado a regular una parte esencial de su organización y actividad; particularmente la Administración Pública como complejo orgánico, su organización y funcionamiento; el ejercicio de la función administrativa, y las relaciones jurídicas entre las personas jurídicas estatales y los administrados; siendo su objeto, por tanto, normar instituciones de carácter público que persiguen fines públicos y colectivos, situados por encima de los intereses particulares. Siendo un derecho que regula al Estado, el derecho administrativo se presenta siempre, por supuesto, como un derecho dinámico, en constante evolución, como consecuencia directa de los cambios que se operan en el ámbito social y político de cada sociedad. (p.1)

El principio de legalidad y la división de poderes marcan aportes significativos en la formación histórica del derecho administrativo, el cual tiene sus raíces en la instauración del Estado de Derecho, proclamado con las revoluciones liberales desarrolladas desde fines del siglo XVIII y a lo largo del siglo XIX, entre la que se destaca la Revolución Francesa que rompe con el Estado absoluto, donde el particular solo contaba con los derechos que le otorgaba el monarca. Es la democracia como régimen político el que permite al derecho administrativo ese equilibrio entre los poderes del Estado y los derechos de los administrados.

El autor Joan Manuel Trayter Jiménez (2015) plantea que *“la razón fundamental del derecho*

administrativo es otorgar derechos a los ciudadanos frente a los poderes públicos, en cuya base se encuentra la Administración Pública” (p.46). La Revolución Francesa es el punto de partida del derecho administrativo, y por ende de la Administración Pública, en el que surge el concepto de soberanía nacional y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, éste último desarrolla los valores de libertad, igualdad, fraternidad y propiedad.

La República de Panamá como Estado democrático se rige por una Constitución Política que establece de manera general, la organización, atribuciones y funcionamiento de los distintos órganos del Estado, y aspectos fundamentales de los servidores públicos. El derecho administrativo respeta la superioridad de nuestra Carta Magna, ya que desarrolla la función administrativa más a detalle sin contradecir lo plasmado en la misma.

Ahora bien, el derecho administrativo tiene principios y reglas propias que le confieren una posición de supremacía a la Administración Pública sobre los particulares, lo que no ocurre en el derecho privado. La Administración Pública funciona siguiendo las normas sustantivas y procedimentales del derecho administrativo, y su finalidad es proteger el interés general por encima de los intereses particulares.

Los principios del derecho administrativo cumplen una triple función en la práctica: servir como criterio de interpretación de las normas escritas, llenar vacíos normativos, y constituir el medio más idóneo para asegurar la unidad dentro de la pluralidad de preceptos que se aplican en la Administración Pública.

Los principios en el derecho administrativo constituyen un elemento unificador, indispensable para poner orden y aportar claridad y seguridad en la aplicación e interpretación de las normas. En Panamá, conforme al artículo 34 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, las actuaciones administrativas en todas las entidades públicas se realizarán con apego a los principios de informalidad, imparcialidad, uniformidad, economía, celeridad, eficacia, debido proceso, objetividad y estricta legalidad.

Existe una situación de desventaja entre el ciudadano y la Administración Pública, donde los principios del derecho administrativo sirven como un contrapeso, toda vez que constituyen verdaderas garantías para el administrado, y frenan los abusos y arbitrariedades que pudieran cometer los funcionarios en el ejercicio del poder. La incidencia que tienen estos principios, en especial el principio de legalidad y el debido proceso, le permiten al ciudadano hacer valer sus derechos y garantías, limitando la discrecionalidad de los funcionarios, y que el ciudadano frente a la Administración Pública pueda presentar sus pretensiones y pruebas, para que en un tiempo

razonable pueda obtener respuestas motivadas y conforme a derecho.

En ese orden de ideas, el autor Tomás de la Quadra-Salcedo (2012) sostiene que, *“el principio inspirador del derecho administrativo es el principio de legalidad, distinto a lo que ocurre con el derecho civil donde priva el principio de la autonomía de la voluntad”* (p.3.).

Luego de abordar el concepto y principios del derecho administrativo pasamos a la conceptualización de la Administración Pública, donde autores como Luis Humberto Delgadillo Gutiérrez y Manuel Lucero Espinosa (2012), afirman que esta conceptualización responde a un carácter objetivo que implica una actividad que de manera concreta, inmediata, continua y espontánea realizan los órganos del Estado para atender los intereses públicos, por lo que no interesa cuál es el órgano que realiza esta actividad, pues la misma puede efectuarse por los órganos Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Por otro lado, hacen referencia a un concepto de carácter subjetivo que plantea a la Administración Pública como un conjunto de órganos estructurados jerárquicamente dentro de la esfera del Poder Ejecutivo, por lo cual quedan fuera de este concepto los Poderes Legislativo y Judicial que realizan funciones administrativas. (p.85)

En ese sentido, la Constitución Política panameña al igual que las Constituciones de otros países, establece que los tres poderes públicos, actúan limitada y separadamente, pero en armónica colaboración. Cada uno de los poderes públicos juega su rol, con el objeto de que no haya concentración de poderes en una sola persona o grupo, que se respete el Estado de Derecho, y que se trabaje en beneficio del interés general.

Los autores Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández (2000) plantean que, La Administración Pública es una persona jurídica para el derecho administrativo, y esto es así, porque las relaciones jurídico-administrativas se basan en la persona, que es un sujeto de derecho que emana de declaraciones de voluntad, celebra contratos, es titular de un patrimonio, es responsable, es justiciable, etc. La Administración Pública es una organización puesta al servicio de la comunidad. (p.30)

Para entender un poco más sobre la Administración Pública, los autores García de Enterría y Fernández citan la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa del 13 de julio de 1998, que señala para los efectos de esta jurisdicción, que se entiende como Administración Pública:

- a. La Administración del Estado.
- b. La Administración de las Comunidades Autónomas.
- c. Las entidades que integran la Administración Local.

d. Las entidades de Derecho Público, que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, Comunidades Autónomas o entidades Locales (p.41).

La ley a la que hacen referencia los catedráticos de la Universidad Complutense de Madrid es muy similar a lo que se aplica en Panamá para hacer referencia a la Administración Pública, que en el artículo 201 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000 la define:

Desde el punto de vista objetivo, como el conjunto de actividades heterogéneas que tienen por finalidad lograr el bienestar social, como son la prestación de servicios públicos, medidas de estímulo a las actividades sociales y medidas de frenos a dichas actividades. Desde un punto de vista subjetivo, como el conjunto de organismos o dependencias estatales que forman parte del órgano Ejecutivo, cuya actividad está encaminada a lograr el bienestar social. Dentro de este órgano del Estado, se excluye la actividad de gobierno, que es una actividad netamente política.

También en el citado artículo de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, se define la Administración Central, Administración Descentralizada y Administración Local, las cuales actúan a través de actos administrativos, que no son más que la declaración emitida o acuerdo de voluntad, que ejerce un organismo público en ejercicio de sus funciones administrativas, para crear, modificar, transmitir o extinguir una relación jurídica regida por el derecho administrativo.

De lo establecido en la normativa panameña, podemos concluir que la Administración Pública no puede funcionar sin el derecho administrativo, el cual regula el poder público a través de reglas claras en cuanto a sus atribuciones y funcionamiento basados en la ley (principio de legalidad), y establece los propios límites que tienen cada uno de los poderes del Estado (principio de división de poderes). El derecho administrativo es propio, peculiar y autónomo de la Administración Pública, el cual debe garantizar en todo momento la protección de los derechos fundamentales que tenemos los ciudadanos frente a las instituciones del Estado.

Ahora bien, en la actualidad los panameños tienen mucha desconfianza en el trabajo que realiza la Administración Pública en general, toda vez que se quejan de la lentitud de los trámites propios de la burocracia estatal y del trato desigual, que se sustenta en que los allegados al poder consiguen beneficios con los que no cuentan todos. Es por ello que la Administración Pública tiene grandes desafíos, como:

1. Una efectiva separación de los tres poderes del Estado;
2. Una gestión pública transparente, eficiente y moderna; y

3. Una Administración Pública enfocada en trabajar por la colectividad y no para favorecer a unos pocos.

En ese orden de ideas, se observa tanto en la normativa como en la doctrina, que la Administración Pública debe servir con objetividad a los intereses públicos para lograr el bienestar social, y garantizar en todo momento la protección de los derechos fundamentales que todos los ciudadanos tenemos frente a las instituciones del Estado. La Administración Pública debe trabajar en lograr la eficiencia en los procesos; capacitar a los mejores para que ocupen determinadas posiciones; y se tenga una comunicación constante y transparente con la población.

Todo lo aquí expresado denota la importancia del derecho administrativo en el profesional del derecho, porque son múltiples los casos donde como ciudadanos y/o en el ejercicio de la abogacía tenemos que gestionar ante la Administración Pública, por lo que debemos saber los trámites, procedimientos y demás aspectos relevantes, para hacer valer nuestro derecho y el de nuestros clientes. Por otro lado, la función pública debe garantizar los derechos de los ciudadanos, orientando sus actuaciones en los principios de legalidad, debido proceso, división de poderes públicos, entre otros, en aras de lograr el bien común.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Brewer Carías, Allan (2009). *Derecho Administrativo y Derecho a la Democracia*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

Cassagne, Juan Carlos (2010). *Derecho Administrativo Tomo II*. Lima: Editorial Palestra.

Constitución Política de la República de Panamá (2004).

De La Quadra-Salcedo, Tomás (2012). *Concepto de Administración Pública y de Derecho Administrativo*. Madrid: Universidad Carlos III.

Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto y Lucero Espinosa, Manuel (2012). *Compendio de Derecho Administrativo (Novena Edición)*. México: Editorial Porrúa.

Fraga, Gabino (1992). *Derecho Administrativo (Tercera Edición)*. México: Editorial Porrúa.

García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón (2000). *Curso de Derecho Administrativo I (Décima Edición)*. Madrid: Civitas Ediciones.

Garrido Falla, Fernando (2010). Tratado de Derecho Administrativo, Volumen 1 (Decimoquinta Edición). Madrid: Editorial Tecnos.

Ley 38 de 31 de julio de 2000, Que aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración, regula el procedimiento administrativo general y dicta otras disposiciones especiales.

Sánchez Morón, Miguel (2015). Derecho Administrativo Parte General (Undécima Edición). Madrid: Editorial Tecnos.

Trayter Jiménez, Joan Manuel (2015). Derecho Administrativo, Parte General (Segunda Edición). Barcelona: Editorial Atelier.

NORMAS PARA AUTORES

1. Todos los trabajos serán consignados a través de la dirección electrónica del sistema de revistas de UMECIT en la dirección electrónica: revistas.umecit.edu.pa, para lo cual el autor debe registrarse previamente en la revista. Al hacer la entrega es necesario llenar la lista de comprobación de envíos, adjuntarla y asegurar lo siguiente: el artículo es original; no ha sido publicado anteriormente, ni se ha remitido previamente a otra revista; el documento se encuentra en formato Word; cumple con los requisitos bibliográficos y de estilo indicados en las normas de la revista, las cuales están basadas en la norma APA versión 2018.

2. Los trabajos deben versar sobre investigaciones, ensayos o artículos teóricos en el área de la especialización de la revista: Derecho y Ciencias Forenses.

3. Debe contener el nombre y apellido del autor o autores, indicando su adscripción institucional (centro de trabajo), país de origen y dirección de correo electrónico (información indispensable). Adicional, debe anexar fotografía tamaño carnet en formato digital del autor o los autores. La fotografía debe conservar un estilo académico.

4. Los trabajos se presentarán en español. El resumen debe estar adicionalmente traducido al inglés (abstract). La extensión oscilará entre cien (100) y trescientas (300) palabras; asimismo debe contener entre tres (3) y cinco (5) palabras claves como máximo y también deben estar traducidas al inglés en la página del abstract. La extensión aceptada será entre 10 y 20 páginas, con una tipografía Times new roman, tamaño 12 puntos.

5. En la redacción de los aportes, se debe emplear un lenguaje formal, simple y directo, evitando en lo posible el uso de expresiones poco usuales, retóricas o ambiguas, así como también el exceso y abuso de citas textuales.

6. El documento se debe redactar en tercera persona o en infinitivo, excepto los trabajos bajo el enfoque cualitativo o la producción escrita que corresponde a trabajos de divulgación o de otros saberes, en los cuales se permitirá la redacción total o parcial en primera persona, según el estilo del autor.

7. En el texto principal, se debe evitar el uso excesivo o inadecuado de letras en estilo negritas, itálicas o cursivas, excepto los términos en latín y las palabras extranjeras que deberán figurar en letra itálica o cursiva.

8. La primera vez que se use una abreviatura, esta deberá ir entre paréntesis, en lo sucesivo, se recurrirá únicamente a la abreviatura.

9. En caso de que el trabajo posea tablas, figuras o gráficos, los mismos deben enumerarse según el orden en el que aparecen en el texto, con número arábigos, seguido de un título breve. Al final se debe indicar la fuente (obligatorio)

10. Las citas textuales deben aparecer en el texto en el siguiente formato, según la forma de citación, tal como lo establece la norma APA:

Ejemplo 1: Al hablar del concepto de Investigación y según Tamayo y Tamayo (2007): “Son muchos los conceptos que sobre la investigación científica...” (p. 37)

Ejemplo 2: Al hacer referencia al concepto de investigación encontramos que: “Son muchos los conceptos que sobre la investigación científica...” (Tamayo y Tamayo, 2007, p.37)

Si la cita tiene más de 40 palabras debe escribirse en un párrafo aparte, sin comillas, alineado a la izquierda y con un margen de 2,54 cm o 5 espacios de tabulador. Todas las citas deben ir a doble espacio.

Solo puede omitirse de forma deliberada el número de página es en los de paráfrasis y esto cuando se estén resumiendo varias ideas expresadas a lo largo de toda una obra y no una idea particular fácilmente localizable en la fuente citada.

Asimismo, deben aparecer en la lista de referencias bibliográficas al final del trabajo (y viceversa). Observe cuidadosamente que todas las referencias estén señaladas, que la ortografía de los nombres de los autores corresponda y que las fechas dadas en el texto son las mismas que las que están en las referencias.

Otras normas de citado son las siguientes:

- Dos autores: Machado y Rodríguez (2015) afirma... o (Machado y Rodríguez, 2015, p.20)
- Tres a cinco autores: cuando se citan por primera vez se nombran todos los apellidos, luego solo el primero y se agrega et al. Machado, Rodríguez, Álvarez y Martínez (2015) aseguran que... / En otros experimentos los autores encontraron que... (Machado et al., 2015)
- Seis o más autores: desde la primera mención se coloca únicamente apellido del primero seguido de et al.
- Autor corporativo o institucional con siglas o abreviaturas: la primera citación se coloca el nombre completo del organismo y luego se puede utilizar la abreviatura. Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP, 2016) y luego OPEP (2016); Organización Mundial de la Salud (OMS, 2014) y luego OMS (2014).
- Autor corporativo o institucional sin siglas o abreviaturas: Instituto Cultural (2012), (Instituto Cultural, 2012).

- Dos o más trabajos en el mismo paréntesis: se ordenan alfabéticamente siguiendo el orden de la lista de referencias: Mucho estudios confirman los resultados (Ceballos, 2012; Paz, 2014; Rodríguez, 2014 y Zamora, 2015).
- Fuentes secundarias o cita dentro de una cita: Carlos Portillo (citado en Rodríguez, 2015)
- Obras antiguas: textos religiosos antiguos y muy reconocidos. (Corán 4:1-3), Lucas 3:2 (Nuevo Testamento). No se incluyen en la lista de referencias.
- Comunicaciones personales: cartas personales, memorándums, mensajes electrónicos, etc. Manuela Álvarez (comunicación personal, 4 de junio, 2010). No se incluyen en la lista de referencias.
- Fuente sin fecha: se coloca entre paréntesis s.f. Alvarado (s.f), Bustamante (s.f).
- Fuente anónima: se escriben las primeras palabras del título de la obra citada (Informe de Gestión, 2013), Lazarrillo de Tormes (2000).
- Citas del mismo autor con igual fecha de publicación: en estos casos se coloca sufijación al año de publicación para marcar la diferencia (Rodríguez, 2015a), (Rodríguez, 2015b). Se ordenan por título alfabéticamente, en la lista de referencias.

11. Este conjunto de normas podrá presentar variaciones con el tiempo de acuerdo a lo que establezca la Asociación Americana de Psicología (APA), por lo tanto, los cambios que se realicen en la misma, serán publicados en fecha acorde a su implantación.

12. La lista de referencias bibliográficas deben ser escritas en orden alfabético y en sangría francesa, siguiendo este estilo:

- Libro: Apellido, A. A. (Año). Título. Ciudad, País: Editorial
- Libro con editor: Apellido, A. A. (Ed.). (Año). Título. Ciudad, País: Editorial.
- Libro electrónico: Apellido, A. A. (Año). Título. Recuperado de <http://www...>
- Libro electrónico con DOI: Apellido, A. A. (Año). Título. doi: xx
- Capítulo de libro: únicamente en los casos de libros compilatorios y antologías donde cada capítulo tenga un autor diferente y un compilador o editor: Apellido, A. A., y Apellido, B. B. (Año). Título del capítulo o la entrada. En A. A. Apellido. (Ed.), Título del libro (pp. xx-xx). Ciudad, País: Editorial.
- Publicaciones periódicas formato impreso: Apellido, A. A., Apellido, B. B. y Apellido, C. C. (Fecha). Título del artículo. Nombre de la revista, volumen (número), pp-pp.
- Publicaciones periódicas con DOI: Apellido, A. A., Apellido, B. B. y Apellido, C. C. (Fecha). Título del artículo. Nombre de la revista, volumen (número), pp-pp. doi: xx
- Publicaciones periódicas online: Apellido, A. A. (Año). Título del artículo. Nombre de la revista, volumen (número), pp-pp. Recuperado de <http://www...>
- Artículo de periódico impreso: Apellido A. A. (Fecha). Título del artículo. Nombre del periódico, pp-pp. O la versión sin autor: Título del artículo. (Fecha). Nombre del periódico, pp-pp.
- Artículo de periódico online: Apellido, A. A. (Fecha). Título del artículo. Nombre del

periódico. Recuperado de <http://www...>

- Tesis de grado: Autor, A. (Año). Título de la tesis (Tesis de pregrado, maestría o doctoral). Nombre de la institución, Lugar.
- Tesis de grado online: Autor, A. y Autor, A. (Año). Título de la tesis (Tesis de pregrado, maestría o doctoral). Recuperado de <http://www...>
- Referencia a páginas webs: Apellido, A. A. (Fecha). Título de la página. Lugar de publicación: Casa publicadora. Recuperado de <http://www...>
- Fuentes en CDs: Apellido, A. (Año de publicación). Título de la obra (edición) [CD-ROM]. Lugar de publicación: Casa publicadora.
- Películas: Apellido del productor, A. (productor) y Apellido del director, A. (director). (Año). Nombre de la película [cinta cinematográfica]. País: productora.
- Serie de televisión: Apellido del productor, A. (productor). (Año). Nombre de la serie [serie de televisión]. Lugar: Productora.
- Video: Apellido del productor, A. (Productor). (Año). Nombre de la serie [Fuente]. Lugar.
- Podcast: Apellido, A. (Productor). (Fecha). Título del podcast [Audio podcast]. Recuperado de <http://www...>
- Foros en internet, lista de direcciones electrónicas y otras comunidades en línea: Autor, (Día, Mes, Año) Título del mensaje [Descripción de la forma] Recuperado de <http://www...>

OTRAS CONDICIONES DE PUBLICACIÓN:

- Únicamente se recibirán trabajos originales y actualizados que representen aportaciones teóricas significativas.
- Los trabajos que resulten seleccionados para su publicación, no recibirán retribución económica o de cualquier tipo. Solo se les entregará una constancia de publicación firmada por el editor, de ser solicitada.
- Para reproducir el material publicado por la revista, el autor requiere autorización expresa del Comité Editorial de la publicación.

TIPOS DE PRODUCCIÓN CIENTÍFICA EN CATHEDRA

1. Artículos: son las producciones con categoría primaria como: reportes de investigaciones empíricas en los cuales, se dan a conocer los avances o resultados, generales o parciales, de una investigación original, en algún área del derecho y las ciencias forenses, que no hayan sido publicados anteriormente.

Las estructuras de artículos arbitrados deben cumplir las siguientes normas:

- Introducción, presentando el problema u objeto de estudio y objetivos de la investigación.
- Las teorías en la que se fundamenta el trabajo investigativo.
- Método/Metodología utilizada en la investigación.
- Resultados parciales o totales obtenidos en la investigación.
- Discusión, interpretación y argumentación de los resultados.

2. Ensayos: Es un género literario en el cual el escritor plasma sus creencias o posiciones personales, combinando de manera imbricada el conocimiento científico y la creatividad artística.

Se sustenta en los ejercicios investigativos y académicos que se presentan en forma escrita exponiendo brevemente los pensamientos y análisis del escritor respecto a un área específica del saber.

Esta tipología de publicación comparte con la ciencia, uno de sus propósitos esenciales que consiste en explorar más a fondo la realidad para aproximarse a la verdad la cual alude, bien a una persona, objeto, evento o fenómeno particular o circunstancia social destacándose, por un discurso sencillo pero, con un alto nivel lingüístico acorde con el tipo de lector al cual está dirigido.

Comprende los trabajos de: meta-análisis y evaluación crítica de investigaciones previas, literatura sobre algún área de estudio de cualquier ciencia.

Este tipo de trabajos debe, preferentemente, ofrecer el estado del conocimiento de dicho objeto de estudio; o bien, permitir la identificación de relaciones, contradicciones o inconsistencias y proponer soluciones para posteriores estudios.

Con respecto a la estructura de los Ensayos: no poseen un esquema preestablecido pues depende de la racionalidad del autor, sin embargo, el texto debe caracterizarse por la coherencia y la cohesión, fundamentado en un discurso investigativo-reflexivo considerando los antecedentes bibliográficos del tema es decir, consiste en indagar los saberes generados por otros investigadores.

3. Artículos teóricos: son trabajos en los que se analizan temas literarios o teorías sobre las temáticas de la revista contribuyen al avance del conocimiento y/o la práctica en alguna área de éste campo. En este tipo de trabajos, el autor realiza un seguimiento del desarrollo de la teoría para ampliar o refinar constructos teóricos o propuestas prácticas.

Comúnmente, en este tipo de artículos, el autor presenta una teoría nueva, pero también puede analizar las consistencias o inconsistencias de teorías ya existentes.

Estructura de los Artículos teóricos: Es similar a la utilizada en los ensayos.

PAUTAS DE ENVÍO DE LOS TRABAJOS

Como parte del proceso de envío, se requiere que los autores indiquen si su artículo cumple con los siguientes elementos: (De no ser así, el artículo será devuelto)

1. El trabajo a enviar es original.
2. El artículo a enviar no ha sido publicado anteriormente, ni se ha remitido previamente a otra revista.
3. El documento se encuentra en formato Word.
4. El texto tiene interlineado a 1,5 cms, el tipo de fuente es Times New Roman y el tamaño es 12 puntos y todas las ilustraciones, figuras y tablas están dentro del texto en el sitio que les corresponde, debidamente identificadas.
5. El texto cumple con los requisitos bibliográficos y de estilo indicados en las normas para autor.
6. Todo trabajo deberá ser consignado a la revista a través de la dirección electrónica del sistema de revistas de UMECIT en la dirección electrónica: revistas.umecit.edu.pa, para lo cual el autor debe registrarse previamente en la revista.
7. Una vez recibidos los trabajos, se envía acuso de recibo del manuscrito vía correo electrónico al autor.
8. Se debe adjuntar foto de los autores en formato digital, tamaño carnet.
9. Seguidamente, el Comité Editorial realiza una evaluación preliminar al manuscrito para determinar si el mismo cumple con las normas editoriales de la Revista CATHEDRA.
10. Estimada la pertinencia y constatado el cumplimiento de las normas, el Comité Editorial somete los artículos a arbitraje, mediante la modalidad doble ciego, el cual asegurará la confidencialidad del proceso, al mantener en reserva la identidad del autor o los autores y de los árbitros. Caso contrario, si el trabajo no cumple con las normas de publicación de la revista, el Comité Editorial propondrá que no sea enviado al proceso de arbitraje, y se le notificará al autor, sobre esta decisión, vía correo electrónico.
11. Lo no previsto en estas normas será resuelto por el Comité Editorial, atendiendo a los intereses de la Revista Cathedra.

NOTA DE DERECHOS DE AUTOR

El contenido de las publicaciones y los enlaces sugeridos en las mismas son responsabilidad absoluta de los autores y no de la UNIVERSIDAD METROPOLITANA DE EDUCACIÓN, CIENCIA Y TECNOLOGÍA (UMECIT) ni de la revista CATHEDRA. Están protegidos por leyes internacionales de derecho de autor al igual que los logos de UMECIT Y CATHEDRA, de allí que esté totalmente prohibida su reproducción.

DECLARACIÓN DE PRIVACIDAD

Los nombres y direcciones de correo electrónico introducidos en la revista se usarán exclusivamente para los fines declarados por la misma y no estarán disponibles para ningún otro propósito u otra persona.

POLÍTICA DE ACCESO ABIERTO

La revista provee acceso libre inmediato a su contenido bajo el siguiente principio: Hacer la información publicada esté disponible gratuitamente al público, apoya a un mayor intercambio del conocimiento global.

PROCESO DE ARBITRAJE (REVISIÓN POR PARES)

El proceso de evaluación que se aplica a los artículos presentados es el siguiente:

Previo verificación de las pautas metodológicas, se remite el artículo a tres (3) árbitros evaluadores expertos en área temática al que corresponde el trabajo de investigación, a los cuales se les dará un lapso de tres semanas, contados a partir de la fecha de recepción del artículo a los fines que realicen las observaciones cualitativas conforme al formato que la Revista ha diseñado para tales efectos; al cabo de ese tiempo los Árbitros remitirán el artículo al Editor y éste a su vez regresará por vía electrónica, el artículo al autor con las observaciones respectivas para que este modifique o mantenga el contenido del mismo.

Recibida la evaluación del árbitro, el Comité Editorial establecerá la fecha de publicación, siempre y cuando no existan correcciones que realizar, en cuyo caso se notificará al autor para que realice los cambios indicados por los árbitros.

IMPORTANTE: En el proceso de evaluación nunca le es informado al autor el nombre del evaluador, y de la misma manera, el evaluador bajo ninguna circunstancia conoce el nombre del autor del artículo a evaluar. La metodología es a doble ciego.

Los trabajos que se reciban en la revista serán arbitrados por especialistas nacionales y/o internacionales de reconocida trayectoria profesional en sus respectivos campos de investigación. Según las normas de evaluación, los árbitros deberán considerar los siguientes criterios: originalidad, novedad, relevancia, organización interna y de contenido del trabajo, claridad y

coherencia del discurso, competencias gramaticales, fundamentación teórica y metodológica, análisis e interpretación de los resultados, actualidad y relevancia de las fuentes consultadas y aportes al conocimiento.

- Los árbitros, emitirán un veredicto, pudiendo ser una de las siguientes decisiones: a) publicable sin modificaciones; b) Publicable con modificaciones; c) No publicable.
- Si el manuscrito admite correcciones ligeras o sustanciales, las mismas se le harán llegar al autor a su dirección electrónica, para su adecuación definitiva, teniendo para ello un plazo de hasta 30 días. Si en ese lapso el Comité Editorial no ha recibido respuesta, por vía correo electrónico, se entenderá que el autor no tiene interés en publicar en la revista y su manuscrito será descartado definitivamente.
- El Comité Editorial se reserva el derecho de constatar el cumplimiento de las normas editoriales antes de iniciar el proceso de arbitraje

COPYRIGHT: Los derechos de autor en todas las colaboraciones que sean aceptadas para su publicación permanece con sus autores y la revista sólo adquiere los derechos de su publicación. Los autores quedan en plena libertad de volver a usar su propio material pero si la totalidad o cualquier parte del material publicado son reproducidos en otro sitio, el autor deberá reconocer a CATHEDRA como el sitio original de la publicación.

Igualmente, la revista no asume responsabilidad alguna por las posibles violaciones a derechos de terceras personas por el material suministrado por los colaboradores.

Los conceptos u opiniones emitidos en los artículos, será exclusiva responsabilidad del autor o autores.

RULES FOR AUTHORS

1. All the works will be consigned through the electronic address of the system of journals of UMECIT in the electronic direction: revistas.umecit.edu.pa, for which the author must register previously in the magazine. When making the delivery it is necessary to fill the check list of shipments, attach it and ensure the following: the article is original; it has not been previously published, nor has it been previously submitted to another journal; the document is in Word format; complies with the bibliographic and style requirements indicated in the journal's standards, which are based on the APA standard, version 2018.

2. The works should be about research, essays or theoretical articles in the area of specialization of the journal: Law and Forensic Sciences.

3. It must contain the name and surname of the author or authors, indicating their institutional affiliation (work center), country of origin and email address (essential information). Additionally, you must attach a passport-size photograph in digital format of the author or authors. Photography must retain an academic style.

4. The works will be presented in Spanish. The abstract must be additionally translated into English (abstract). The extension will range between one hundred (100) and three hundred (300) words; It must also contain between three (3) and five (5) keywords at most and must also be translated into English on the abstract page. The accepted extension will be between 10 and 20 pages, with a Times New Roman typography, size 12 points.

5. In the writing of the contributions, a formal, simple and direct language should be used, avoiding as much as possible the use of unusual, rhetorical or ambiguous expressions, as well as the excess and abuse of textual citations.

6. The document must be written in third person or in infinitive, except the works under the qualitative approach or written production that corresponds to dissemination works or other knowledge, which will allow the total or partial writing in the first person, according to the style of the author.

7. In the main text, the excessive or inadequate use of bold, italic or cursive letters should be avoided, except for the Latin terms and the foreign words that should appear in italic or italics.

8. The first time an abbreviation is used, it must be in parentheses, in the following, only the abbreviation will be used.

9. In case the work has tables, figures or graphs, they should be listed according to the order in which they appear in the text, with Arabic numerals, followed by a brief title. At the end you must indicate the source (mandatory)

10. The textual quotes should appear in the text in the following format, according to the citation form, as established by the APA standard:

Example 1: When talking about the concept of Research and according to Tamayo and Tamayo (2007): "There are many concepts about scientific research ..." (p.37)

Example 2: When referring to the concept of research we find that: "There are many concepts about scientific research ..." (Tamayo and Tamayo, 2007, p.37)

If the quote has more than 40 words, it must be written in a separate paragraph, without quotation marks, aligned to the left and with a margin of 2.54 cm or 5 tab spaces. All appointments must go to double space.

It can only be omitted deliberately the page number is in the paraphrase and this when you are summarizing several ideas expressed throughout a work and not a particular idea easily locatable in the source cited.

They must also appear in the list of bibliographic references at the end of the work. Observe carefully that all references are marked, that the spelling of the names of the authors corresponds and that the dates given in the text are the same as those in the references.

Other cited rules are the following:

- Two authors: Machado and Rodríguez (2015) affirms ... or (Machado and Rodríguez, 2015, p.20)
- Three to five authors: when they are cited for the first time all the surnames are named, then only the first one and et al is added. Machado, Rodríguez, Alvarez and Martinez (2015) claim that ... / In other experiments the authors found that ... (Machado et al., 2015)
- Six or more authors: from the first mention, only the surname of the first is followed by et al.
- Corporate or institutional author with acronyms or abbreviations: the first citation is placed the full name of the organization and then the abbreviation can be used. Organization of Petroleum Exporting Countries (OPEC, 2016) and then OPEC (2016); World Health Organization (WHO, 2014) and then WHO (2014).
- Corporate or institutional author without acronyms or abbreviations: Cultural Institute (2012), (Cultural Institute, 2012).

- Two authors: Machado and Rodríguez (2015) affirms ... or (Machado and Rodríguez, 2015, p.20)
- Three to five authors: when they are cited for the first time all the surnames are named, then only the first one and et al is added. Machado, Rodríguez, Alvarez and Martinez (2015) claim that ... / In other experiments the authors found that ... (Machado et al., 2015)
- Six or more authors: from the first mention, only the surname of the first is followed by et al.
- Corporate or institutional author with acronyms or abbreviations: the first citation is placed the full name of the organization and then the abbreviation can be used. Organization of Petroleum Exporting Countries (OPEC, 2016) and then OPEC (2016); World Health Organization (WHO, 2014) and then WHO (2014).
- Corporate or institutional author without acronyms or abbreviations: Cultural Institute (2012), (Cultural Institute, 2012).
- Two or more works in the same parentheses: they are arranged alphabetically following the order of the list of references: Many studies confirm the results (Ceballos, 2012, Paz, 2014, Rodríguez, 2014 and Zamora, 2015).
- Secondary sources or appointment within an appointment: Carlos Portillo (cited in Rodríguez, 2015)
- Old works: ancient and highly recognized religious texts. (Quran 4: 1-3), Luke 3: 2 (New Testament). They are not included in the list of references.
- Personal communications: personal letters, memorandums, electronic messages, etc. Manuela Alvarez (personal communication, June 4, 2010). They are not included in the list of references.
- Source without date: it is placed in parentheses s.f. Alvarado (s.f), Bustamante (s.f).
- Anonymous source: the first words of the title of the cited work are written (Management Report, 2013), Lazarrillo de Tormes (2000).
- Appointments by the same author with the same publication date: in these cases, the year of publication is suffixed to mark the difference (Rodríguez, 2015a), (Rodríguez, 2015b). They are sorted by title alphabetically, in the list of references.

11. This set of rules may vary over time according to what is established by the American Psychological Association (APA), therefore, the changes made in it will be published on the date agreed to its implementation.

12. The list of bibliographical references must be written in alphabetical order and in French indentation, following this style:

- Book: Surname, A. A. (Year). Title. City, Country: Editorial
- Book with editor: Surname, A. A. (Ed.). (Year). Title. City, Country: Editorial.
- Electronic book: Surname, A. A. (Year). Title. Retrieved from [http: // www...](http://www...)
- Electronic book with DOI: Surname, A. A. (Year). Title. Doi: xx
- Book chapter: only in cases of compilatory books and anthologies where each chapter has a different author and a compiler or editor: Surname, A. A., and Surname, B. B. (Year). Title of the chapter or the entry. In A. A. Surname. (Ed.), Title of the book (pp. Xx-xx). City, Country: Editorial.
- Periodicals printed format: Surname, A. A., Surname, B. B., and Surname, C. C. (Date). Article title. Name of the journal, volume (number), pp-pp.
- Periodical publications with DOI: Surname, A. A., Surname, B. B. and Surname, C. C. (Date). Article title. Name of the journal, volume (number), pp-pp. doi: xx
- Periodicals online: Surname, A. A. (Year). Article title. Name of the journal, volume (number), pp-pp. Retrieved from [http: // www...](http://www...)
- Printed newspaper article: Surname A. A. (Date). Article title. Name of the newspaper, pp-pp. Or the version without author: Title of the article. (Date). Name of the newspaper, pp-pp.
- Online newspaper article: Surname, A. A. (Date). Article title. Name of the newspaper. Retrieved from [http: // www...](http://www...) or Degree Thesis: Author, A. (Year). Title of the thesis (Undergraduate, master's or doctoral thesis). Name of the institution, Place.
- Online degree thesis: Author, A. and Author, A. (Year). Title of the thesis (Undergraduate, master's or doctoral thesis). Retrieved from [http: // www...](http://www...)
- Reference to web pages: Surname, A. A. (Date). Page title. Place of publication: Publishing house. Retrieved from [http: // www...](http://www...)
- Sources on CDs: Surname, A. (Year of publication). Title of the work (edition) [CD-ROM]. Place of publication: Publishing house.
- Movies: Surname of the producer, A. (producer) and Surname of the director, A. (director). (Year). Name of the film [cinematographic film]. Country: producer.
- Television series: Surname of the producer, A. (producer). (Year). Name of the series [television series]. Place: Producer.
- Video: Surname of the producer, A. (Producer). (Year). Name of the series [Source]. Place.
- Podcast: Surname, A. (Producer). (Date). Podcast title [Audio podcast]. Retrieved from [http: // www...](http://www...)
- Forums on the internet, list of e-mail addresses and other online communities: Author, (Day, Month, Year) Title of the message [Description of the form] Retrieved from [http: // www...](http://www...)

OTHER CONDITIONS OF PUBLICATION:

- Only original and updated works that represent significant theoretical contributions will be received.
- The works that are selected for publication, will not receive economic or any kind of compensation. Only a proof of publication signed by the publisher will be delivered, if requested.
- To reproduce the material published by the journal, the author requires express authorization from the Editorial Committee of the publication.

TYPES OF SCIENTIFIC PRODUCTION IN CATHEDRA

1. Articles: they are the productions with primary category like: reports of empirical investigations in which, they are made known the advances or results, general or partial, of an original investigation, in some area of the law and the forensic sciences that do not have been published previously.

The structure of refereed articles must meet the following standards:

- Introduction, presenting the problem or object of study and objectives of the investigation.
- The theories on which the investigative work is based.
- Method / Methodology used in the investigation.
- Partial or total results obtained in the investigation.
- Discussion, interpretation and argumentation of the results.

2. Essays: It is a literary genre in which the writer expresses his beliefs or personal positions, combining imbricated scientific knowledge and artistic creativity.

It is based on the investigative and academic exercises that are presented in written form briefly exposing the thoughts and analysis of the writer regarding a specific area of knowledge.

This type of publication shares with science, one of its essential purposes, which is to explore reality in more depth in order to approach the truth which alludes, either to a person, object, event or particular phenomenon or social circumstance standing out, for a simple speech but with a high linguistic level according to the type of reader to which it is addressed.

It includes the work of meta-analysis and critical evaluation of previous research, literature on any area of study of any science.

This type of work should, preferably, offer the state of knowledge of said object of study; or, allow the identification of relationships, contradictions or inconsistencies and propose solutions for further studies.

With respect to the structure of the Essays: they do not have a pre-established scheme because it depends on the rationality of the author, however, the text must be characterized by coherence and cohesion, based on a reflective-investigative discourse considering the bibliographic background of the topic. To say consists in investigating the knowledge generated by other researchers.

3. Theoretical articles: they are works in which literary themes or theories about the topics of the journal are analyzed, contribute to the advancement of knowledge and / or practice in some area of this field. In this type of work, the author follows up the development of the theory to expand or refine theoretical constructs or practical proposals.

Commonly, in this type of articles, the author presents a new theory, but can also analyze the consistencies or inconsistencies of existing theories.

Structure of the theoretical Articles: It is similar to that used in the tests.

WORK DELIVERY GUIDELINES

As part of the submission process, authors are required to indicate if their article complies with

The following items: (If not, the item will be returned)

1. The work to send is original.
2. The article to be sent has not been previously published, nor has it been previously submitted to another magazine.
3. The document is in Word format.
4. The text is 1.5 cm spaced, the font type is Times New Roman and the size is 12 points and all the illustrations, figures and tables are within the text in the corresponding place, duly identified.
5. The text complies with the bibliographic and style requirements indicated in the author's rules.
6. All work must be consigned to the journal through the electronic address of the UMECIT journal system at the e-mail address: revistas.umecit.edu.pa, for which the author must register in advance in the journal.
7. Once the works have been received, acknowledgment of the manuscript is sent via email to the author.

8. Attached photo of the authors in digital format, size card.

9. Next, the Editorial Committee makes a preliminary evaluation of the manuscript to determine if it complies with the editorial standards of the CATHEDRA Magazine.

10. Considered the pertinence and verified the compliance of the norms, the Editorial Committee submits the articles to arbitration, through the double blind modality, which will assure the confidentiality of the process, by keeping in reserve the identity of the author or authors and of the arbitrators. Otherwise, if the work does not comply with the rules of publication of the journal, the Editorial Committee will propose that it is not sent to the arbitration process, and the author will be notified about this decision, email way.

11. The not foreseen in these rules will be resolved by the Editorial Committee, attending to the interests of Cathedra Magazine.

PRIVACY STATEMENT

The names and email addresses entered in the magazine will be used exclusively for the purposes declared by the magazine and will not be available for any other purpose or another person.

OPEN ACCESS POLICY

The journal provides immediate free access to its content under the following principle: Make published information freely available to the public, support a greater exchange of global knowledge.

ARBITRATION PROCESS (REVIEW BY COUPLES)

The evaluation process that applies to the articles presented is as follows:

After verification of the methodological guidelines, the article is sent to three (3) expert evaluating arbitrators in thematic area corresponding to the research work, which will be given a period of three weeks, counted from the date of receipt of the article for the purposes that make the qualitative observations according to the format that the Journal has designed for such purposes; At the end of that time the Referees will send the article to the Editor and the latter in turn will return electronically, the article to the author with the respective observations so that it modifies or maintains the content of the same.

Once the referee's evaluation has been received, the Editorial Committee will establish the date of publication, as long as there are no corrections to be made, in which case the author will be notified to make the changes indicated by the arbitrators.

IMPORTANT: In the evaluation process the author is never informed of the name of the evaluator, and in the same way, the evaluator under no circumstances knows the name of the author of the article to be evaluated. The methodology is double blind.

The works received in the journal will be arbitrated by national and / or international specialists of recognized professional experience in their respective fields of research. According to the norms of evaluation, the referees should consider the following criteria: originality, novelty, relevance, internal organization and content of the work, clarity and coherence of the discourse, grammatical competences, theoretical and methodological foundation, analysis and interpretation of the results, actuality and relevance of the sources consulted and contributions to knowledge.

- The arbitrators will issue a verdict, which may be one of the following decisions: a) publishable without modifications; b) Publishable with modifications; c) Not publishable.

- If the manuscript admits slight or substantial corrections, they will be sent to the author to his electronic address, for its final adaptation, having for this a period of up to 30 days. If during this period the Editorial Committee has not received an answer, by email, it will be understood that the author has no interest in publishing in the journal and his manuscript will be definitively discarded.

-The Editorial Committee reserves the right to verify compliance with the editorial rules before initiating the arbitration process

COPYRIGHT: Copyrights in all the collaborations that are accepted for publication remain with their authors and the magazine only acquires the rights of its publication. The authors are free to reuse their own material but if all or any part of the published material is reproduced in another site, the author must recognize CATHEDRA as the original site of the publication.

Likewise, the magazine does not assume any responsibility for possible violations of the rights of third parties for the material provided by the collaborators.

The concepts or opinions issued in the articles will be the sole responsibility of the author or authors.



**SEDE PRINCIPAL: EDIFICIO FUNDADORES, VÍA SIMÓN BOLÍVAR, A UN COSTADO DEL PUENTE ELEVADO, A LADO DE CAFÉ DURÁN.
TEL. 264-9908 / 263-6356**

**SEDE A VÍA VENETTO
395-7383**

**SEDE B POSTGRADOS Y MAESTRÍAS
253-2519**

**SEDE LA CHORRERA
254-1141**

**SEDE CHITRÉ
996-4260**

**SEDE SANTIAGO
998-0363**



www.umecit.edu.pa

revistas.umecit.edu.pa

[correo: cathedra@umecit.edu.pa](mailto:cathedra@umecit.edu.pa)